



ISSN 2684-057X

Revista Jurídica Austral

Publicación científica de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral

Volumen 5. Número 1. Junio de 2024

Buenos Aires

Argentina



ISSN 2684-057X

Revista Jurídica Austral

Publicación científica de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral

Volumen 5. Número 1. Junio de 2024

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

En una nueva edición semestral de la Revista Jurídica Austral (Volumen 5, Número 1, junio de 2024), tenemos la satisfacción de presentarles a nuestros lectores una variedad de artículos de investigación y de análisis que abordan una serie de temas sensibles de singular trascendencia y actualidad involucrados en materias o áreas del derecho. Con abordajes y desarrollos que parten de una perspectiva histórica o con la mirada puesta en la compleja realidad social, cada una de las investigaciones realiza en sí misma un aporte esencial al conocimiento y al desarrollo de la ciencia jurídica en cualquiera de sus manifestaciones.

En ese orden, se destacan las contribuciones de los distintos autores argentinos y extranjeros que nos han confiado sus valiosos trabajos, comenzando con la primera entrega del prestigioso académico y profesor de Derecho Constitucional argentino Alberto B. Bianchi y su estudio sobre la Corte Suprema de los Estados Unidos (período 2020-2025, primera parte), al que le suceden las investigaciones y propuestas de Mario Pereira Garmendia y Diego Zapata Gonzales (España), Libia Arenal Lora (España), Jerónimo Lau Alberdi (Argentina), Luciano Ulises Ruhl (Argentina), Franco Andrés Melchiori (Argentina), Pasquale Gianniti (Italia), Gregorio Urriburu (Argentina), Manuel Alderete (Argentina), Lucas Gabriel Menéndez Conca (España), Ronald H. Vilchez Chinchayán (Perú), Sandra Guzmán y Sofía Díaz Pucheta (Argentina), Wilfredo Concha Camacho (Perú) y el aporte en coautoría de Eduardo A. Calderón Marengo (Nicaragua) junto con Tania del Socorro Rodríguez Palacios (Nicaragua), Jimmy E. Garzón Solano (Colombia) y Gabriel Ravelo-Franco (Perú). Por su parte, en la sección análisis, crónicas y comentarios se destacan los trabajos y comentarios de Fermín Olcese, Carlos Sánchez Mas y Ludmila Viar.

Los invitamos a disfrutar de este nuevo número.

Buenos Aires, junio de 2024

Académico Dr. Alfonso Santiago
Director

Mg. Andrés Arla
Director ejecutivo

ÍNDICE

Artículos de investigación

- 9 La Corte Suprema de los Estados Unidos. 2000-2005
Alberto B. Bianchi
- 117 La invasión a Ucrania y el delito de agresión internacional. Sobre la necesaria constitución de un tribunal internacional *ad hoc*
Mario Martín Pereira Garmendia - Diego Alberto Zapata Gonzales
- 167 Entre el formalismo jurídico en la aplicación de las medidas provisionales de la Corte Internacional de Justicia y los principios elementales de humanidad: el caso de Sudáfrica contra Israel
Libia Arenal Lora
- 211 La judicialización de la política
Jerónimo Lau Alberdi
- 255 La dignidad humana según siete autores contemporáneos
Luciano Ulises Ruhl
- 313 Algunas cuestiones sobre el fin de la vida, la eutanasia y la alimentación e hidratación en pacientes en estado vegetativo
Franco Andrés Melchiori
- 351 Pensamiento social cristiano y derechos de la persona
Pasquale Gianniti
- 379 Los fines de la pena privativa de la libertad en la Constitución Nacional
Gregorio José Uriburu
- 411 El control de constitucionalidad y convencionalidad por parte de la Administración pública para el reconocimiento de derechos de la persona humana
Manuel Alderete
- 443 La responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus integrantes en Perú y Argentina
Lucas Gabriel Menéndez Conca
- 479 Los delitos de colusión y negociación incompatible según la Corte Suprema de Justicia peruana: cuatro cuestiones dogmáticas en discusión
Ronald Vilchez Chinchayán
- 505 Lavado de activos e ignorancia deliberada
Sandra Guzmán - Sofía Díaz Pucheta
- 529 El derecho a la transparencia algorítmica como estándar ético en una democracia liberal
Wilfredo Concha Camacho
- 551 Construyendo la delimitación de la Lex Criptográfica
Eduardo Andrés Calderón Marengo - Tania del Socorro Rodríguez Palacios - Jimmy Enrique Garzón Solano - Gabriel Ravelo-Franco

Análisis, crónicas y comentarios

- 579 El lenguaje claro en segunda instancia: comentario al fallo *Morón, Mariano Oscar c. REMAX Argentina SRL y otros s. daños y perjuicios*
Fermín Olcese
- 605 Análisis de la Ley 26659 sobre condiciones para la exploración y explotación de hidrocarburos en la plataforma continental argentina
Carlos Sánchez Mas
- 635 Aumentos de la medicina prepaga sobre el colectivo de personas con discapacidad: una lectura desde las finanzas públicas y el derecho tributario argentino
Ludmila Viar

Sobre los autores

655

Normas editoriales

661

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS 2000-2005

Alberto B. Bianchi

Universidad Austral. Universidad Católica Argentina

ab@bgcv.com.ar

Recibido: 29/10/2023

Aceptado: 04/03/2024

Resumen

En este artículo se analizan los casos más relevantes resueltos por la Corte Suprema de los Estados Unidos entre 2000 y 2005. Es el último quinquenio de la llamada “Rehnquist Court”, es decir, de la Corte Suprema bajo la presidencia de William Rehnquist, y es por ello que se destaca, en primer lugar, la influencia que tuvo este *Chief Justice* en el Tribunal. Se hace mención también al significativo rol que tuvieron los jueces Anthony Kennedy y Sandra Day O’Connor, dos conservadores moderados, quienes por medio del *swing vote* ejercieron una suerte de “arbitraje” entre los jueces conservadores y los liberales. Uno de los hechos más destacables de este período, fruto de ese arbitraje, es que la Corte Suprema estuvo ideológicamente en equilibrio. Todo ello impide ubicar a la Corte Suprema de este quinquenio bajo un marcado signo político, pues, en el balance general, los triunfos entre liberales y conservadores se repartieron proporcionalmente. Como método de trabajo, las sentencias analizadas se clasifican en función de los artículos y enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos que la Corte entendió eran aplicables especialmente en cada caso.

Palabras clave: Corte Suprema, Constitución, enmiendas, religión, debido proceso, orden de allanamiento, libertad de expresión, juicio por jurados, pena de muerte, federalismo, Cláusula de Comercio, Poder Ejecutivo

The U.S. Supreme Court – 2000-2005

Abstract

This article analyzes the most important cases decided by the Supreme Court of the United States between 2000 and 2005. These are the last five years of the so-called “Rehnquist Court,” that is, of the Supreme Court under Chief Justice William Rehnquist. This is the reason for

highlighting Rehnquist had on the Court. Mention is also made of the significant role played by Justices Anthony Kennedy and Sandra Day O'Connor. These two moderate conservatives have exercised a kind of “arbitration” between the conservative and the liberal justices with their swing votes. One of the most remarkable facts of this period, as a result of that arbitration, is that the Supreme Court was ideologically balanced. All this prevents placing the Supreme Court of this five-year period under a specific political sign, since, in the general balance, the victories between liberals and conservatives are distributed proportionally. As a working method, the decisions analyzed are classified based on the articles and amendments of the United States Constitution that the Court understood were especially applicable in each case.

Key words: Supreme Court, Constitution, amendments, religion, due process, search warrant, freedom of expression, trial by jury, death penalty, federalism, Commerce Clause, Executive Branch.

1. Un cuarto de siglo	11
2. Los periodos dentro del periodo. Plan de la exposición	14
3. ¿La Corte de Anthony Kennedy?	15
4. William H. Rehnquist	16
5. Un comienzo con alto voltaje: <i>Bush v. Gore</i>	17
6. La Corte ante la legislación antiterrorista	23
6.1 La Authorization for Use of Military Force (AUMF) y la Patriot Act	23
6.2 La jurisprudencia de la Corte	24
6.3 La Detainee Treatment Act y el caso <i>Hamdan v. Rumsfeld</i>	27
6.4 La Military Commissions Act de 2006 y el caso <i>Boumediene v. Bush</i>	31
7. El último quinquenio de la Rehnquist Court	32
7.1 La Primera Enmienda y la libertad de expresión	32
7.1.1 Internet y la protección de menores	32
7.1.2 Restricciones a la publicidad comercial	35
7.1.3 El llamado <i>cross burning</i>	36
7.2 La Primera Enmienda y las cláusulas sobre libertad religiosa	37
7.2.1 La Establishment Clause	37
7.2.2 Free Exercise Clause	40
7.3 La Cuarta Enmienda	41
7.3.1 Requisitos de la orden judicial (<i>warrant</i>) y su empleo	41
7.3.2 Los arrestos ilegales	43
7.3.3 Los registros y exámenes forzosos sin orden judicial	45
7.3.4 Los registros de vehículos	50
7.4 La Quinta Enmienda	57
7.4.1 La garantía en contra de la autoincriminación	57
7.4.2 La aplicación de las <i>Miranda warnings</i>	57
7.4.3 La Taking Clause	66
7.5 La Sexta Enmienda	71
7.5.1 El derecho a un jurado imparcial	71
7.5.2 Los testigos falsos	75
7.5.3 La Confrontation Clause	77
7.5.4 El derecho a contar con un abogado	78
7.6 La Octava Enmienda	82
7.6.1 La pena de muerte	82
7.6.2 Los castigos excesivos	85
7.7 La Décima Primera Enmienda	86

7.8 La Décima Cuarta Enmienda	89
7.8.1 La igualdad ante la ley	89
7.8.2 La <i>affirmative action</i>	91
7.8.3 El debido proceso	92
7.9 Homosexualidad y privacidad	93
7.10 El régimen federal	94
7.10.1 Los conflictos entre leyes federales locales y la jurisdicción competente para dirimirlos	94
7.10.2 La Cláusula de Comercio	98
7.11 Los poderes del Poder Ejecutivo	100
7.11.1 Inmigración y deportación	100
7.11.2 La limitación del privilegio ejecutivo	102
7.12 Las cuestiones electorales	104
7.12.1 La redistribución de los distritos electorales y los límites en el control judicial del <i>gerrymandering</i>	104
7.12.2 Los aportes a las campañas electorales	105
7.12.3 Las elecciones de jueces	108
7.13 Otros casos	109
7.13.1 La legitimación procesal	109
7.13.2 Irretroactividad de la ley	109
7.13.3 Protección del <i>copyright</i>	110
7.13.4 La doctrina de la deferencia	112
8. Conclusiones	113

1. Un cuarto de siglo

Este trabajo —una vez que haya sido completado— pretende reseñar la evolución jurisprudencial de la Corte Suprema de los Estados Unidos desde octubre de 2000 hasta octubre de 2025.¹ Es un cuarto de siglo y ello permite hacer algunas reflexiones y balances sobre los casos relevantes y los hechos que los han influenciado. Interesa, en particular, la tendencia conservadora que se ha ido insinuando progresivamente en el Tribunal a lo largo de estos años, fruto de una —por el momento— consolidada mayoría de jueces republicanos.²

Por cierto, esto no es una simple cuestión de pertenencia o preferencia de los jueces por uno u otro partido político. Se trata, más bien, de la adhesión ideológica de cada uno a posiciones o tendencias muy definidas, y en algunos

1 Según establece la sección 2 del Título 28 del USC, la Corte debe comenzar sus sesiones anuales el primer lunes del mes de octubre (“28 USC §2. Terms of court. The Supreme Court shall hold at the seat of government a term of court commencing on the first Monday in October of each year and may hold such adjourned or special terms as may be necessary”). Por tal motivo, los períodos calendarios de la Corte se cuentan de octubre a octubre de cada año. En consecuencia, este trabajo abarcará desde el October Term 2000, comenzado el 2 de octubre de 2000, hasta el October Term 2024, que finalizará en octubre de 2025. En otras palabras, abarcaré aquí 24 *terms* de la historia del Tribunal. Según el United States Reports (U.S.), la publicación oficial de los fallos de la Corte, esto comprende desde el volumen 531, hasta los que se hayan publicado en octubre de 2025.

2 En el momento en que terminé de escribir las páginas de esta primera parte, los republicanos tienen una mayoría de 6-3 sobre los demócratas.

casos radicalizadas, entre conservadores y liberales, que ahora obliga al *Chief Justice* Roberts, un conservador más moderado que sus otros colegas, a mediar entre ambos extremos. Como siempre, la historia se repite y la Corte de hoy día se parece a la de la década de 1930, cuando Charles Evans Hughes, su entonces presidente, tuvo que arbitrar entre los *horsemen* conservadores³ y los liberales⁴ para evitar que el New Deal de F. D. Roosevelt naufragara en la tormenta cortesana.⁵

Haciendo una breve síntesis, a comienzos del October Term 2000, la Corte estaba integrada, siguiendo el orden cronológico de sus designaciones, por: William H. Rehnquist, su entonces *Chief Justice*,⁶ y por los *Associate Justices* John Paul Stevens,⁷ Sandra Day O'Connor,⁸ Antonin G. Scalia,⁹ Anthony McLeod Kennedy,¹⁰ David H. Souter,¹¹ Clarence Thomas,¹² Ruth Bader Ginsburg¹³ y Stephen G. Breyer.¹⁴ Con excepción de Rehnquist, todos tenían experiencia judicial previa,¹⁵ aunque, en algunos casos, muy breve.¹⁶

3 Su representante más conspicuo era James McReynolds, y militaban en esa tendencia Willis Van Devanter, George Sutherland y Pierce Butler. También integraba el sector de los conservadores Owen Josephus Roberts, pero su ideología era mucho más moderada.

4 El ala liberal la integraban Louis Brandeis, Harlan Fisk Stone y Benjamin Cardozo.

5 Veinte años antes de ello, en febrero de 1913, en una alocución ante la Harvard Law School Association de New York, Oliver W. Holmes ya había dicho que estaban muy tranquilos allá en la Corte Suprema, pero que era la calma del centro de una tormenta, como era bien sabido. "We are very quiet there [at the Supreme Court] but is the quiet of a storm center as we all know" (Holmes, 1920, p. 292).

6 Había sido designado como *Associate Justice* en 1972 por Richard Nixon para reemplazar a John Marshall Harlan II y luego fue nombrado *Chief Justice* por Ronald Reagan en 1986, cuando se retiró Warren E. Burger.

7 Designado en 1975 por Gerald Ford en reemplazo de William O. Douglas.

8 Designada en 1981 por Ronald Reagan, sucedió a Potter Stewart.

9 Designado en 1986 por Ronald Reagan, ocupó el sillón de Rehnquist, que fue nombrado *Chief Justice* ese mismo año.

10 Designado en 1988 por Ronald Reagan, sucedió a Lewis F. Powell.

11 Designado en 1990 por George W.H. Bush para suceder a William Brennan.

12 Designado en 1991 por George W. H. Bush. Reemplazó a Thurgood Marshall.

13 Designada en 1993 por Bill Clinton en reemplazo de Byron White.

14 Designado en 1994 por Bill Clinton, sucedió a Harry Blackmun.

15 O'Connor había sido jueza de la Corte de Apelaciones de Arizona y Stevens, Scalia, Kennedy, Souter, Thomas, Ginsburg y Breyer habían sido jueces de alguna de las Cortes de Apelaciones de Circuito.

16 Souter no había cumplido un año de servicios en la Corte de Apelaciones del primer Circuito cuando fue designado juez de la Corte Suprema, bien que había sido juez de la Suprema Corte de New Hampshire desde 1983. Thomas había sido designado poco más de un año antes en la Corte

De todos ellos, el único que continúa en actividad hasta el momento es Clarence Thomas, el más antiguo de los actuales integrantes de la Corte. Rehnquist fue sucedido por John G. Roberts en 2005; O'Connor fue sucedida por Samuel A. Alito en 2006; a Souter lo reemplazó Sonia M. Sotomayor en 2009; Stevens se retiró en 2010 y fue sucedido por Elena Kagan ese mismo año; Scalia falleció a comienzos de 2016 y, luego de un largo compás de espera,¹⁷ Trump designó a Neil McGill Gorsuch en 2017; el retiro de Kennedy, en 2018, dio lugar al nombramiento de Brett M. Kavanaugh; en 2020 falleció Ginsburg, cuya vacante fue cubierta por Amy V. Coney Barrett y, finalmente, en 2022 se retiró Breyer, dándole a Joseph Biden la oportunidad de designar a Ketanji Brown Jackson, primera jueza demócrata luego de más de una década de nominaciones republicanas.¹⁸ Si bien este nombramiento en el ala liberal no ha alterado la mayoría conservadora, pues la nueva jueza reemplazó a Breyer, lo cierto es que su inclinación política parece ser más radicalizada que la de su predecesor.

Si examinamos el perfil ideológico de los jueces en 2000, veremos que en el ala derecha se ubicaban Rehnquist, Scalia y Thomas; más hacia el centro había dos conservadores moderados: O'Connor y Kennedy. Stevens y Souter, nombrados por presidentes republicanos, votaban con los liberales y finalmente, en el ala puramente liberal, militaban Breyer y Ginsburg, aunque veremos que el primero vota a veces con los conservadores.

Esto significaba que si bien había formalmente una mayoría conservadora, sobre un total de 9 jueces, 4 de ellos representaban los ideales del partido demócrata. Este delicado equilibrio se alteró cuando Alito sucedió a O'Connor y se quebró en 2018, cuando Kennedy fue sucedido por Kavanaugh. A su vez, el predominio conservador se acentuó dos años después cuando Coney Barrett ocupó el lugar de Ginsburg.

En síntesis, actualmente, Thomas, Alito, Gorsuch, Kavanaugh y Coney Barrett son claramente conservadores; en el ala liberal están en minoría Sotomayor, Kagan y Brown Jackson; no hay *swing voters* típicos como fueron Kennedy y O'Connor en el período aquí considerado, capaces de repartir a discreción ganancias y pérdidas por ambos lados y el *Chief Justice* Roberts, un conservador moderado, no llega a evitar que los 5 primeros se impongan cuando lo deseen.

de Apelaciones de Circuito para el Distrito de Columbia.

17 Esta espera, como veremos luego con más detalle, fue forzada por los senadores republicanos que, obedeciendo las órdenes del poderoso senador Mitch McConnell, se negaron a designar a Merrick Garland, el candidato propuesto por Barack Obama.

18 Ketanji Brown es, además, la primera jueza afroamericana de la Corte Suprema.

2. Los períodos dentro del período. Plan de la exposición

Dado que el período que intento analizar aquí es extenso y se han producido en él numerosos cambios en la composición de la Corte, al punto que sólo uno de los jueces existentes en el inicio continúa en actividad, creo que, cronológicamente, pueden distinguirse —muy provisionalmente— 5 subperíodos a lo largo de estos 25 *terms*, marcados por el ingreso de los nuevos jueces.

Ellos son:

- i. El último quinquenio de la presidencia de Rehnquist, que se extiende desde octubre de 2000 hasta octubre de 2005, lapso en el que no hubo cambios en el Tribunal.
- ii. El primer quinquenio de la presidencia de Roberts, que se inicia en octubre de 2005 y concluye en octubre de 2010. A lo largo de estos 5 años, fueron nombrados 4 jueces: Roberts, Alito, Sotomayor y Kagan. Pese a todos estos cambios, ni conservadores ni liberales tuvieron altas o bajas.¹⁹
- iii. El septenio que corre desde octubre de 2010 hasta octubre de 2017, en el cual la Corte prácticamente no tuvo cambio alguno, salvo por la designación de Neil Gorsuch ya hacia finales del período, en abril de 2017.
- iv. El quinquenio octubre 2017-octubre 2022, en el cual se consolidó la mayoría conservadora con las designaciones de Kavanaugh²⁰ y, particularmente, de Coney Barrett, que, al suceder a Ginsburg, agregó un sillón a la mayoría conservadora, poniendo la Corte 6-3.
- v. Desde el October Term 2022 (octubre 2022-octubre 2023) hasta el October Term 2024 (octubre 2024-octubre 2025), que todavía no ha empezado.

A partir de esta división, examinaré la jurisprudencia de la Corte en cada subperíodo, mencionando también las referencias biográficas de los jueces que fueron designados en cada uno. Sin perjuicio de ello, sin alterar sustancialmente el orden cronológico propuesto, analizaré por separado y con más detalle algunos fallos o grupos de fallos que me parecen especialmente relevantes.

19 Roberts sucedió a Rehnquist, Alito a O'Connor, Sotomayor a Souter y Kagan a Stevens, es decir, dos conservadores por dos conservadores y dos liberales por dos liberales. Si bien Rehnquist era un conservador más duro que Roberts, ello se compensa con el reemplazo de Alito por O'Connor.

20 Si bien Kavanaugh sucedió a Kennedy, lo que en apariencia sería el cambio de un conservador por otro, lo cierto es que, como veremos en el punto siguiente, Kennedy prácticamente había dejado de militar en el ala conservadora, optando por convertirse en un *swing voter*, lo que no permitía ubicarlo en ninguna tendencia específica, al menos en forma general.

3. ¿La Corte de Anthony Kennedy?

Una observación preliminar es la que suscita esta pregunta, centrada en la influencia ejercida por Anthony Kennedy, uno de los campeones del *swing vote*.²¹

Es usual que los autores en los Estados Unidos dividan los períodos de la historia de la Corte tomando como referencia los mandatos de los *Chief Justices*.²² Se habla entonces de la Corte Marshall, de Taney, de Fuller, de Taft, de Hughes, de Warren, de Burger, etc.²³ Sin poner en discusión si esta metodología es correcta o no, lo cierto es que no siempre el *Chief Justice*, pese a ser un *primus inter pares*, es el más influyente o el más notable de los jueces del Tribunal. Ha habido figuras como las de John Marshall, Charles Evans Hughes o Earl Warren que claramente marcaron toda una época y le dieron un perfil definido al Tribunal, pero otros presidentes como Harlan Fiske Stone, Frederick Vinson o Warren Burger estuvieron lejos del liderazgo.²⁴

Obviamente, las razones de todo ello son múltiples y no es el caso aquí hacer un análisis sociológico de la Corte Suprema. Lo que quiero destacar es que el período considerado en este trabajo tiene dos *Chief Justices*: Rehnquist y Roberts, de modo tal que no es susceptible de ser encasillado como la Corte de uno o de otro. No obstante, la personalidad del primero fue muy fuerte y su período en el sillón central, expandido a lo largo de casi dos décadas (1986-2005), bien puede llamarse con justicia la “Rehnquist Court”.²⁵ Veremos luego, cuando formule mis reflexiones finales, si desde 2005 en adelante puede decirse que esta es la “Roberts Court”, más allá de que lo sea formalmente.

Ahora bien, si medimos la influencia de un juez por las veces que sus votos hicieron mayoría, esta mención también podría corresponderle a Anthony Kennedy. Así lo destaca Lucas A. Powe (2021, cap. XII), profesor en la Universidad de Texas, en una historia de la Corte estructurada de manera muy diferente al estilo usual, sin parar mientes en quien presidió el Tribunal en cada época y con predominio de la narración de los hechos sobre el análisis en particular

21 *Swing vote*, como su nombre lo indica, es el voto de un juez que no forma regularmente parte de una mayoría o minoría y que puede cambiar de un lado a otro del arco ideológico del tribunal.

22 Entre otros, véanse Bates (1936), Currie (1985) y Schwartz (1983).

23 Incluso, la editorial ABC-CLIO, en sus *Supreme Court Handbooks*, publica regularmente un volumen dedicado a la historia de la Corte según el período de cada *Chief Justice*.

24 Paralelamente, ha habido *Associate Justices* que dejaron en el Tribunal una fuerte impronta. Basta mencionar, entre otros, a Joseph Story, Stephen Field, Oliver W. Holmes, Louis Brandeis, Benjamin Cardozo, Hugo Black, Robert Jackson, William Brennan y Antonin Scalia.

25 Ver, entre otros, Yarbrough (2000), Hudson (2007) y Schwartz (2002). Dentro de la colección citada en la nota anterior, Hensley (2006).

de la jurisprudencia. Este autor sostiene, en definitiva, que Kennedy fue el juez con más poder de decisión durante buena parte de sus tres décadas en la Corte (1988-2018), ya que, al ubicarse en el centro de un tribunal dividido 4-4 entre conservadores y liberales, pudo ejercer el *swing vote* en numerosas ocasiones, colocándose de un lado u otro según su propio parecer en cada caso.²⁶

Ciertamente esto no lo convertía en el líder de la Corte, muy lejos estaba de serlo, pero esta condición de *swing voter* —más pasiva que activa— le daba, sin embargo, la oportunidad de otorgar el triunfo a un sector u otro. Era el menos ideológico de todos sus pares y votaba tanto con los conservadores como con liberales, sin que ello pudiera ser estrictamente predecible. Exagerando un poco, a mi modesto entender, Powe (2021) llega a decir que los votos de los otros 8 jueces eran irrelevantes y afirma que “Kennedy era la Corte” (“Kennedy was the Court”) (p. 351).

Muchos de los casos que ilustran este ir y venir de Kennedy —los posteriores a octubre de 2000— serán analizados en el curso de este trabajo. Por ahora, como resumen muy provisional, cabe decir —siguiendo al autor ya mencionado— que Kennedy votó con los conservadores para limitar el criterio de la raza en la asignación de los cupos escolares, en la protección del derecho a portar armas bajo la Segunda Enmienda, en la invalidación de las leyes que limitaban el financiamiento de las campañas electorales, en la limitación de las Voting Rights Act, en permitir una mayor influencia de la religión en la vida pública y en darle preferencia al arbitraje sobre el litigio judicial. Por el contrario, apoyó a los liberales en casos de *affirmative action*, en los de aborto y en los de derechos de los gays. Salvo en los casos relativos al Affordable Care Act (el “Obamacare”), Kennedy siempre estuvo en la mayoría (Powe, 2021, p. 351).

4. William H. Rehnquist

Sin perjuicio de la opinión de Lucas Powe (2021) mencionada en el punto anterior, creo, como ya dije, que el período en el cual William Rehnquist presidió la Corte puede ser considerado como la Rehnquist Court, no sólo en lo formal,

26 Este empate 4-4 se quebró recién en 2018 cuando Kavanaugh reemplazó a Kennedy, porque si bien las nuevas designaciones habían intensificado las posturas en ambos lados, no habían alterado sustancialmente la mayoría. En efecto, Rehnquist fue reemplazado por Roberts, otro conservador; O'Connor, una conservadora bien que moderada, fue reemplazada por Alito, conservador también; y Souter y Stevens, que votaban en el ala liberal, fueron reemplazados por Sotomayor y Kagan, respectivamente, de modo tal que en el centro siempre quedaba Kennedy para conceder la victoria a unos u otros.

sino también en lo real. Podemos compartir o no la forma en la que condujo el Tribunal y la jurisprudencia que lo tipifica, pero lo que está fuera de dudas es la influencia que ejerció en ella y los cambios que produjo. Me referiré entonces a su personalidad, aunque sea brevemente, dado que su presidencia abarca los cinco primeros años del período aquí analizado y en ellos está centrada esta primera parte.

Nacido en Milwaukee, Wisconsin, en 1924 y egresado de las universidades de Stanford²⁷ y Harvard, su primer contacto con la Corte Suprema ocurrió temprano en su vida profesional cuando fue *law clerk* de Robert H. Jackson entre 1952 y 1953.²⁸ En tal carácter, mientras se discutía el caso *Brown v. Board of Education of Topeka*,²⁹ escribió un memorándum titulado “A Random Thought on the Segregation Cases”, donde se pronunciaba en contra de la desegregación escolar, un anticipo del conservadorismo que luego defendería como juez y presidente de la Corte.³⁰ Entre 1953 y 1969, ejerció con éxito la profesión en Arizona y también participó activamente en las filas republicanas.³¹ En 1969 fue asesor del *Attorney General* John N. Mitchell.³²

Cuando se retiró de la Corte John Marshall Harlan II³³ en 1971, Richard Nixon eligió a Rehnquist para reemplazarlo, como medio para inclinar la balanza de la Corte hacia la derecha.³⁴ Sus antecedentes políticos no le auguraban

27 En Stanford conoció a Sandra Day O'Connor, de quien fue compañero de estudios.

28 Su experiencia como *law clerk* está narrada en su libro *The Supreme Court. How It Was, How It Is* (1987).

29 347 U.S. 483 (1954).

30 Desde su designación en 1972 hasta que fue nombrado *Chief Justice* en 1986, escribió 54 disidencias en una Corte dominada por aquel entonces por jueces liberales. Tal, por ejemplo, en casos de segregación estudiantil, *Keyes v. School District N° 1*, Denver, Colorado, 413 U.S. 189 (1973), *Bob Jones University v. United States*, 461 U.S. 574 (1983); de integración de jurados con mujeres, *Taylor v. Louisiana*, 419 U.S. 522 (1975); de discriminación en razón del sexo, *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973), *Stanton v. Stanton*, 421 U.S. 7 (1975); de protección del lenguaje comercial, *Virginia State Board of Pharmacy v. Citizens Consumer Council, Inc.*, 425 U.S. 748 (1976); de pena de muerte, *Lockett v. Ohio*, 438 U.S. 586 (1978); de libertad matrimonial, *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374 (1978); de libertad de expresión, *Schaumburg v. Citizens for a Better Environment*, 444 U.S. 620 (1980), *Richmond News Papers, Inc. v. Virginia*, 448 U.S. 555 (1980); de libertad religiosa, *Thomas v. Review Board of Indiana, Employment Security Division*, 450 U.S. 707 (1981); de separación entre Iglesia y Estado, *Larkin v. Grendel's Den*, 459 U.S. 116 (1982); etcétera.

31 Fue también asesor legal del House of Representatives de ese estado en varios juicios políticos.

32 Fue director de la Office of Legal Counsel en el Departamento de Justicia.

33 Se lo denomina así para distinguirlo de su abuelo, John Marshall a Harlan, que también fue juez de la Corte desde 1877 hasta 1911.

34 Nixon tuvo en poco tiempo la oportunidad de hacer dos designaciones en la Corte que favorecían esta inclinación. Ese mismo año se retiró Hugo Black, cuya vacante fue cubierta con Lewis F. Powell

una recepción pacífica en un Senado con mayoría demócrata. Una de las principales objeciones que se le opusieron fue el memorándum de 1952 sobre la desegregación racial.³⁵ No obstante, con el apoyo de los demócratas sureños fue confirmado por una holgada mayoría de 68-26.

Su nominación como *Chief Justice* en 1986 por el presidente Ronald Reagan,³⁶ para reemplazar a Warren Burger, le permitió dejar su posición de disidente solitario para pasar a liderar un tribunal que, desde entonces, se ha inclinado progresivamente en su dirección ideológica. Obviamente lo ayudaron en esta cruzada las designaciones de Sandra Day O'Connor, Antonin Scalia, Anthony Kennedy y Clarence Thomas.³⁷ Numerosos votos y opiniones ilustran esta línea —casi unidireccional— y entre ellos pueden mencionarse: su disidencia en la legalización del aborto,³⁸ su desconfianza hacia el empleo judicial de la cláusula de igualdad ante la ley,³⁹ su apoyo a la legislación restrictiva de la homosexualidad,⁴⁰ su opinión restrictiva sobre la libertad de expresión cuando

Jr., otro conservador, bien que más moderado, expresidente de la American Bar Association (1964-1965), que en agosto de 1971 había escrito un influyente memorándum, dirigido al presidente de la Cámara de Comercio de los Estados Unidos, titulado "Attack on the American Free Enterprise System", alertando sobre la influencia negativa que las ideas de izquierda estaban ejerciendo en la libre empresa. Rehnquist y Powell juraron el mismo día, el 7 de enero de 1972.

- 35 Rehnquist se defendió alegando que esas no eran sus ideas propias, sino las de Jackson, quien le había solicitado ese memorándum para contar con argumentos en contra de la desegregación racial. Dado que Jackson había muerto en 1954, esta versión nunca pudo ser corroborada.
- 36 También en este caso tuvo que sortear la oposición de los senadores liberales, pero superó el trance con un voto favorable de 65-33. Además del memorándum de 1952 sobre la desegregación racial, en esta oportunidad fue acusado de haber manejado irregularmente los fondos de un *trust* familiar. Rehnquist había establecido un *trust* a pedido de su suegro para ayudar a Harold Dickerson Cornell, un hijo de éste y cuñado de Rehnquist afectado de esclerosis múltiple. Sin embargo, parece ser que cuando Cornell quedó completamente inhabilitado por su enfermedad, Rehnquist no le proveyó los fondos del *trust*, dando lugar con ello a una denuncia del propio Cornell que, muy oportunamente, fue planteada en medio del proceso de confirmación. Ver Yarbrough (2000, p. 9).
- 37 Fueron importantes en este sentido las de O'Connor, que sucedió a Potter Stewart, un centrista pragmático, y la de Thomas, que sucedió en 1991 a Thurgood Marshall, un icono de la lucha por los derechos civiles.
- 38 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).
- 39 En *Tribble v. Gordon*, 430 U.S. 762 (1977) la Corte dijo: "Unfortunately, more than a century of decisions under this Clause of the Fourteenth Amendment have produced [...] a syndrome wherein this Court seems to regard the Equal Protection Clause as a cat-o'-nine-tails to be kept in the judicial closet as a threat to legislatures which may, in the view of the judiciary, get out of hand and pass "arbitrary," "illogical," or "unreasonable" laws. Except in the area of the law in which the Framers obviously meant it to apply — classifications based on race or on national origin, the first cousin of race — the Court's decisions can fairly be described as an endless tinkering with legislative judgments, a series of conclusions unsupported by any central guiding principle" (430 U.S., en p. 777).
- 40 Votó en disidencia en *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), caso en el cual fue derogada la doctri-

se afectan los símbolos patrios —en el caso la quema de la bandera—,⁴¹ y, por supuesto, su apoyo al Partido Republicano cuando la Corte decidió una de las elecciones presidenciales más conflictivas de la historia norteamericana,⁴² caso que mencionaré en el punto siguiente.

Rehnquist falleció a los 80 años el 3 de septiembre de 2005, casi sobre el final del October Term 2004. Pese a estar ya muy enfermo,⁴³ no dejó su puesto en el Tribunal⁴⁴ y continuó trabajando hasta sus últimos días.

5. Un comienzo con alto voltaje: *Bush v. Gore*

Como primer caso relevante del inicio del período aquí considerado, es inevitable mencionar *Bush v. Gore*,⁴⁵ resuelto el 12 de diciembre de 2000, una sentencia de alto contenido institucional y vastos alcances políticos, que muestra, con singular evidencia, la partición 5-4 de la Corte entre republicanos y demócratas, que luego se repetirá en muchas otras ocasiones. Como todos recordamos, el caso surgió al calor de una formidable disputa electoral y judicial suscitada a raíz del recuento de votos en Florida en la elección presidencial del 7 de noviembre de 2000 entre Albert Gore, el candidato demócrata, y George Bush, el de los republicanos.⁴⁶

Poco después de cerrados los comicios en ese estado, las encuestas de boca de urna le daban el triunfo a Gore, un resultado que rápidamente fue difundido en todos los medios. Se sumó a ello que Gore ganaba también en otros estados.⁴⁷ Sin embargo, a medida que avanzaba el conteo, la diferencia entre ambos candidatos se fue achicando y la elección tomó un giro inesperado. Terminados de contar los votos, Bush ganaba por un margen mínimo que, bajo la legisla-

na de *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

41 *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989).

42 *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000).

43 En julio de 2004 le habían diagnosticado que padecía cáncer de tiroides.

44 Estuvo ausente en numerosos *oral arguments* desde finales de 2004 hasta marzo del 2005, cuando se reincorporó a sus tareas. Aun así, le tomó juramento a George W. Bush para su segundo mandato como presidente en enero de 2004, oportunidad en la que se advirtió su frágil salud.

45 531 U.S. 98 (2000).

46 Recordemos que Florida era un estado crucial, pues llevaba en ese momento 25 electores al colegio electoral.

47 La diferencia de votos, que por entonces se estimaba en unos 400.000 en el orden nacional, le aseguraba a Gore los 270 votos que necesitaba en el colegio electoral.

ción electoral de Florida, exigía llevar a cabo un recuento automático.⁴⁸ Terminado este recuento, Bush continuaba ganando la elección, aunque su ventaja se había reducido a 537 votos.⁴⁹ Gore impugnó entonces este procedimiento sosteniendo que, en cuatro condados de alta densidad poblacional, donde se empleaban máquinas perforadoras de las boletas electorales, el recuento por medios automáticos no registraba las boletas débilmente perforadas.⁵⁰

Inmediatamente tomaron cartas en el asunto los abogados de ambas partes y la cuestión se judicializó, dando lugar a un ir y venir de sentencias, nudo gordiano que la Corte Suprema cortó, finalmente, con la sentencia del 12 de diciembre de 2000.⁵¹ Veamos, en síntesis, el desarrollo de este complejo proceso que duró exactamente cinco semanas.

Conocido el resultado de la elección, los asesores legales de Gore plantearon el caso ante los tribunales estatales, solicitando que se llevara a cabo el recuento manual, petición que la Suprema Corte de Florida otorgó.⁵² Los letrados de Bush, por su lado, acudieron a los tribunales federales pidiendo la suspensión del recuento manual. Tanto la Corte de Distrito como la Corte de Apelaciones del Décimo Primer Circuito se declararon incompetentes alegando que se trataba de un asunto electoral local.

Habiendo fracasado en los tribunales federales, Bush planteó entonces un *writ of certiorari* contra la sentencia de la Suprema Corte de Florida y la Corte Suprema decidió tramitar la apelación. Luego de producidos los alegatos orales, el 4 de diciembre la Corte —*per curiam*—⁵³ resolvió devolver el caso a la Suprema Corte de Florida, ordenándole que estableciera los estándares para llevar a cabo

48 Bush había obtenido 2.909.135 votos contra 2.907.351 de Gore, es decir, una diferencia de 1784 votos. Bajo la legislación de Florida —Florida Statutes § 102.141(4) (2000)— si la diferencia es menor a la mitad del 1% (“less than one half of one percent”) debe llevarse a cabo el recuento manual de votos.

49 Así lo certificó el 26 de noviembre de 2000 la Florida Election Canvassing Commission. Bush tenía 2.912.790 votos; y Gore, 2.912.253.

50 Se trataba de los condados de Volusia, Palm Beach, Broward y Miami Dade, que integran el llamado *retirement belt* de Florida, fuertemente poblado por jubilados que, probablemente, no habían aplicado mucha energía para perforar la boleta. Se estimó en ese momento que el total de esos votos era de aproximadamente 50.000.

51 A lo largo de este caso se produjeron, en total, tres decisiones en los tribunales federales y cinco en los tribunales locales. Estas sentencias, junto con los numerosos comentarios en diarios y revistas que fueron publicados, algunos de ellos mientras el caso estaba todavía en marcha, están recopiladas en Dionne y Krisol (2001).

52 *Palm Beach County Canvassing Board, v. Harris*, sentencia del 21 de noviembre de 2000.

53 Los fallos *per curiam* son los que se dictan sin especificar quien lo redacta.

un adecuado recuento.⁵⁴ Sobre esta base, el 8 de diciembre la Suprema Corte de Florida dispuso que continuara el recuento manual.⁵⁵ Al día siguiente, Bush interpuso una *emergency appeal* ante la Corte Suprema, alegando que las bases establecidas por la Suprema Corte de Florida para llevar a cabo el recuento manual eran muy vagas y solicitó la suspensión del procedimiento. Ese mismo día, por mayoría de 5-4,⁵⁶ la Corte ordenó suspender provisionalmente recuento.⁵⁷ La decisión era controvertida pues, en casos anteriores recientes, bien que no se trataba de elecciones nacionales, la mayoría republicana había hecho valer el poder de los estados ante regulaciones federales.⁵⁸ Los *oral arguments* tuvieron lugar el 11 de diciembre y, al día siguiente, la Corte —nuevamente *per curiam*— revocó la sentencia del 8 de diciembre de la Suprema Corte de Florida y dispuso que no se continuara con el recuento manual de votos, dándole con ello el triunfo a Bush en la elección.

Si bien la sentencia fue dictada formalmente *per curiam*, la cantidad de votos individuales que la componen la convierte, en los hechos, en una sentencia regular, donde cada juez emite en definitiva su propia opinión a la que otros adhieren, ya sea total o parcialmente.⁵⁹ Se trata, en suma, de un decisorio complejo, que trataré de resumir en sus aspectos más esenciales.

Vale la pena señalar como primera cuestión que, con excepción de Stevens y Ginsburg, los siete jueces restantes admitieron que los estándares para el recuento de los votos establecidos por la Suprema Corte de Florida eran inconstitucionales bajo las cláusulas de igualdad ante la ley y debido proceso, ya que el recuento se hacía aplicando reglas diferentes en cada condado.⁶⁰ Admitida

54 *Bush v. Palm Beach County Canvassing Board*, 531 U.S. 70 (2000).

55 *Gore v. Harris*, No. SC00-2431.

56 Los jueces que votaron en disidencia fueron, obviamente, Stevens, Souter, Ginsburg y Breyer.

57 *Bush v. Gore*, No. 00-949 (00A504), sentencia del 9 de diciembre de 2000. Si bien el fallo fue dictado *per curiam*, hay un fuerte contrapunto entre la disidencia de Stevens y la respuesta que le da Scalia, donde, sin muchos tapujos, dice: “Though it is not customary for the Court to issue an opinion in connection with its grant of a stay, I believe a brief response is necessary to Justice Stevens’ dissent. I will not address the merits of the case, since they will shortly be before us in the petition for certiorari that we have granted. It suffices to say that the issuance of the stay suggests that a majority of the Court, while not deciding the issues presented, believe that the petitioner has a substantial probability of success”.

58 *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997); *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995).

59 La decisión mayoritaria tuvo un voto concurrente suscripto por Rehnquist, al que adhirió Scalia y Thomas. A su vez, cada juez disidente emitió su propio voto, al que los restantes adhirieron parcialmente.

60 Conforme el voto *per curiam* “The right to vote is protected in more than the initial allocation of the franchise. Equal protection applies as well to the manner of its exercise. Having once granted the

esta falla, la minoría se dividió. Mientras Stevens y Ginsburg sostenían que el proceso debía continuar tal como se estaba llevando a cabo, Breyer and Souter entendían que debía ser enmendado. La mayoría, en cambio, entendía que ya no podía continuar, pues el tiempo para llevarlo a cabo había expirado ese mismo 12 de diciembre de 2000. Invocaron para ello la sección 5 del Título 3 del USC, donde se establece el plazo límite para que en cada estado se elijan los electores.⁶¹ Sostenían, en definitiva, que no existiendo un sistema de recuento de votos que satisfaga los requisitos constitucionales y habiendo expirado ese mismo día el plazo para elegir a los electores, el recuento manual debía concluir.⁶² Al día siguiente, Gore admitió el triunfo de Bush.

Demás está decir que esta sentencia, además de controvertida, no tenía precedente alguno en la historia de los Estados Unidos. Era la primera vez que la Corte Suprema, en un caso judicial, decidía una elección presidencial.⁶³ No han faltado en consecuencia fuertes críticas a lo decidido en este caso (Dershowitz, 2001) o análisis más desapasionados que encuentran fallas en ambos lados de la contienda y ofrecen una solución para que una situación similar no vuelva a repetirse (Posner, 2001).

right to vote on equal terms, the State may not, by later arbitrary and disparate treatment, value one person's vote over that of another" (531 U.S., en pp. 104-105).

- 61 "§5. Determination of controversy as to appointment of electors. If any State shall have provided, by laws enacted prior to the day fixed for the appointment of the electors, for its final determination of any controversy or contest concerning the appointment of all or any of the electors of such State, by judicial or other methods or procedures, and such determination shall have been made at least six days before the time fixed for the meeting of the electors, such determination made pursuant to such law so existing on said day, and made at least six days prior to said time of meeting of the electors, shall be conclusive, and shall govern in the counting of the electoral votes as provided in the Constitution, and as hereinafter regulated, so far as the ascertainment of the electors appointed by such State is concerned".
- 62 "The Supreme Court of Florida has said that the legislature intended the State's electors to 'participat[e] fully in the federal electoral process,' as provided in 3 U.S. C. § 5. 772 So. 2d, at 1289; see also *Palm Beach County Canvassing Bd. v. Harris*, 772 So. 2d 1220, 1237 (Fla. 2000). That statute, in turn, requires that any controversy or contest that is designed to lead to a conclusive selection of electors be completed by December 12. That date is upon us, and there is no recount procedure in place under the State Supreme Court's order that comports with minimal constitutional standards. Because it is evident that any recount seeking to meet the December 12 date will be unconstitutional for the reasons we have discussed, we reverse the judgment of the Supreme Court of Florida ordering a recount to proceed" (531 U.S., en pp. 110).
- 63 Para encontrar un antecedente similar, pero no igual, hay que remontarse a la elección presidencial de 1876, disputada entre Rutherford B. Hayes, por el Partido Republicano, y Samuel J. Tilden, por el Demócrata, que fue decidida por una "Comisión Electoral" integrada por quince miembros, de la que formaron parte cinco jueces de la Corte Suprema.

6. La Corte ante la legislación antiterrorista

Un segundo grupo de casos que por su importancia merece ser mencionado separadamente es el que resulta de la aplicación de la legislación antiterrorista dictada a raíz de los atentados de septiembre de 2001.

6.1 La Authorization for Use of Military Force (AUMF) y la Patriot Act

No había transcurrido aún el primer año de George W. Bush en la Casa Blanca cuando en la mañana del martes 11 de septiembre de 2001, los Estados Unidos fueron objeto de tres ataques terroristas sin precedentes en su historia. El primero —y de más graves consecuencias— tuvo lugar cuando dos aviones de pasajeros, que habían sido capturados por militantes del grupo Al-Qaeda, se estrellaron contra las torres del World Trade Center (WTC), en New York, que fueron completamente destruidas por el incendio. El segundo tuvo como objetivo el Pentágono, en Arlington, Virginia. Un avión se estrelló contra el sector oeste del edificio, provocando el derrumbe parcial de su pared exterior. El tercero estaba dirigido a otros objetivos en Washington, D.C. —posiblemente el Capitolio o la Casa Blanca—, pero la acción de los pasajeros permitió que el vuelo fuera desviado y, finalmente, cayó en un campo ubicado en Stonycreek Township, Pennsylvania. Como resultado de estos ataques, especialmente el del WTC, murieron unas 3000 personas.⁶⁴

Luego de los ataques, el Congreso emitió —el 13 de septiembre— una resolución conjunta autorizando al presidente a “usar toda la fuerza necesaria y apropiada” para combatir el terrorismo. Esta resolución, llamada Authorization for Use of Military Force (AUMF),⁶⁵ habilitó a George W. Bush a dictar una Orden Militar.⁶⁶

64 Los hechos, sus antecedentes y conclusiones están detalladamente expuestos en National Commission on Terrorist Attacks. (2004). Esta comisión fue creada por ley en noviembre de 2002.

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

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

Posteriormente, el 24 de octubre, el Congreso sancionó la llamada USA Patriot Act.⁶⁷ Por medio de esta ley se reformaron una serie de normas anteriores, se restringieron ciertas libertades en aras de la seguridad nacional otorgando para ello mayores facultades al Departamento de Justicia y, entre otras previsiones, se creó la figura del delito de “terrorismo doméstico” (sección 802).⁶⁸ Asimismo, al día siguiente —14 de septiembre—, el presidente emitió la Proclamación 7463, que ya estaba mencionada en la Orden Militar, por medio de la cual declaró la emergencia nacional.

6.2 La jurisprudencia de la Corte

Tres casos resueltos por la Corte ilustran cómo reaccionó el Tribunal ante esta legislación. Ellos son *Hamdi v. Rumsfeld*,⁶⁹ *Rumsfeld v. Padilla*⁷⁰ y *Rasul v. Bush*.⁷¹ *Hamdi* se originó con motivo de la invasión a Afganistán, donde el ejército norteamericano capturó en el teatro de las operaciones a Yaser Esam Hamdi, un ciudadano norteamericano de 20 años acusado de prestar auxilio al régimen talibán. Una vez en los Estados Unidos, Hamdi fue alojado primero en Guantánamo y luego trasladado a unidades navales en Virginia y South Carolina, dada su condición de ciudadano norteamericano. Allí permaneció detenido e incomunicado sin juicio ni acceso a un abogado defensor desde abril de 2002. Su padre planteó un *habeas corpus* sosteniendo la ausencia de base legal para la detención y la violación del debido proceso (Enmiendas V y XIV).

Comenzó entonces una batalla legal que, además de desarrollarse entre el Gobierno y los Hamdi, tuvo como partícipes al tribunal de distrito y a la Corte de Apelaciones del 4° Circuito. El primero sostuvo, en repetidos pronunciamientos, que la detención de Hamdi era inconstitucional, mientras que la

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

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

69 542 U.S. 507 (2004).

70 542 U.S. 426 (2004).

71 542 U.S. 466 (2004).

alzada revocó todos estos pronunciamientos. Finalmente, un plenario de la Cámara confirmó estos pronunciamientos y Hamdi planteó un *certiorari*.⁷²

La Corte, por medio de un largo pronunciamiento con mayoría de 6-3,⁷³ revocó la decisión del 4° Circuito. En síntesis, el voto mayoritario redactado por la jueza O'Connor sostuvo que el estado de guerra no constituye un cheque en blanco para el presidente cuando se trata de los derechos de los ciudadanos de los Estados Unidos.⁷⁴

Dadas sus circunstancias fácticas y jurídicas, el segundo caso, *Rumsfeld v. Padilla*, podría haber tenido una trascendencia constitucional mucho mayor que el anterior, pero la forma en la que fue decidido por la Corte le restó tal impacto.

José Padilla, también ciudadano de los Estados Unidos, se hallaba vinculado a una investigación relativa a los ataques terroristas del 11 de septiembre. A diferencia de Hamdi, su detención se produjo en territorio de los Estados Unidos y posteriormente fue clasificado por el secretario de Defensa —de acuerdo con la Orden Militar del 13 de septiembre— como un “combatiente del enemigo” y alojado en una unidad militar en South Carolina. Desde allí planteó un *habeas corpus*.

Se debatía en este caso: (i) si el *habeas corpus* dirigido contra el secretario de Defensa, estaba bien plantado o si debía dirigirse al comandante de la unidad militar en la cual Padilla estaba alojado; y (ii) si debía hacerse lugar al fondo del planteo. En el tribunal de distrito, la primera cuestión fue resuelta a favor del

72 El análisis de este caso y del caso *Padilla* en las instancias preliminares a la de la Corte Suprema puede verse en Sagüés (2003-2004).

73 En la mayoría votaron el *Chief Justice* Rehnquist y los jueces O'Connor, Kennedy, Breyer, Souter y Ginsburg. En minoría votaron los jueces Stevens, Scalia y Thomas. En este caso, como en los siguientes, la composición de la mayoría y minoría es un poco más compleja de lo que parece, pues a la decisión del juez preopinante se suman los demás, coincidiendo en parte y disintiendo en parte, sin llegar con ello a comprometer la unidad de la decisión final.

74 “We have long since made clear that a state of war is not a blank check for the President when it comes to the rights of the Nation’s citizens [...] The war power is a power to wage war successfully, and thus it permits the harnessing of the entire energies of the people in a supreme cooperative effort to preserve the nation. But even the war power does not remove constitutional limitations safeguarding essential liberties [...] Because we conclude that due process demands some system for a citizen detainee to refute his classification, the proposed “some evidence” standard is inadequate. Any process in which the Executive’s factual assertions go wholly unchallenged or are simply presumed correct without any opportunity for the alleged combatant to demonstrate otherwise falls constitutionally short [...] There remains the possibility that the standards we have articulated could be met by an appropriately authorized and properly constituted military tribunal. Indeed, it is notable that military regulations already provide for such process in related instances, dictating that tribunals be made available to determine the status of enemy detainees who assert prisoner-of-war status under the Geneva Convention [citas omitidas] In the absence of such process, however, a court that receives a petition for a writ of *habeas corpus* from an alleged enemy combatant must itself ensure that the minimum requirements of due process are achieved” (542 U.S., en p. 536-538).

accionante, pero la segunda en su contra. Sostuvo esta decisión que el Poder Ejecutivo tenía autoridad para disponer su detención. La Corte de Apelaciones del 2º Circuito revocó esta decisión y dijo que aquel carecía de competencia para la detención de Padilla, pues ni la AUMF ni los poderes de guerra del presidente autorizan la detención militar de un ciudadano de los Estados Unidos capturado en suelo norteamericano.

Como puede verse, el caso llegó ante la Corte Suprema con un fuerte desafío que el Tribunal esquivó amparándose en aspectos procesales. Con mayoría muy ajustada,⁷⁵ dijo que el *habeas corpus* debía dirigirse al comandante de la unidad militar en la cual el peticionante estaba detenido y no contra el secretario de Defensa. Dicho esto, evitó entrar en el fondo del asunto.

A diferencia de los anteriores, el caso *Rasul* no involucraba a un ciudadano de los Estados Unidos, sino a dos australianos y a doce kuwaitíes capturados en Afganistán y detenidos en Guantánamo, Cuba. Asimismo, no se cuestionaba aquí el derecho al debido proceso de los detenidos, sino algo más elemental todavía. Se debatía si, por vía del *habeas corpus*, tenían derecho a una revisión judicial de su detención. Habían fracasado en su intento en las dos instancias anteriores, las cuales se habían declarado incompetentes para tramitar esos *writs* y la Corte concedió el *certiorari*.

Por medio de un fallo dividido 6-3 —numéricamente igual a *Hamdi*, pero con una composición diferente—,⁷⁶ el Tribunal revocó la decisión anterior y, tratando de limitar lo más posible el alcance de su pronunciamiento, le ordenó a la corte de distrito que considerara el fondo de la petición.⁷⁷

75 En la mayoría votaron el *Chief Justice* Rehnquist (autor del voto) y los jueces O'Connor, Scalia, Kennedy y Thomas. En la minoría lo hicieron Stevens, Souter, Ginsburg y Breyer.

76 En la mayoría votaron los jueces Stevens (autor del fallo), O'Connor, Souter, Ginsburg, Breyer y Kennedy. En la minoría los hicieron el *Chief Justice* Rehnquist y los jueces Scalia y Thomas.

77 “[...] What is presently at stake is only whether the federal courts have jurisdiction to determine the legality of the Executive’s potentially indefinite detention of individuals who claim to be wholly innocent of wrongdoing. Answering that question in the affirmative, we reverse the judgment of the Court of Appeals and remand for the District Court to consider in the first instance the merits of petitioners’ claims” (542 U.S., en p. 485).

6.3 La Detainee Treatment Act y el caso *Hamdan v. Rumsfeld*

Tres años después, en diciembre de 2005, el Congreso sancionó la llamada Detainee Treatment Act (DTA),⁷⁸ una auténtica ley marcial, que fue la respuesta legislativa a las muy moderadas sentencias producidas por la Corte Suprema a raíz de los casos suscitados por la legislación anterior, pues dispone, en forma terminante, que los tribunales carecen de jurisdicción para intervenir en *habeas corpus* interpuestos por extranjeros detenidos en la base de Guantánamo.⁷⁹

La aplicación de esta ley dio lugar al caso *Hamdan v. Rumsfeld*,⁸⁰ en el cual estaba en juego la aplicación de la ley marcial. Recordemos, al menos brevemente, que la aplicación de la ley marcial en los Estados Unidos había producido ya algunos casos durante la Guerra Civil y la Segunda Guerra Mundial, con resultados diversos según los casos.⁸¹

En 2001, Salim Ahmed Hamdam, un individuo de nacionalidad yemení, fue capturado en Afganistán y trasladado a Guantánamo. Un año después, el presidente Bush dispuso que fuera juzgado por una comisión militar, por delitos no especificados, de acuerdo con la Orden Militar del 13 de noviembre de 2001. Al cabo de otro año, fue acusado de conspiración para cometer crímenes bajo la competencia de tribunales militares.

Contra esta decisión, Hamdam planteó un *habeas corpus* ante el tribunal de distrito del Distrito de Columbia con estos fundamentos: (i) ni las leyes de los Estados Unidos ni el *common law* de la guerra otorgan jurisdicción a la comisión militar intervenir en un caso de conspiración, pues este delito no viola el derecho de la guerra; y (ii) el procedimiento aplicable en el juicio viola principios básicos del derecho militar y del derecho internacional, incluyendo el derecho a consultar la prueba de cargo.

El tribunal hizo lugar al *habeas corpus*. Dijo, en síntesis, que Hamdam tiene derecho a la aplicación de la Convención de Ginebra. Apelada esta decisión, la Corte de Apelaciones del Circuito de Columbia revocó la decisión sosteniendo que Hamdam no tenía derecho a invocar la Convención de Ginebra.

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

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

80 548 U.S. 557 (2006).

81 Véase Fisher (2005).

Contra esta decisión, Hamdam planteó un *certiorari* que fue admitido por la Corte en septiembre de 2005. Poco después, en febrero de 2006, el Gobierno pidió que el caso fuera rechazado por aplicación de la DTA. La Corte Suprema, por mayoría de 5-3,⁸² en sustancia, revoca la decisión de la Corte de Apelaciones diciendo que: (i) posee jurisdicción para resolver la cuestión planteada; y (ii) que los procedimientos llevados a cabo por la comisión militar son violatorios del Código Uniforme de Justicia Militar y de la Convención de Ginebra.

Según la mayoría, con voto de Stevens, lo primero que debía decidir el Tribunal era su competencia de acuerdo con el planteo formulado por el Gobierno bajo la DTA. Este argumento fue rechazado por la Corte. Apoyándose en lo dicho en el caso *Lindh v. Murphy*,⁸³ el Tribunal concluyó que la DTA no era aplicable a casos planteados antes de su vigencia (*pending cases*). En otras palabras, la DTA no tiene efectos retroactivos.

El segundo obstáculo que la Corte debía analizar para resolver el caso era el argumento de la prejudicialidad, opuesto por el Gobierno de acuerdo con el precedente *Schlesinger v. Councilman*.⁸⁴ Según lo decidido en ese caso, los tribunales civiles sólo pueden intervenir en procesos llevados ante tribunales militares una vez que éstos hayan dictado sentencia. La Corte rechaza este argumento porque: (i) Hamdam no es militar; (ii) la comisión creada por la Orden Militar del 13 de noviembre no integra el sistema formal de la justicia militar; y (iii) debe aplicarse el precedente *ex parte Quirin*, relativo al espionaje nazi en la Segunda Guerra.⁸⁵

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

83 521 U.S. 320 (1997). En este caso se decidió que las limitaciones impuestas al *habeas corpus* en una ley antiterrorista sancionada en 1996 (Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996 (AEDPA) (110 Statutes at Large 1214) no eran aplicables a los procesos pendientes al momento de la sanción de dicha ley.

84 420 U.S. 738 (1975).

85 En el caso *ex parte Quirin*—317 U.S. 1 (1942)—, originado en una tentativa de sabotaje perpetrada por un comando nazi en 1942, se juzgó la conducta de ocho espías alemanes—otrora residentes en los Estados Unidos— que habían desembarcado en las playas de Long Island y Florida con el objeto de practicar actos de sabotaje en puentes y plantas industriales. No llegaron a consumar sus intentos pues fueron sorprendidos y arrestados. Inmediatamente después de haber sido capturados, el presidente Roosevelt emitió la Proclamación 2561 (7 Federal Register 5101), ordenando someterlos a

En este estado, el voto de Stevens ingresa en el punto V, donde los restantes jueces de la mayoría no lo siguen. Dice aquí que una comisión militar como la creada por la Orden Militar del 13 de noviembre debe: (i) juzgar crímenes cometidos en el campo de batalla; (ii) los crímenes deben haber sido cometidos durante el período de guerra, ni antes ni después y (iii) los crímenes debe ser violaciones del derecho de la guerra. Ninguno de estos extremos, señala el voto, concurren en Hamdam.

La sentencia pasa luego al punto VI, el más extenso de todos, donde desarrolla la argumentación de fondo para revocar la decisión de la Corte de Apelaciones. Según entiende el Tribunal, los procedimientos ante la comisión militar son violatorios del Código Uniforme de Justicia Militar y del derecho norteamericano de la guerra (*american common law of war*). Esta violación se funda en: (i) la limitación para conocer la prueba de cargo y (ii) la amplitud inadmisibles de la prueba de cargo, entre otros.

Dice también la sentencia que tales procedimientos violan la Convención de Ginebra. El Gobierno había sostenido que esta Convención no era aplicable al caso en tanto: (i) Al Qaeda no era signataria de esta y (ii) el conflicto con Afganistán no era de carácter internacional. La Corte rechaza estos argumentos. Sostiene que, en cualquier caso, es aplicable el artículo 3, que se repite en las cuatro Convenciones de Ginebra, según el cual quienes como parte de la población no hayan tomado parte en el conflicto o bien, siendo combatientes, hayan depuesto las armas, deben ser sometidos a un tribunal regularmente constituido que respete las garantías constitucionales indispensables reconocidas por los pueblos civilizados.

El voto mayoritario finaliza con una declaración un tanto inusual, que hasta podría ser tomada como un prejuizgamiento. Asume la Corte, en forma prácticamente dogmática, que los cargos imputados a Hamdam son ciertos y que éste

un tribunal militar y denegándoles el *habeas corpus*. La defensa de los acusados planteó entonces un *habeas corpus* requiriendo que el proceso fuera tramitado en sede civil con el objeto de evitar la aplicación de la pena capital. Fundaron su petición en regla del tribunal abierto establecida durante la Guerra Civil en el caso en *ex parte Milligan*, 71 U.S. (4 Wallace) 2 (1866), según la cual no deben intervenir los tribunales militares si los tribunales civiles están en funcionamiento. En un maratónico proceso que duró apenas tres días, la Corte dictó sentencia *per curiam* rechazando el *habeas corpus* y declarando la admisibilidad constitucional de la ley marcial. Luego, con más tiempo, Stone elaboró una sentencia fundada en la cual sostuvo que no era aplicable el precedente *Milligan*, en tanto los acusados eran *unlawful combatants* (combatientes ilegales) que habían violado las leyes de la guerra, no portaban uniformes y habían entrado subrepticamente en el territorio de los Estados Unidos. En la justicia militar, todos ellos fueron condenados severamente. Seis de ellos fueron ejecutados. Los dos restantes fueron condenados a 30 años de prisión y reclusión perpetua. Una explicación de este caso puede verse en Cushman (1942, p. 1082).

es un individuo peligroso, el cual, de tener la oportunidad de actuar de acuerdo con sus creencias, podría causar daños y aun la muerte de civiles inocentes. Agrega, asimismo, que no está en juego en este caso el derecho del Gobierno de mantener detenido a Hamdam hasta la finalización del conflicto, no obstante, dice la Corte, ello no autoriza al Gobierno a prescindir de las reglas propias del Estado de derecho.

Más enérgico contra el Gobierno es el voto de Kennedy. Dice que la comisión militar creada por la Orden Militar del 13 de noviembre no satisface los requisitos de las cortes marciales en orden: (i) a su organización funcional y (ii) a los procedimientos que aplica. Agrega, asimismo, que: (i) los tribunales militares en los Estados Unidos son los creados por el Congreso como un sistema de justicia militar regular; (ii) las comisiones militares creadas por el presidente se apartan de ese sistema; y, por ende, (iii) el presidente no estaba autorizado para crearlas.

Por su lado, los argumentos de la minoría esencialmente son tres: (i) la falta de jurisdicción de la Corte para resolver el caso de acuerdo con la DTA y el precedente *Schlesinger v. Councilman*;⁸⁶ (ii) la inaplicabilidad de la Convención de Ginebra, dado que Al Qaeda no es signataria de esta; y (iii) la ausencia de violación del Código Uniforme de Justicia Militar.

El primer argumento está expresado con vehemencia en el voto del juez Scalia, el cual llega a sostener que la Corte ha incurrido en una confusión (*mess*) al interpretar la DTA. Según su punto de vista, este error provocará una gran carga de trabajo para los tribunales en los próximos años. Dice también que es aplicable el caso *Schlesinger v. Councilman* por tratarse del precedente análogo más próximo. Clarence Thomas, por su lado, advierte que la decisión presidencial de enjuiciar a Hamdam por medio de una comisión militar merece ser tratada por los tribunales con deferencia, esto es, debe presumirse su constitucionalidad salvo evidente prueba en contra. Admite que la comisión militar está creada de acuerdo con la tradición jurídica norteamericana y señala también que, aun siendo aplicable la Convención de Ginebra, la petición de Hamdam es prematura, pues aquella sólo se aplica a las sentencias y a su ejecución, pero no al procedimiento ante las comisiones militares. Finalmente, y para no dejar dudas de su disidencia con la mayoría, se hace eco del argumento del Gobierno sobre la inaplicabilidad de la Convención a partes no signatarias de esta. Por último, el juez Alito no encuentra que la comisión militar creada

86 420 U.S. 738 (1975). Se trataba de un militar que había sido juzgado por tribunales militares.

por el presidente sea violatoria del Código Uniforme de Justicia Militar. En su opinión, la comisión está regularmente constituida, debe ser calificada como un tribunal y sus procedimientos son constitucionales.

6.4 La Military Commissions Act de 2006 y el caso *Boumediene v. Bush*

Un tercer intento legislativo por combatir el terrorismo tuvo lugar con la sanción de la llamada Military Commissions Act of 2006.⁸⁷ Si bien esta ley y el caso suscitado a raíz de ella no pertenecen al período aquí considerado, los menciono a fin de considerar integralmente esta sección. Esta ley dividía a quienes combatieran contra los Estados Unidos en combatientes legales (*lawful enemy combatants*) y combatientes ilegales (*unlawful enemy combatants*). Los primeros eran los que pertenecían a ejércitos o fuerzas regulares;⁸⁸ los segundos, a fuerzas o ejércitos irregulares.⁸⁹ Estos últimos quedaban sujetos a la jurisdicción de comisiones militares. La ley establecía la conformación y el procedimiento de las comisiones militares.

Como era inevitable, la ley no pudo evadir los cuestionamientos judiciales y fue declarada inconstitucional, por ajustada mayoría de 5-4,⁹⁰ en *Boumediene v. Bush*.⁹¹ Lakhdar Boumediene y otros cinco argelinos fueron detenidos en Bosnia, en 2002, por fuerzas policiales ante la sospecha de que planeaban atacar la embajada de los Estados Unidos. Clasificados como combatientes del enemigo bajo lo dispuesto en la Detainee Treatment Act, fueron trasladados a Guantánamo y plantearon un *habeas corpus*. Su petición fue denegada en primera ins-

87 Public law 109-366; 120 Statutes at Large 2600; 10 USC §§ 948-949.

88 Según la sección 948.a(2): “The term ‘lawful enemy combatant’ means a person who is (A) a member of the regular forces of a State party engaged in hostilities against the United States; (B) a member of a militia, volunteer corps, or organized resistance movement belonging to a State party engaged in such hostilities, which are under responsible command, wear a fixed distinctive sign recognizable at a distance, carry their arms openly, and abide by the law of war; or (C) a member of a regular armed force who professes allegiance to a government engaged in such hostilities, but not recognized by the United States”.

89 Según la Sección 948.a(1): “The term ‘unlawful enemy combatant’ means (i) a person who has engaged in hostilities or who has purposefully and materially supported hostilities against the United States or its co-belligerents who is not a lawful enemy combatant (including a person who is part of the Taliban, al Qaeda, or associated forces); or (ii) a person who, before, on, or after the date of the enactment of the Military Commissions Act of 2006, has been determined to be an unlawful enemy combatant by a Combatant Status Review Tribunal or another competent tribunal established under the authority of the President or the Secretary of Defense”.

90 En este caso, el voto de Kennedy le dio el triunfo al ala liberal.

91 553 U.S. 723 (2008).

tancia y en la Corte de Apelaciones del DC Circuit antes de que se sancionara la Military Commissions Act. Cuando ésta entró en vigencia, los detenidos argumentaron nuevamente su caso y el DC Circuit rechazó por segunda vez el *habeas corpus*. Apelada la decisión ante la Corte Suprema, ésta les hizo lugar con voto del ala liberal. El voto de Kennedy que conforma la mayoría sostiene —luego de hacer un extenso *racconto* histórico, legislativo y jurisprudencial— que la Military Commissions Act constituye una suspensión inconstitucional del *habeas corpus*.⁹²

7. El último quinquenio de la Rehnquist Court

La jurisprudencia que examinaré en este punto abarca los últimos 5 años de la Corte bajo la presidencia de Rehnquist, que corren desde el October Term 2000 hasta finales del October Term 2004, es decir, desde octubre de 2000, hasta octubre de 2005.

7.1 La Primera Enmienda y la libertad de expresión

7.1.1 Internet y la protección de menores

Una de las cuestiones que más conflictos produjo cuando se masificó el uso de internet fue el de los alcances de la libertad para incorporar contenidos pornográficos en la web y el modo en que ello podía afectar a los niños. Veremos en esta sección que, hacia fines de la década de 1990, el Congreso sancionó varias leyes que intentaban prohibir o limitar el acceso de los menores a la pornografía por medio de internet, pero, en general, la Corte decidió en contra de estas leyes, alegando que el lenguaje empleado por ellas era muy amplio y que, por lo tanto, prohibía una gran cantidad de actividades protegidas por la libertad de expresión.

Antes de mencionar los casos resueltos dentro de este período, quiero recordar, como antecedente inmediato de todos ellos, lo decidido en *Reno v. American Civil Liberties Union*,⁹³ donde se cuestionó la constitucionalidad de la

92 “Our decision today holds only that the petitioners before us are entitled to seek the writ; that the DTA review procedures are an inadequate substitute for habeas corpus; and that the petitioners in these cases need not exhaust the review procedures in the Court of Appeals before proceeding with their habeas actions in the District Court” (553 U.S., en p. 795).

93 521 U.S. 844 (1997).

Communications Decency Act of 1996 (CDA),⁹⁴ que ponía restricciones a dichos materiales y penalizaba a quienes los transmitieran. En un fallo unánime, la Corte sostuvo que la ley era inconstitucional no por las prohibiciones en sí mismas, sino porque estaban previstas en un lenguaje muy vago e impreciso, de vastos alcances, que afectaba la libertad de expresión de los adultos.⁹⁵ Los casos siguientes se basan en el mismo razonamiento.

Ya dentro de este período, el primer caso resuelto por la Corte fue *Ashcroft v. Free Speech Coalition*.⁹⁶ La actora en este caso (Free Speech Coalition)⁹⁷ era una compañía situada en California dedicada al entretenimiento de adultos, es decir, a la industria pornográfica, que impugnó la Child Pornography Prevention Act of 1996 (CPPA),⁹⁸ en tanto prohibía las escenas de sexo explícito con actores adultos que simularan o dieran la impresión de ser menores.⁹⁹ En primera instancia, la demanda fue rechazada, pero la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito le hizo lugar. La Corte Suprema, esta vez por mayoría de 6-3,¹⁰⁰ confirmó esta decisión sosteniendo que el texto de la ley era muy amplio (*overbroad*) en tanto prohibía materiales que no eran obscenos¹⁰¹ ni permitían la explotación de menores.¹⁰²

Un nuevo *round* en esta contienda tuvo lugar cuando el Congreso sancionó,

94 Public Law 104-104, 110 Statutes at Large 133.

95 “We are persuaded that the CDA lacks the precision that the First Amendment requires when a statute regulates the content of speech. In order to deny minors access to potentially harmful speech, the CDA effectively suppresses a large amount of speech that adults have a constitutional right to receive and to address to one another. That burden on adult speech is unacceptable if less restrictive alternatives would be at least as effective in achieving the legitimate purpose that the statute was enacted to serve” (521 U.S., en p. 874).

96 535 U.S. 234 (2002).

97 Recordemos que, a diferencia de la Argentina —donde la carátula del expediente queda fija a lo largo de todo el proceso—, en los Estados Unidos, en primera instancia, se pone en primer lugar el nombre del actor, pero luego, en las instancias posteriores, el primer nombre que aparece es el del apelante.

98 Public Law 104-208; 18 USC §2252A.

99 La ley prohibía “[...] any visual depiction, including any photograph, film, video, picture, or computer or computer-generated image or picture [that] is, or appears to be, of a minor engaging in sexually explicit conduct”. Prohibía también todo material “advertised, promoted, presented, described, or distributed in such a manner that conveys the impression [of a] a minor engaging in sexually explicit conduct”.

100 Votaron en disidencia Rehnquist, O’Connor y Scalia.

101 Se apoyó para ello en lo decidido en *Miller v. California*, 413 U.S. 15.

102 En este punto, toma como precedente el caso *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747.

en 1998, la Child Online Protection Act (COPA),¹⁰³ que prohibía la difusión comercial por medio de la web de cualquier material que fuera dañoso para los menores (*any material that is harmful to minors*) conforme los estándares actuales de la comunidad (*contemporary community standards*). Apenas sancionada la ley, la American Civil Liberties Union (ACLU) planteó una *preliminary injunction* (una especie de medida de no innovar) con fundamento en la amplitud del texto de la ley para impedir que ésta fuera aplicada. La ACLU sostenía que la expresión *contemporary community standards* era vaga y podía afectar la libertad de expresión. En primera instancia, el tribunal otorgó la medida cautelar solicitada, lo que fue confirmado por la Corte de Apelaciones del Tercer Circuito. Apelada esta decisión, la Corte Suprema devolvió el expediente a la Corte de Apelaciones sosteniendo que la expresión *community standards* no era de suyo inconstitucional y solicitó que se argumentara nuevamente la decisión.¹⁰⁴ El Tercer circuito confirmó su decisión anterior y, finalmente, la Corte Suprema, por mayoría de 5-4,¹⁰⁵ confirmó la medida cautelar sosteniendo que la ley prohibía la libertad de expresión (en este caso, el lenguaje comercial) por un método que no era el menos restrictivo de todos los disponibles para ello, tales como los filtros que pueden emplearse para navegar.¹⁰⁶

También dio lugar a un caso judicial la sanción, en 2000, de la Children's

103 Public law 105-277; 112 Statutes at Large 2681-2736; 47 USC § 231.

104 *Ashcroft v. American Civil Liberties Union*, 535 U.S. 564 (2002). "The scope of our decision today is quite limited. We hold only that COPA's reliance on community standards to identify 'material that is harmful to minors' does not by itself render the statute substantially overbroad for purposes of the First Amendment. We do not express any view as to whether COPA suffers from substantial overbreadth for other reasons, whether the statute is unconstitutionally vague, or whether the District Court correctly concluded that the statute likely will not survive strict scrutiny analysis once adjudication of the case is completed below [...] For the foregoing reasons, we vacate the judgment of the Court of Appeals and remand the case for further proceedings" (535 U.S., en pp. 585-586).

105 El fallo es curioso porque Thomas vota con la mayoría liberal y Breyer vota con los conservadores.

106 *Ashcroft v. American Civil Liberties Union*, 542 U.S. 656 (2004). "Filters are less restrictive than COPA. They impose selective restrictions on speech at the receiving end, not universal restrictions at the source. Under a filtering regime, adults without children may gain access to speech they have a right to see without having to identify themselves or provide their credit card information. Even adults with children may obtain access to the same speech on the same terms simply by turning off the filter on their home computers. Above all, promoting the use of filters does not condemn as criminal any category of speech, and so the potential chilling effect is eliminated, or at least much diminished" (542 U.S., en p. 667). "On this record, the Government has not shown that the less restrictive alternatives proposed by respondents should be disregarded. Those alternatives, indeed, may be more effective than the provisions of COPA. The District Court did not abuse its discretion when it entered the preliminary injunction. The judgment of the Court of Appeals is affirmed, and the case is remanded for further proceedings consistent with this opinion" (542 U.S., en p. 673).

Internet Protection Act (CIPA),¹⁰⁷ que impedía otorgar subsidios federales a las bibliotecas públicas que no contaran con un *software* que bloqueara el acceso a materiales pornográficos u obscenos como medio de evitar el acceso de los menores a estos contenidos. Se discutía, entonces, si el Congreso podía limitar el otorgamiento de subsidios a las bibliotecas públicas que no instalaran estos filtros. Esta vez, la cuestión fue resuelta a favor de la constitucionalidad de la ley en *United States v. American Library Association*,¹⁰⁸ donde, por mayoría de 6-3,¹⁰⁹ la Corte sostuvo que esta limitación no violaba la libertad de expresión y era un ejercicio válido del *spending power* del Congreso.¹¹⁰

7.1.2 Restricciones a la publicidad comercial

Dentro del amplio espectro de la libertad de expresión entran las restricciones —siempre habituales— a la publicidad comercial. Este conflicto se hizo presente en *Lorillard Tobacco Co. v. Reilly*,¹¹¹ suscitado a raíz de que en Massachusetts la legislación local había prohibido la publicidad de cigarrillos dentro de un radio de 300 metros de los lugares donde hubiera escuelas, parques y lugares de entretenimiento. Las empresas tabacaleras cuestionaron esta legislación desde dos puntos de vista. Sostuvieron, en primer lugar, que en virtud de la Cláusula de Supremacía, las normas locales estaban subordinadas (*pre-empted*) a la legislación federal, en este caso, la Federal Cigarette Labeling and Advertising Act (FCLAA),¹¹² que regulaba la publicidad para la venta de cigarrillos y tabaco. Alegaron también, en segundo lugar, que la prohibición violaba la Primera Enmienda al restringir la publicidad comercial. Por medio de una sentencia muy dividida, donde por 5-4 triunfó el ala conservadora acompañada en este caso por Kennedy, la Corte hizo lugar a los dos planteos de las demandantes.¹¹³ En síntesis el fallo —por medio del voto de la jueza O'Connor— dice que las regula-

107 Public law 106-554; 114 Statutes at Large 2763.

108 539 U.S. 194 (2003).

109 Votaron en disidencia Stevens, Souter y Ginsburg.

110 “Because public libraries’ use of Internet filtering software does not violate their patrons’ First Amendment rights, CIPA does not induce libraries to violate the Constitution, and is a valid exercise of Congress’ spending power. Nor does CIPA impose an unconstitutional condition on public libraries” (539 U.S., en p. 214).

111 533 U.S. 525 (2001).

112 79 Statutes at Large 282; 15 USC § 1331 *et seq.*

113 Vale la pena mencionar que la decisión en las dos instancias anteriores había sido desfavorable a las compañías tabacaleras.

ciones locales deben ceder a las normas federales y que la prohibición sobre la publicidad es violatoria de la libertad de expresión, sin que ello impida que los estados regulen también la cuestión.¹¹⁴

7.1.3 El llamado *cross burning*

Una cuestión que siempre reaparece en los Estados Unidos, particularmente en el sur, son las reuniones del Ku Klux Klan. En ellas, además de los ritos medievales y las expresiones de odio racial, tiene lugar el llamado *cross burning*, la quema de una cruz, empleada muchas veces como elemento intimidatorio. En Virginia, la legislación penal vigente castigaba como un delito la quema de la cruz, calificándola, además, como elemento necesariamente intimidatorio.¹¹⁵ La cuestión sobre la constitucionalidad de esta legislación dio lugar al caso *Virginia v. Black*,¹¹⁶ cuyos hechos son los siguientes.

En agosto de 1998, en el condado de Carroll, Virginia, miembros del Klan se reunieron en una propiedad privada con el consentimiento de su dueño y, al cabo del encuentro, luego de haber expresado ruidosamente todos sus sentimientos típicos, quemaron una cruz de unos 10 metros de altura, visible desde la ruta que pasa por dicha propiedad. El acto fue observado por el *sheriff* local, que arrestó a Barry Black, líder del encuentro. Poco antes de este hecho, en mayo de ese año, había tenido lugar otro más grave aún, ya que dos individuos, Richard Elliott y Jonathan O'Mara, también en Virginia, plantaron una cruz ardiente enfrente de la casa de su vecino, James Jubilee, un afroamericano. Elliot y O'Mara fueron detenidos y se les aplicó una multa y una pena de arresto breve. La Suprema Corte de Virginia consolidó los tres casos y declaró inconstitucional la ley que prohibía la quema de cruces. Apelada la decisión

114 “Congress enacted a comprehensive scheme to address cigarette smoking and health in advertising and pre-empted state regulation of cigarette advertising that attempts to address that same concern, even with respect to youth. The First Amendment also constrains state efforts to limit advertising of tobacco products, because so long as the sale and use of tobacco is lawful for adults, the tobacco industry has a protected interest in communicating information about its products and adult customers have an interest in receiving that information. To the extent that federal law and the First Amendment do not prohibit state action, States and localities remain free to combat the problem of underage tobacco use by appropriate means” (533 U.S., en p. 571).

115 La norma en particular establecía: “It shall be unlawful for any person or persons, with the intent of intimidating any person or group of persons, to burn, or cause to be burned, a cross on the property of another, a highway or other public place. Any person who shall violate any provision of this section shall be guilty of a Class 6 felony. Any such burning of a cross shall be prima facie evidence of an intent to intimidate a person or group of persons”

116 538 U.S. 343 (2003).

ante la Corte Suprema, una mayoría de 7-2¹¹⁷ —por medio del voto de la jueza O’Connor— sostuvo la constitucionalidad de la ley, salvo en el punto sobre la calificación de la quema de la cruz como acto necesariamente intimidatorio.¹¹⁸ Por tal motivo, se confirmó la sentencia de la Suprema Corte de Virginia en lo que a Black se refería y, en relación con Elliot y O’Mara, el caso fue devuelto a la instancia local para que se dictara un nuevo pronunciamiento.

7.2 La Primera Enmienda y las cláusulas sobre libertad religiosa

7.2.1 La Establishment Clause

Como siempre, la llamada Establishment Clause¹¹⁹ dio lugar a numerosos casos tendientes a verificar si se hizo o dijo algo que estuviera en colisión con el principio de laicidad estatal.¹²⁰ El primer caso relevante de este período fue *Good News Club v. Milford Central School*,¹²¹ donde esta Cláusula se enfrentó con la de la libertad de expresión. Milford Central School autorizaba a los residentes de su distrito a reunirse en sus instalaciones con fines educativos y sociales luego de terminado el horario de clases. Aprovechando esta oportunidad, el Good News Club, una organización cristiana privada para niños entre 6 y 12 años, solicitó permiso para llevar a cabo reuniones con fines religiosos, entre ellas, la lectura de la Biblia. Milford rechazó el pedido alegando que ello se oponía a su política fundada en la Establishment Clause. Ante esta negativa, el Goods New Club demandó a la escuela sosteniendo que la denegatoria violaba su libertad de expresión. En primera y segunda instancia, Milford resultó victorioso, pero

117 Votaron en disidencia Scalia y Thomas.

118 “We conclude that while a State, consistent with the First Amendment, may ban cross burning carried out with the intent to intimidate, the provision in the Virginia statute treating any cross burning as prima facie evidence of intent to intimidate renders the statute unconstitutional in its current form” (538 U.S., en p. 347-348).

119 Aunque sea bien conocida, vale la pena recordar que esta Cláusula prohíbe el “establecimiento” y sostén por parte del Estado de religión alguna (*Congress shall make no law respecting an establishment of religion*).

120 Tal vez convenga recordar que en *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971), la Corte había establecido un test en tres pasos para determinar si una ley era violatoria de la Establishment Clause. Ellos son: (a) que la ley tuviera un propósito secular y no religioso; (b) que su principal efecto no fuera promover ni inhibir la religión; y (c) que no promoviera o alentara al Gobierno a involucrarse excesivamente en materia religiosa (“First, the statute must have a secular legislative purpose; second, its principal or primary effect must be one that neither advances nor inhibits religion [...] ; finally the statute must not foster ‘an excessive government entanglement with religion’” (403 U.S., en pp. 612-613).

121 533 U.S. 98 (2001).

la Corte Suprema —por mayoría de 6-3—¹²² revocó la decisión del Segundo Circuito sosteniendo que la denegatoria había violado la libertad del Good News Club para expresarse en el ámbito de un foro público limitado y que era discriminatoria en tanto se fundaba en la naturaleza religiosa del peticionante.

Tampoco fue objetado bajo la Establishment Clause un programa de subsidios estatales a escuelas pobres, pese a que —en la práctica— la mayoría de las que se beneficiaban con este aporte estatal eran escuelas religiosas. La cuestión dio lugar al caso *Zelman v. Simmons-Harris*,¹²³ planteado con motivo de que, en Cleveland, Ohio, se instituyó un programa de asistencia económica a los escolares de bajos ingresos. Si bien esta asistencia no estaba orientada a las escuelas religiosas, la realidad indicó que la mayoría de los que resultaron beneficiarios asistían a escuelas religiosas y, por ello, el programa fue objetado. En una apretada decisión de 5-4, con toda el ala liberal en contra, la Corte —por medio del voto de Rehnquist— sostuvo que el programa no era inconstitucional, haciendo fuerte hincapié en su neutralidad de origen, que no estaba alterada por el modo en el que los fondos resultaron destinados en la práctica.¹²⁴

Otro tema muy recurrente en relación con la Establishment Clause, es la de los frontispicios, monumento o lugares públicos donde figuran las tablas de los Diez Mandamientos, consideradas como una manifestación religiosa contraria a la laicidad estatal. Esta cuestión volvió a ser analizada en dos casos bastante similares, resueltos en 2005, donde una Corte muy dividida produjo sentencias diferentes, debido a que Breyer, en uno de los casos, votó con los conservadores; y en el otro, con los liberales.

Menciono en primer lugar *Van Orden v. Perry*,¹²⁵ suscitado con motivo de que los Diez Mandamientos estaban esculpidos en un monolito de unos 3 metros

122 Votaron en disidencia Stevens, Souter y Ginsburg.

123 536 U.S. 639 (2002).

124 “We believe that the program challenged here is a program of true private choice, consistent with Mueller, Witters, and Zobrest, and thus constitutional. As was true in those cases, the Ohio program is neutral in all respects toward religion. It is part of a general and multifaceted undertaking by the State of Ohio to provide educational opportunities to the children of a failed school district. It confers educational assistance directly to a broad class of individuals defined without reference to religion, i. e., any parent of a school-age child who resides in the Cleveland City School District. The program permits the participation of all schools within the district, religious or nonreligious. Adjacent public schools also may participate and have a financial incentive to do so. Program benefits are available to participating families on neutral terms, with no reference to religion. The only preference stated anywhere in the program is a preference for low-income families, who receive greater assistance and are given priority for admission at participating schools” (536 U.S., en p. 653).

125 545 U.S. 677 (2005).

de alto, ubicado en las proximidades del edificio de la legislatura de Texas. Thomas Van Orden, un residente de Austin, la capital del estado, que alegaba pasar habitualmente por allí, pidió que fuera removido en tanto lo consideraba violatorio de la mencionada Cláusula. La petición fue denegada por el tribunal de distrito, por la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito y por la Corte Suprema. El fallo de esta última se produjo con un ajustado 5-4¹²⁶ y la elaboración de la sentencia estuvo a cargo Rehnquist, en cuya opinión, si bien los Diez Mandamientos tienen un contenido religioso, tienen también un contenido histórico y son la expresión de Moisés como legislador.¹²⁷

Diferente fue la decisión en *McCreary County v. ACLU*.¹²⁸ Aquí, la ACLU cuestionaba que en algunos tribunales de Kentucky se exhibían cuadros con los Diez Mandamientos. A diferencia del anterior, en este caso el tribunal de distrito y la Corte de Apelaciones del Sexto Circuito habían fallado a favor de la ACLU. La Corte, en una decisión 5-4 —donde esta vez Breyer votó con los liberales— confirmó las sentencias anteriores por medio del voto de Souter. La sentencia se remitió a lo dicho años antes en *Stone v. Graham*,¹²⁹ donde se había establecido que colocar cuadros con los Diez Mandamientos en las escuelas públicas tenía un propósito eminentemente religioso, contrario a la Establishment Clause.¹³⁰

126 La mayoría conservadora contó con el voto de Breyer y con la minoría liberal votó O'Connor.

127 “Of course, the Ten Commandments are religious—they were so viewed at their inception and so remain. The monument, therefore, has religious significance. According to Judeo-Christian belief, the Ten Commandments were given to Moses by God on Mt. Sinai. But Moses was a lawgiver as well as a religious leader. And the Ten Commandments have an undeniable historical meaning, as the foregoing examples demonstrate. Simply having religious content or promoting a message consistent with a religious doctrine does not run afoul of the Establishment Clause” (545 U.S., en p. 690).

128 545 U.S. 844 (2005).

129 449 U.S. 39 (1980).

130 “The pre-eminent purpose for posting the Ten Commandments on schoolroom walls is plainly religious in nature. The Ten Commandments are undeniably a sacred text in the Jewish and Christian faiths, and no legislative recitation of a supposed secular purpose can blind us to that fact. The Commandments do not confine themselves to arguably secular matters, such as honoring one’s parents, killing or murder, adultery, stealing, false witness, and covetousness” (449 U.S., en pp. 41-42).

7.2.2 Free Exercise Clause

Sobre la libertad de culto, merecen ser mencionados dos casos. El primero de ellos es *Watchtower Bible & Tract Society v. Village of Stratton*,¹³¹ suscitado a raíz de que en el municipio (*village*) de Stratton, Ohio, se dictó una ordenanza que exigía la obtención previa de un permiso del intendente a todos los que quisieran predicar o hacer proselitismo (*canvassing*) “puerta a puerta”, por cualquier causa, ya fuera política, religiosa o de otro tipo. Se argumentaba que ello protegía la seguridad y privacidad de los habitantes de la ciudad. Esta ordenanza fue cuestionada por la congregación de los Testigos de Jehová alegando que violaba el libre ejercicio de su culto, que se basa en predicar casa por casa. El tribunal de distrito rechazó sustancialmente la demanda¹³² y este fallo fue confirmado por la Corte de Apelaciones del Sexto Circuito. La Corte Suprema, en cambio, en un fallo casi unánime¹³³ conducido por el voto de Stevens, sostuvo que la ordenanza, dada su amplitud, era no solo contraria a la Primera Enmienda, sino a la esencia misma de una sociedad libre.¹³⁴

También fue cuestionada como contraria a la *Free Exercise Clause* una norma del estado de Washington que otorgaba becas destinadas a alumnos con altas calificaciones, que solamente podían ser empleadas para estudios seculares, prohibiendo aplicarlas para estudios religiosos.¹³⁵ La constitucionalidad de esta limitación fue planteada en *Locke v. Davey*,¹³⁶ un caso planteado por Joshua Davey, quien pretendía usar la beca para estudiar administración de empresas y también para obtener un título en *pastoral ministries*. Ante la negativa para emplear los fondos para este segundo propósito, Davey sostuvo que la ley contrariaba la *Free Exercise Clause*. En primera instancia, la demanda fue rechazada, pero la Corte del Noveno Circuito revocó esta decisión sosteniendo que el estado de Washington no había demostrado un *compelling interest* en tratar

131 536 U.S. 150 (2002).

132 Prácticamente toda la ordenanza fue declarada constitucional, salvo en algunas partes en las que se le exigió al municipio que las interpretara en forma restrictiva.

133 Solamente el *Chief Justice* Rehnquist votó por la validez de la ordenanza.

134 “The mere fact that the ordinance covers so much speech raises constitutional concerns. It is offensive—not only to the values protected by the First Amendment, but to the very notion of a free society—that in the context of everyday public discourse a citizen must first inform the government of her desire to speak to her neighbors and then obtain a permit to do so. Even if the issuance of permits by the mayor’s office is a ministerial task that is performed promptly and at no cost to the applicant, a law requiring a permit to engage in such speech constitutes a dramatic departure from our national heritage and constitutional tradition” (536 U.S., en pp. 165-166).

135 Concretamente, el *Promise Scholarship Program* no podía ser empleado en estudios de “*devotional theology*”.

136 540 U.S. 712 (2004).

desfavorablemente los estudios religiosos. A su turno, la Corte Suprema revocó esta decisión afirmando la constitucionalidad del programa de becas. Por medio de una mayoría de 7-2,¹³⁷ conducida por el voto de Rehnquist, el Tribunal entendió que el programa de becas no tenía animosidad alguna en contra de la religión y era compatible con el principio de laicidad del estado.¹³⁸

7.3 La Cuarta Enmienda

Conforme la Cuarta Enmienda, todo registro de personas, documentos privados o allanamiento de domicilios debe hacerse por medio de una orden judicial (*warrant*), en la cual se establezca la “causa probable” y se detallen, además, el lugar, los elementos y las personas que serán objeto de la medida.¹³⁹ Veamos los casos en los cuales se han aplicado estos requisitos.

7.3.1 Requisitos de la orden judicial (*warrant*) y su empleo

Cronológicamente, el primero de estos casos es *Illinois v. McArthur*,¹⁴⁰ donde se discutía si la policía, al haberle impedido —por un breve lapso de tiempo— a un individuo que entrara a su domicilio para evitar la supresión de prueba, mientras se obtenía la orden judicial de allanamiento, había violado sus derechos.¹⁴¹ En los tribunales de Illinois, la moción para suprimir la prueba obtenida tuvo

137 En disidencia votaron Scalia y Thomas.

138 “[...] we find neither in the history or text of Article I, § 11, of the Washington Constitution, nor in the operation of the Promise Scholarship Program, anything that suggests animus toward religion. Given the historic and substantial state interest at issue, we therefore cannot conclude that the denial of funding for vocational religious instruction alone is inherently constitutionally suspect” (540 U.S., en p. 725).

139 “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized”.

140 531 U.S. 326 (2001).

141 Los hechos del caso son los siguientes: Tera McArthur y su marido, Charles McArthur, estaban separándose. Para evitar incidentes al dejar el tráiler donde vivían, la esposa pidió que fuera la policía y aprovechó en ese momento para decirles a los oficiales que su esposo tenía marihuana escondida debajo del sillón. Los policías le pidieron a Charles McArthur que les permitiera registrar el tráiler y, ante la negativa, uno de ellos fue en procura de una orden de allanamiento y el otro quedó custodiando el tráiler durante dos horas para evitar que McArthur se deshiciera de la marihuana. Obtenido el *warrant*, se descubrió la existencia no solo de marihuana, sino de otras drogas. McArthur fue detenido y en el proceso penal alegó que haberle impedido reingresar a su domicilio sin orden judicial violaba los derechos de la Cuarta Enmienda.

éxito, pero la Corte Suprema, con disidencia de Stevens,¹⁴² entendió que ello no había violado los derechos del individuo en cuestión.¹⁴³

Más complejo fue el planteo en *Groh v. Ramírez*,¹⁴⁴ de allí que el fallo de la Corte se haya producido con una escasa mayoría de 5-4, donde O'Connor votó con los liberales; y Kennedy, con los conservadores. Jeff Groh, un oficial del Bureau of Alcohol, Tobacco and Firearms (ATF), enterado de que en el rancho de propiedad de Joseph Ramírez, en Montana, había armas automáticas, granadas y hasta un lanza-cohetes, le solicitó un *warrant* al magistrado local describiendo con precisión el material que debía ser incautado. Al emitir la orden de allanamiento, el juez omitió hacer esta descripción. No obstante, el procedimiento se llevó a cabo sin que fueran halladas las armas en cuestión. Posteriormente, Ramírez demandó a Groh por haber violado los derechos protegidos por la Cuarta Enmienda. Debía resolverse, entonces, si la orden de allanamiento emitida en tales condiciones era válida y si Groh era responsable por haberla usado. La Corte, por medio del voto de Stevens, entendió que: (a) la orden de allanamiento no era válida, pues si bien el pedido detallaba los elementos que debían ser secuestrados, el *warrant* había omitido esta descripción;¹⁴⁵ y (b) que Groh era responsable por haberla empleado en tales condiciones.

Se ha cuestionado también cuánto tiempo debe esperar la policía, munida debidamente de un *warrant*, para allanar un domicilio luego de intimar a su propietario u ocupante a que permita el ingreso. El problema fue planteado en *United States v. Banks*,¹⁴⁶ donde desde la orden de abrir paso hasta que la policía

142 Según Stevens, la Corte no debería haber otorgado el *certiorari* planteado por el estado.

143 El voto de Breyer que conduce la opinión de la Corte dice que el impedimento temporario de re-ingresar al domicilio tenía causa probable y estaba destinado a evitar la supresión de prueba (“We have found no case in which this Court has held unlawful a temporary seizure that was supported by probable cause and was designed to prevent the loss of evidence while the police diligently obtained a warrant in a reasonable period of time”) (531 U.S., en p. 334).

144 540 U.S. 551 (2004).

145 “The warrant was plainly invalid. The Fourth Amendment states unambiguously that “no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.” (Emphasis added.) The warrant in this case complied with the first three of these requirements: It was based on probable cause and supported by a sworn affidavit, and it described particularly the place of the search. On the fourth requirement, however, the warrant failed altogether. Indeed, petitioner concedes that “the warrant [...] was deficient in particularity because it provided no description of the type of evidence sought” (Brief for Petitioner 10). The fact that the application adequately described the “things to be seized” does not save the warrant from its facial invalidity. The Fourth Amendment by its terms requires particularity in the warrant, not in the supporting documents” (540 U.S., en p. 557).

146 540 U.S. 31 (2003).

ingresó por la fuerza en el domicilio de Lashawn Banks, un narcotraficante, habían transcurrido entre 15 y 20 segundos sin respuesta alguna. Por medio del voto de Souter, una Corte unánime sostuvo que si bien 15 o 20 segundos es un lapso corto, el *warrant* había sido bien ejecutado, pues se había evitado que Banks destruyera u ocultara la prueba.¹⁴⁷

También fue unánime la Corte al resolver *Muehler v. Mena*.¹⁴⁸ Se discutía en este caso si la policía había violado los derechos de Iris Mena al esposarla y preguntarle sobre su estatus migratorio mientras ejecutaba un *warrant* por presunta posesión ilegítima de armas y pertenencia de Mena a una banda delictiva. El Tribunal sostuvo que haber esposado a Mena y preguntarle por su estado migratorio no había violado sus derechos. Sostuvo que, en casos como este, de alta peligrosidad de los detenidos, esposarlos es una medida de seguridad razonable para la protección de los policías y los detenidos.¹⁴⁹

7.3.2 Los arrestos ilegales

Un típico caso de arresto y obtención ilegal de una confesión en un caso de homicidio tuvo lugar en *Kaupp v. Texas*.¹⁵⁰ Luego de la desaparición de una niña de 14 años, cuyo cadáver fue hallado luego, su medio hermano —con quien la menor tenía relaciones sexuales— implicó a Kaupp, por entonces de 17 años, como coautor del homicidio. La policía de Texas obtuvo la confesión del medio hermano como coautor y arrestó a Kaupp en su casa en horas de la madrugada y lo llevó descalzo, en ropa interior y esposado hasta la estación de policía, donde le fueron leídos sus derechos bajo lo establecido en *Miranda v. Arizona*.¹⁵¹ Bajo fuerte presión, Kaupp admitió vagamente haber tomado parte en el hecho, pero nunca confesó haber matado a la menor. Su defensa alegó que el arresto había sido ilegal y pidió que la confesión fuera suprimida, pero Kaupp resultó condenado en los tribunales locales. La Corte Suprema, en un fallo *per curiam*, revocó

147 “Though we agree... that this call is a close one, we think that after 15 to 20 seconds without a response, police could fairly suspect that cocaine would be gone if they were reticent any longer” (540 U.S., en p. 38).

148 544 U.S. 93 (2005).

149 “[...] this was no ordinary search. The governmental interests in not only detaining, but using handcuffs, are at their maximum when, as here, a warrant authorizes a search for weapons and a wanted gang member resides on the premises. In such inherently dangerous situations, the use of handcuffs minimizes the risk of harm to both officers and occupants” (544 U.S., en p. 100).

150 538 U.S. 626 (2003).

151 384 U.S. 436 (1966).

la condena y ordenó emitir un nuevo pronunciamiento. La sentencia relata detalladamente los hechos del caso y pone de manifiesto lo intimidante que fue para Kaupp su detención y la forma en que fue conducido el interrogatorio policial.¹⁵²

Más controvertido es lo decidido en *Atwater v. City of Lago Vista*,¹⁵³ donde la cuestión constitucional a resolver era si una mera infracción de tránsito (la falta de uso del cinturón de seguridad) permitía el arresto del infractor cuando la legislación aplicable no prevé esta consecuencia. Bajo la legislación de Texas, el no uso del cinturón de seguridad, ya sea por parte del conductor o por los menores que viajan en el asiento delantero, es una falta solo punible por multa. Gail Atwater fue detenida por Bart Turek, un policía de Lago Vista, quien comprobó que los menores que viajan con ella en el asiento delantero no tenían puesto el cinturón de seguridad. Atwater no solo fue multada, sino que Turek la esposó y la arrestó. Como resultado de ello, Atwater demandó a la ciudad de Lago Vista por haber sido detenida ilegalmente en violación a la Cuarta Enmienda. Su petición fue denegada en todas las instancias. En una decisión 5-4, donde nuevamente aparecen liberales y conservadores en ambos lados de la sentencia, la Corte Suprema confirmó lo decidido por la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito. La mayoría, integrada por Rehnquist, Scalia, Kennedy, Souter y Thomas, sostuvo —muy linealmente— que el arresto de Atwater no violaba el requisito de la *probable cause* de la Cuarta Enmienda.¹⁵⁴ Más correcta

152 “[...] removal from one’s house in handcuffs on a January night with nothing on but underwear for a trip to a crime scene on the way to an interview room at law enforcement headquarters [...] can be transformed into a seizure or detention within the meaning of the Fourth Amendment. *INS v. Delgado*, 466 U.S. 210, 215 (1984); [cita omitida] (“[A]t some point in the investigative process, police procedures can qualitatively and quantitatively be so intrusive with respect to a suspect’s freedom of movement and privacy interests as to trigger the full protection of the Fourth and Fourteenth Amendments”). It cannot seriously be suggested that when the detectives began to question Kaupp, a reasonable person in his situation would have thought he was sitting in the interview room as a matter of choice, free to change his mind and go home to bed. Nor is it significant, as the state court thought, that the sheriff’s department “routinely” transported individuals, including Kaupp on one prior occasion, while handcuffed for safety of the officers, or that Kaupp “did not resist the use of handcuffs or act in a manner consistent with anything other than full cooperation” [...] The test is an objective one, see, e. g., *Chesternut*, 486 U.S., at 574, and stressing the officers’ motivation of self protection does not speak to how their actions would reasonably be understood. As for the lack of resistance, failure to struggle with a cohort of deputy sheriffs is not a waiver of Fourth Amendment protection, which does not require the perversity of resisting arrest or assaulting a police officer. Since Kaupp was arrested before he was questioned, and because the State does not even claim that the sheriff’s department had probable cause to detain him at that point, well-established precedent requires suppression of the confession unless that confession was “an act of free will [sufficient] to purge the primary taint of the unlawful invasion” (538 U.S., en p. 632).

153 532 U.S. 318 (2001)

154 “If an officer has probable cause to believe that an individual has committed even a very minor crim-

—a mi juicio—, la disidencia¹⁵⁵ entendió que el arresto carecía de *probable cause* y era violatorio de la Cuarta Enmienda.¹⁵⁶

7.3.3 Los registros y exámenes forzados sin orden judicial

Son numerosos los casos en los cuales se ha planteado la constitucionalidad de los registros y de los exámenes físicos forzados llevados a cabo sin orden judicial.

El primero que vale la pena mencionar es *United States v. Knights*,¹⁵⁷ cuyos antecedentes son los siguientes. En un caso vinculado con narcóticos, Mark James Knights fue condenado por un tribunal de California y sometido a *probation*. Como condición para obtener la *probation*, Knights aceptó que su persona, domicilio, vehículo y demás efectos personales podían ser objeto de registro sin necesidad de orden judicial. En uno de esos registros, la policía encontró en su departamento pruebas de que habría sido el autor intencional de un incendio producido en una planta transformadora de electricidad (Pacific Gas and Electric). Como resultado de ello, Knights fue imputado por un gran jurado federal por el delito de incendio (*arson*). El tribunal de distrito sostuvo que la prueba obtenida no era válida, pues el registro solo tenía como finalidad la *probation*, pero no la investigación de otros delitos. Esta decisión fue confirmada por la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito. La Corte Suprema, sin embargo, en un fallo unánime conducido por el voto de Rehnquist, revocó la sentencia sosteniendo que la obtención de la prueba era razonable y no violaba la Cuarta Enmienda, en tanto quien está sometido a *probation* no goza de las mismas garantías de privacidad que las de un ciudadano regular.¹⁵⁸

inal offense in his presence, he may, without violating the Fourth Amendment, arrest the offender” (532 U.S., en p. 354).

155 El voto disidente corresponde a O’Connor, seguida por Stevens, Ginsburg y Breyer.

156 “A full custodial arrest, such as the one to which Ms. Atwater was subjected, is the quintessential seizure. See *Payton v. New York*, 445 U.S. 573, 585 (1980). When a full custodial arrest is effected without a warrant, the plain language of the Fourth Amendment requires that the arrest be reasonable” (532 U.S., en p. 360). “Because a full custodial arrest is such a severe intrusion on an individual’s liberty, its reasonableness hinges on “the degree to which it is needed for the promotion of legitimate governmental interests”” (532 U.S., en p. 365). “The [Circuit] Court neglects the Fourth Amendment’s express command in the name of administrative ease. In so doing, it cloaks the pointless indignity that Gail Atwater suffered with the mantle of reasonableness” (532 U.S., en p. 373).

157 534 U.S. 112 (2001).

158 “The touchstone of the Fourth Amendment is reasonableness, and the reasonableness of a search is determined “by assessing, on the one hand, the degree to which it intrudes upon an individual’s privacy and, on the other, the degree to which it is needed for the promotion of legitimate governmen-

Un caso interesante que muestra una Corte dividida 5-4, donde en cada lado se alinean liberales y conservadores, es *Kyllo v. United States*.¹⁵⁹ La cuestión central a resolver aquí era si la vigilancia remota de un domicilio, por medio de un aparato que medía la intensidad térmica del consumo de electricidad para verificar si se estaba cultivando marihuana, es violatoria de la Cuarta Enmienda.¹⁶⁰ La mayoría del Tribunal, integrada por Scalia (autor de la sentencia), Souter, Thomas, Ginsburg y Breyer, entendió que el empleo de tal sistema, que está fuera del uso común, había violado la privacidad de Kyllo.¹⁶¹ En disidencia, Stevens, Rehnquist, O'Connor y Kennedy entendieron, en coincidencia con la Corte del Noveno Circuito,¹⁶² que el registro térmico no permitía observar ninguna imagen íntima o privada, sino tan solo las ondas de calor que emanaban del departamento de Kyllo.¹⁶³ No puedo menos que coincidir con la minoría.

También fue puesta a prueba la extensión de la protección otorgada por la Cuarta Enmienda en *Ferguson v. City of Charleston*.¹⁶⁴ Se discutía aquí si un hos-

tal interests.” *Wyoming v. Houghton*, 526 U.S. 295, 300 (1999). Knights’ status as a probationer subject to a search condition informs both sides of that balance. “Probation, like incarceration, is ‘a form of criminal sanction imposed by a court upon an offender after verdict, finding, or plea of guilty.’” Griffin, *supra*, at 874 (quoting G. Killinger, H. Kerper, & P. Cromwell, *Probation and Parole in the Criminal Justice System* 14 (1976)). Probation is “one point... on a continuum of possible punishments ranging from solitary confinement in a maximum-security facility to a few hours of mandatory community service.” 483 U.S., at 874. Inherent in the very nature of probation is that probationers “do not enjoy ‘the absolute liberty to which every citizen is entitled.’” Ibid. (quoting *Morrissey v. Brewer*, 408 U.S. 471, 480 (1972)). Just as other punishments for criminal convictions curtail an offender’s freedoms, a court granting probation may impose reasonable conditions that deprive the offender of some freedoms enjoyed by law-abiding citizens” (534 U.S., en pp. 118-119).

159 533 U.S. 27 (2001).

160 Sospechando que Danny Kyllo cultivaba marihuana en su departamento, funcionarios del Departamento del Interior emplearon un detector térmico para medir la intensidad del calor producido por el consumo de electricidad y comprobaron que, en algunos sectores del inmueble, las emanaciones de calor eran inusuales. Con esta evidencia, obtuvieron una orden a allanamiento y comprobaron que Kyllo tenía efectivamente un cultivo de marihuana en su domicilio. Si bien Kyllo alegó que el empleo de este sistema había violado su privacidad, fue condenado en las instancias federales inferiores (intervino la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito) sobre la base de que solo se medían las emanaciones de calor, sin observación de detalle alguno de la vida privada. La Corte Suprema revocó la condena.

161 “Where, as here, the Government uses a device that is not in general public use, to explore details of the home that would previously have been unknowable without physical intrusion, the surveillance is a “search” and is presumptively unreasonable without a warrant” (533 U.S., en p. 40).

162 190 F. 3d 1041 (1999).

163 “Those observations were made with a fairly primitive thermal imager that gathered data exposed on the outside of petitioner’s home but did not invade any constitutionally protected interest in privacy” (533 U.S., en p. 41).

164 532 U.S. 67 (2001).

pital público podía obligar a sus pacientes a someterse, involuntariamente, a un examen de orina para comprobar si consumían cocaína. En 1988 el personal del Hospital de Charleston, operado por la Medical University of South Carolina, comprobó un incremento en el uso de cocaína en mujeres que habían recibido tratamientos prenatales, lo que implicaba que algunos niños daban, al nacer, un test positivo. A raíz de ello, las autoridades del hospital ofrecieron colaborar con las de la ciudad en la persecución penal de aquellas madres cuyos hijos dieran un test positivo, obligándolas a someterse a un examen de orina. Aquellas que dieron positivo fueron procesadas y, en el juicio, el jurado fue instruido especialmente para fallar a favor de las madres que no hubieran dado su consentimiento. El jurado, sin embargo, falló en contra de todas, tanto las que habían consentido como las que no, y la Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito confirmó esta decisión.¹⁶⁵ En la Corte Suprema este fallo fue revocado por una mayoría de 6-3,¹⁶⁶ resolviéndose que no podía condenarse penalmente a quienes no habían consentido someterse al examen de orina. Para ello, la Corte tuvo que hacer una distinción entre este caso y otros anteriores,¹⁶⁷ en los cuales se había admitido el examen de orina sin consentimiento, pero en circunstancias muy diferentes, ya que el resultado de esos test no estaba destinado a ser compartido con terceros, lo que aseguraba la privacidad de quien se sometía al test.¹⁶⁸ Consecuentemente, en opinión de la Corte, el sometimiento al examen de orina, sin el debido consentimiento, aun cuando estuviera inspirado en buenos fines, fue violatorio de la Cuarta Enmienda.¹⁶⁹ En cambio, siguiendo los precedentes mencionados

165 186 F. 3d 469 (1999). El argumento principal del Cuarto Circuito estuvo basado en las necesidades especiales (*special needs*) del caso, sin analizar la cuestión del consentimiento.

166 En la mayoría votaron Stevens, O'Connor, Kennedy, Ginsburg y Breyer.

167 *Skinner v. Railway Labor Executives' Association*, 489 U.S. 602 (1989); *Treasury Employees v. Von Raab*, 489 U.S. 656 (1989), *Vernonia School District 47J v. Acton*, 515 U.S. 646 (1995).

168 "As an initial matter, we note that the invasion of privacy in this case is far more substantial than in those cases. In the previous four cases, there was no misunderstanding about the purpose of the test or the potential use of the test results, and there were protections against the dissemination of the results to third parties. The use of an adverse test result to disqualify one from eligibility for a particular benefit, such as a promotion or an opportunity to participate in an extracurricular activity, involves a less serious intrusion on privacy than the unauthorized dissemination of such results to third parties. The reasonable expectation of privacy enjoyed by the typical patient undergoing diagnostic tests in a hospital is that the results of those tests will not be shared with nonmedical personnel without her consent" (532 U.S. 67, en p. 78).

169 "The fact that positive test results were turned over to the police does not merely provide a basis for distinguishing our prior cases applying the "special needs" balancing approach to the determination of drug use. It also provides an affirmative reason for enforcing the strictures of the Fourth Amendment. While state hospital employees, like other citizens, may have a duty to provide the police with evidence of criminal conduct that they inadvertently acquire in the course of routine treatment,

en la nota 164,¹⁷⁰ la Corte por mayoría de 5-4¹⁷¹ en *Board of Education v. Earls*¹⁷² entendió que el Student Activities Drug Testing Policy, impuesto por el distrito escolar de Tecumseh, Oklahoma,¹⁷³ no violaba la Cuarta enmienda.¹⁷⁴

Menos complejo fue lo resuelto en *United States v. Drayton*,¹⁷⁵ donde la Corte decidió que, cuando los oficiales de policía registran a los pasajeros de un autobús en busca de droga, no están obligados a informarles sobre sus derechos a no cooperar. Es suficiente que los pasajeros hayan prestado consentimiento para el registro. Christopher Drayton y Clifton Brown viajaban en un autobús por Florida cuando la policía detuvo el vehículo y comenzó a registrar el equipaje y a los pasajeros en forma personal. Ambos consintieron ser revisados, tanto en su equipaje como en forma personal, y se comprobó que llevaban consigo paquetes de cocaína escondidos en la ropa. En el juicio alegaron que el consentimiento había sido coercitivo. En primera instancia, fueron condenados, pero la Corte de Apelaciones del Décimo Primer Circuito revocó esta decisión sosteniendo que el consentimiento prestado en esas circunstancias es inválido.¹⁷⁶ A su turno, la Corte Suprema revocó la sentencia de cámara por mayoría de 6-3.¹⁷⁷ Si bien la Corte admitió que los oficiales de policía no habían informado a los imputados de su derecho a no cooperar con el procedimiento, sostuvo, sin embargo, que ello no era relevante y que el consentimiento prestado por éstos había sido válido.¹⁷⁸

when they undertake to obtain such evidence from their patients for the specific purpose of incriminating those patients, they have a special obligation to make sure that the patients are fully informed about their constitutional rights, as standards of knowing waiver require. Cf. *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966). As respondents have repeatedly insisted, their motive was benign rather than punitive. Such a motive, however, cannot justify a departure from Fourth Amendment protections, given the pervasive involvement of law enforcement with the development and application of the [Medical University of South Carolina] policy” (532 U.S. 67, en pp. 84-85).

170 En particular, *Vernonia School Dist. 47J v. Acton*, 515 U.S. 646 (1995).

171 Votaron en la mayoría Rehnquist, Scalia, Kennedy, Thomas y Breyer.

172 536 U.S. 822 (2002).

173 El test era aplicable para los estudiantes que participaban en actividades extracurriculares.

174 Según dice el voto de Thomas que forma la mayoría: “Within the limits of the Fourth Amendment, local school boards must assess the desirability of drug testing schoolchildren. In upholding the constitutionality of the Policy, we express no opinion as to its wisdom. Rather, we hold only that Tecumseh’s Policy is a reasonable means of furthering the School District’s important interest in preventing and deterring drug use among its schoolchildren” (536 U.S., en p. 838).

175 536 U.S. 194 (2002).

176 231 F. 3d 787 (2000).

177 En la mayoría votaron Rehnquist, O’Connor, Scalia, Kennedy, Thomas y Breyer.

178 “The Court has rejected in specific terms the suggestion that police officers must always inform citizens of their right to refuse when seeking permission to conduct a warrantless consent search.

Tampoco ofreció mayores dificultades *Kirk v. Louisiana*,¹⁷⁹ resuelto *per curiam*. La policía de Louisiana había ingresado sin orden de allanamiento ni de arresto en el domicilio de Kirk y encontró droga. Kirk fue arrestado y condenado en los tribunales locales. La Corte revocó esta condena fundándose en lo establecido en *Payton v. New York*,¹⁸⁰ donde sostuvo que, en ausencia de circunstancias apremiantes, un allanamiento y el posterior arresto violan la Cuarta Enmienda.¹⁸¹

Un poco más sutil fue la distinción establecida en *Illinois v. Lidster*,¹⁸² en la que se discutió si Robert Lidster, que había sido detenido en un puesto de control policial (*check point*) establecido en una autopista para recabar información sobre un *hit and run accident*,¹⁸³ podía ser arrestado y condenado por manejar en estado de ebriedad. En los tribunales locales, Lidster alegó que el *check point* en el cual se verificó su estado de ebriedad era violatorio de la Cuarta Enmienda y fue absuelto con fundamento en lo resuelto por la Corte Suprema en *Indianapolis v. Edmond*,¹⁸⁴ donde fue establecido que en un *check point*, cuyo único objeto era detener a los conductores sospechosos de haber incurrido en un delito, solo puede detenerse a éstos. La Corte, por mayoría de 6-3,¹⁸⁵ revocó la decisión de la justicia local diferenciando el *check point* del caso *Edmond* del impuesto en este caso. El voto de Breyer, al que sigue la mayoría conservadora, sostuvo que en *Edmond* el control policial tenía como objeto específico el control del tráfico de drogas y, por ende, solo podían ser detenidos aquellos que resultaran sospechosos, mientras que en este caso su propósito era tan solo recabar información, de cualquiera de los conductores, sobre el *hit and run*, de modo que el *check point* no violaba la Cuarta Enmienda.¹⁸⁶

See, e. g., *Ohio v. Robinette*, 519 U.S. 33, 39-40 (1996); *Schneekloth v. Bustamonte*, 412 U.S. 218, 227 (1973). “While knowledge of the right to refuse consent is one factor to be taken into account, the government need not establish such knowledge as the sine qua non of an effective consent” *Ibid*. Nor do this Court’s decisions suggest that even though there are no per se rules, a presumption of invalidity attaches if a citizen consented without explicit notification that he or she was free to refuse to cooperate. Instead, the Court has repeated that the totality of the circumstances must control, without giving extra weight to the absence of this type of warning” (536 U.S., en pp. 206-207).

179 536 U.S. 635 (2002).

180 445 U.S. 573 (1980).

181 “[a]bsent exigent circumstances, the firm line at the entrance to the house (...) may not reasonably be crossed without a warrant” (536 U.S. 635, en p. 636).

182 540 U.S. 419 (2004).

183 Un accidente seguido de muerte, en el cual el conductor había huido.

184 531 U.S. 32 (2000).

185 Votaron en la mayoría Rehnquist, O’Connor, Scalia, Kennedy, Thomas y Breyer.

186 “The checkpoint stop here differs significantly from that in *Edmond*. The stop’s primary law en-

Nada sutil, en cambio, fue lo resuelto en *Hiibel v. Sixth Judicial District Court of Nevada*,¹⁸⁷ pese a que la Corte quedó dividida 5-4 con los conservadores y liberales muy alineados en cada lado.¹⁸⁸ Lo que debía resolverse aquí es si cuando la policía le pregunta al sospechoso de un delito su nombre, viola la Cuarta Enmienda. Larry Hiibel fue arrestado y condenado en Nevada por haberse negado a dar su nombre a un oficial de policía cuando éste lo encontró cerca del lugar en el cual se había cometido un crimen. Bajo la legislación de Nevada, es obligatorio identificarse ante la policía en tales circunstancias. Hiibel se negó a hacerlo invocando que ello violaba la Cuarta Enmienda y su derecho a la no incriminación contenido en la Quinta Enmienda. La Corte Suprema, con voto de la mayoría conservadora, confirmó la condena sosteniendo que preguntarle el nombre a una persona no es más que una actividad rutinaria de la policía que en modo alguno puede ser inconstitucional.¹⁸⁹ Por el contrario, el voto de la minoría, elaborado por Stevens, enfoca la cuestión en la Quinta Enmienda y sostiene que la mera información del nombre puede llegar a ser autoincriminatoria y, por ende, violatoria de la Quinta Enmienda.¹⁹⁰

7.3.4 Los registros de vehículos

También ha dado lugar a una abundante jurisprudencia llena de sutilezas el registro de los automóviles y sus ocupantes. En esta serie debe ser menciona-

forcement purpose was not to determine whether a vehicle's occupants were committing a crime, but to ask vehicle occupants, as members of the public, for their help in providing information about a crime in all likelihood committed by others. The police expected the information elicited to help them apprehend, not the vehicle's occupants, but other individuals [...] information-seeking highway stops are less likely to provoke anxiety or to prove intrusive. The stops are likely brief. The police are not likely to ask questions designed to elicit self-incriminating information. And citizens will often react positively when police simply ask for their help as "responsible citizen[s]" to "give whatever information they may have to aid in law enforcement" (540 U.S., en pp. 423 y 425).

187 542 U.S. 177 (2004).

188 En la mayoría votaron Rehnquist, O'Connor, Scalia, Kennedy y Thomas.

189 "Petitioner argues that the Nevada statute circumvents the probable-cause requirement, in effect allowing an officer to arrest a person for being suspicious [...] [t]he officer's request was a common-sense inquiry, not an effort to obtain an arrest for failure to identify after a Terry stop yielded insufficient evidence. The stop, the request, and the State's requirement of a response did not contravene the guarantees of the Fourth Amendment" (542 U.S., en pp. 188-189).

190 "A name can provide the key to a broad array of information about the person, particularly in the hands of a police officer with access to a range of law enforcement databases. And that information, in turn, can be tremendously useful in a criminal prosecution. It is therefore quite wrong to suggest that a person's identity provides a link in the chain to incriminating evidence "only" in unusual circumstances" (542 U.S., en p. 196).

do el caso *Thornton v. United States*,¹⁹¹ pero, para entenderlo mejor, es preciso recordar lo que se había decidido previamente en *Chimel v. California*¹⁹² y en *New York v. Belton*.¹⁹³ En el primer caso, la policía había entrado al domicilio de Chimel con una orden de arresto. Sin que esta orden les permitiera llevar a cabo un registro completo de la casa y con la oposición de Chimel, los policías secuestraron varios objetos que fueron empleados en el juicio por robo. La Corte, por mayoría de 6-2,¹⁹⁴ sostuvo que el secuestro había sido ilegal, pues dichos objetos no estaban bajo el control inmediato (*within the immediate control*) de Chimel. Esta doctrina fue luego aplicada en el segundo caso, donde la policía de New York detuvo el automóvil de Belton por exceso de velocidad y descubrió en su interior la existencia de marihuana. Fue revisado luego el saco de Belton, que se encontraba dentro del vehículo, y se encontró cocaína dentro de un bolsillo. En el juicio, la defensa sostuvo que el secuestro de la cocaína había sido ilegal, pero la Corte,¹⁹⁵ aplicando la doctrina establecida en *Chimel*, sostuvo que el procedimiento no violaba la Cuarta Enmienda en tanto el saco estaba dentro del vehículo y, por ende, al momento de ser secuestrada la cocaína, se hallaba bajo el inmediato control de Belton. Con estos antecedentes, fue decidido el caso *Thornton*, mencionado al comienzo. Los hechos en este caso difieren sutilmente de los de *Belton*, pero la Corte aplicó la misma doctrina. Marcus Thornton fue detenido por la policía luego de que había salido de su automóvil.¹⁹⁶ Al ser registrado personalmente, se encontró droga en sus bolsillos. Luego fue registrado su vehículo y fue hallada allí un arma. En el juicio, la defensa de Thornton sostuvo que el secuestro del arma era ilegal pues, por entonces, Thornton ya estaba fuera del automóvil. La Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito confirmó la condena de Thornton,¹⁹⁷ de modo que la Corte Suprema debía decidir si el principio establecido en *Belton* era aplicable, pese a que el secuestro del arma se había producido cuando Thornton ya no estaba

191 541 U.S. 615 (2004).

192 395 U.S. 752 (1969).

193 453 U.S. 454 (1981).

194 Votaron en la mayoría Warren, Douglas, Brennan, Stewart y T. Marshall.

195 Votaron en la mayoría Burger, Stewart, Blackmun, Powell, Rehnquist y Stevens. En disidencia votaron Brennan, White y T. Marshall.

196 La detención se había producido porque la patente del vehículo no coincidía con la que estaba registrada oficialmente.

197 325 F. 3d 189 (2003).

dentro del automóvil. La respuesta fue afirmativa. Por mayoría de 7-2,¹⁹⁸ se decidió que la doctrina de *Belton* era aplicable al caso y que el secuestro del arma no violaba la Cuarta Enmienda.¹⁹⁹

*Arkansas v. Sullivan*²⁰⁰ es un caso similar a *Belton* en el cual un vehículo detenido por una infracción de tránsito derivó en una condena por tenencia de droga. Joe Taylor, un oficial de policía de Arkansas, detuvo el auto de Kenneth Andrew Sullivan por exceso de velocidad. Al chequear la licencia de conducir de Sullivan, Taylor advirtió que aquel estaba siendo investigado por narcotráfico y, al registrar el vehículo, fue hallada en él una abundante cantidad de estupefacientes. En su defensa, Sullivan alegó que la prueba había sido obtenida ilegalmente, pues se había utilizado la violación de una norma de tránsito como pretexto para conseguirla. Los tribunales de Arkansas admitieron la defensa de Sullivan sosteniendo que la incautación de los narcóticos carecía de *probable-cause* en tanto estaba motivada por un hecho subjetivo. Esta decisión fue luego revocada por la Corte Suprema en un fallo unánime,²⁰¹ donde se sostuvo que las motivaciones subjetivas de la policía para registrar un vehículo no son contrarias a la Cuarta Enmienda.²⁰²

198 Votaron en la mayoría Rehnquist, O'Connor, Scalia, Kennedy, Thomas, Ginsburg y Breyer.

199 "In *New York v. Belton*, 453 U.S. 454 (1981), we held that when a police officer has made a lawful custodial arrest of an occupant of an automobile, the Fourth Amendment allows the officer to search the passenger compartment of that vehicle as a contemporaneous incident of arrest. We have granted certiorari twice before to determine whether *Belton's* rule is limited to situations where the officer makes contact with the occupant while the occupant is inside the vehicle, or whether it applies as well when the officer first makes contact with the arrestee after the latter has stepped out of his vehicle. We did not reach the merits in either of those two cases [...] [w]e now reach that question and conclude that *Belton* governs even when an officer does not make contact until the person arrested has left the vehicle" (541 U.S., en p. 617).

200 532 U.S. 769 (2001).

201 La sentencia fue dictada *per curiam*, pero tiene un voto concurrente de Ginsburg, al cual adhirieron Stevens, O'Connor y Breyer.

202 "Because the Arkansas Supreme Court's decision on rehearing is flatly contrary to this Court's controlling precedent, we grant the State's petition for a writ of certiorari and reverse. As an initial matter, we note that the Arkansas Supreme Court never questioned Officer Taylor's authority to arrest Sullivan for a fine-only traffic violation (speeding), and rightly so. See *Atwater v. Lago Vista*, ante, p. 318. Rather, the court affirmed the trial judge's suppression of the drug-related evidence on the theory that Officer Taylor's arrest of Sullivan, although supported by probable cause, nonetheless violated the Fourth Amendment because Taylor had an improper subjective motivation for making the stop. The Arkansas Supreme Court's holding to that effect cannot be squared with our decision in *Whren*, in which we noted our "unwilling[ness] to entertain Fourth Amendment challenges based on the actual motivations of individual officers," and held unanimously that "[s]ubjective intentions play no role in ordinary, probable-cause Fourth Amendment analysis" 517 U.S., at 813" (532 U.S., en pp. 771-772).

Otro caso en el cual una infracción de tránsito derivó en una condena por posesión de drogas es *Maryland v. Pringle*.²⁰³ La policía de Baltimore, Maryland, detuvo un automóvil porque sus ocupantes no tenían puesto el cinturón de seguridad. El vehículo estaba conducido por su propietario, Donte Partlow; en el asiento delantero viajaba Joseph Pringle; y en el trasero, Otis Smith. Al revisar el vehículo, la policía encontró en la guantera una suma de dinero. En ese momento se apersonó otro oficial de policía que les preguntó si llevaban armas o drogas, a lo que Partlow respondió que no, dándole permiso al oficial para que revisara el automóvil. Como resultado de ello, se encontró cocaína en el apoyabrazos trasero. Preguntados a quién pertenecía la droga, los tres respondieron que no sabían y fueron arrestados. Ya en la comisaría, y habiendo desistido de ejercer sus derechos bajo lo establecido en *Miranda v. Arizona*,²⁰⁴ Pringle reconoció que la droga era de su propiedad. Partlow y Otis fueron liberados y Pringle quedó arrestado. En primera instancia de los tribunales de Maryland, Pringle fue condenado a 10 años de prisión, pero la Corte local lo absolvió sosteniendo que estando Pringle en el asiento delantero y no siendo el propietario del vehículo, no existía causa probable para un arresto por posesión de droga encontrada en el asiento trasero. La Corte Suprema revocó esta decisión sosteniendo la existencia de causa probable para arrestar a Pringle.²⁰⁵

Pueden verse también las idas y vueltas del registro de los vehículos en *Illinois v. Caballes*.²⁰⁶ El imputado en este caso fue detenido en una carretera de Illinois por exceso de velocidad. Mientras el oficial de policía lo multaba, acudió al lugar del hecho, casi inmediatamente, otro policía con un perro detector de drogas que indicó la existencia de marihuana en el baúl. En los tribunales de Illinois se resolvió que la detección de la droga había sido ilegal, pues un procedimiento que se inicia por exceso de velocidad no puede convertirse en

203 540 U.S. 366 (2003).

204 384 U.S. 436 (1966).

205 “In this case, Pringle was one of three men riding in a Nissan Maxima at 3:16 a.m. There was \$763 of rolled-up cash in the glove compartment directly in front of Pringle. Five plastic glassine baggies of cocaine were behind the back-seat armrest and accessible to all three men. Upon questioning, the three men failed to offer any information with respect to the ownership of the cocaine or the money. We think it an entirely reasonable inference from these facts that any or all three of the occupants had knowledge of, and exercised dominion and control over, the cocaine. Thus, a reasonable officer could conclude that there was probable cause to believe Pringle committed the crime of possession of cocaine, either solely or jointly [...] We hold that the officer had probable cause to believe that Pringle had committed the crime of possession of a controlled substance. Pringle’s arrest therefore did not contravene the Fourth and Fourteenth Amendments” (540 U.S., en pp. 371-372 y 374).

206 543 U.S. 405 (2005).

una investigación sobre posesión de drogas. La Corte, en cambio, por mayoría de 6-2²⁰⁷ —mediante el voto de Stevens—, entendió que el uso de un perro para detectar la droga no había violado la privacidad de Caballes.²⁰⁸

Interesa comparar este caso con *Kyllo v. United States*, mencionado anteriormente, en el cual fue declarado por mayoría de 5-4 que el uso de un sistema para medir las ondas de calor emanadas de un departamento en orden a determinar si allí se cultivaba marihuana era violatorio de la privacidad. Destaco esta cuestión pues Scalia, Thomas y Breyer, que votaron en la mayoría en dicho caso, en este, en cambio, sostienen que el uso de un perro detector de drogas no lo era. Todo ello muestra la delgada línea de análisis de los hechos que estos casos acarrearán, pues aun cuando ambos sistemas son externos, uno de ellos (el de las ondas de calor), a juicio de los jueces mencionados, es invasivo de la privacidad mientras que el otro (el del perro detector), para esos mismos jueces, no lo es.

También ha sido materia de decisión por parte de la Corte si la detención y registro de un vehículo puede estar determinada por un cúmulo de circunstancias sospechosas por parte de sus ocupantes, que, consideradas individualmente, no son estrictamente relevantes, o si, por el contrario, dicho registro debe estar fundado al menos en una circunstancia precisa y relevante. La cuestión fue resuelta en favor de la primera alternativa en *United States v. Arvizu*.²⁰⁹ Ralph Arvizu manejaba su minivan en una carretera del sur de Arizona, en una zona de habitual tráfico de drogas, cuando su vehículo fue detectado por la policía. Numerosas circunstancias sospechosas hicieron que le ordenara detenerse, entre ellas, la actitud nerviosa de Arvizu y que los niños que viajaban en la parte trasera tenían levantadas sus rodillas, dando la impresión de que ocultaban algo debajo de sus piernas. Obtenido el permiso para revisar la minivan, fue hallado un cargamento de 100 libras de marihuana. Arvizu fue detenido por posesión con intención de distribución y en el tribunal de distrito resultó condenado. La Corte de Apelaciones del Noveno Circuito revocó esta decisión sosteniendo

207 En la mayoría votaron Stevens, O'Connor, Scalia, Kennedy y Thomas.

208 “[...] the use of a well-trained narcotics-detection dog [...] during a lawful traffic stop generally does not implicate legitimate privacy interests. In this case, the dog sniff was performed on the exterior of respondent’s car while he was lawfully seized for a traffic violation. Any intrusion on respondent’s privacy expectations does not rise to the level of a constitutionally cognizable infringement [...] A dog sniff conducted during a concededly lawful traffic stop that reveals no information other than the location of a substance that no individual has any right to possess does not violate the Fourth Amendment” (543 U.S., en pp. 409 y 410).

209 534 U.S. 266 (2002).

que ninguna de las razones por las cuales el vehículo había sido detenido eran razonables.²¹⁰ Por el contrario, la Corte Suprema, en forma unánime, entendió que estas circunstancias no deben ser analizadas individualmente, sino en conjunto.²¹¹

No menos importante es la distinción entre los registros efectuados en zonas de frontera y los llevados a cabo fuera de ellas. La cuestión fue dirimida en *United States v. Flores Montano*.²¹² Manuel Flores Montano intentaba cruzar la frontera entre México y Estados Unidos cuando un oficial de la Aduana le pidió que se bajara del automóvil. Éste fue llevado a otro sector de control y, al golpear el tanque de nafta con un destornillador, se advirtió que en su interior había algo sólido. Removido el tanque de nafta, fueron halladas en su interior 80 libras de marihuana. Flores Montano fue procesado, pero resultó absuelto por el tribunal de distrito, el cual, fundándose en lo decidido en *United States v. Molina-Tarazon*²¹³ por la Corte del Noveno Circuito —un fallo dividido—, entendió que el registro del vehículo había sido irrazonable.²¹⁴ En apelación, esta decisión fue confirmada por el Noveno Circuito. La Corte Suprema, en forma unánime, revocó esta decisión sosteniendo que la distinción entre registros rutinarios e intrusivos no corresponde en zona de frontera, donde el contrabando es habitual. Aun cuando estos registros puedan ser intrusivos, en la frontera deben ser considerados rutinarios, pues ello previene el ingreso ilegal al país de personas y efectos.²¹⁵

210 232 F. 3d 1241 (2000).

211 “When discussing how reviewing courts should make reasonable-suspicion determinations, we have said repeatedly that they must look at the “totality of the circumstances” of each case to see whether the detaining officer has a “particularized and objective basis” for suspecting legal wrongdoing [...] This process allows officers to draw on their own experience and specialized training to make inferences from and deductions about the cumulative information available to them that “might well elude an untrained person.” *Id.*, at 418. See also *Ornelas v. United States*, 517 U.S. 690, 699 (1996) (reviewing court must give “due weight” to factual inferences drawn by resident judges and local law enforcement officers). Although an officer’s reliance on a mere ‘hunch’ is insufficient to justify a stop, *Terry*, *supra*, at 27, the likelihood of criminal activity need not rise to the level required for probable cause, and it falls considerably short of satisfying a preponderance of the evidence standard [...] We think that the approach taken by the Court of Appeals here departs sharply from the teachings of these cases. The court’s evaluation and rejection of seven of the listed factors in isolation from each other does not take into account the “totality of the circumstances,” as our cases have understood that phrase” (534 U.S., en pp. 273-274).

212 541 U.S. 149 (2004).

213 279 F. 3d 709 (2002).

214 En este caso se había decidido que la remoción del tanque de nafta es un procedimiento intrusivo, no rutinario, que para ser llevado a cabo requiere una sospecha razonable.

215 “Complex balancing tests to determine what is a ‘routine’ search of a vehicle, as opposed to a more

Por último, en *Devenpeck v. Alford*,²¹⁶ se discutió si, bajo la Cuarta Enmienda, era válido un arresto pese a que la causa originaria de este no estaba directamente relacionada (*closely related*) con la invocada por el oficial de policía al momento del arresto. Simplificando los hechos del caso, que son un poco más complejos, lo importante es que la policía del estado de Washington detuvo el automóvil de Tony Alford creyendo que estaba actuando como si fuera un oficial de la policía. Al registrar el vehículo, se descubrió que Alford estaba grabando la conversación con los policías. Fue arrestado, entonces, acusado de haber violado la Ley de Privacidad local. En los tribunales locales, los cargos fueron desestimados y, como consecuencia de ello, Alford demandó a los policías ante un tribunal federal, alegando que la causa de su arresto no estaba directamente vinculada con el motivo original por el cual había sido detenido. En primera instancia, el caso fue rechazado, pero la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito hizo lugar a Alford.²¹⁷ Concedido el *certiorari*, la Corte Suprema en forma unánime —por el voto de Scalia— revocó el fallo del Noveno Circuito, sosteniendo que la falta de relación ente la causa original de la detención y la del posterior arresto no lo invalidaba bajo la Enmienda Cuarta. Como suele ocurrir en los votos de Scalia, la redacción no es muy lineal, pero el mensaje finalmente es claro.²¹⁸

‘intrusive’ search of a person, have no place in border searches of vehicles. The Government’s interest in preventing the entry of unwanted persons and effects is at its zenith at the international border. Time and again, we have stated that “searches made at the border, pursuant to the longstanding right of the sovereign to protect itself by stopping and examining persons and property crossing into this country, are reasonable simply by virtue of the fact that they occur at the border.” *United States v. Ramsey*, 431 U.S. 606, 616 (1977) [...] we conclude that the Government’s authority to conduct suspicionless inspections at the border includes the authority to remove, disassemble, and reassemble a vehicle’s fuel tank. While it may be true that some searches of property are so destructive as to require a different result, this was not one of them” (541 U.S., en pp. 152-153 y 155-156).

216 543 U.S. 146 (2004).

217 333 F. 3d 972.

218 “[...] a warrantless arrest by a law officer is reasonable under the Fourth Amendment where there is probable cause to believe that a criminal offense has been or is being committed [...] Whether probable cause exists depends upon the reasonable conclusion to be drawn from the facts known to the arresting officer at the time of the arrest [...] In this case, the Court of Appeals held that the probable-cause inquiry is further confined to the known facts bearing upon the offense actually invoked at the time of arrest, and that (in addition) the offense supported by these known facts must be “closely related” to the offense that the officer invoked [...] We find no basis in precedent or reason for this limitation. Our cases make clear that an arresting officer’s state of mind (except for the facts that he knows) is irrelevant to the existence of probable cause [...] Subjective intent of the arresting officer, however it is determined [...] is simply no basis for invalidating an arrest [...] Hence, the predictable consequence of a rule limiting the probable-cause inquiry to offenses closely related to [...] those identified by the arresting officer is not [...] that officers will cease making sham arrests

7.4 La Quinta Enmienda

7.4.1 La garantía en contra de la autoincriminación

En relación con la garantía en contra de la autoincriminación, recordemos que la Quinta Enmienda dice que “nadie estará obligado [...] a declarar como testigo contra sí mismo en ningún juicio criminal”.²¹⁹

El caso más destacado de este periodo en esta materia es *Ohio v. Reiner*,²²⁰ resuelto *per curiam*, en el cual la cuestión a decidir era si una persona que no se ha declarado culpable puede igualmente invocar esa garantía. Matthew Reiner fue acusado de haber provocado la muerte involuntaria de su hijo de dos años. La defensa sostuvo que la culpable de la muerte era Susan Batt, la niñera. En el juicio —llevado a cabo en los tribunales de Ohio— Batt se acogió a la Quinta Enmienda y se le otorgó inmunidad, pero luego testificó ante el jurado y negó haber sido la autora de la muerte. Reiner fue condenado, pero la cámara revocó la sentencia y esta decisión fue confirmada por la Suprema Corte de Ohio, en cuya opinión, Batt no podía invocar la garantía contra la autoincriminación, pues había negado ser la autora de la muerte, de modo tal que no debería habersele otorgado inmunidad, pues ello, en definitiva, había perjudicado a Reiner. La Corte Suprema, por el contrario, sostuvo que la Quinta Enmienda puede ser invocada incluso por quienes se declaran inocentes, pues de lo contrario éstos podrían quedar atrapados (*ensnared*) por circunstancias ambiguas.²²¹

on the hope that such arrests will later be validated, but rather that officers will cease providing reasons for arrest” (543 U.S., en pp. 152-155).

219 “No person shall be [...] compelled in any criminal case to be a witness against himself”. A diferencia del proceso criminal en nuestro país, donde el imputado en la indagatoria puede negarse a declarar y no está sometido a juramento (artículo 296 del Código Procesal Penal), en los Estados Unidos al imputado se lo considera como un testigo, se le toma juramento y puede negarse a declarar invocando la garantía de la Quinta Enmienda.

220 532 U.S. 17 (2001).

221 “We have held that the privilege’s protection extends only to witnesses who have “reasonable cause to apprehend danger from a direct answer” [citas omitidas] That inquiry is for the court; the witness’ assertion does not by itself establish the risk of incrimination [citas omitidas] A danger of “imaginary and unsubstantial character” will not suffice [citas omitidas]. But we have never held, as the Supreme Court of Ohio did, that the privilege is unavailable to those who claim innocence. To the contrary, we have emphasized that one of the Fifth Amendments “basic functions [...] is to protect innocent men who otherwise might be ensnared by ambiguous circumstances”. *Grunewald v. United States*, 353 U.S. 391, 421 (1957) [citas omitidas]. In *Grunewald*, we recognized that truthful responses of an innocent witness, as well as those of a wrongdoer, may provide the government with incriminating evidence from the speaker’s own mouth” (532 U.S., en p. 21).

7.4.2 La aplicación de las *Miranda warnings*

Aunque es bien conocido, cabe recordar que, en *Miranda v. Arizona*,²²² —uno de los casos emblemáticos de la Warren Court,²²³ se resolvió —por mayoría de 5-4— que, bajo la Quinta Enmienda, al momento de ser interrogada por la policía con motivo de un arresto, una persona debe ser informada o advertida de que tiene el derecho a permanecer callada y que puede solicitar un abogado. Si bien ese derecho puede ser renunciado, la renuncia debe ser voluntaria y el derecho puede volver a ser ejercido en cualquier momento del procedimiento.²²⁴ Desde entonces, numerosos fallos han dado lugar a la aplicación de las llamadas “advertencias Miranda” (*Miranda warnings*).

Antes de mencionar los fallos específicos de este período, vale la pena recordar que, durante el October Term 1999, la Corte resolvió *Dickerson v. United States*.²²⁵ La cuestión planteada era si una ley del Congreso podía derogar la garantía establecida en *Miranda*. Por mayoría de 7-2, la respuesta fue negativa.²²⁶ Charles Dickerson fue detenido como sospechoso de haber participado en varios robos de bancos. Al ser interrogado, según la policía, habría confesado su participación como chofer en tales casos, luego de haber renunciado a ejercer sus *Miranda rights*. Sin embargo, en el juicio, Dickerson sostuvo que, antes de ser interrogado, no se le formularon las *Miranda warnings* y la defensa solicitó que su declaración fuera excluida. Por su lado, el Gobierno argumentó que una ley dictada con posterioridad al caso *Miranda* tenía por válida una confesión hecha voluntariamente, aunque al arrestado no se le hubieran informado sus derechos.²²⁷ El tribunal de distrito admitió esta defensa, pero la Corte de Ape-

222 384 U.S. 436 (1966).

223 En la mayoría votaron Warren, Black, Douglas, Brennan y Fortas. En disidencia votaron Clark (disidencia parcial) Stewart, White y Harlan,

224 “Prior to any questioning, the person must be warned that he has a right to remain silent, that any statement he does make may be used as evidence against him, and that he has a right to the presence of an attorney, either retained or appointed. The defendant may waive effectuation of these rights, provided the waiver is made voluntarily, knowingly and intelligently. If, however, he indicates in any manner and at any stage of the process he wishes to consult with an attorney before speaking there can be no questioning. Likewise, if the individual, is alone and indicates in any manner that he does not wish to be interrogated, the police may not question him. The mere fact that he may have answered some questions or volunteered some statements on his own does not deprive him of the right to refrain from answering any further inquiries until he has consulted with an attorney and thereafter consents to be questioned” (384 U.S., en pp. 444-445).

225 530 U.S. 428 (2000).

226 En disidencia votaron Scalia y Thomas.

227 Según esta ley, “a confession shall be admissible in evidence if it is voluntarily given” (18 USC Section 3501).

laciones del Cuarto Circuito, aun reconociendo que Dickerson no había sido informado de sus derechos, revocó la sentencia sosteniendo que una ley podía derogar lo decidido en *Miranda*.²²⁸ La Corte Suprema sostuvo lo contrario. En su opinión, el Congreso no puede modificar lo que la Corte ha resuelto al interpretar la Constitución.²²⁹

Ya en este período, fue decidido *Yarborough v. Alvarado*,²³⁰ donde la cuestión constitucional a resolver era si las condiciones personales de un individuo, tales como su edad y antecedentes penales, deben ser consideradas para determinar si aquel se encuentra o no “en custodia” (*in custody*) policial para que se le formulen las *Miranda warnings*. Si se llega a la conclusión de que está en custodia, la lectura de sus derechos es obligatoria, de lo contrario, no lo es.²³¹ Michael Alvarado, de 17 años, fue citado por la policía para ser interrogado sobre un robo y homicidio en el cual se hallaba presuntamente involucrado. Concurrió a la comisaría acompañado por sus padres, que no estuvieron presentes en el interrogatorio. Al cabo de dos horas, Alvarado, sin que se le hubieran formulado las *Miranda warnings*, terminó confesando su coautoría en el hecho. Durante el juicio, la defensa solicitó que la confesión fuera suprimida, en tanto, habiendo estado “en custodia”, no se la habían leído sus derechos. En los tribunales de California no se hizo lugar a la defensa, entendiendo que, en las circunstancias descritas, Alvarado no había estado en custodia y fue condenado por homicidio y tentativa de robo. Interpuesto un *habeas corpus* ante la justicia federal,²³² el tribunal de distrito confirmó lo decidido en la justicia local, pero la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito²³³ revocó esta decisión sosteniendo que Alvarado había estado efectivamente en custodia y que para evaluar esta situación deberían haberse tenido en consideración su edad y antecedentes personales. La Corte Suprema, a su vez, por mayoría de 5-4, revocó esta sentencia.

Claramente dividida entre conservadores y liberales,²³⁴ la Corte sostuvo que

228 166 F. 3d 667 (1999).

229 “Congress may not legislatively supersede our decisions interpreting and applying the Constitution” (530 U.S., en p. 437).

230 541 U.S. 652 (2004).

231 Uno de los elementos para establecer si una persona está “en custodia” consiste en determinar si se siente libre para interrumpir el interrogatorio en cualquier momento y retirarse por su propia voluntad.

232 Recordemos que, en los Estados Unidos, el *habeas corpus* también puede ser planteado ante la justicia federal contra condenas impuestas en los tribunales locales (Bianchi, 2020, pp. 91-168).

233 *Alvarado v. Hickman*, 316 F. 3d 841 (2002).

234 En la mayoría votaron Kennedy (autor del voto) y Rehnquist, O’Connor, Scalia y Thomas. En la

aspectos subjetivos como la edad y antecedentes no deben ser considerados para evaluar si una persona está o no está en custodia policial.²³⁵ Más convincente, en mi opinión, es el voto de la minoría, ya que es muy improbable que una persona de 17 años, citada e interrogada por la policía durante dos horas sobre la posible comisión de un delito grave sin la presencia de sus padres ni de un abogado, sienta que está en libertad de interrumpir el interrogatorio y retirarse cuando lo desee.²³⁶ Por lo demás —agrego también como reflexión personal—, determinar si una persona “se siente libre” en tales circunstancias es mucho más subjetivo que el análisis de su edad y sus antecedentes personales.

Otro aspecto de las *Miranda warnings* consiste en determinar si es válida, como técnica de interrogación, obtener una confesión sin estas advertencias para generar inmediatamente una segunda confesión luego de haberlas hecho. La cuestión fue analizada en *Missouri v. Siebert*,²³⁷ pero antes de mencionar este caso es preciso recordar que en *Oregon v. Elstad*,²³⁸ con mayoría de 6-3,²³⁹ la Corte había decidido que la confesión por escrito, hecha en la comisaría luego de formuladas las *Miranda warnings*, era válida y no debía ser suprimida como prueba, aun cuando, al ser arrestado, el individuo había admitido ser autor del delito (en este caso, un robo) sin que le fueran leídos sus derechos. La cuestión a resolver, entonces, era si lo decidido en *Elstad* era aplicable en *Siebert*.

minoría lo hicieron Breyer (autor del voto), Stevens, Souter y Ginsburg,

235 Según el voto mayoritario: “In most cases, police officers will not know a suspect’s interrogation history [citas omitidas] Even if they do, the relationship between a suspect’s past experiences and the likelihood a reasonable person with that experience would feel free to leave often will be speculative. True, suspects with prior law enforcement experience may understand police procedures and reasonably feel free to leave unless told otherwise. On the other hand, they may view past as prologue and expect another in a string of arrests. We do not ask police officers to consider these contingent psychological factors when deciding when suspects should be advised of their Miranda rights. The inquiry turns too much on the suspect’s subjective state of mind and not enough on the objective circumstances of the interrogation” (541 U.S., en pp. 668-669).

236 Según el voto de Breyer: “What reasonable person in the circumstances-brought to a police station by his parents at police request, put in a small interrogation room, questioned for a solid two hours, and confronted with claims that there is strong evidence that he participated in a serious crime, could have thought to himself, “Well, anytime I want to leave I can just get up and walk out”? If the person harbored any doubts, would he still think he might be free to leave once he recalls that the police officer has just refused to let his parents remain with him during questioning? Would he still think that he, rather than the officer, controls the situation? There is only one possible answer to these questions. A reasonable person would not have thought he was free simply to pick up and leave in the middle of the interrogation” (541 U.S., en pp. 670-671).

237 542 U.S. 600 (2004).

238 470 U.S. 298 (1985).

239 En la mayoría votaron Burger, White, Blackmun, Powell, Rehnquist y O’Connor. En minoría lo hicieron Brennan, T. Marshall y Stevens.

Patrice Siebert vivía en una casa rodante con sus hijos menores y otros niños. Jonathan, uno de sus hijos de 12 años, afectado de parálisis cerebral, murió mientras dormía. Temerosa de ser acusada de abandono,²⁴⁰ Siebert planeó, junto con los otros menores, prender fuego a la casa rodante para simular que Jonathan había muerto en el incendio. Darian, otro hijo menor de Siebert, junto con un amigo quemaron la casa rodante, pero dejaron en ella a Donald Spector, un discapacitado mental de 18 años que murió a raíz del hecho. Siebert fue detenida y, sin recibir las *Miranda warnings*, confesó estar al tanto de que parte del plan era que Donald quedara en la casa rodante. Luego de ello, la policía le concedió unos 20 minutos de descanso. Al reanudar el interrogatorio, le leyeron sus derechos, Siebert firmó una declaración escrita renunciando a ellos y confesó nuevamente estar en conocimiento de que Donald, adormilado bajo los efectos del Prozac, sería dejado en la casa rodante.

Durante el juicio, el oficial de policía admitió que, como técnica para obtener la confesión, primero había interrogado a Siebert sin las *Miranda warnings* y, luego de admitido el delito, le había leído sus derechos, produciendo una nueva confesión. En primera y segunda instancia de los tribunales de Missouri, Siebert fue condenada por homicidio en segundo grado aplicando el precedente *Elstad*.²⁴¹ El tribunal superior del estado entendió, en cambio, que ambos casos eran diferentes, pues en *Siebert* la primera confesión se había hecho sin las *Miranda warnings* con la deliberada intención de obtener la segunda.²⁴² Por una ajustada mayoría de 5-4 entre liberales y conservadores, en la cual Kennedy votó con los primeros, la Corte —por el voto de Souter— sostuvo que entre *Olmstead* y *Siebert* había una diferencia sustancial. En el primer caso, la “confesión” del acusado no había sido más que una afirmación hecha en el curso de un arresto, no inducida por la policía con la intención de obtener una segunda confesión. En *Siebert*, por el contrario, entre la primera y la segunda existía una conexión inmediata de tiempo y lugar, ya que ambas se habían producido en la comisaría, con un breve intervalo, utilizándose una técnica de interrogación en dos pasos con un solo propósito.²⁴³

240 Jonathan tenía escaras en su cuerpo producto de estar mucho tiempo en cama.

241 Si bien el concepto de homicidio en segundo grado varía según cada estado, en Missouri se considera tal al que es cometido a sabiendas, pero sin intención premeditada. Missouri Code §565.021.

242 93 S. W. 3d 700 (2002).

243 “The admissibility of postwarning statements should continue to be governed by the principles of *Elstad* unless the deliberate two-step strategy was employed. If the deliberate two-step strategy has been used, postwarning statements that are related to the substance of prewarning statements must be excluded unless curative measures are taken before the postwarning statement is made. Curative

También quedó muy dividida la Corte en *United States v. Patane*,²⁴⁴ cuyos antecedentes son los siguientes. Como consecuencia de acosar a Linda O'Donnell, Samuel Patane fue arrestado y liberado bajo la condición de no contactarla nuevamente. Enterada la policía de que Patane había intentado hablar por teléfono con O'Donnell y de que estaba en posesión de una pistola Glock, dos oficiales concurren a su domicilio para arrestarlo por violar la orden restrictiva. Mientras recibía las *Miranda warnings*, Patane los interrumpió diciendo que conocía sus derechos. Luego se le preguntó si estaba en posesión de la pistola y, con cierta reticencia, admitió tenerla y permitió que su dormitorio fuera registrado. El arma fue incautada y Patane fue procesado por tenencia de armas, lo que tenía prohibido estando condenado. El tribunal de distrito sostuvo que el arresto por violación de la orden de no contactar a O'Donnell carecía de *probable cause* bajo la Cuarta Enmienda, de modo que no trató la cuestión de la supresión, como prueba, del arma incautada. Esta sentencia fue revocada por la Corte de Apelaciones del Décimo Circuito,²⁴⁵ donde se dispuso que si bien existía causa probable para el arresto por violación de la orden de no contactar a O'Donnell, el secuestro del arma no era válido, pues había sido efectuado a raíz de una confesión voluntaria (la posesión del arma), pero realizada sin las *Miranda warnings*. La fiscalía apeló ante la Corte Suprema argumentando que si bien la confesión sobre la posesión de la pistola no había estado precedida de la lectura de sus derechos, el arma, como tal, debía ser admitida como prueba de cargo, en tanto Patane había consentido el registro de su domicilio. La cuestión a resolver, entonces, radicaba en si una prueba física (la pistola Glock) obtenida en tales condiciones era admisible.

Por medio de una sentencia dividida 5-3, la Corte resolvió, sin mayoría en la argumentación, que la sentencia de Décimo Circuito debía ser revocada y ordenó dictar un nuevo pronunciamiento. El fallo se compone, en primer lugar, del voto de Thomas, al que adhirieron Rehnquist y Scalia, que empieza reconociendo que la Corte, si bien ha tratado la cuestión planteada, no ha llegado todavía a una decisión definitiva.²⁴⁶ No obstante, anticipa que, bajo lo decidido

measures should be designed to ensure that a reasonable person in the suspect's situation would understand the import and effect of the *Miranda* warning and of the *Miranda* waiver" (542 U.S., en p. 622).

244 542 U.S. 630 (2004).

245 304 F. 3d 1013 (2002).

246 "The Court has previously addressed this question but has not reached a definitive conclusion" (542 U.S., en p. 634).

en *Miranda*, lo que se protege son las violaciones contra la autoincriminación, lo que no comprende la introducción de una prueba física resultante de una declaración voluntaria.²⁴⁷ Así, limitando muy estrictamente esta garantía, sostiene que el núcleo de la cláusula antidiscriminación es la prohibición de declarar contra sí mismo, pero no incluye la introducción de una prueba física obtenida luego de una declaración voluntaria,²⁴⁸ por ende, este derecho queda satisfecho con la exclusión de testimonios obtenidos sin *unwarned statements*, es decir, sin las *Miranda warnings*.²⁴⁹ El voto concluye con esta argumentación circular, según la cual, la Quinta Enmienda solo permite la exclusión de prueba física cuando ésta ha sido obtenida como resultado de una declaración involuntaria.²⁵⁰ El breve voto concurrente de Kennedy y O'Connor no agrega mucho más. En todo caso, repite —con palabras similares— el mismo concepto.²⁵¹

También es breve, aunque más colorida, la disidencia de Stevens, Souter y Ginsburg, pues comienza diciendo que la cuestión a decidir es si se debe aplicar la doctrina del fruto del árbol venenoso creando un incentivo para que la policía no cumpla con las *Miranda warnings*.²⁵² Fundada en que no debe darse tal incentivo, la minoría entiende que la omisión de tales advertencias crea una presunción de coerción y, por ende, la garantía contra la autoincriminación incluye también la prueba derivada de ella.²⁵³

247 “Because the Miranda rule protects against violations of the Self-Incrimination Clause, which, in turn, is not implicated by the introduction at trial of physical evidence resulting from voluntary statements, we answer the question presented in the negative” (542 U.S., en p. 634).

248 “[...] the core protection afforded by the Self-Incrimination Clause is a prohibition on compelling a criminal defendant to testify against himself at trial [...] The Clause cannot be violated by the introduction of nontestimonial evidence obtained as a result of voluntary statements” (542 U.S., en p. 637).

249 “It follows that police do not violate a suspect’s constitutional rights (or the Miranda rule) by negligent or even deliberate failures to provide the suspect with the full panoply of warnings prescribed by Miranda. Potential violations occur, if at all, only upon the admission of unwarned statements into evidence at trial. And, at that point, “[t]he exclusion of unwarned statements [...] is a complete and sufficient remedy” for any perceived Miranda violation” (542 U.S., en pp. 641-642).

250 “[...] although it is true that the Court requires the exclusion of the physical fruit of actually coerced statements, it must be remembered that statements taken without sufficient Miranda warnings are presumed to have been coerced only for certain purposes and then only when necessary to protect the privilege against self-incrimination” (542 U.S., en p. 644).

251 “Admission of nontestimonial physical fruits (the Glock in this case) [...] does not run the risk of admitting into trial an accused’s coerced incriminating statements against himself” (542 U.S., en p. 645).

252 “The issue actually presented today is whether courts should apply the fruit of the poisonous tree doctrine lest we create an incentive for the police to omit Miranda warnings” (542 U.S., en p. 645).

253 “Miranda rested on insight into the inherently coercive character of custodial interrogation and the inherently difficult exercise of assessing the voluntariness of any confession resulting from it. Unless the police give the prescribed warnings meant to counter the coercive atmosphere, a custodial con-

Otra división —bien que no tan clara— entre los jueces conservadores y liberales tuvo lugar en *Chavez v. Martinez*,²⁵⁴ donde el punto central consistía en determinar si la ausencia de las *Miranda warnings* podía ser invocada por el demandante en un proceso civil por daños y perjuicios contra la policía. En el curso de un procedimiento por narcóticos, Oliverio Martínez fue detenido por la policía y, al resistirse, resultó herido por un disparo y sufrió severas lesiones. En la causa civil no pudo llegar a determinarse con certeza quién ni cómo se había producido el disparo. Martínez nunca fue enjuiciado penalmente, pero luego demandó a los policías por los daños experimentados. La policía alegó en su defensa que, siendo interrogado en el hospital, Martínez había admitido que el disparo se había producido cuando intentó arrebatarle el arma a la policía. Cabe aclarar que este interrogatorio fue muy breve y Martínez en ese momento estaba severamente herido. El tribunal de Distrito y la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito²⁵⁵ rechazaron la defensa de los demandados, alegando que Martínez había sido interrogado sin que le fueran leídos sus derechos. La Corte debía decidir si, en ese interrogatorio, deberían haber formulado las *Miranda warnings* para excluir la responsabilidad de los policías.

Como veremos seguidamente, el fallo es complejo, pues contiene adhesiones y disensos parciales y cruzados y solo alcanza la mayoría de 6-2²⁵⁶ en que el caso debe ser devuelto al Noveno Circuito para un nuevo pronunciamiento. Esta decisión, no obstante, tiene fundamentos muy diferentes entre los jueces conservadores y los liberales. El voto mayoritario es de Thomas, al que adhirió plenamente Rehnquist. Básicamente, sostienen sin ambages que Martínez no podía invocar la garantía en contra de la autoincriminación en un proceso civil, donde no había sido testigo en contra de sí mismo.²⁵⁷ Scalia adhiere a esta cues-

feccion is inadmissible, there being no need for the previous time-consuming and difficult enquiry into voluntariness. That inducement to forestall involuntary statements and troublesome issues of fact can only atrophy if we turn around and recognize an evidentiary benefit when an unwarned statement leads investigators to tangible evidence. There is, of course, a price for excluding evidence, but the Fifth Amendment is worth a price, and in the absence of a very good reason, the logic of *Miranda* should be followed: a *Miranda* violation raises a presumption of coercion [citas omitidas] and the Fifth Amendment privilege against compelled selfincrimination extends to the exclusion of derivative evidence” (542 U.S., en p. 646).

254 538 U.S. 760 (2003).

255 *Martinez v. Oxnard*, 270 F. 3d 852 (2001).

256 Sandra Day O'Connor no intervino en el caso.

257 “We fail to see how, based on the text of the Fifth Amendment, Martinez can allege a violation of this right, since Martinez was never prosecuted for a crime, let alone compelled to be a witness against himself in a criminal case” (538 U.S., en p. 766).

tión, pero, a diferencia de los anteriores jueces, sostiene que el caso no debe ser devuelto al Noveno Circuito, pues la cuestión constitucional ya ha sido decidida por la Corte y no puede ser resuelta nuevamente.²⁵⁸ Souter, con la adhesión de Breyer, advierte sobre los peligros o inconvenientes de extender la exigencia de las *Miranda warnings* a todo proceso de daños,²⁵⁹ pero —a diferencia de Scalia— entiende que el caso debe ser devuelto al Noveno Circuito para que se dicte una nueva sentencia, en la cual se juzgue el accionar de la policía con independencia de la aplicación de la Quinta Enmienda.²⁶⁰ En opinión de Stevens, que transcribe el interrogatorio policial, éste fue lisa y llanamente un acto de tortura y propone confirmar la sentencia del Noveno Circuito.²⁶¹ Kennedy coincide con esta visión,²⁶² pero entiende, no obstante, que el caso debe ser devuelto al Noveno Circuito para que se analicen otras cuestiones vinculadas con el debido proceso.²⁶³ Ginsburg adhiere en la cuestión de fondo con Stevens y Kennedy,²⁶⁴ pero, por razones similares a las de Souter, Breyer y Kennedy, entiende que el caso debe ser devuelto al Noveno Circuito.

258 “I [...] see no basis for a remand to determine “[w]hether Martinez may pursue a claim of liability for a substantive due process violation” [...] That question has already been decided by the Ninth Circuit, and we today reverse its decision” (538 U.S., en p. 783).

259 “I do not, however, believe that Martinez can make the “powerful showing,” subject to a realistic assessment of costs and risks, necessary to expand protection of the privilege against compelled self-incrimination to the point of the civil liability he asks us to recognize here. The most obvious drawback inherent in Martinez’s purely Fifth Amendment claim to damages is its risk of global application in every instance of interrogation producing a statement inadmissible under Fifth and Fourteenth Amendment principles, or violating one of the complementary rules we have accepted in aid of the privilege against evidentiary use” (538 U.S., en p. 778).

260 “[...] any argument for a damages remedy in this case must depend not on its Fifth Amendment feature but upon the particular charge of outrageous conduct by the police, extending from their initial encounter with Martinez through the questioning by Chavez” (538 U.S., en p. 779).

261 “[...] the interrogation of respondent was the functional equivalent of an attempt to obtain an involuntary confession from a prisoner by torturous methods. As a matter of law, that type of brutal police conduct constitutes an immediate deprivation of the prisoner’s constitutionally protected interest in liberty. Because these propositions are so clear, the District Court and the Court of Appeals correctly held that petitioner is not entitled to qualified immunity” (538 U.S., en pp. 783-784).

262 “A constitutional right is traduced the moment torture or its close equivalents are brought to bear. Constitutional protection for a tortured suspect is not held in abeyance until some later criminal proceeding takes place [...] In my view the Self-Incrimination Clause is applicable at the time and place police use compulsion to extract a statement from a suspect. The Clause forbids that conduct” (538 U.S., en pp. 789-790 y 795).

263 538 U.S., en p. 799.

264 “I would hold that the Self Incrimination Clause applies at the time and place police use severe compulsion to extract a statement from a suspect [...] the interrogation in this case would remain a clear instance of the kind of compulsion no reasonable officer would have thought constitutionally permissible” (538 U.S., en p. 799).

7.4.3 La Taking Clause

Dentro de la Quinta Enmienda se encuentra también la llamada Taking Clause, que garantiza el derecho a no ser privado de la propiedad sin el debido proceso legal.²⁶⁵ La toma (*taking*) de la propiedad tiene dos formas: (a) la *possesory taking*, llamada también *physical taking*,²⁶⁶ que se refiere a la expropiación y a la confiscación; y (b) la *regulatory taking*, que protege de las regulaciones estatales cuando éstas, sin quitar la propiedad en sí, la limitan de tal manera que la privan de un valor económico razonable, dando lugar a una indemnización.²⁶⁷ Ciertamente, la más frecuente y, por ende, la que da lugar a la mayor cantidad de casos es la *regulatory taking*, que no está expresamente prevista en la Constitución, sino que nace del voto de Oliver W. Holmes en *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*.²⁶⁸

Analizaré, en primer lugar, lo resuelto en *Tahoe Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency*.²⁶⁹ Con motivo del desarrollo de la cuenca del lago Tahoe, la Agencia Regional de Planificación de Tahoe (Tahoe Regional Planning Agency) impuso dos prórrogas que limitaron el desarrollo de las propiedades ribereñas durante un período de 32 meses. Afectados por esta decisión, los propietarios y una asociación demandaron a la Agencia, entendiendo que ello les imponía una *taking* sin compensación. El tribunal de distrito falló a favor de los demandantes,²⁷⁰ pero la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito revocó la decisión sosteniendo que el carácter temporario de las limitaciones no constituía una *taking*.²⁷¹

Con mayoría de 6-3,²⁷² la Corte Suprema, por medio del voto de Stevens, confirmó la sentencia del Noveno Circuito. El fallo explica, con bastante detalle, la cuestión de las *regulatory takings* y comienza señalando las diferencias que éstas tienen con las *possesory takings*, a las que llama *physical takings*. Éstas —dice— están contempladas en la Quinta Enmienda y siempre requieren ser compensadas, mientras que las *regulatory takings* no poseen una cláusula consti-

265 “No person shall be [...] deprived of [...] property, without due process of law”.

266 El nombre se debe a que consiste en una ocupación física del bien.

267 Vid. Chemerinsky (2023, p. 709).

268 260 U.S. 393 (1922).

269 535 U.S. 302 (2002).

270 34 F.Supp.2d 1226 (1999).

271 216 F. 3d 764 (2000).

272 Votaron en disidencia Rehnquist, Scalia y Thomas.

tucional específica,²⁷³ pues nacen de una construcción jurisprudencial originada en el voto de Holmes en *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, ya mencionado.²⁷⁴ Por tal motivo, esta antigua distinción impide aplicar los precedentes de las *physical takings* a las *regulatory takings*, en lo que se refiere a la indemnización. Las segundas son frecuentes y afectan la propiedad de muchas maneras impredecibles, de modo tal que indemnizarlas, como regla, es un lujo que no todo Gobierno podría afrontar; las primeras, en cambio, son menos comunes, fácilmente identificables y constituyen una gran afrenta al derecho de propiedad.²⁷⁵ Tampoco existe —continúa el fallo— una fórmula matemática para calcular la indemnización en las *regulatory takings*. En *Mahon*, Holmes sostuvo que debían ser indemnizadas cuando iban “demasiado lejos” (*too far*) en la afectación de la propiedad y, desde entonces, se ha evitado establecer una regla general. Este principio se ha aplicado examinando los factores particulares de cada caso.²⁷⁶

En lo que se refiere a la demora y la indemnización reclamada en este caso específico, señala que 32 meses no constituye un *regulatory taking* y dice —no sé si con ingenuidad o malicia— que constituiría un “incentivo perverso” que una dilación en el desarrollo de una planificación, que permite la toma de una mejor decisión por parte de los planificadores, deba ser compensada por éstos.²⁷⁷

273 “The text of the Fifth Amendment itself provides a basis for drawing a distinction between physical takings and regulatory takings. Its plain language requires the payment of compensation whenever the government acquires private property for a public purpose, whether the acquisition is the result of a condemnation proceeding or a physical appropriation. But the Constitution contains no comparable reference to regulations that prohibit a property owner from making certain uses of her private property” (535 U.S., en pp. 321-322).

274 Ver nota 265.

275 “Land-use regulations are ubiquitous and most of them impact property values in some tangential way—often in completely unanticipated ways. Treating them all as per se takings would transform government regulation into a luxury few governments could afford. By contrast, physical appropriations are relatively rare, easily identified, and usually represent a greater affront to individual property rights” (535 U.S., en p. 324).

276 “In subsequent opinions we have repeatedly and consistently endorsed Holmes’ observation that “if regulation goes too far it will be recognized as a taking” [...] Justice Holmes did not provide a standard for determining when a regulation goes “too far,” but he did reject the view expressed in Justice Brandeis’ dissent that there could not be a taking because the property remained in the possession of the owner and had not been appropriated or used by the public. After *Mahon*, neither a physical appropriation nor a public use has ever been a necessary component of a “regulatory taking.” In the decades following that decision, we have “generally eschewed” any set formula for determining how far is too far, choosing instead to engage in “essentially ad hoc, factual inquiries” [...]. Indeed, we still resist the temptation to adopt per se rules in our cases involving partial regulatory takings, preferring to examine “a number of factors” rather than a simple “mathematically precise” formula” (535 U.S., en p. 326).

277 “We would create a perverse system of incentives were we to hold that landowners must wait for a

Agrega, finalmente, una distinción entre las *takings* que afectan específicamente una propiedad, de las que afectan un amplio número, como ocurría en este caso y entiende que el interés en compensar las primeras debe ser mayor que en las segundas y desarrolla una serie de razones para justificarlo. Dice que, en éstas, los propietarios tiene mayores beneficios, en tanto los planificadores reciben comentarios y observaciones al proyecto; señala también que una indemnización sujeta a la dilación en el proyecto presionará a los planificadores para urgir una decisión que no beneficiará a los propietarios menos organizados, evitando daños específicos en determinados propietarios y porque, finalmente, todos se benefician con las restricciones impuestas en los otros.²⁷⁸

También fue rechazada la demanda planteada por Chevron en *Lingle v. Chevron*,²⁷⁹ motivada por la limitación en las ganancias que percibían las empresas en el precio de venta de los combustibles a los propietarios de estaciones de servicio. Preocupada por la concentración del mercado,²⁸⁰ la legislatura de Hawaii impuso esta restricción. Chevron demandó una compensación por ello y obtuvo una decisión favorable en el tribunal de distrito, que luego fue confirmada por la Corte del Noveno Circuito.²⁸¹ El fundamento de estos fallos fue lo decidido anteriormente por la Corte Suprema en *Agins v. City of Tiburon*,²⁸² donde se estableció que una regulación sobre zonificaciones que no implica un “avance” en los legítimos intereses estatales constituye una *taking*.²⁸³ Por

takings claim to ripen so that planners can make well-reasoned decisions while, at the same time, holding that those planners must compensate landowners for the delay” (535 U.S., en p. 340).

278 “Indeed, the interest in protecting the decisional process is even stronger when an agency is developing a regional plan than when it is considering a permit for a single parcel. In the proceedings involving the Lake Tahoe Basin, for example, the moratoria enabled TRPA to obtain the benefit of comments and criticisms from interested parties, such as the petitioners, during its deliberations. Since a categorical rule tied to the length of deliberations would likely create added pressure on decisionmakers to reach a quick resolution of land-use questions, it would only serve to disadvantage those landowners and interest groups who are not as organized or familiar with the planning process. Moreover, with a temporary ban on development there is a lesser risk that individual landowners will be “singled out” to bear a special burden that should be shared by the public as a whole [cita omitida] At least with a moratorium there is a clear “reciprocity of advantage” [cita omitida] because it protects the interests of all affected landowners against immediate construction that might be inconsistent with the provisions of the plan that is ultimately adopted. “While each of us is burdened somewhat by such restrictions, we, in turn, benefit greatly from the restrictions that are placed on others” [cita omitida]” (535 U.S., en pp. 340-341).

279 544 U.S. 528 (2005).

280 Por aquel entonces, Chevron tenía el 60% del mercado en Hawaii (544 U.S. 528, en p. 532).

281 363 F. 3d 846 (2000).

282 447 U.S. 255 (1980).

283 “[t]he application of a general zoning law to particular property effects a taking if the ordinance does

medio de una decisión unánime —con voto elaborado por O’Connor—, la Corte distinguió este caso de *Agin*s y revocó la sentencia del Noveno Circuito. En su opinión, el test del avance sustancial en los intereses del estado es aplicable para determinar si se ha cumplido con el debido proceso, pero no juega para establecer si una regulación constituye una *taking* en los términos de la Quinta Enmienda.²⁸⁴

Otro rechazo de la demanda se produjo en *San Remo Hotel v. City and County of San Francisco*, aunque, como veremos, la cuestión en discusión aquí era más procesal que de fondo.²⁸⁵ La ciudad de San Francisco les impuso a los propietarios de hoteles el pago de 567000 dólares por la conversión de cuartos residenciales en habitaciones para el turismo. En los tribunales de California, la demanda fue rechazada. Los hoteleros, entonces, demandaron ante la justicia federal —basados en los mismos hechos— que hiciera una excepción a la cláusula establecida en la sección 1738 del Título 28 del USC, según la cual las leyes estatales debidamente publicadas son aplicables y tienen plena fe y crédito (*full faith and credit*) en todos los tribunales de los Estados Unidos.²⁸⁶ Esta norma regula lo dispuesto en el Artículo IV, sección 1 de la Constitución.²⁸⁷ El

not substantially advance legitimate state interests” (447 U.S., en p. 260).

284 “This case requires us to decide whether the “substantially advances” formula announced in *Agin*s is an appropriate test for determining whether a regulation effects a Fifth Amendment taking. We conclude that it is not [...] this formula prescribes an inquiry in the nature of a due process, not a takings, test, and that it has no proper place in our takings jurisprudence [...] The “substantially advances” formula suggests a means-ends test: It asks, in essence, whether a regulation of private property is effective in achieving some legitimate public purpose. An inquiry of this nature has some logic in the context of a due process challenge, for a regulation that fails to serve any legitimate governmental objective may be so arbitrary or irrational that it runs afoul of the Due Process Clause. [...] But such a test is not a valid method of discerning whether private property has been “taken” for purposes of the Fifth Amendment” (447 U.S., en pp. 532, 540 y 542).

285 545 U.S. 323 (2005).

286 28 U.S. Code § 1738. “The Acts of the legislature of any State, Territory, or Possession of the United States, or copies thereof, shall be authenticated by affixing the seal of such State, Territory or Possession thereto.

The records and judicial proceedings of any court of any such State, Territory or Possession, or copies thereof, shall be proved or admitted in other courts within the United States and its Territories and Possessions by the attestation of the clerk and seal of the court annexed, if a seal exists, together with a certificate of a judge of the court that the said attestation is in proper form.

Such Acts, records and judicial proceedings or copies thereof, so authenticated, shall have the same full faith and credit in every court within the United States and its Territories and Possessions as they have by law or usage in the courts of such State, Territory or Possession from which they are taken”.

287 “Full Faith and Credit shall be given in each State to the public Acts, Records, and judicial Proceedings of every other State. And the Congress may by general Laws prescribe the Manner in which such Acts, Records and Proceedings shall be proved, and the Effect thereof”.

propósito de esta petición era evitar que una decisión de los tribunales locales fuera limitante o precluyera una demanda ante los tribunales federales con fundamento en la Quinta Enmienda. Tanto en el tribunal de distrito como en la Corte del Noveno Circuito,²⁸⁸ la demanda fue rechazada. Esta decisión fue confirmada por la Corte Suprema en un fallo unánime conducido por el voto de Stevens. La sentencia comienza explicando que la revisión del caso se limita a establecer si puede hacerse una excepción a la cláusula del *full faith and credit* para determinar si los actores sufrieron una *taking* bajo la Quinta Enmienda, que les permita replantear el caso en la justicia federal.²⁸⁹ Luego de explicar la cuestión con detalle, se resuelve que la excepción debe ser denegada.²⁹⁰

Por último, en *Kelo v. City of New London*,²⁹¹ relacionado con una *physical taking*, se discutía si la ciudad demandada podía expropiar ciertas propiedades para luego entregarlas a particulares por medio de un plan de desarrollo urbanístico en lugar de destinarlas al uso público. En los tribunales de Connecticut, la demanda fue rechazada y la Corte Suprema confirmó esta decisión por mayoría de 5-4. Como era de esperar, el tribunal quedó claramente dividido entre liberales y conservadores, con Kennedy votando a favor de los primeros. El voto de Stevens, que conduce la opinión de la mayoría, sostiene que la expresión “uso público” debe interpretarse en un sentido amplio, comprensivo del “propósito público” del emprendimiento.²⁹² En su voto disidente, al que adhieren Rehnquist, Scalia y Thomas, O’Connor sostiene que esta interpretación, bajo la bandera (*banner*) del desarrollo económico, borra toda distinción entre propiedad privada y propiedad pública y elimina las palabras “para uso público” de la Quinta Enmienda.²⁹³

288 364 F. 3d 1088 (2004).

289 “[...] under our limited grant of certiorari, we have only one narrow question to decide: whether we should create an exception to the full faith and credit statute, and the ancient rule on which it is based, in order to provide a federal forum for litigants who seek to advance federal takings claims that are not ripe until the entry of a final state judgment denying just compensation” (545 U.S., en p. 337).

290 “At base, petitioners’ claim amounts to little more than the concern that it is unfair to give preclusive effect to state court proceedings that are not chosen, but are instead required in order to ripen federal takings claims. Whatever the merits of that concern may be, we are not free to disregard the full faith and credit statute solely to preserve the availability of a federal forum. The Court of Appeals was correct to decline petitioners’ invitation to ignore the requirements of 28 U.S. C. § 1738” (545 U.S., en pp. 347-348).

291 545 U.S. 469 (2005).

292 “[...] when this Court began applying the Fifth Amendment to the States at the close of the 19th century, it embraced the broader and more natural interpretation of public use as “public purpose”” (545 U.S., en pp. 479-480).

293 “Under the banner of economic development, all private property is now vulnerable to being taken

7.5 La Sexta Enmienda

Según la Sexta Enmienda,

En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho a un juicio rápido y público por un jurado imparcial del Estado y distrito en que el delito se haya cometido, distrito que deberá haber sido determinado previamente por la ley. Tendrá derecho de ser informado de la naturaleza y causa de la acusación; de que ser confrontado con los testigos que declaren en su contra, de que se obligue a comparecer a los testigos que declaren a su favor y de contar con la asistencia de un abogado para su defensa.²⁹⁴

Veamos los casos que se han suscitado durante este período, con motivo de la aplicación de esta Enmienda, en el orden que están allí enumerados.

7.5.1 El derecho a un jurado imparcial

Uno de los problemas más frecuentes que plantea el derecho a un jurado imparcial es el del agravamiento de las penas impuestas por los jueces, sin intervención del jurado, luego de que éste ha determinado los hechos que dan lugar a la pena que debe ser aplicada. Como veremos, algunas leyes estatales permiten que los jueces obren de esta manera, pero la Corte ha sostenido que el agravamiento de las penas, sin intervención del jurado, viola la Sexta Enmienda.

En *Ring v. Arizona*,²⁹⁵ se discutió si la legislación de Arizona, que le permitía al juez por sí solo, sin intervención del jurado, determinar si una persona acusada de homicidio había obrado con premeditación, era violatoria de la Sexta Enmienda. Anthony Ring fue condenado por un jurado por haber cometido un *felony murder*,²⁹⁶ pero la decisión quedó empatada en determinar si había in-

and transferred to another private owner, so long as it might be upgraded—i. e., given to an owner who will use it in a way that the legislature deems more beneficial to the public—in the process. To reason, as the Court does, that the incidental public benefits resulting from the subsequent ordinary use of private property render economic development takings "for public use" is to wash out any distinction between private and public use of property—and thereby effectively to delete the words "for public use" from the Takings Clause of the Fifth Amendment" (545 U.S., en p. 494).

294 "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence".

295 536 U.S. 584 (2002).

296 El *felony murder* es el homicidio no premeditado cometido con ocasión de otro delito, por ejemplo,

currido en *premeditated murder*, es decir, homicidio intencional o en primer grado, que podía acarrear la pena de muerte. Bajo lo establecido por la legislación de Arizona, le correspondía al juez, en audiencia separada sin intervención del jurado, establecer si existían motivos agravantes del delito que permitieran calificarlo como premeditado y aplicar la pena capital. El juez entendió que existían circunstancias agravantes,²⁹⁷ que no había razón suficiente para mitigarlo²⁹⁸ y aplicó la pena máxima. La Corte Suprema debía decidir, entonces, si la ausencia de jurado para decidir esta cuestión era violatoria de la Sexta Enmienda. Para ello se encontró con dos precedentes en cierto modo opuestos. En *Walton v. Arizona*²⁹⁹ había resuelto, por escasa mayoría conservadora,³⁰⁰ que la legislación de Arizona era constitucional, pero diez años más tarde, en *Apprendi v. New Jersey*,³⁰¹ donde no se trataba de un homicidio, sino de disparos de un arma de fuego contra la casa de una familia inspirados por odio racial, la Corte, con mayoría de 5-4, sostuvo que la legislación de New Jersey que le permitía al juez elevar la pena debido a la motivación del delito violaba la cláusula del debido proceso establecida en la Cuarta Enmienda.³⁰²

Frente a esta disyuntiva, por mayoría de 7-2,³⁰³ mediante el voto de Ginsburg, la Corte optó por apartarse de *Walton*. Dice Ginsburg que si bien la regla del *stare decisis* es de fundamental importancia para el *rule of law*, los precedentes de la Corte no son “sacrosantos” y el caso bajo análisis merece derogar el citado precedente.³⁰⁴ Sostiene que *Walton* y *Apprendi* son irreconciliables y, por ende, la Corte no puede cobijar ambos precedentes. *Walton* debe ser derogado, pues, bajo la Sexta Enmienda, la determinación de las circunstancias agravan-

un robo, una violación o un secuestro.

297 El homicidio había tenido lugar con ocasión de un robo.

298 Ring no tenía antecedentes penales relevantes.

299 497 U.S. 639 (1990).

300 En la mayoría votaron Rehnquist, White, O'Connor, Scalia y Kennedy. En la minoría lo hicieron Brennan, T. Marshall, Blackmun y Stevens.

301 530 U.S. 466 (2000).

302 En este caso, la división del Tribunal no se da exactamente entre conservadores y liberales. En la mayoría votaron Stevens, Souter, Scalia, Thomas y Ginsburg. En la minoría lo hicieron Rehnquist, O'Connor, Kennedy y Breyer.

303 En la minoría votaron Rehnquist y O'Connor.

304 “Although “the doctrine of *stare decisis* is of fundamental importance to the rule of law[,] [...] [o]ur precedents are not sacrosanct.” *Patterson v. McLean Credit Union*, 491 U.S. 164, 172 (1989) (quoting *Welch v. Texas Dept. of Highways and Public Transp.*, 483 U.S. 468, 494 (1987)). “[W]e have overruled prior decisions where the necessity and propriety of doing so has been established.” 491 U.S., at 172. We are satisfied that this is such a case” (536 U.S., en p. 608).

tes de un delito debe ser decidida por un jurado.³⁰⁵ Agrega que el derecho al juicio por jurados se vería sensiblemente disminuido si se aplicara para incrementar la pena de prisión, pero no para determinar si corresponde la pena de muerte.³⁰⁶

Una decisión similar, pero esta vez con mayoría formal de 5-4 formada por votos parciales, coincidentes y disidentes,³⁰⁷ fue adoptada en *Blakely v. Washington*,³⁰⁸ donde el juez, con fundamento en lo permitido por la legislación del estado de Washington, incrementó la condena de un individuo de 53 a 90 años de prisión por el secuestro de su exmujer, alegando la “crueldad deliberada” del hecho. Con fundamento en el caso *Apprendi*, la Corte sostuvo que los hechos que habían dado lugar al incremento de la pena no habían sido analizados por un jurado, lo que era violatorio de la Sexta Enmienda. El mismo criterio fue repetido en *United States v. Booker*.³⁰⁹

También se aseguró el derecho a un jurado imparcial en *Miller-El v. Cockrell*,³¹⁰ donde se discutía qué debe probarse al plantear un *habeas corpus* ante la justicia federal contra una condena en los tribunales locales,³¹¹ cuando se alega que la selección del jurado ha violado tal derecho. Thomas Joe Miller-El, un afroamericano fue condenado a la pena de muerte en los tribunales de Texas por un homicidio cometido durante un robo. Al seleccionar el jurado, la fiscalía ejerció el llamado *peremptory challenge*³¹² y excluyó a 10 de los 11 potenciales jurados afroamericanos. La defensa alegó entonces que la exclusión de estos jurados tenía motivos raciales y planteó un *habeas corpus* ante la justicia federal. Esta

305 “[...] we hold that Walton and Apprendi are irreconcilable; our Sixth Amendment jurisprudence cannot be home to both. Accordingly, we overrule Walton to the extent that it allows a sentencing judge, sitting without a jury, to find an aggravating circumstance necessary for imposition of the death penalty [citas omitidas] Because Arizona’s enumerated aggravating factors operate as ‘the functional equivalent of an element of a greater offense [citas omitidas] the Sixth Amendment requires that they be found by a jury’” (536 U.S., en p. 609).

306 “The right to trial by jury guaranteed by the Sixth Amendment would be senselessly diminished if it encompassed the factfinding necessary to increase a defendant’s sentence by two years, but not the factfinding necessary to put him to death. We hold that the Sixth Amendment applies to both” (536 U.S., en p. 609).

307 En la minoría, además de Rehnquist y O’Connor, votaron Kennedy y Breyer.

308 542 U.S. 296 (2004).

309 543 U.S. 220 (2005).

310 537 U.S. 322 (2003).

311 Recuerdo nuevamente que, en los Estados Unidos, el *habeas corpus* también puede ser planteado ante la justicia federal contra condenas impuestas en los tribunales locales. Ver nota 232.

312 El *peremptory challenge* consiste en el derecho de las partes de excluir discrecionalmente a un cierto número de jurados.

suerte de “apelación federal” no es automática, sino que está regulada por la Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996 (AEDPA),³¹³ la cual, para declarar formalmente admisible el *habeas corpus*, le exige al tribunal federal la emisión de un *certificate of appealability* (COA). Lo que estaba en juego entonces era qué debía demostrar la defensa para obtener formalmente el COA. En el tribunal de distrito, por medio de una resolución luego confirmada por la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito,³¹⁴ la COA fue denegada sobre la base de que no se había demostrado, por medio de una “prueba clara y convincente”, que la decisión del tribunal local había sido irrazonable.³¹⁵ La Corte revocó esta decisión. Con una mayoría de 8-1 donde —vale destacarlo— el único que vota en contra del afroamericano es Thomas, se entendió que el ejercicio del *peremptory challenge* había tenido fundamentos raciales.³¹⁶ Cabe recordar que la discrecionalidad en la selección de los jurados ya había sido limitada por la Corte en *Batson v. Kentucky*,³¹⁷ por medio de un test de tres partes, cuando se probó que tal selección estaba fundada en la raza.³¹⁸ Agrega la sentencia que la decisión so-

313 28 USC, Chapter 153.

314 *Miller-El v. Johnson*, 261 F. 3d 445 (2001).

315 Esta exigencia surge del 28 USC 2254(e)(1), que dice: “In a proceeding instituted by an application for a writ of habeas corpus by a person in custody pursuant to the judgment of a State court, a determination of a factual issue made by a State court shall be presumed to be correct. The applicant shall have the burden of rebutting the presumption of correctness by clear and convincing evidence”.

316 El voto de Kennedy que lidera la sentencia dice: “A comparative analysis of the venire members demonstrates that African-Americans were excluded from petitioner’s jury in a ratio significantly higher than Caucasians were. Of the 108 possible jurors reviewed by the prosecution and defense, 20 were African-American. Nine of them were excused for cause or by agreement of the parties. Of the 11 African-American jurors remaining, however, all but 1 were excluded by peremptory strikes exercised by the prosecutors. On this basis 91% of the eligible black jurors were removed by peremptory strikes. In contrast the prosecutors used their peremptory strikes against just 13% (4 out of 31) of the eligible nonblack prospective jurors qualified to serve on petitioner’s jury [...] In this case, the statistical evidence alone raises some debate as to whether the prosecution acted with a race-based reason when striking prospective jurors. The prosecutors used their peremptory strikes to exclude 91% of the eligible African-American venire members, and only one served on petitioner’s jury. In total, 10 of the prosecutors’ 14 peremptory strikes were used against African-Americans. Happenstance is unlikely to produce this disparity” (537 U.S., en pp. 331 y 342).

317 476 U.S. 79 (1986).

318 “[...] the Court decided *Batson v. Kentucky* and established its three part process for evaluating claims that a prosecutor used peremptory challenges in violation of the Equal Protection Clause. First, a defendant must make a prima facie showing that a peremptory challenge has been exercised on the basis of race [citas omitidas] Second, if that showing has been made, the prosecution must offer a race-neutral basis for striking the juror in question [citas omitidas] Third, in light of the parties’ submissions, the trial court must determine whether the defendant has shown purposeful discrimination” (537 U.S., en pp. 328-329).

bre el otorgamiento del COA no debe fundarse en la regla de la “prueba clara y convincente”, establecida en 28 USC 2254(e)(1), pues esta norma se aplica para la determinación de los hechos del caso, lo que implica juzgar sobre el fondo del asunto. Debe aplicarse, en cambio, la regla establecida en 28 USC 2253(c)(2),³¹⁹ según la cual, la COA debe otorgarse si el apelante ofrece un *substantial showing* (una prueba evidente) de que se ha violado un derecho constitucional.³²⁰

7.5.2 Los testigos falsos

En *Brady v. Maryland*,³²¹ la Corte había decidido —por mayoría— que la supresión u ocultamiento de pruebas, que pueden absolver o limitar la condena de un imputado, afecta el debido proceso.³²² Sobre esta base fue decidido, durante el período aquí considerado, *Banks v. Dretke*.³²³ En 1980, Delma Banks, Jr. fue condenado a la pena de muerte en los tribunales de Texas por homicidio. Varios años después, Banks supo que Robert Farr, uno de los testigos que declararon en su contra, era un informante pagado por la policía, hecho que no había sido revelado durante el juicio. Se enteró, asimismo, de que Charles Cook, otro testigo de la fiscalía, reconoció haber alterado su confesión como parte de un acuerdo para que se le retiraran ciertos cargos.

Banks planteó entonces su llamada *Brady Claim* en un *habeas corpus* ante un tribunal federal para que su condena fuera revocada y se llevara a cabo un nuevo juicio. Debido a circunstancias procesales del caso, la petición de excluir el testimonio de Cook no fue hecha al momento de plantear el *habeas corpus*, de modo tal que Banks solicitó que fuera considerada temporánea bajo lo establecido en la Rule 15(b) de las Federal Rules of Civil Procedure, que permite

319 28 USC 2253(c)(2) “A certificate of appealability may issue under paragraph (1) only if the applicant has made a substantial showing of the denial of a constitutional right”.

320 “[...] a COA does not require a showing that the appeal will succeed. Accordingly, a court of appeals should not decline the application for a COA merely because it believes the applicant will not demonstrate an entitlement to relief” (537 U.S., en p. 337).

321 373 U.S. 83 (1963).

322 Un Jurado de Maryland encontró culpables a John Brady y Charles Boblit de homicidio en primer grado y ambos fueron condenados a la pena capital. Brady sostuvo durante el juicio que había participado en el robo, pero no en el asesinato. Luego del juicio, Brady se enteró de que Boblit había confesado ser el autor de la muerte y que la fiscalía había ocultado este hecho. Apelada la sentencia, el tribunal de alzada estatal entendió que la supresión de la confesión de Boblit había violado el debido proceso de Brady y devolvió el caso al tribunal inferior para que dictara una nueva sentencia. La Corte Suprema confirmó esta decisión.

323 540 U.S. 668 (2004).

tener por presentadas ciertas peticiones posteriores como si hubieran sido hechas en el escrito original.³²⁴ En el tribunal de distrito, el *habeas corpus* le fue concedido en relación con la condena a la pena de muerte debido a la omisión de la fiscalía de revelar que Farr era informante de la policía. En cambio, le fue denegada la petición de revocar la sentencia que lo había hallado culpable del delito; además, fue rechazada la petición de excluir el testimonio de Cook entendiéndolo inaplicable en el caso la Rule 15(b). La Corte de Apelaciones del Quinto Circuito fue más dura aún con Banks, pues sostuvo que la exclusión del testimonio de Farr debería haber sido pedida en los tribunales estatales y, en relación con el de Cook, sostuvo que la Rule 15(b) no es aplicable en procedimiento de *habeas corpus*.³²⁵

Veamos ahora cómo resolvió la Corte estas dos cuestiones, adelantando que la sentencia del Quinto Circuito fue revocada en ambas.³²⁶ En relación con el testimonio de Farr, sostuvo —con mayoría de 7-2—,³²⁷ invocando como precedente el caso *Strickler v. Greene*,³²⁸ que Banks no debía plantear su *Brady Claim* en los tribunales estatales en tanto la fiscalía había dicho allí que no tenía nada que ocultar, de modo tal que Banks no tenía por qué cuestionar esa afirmación en tales tribunales.³²⁹ En cuanto al testimonio de Cook, la Corte en forma unánime recordó que, en *Harris v. Nelson*³³⁰ y en *Withrow v. Williams*,³³¹ había admitido la aplicación de la Rule 15(b) en procesos de *habeas corpus*.³³²

324 En la actualidad, el texto de la Rule 15(b) ha cambiado gramáticamente, pero al momento de dictarse la sentencia de la Corte, era el siguiente, tal como está transcrito en la nota 8: “When issues not raised by the pleadings are tried by express or implied consent of the parties, they shall be treated in all respects as if they had been raised in the pleadings. Such amendment of the pleadings as may be necessary to cause them to conform to the evidence and to raise these issues may be made upon motion of any party at any time [...]”.

325 Conforme dice la Corte, la sentencia del Quinto Circuito se dictó *per curiam* y no está publicada (540 U.S., en p. 687).

326 El voto principal fue elaborado por Ginsbrug,

327 Votaron en disidencia Scalia y Thomas.

328 527 U.S. 263 (1999).

329 “Banks’s prosecutors represented at trial and in state postconviction proceedings that the State had held nothing back. Moreover, in state postconviction court, the State’s pleading denied that Farr was an informant [...] It was not incumbent on Banks to prove these representations false; rather, Banks was entitled to treat the prosecutor’s submissions as truthful. Accordingly, Banks has shown cause for failing to present evidence in state court capable of substantiating his Farr Brady claim” (540 U.S., en p. 698).

330 394 U.S. 286 (1969).

331 507 U.S. 680 (1993).

332 Ver 540 U.S., en p. 704.

7.5.3 La Confrontation Clause

Durante este período se produjo un cambio en la interpretación de la Confrontation Clause favorable para los acusados. En *Ohio v. Roberts*,³³³ se había admitido como válida la declaración de un testigo que no puede ser confrontado con el acusado si dicho testimonio tiene un “adecuado indicio de confiabilidad” (*adequate indicia of reliability*). Este criterio fue modificado en *Crawford v. Washington*,³³⁴ donde la Corte, por el voto de Scalia, interpretó más estrictamente el derecho del acusado a ser confrontado con los testigos y sostuvo que si por alguna razón la confrontación no puede tener lugar, el testimonio debe ser descartado.³³⁵

Michael Crawford hirió con un puñal a Kenneth Lee, quien, según Crawford, había intentado violar a Sylvia, su mujer. La defensa del imputado fue cuestionada por la grabación de la declaración de Sylvia efectuada ante la policía, de la cual surgía que Lee no había intentado violarla. Sylvia no pudo ser llamada a confrontar su testimonio con el de su marido por aplicación del privilegio marital y los tribunales del estado de Washington admitieron la declaración de la mujer aplicando el criterio de *Ohio v. Roberts* y condenaron a Crawford.

Esta decisión fue revocada por la Corte Suprema. Luego de hacer un largo *racconto* histórico de este derecho, el voto de Scalia entiende que el principio sentado en *Ohio v. Roberts* debe ser modificado, pues no asegura debidamente el derecho en cuestión tutelado por la Sexta Enmienda y afirma que si el testigo no está disponible para poder ser confrontado con el acusado, su testimonio no puede ser empleado en el juicio.³³⁶

333 448 U.S. 56 (1980).

334 541 U.S. 36 (2004).

335 Rehnquist, seguido por O'Connor, concurre con la decisión, pero entiende que el principio establecido en *Ohio v. Roberts* no debe ser derogado, pues los argumentos del Tribunal no son lo suficientemente persuasivos para ello y porque esta derogación implicaría tender un manto de incertidumbre sobre los procesos criminales. “I dissent from the Court’s decision to overrule *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56 (1980). I believe that the Court’s adoption of a new interpretation of the Confrontation Clause is not backed by sufficiently persuasive reasoning to overrule long-established precedent. Its decision casts a mantle of uncertainty over future criminal trials in both federal and state courts, and is by no means necessary to decide the present case” (541 U.S., en p. 69).

336 “Where testimonial evidence is at issue, however, the Sixth Amendment demands what the common law required: unavailability and a prior opportunity for cross-examination [...] Whatever else the term covers, it applies at a minimum to prior testimony at a preliminary hearing, before a grand jury, or at a former trial; and to police interrogations. These are the modern practices with closest kinship to the abuses at which the Confrontation Clause was directed. In this case, the State admitted Sylvia’s testimonial statement against petitioner, despite the fact that he had no opportunity to cross-examine her. That alone is sufficient to make out a violation of the Sixth Amendment. Roberts notwithstanding, we decline to mine the record in search of indicia of reliability. Where testimonial statements are at issue, the only indicium of reliability sufficient to satisfy constitutional

7.5.4 El derecho a contar con un abogado

Uno de los interrogantes complejos que plantea este derecho consiste en determinar si el haber ejercido el derecho a contar con un abogado en la declaración de un delito permite tener por válida la confesión de otro delito diferente, aunque relacionado con el anterior, cuando esta declaración se produce sin asistencia letrada, pero luego de que el detenido renunciara a los *Miranda rights*.

Esta cuestión se planteó en *Texas v. Cobb*,³³⁷ donde la respuesta de la mayoría conservadora de la Corte fue afirmativa, esto es, que tal declaración debe ser admitida. Los hechos del caso son los siguientes. Raymond Levi Cobb confesó, en presencia de su abogado, haber cometido un robo en la vivienda de Lindsey Owings, pero negó tener conocimiento ni participación en la desaparición de la esposa y la hija de éste, ocurrida luego del robo. Tiempo después, estando Cobb excarcelado por el robo, confesó haber asesinado a la esposa (Margaret) y a la hija de Owings (Kori Rae) para cubrir el robo.³³⁸ Esta confesión ante la policía se produjo luego de haber renunciado a sus *Miranda rights*, pero sin estar presente su abogado.

Condenado a muerte por estos homicidios, la defensa de Cobb sostuvo que la confesión de estos debía ser suprimida pues había tenido lugar sin la asistencia letrada que exige la Sexta Enmienda. Este planteo fue admitido por la Court of Criminal Appeals of Texas sobre la base de que, estando íntimamente relacionados estos delitos (el robo y los homicidios), si Cobb había ejercido su derecho a contar con un abogado para la confesión del robo, debería haberlo tenido también al confesar los homicidios.

Con mayoría de 5-4,³³⁹ la Corte Suprema revocó este fallo, sosteniendo que ambos delitos son distintos y, por lo tanto, el haber contado con un abogado al confesar el robo no exigía necesariamente haberlo tenido durante la confesión de los homicidios.³⁴⁰ En otras palabras, siendo dos delitos diferentes, los derechos ejercidos en uno de ellos no se extienden automáticamente al otro.

demands is the one the Constitution actually prescribes: confrontation" (541 U.S., en pp. 68-69).

337 532 U.S. 162 (2001).

338 Cobb se lo contó a su padre, éste acudió a la policía, Cobb fue detenido y, luego de serle leídos sus derechos, confesó los homicidios.

339 Votaron Rehnquist, O'Connor, Scalia, Kennedy y Thomas. Kennedy hizo un voto concurrente al cual adhirieron Scalia y Thomas.

340 "At the time [Cobb] confessed to Odessa police, [Cobb] had been indicted for burglary of the Owings residence, but he had not been charged in the murders of Margaret and Kori Rae. As defined by Texas law, burglary and capital murder are not the same offense [...] Accordingly, the Sixth Amendment right to counsel did not bar police from interrogating respondent regarding the murders, and respondent's confession was therefore admissible" (532 U.S., en p. 174).

La minoría, por el contrario, sostuvo que, en tanto los homicidios se habían cometido con ocasión del robo, ambos delitos estaban directamente relacionados (*closely related*), de modo tal que la presencia del abogado era exigible también para la confesión de los homicidios, ya que Cobb, al momento de confesarlos, no había renunciado a ese derecho.³⁴¹

Se ha planteado también si es admisible la ausencia de un abogado en el caso de una condena menor (30 días de prisión), luego suspendida por una *probation* de dos años. En *Alabama v. Shelton*,³⁴² la mayoría de la Corte³⁴³ sostuvo que no lo es, pues, aun en los casos de delitos menores que puedan acarrear la privación de la libertad por un breve período, la presencia de un abogado es necesaria. En el caso se trataba de un indigente que, en el juicio, había decidido ejercer su propia defensa, pese a que el tribunal le había advertido sobre los peligros que ello podía acarrearle, pero sin ofrecerle específicamente la asistencia de un defensor oficial. La mayoría entendió que ello no era un atenuante.³⁴⁴ Aplicó para eso lo resuelto en *Argersinger v. Hamlin*³⁴⁵ y en *Scott v. Illinois*,³⁴⁶ donde se sostuvo que cualquier condena, por pequeña que esta sea, debe producirse con asistencia letrada.³⁴⁷

Además de la falta efectiva de abogado, se ha planteado si la Sexta Enmienda

341 “The Texas Court of Criminal Appeals [...] found that the charged burglary and the uncharged murders were “closely related.” All occurred during a short period of time on the same day in the same basic location. The victims of the murders were also victims of the burglary. Cobb committed one of the murders in furtherance of the robbery, the other to cover up the crimes. The police, when questioning Cobb, knew that he already had a lawyer representing him on the burglary charges and had demonstrated their belief that this lawyer also represented Cobb in respect to the murders by asking his permission to question Cobb about the murders on previous occasions. The relatedness of the crimes is well illustrated by the impossibility of questioning Cobb about the murders without eliciting admissions about the burglary [...] Nor, in my view, did Cobb waive his right to counsel. [...] These considerations are sufficient. The police officers ought to have spoken to Cobb’s counsel before questioning Cobb” (532 U.S., en p. 188).

342 535 U.S. 654 (2002).

343 El voto mayoritario fue redactado por Ginsburg y adhirieron Stevens, O’Connor, Souter y Breyer.

344 En los tribunales de Alabama, Shelton había sido condenado en primera instancia y absuelto luego por la Suprema Corte estatal. La Corte Suprema confirmó esta última decisión.

345 407 U.S. 25 (1972).

346 440 U.S. 367 (1979).

347 “Defendant-respondent LeReed Shelton, convicted of third-degree assault, was sentenced to a jail term of 30 days, which the trial court immediately suspended, placing Shelton on probation for two years. The question presented is whether the Sixth Amendment right to appointed counsel, as delineated in *Argersinger* and *Scott*, applies to a defendant in Shelton’s situation. We hold that a suspended sentence that may “end up in the actual deprivation of a person’s liberty” may not be imposed unless the defendant was accorded “the guiding hand of counsel” in the prosecution for the crime charged” (535 U.S., en p. 658).

protege también las defensas erróneas o negligentes. La respuesta ha sido afirmativa. En *Wiggins v. Smith*,³⁴⁸ un caso de pena capital por homicidio, la defensa, por su propia negligencia, omitió probar —pese a que lo había anticipado— que Kevin Wiggins había tenido una infancia muy problemática, hecho que podría haber atenuado su condena. Condenado en primera instancia, los nuevos defensores plantearon en la apelación que esta omisión había afectado los derechos de Wiggins bajo la Sexta Enmienda. Luego de varias sentencias en los tribunales inferiores, en las cuales se otorgó la razón a una y otra parte, la Corte Suprema, por mayoría de 7-2,³⁴⁹ entendió que la citada omisión probatoria era relevante a dichos efectos.³⁵⁰ Un caso bastante similar fue *Rompilla v. Beard*,³⁵¹ donde la mayoría fue más ajustada. Triunfaron los jueces liberales con la adhesión de O'Connor al voto de Souter. Básicamente, se sostuvo que aun cuando los familiares y el propio convicto habían admitido que no existían pruebas que mitigaran la condena, la defensa había omitido probar la difícil infancia de Rompilla, su capacidad mental y su propensión al alcoholismo como elementos atenuantes.³⁵²

Es interesante también y bastante sutil en cuanto a la relación entre el abogado y su cliente lo decidido en *Florida v. Nixon*.³⁵³ Joe Elton Nixon fue llevado a juicio por secuestro y homicidio. Las pruebas en su contra eran tan abrumadoras que el defensor oficial, luego de consultarlo con su defendido, que no le dio respuesta alguna sobre el punto ni prestó colaboración de ningún tipo con su propia defensa, decidió admitir la comisión del delito y concentró el caso en la obtención de una pena de prisión y no de muerte. Pidió para ello que se tuviera en cuenta la inestabilidad mental de Nixon y su escasa inteligencia. A pesar de ello, Nixon fue condenado a muerte, pero la Corte Suprema de Florida revocó la condena sobre la base de que la admisión de culpabilidad como estrategia profesional nunca había sido expresamente aprobada por Nixon.

Estaba en juego, entonces, si la Sexta Enmienda, en casos como este, requie-

348 539 U.S. 510 (2003).

349 En disidencia votaron Scalia y Thomas.

350 Según el voto de O'Connor, que forma la mayoría, "Had the jury been able to place [Wiggins] excruciating life history on the mitigating side of the scale, there is a reasonable probability that at least one juror would have struck a different balance" (539 U.S., en p. 537).

351 545 U.S. 374 (2005).

352 "We hold that even when a capital defendant's family members and the defendant himself have suggested that no mitigating evidence is available, his lawyer is bound to make reasonable efforts to obtain and review material that counsel knows the prosecution will probably rely on as evidence of aggravation at the sentencing phase of trial" (545 U.S., en p. 377).

353 543 U.S. 175 (2004).

re del acusado una aprobación expresa sobre la estrategia de su abogado o si es suficiente que aquel haya sido debidamente informado y no haya formulado oposición. Por mayoría de 8-0,³⁵⁴ mediante el voto de Ginsbrug, la Corte Suprema sostuvo esto último. Entendió que el derecho a contar con un abogado no se ve afectado si se informa al cliente de la estrategia a seguir y éste no contesta, no siendo necesario para ello una aprobación expresa.³⁵⁵

Más simple fue el caso *Fellers v. United States*.³⁵⁶ Después de ser acusado por un Gran Jurado de distribuir drogas, la policía obtuvo una orden de arresto contra John J. Fellers. Al momento de ser detenido, éste hizo algunas declaraciones autoincriminatorias, que fueron reproducidas estando ya en la comisaría del condado y luego de haber renunciado por escrito a sus *Miranda rights*. En el juicio, Fellers pidió que sus dichos al momento de ser detenido fueran excluidos. Pidió también que su declaración en la comisaría no fuera tenida como prueba por ser el “fruto de un árbol venenoso”. El tribunal de distrito le hizo lugar en cuanto a sus manifestaciones iniciales, pero mantuvo su declaración policial, pues Fellers, para entonces, ya había renunciado a ejercer sus *Miranda rights*. Esta decisión fue confirmada por la Corte de Apelaciones del Octavo Circuito sobre la base de que, al momento de la detención, la policía en realidad no lo había interrogado.³⁵⁷ Por unanimidad,³⁵⁸ la Corte Suprema revocó esta decisión entendiendo que era errónea porque: (a) la primera declaración había sido inducida o provocada por la policía sin la presencia de un abogado; y (b) como consecuencia de ello, no correspondía analizar la cuestión desde el punto de vista de la regla de exclusión bajo la Quinta Enmienda.³⁵⁹ Ordenó entonces dictar una nueva sentencia, disponiendo que se analizara si, bajo la Sexta Enmienda, era válida la segunda declaración como fruto de la primera, que había sido inducida por la policía sin la asistencia letrada del detenido.

354 Rehnquist no votó en este caso.

355 “When counsel informs the defendant of the strategy counsel believes to be in the defendant’s best interest and the defendant is unresponsive, counsel’s strategic choice is not impeded by any blanket rule demanding the defendant’s explicit consent” (543 U.S., en p. 192).

356 540 U.S. 519 (2004).

357 285 F. 3d 721 (2002).

358 La sentencia está conducida por el voto de O’Connor.

359 “The Court of Appeals erred in holding that the absence of an “interrogation” foreclosed petitioner’s claim that the jailhouse statements should have been suppressed as fruits of the statements taken from petitioner at his home. First, there is no question that the officers in this case “deliberately elicited” information from petitioner [...] Second, because of its erroneous determination that petitioner was not questioned in violation of Sixth Amendment standards, the Court of Appeals improperly conducted its “fruits” analysis under the Fifth Amendment” (540 U.S., en p. 525).

7.6 La Octava Enmienda

Conforme la Enmienda Octava, está prohibido: (a) exigir fianzas excesivas; (b) aplicar multas exageradas; y (c) imponer castigos crueles e inusuales.³⁶⁰

7.6.1 La pena de muerte

Empecemos con los casos de pena de muerte que, aun cuando en algunos estados está legalmente admitida, puede implicar, según las circunstancias, un castigo cruel o inusual.

Analizaré en primer lugar *Shafer v. South Carolina*,³⁶¹ un proceso llevado a cabo en los tribunales de South Carolina, donde la cuestión a resolver era si las instrucciones dadas al jurado en la audiencia para dictar sentencia cumplían con lo resuelto por la Corte en *Simmons v. South Carolina*.³⁶² Allí, la Corte había establecido que, en los casos de pena capital, en los cuales se discute la peligrosidad del condenado y la única alternativa a la pena de muerte es la prisión perpetua sin posibilidad alguna de conceder la libertad condicional, el debido proceso exige que el jurado sea informado de que el sujeto es inelegible para obtener tal beneficio. Ello permite, tal vez, que, en lugar de la pena de muerte, se condene a prisión perpetua. Wesley Aaron Shafer fue condenado por homicidio y robo y, al momento de establecer la pena que debía ser aplicada, la defensa y la fiscalía discutieron si el jurado debía ser informado acerca de si Shafer podía beneficiarse en algún momento con la libertad condicional. Según la acusación, esto no era necesario porque no tenía pensado presentar argumentos agravantes del delito, pero, sin embargo, se alegó sobre su peligrosidad y mala conducta. La defensa sostuvo entonces que, frente a estos argumentos, era necesario darle al jurado las *Simmons instructions*. El tribunal, finalmente, solo instruyó al jurado acerca de que la pena a prisión perpetua implicaba que el condenado no obtendría libertad condicional. Shafer fue condenado a la pena capital y la Suprema Corte de South Carolina confirmó esta decisión argumentando que no era necesario impartir las *Simmons instructions*, ya que Shafer, conforme la legislación del estado, no podía obtener la libertad condicional. Por mayoría de 7-2,³⁶³ con voto de Ginsburg, la Corte entendió que, bajo el

360 “Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted”.

361 532 U.S. 36 (2001).

362 512 U.S. 154 (1994).

363 Votaron en disidencia Scalia y Thomas.

criterio establecido en *Simmons*, la información recibida por el jurado había sido insuficiente, en tanto éste siempre debe tener presente claramente que, en el caso en particular, el condenado no puede obtener la libertad condicional. La sentencia de la Suprema Corte de South Carolina fue revocada y se ordenó dictar un nuevo pronunciamiento.

Veamos ahora el caso *Penry v. Johnson*,³⁶⁴ donde también estaban en juego las instrucciones dadas al jurado en la etapa de fijación de la pena. En 1980, John Paul Henry fue condenado a muerte en los tribunales de Texas por la violación y muerte de Pamela Carpenter, en 1978. Al momento de fijarse la pena en este primer juicio, las instrucciones dadas al jurado no permitían tener en cuenta, como elementos atenuantes, que Penry era mentalmente retardado y que había sido abusado en su niñez. A raíz de ello, la Corte, en 1989, anuló la sentencia y ordenó llevar a cabo un nuevo juicio.³⁶⁵

En el segundo juicio, Penry fue nuevamente hallado culpable y condenado a muerte también. En este segundo proceso, las instrucciones dadas al jurado tampoco permitían al jurado evaluar las condiciones mentales de Penry y, además, uno de los peritos psiquiatras que testificó en la audiencia de fijación de la pena empleó como documento de apoyo ciertas afirmaciones autoincriminatorias que Penry había formulado a otro psiquiatra durante una evaluación producida en el primer juicio. Contra esta segunda sentencia de condena, Penry planteó un *habeas corpus* en los tribunales federales, pero éste fue rechazado por la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito.³⁶⁶ Concedido el *certiorari* contra esta decisión, la Corte debía decidir dos cuestiones: si las instrucciones dadas al jurado eran constitucionalmente adecuadas y si el empleo de la evaluación psiquiátrica en la cual Penry se había autoincriminado era violatorio de la Quinta Enmienda. Ambas cuestiones fueron respondidas negativamente; la primera por una mayoría de 6-3³⁶⁷ y la segunda de forma unánime. La Corte se pronuncia por medio del voto de O'Connor, el cual sostiene, respecto de la primera cuestión, que las instrucciones dadas al jurado en el segundo juicio eran las mismas que se habían dado en el primero y éstas ya habían sido consideradas inadecuadas por el Tribunal.³⁶⁸ En punto a la segunda, sostiene que lo

364 532 U.S. 782 (2001).

365 *Penry v. Lynaugh*, 492 U.S. 302 (1989) (Penry I).

366 215 F. 3d 504 (2000).

367 Votaron en disidencia Rehnquist, Scalia y Thomas.

368 "The three special issues submitted to the jury were identical to the ones we found constitutionally inadequate as applied in *Penry L*. Although the supplemental instruction made mention of

registrado en la evaluación psiquiátrica de Penry no fue un elemento decisivo para su condena, ya que existían otros testimonios acerca de su peligrosidad.³⁶⁹

Con menos sofisticaciones que en los casos anteriores, en *Atkins v. Virginia*³⁷⁰ la Corte sostuvo que la ejecución de una persona mentalmente retardada constituía un castigo cruel e inusual (*cruel and unusual punishment*). Si bien el caso tiene alguna complejidad procesal, lo cierto es que lo importante en él es la mencionada conclusión que emite el voto de Stevens, con disidencia de Rehnquist, Scalia y Thomas. Se hace allí la salvedad de que si bien una persona mentalmente retrasada debe ser castigada penalmente cuando comete un delito, no puede dejarse de reconocer que su capacidad para comprender la gravedad de su conducta criminal es diferente a las de las personas normales y, por ende, no merecen iguales penas.³⁷¹

Atkins v. Virginia sirvió de plataforma argumental para que, en *Roper v. Simmons*,³⁷² se fijaran los 18 años como edad mínima para la aplicación de la pena de muerte. Con ello fue revocado lo decidido en *Thompson v. Oklahoma*,³⁷³ que la había fijado en 16 años.³⁷⁴ Apelando a los *evolving standards of decency that*

mitigating evidence, the mechanism it purported to create for the jurors to give effect to that evidence was ineffective and illogical. The comments of the court and counsel accomplished little by way of clarification. Any realistic assessment of the manner in which the supplemental instruction operated would therefore lead to the same conclusion we reached in *Penry I*" (532 U.S., en p. 804).

369 "While the Peebles report was an effective rhetorical tool, it was by no means the key to the State's case on the question whether Penry was likely to commit future acts of violence. We therefore have considerable doubt that the admission of the Peebles report, even if erroneous, had a "substantial and injurious effect" on the verdict" (532 U.S., en p. 796).

370 536 U.S. 304 (2002).

371 "Those mentally retarded persons who meet the law's requirements for criminal responsibility should be tried and punished when they commit crimes. Because of their disabilities in areas of reasoning, judgment, and control of their impulses, however, they do not act with the level of moral culpability that characterizes the most serious adult criminal conduct. Moreover, their impairments can jeopardize the reliability and fairness of capital proceedings against mentally retarded defendants [...] the American public, legislators, scholars, and judges have deliberated over the question whether the death penalty should ever be imposed on a mentally retarded criminal. The consensus reflected in those deliberations informs our answer [...] that death is not a suitable punishment for a mentally retarded criminal. We are not persuaded that the execution of mentally retarded criminals will measurably advance the deterrent or the retributive purpose of the death penalty. Construing and applying the Eighth Amendment in the light of our "evolving standards of decency," we therefore conclude that such punishment is excessive and that the Constitution "places a substantive restriction on the State's power to take the life" of a mentally retarded offender" (536 U.S., en pp. 306-307 y 321).

372 543 U.S. 551 (2005).

373 487 U.S. 815 (1988).

374 Recordemos que un año después, en *Stanford v. Kentucky*, 492 U.S. 361 (1989), la Corte había

mark the progress of a maturing society,³⁷⁵ invocados inicialmente en *Trop v. Dulles*³⁷⁶ y repetidos en *Atkins*, la Corte, con mayoría de 5-4,³⁷⁷ entendió que la evolución de los estudios psiquiátricos y el consenso general de la sociedad indican que la edad mínima para la pena de muerte debe ser establecida en 18 años.³⁷⁸

7.6.2 Los castigos excesivos

Además de la pena de muerte, un castigo excesivo puede estar determinado por la duración de la pena. Esta cuestión fue analizada en *Ewing v. California*,³⁷⁹ donde el acusado fue condenado a 25 años de prisión por robar tres palos de golf. Veamos, sin embargo, las circunstancias del caso y por qué la mayoría conservadora de la Corte confirmó por 5-4 la condena impuesta en los tribunales de California sin atenuar el rigor de la ley aplicable. Conforme la legislación de California, quien comete un tercer delito, aunque leve, luego de dos condenas por delitos graves anteriores, puede ser sentenciado a una pena entre 25 años y prisión perpetua.³⁸⁰ Este fue el caso de Gary Ewing. Estando en libertad condicional por robo, habiendo sido condenado a 9 años de prisión,³⁸¹ Ewing entró a un negocio y hurtó tres palos de golf. Aplicando la *three strikes law*, en

sostenido que la pena de muertes aplicada a personas entre 15 y 18 años no era inconstitucional.

375 Podría traducirse como “los estándares de decencia en evolución (o desarrollo), que marcan el progreso de una sociedad en maduración”.

376 356 U.S. 86, 100,101 (1958).

377 En la mayoría votaron Stevens, Souter, Kennedy, Ginsburg y Breyer.

378 “The evidence of national consensus against the death penalty for juveniles is similar, and in some respects parallel, to the evidence *Atkins* held sufficient to demonstrate a national consensus against the death penalty for the mentally retarded [...] It is difficult even for expert psychologists to differentiate between the juvenile offender whose crime reflects unfortunate yet transient immaturity, and the rare juvenile offender whose crime reflects irreparable corruption [...] Drawing the line at 18 years of age is subject, of course, to the objections always raised against categorical rules. The qualities that distinguish juveniles from adults do not disappear when an individual turns 18. By the same token, some under 18 have already attained a level of maturity some adults will never reach. For the reasons we have discussed, however, a line must be drawn. The plurality opinion in *Thompson* drew the line at 16. In the intervening years the *Thompson* plurality’s conclusion that offenders under 16 may not be executed has not been challenged. The logic of *Thompson* extends to those who are under 18. The age of 18 is the point where society draws the line for many purposes between childhood and adulthood. It is, we conclude, the age at which the line for death eligibility ought to rest” (543 U.S., en pp. 564, 573 y 574).

379 538 U.S. 11 (2003).

380 Es la llamada *three strikes law*, existente en California y otros estados.

381 Ewing ya tenía, por entonces, un largo historial, pues había sido condenado varias veces por hurtos menores. Ver 538 U.S., en p. 18.

los tribunales de California Ewing fue condenado a 25 años de prisión. La Corte —por medio del voto de O’Connor— confirmó la condena sosteniendo que esta política criminal de los estados, tendiente a prevenir la comisión de nuevos delitos por quienes ya han sido condenados varias veces, no es contraria a la Octava Enmienda.³⁸²

7.7 La Décima Primera Enmienda

A diferencia de lo que ocurre en la Argentina, en los Estados Unidos la Décima Primera Enmienda establece que los estados no están sometidos a la jurisdicción federal.³⁸³ Si bien la Enmienda es clara, ello no impide que ciertos casos sean dudosos o bien que el Congreso y la jurisprudencia hayan establecido algunas excepciones a la regla general.

Así, en *Board of Trustees of the University of Alabama v. Garrett*³⁸⁴ se discutió si dos empleados públicos de Alabama³⁸⁵ podían demandar al estado por daños y perjuicios, ante los tribunales federales, bajo lo dispuesto en la *Americans with Disabilities Act of 1990 (ADA)*,³⁸⁶ que prohíbe discriminar en razón de una discapacidad.³⁸⁷ Debe recordarse que esta cuestión ya había sido resuelta anteriormente en el sentido de aplicar la Enmienda Décima Primera.³⁸⁸ En este

382 “When the California Legislature enacted the three strikes law, it made a judgment that protecting the public safety requires incapacitating criminals who have already been convicted of at least one serious or violent crime. Nothing in the Eighth Amendment prohibits California from making that choice. To the contrary, our cases establish that “States have a valid interest in deterring and segregating habitual criminals”. *Parke v.aley*, 506 U.S. 20, 27 (1992); *Oyler v. Boles*, 368 U.S. 448, 451 (1962)” (538 U.S., en p. 25).

383 “The Judicial power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by Citizens of another State, or by Citizens or Subjects of any Foreign State”.

384 531-U.S. 356 (2001).

385 Se trataba de Patricia Garrett, directora de Enfermería (*Director of Nursing*) de la University of Alabama, y Milton Ash, guardia de seguridad del Departamento de Servicios Juveniles (Alabama Department of Youth Services).

386 42 USC § 12112(a).

387 A Garret no se le permitió volver a su cargo como *Director of Nursing* luego de haber estado sometida a un tratamiento por cáncer de pecho, en tanto que Ash, que padecía asma crónica y apnea, solicitó cambios en su puesto de trabajo más acordes con su condición, los que le fueron negados.

388 *Kimel v. Florida Bd. of Regents*, 528 U.S. 62, 72-73 (2000); *College Savings Bank v. Florida Prepaid Post-secondary Ed. Expense Bd.*, 527 U.S. 666, 669-670 (1999); *Seminole Tribe of Fla. v. Florida*, 517 U.S. 44, 54 (1996); *Hans v. Louisiana*, 134 U.S. 1, 15 (1890).

En *Kimel*, el primero de los fallos citados, resuelto en el October Term 1999, la ley que invocaban los actores era la Age Discrimination in Employment Act of 1967 (ADEA). Se sostuvo en este caso

caso, el tribunal de distrito había rechazado su competencia, pero la Corte de Apelaciones del Décimo Primer Circuito revocó esta decisión.³⁸⁹ A su vez, la Corte Suprema, dividida 5-4 entre conservadores y liberales, resolvió que la jurisdicción federal no era competente. Los primeros, en la mayoría, entendieron que la Décima Primera Enmienda debía aplicarse y los segundos, en minoría, sostuvieron lo contrario. La mayoría, conducida por el voto de Rehnquist, dijo que la jurisdicción federal en estos casos solo puede extenderse a los estados cuando éstos incurrían en un patrón de discriminación violatorio de la Enmienda Catorce, lo que no ocurría en el caso.³⁹⁰ El voto de Breyer, en cambio, sostuvo que Alabama incurría reiteradamente en discriminación contra los discapacitados y acompañó su voto con un apéndice indicando las numerosas situaciones que daban prueba de ello.

Por el contrario, en *Tennessee v. Lane*,³⁹¹ donde el estado fue demandado por carecer de medios que les facilitaran a las personas discapacitadas el acceso a los pisos superiores de los tribunales, la decisión fue contraria a *Tennessee*, pues O'Connor —acompañando la opinión de Stevens— votó junto con los jueces liberales, entendiendo que no aplicaba lo decidido en *Garrett*, en tanto estaba probado que el estado había incurrido en un patrón discriminatorio contra los discapacitados.

resuelto con mayoría conservadora de 5-4, mediante el voto de O'Connor, que la ley en cuestión violaba la soberanía estatal otorgada por la Décima Primera Enmienda, pues las leyes estatales antidiscriminación en razón de la edad se mantenían vigentes y los empleados podían accionar ante los tribunales locales en virtud de esas leyes. “[...] in the ADEA, Congress did not validly abrogate the States’ sovereign immunity to suits by private individuals. State employees are protected by state age discrimination statutes, and may recover money damages from their state employers, in almost every State of the Union. Those avenues of relief remain available today, just as they were before this decision” (528 U.S., en p. 92).

Se entendió también que la ADEA era inconstitucional bajo la Enmienda Catorce, pues el Congreso había intentado resolver por medio de una ley federal un problema que estaba debidamente previsto en las leyes estatales. “Our examination of the ADEA’s legislative record confirms that Congress’ 1974 extension of the Act to the States was an unwarranted response to a perhaps inconsequential problem. Congress never identified any pattern of age discrimination by the States, much less any discrimination whatsoever that rose to the level of constitutional violation. The evidence compiled by petitioners to demonstrate such attention by Congress to age discrimination by the States falls well short of the mark. That evidence consists almost entirely of isolated sentences clipped from floor debates and legislative reports” (528 U.S., en p. 89).

389 193 F. 3d 1214 (1999).

390 “[...] in order to authorize private individuals to recover money damages against the States, there must be a pattern of discrimination by the States which violates the Fourteenth Amendment, and the remedy imposed by Congress must be congruent and proportional to the targeted violation. Those requirements are not met here [...]” (531-U.S., en p. 374).

391 541 U.S. 509 (2004).

Tampoco fue aplicada la Décima Primera Enmienda en *Nevada Department of Human Resources v. Hibbs*.³⁹² William Hibbs, un empleado del Nevada Department of Human Resources, pidió licencia para poder atender la enfermedad de su esposa. Esta licencia fue pedida bajo lo dispuesto en la Family and Medical Leave Act of 1993 (FMLA).³⁹³ Al término de la licencia, Hibbs no se reincorporó y fue despedido, entonces demandó ante la justicia federal al Departamento de Recursos Humanos de Nevada reclamando daños y perjuicios bajo lo establecido en la FMLA. El tribunal de distrito sostuvo que era de aplicación la Enmienda Décima Primera, pero la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito revocó esta decisión.³⁹⁴ En coincidencia con esta sentencia, por mayoría de 6-3,³⁹⁵ la Corte Suprema entendió que Nevada podía ser demandado ante un tribunal federal por aplicación de la FMLA. Sostuvo para ello que la conducta de los estados en la administración de las licencias justificaba el dictado de la ley federal (profiláctica) bajo lo establecido en la sección 5 de la enmienda Catorce.³⁹⁶

Una afirmación de la inmunidad soberana (*sovereign immunity*) de los estados ante la jurisdicción federal tuvo lugar en *Federal Maritime Commission v. South Carolina State Ports Authority*.³⁹⁷ En este supuesto, ya no se trataba de un tribunal judicial, sino de un tribunal administrativo. Los hechos del caso son los siguientes. La South Carolina Maritime Services, Inc. le pidió autorización a la autoridad portuaria de South Carolina (South Carolina State Ports Authority, SCSPA) para que en el puerto de Charleston atracara un buque turístico de crucero, en el cual estaban permitidos los juegos de azar. La SCSPA denegó la autorización sosteniendo que, en Charleston, no estaba permitido el atraque de buques cuyo propósito esencial fueran los juegos de azar. Frente a esta negativa, la compañía planteó el caso ante la Federal Maritime Commission (FMC), un tribunal administrativo, alegando que la negativa violaba la Shipping Act de 1984. Inicialmente, la FMC rechazó la pretensión invocando la inmunidad soberana de South Carolina, pero luego revocó su propia decisión, sosteniendo

392 538 U.S. 721 (2003).

393 29 USC § 2612(a)(1)(C).

394 273 F. 3d 844 (2001).

395 En minoría votaron Scalia, Kennedy y Thomas.

396 "In sum, the States' record of unconstitutional participation in, and fostering of, gender-based discrimination in the administration of leave benefits is weighty enough to justify the enactment of prophylactic [Fourteenth amendment's] § 5 legislation".

397 533 U.S. 743 (2002).

que tal inmunidad solo aplicaba para tribunales judiciales. Esta sentencia, a su vez, fue revocada por la Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito.³⁹⁸ Dividida nuevamente 5-4 entre conservadores y liberales, la Corte Suprema —por medio del voto de Thomas— confirmó esta decisión, extendiendo la inmunidad jurisdiccional de los estados a la FMC, en tanto sus procedimientos son muy similares a los de un tribunal judicial.³⁹⁹

7.8 La Décima Cuarta Enmienda

7.8.1 La igualdad ante la ley

Entre los muchos derechos que garantiza la Enmienda Catorce, el primero de ellos, contenido en la Sección 1, es la igualdad ante la ley.⁴⁰⁰ Veamos algunos casos en los cuales se ha planteado la protección de este derecho.

Conforme la American Disabilities Act of 1990 (ADA), se considera discriminatorio no hacer alteraciones o modificaciones razonables en las políticas, prácticas o procedimientos que sean necesarias para que las personas discapacitadas puedan acceder a las *public accommodations*, en tanto esas alteraciones no alteren, fundamentalmente, la naturaleza de los servicios prestados o de los bienes empleados.⁴⁰¹ Esta norma fue interpretada en *PGA Tour v. Martin*,⁴⁰² caso en el cual Casey Martin, un golfista impedido de caminar por una enfermedad circulatoria degenerativa, solicitó jugar un torneo movilizándose en un carrito en lugar de ir caminando. PGA Tour, la entidad que organizaba el torneo, denegó esta solicitud aplicando rígidamente la regla general según la cual los torneos se juegan caminando, pues ello incide en la fatiga propia de cada jugador en cada golpe. La demanda fue admitida en todas las instancias.

398 243 F. 3d 165 (2001).

399 “[...] the similarities between FMC proceedings and civil litigation are overwhelming. In fact, to the extent that situations arise in the course of FMC adjudications “which are not covered by a specific Commission rule,” the FMC’s own Rules of Practice and Procedure specifically provide that “the Federal Rules of Civil Procedure will be followed to the extent that they are consistent with sound administrative practice”” (533 U.S., en p. 759).

400 “No State shall [...] deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”.

401 42 USC § 12181(b)(2)(A)(ii): “For purposes of subsection (a), discrimination includes [...] a failure to make reasonable modifications in policies, practices, or procedures, when such modifications are necessary to afford such goods, services, facilities, privileges, advantages, or accommodations to individuals with disabilities, unless the entity can demonstrate that making such modifications would fundamentally alter the nature of such goods, services, facilities, privileges, advantages, or accommodations”.

402 532 U.S. 661 (2001).

Con mayoría de 7-2,⁴⁰³ la Corte Suprema sostuvo que el empleo del carrito en modo alguno alteraba las reglas del torneo, pues la prueba producida indicaba que su condición le producía a Martin, al menos, una fatiga igual a la de los otros jugadores.⁴⁰⁴

También estuvo en discusión si la American Disabilities Act of 1990 se aplica a las embarcaciones comerciales pese a que no tuvieran bandera de los Estados Unidos. Este problema fue analizado en *Spector v. Norwegian Cruise Line*,⁴⁰⁵ donde un grupo de pasajeros con discapacidades demandó a la Norwegian Cruise Line por no cumplir con las regulaciones de la citada ley. En su defensa, la compañía alegó que la ley no le era aplicable en el caso, pues el barco en cuestión, si bien partía y regresaba a puertos de los Estados Unidos,⁴⁰⁶ tenía bandera norteamericana. La Corte de Apelaciones del Quinto Circuito rechazó la demanda, sosteniendo que el buque no tenía bandera de los Estados Unidos,⁴⁰⁷ pero la Corte Suprema, por mayoría de 6-3,⁴⁰⁸ mediante el voto de Kennedy, entendió que la ADA era aplicable al caso.⁴⁰⁹

Otro aspecto de la igualdad ante la ley fue analizado en *Jackson v. Birmingham Board of Education*.⁴¹⁰ Roderick Jackson, entrenador del equipo femenino de básquet de una escuela pública de Birmingham, Alabama, fue removido de su puesto luego de haberse quejado de que el equipo había sufrido una discriminación en razón del sexo en el programa de deportes.⁴¹¹ Con tal motivo, demandó al Board of Education, alegando que su remoción como entrenador

403 En disidencia votaron Scalia y Thomas.

404 “[...] the Court relies upon the District Court’s finding that even with a cart [Martin] will be at least as fatigued as everyone else” (532 U.S., en p. 702).

405 545 U.S. 119 (2005).

406 Cabe mencionar, además, que la sociedad estaba legalmente constituida bajo la legislación de Bermuda, pero tenía la sede principal de sus negocios en Miami y transportaba, principalmente, ciudadanos o residentes de los Estados Unidos.

407 215 F. 3d 1237 (2000).

408 En la minoría votaron Rehnquist, O’Connor y Scalia.

409 “The Court of Appeals for the Fifth Circuit held that general statutes do not apply to foreign-flag ships in United States waters. This Court’s cases, however, stand only for the proposition that general statutes are presumed not to impose requirements that would interfere with the internal affairs of foreign-flag vessels. Except insofar as Title III regulates a vessel’s internal affairs—a category that is not always well defined and that may require further judicial elaboration—the statute is applicable to foreign ships in United States waters to the same extent that it is applicable to American ships in those waters” (545 U.S., en pp. 141-142).

410 544 U.S. 167 (2005).

411 Jackson había denunciado que el equipo no recibía fondos suficientes y que ello le impedía llevar a cabo sus tareas.

había sido una represalia (*retaliation*) a su queja, en violación al Título IX de la Education Amendments of 1972,⁴¹² que les prohíbe a las escuelas subsidiadas por el Gobierno federal discriminar en razón del sexo.⁴¹³ Tanto el tribunal de distrito como la Corte de Apelaciones del Décimo Primer Circuito⁴¹⁴ rechazaron la demanda sosteniendo que la citada norma no prohíbe las represalias. Por mayoría de 5-4, con O'Connor como autora del voto mayoritario junto con los jueces liberales, la Corte revocó esta decisión y ordenó que se dictara un nuevo pronunciamiento.⁴¹⁵

7.8.2 La *affirmative action*

Muy vinculada, por cierto, con la igualdad ante la ley, está la *affirmative action*, mediante la cual —en igualdad de condiciones— se les da preferencia a personas integrantes de grupos minoritarios. Ello trae como consecuencia planteos por parte de los miembros de las mayorías, como el que tuvo lugar en *Grutter v. Bollinger*.⁴¹⁶ Barbara Grutter, una residente blanca de Michigan, aplicó para ser admitida en la University of Michigan Law School. Pese a que estaba debidamente calificada para ingresar, su admisión le fue denegada en tanto la Universidad, siguiendo lo establecido por la Corte Suprema en *Regents of University of California. v. Bakke*,⁴¹⁷ empleaba para establecer los cupos de su alumnado un criterio basado en la diversidad racial.

Grutter demandó a la Universidad ante los tribunales federales, sosteniendo haber sido discriminada bajo lo dispuesto en la Enmienda Catorce y la Civil Rights Act of 1964. Tuvo éxito en el tribunal de distrito, pero la Corte de Apelaciones del Sexto Circuito rechazó la demanda sosteniendo que el programa

412 20 USC § 1681(a).

413 Según esta norma, “[n]o person in the United States shall, on the basis of sex, be excluded from participation in, be denied the benefits of, or be subjected to discrimination under any education program or activity receiving Federal financial assistance [...]”.

414 309 F. 3d 1333 (2002).

415 “The regulations implementing Title IX clearly prohibit retaliation and have been on the books for nearly 30 years [...] More importantly, the Courts of Appeals that had considered the question at the time of the conduct at issue in this case all had already interpreted Title IX to cover retaliation [...] The Board could not have realistically supposed that, given this context, it remained free to retaliate against those who reported sex discrimination [...] A reasonable school board would realize that institutions covered by Title IX cannot cover up violations of that law by means of discriminatory retaliation” (544 U.S., en pp. 183-184).

416 539 U.S. 306 (2003).

417 438 U.S. 265 (1978).

de admisiones de Michigan en punto a la raza era *narrowly tailored*, es decir, que el factor racial era solo uno de los elementos a tener en cuenta para las admisiones y, por lo demás, era idéntico al empleado en Harvard University, el cual había sido tenido en cuenta en el caso *Bakke*.⁴¹⁸ La Corte Suprema confirmó esta decisión por 5-4, en la cual O'Connor, autora del voto principal, votó con los jueces liberales apoyándose en lo ya decidido en *Bakke*, más específicamente, en el voto de Powell que condujo la opinión del Tribunal.⁴¹⁹ En su opinión, los llamados *race-conscious admissions programs* (programas de admisión que tienen en cuenta la raza), cuando están *narrowly tailored*, no afectan los derechos de las mayorías.⁴²⁰

Distinta fue la solución en *Gratz v. Bollinger*,⁴²¹ donde dos estudiantes caucásicos cuestionaron el programa de admisiones para *undergraduates*⁴²² en la University of Michigan College of Literature, Science, and the Arts. En este caso, la Corte, por mayoría de 6-3, donde O'Connor y Breyer votaron con los jueces conservadores, entendió que el programa no era *narrowly tailored* y, como tal, permitía la discriminación.

7.8.3 El debido proceso

Conforme la legislación de Connecticut,⁴²³ los exconvictos por delitos sexuales deben registrarse en el Department of Public Safety (DPS) y sus datos de identidad, descripción y fotografía se publican en el *website* del Departamento y deben ser permanentemente actualizados. Esta legislación fue impugnada por un individuo por medio de una acción de clase en *Connecticut Department of Public Safety v. Doe*.⁴²⁴ Sostenía el actor que la registración obligatoria violaba su

418 288 F. 3d 732 (2002).

419 "Since this Court's splintered decision in *Bakke*, Justice Powell's opinion announcing the judgment of the Court has served as the touchstone for constitutional analysis of race-conscious admissions policies. Public and private universities across the Nation have modeled their own admissions programs on Justice Powell's views on permissible race-conscious policies" (539 U.S., en p. 323).

420 "[...] in the context of its individualized inquiry into the possible diversity contributions of all applicants, the Law School's race-conscious admissions program does not unduly harm nonminority applicants" (539 U.S., en p. 341).

421 539 U.S. 244 (2003).

422 Son los estudiantes que no tienen todavía un grado en la educación superior, usualmente el *bachelor's degree*.

423 Es la llamada *Megan's Law*.

424 538 U.S. 1 (2003).

debido proceso, en tanto se lo calificaba como una persona peligrosa para la comunidad sin haber tenido el derecho a ser oído. En el tribunal de distrito la demanda prosperó y esta decisión fue confirmada por la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito.⁴²⁵ La Corte Suprema, en cambio, unánimemente, mediante el voto de Rehnquist, entendió que no estaba afectado el debido proceso, en tanto el deber de registrarse pesaba igualmente sobre todos los ex-convictos no porque estuvieran calificados como peligrosos, sino por el hecho objetivo de haber sido condenados por delitos sexuales. Concederle entonces una audiencia para que el actor demostrara que no era peligroso sería un ejercicio inefectivo (*bootless*).⁴²⁶

7.9 Homosexualidad y privacidad

Un cambio radical en la jurisprudencia de la Corte sobre la penalización de la homosexualidad cuando ésta tiene lugar en un ámbito privado se produjo en *Lawrence v. Texas*,⁴²⁷ donde fue derogada la doctrina de *Bowers v. Hardwick*.⁴²⁸ Recordemos que en este último caso —por mayoría de 5-4—⁴²⁹ se convalidó una ley de Georgia que castigaba la homosexualidad.⁴³⁰ Los hechos de *Lawrence* eran similares a los de *Hardwick*,⁴³¹ pero la Corte modificó el criterio allí sostenido. Con mayoría de 6-3,⁴³² mediante el voto de Kennedy, la sentencia hace fuerte hincapié en que los actos privados no pueden ser interferidos por el Gobierno.⁴³³

425 271 F. 3d 38 (2001).

426 “[...] even if respondent could prove that he is not likely to be currently dangerous, Connecticut has decided that the registry information of all sex offenders—currently dangerous or not—must be publicly disclosed. Unless respondent can show that that substantive rule of law is defective (by conflicting with a provision of the Constitution), any hearing on current dangerousness is a bootless exercise” (538 U.S., en pp. 7-8).

427 539 U.S. 558 (2003).

428 478 U.S. 186 (1986).

429 En la mayoría votaron Burger, White, Powell, Rehnquist, O’Connor. En la minoría lo hicieron T. Marshall, Brennan, Blackmun y Stevens.

430 El caso ponía en juego también el derecho a la privacidad, pues al momento de su arresto Michael Hardwick estaba con otro varón adulto en su dormitorio manteniendo una relación sexual consentida.

431 A raíz de una denuncia por disturbios producidos por el empleo de armas, la policía ingresó a la vivienda de John Lawrence, en Houston, Texas, y comprobó que estaba teniendo relaciones sexuales consensuadas con Tyron Garner, otro varón adulto. Ambos fueron arrestados bajo lo establecido en la legislación de Texas, que prohibía la homosexualidad.

432 En minoría votaron Rehnquist, Scalia y Thomas.

433 Kennedy comienza su voto sosteniendo lo que luego desarrollará con amplitud “Liberty protects the person from unwarranted government intrusions into a dwelling or other private places. In our

7.10 El régimen federal

7.10.1 Los conflictos entre leyes federales locales y la jurisdicción competente para dirimirlos

Bien es sabido que la Constitución de los Estados Unidos prevé, a diferencia de la Constitución argentina, que las llamadas “leyes de derecho común” son sancionadas por las legislaturas estatales y no por el Congreso federal. De todos modos, muchas veces el Congreso sanciona leyes que abarcan materias de derecho común y ello acarrea tres problemas: (a) si estas leyes permiten ser aplicadas contra los estados en jurisdicción federal, en contra de lo previsto en la Enmienda Décima Primera, cuestión que ya he analizado en el punto (vii) de este capítulo; (b) si Congreso puede o no sancionar estas leyes; y (c) si, en caso de que el Congreso sancione estas leyes y entren en colisión con las locales, cuál de ellas prevalecería. Como veremos, las soluciones distan mucho de ser uniformes, pues, en muchos casos, la cuestión roza la interpretación de la Cláusula de Comercio que habilita la regulación federal.

En *United States v. Morrison*⁴³⁴ fue abordado el segundo de los problemas mencionados. Allí se discutió si el Congreso podía sancionar la Ley de Violencia contra las Mujeres de 1994⁴³⁵ o si esta era una tarea de las legislaturas estatales.⁴³⁶ Siendo alumna del Virginia Polytechnic Institute (Virginia Tech), Christy Brzonkala denunció que Antonio Morrison y James Crawford, ambos estudiantes en el Virginia Tech y jugadores de fútbol americano, la habían violado. Sometidos a un tribunal del Virginia Tech, Morrison fue declarado culpable de asalto sexual y suspendido por dos semestres. Crawford, en cambio, fue absuelto de los cargos. Morrison apeló la decisión a través del proceso administrativo del Virginia Tech y la suspensión fue revocada por considerársela excesiva. Brzonkala abandonó la universidad y demandó a Morrison, a Crawford y al Virginia Tech en un tribunal federal de distrito con fundamento en la

tradition the State is not omnipresent in the home. And there are other spheres of our lives and existence, outside the home, where the State should not be a dominant presence. Freedom extends beyond spatial bounds. Liberty presumes an autonomy of self that includes freedom of thought, belief, expression, and certain intimate conduct. The instant case involves liberty of the person both in its spatial and in its more transcendent dimensions” (539 U.S., en p. 562).

434 529 U.S. 598 (2000).

435 Violence Against Women Act of 1994 (VAWA).

436 Si bien este caso fue decidido en mayo de 2000 y, por ende, calendariamente corresponde al October Term 1999, lo incluyo en este trabajo por su proximidad con el inicio del October Term 2000, con el cual comienza el último quinquenio de la Rehnquist Court.

VAWA,⁴³⁷ que otorga una acción de daños a las víctimas de violencia de género. Morrison y Crawford plantearon que la ley era inconstitucional y el tribunal admitió esta defensa sosteniendo que el Congreso no podía haberla sancionado ni bajo la Cláusula de Comercio⁴³⁸ ni bajo la Enmienda Catorce. La Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito confirmó esta sentencia.⁴³⁹

A su turno, La Corte Suprema, con la mayoría conservadora de 5-4, confirmó lo decidido por la Corte de Apelaciones y sostuvo que: (a) la VAWA no podía considerarse una reglamentación de la Cláusula de Comercio en tanto ésta solo regula actividades comerciales,⁴⁴⁰ y (b) que la acción establecida en la VAWA no correspondía ser legislada por el Congreso, sino por los estados.⁴⁴¹

El tercero de los problemas fue abordado en *Reno v. Condon*⁴⁴² con motivo de la Driver's Privacy Protection Act of 1994 (DPPA). Esta ley que prohibía a los estados la venta de los datos de identidad que se deben proveer para obtener una licencia para conducir. South Carolina impugnó la DPPA invocando las Enmiendas Décima y Décima Primera, pues en el estado regía una ley que permitía el acceso público de los datos de los conductores, bastando para ello llenar un formulario con los datos del solicitante y dar el compromiso de que el número de teléfono no sería utilizado para realizar ofertas comerciales por esa vía. El tribunal de distrito hizo lugar a la demanda y esta sentencia fue confirmada por la Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito, entendiendo que la DPPA violaba los principios del federalismo al haber regulado una cuestión

437 42 USC § 13981. Actualmente está contenida en 34 USC §12361, cuyo texto establece: "(a) Purpose. Pursuant to the affirmative power of Congress to enact this part under section 5 of the Fourteenth Amendment to the Constitution, as well as under section 8 of Article I of the Constitution, it is the purpose of this part to protect the civil rights of victims of gender motivated violence and to promote public safety, health, and activities affecting interstate commerce by establishing a Federal civil rights cause of action for victims of crimes of violence motivated by gender".

438 Artículo I, sección 8, cláusula 3: "The Congress shall have Power [...] To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes".

439 169 F. 3d 820 (CA4 1999).

440 "Gender-motivated crimes of violence are not, in any sense of the phrase, economic activity. While we need not adopt a categorical rule against aggregating the effects of any noneconomic activity in order to decide these cases, thus far in our Nation's history our cases have upheld Commerce Clause regulation of intrastate activity only where that activity is economic in nature" (529 U.S., en p. 613).

441 "Petitioner Brzonkala's complaint alleges that she was the victim of a brutal assault. But Congress' effort in § 13981 to provide a federal civil remedy can be sustained neither under the Commerce Clause nor under § 5 of the Fourteenth Amendment. If the allegations here are true, no civilized system of justice could fail to provide her a remedy for the conduct of respondent Morrison. But under our federal system that remedy must be provided by the Commonwealth of Virginia, and not by the United States" (529 U.S., en p. 627).

442 528 U.S. 141 (2000).

que pertenece a los estados.⁴⁴³ La Corte Suprema, en forma unánime, revocó esta decisión en la convicción de que la DPPA constituía una reglamentación válida de la Cláusula de Comercio, en tanto los datos de los conductores pueden ser empleados en el comercio interestatal.⁴⁴⁴ Sostuvo también que la ley no imponía carga adicional alguna para los estados.⁴⁴⁵

La otra cara de este mismo principio fue aplicada en *Solid Waste Agency of Northern Cook County v. Army Corps of Engineers*,⁴⁴⁶ al decidirse que la Clean Water Act (CWA) no es aplicable en las aguas intraestatales. Un consorcio de municipios suburbanos de Chicago, denominado Solid Waste Agency of Northern Cook County (SWANCC), adquirió un sitio minero abandonado para emplearlo como lugar de depósito de residuos sólidos. Dado que existían allí excavaciones que formaban estanques permanentes y estacionales y algunos de ellos debían ser eliminados, el SWANCC contactó al U.S. Army Corps of Engineers (Corps) para que determinara si los trabajos requerían de un permiso otorgado bajo la CWA. Habida cuenta de que los estanques eran empleados por aves migratorias el Corps, denegó el permiso.⁴⁴⁷ Esta decisión fue impugnada por el SWANCC ante un tribunal federal de distrito que falló a favor del Corps, sentencia que luego fue confirmada por la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito.⁴⁴⁸ Apelado el caso ante la Corte Suprema, por mayoría de 5-4, con un ajustado triunfo del ala conservadora, esta decisión fue revocada argumentándose que se trataba de aguas intraestatales no alcanzadas por la WCA y que el uso de esas aguas por aves migratorias no era suficiente para que se invocara la Cláusula de Comercio.⁴⁴⁹

443 155 F. 3d 453 (1998).

444 “The motor vehicle information which the States have historically sold is used by insurers, manufacturers, direct marketers, and others engaged in interstate commerce to contact drivers with customized solicitations. The information is also used in the stream of interstate commerce by various public and private entities for matters related to interstate motoring. Because drivers’ information is, in this context, an article of commerce, its sale or release into the interstate stream of business is sufficient to support congressional regulation” (528 U.S., en p. 148).

445 “[...] the DPPA does not require the States in their sovereign capacity to regulate their own citizens. The DPPA regulates the States as the owners of data bases. It does not require the South Carolina Legislature to enact any laws or regulations, and it does not require state officials to assist in the enforcement of federal statutes regulating private individuals” (528 U.S., en p. 151).

446 531 U.S. 159 (2001).

447 Aplicó para ello la Migratory Bird Rule, regla creada por el propio Corps para extender la aplicación de la CWA sobre aguas intraestatales cuando éstas son empleadas por aves migratorias.

448 191 F. 3d 845 (1999).

449 “[...] we have reaffirmed the proposition that the grant of authority to Congress under the Commerce Clause, though broad, is not unlimited [...] Permitting respondents to claim federal jurisdic-

También se produjo un caso de colisión entre una ley federal y una ley local en *Rush Prudential HMO v. Moran*,⁴⁵⁰ pero esta vez, el sector liberal —acompañado por O'Connor— votó 5-4 por la aplicación de la ley local. Debra Moran, que debía someterse a una cirugía y tenía un seguro de salud cubierto por Rush Prudential HMO, Inc., bajo lo establecido en la Employee Retirement Income Security Act of 1974 (ERISA),⁴⁵¹ le solicitó a Rush Prudential la intervención de un cirujano no afiliado al sistema, alegando que ello estaba previsto en la Health Maintenance Organization Act de Illinois. Denegada esta petición, Moran demandó a la aseguradora en un tribunal local, pero, pendiente este proceso, se operó a su propio costo y modificó entonces su demanda reclamando el reembolso de ese gasto. A raíz de ello, Rush Prudential solicitó que el caso tramitara ante la justicia federal, en tanto se trataba de un reclamo bajo la ERISA. El tribunal de distrito se declaró competente y rechazó la demanda sosteniendo que la ley federal (ERISA) prevalecía sobre la ley de Illinois. La Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito revocó esta decisión sosteniendo que si bien el caso era de jurisdicción federal, la ley federal no prevalecía sobre la ley local.⁴⁵² Se fundó para ello en la Sección 1144(b)(2)(A) del Título 29 USC, que así lo dispone expresamente.⁴⁵³ La Corte Suprema, con la mayoría antes mencionada, confirmó este fallo entendiendo que la ley local era la que regulaba específicamente el asunto.⁴⁵⁴ La minoría, en cambio, por medio del voto de Thomas, sostuvo que en tanto el plan de salud de Rush Prudential había sido otorgado bajo la ERISA, ésta era la ley aplicable.⁴⁵⁵

Esta jurisprudencia, sin embargo, ofrece un mosaico de casos poco uniformes. Así, a diferencia de lo resuelto en *Rush*, en *Aetna Health, Inc. v. Davila*,⁴⁵⁶

tion over ponds and mudflats falling within the "Migratory Bird Rule" would result in a significant impingement of the States' traditional and primary power over land and water use" (531 U.S., en pp. 173-174).

450 536 U.S. 584 (2002).

451 29 USC § 1001 *et seq.*

452 230 F. 3d 959 (2000).

453 "Except as provided in subparagraph (B), nothing in this subchapter shall be construed to exempt or relieve any person from any law of any State which regulates insurance, banking, or securities".

454 "[...] the Illinois HMO Act is a law "directed toward" the insurance industry, and an "insurance regulation" under a "commonsense" view" (536 U.S., en p. 373).

455 "This Court has repeatedly recognized that ERISA's civil enforcement provision, § 502 of the Employee Retirement Income Security Act of 1974 (ERISA), 29 USC § 1132, provides the exclusive vehicle for actions asserting a claim for benefits under health plans governed by ERISA, and therefore that state laws that create additional remedies are preempted" (536 U.S., en p. 388).

456 542 U.S. 200 (2004).

donde la ERISA estaba en conflicto con una ley de Texas,⁴⁵⁷ la Corte decidió por unanimidad que la primera prevalecía sobre la segunda. Los hechos de este caso son similares a los del anterior. Un grupo de pacientes demandó en los tribunales de Texas a su aseguradora sosteniendo que el plan médico del estado cubría ciertas prestaciones que no les estaban siendo brindadas. La aseguradora sostuvo que tales prestaciones no estaban cubiertas por la ERISA y que el caso debía tramitarse ante los tribunales federales, pues ésta era la ley aplicable. En primera instancia, el tribunal federal falló a favor de la aseguradora, pero la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito revocó esta decisión.⁴⁵⁸ La Corte, en cambio, unánimemente, por medio del voto de Thomas, entendió que la ERISA prevalecía sobre la ley de Texas.⁴⁵⁹

7.10.2 La Cláusula de Comercio

Antes de analizar estos casos, tengamos presente que la Cláusula de Comercio, que le permite al Congreso regular el comercio interestatal⁴⁶⁰ y, en consecuencia, les prohíbe a los estados dictar leyes que lo regulen, tiene dos formas o versiones. La primera de ellas, que podría llamarse “activa”, tiene lugar cuando efectivamente se ha dictado una ley federal que regula un aspecto del comercio entre estados. La segunda, denominada *dormant* (latente), ocurre cuando no se ha dictado una ley federal, pero igualmente los estados están inhibidos de legislar en esa materia.

La versión activa fue analizada en *Gonzales v. Raich*.⁴⁶¹ En California, al igual que en otros estados, fue dictada una ley⁴⁶² que permitía el uso de la marihuana para fines medicinales. Esta ley colisionaba con la Controlled Substances Act (CSA),⁴⁶³ una ley federal que prohibía el consumo de marihuana. Como

457 Texas Health Care Liability Act (THCLA).

458 307 F. 3d 298 (2002).

459 “We hold that respondents’ causes of action, brought to remedy only the denial of benefits under ERISA-regulated benefit plans, fall within the scope of, and are completely pre-empted by, ERISA § 502(a)(1)(B), and thus removable to federal district court” (542 U.S., en p. 221).

460 Artículo I, sección 8, cláusula 3: “El Congreso tendrá facultad: [...] Para reglamentar el comercio con las naciones extranjeras, entre los diferentes Estados y con las tribus indias” (“The Congress shall have Power [...] To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes”).

461 545 U.S. 1 (2005).

462 Compassionate Use Act (CUA).

463 Esta ley forma parte de la Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act of 1970, con-

resultado de ello, agentes de la Drug Enforcement Administration (DEA) destruyeron los cultivos de marihuana que tenían en su casa Angel Raich y Diane Monson. Éstos demandaron a la DEA pidiendo una compensación y alegaron que la CSA violaba la Cláusula de Comercio, en tanto el cultivo de la marihuana era meramente intraestatal. En primera instancia, el tribunal federal de distrito les denegó el pedido, pero la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito⁴⁶⁴ revocó la decisión entendiendo que la actividad de los actores estaba fuera del alcance de la Cláusula de Comercio.⁴⁶⁵ La Corte Suprema, por mayoría de 6-3⁴⁶⁶ con voto de Stevens, sostuvo que si bien el cultivo de marihuana de los demandantes era intraestatal, su carácter expansivo —conclusión a la que llega Stevens haciendo proyecciones con su propio razonamiento— tenía finalmente efectos en el comercio interestatal.⁴⁶⁷

En *Granholm v. Heald*,⁴⁶⁸ fue analizada la *dormant Commerce Clause* con motivo de la aplicación de la Enmienda Vigésima Primera.⁴⁶⁹ El conflicto se suscitó con motivo de que Michigan y New York sancionaron leyes que regularon la producción y la venta mayorista y minorista de vino exigiendo la obtención de una licencia para cada una de estas tres actividades. Estas leyes, asimismo, para favorecer el comercio local, permitían la venta del vino en forma directa a los

tenida en el Título 21 del USC.

464 *Raich v. Ashcroft*, 352 F. 3d 1222 (2003).

465 Se apoyó para ello en lo decidido por la Corte Suprema en dos casos: *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995) y *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000). El segundo caso ya fue analizado en la sección anterior. El primero estaba relacionado con la aplicación de la Gun-Free School Zones Act en los estados. La Corte había dicho que esta ley federal violaba la Cláusula de Comercio.

466 En disidencia votaron Rehnquist, O'Connor y Thomas.

467 "The exemption for cultivation by patients and caregivers can only increase the supply of marijuana in the California market. The likelihood that all such production will promptly terminate when patients recover or will precisely match the patients' medical needs during their convalescence seems remote; whereas the danger that excesses will satisfy some of the admittedly enormous demand for recreational use seems obvious. Moreover, that the national and international narcotics trade has thrived in the face of vigorous criminal enforcement efforts suggests that no small number of unscrupulous people will make use of the California exemptions to serve their commercial ends whenever it is feasible to do so. Taking into account the fact that California is only one of at least nine States to have authorized the medical use of marijuana, a fact Justice O'Connor's dissent conveniently disregards in arguing that the demonstrated effect on commerce while admittedly "plausible" is ultimately "unsubstantiated" [...] Congress could have rationally concluded that the aggregate impact on the national market of all the transactions exempted from federal supervision is unquestionably substantial" (545 U.S., en pp. 31-32).

468 544 U.S. 167 (2005)

469 Esta Enmienda, ratificada en 1933, derogó la Enmienda Décima Octava (ratificada en 1919), habitualmente conocida como *Prohibition*, que había prohibido la fabricación, el transporte y la venta de bebidas alcohólicas.

consumidores dentro de los estados, pero la prohibían fuera de éstos. En los tribunales inferiores, estas leyes tuvieron suerte diversa. La de New York pasó el test constitucional en la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito,⁴⁷⁰ pero la de Michigan lo reprobó en la Corte de Apelaciones del Sexto Circuito.⁴⁷¹ La Corte Suprema consolidó estos casos y, con una mayoría de 5-4, donde conservadores y liberales se alinearon en ambos lados,⁴⁷² entendió que las leyes locales violaban la *dormant Commerce Clause*.⁴⁷³

7.11 Los poderes del Poder Ejecutivo

7.11.1 Inmigración y deportación

Además de los casos examinados previamente sobre la autoridad presidencial para repeler actos de terrorismo,⁴⁷⁴ la Corte ha resuelto algunos casos vinculados con la deportación de extranjeros.

Uno de ellos es *Zadvydas v. Davis*,⁴⁷⁵ en el cual fue analizado si era constitucional tener detenida a una persona en forma indefinida cuando no puede llevarse a cabo el proceso de deportación. Bajo la legislación aplicable,⁴⁷⁶ una vez ordenada la deportación, el Gobierno tiene 90 días para ponerla en práctica. Este periodo se llama *removal period*. Si pasado este tiempo la deportación no se puede llevar a cabo, el detenido queda bajo supervisión estatal. Este período se denomina *post-removal period*. La cuestión constitucional a resolver era si el Departamento de Justicia, durante el *post-removal period*, puede mantener detenida a una persona en forma indefinida o si debe otorgarle la libertad condicional. Para resolver esta cuestión, la Corte Suprema consolidó los casos de dos individuos: Kestutis Zadvydas, un lituano, y Kim Ho Ma, oriundo de Camboya, ambos con un largo historial penal, de modo tal que su puesta en libertad permitía sospechar que continuarían con su actividad criminal. Ante la negativa

470 358 F. 3d 223 (2004).

471 342 F. 3d 517 (2003).

472 En la mayoría votaron Kennedy (autor de la sentencia), Scalia, Souter, Ginsburg y Breyer.

473 Según dijo Kennedy: "It is evident that the object and design of the Michigan and New York statutes is to grant in-state wineries a competitive advantage over wineries located beyond the States' borders. We hold that the laws in both States discriminate against interstate commerce in violation of the Commerce Clause, Art. I, § 8, cl. 3, and that the discrimination is neither authorized nor permitted by the Twenty-first Amendment" (544 U.S., en p. 466).

474 Ver el punto 6.

475 533 U.S. 678 (2001).

476 8 USC § 1231.

del Gobierno de liberarlos, se plantearon sendos *habeas corpus*. En el caso de Zadvydas, la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito rechazó la petición,⁴⁷⁷ mientras que la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito le hizo lugar a Kim Ho Ma.⁴⁷⁸ Como era de esperar, la Corte Suprema quedó claramente dividida entre liberales y conservadores, pero, en este caso, O'Connor hizo mayoría con los primeros acompañando el voto de Breyer, en cuya opinión la detención indefinida era inconstitucional y debía limitarse a un período razonable.⁴⁷⁹

Más complejo fue el caso *Demore v. Kim*,⁴⁸⁰ por ello en la sentencia de la Corte las dos cuestiones analizadas tienen diferente mayoría con distintos jueces. Bajo la Ley de Inmigración y Nacionalidad,⁴⁸¹ el Departamento de Justicia puede detener a los residentes que deben ser deportados por haber cometido ciertos delitos. Hyung Joon Kim, un residente legal en los Estados Unidos con antecedentes penales, fue condenado por delitos menores y el Immigration and Naturalization Service (INS) dispuso su detención y deportación. A raíz de ello, Kim planteó un *habeas corpus* alegando la inconstitucionalidad de dicha ley en tanto: (a) no permitía otorgarle libertad bajo fianza; y (b) el INS no había probado que presentara un peligro para la sociedad o que intentara escapar. En primera instancia, la petición fue acogida favorablemente, decisión que fue confirmada por la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito.⁴⁸² En la Corte se resolvieron dos cuestiones.⁴⁸³ La primera de ellas, con mayoría de 6-3,⁴⁸⁴ fue que la petición de Kim era justiciable.⁴⁸⁵ La segunda, en donde la mayoría

477 *Zadvydas v. Underdown*, 185 F. 3d 279 (1999).

478 *Kim Ho Ma v. Reno*, 208 F. 3d 815 (2000).

479 "Based on our conclusion that indefinite detention of aliens in the former category would raise serious constitutional concerns, we construe the statute to contain an implicit "reasonable time" limitation, the application of which is subject to federal-court review" (533 U.S., en p. 682).

480 538 U.S. 510 (2003).

481 *Immigration and Nationality Act*, 8 USC §1226.

482 *Kim v. Ziglar*, 276 F. 3d 523 (2002).

483 La sentencia fue emitida por medio del voto de Rehnquist.

484 En la minoría votaron O'Connor, Scalia y Thomas.

485 La disidencia estuvo motivada porque la sección 1226(2) dispone que la detención dispuesta por el *Attorney General* no es judicialmente revisable ("The Attorney General's discretionary judgment regarding the application of this section shall not be subject to review. No court may set aside any action or decision by the Attorney General under this section regarding the detention or release of any alien or the grant, revocation, or denial of bond or parole"). Sin embargo, según entendió la mayoría en este punto, el planteo de Kim no estaba dirigido a cuestionar la discrecionalidad de la decisión, sino a que la ley no le permitía obtener la libertad bajo fianza, lo que a juicio de la mayoría sí era justiciable.

fue de 5-4, con toda el ala liberal en contra, fue que, durante el proceso de deportación un residente, aun cuando tuviera derecho al debido proceso, puede permanecer temporalmente detenido.⁴⁸⁶

7.11.2 La limitación del privilegio ejecutivo

Se entiende por “privilegio ejecutivo” (*executive privilege*) la prerrogativa presidencial de no divulgar al público ciertos asesoramientos recibidos. Usualmente, en estos casos están en juego cuestiones de seguridad nacional. Esta prerrogativa no está expresamente prevista en la Constitución, pero los presidentes históricamente la han invocado.⁴⁸⁷ La Corte Suprema solo la ha analizado en dos ocasiones: en *United States v. Nixon*,⁴⁸⁸ nacido a raíz del caso *Watergate*, donde se reconoció que se trataba de un poder presidencial inherente, pero no absoluto, y en el caso que analizaré seguidamente.

Me refiero a *Cheney v. United States District Court for the District of Columbia*,⁴⁸⁹ donde volvió a ponerse en el tapete el privilegio ejecutivo. El caso se suscitó con motivo de que, al comienzo de su mandato, George W. Bush creó el National Energy Policy Development Group (NEPDG), una comisión destinada a asesorarlo en políticas energéticas, sin cumplir con los requisitos exigidos por la Federal Advisory Committee Act (FACA).⁴⁹⁰ Si bien el NEPDG —en lo formal— estaba integrado solamente por funcionarios públicos,⁴⁹¹ lo que lo eximía a de cumplir con la FACA en relación con la obligación de hacer públicas sus deliberaciones y documentos, en sus deliberaciones participaron grupos de lobistas allegados al sector.

Como resultado de ello, el Judicial Watch y el Sierra Club plantearon ante el U. S. District Court for the District of Columbia una acción sosteniendo que, en tanto los citados grupos habían integrado, de hecho, el NEPDG, éste estaba obligado a cumplir con las disposiciones de la FACA. Cheney contestó

486 “It is well established that the Fifth Amendment entitles aliens to due process of law in deportation proceedings [...] At the same time, however, this Court has recognized detention during deportation proceedings as a constitutionally valid aspect of the deportation process. As we said more than a century ago, deportation proceeding “would be vain if those accused could not be held in custody pending the inquiry into their true character” (538 U.S., en p. 523).

487 Chemerinsky, *Constitutional Law* (Chemerinsky (2023), p.406).

488 418 U.S. 683 (1974).

489 542 U.S. 367 (2004).

490 5 USC App. 1; Public Law 92-463.

491 Lo presidía el vicepresidente Dick Cheney.

la demanda sosteniendo que la pretensión violaba la separación de poderes en la medida en que exigía a los tribunales inmiscuirse en un asunto propio del Poder Ejecutivo. En primera instancia, el tribunal entendió que Cheney y otros funcionarios debían cumplir con lo dispuesto por la FACA, bajo lo previsto en la *Mandamus Act*,⁴⁹² en tanto que otros debían hacerlo conforme la Ley de Procedimientos Administrativos.⁴⁹³ Sin resolver la cuestión de fondo, esto es, la violación de la separación de poderes, el tribunal dispuso que se produjera prueba (*discovery*) para determinar la estructura del NEPDG. Cheney y los otros funcionarios solicitaron entonces ante la Corte de Apelaciones de Circuito del Distrito de Columbia⁴⁹⁴ la emisión de un *writ of mandamus* para impedir la producción del *discovery*. En lugar de resolver directamente el *mandamus*, la Corte de Apelaciones dijo que los peticionantes (Cheney y los otros funcionarios) debían invocar en el tribunal de distrito el privilegio ejecutivo. Si éste era denegado, el *mandamus* podía ser considerado, pero en tanto el conflicto relativo a la separación de poderes fuera aún hipotético, el *mandamus* no podía ser considerado en esa instancia.

Apelada esta decisión, la Corte Suprema, por mayoría de 7-2,⁴⁹⁵ la revocó. El voto de Kennedy que conduce la sentencia, en un intento por circunscribir y limitar la invocación de esta prerrogativa, diferencia el caso *Nixon* del caso *Cheney* y sostiene que, en este último, el privilegio ejecutivo no puede ser invocado. Dice que *Nixon* era un caso criminal, mientras que éste es civil y que tal distinción no es puramente formal, pues la necesidad de información en un supuesto y otro es diferente. Asimismo, en *Nixon* el requerimiento (*subpoena*) era preciso, en cambio, en *Cheney* era muy amplio. Dice también que Cheney y sus colegas tienen otros remedios para invocar frente a la amplitud (*overbreadth*) de la *subpoena* y que una vez que el privilegio se acepta, dos ramas del gobierno entran en colisión, lo que pone a los tribunales en la incómoda posición de resolverla.⁴⁹⁶

492 28 USC § 1361. Esta norma establece que “The district courts shall have original jurisdiction of any action in the nature of mandamus to compel an officer or employee of the United States or any agency thereof to perform a duty owed to the plaintiff”.

493 5 USC § 706. Esta norma establece “To the extent necessary to decision and when presented, the reviewing court shall decide all relevant questions of law, interpret constitutional and statutory provisions, and determine the meaning or applicability of the terms of an agency action”.

494 *United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*.

495 En disidencia votaron Ginsburg y Souter.

496 “Once executive privilege is asserted, coequal branches of the Government are set on a collision course. The Judiciary is forced into the difficult task of balancing the need for information in a judi-

7.12 Las cuestiones electorales

7.12.1 La redistribución de los distritos electorales y los límites en el control judicial del *gerrymandering*

Dado que el diseño de los distritos electorales es predominante en la definición del resultado de una elección, las batallas judiciales por el *gerrymandering*⁴⁹⁷ son muy frecuentes desde que la Corte resolviera, en *Baker v. Carr*,⁴⁹⁸ que la cuestión es justiciable. Aun así, veremos en los dos casos aquí analizados que la Corte no encuentra inconstitucional una distribución distrital principalmente fundada en la raza o en un partido.⁴⁹⁹

El primer caso fue *Easley v. Cromartie*,⁵⁰⁰ relacionado con el 12° distrito de North Carolina, cuya delimitación suscitó nada menos que cuatro decisiones de la Corte.⁵⁰¹ Simplificando bastante este largo y complejo proceso, lo que se discutía en último término era si es constitucional que un distrito pueda ser diseñado teniendo en cuenta principalmente el factor racial.⁵⁰² Por mayoría de 5-4, donde O'Connor fue el *swing vote* a favor de los liberales, la Corte, mediante el voto de Breyer, sostuvo que tener en cuenta el factor racial para delinear un distrito electoral es constitucionalmente admisible y que quien impugna la delimitación del distrito debe probar que los objetivos políticos de tal diseño podrían haberse alcanzando por otros medios, sin tomar en cuenta el factor racial.⁵⁰³

cial proceeding and the Executive's Article II prerogatives. This inquiry places courts in the awkward position of evaluating the Executive's claims of confidentiality and autonomy, and pushes to the fore difficult questions of separation of powers and checks and balances" (542 U.S., en p. 389).

497 Aunque sea bien conocido, me permito recordar que el *gerrymandering* es la práctica de diseñar los distritos electorales con la finalidad de que gane un determinado partido o candidato. El nombre viene de que uno de los primeros en practicarlo fue Elbridge Gerry, gobernador de Massachusetts (1810-1814) y 5° vicepresidente de los Estados Unidos (1813-1814), que había delineado los distritos en Massachusetts con una forma que asemejaban una salamandra (*salamander*).

498 369 U.S. 186 (1962).

499 Recordemos que en *Baker v. Carr* lo que permitió la judicialización del problema era la gran disparidad de población de los distritos electorales, que afectaba notablemente la igualdad de los electores.

500 532 U.S. 234 (2001).

501 Antes de este caso, la Corte había dictado ya tres sentencias en *Shaw v. Reno*, 509 U.S. 630 (1993); *Shaw v. Hunt*, 517 U.S. 899 (1996) y *Hunt v. Cromartie*, 526 U.S. 541 (1999).

502 En el caso del 12° distrito de North Carolina, su población era predominantemente afroamericana y votaba masivamente por los demócratas.

503 "In a case such as this one where majority-minority districts (or the approximate equivalent) are at issue and where racial identification correlates highly with political affiliation, the party attacking the legislatively drawn boundaries must show at the least that the legislature could have achieved its legitimate political objectives in alternative ways that are comparably consistent with traditional districting principles. That party must also show that those districting alternatives would have brought

Esta limitación de la judicialización del *gerrymandering*, favoreció a los republicanos en *Vieth v. Jubelirer*.⁵⁰⁴ Luego de que en el censo de 2000 se redujera a 19 la cantidad de diputados nacionales por Pennsylvania, la legislatura estatal, controlada en ambas cámaras por los republicanos, aprovechó la ocasión para elaborar un plan de redistribución de los distritos que favorecía a dicho partido. Esta planificación fue impugnada por un grupo de electores demócratas ante un tribunal de distrito de tres jueces,⁵⁰⁵ que desestimó la demanda sosteniendo que la redistribución distrital no afectaba su derecho a ser representados en el Congreso, sino que, en todo caso, serían representados por legisladores republicanos.⁵⁰⁶ Como era de esperar, la Corte quedó nuevamente dividida entre conservadores y liberales y la sentencia del tribunal de distrito fue confirmada porque no se llegó a establecer, por mayoría, un criterio para revisar judicialmente la cuestión. Los conservadores, por el voto de Scalia, entendieron que la cuestión planteada no era justiciable⁵⁰⁷ y los liberales, con votos de Stevens, Souter y Breyer, sostuvieron lo contrario, pero sin ponerse de acuerdo en cómo hacerlo. Kennedy, en el medio, si bien termina formando mayoría con los conservadores, sostuvo que la Corte no debía abandonar el intento de encontrar una solución.⁵⁰⁸

7.12.2 Los aportes a las campañas electorales

En los Estados Unidos, el llamado *political speech* forma parte sustancial de la libertad de expresión protegida por la Primera Enmienda, de allí que tenga enorme importancia el dinero que se recibe y se gasta en las campañas electo-

about significantly greater racial balance” (532 U.S., en p. 258).

504 541 U.S. 267 (2004).

505 Recordemos que, en algunos casos especiales, interviene en primera instancia un tribunal de distrito integrado por tres jueces, cuya decisión es apelable directamente ante la Corte Suprema. La cuestión está prevista en 28 USC § 2284(a), que dice “A district court of three judges shall be convened when otherwise required by Act of Congress, or when an action is filed challenging the constitutionality of the apportionment of congressional districts or the apportionment of any statewide legislative body”.

506 241 F. Supp. 2d 478 (2003).

507 “We conclude that neither Article I, § 2, nor the Equal Protection Clause, nor (what appellants only fleetingly invoke) Article I, § 4, provides a judicially enforceable limit on the political considerations that the States and Congress may take into account when districting” (541 U.S., en p. 305).

508 “While agreeing with the plurality that the complaint the appellants filed in the District Court must be dismissed, and while understanding that great caution is necessary when approaching this subject, I would not foreclose all possibility of judicial relief if some limited and precise rationale were found to correct an established violation of the Constitution in some redistricting cases” (541 U.S., en p. 306).

rales. Ello dio lugar a que, en 1971, luego de muchos intentos parciales,⁵⁰⁹ el Congreso sancionara la *Federal Election Campaign Act (FECA)*,⁵¹⁰ primera ley federal que reguló, de manera integral, las campañas electorales y los fondos recaudados para éstas.⁵¹¹ Fueron establecidas en ella disposiciones más estrictas sobre la información que debían publicar los partidos políticos y los llamados *political action committees (PACs)*⁵¹² sobre los fondos recibidos para financiar las campañas e impuso, asimismo, límites a los fondos que podían ser recibidos. En su versión original, la FECA no creó una autoridad central que controlara su cumplimiento. Ello fue corregido en 1974, cuando fue creada la *Federal Election Commission (FEC)*, mediante una enmienda a la FECA,⁵¹³ motivada por el caso *Watergate*. Así, en esta enmienda, se impusieron nuevos límites a los montos de financiamiento.⁵¹⁴

Estas modificaciones dieron lugar a que el senador republicano por New York, James L. Buckley, junto con otros demandantes, planteara la inconstitucionalidad de los límites impuestos al financiamiento de las campañas, así como el modo de designación de los integrantes del *board* de la FEC. Al resolver la cuestión en *Buckley V. Valeo*,⁵¹⁵ la Corte Suprema produjo una de las sentencias más complejas de su historia,⁵¹⁶ a la par que una de las más criticadas también. Básicamente, la Corte trazó una distinción entre los aportes en dinero (*contributions*) que pueden recibir los candidatos o los partidos y los gastos (*expenditures*) de la campaña y sostuvo que si bien se podían limitar los primeros, era inconstitucional limitar los segundos.⁵¹⁷

A partir de *Buckley*, la Corte ha mantenido la distinción entre *contributions*

509 Ver Bianchi (2023, pp. 256 y ss.).

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

511 No parece necesario aclarar que los grandes defensores de estas limitaciones son los demócratas y sus opositores son los republicanos.

512 Los PACs (a veces llamados Super PACs) son organizaciones empleadas para nominar, promover y financiar las campañas de los candidatos para los cargos políticos. Están exentas del pago de impuestos bajo lo dispuesto en la sección 527 del *Internal Revenue Code* previsto en el Título 26 del USC y reciben por ello el nombre de *527 organizations*.

513 *Federal Election Campaign Act Amendments of 1974*. Public Law 93-443, 88 Statutes at Large 1263.

514 Los topes eran los siguientes (a) 1000 dólares para la campaña de un cargo federal; (b) 5000 dólares para un PAC; y (c) 25.000 dólares anuales en total.

515 424 U.S. 1 (1976).

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

517 “A restriction on the amount of money a person or group can spend on political communication

y expenditures, y en *Colorado Republican Federal Campaign Committee v. Federal Election Commission*⁵¹⁸ sostuvo que los gastos del partido no debían confundirse o sumarse a los gastos propios del candidato.⁵¹⁹ De todos modos, en *Federal Election Commission v. Colorado Republican Federal Campaign Committee*,⁵²⁰ por mayoría de 5-4 con voto de Souter, el ala liberal de la Corte, acompañada en esta ocasión por O'Connor, hizo una nueva distinción entre los gastos independientes y los gastos coordinados (*coordinated expenditures*) entre el candidato y su partido, sosteniendo que los segundos debían ser tratados como contribuciones y, por ende, su limitación por ley es constitucional.⁵²¹

También fue cuestionada la constitucionalidad de la FECA en *Federal Election Commission v. Beaumont*.⁵²² Según esta ley, las empresas no pueden hacer contribuciones directas a las campañas políticas, pero la cuestión aquí era si esta prohibición se aplicaba también a las organizaciones sin fines de lucro. Las demandantes en este caso fueron Christine Beaumont y la North Carolina Right to Life (NCRL), una organización antiabortista. El tribunal de distrito y la Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito⁵²³ les dieron la razón, pero la Corte Suprema revocó esta decisión por mayoría de 7-2.⁵²⁴ En opinión del voto de Souter, la legislación sobre la materia siempre ha impedido las contribuciones

during a campaign necessarily reduces the quantity of expression by restricting the number of issues discussed, the depth of their exploration, and the size of the audience reached. This is because virtually every means of communicating ideas in today's mass society requires the expenditure of money [...] By contrast with a limitation upon expenditures for political expression, a limitation upon the amount that any one person or group may contribute to a candidate or political committee entails only a marginal restriction upon the contributor's ability to engage in free communication. [...] A limitation on the amount of money a person may give to a candidate or campaign organization thus involves little direct restraint on his political communication, for it permits the symbolic expression of support evidenced by a contribution but does not in any way infringe the contributor's freedom to discuss candidates and issues" (424 U.S., en pp. 19 y 21).

518 518 U.S. 604 (1996).

519 Esta distinción puede verse también en *Nixon v. Shrink Missouri Government PAC*, 528 U.S. 377 (2000).

520 533 U.S. 431 (2001).

521 El razonamiento de la Corte es que un gasto coordinado con el partido equivale a una contribución al candidato y puede ser una fuente de corrupción. Según el voto de Souter, "[t]he idea was that coordinated expenditures are as useful to the candidate as cash, and that such "disguised contributions" might be given "as a quid pro quo for improper commitments from the candidate" (in contrast to independent expenditures, which are poor sources of leverage for a spender because they might be duplicative or counterproductive from a candidate's point of view)" (533 U.S., en p. 446).

522 539 U.S. 146 (2003).

523 278 F. 3d 261 (2002).

524 Votaron en contra Scalia y Thomas.

corporativas a las campañas políticas, no hay motivo suficiente para eximir de la prohibición a las organizaciones sin fines de lucro y ello no afecta a la Primera Enmienda.⁵²⁵

Para concluir con este punto, señalo que, casi 30 años después de la FECA, el Congreso, en 2002, sancionó la Bipartisan Campaign Reform Act (BCRA),⁵²⁶ cuyo objetivo específico era reducir el *soft money*⁵²⁷ y los *issue advocacy ads*.⁵²⁸ Como resultado, se produjo una contienda judicial que la Corte resolvió por mayoría de 5-4 —con O'Connor votando junto con los liberales— a favor de la constitucionalidad de la ley en *McConnell v. Federal Election Commission*.⁵²⁹

7.12.3 Las elecciones de jueces

En Minnesota, como en otros estados, los jueces son electos por el voto popular, pero allí la Suprema Corte del estado les prohibía a los candidatos hacer campaña anunciando sus opiniones en casos pendientes o en cuestiones políticas. Gregory Wersal, que se había postulado para juez de dicho tribunal, impugnó esta disposición sosteniendo que violaba la Primera Enmienda. La cuestión se discutió en *Republican Party of Minnesota v. White*.⁵³⁰ En primera instancia, la demanda fue rechazada y la Corte de Apelaciones del Octavo Circuito confirmó la sentencia.⁵³¹ La Corte Suprema revocó esta decisión por mayoría conservadora de 5-4. El voto de Scalia remarcó la tensión existente entre la Constitución de Minnesota, que permite la elección popular de los jueces, y una prohibición que pone fuera del debate cuestiones de interés para los votantes.⁵³²

525 “Since 1907, federal law has barred corporations from contributing directly to candidates for federal office. We hold that applying the prohibition to nonprofit advocacy corporations is consistent with the First Amendment” (539 U.S., en p. 149).

526 Public Law 107-155; 116 Statutes at large 81.

527 Es el dinero aportado directamente a los partidos políticos. El *hard money*, por el contrario, es el que se aporta a los candidatos.

528 Son los anuncios publicitarios (*advertisements*) usualmente empleados por los grupos de presión o lobbies para llamar la atención sobre ciertos asuntos políticos e influir en la legislación que desean obtener.

529 540 U.S. 93 (2003).

530 536 U.S. 765 (2002).

531 247 F. 3d 854 (2001).

532 “There is an obvious tension between the article of Minnesota’s popularly approved Constitution which provides that judges shall be elected, and the Minnesota Supreme Court’s announce clause which places most subjects of interest to the voters off limits” (536 U.S., en p. 787).

7.13 Otros casos

7.13.1 La legitimación procesal

De acuerdo con lo establecido en el Título VI de la Civil Rights Act of 1964, está prohibido discriminar en razón de la raza, el color, o el origen nacional y las agencias del Gobierno federal están autorizadas por la Sección 602 de la ley a dictar resoluciones poniendo en práctica estas directivas. Ejerciendo esta facultad, el Ministerio (Departamento) de Justicia dispuso que quienes recibieran subsidios federales no podían incurrir en actos de discriminación basados en los criterios antes mencionados. El Department of Public Safety de Alabama, que recibía estos subsidios, dictó una reglamentación estableciendo que los exámenes para obtener la licencia de conducir solo se rendirían en inglés, pues conforme la constitución estatal, éste era el idioma oficial de Alabama. Gloria Sandoval impugnó esta reglamentación por considerarla discriminatoria y promovió una acción de clase, dando lugar al caso *Alexander v. Sandoval*,⁵³³ en el cual se discutió si Sandoval tenía legitimación para promover dicha acción. En el tribunal de distrito obtuvo una decisión favorable a su legitimación, que fue confirmada por la Corte de Apelaciones del Décimo Primer Circuito.⁵³⁴ Otorgado el *certiorari*, la Corte Suprema revocó esta sentencia por mayoría de 5-4⁵³⁵ con voto de Scalia. Sostuvo la Corte que el Título VI de la Civil Rights Act of 1964 no otorgaba legitimación individual para hacer cumplir (*enforce*) las regulaciones dictadas en su consecuencia.⁵³⁶

7.13.2 Irretroactividad de la ley

Si bien la aplicación de la ley en relación con el tiempo es, por lo general, una materia compleja y muy casuística, *Inmigraton and Naturalization Service v. St. Cyr*⁵³⁷ es uno de esos casos en los cuales se decidió por la irretroactividad de la ley.

En marzo de 1996, Enrico St. Cyr, un haitiano residente legal y permanente en los Estados Unidos, se declaró culpable de vender drogas, un delito por el cual podía ser deportado. Al momento en que se declaró culpable, regía la sec-

533 532 U.S. 275 (2001).

534 197 F. 3d 484 (1999).

535 Una vez más, la Corte quedó marcadamente dividida entre conservadores y liberales.

536 “Neither as originally enacted nor as later amended does Title VI display an intent to create a free-standing private right of action to enforce regulations promulgated under § 602. We therefore hold that no such right of action exists” (532 U.S., en p. 293).

537 533 U.S. 289 (2001).

ción 212(c) de la Immigration and Nationality Act of 1952 (INA), que otorgaba discreción al *Attorney General* para decidir si se lo deportaba o no. Sin embargo, cuando comenzaron los trámites para la deportación, ya se habían sancionado la Effective Death Penalty Act of 1996 (AEDPA)⁵³⁸ y la Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act of 1996 (IIRIRA),⁵³⁹ que limitaron mucho esa discrecionalidad⁵⁴⁰ y St. Cyr perdió la oportunidad de no ser deportado. Éste planteó entonces un *habeas corpus* alegando que estas leyes no le eran aplicables, pues eran posteriores a su declaración de culpabilidad. El tribunal de Distrito y la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito⁵⁴¹ le hicieron lugar. Con ajustada minoría liberal, acompañada en este caso por Kennedy, la Corte Suprema confirmó lo decidido por el Segundo Circuito. El voto de Stevens, que tiene un largo análisis sobre la retroactividad de las leyes, entiende que en la IIRIRA no existe ninguna disposición que expresamente indique la posibilidad de que ésta pueda ser aplicada retroactivamente.⁵⁴²

7.13.3 Protección del *copyright*

Muy amenazados por las publicaciones electrónicas, que reproducen trabajos sin autorización de sus autores, el derecho de autor (*copyright*) resultó protegido en *New York Times v. Tasini*.⁵⁴³ El caso se suscitó a raíz de que varios autores independientes (*freelance authors*) escribieron artículos para diarios y revistas⁵⁴⁴ que luego fueron incorporados a las bases de datos de Lexis-Nexis sin su autorización. Allí aparecen y están disponibles para sus usuarios sin su formato original. Estos autores demandaron a los diarios y revistas por daños y perjuicios, pero el

538 Public law 104-132; 110 Statutes at Large 1214.

539 Public law 104-208; 110 Statutes at Large 3009.

540 De hecho, la sección 212(c) de la INA fue derogada por la IIRIRA.

541 229 F. 3d 406 (2000).

542 “Prior to AEDPA and IIRIRA, aliens like St. Cyr had a significant likelihood of receiving § 212(c) relief. Because respondent, and other aliens like him, almost certainly relied upon that likelihood in deciding whether to forgo their right to a trial, the elimination of any possibility of § 212(c) relief by IIRIRA has an obvious and severe retroactive effect. We find nothing in IIRIRA unmistakably indicating that Congress considered the question whether to apply its repeal of §212(c) retroactively to such aliens. We therefore hold that § 212(c) relief remains available for aliens, like respondent, whose convictions were obtained through plea agreements and who, notwithstanding those convictions, would have been eligible for § 212(c) relief at the time of their plea under the law then in effect” (533 U.S., en pp. 325-326).

543 533 U.S. 482 (2001).

544 Entre ellos, el *New York Times*, *Newsday* y *Time*.

tribunal de distrito falló en contra de ellos sosteniendo que la reproducción de sus artículos estaba protegida por la sección 201(c) de la Copyright Act,⁵⁴⁵ que permite la reproducción de obras colectivas.⁵⁴⁶ Esta sentencia fue revocada por la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito⁵⁴⁷ y por la Corte Suprema, que por mayoría de 7-2⁵⁴⁸ confirmó esta decisión.⁵⁴⁹

También fue protegido el *copyright* en *Metro Goldwyn-Mayer Studios v. Grokster, Ltd.*⁵⁵⁰ Grokster y otras compañías comercializaban un *software* que permitía bajar películas gratis y obtenían ganancias merced a los avisos incluidos en él. Las productoras de películas demandaron a Grokster por violación del *copyright* y ésta sostuvo que se limitaba a facilitar un *software* que permitía acceder a los films. Tanto el tribunal de distrito como la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito fallaron a favor de Grokster.⁵⁵¹ La Corte Suprema, en cambio, por medio de un fallo unánime,⁵⁵² entendió que Grokster había incurrido en responsabilidad indirecta. Agregó que esta era la única alternativa práctica, dada la gran cantidad de violaciones directas al *copyright* que se producían a diario por los múltiples usuarios del *software*.⁵⁵³

545 La Copy Right Act forma parte del título 17 del USC.

546 “Section 201(c) Contributions to Collective Works. Copyright in each separate contribution to a collective work is distinct from copyright in the collective work as a whole, and vests initially in the author of the contribution. In the absence of an express transfer of the copyright or of any rights under it, the owner of copyright in the collective work is presumed to have acquired only the privilege of reproducing and distributing the contribution as part of that particular collective work, any revision of that collective work, and any later collective work in the same series”.

547 206 F. 3d 161 (1999).

548 Votaron en contra Stevens y Breyer.

549 En sus conclusiones, el voto de Ginsburg dice: “We conclude that the Electronic Publishers infringed the Authors’ copyrights by reproducing and distributing the Articles in a manner not authorized by the Authors and not privileged by §201(c). We further conclude that the Print Publishers infringed the Authors’ copyrights by authorizing the Electronic Publishers to place the Articles in the Databases and by aiding the Electronic Publishers in that endeavor” (533 U.S., en p. 506).

550 545 U.S. 913 (2005).

551 380 F. 3d 1154

552 El voto principal es de Souter y hay votos concurrentes de Ginsburg, Breyer, Stevens y O’Connor.

553 “The argument for imposing indirect liability in this case is, however, a powerful one, given the number of infringing downloads that occur every day using StreamCast’s and Grokster’s software. When a widely shared service or product is used to commit infringement, it may be impossible to enforce rights in the protected work effectively against all direct infringers, the only practical alternative being to go against the distributor of the copying device for secondary liability on a theory of contributory or vicarious infringement” (545 U.S., en pp. 929-930).

7.13.4 La doctrina de la deferencia

Bajo la llamada “doctrina de la deferencia”, los jueces no pueden revisar la reglamentación de las leyes efectuada por las agencias administrativas si tal reglamentación es razonable. El *leading case* en esta cuestión es *Chevron U. S. A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*⁵⁵⁴ Esta doctrina fue aplicada en *National Cable & Telecommunications Association v. Brand X Internet Services*,⁵⁵⁵ donde se discutía una reglamentación de la Federal Communications Commission (FCC) que excluyó de sus regulaciones a las empresas que proveen servicios de internet de banda ancha por cable, en tanto —según esta reglamentación— no proveen “servicios de telecomunicaciones” tal como están definidos en Título II de la Communications Act of 1934.⁵⁵⁶

La Corte de Apelaciones del Noveno Circuito⁵⁵⁷ había resuelto que la reglamentación era contraria a la ley, pero la Corte Suprema, por mayoría de 6-3,⁵⁵⁸ revocó esta sentencia, entendiendo que era aplicable al caso la doctrina de *Chevron*, en tanto el tema era técnicamente complejo y la regulación era razonable.⁵⁵⁹ En lo puramente comercial, la sentencia fue una victoria para las compañías de cable, pues, al quedar fuera de la regulación de la FCC, no se las obligaba a permitir el acceso a sus redes a los proveedores independientes que no tenían red propia. El alegado propósito de esta regulación, apoyada por la administración de George W. Bush, era que las compañías de cable hicieran mayores inversiones en su desarrollo, las que se verían limitadas o reducidas si tenían que competir con proveedores independientes, que proveían servicios más baratos porque utilizaban las redes existentes sin tener que gastar en montar las propias.

554 467 U.S. 837 (1984). Ver Bianchi (2010).

555 545 U.S. 967 (2005).

556 48 Statutes at Large. 1064; 47 USC § 151 *et seq.*

557 345 F. 3d 1120 (2003).

558 En la minoría votaron Scalia, Souter y Ginsburg.

559 Conforme el voto de Thomas: “The questions the Commission resolved in the order under review involve a “subject matter [that] is technical, complex, and dynamic” [...]. The Commission is in a far better position to address these questions than we are. Nothing in the Communications Act or the Administrative Procedure Act makes unlawful the Commission’s use of its expert policy judgment to resolve these difficult questions” (545 U.S., en p. 1003).

8. Conclusiones

Si hay algo que define políticamente a los Estados Unidos es el bipartidismo, el cual se refleja no solo en el Congreso y en la Casa Blanca, sino también en la Corte Suprema. Cada presidente, con su mayoría en el Senado, ha logrado colocar en la Corte a jueces de su partido y ello divide al Tribunal. Si luego ello se refleja en los fallos, es una cuestión muy diferente.⁵⁶⁰

En algunos casos se nombran magistrados moderados y, en otros, se logran imponer a quienes representan tendencias más extremas. Buenos ejemplos de los primeros fueron Sandra Day O'Connor y Anthony Kennedy, entre los conservadores, y Stephen Breyer en los liberales. Entre los segundos militan William Rehnquist, Antonin Scalia, Clarence Thomas y Ruth Bader Ginsburg. Asimismo, a Stevens y Souter, nombrados ambos por jueces republicanos, los vemos luego ubicados en el ala liberal de la Corte. Es más, en *Bush v. Gore*,⁵⁶¹ votaron en la minoría.⁵⁶²

Como resultado de ello, si bien es cierto que en este último quinquenio de la Rehnquist Court se produjeron una gran cantidad de fallos en los que la decisión se obtuvo con una escasa mayoría de 5-4, esta división no siempre es el fruto del triunfo sistemático de una tendencia política sobre la otra. Por el contrario, en muchos de estos casos fueron mayoría los conservadores, pero en otros tantos la alcanzaron los liberales, ayudados con los *swing votes* de Kennedy y de O'Connor. No han faltado, por cierto, casos de sentencias unánimes, pues los hay en buena cantidad, pero ello no es la regla. Las disidencias, aun las cuantitativamente menores, son frecuentes.

560 Históricamente, los casos más emblemáticos de jueces que sorprendieron a los presidentes con sus fallos fueron Holmes con Taft y Earl Warren con Eisenhower. No menos sorprendido quedó Harry Truman cuando Tom C. Clark, nombrado por él, votó en contra de la intervención de las fábricas de acero en *Youngstown Sheet & Tube Company v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952).

561 531 U.S. 98 (2000).

562 El caso de Souter es remarcable, pues George W. Bush era hijo del presidente que lo había nombrado. Se dice que este caso produjo un fuerte impacto emocional en Souter y que hasta pensó en renunciar a la Corte. Así lo cuenta Jeffrey Toobin en estas palabras "Toughened, or coarsened, by their worldly lives, the other dissenters could shrug and move on, but Souter couldn't. His whole life was being a judge. He came from a tradition where the independence of the judiciary was the foundation of the rule of law. And Souter believed *Bush v. Gore* mocked that tradition. His colleagues' actions were so transparently, so crudely partisan that Souter thought he might not be able to serve with them anymore. Souter seriously considered resigning. For many months, it was not at all clear whether he would remain as a justice. That the Court met in a city he loathed made the decision even harder. At the urging of a handful of close friends, he decided to stay on, but his attitude toward the Court was never the same. There were times when David Souter thought of *Bush v. Gore* and wept" (Toobin, 2007, p. 117).

Todo ello impide calificar a la Corte del último quinquenio de la Rehnquist Court bajo un determinado signo político, al menos de una tendencia muy marcada, pues, en el balance general, los triunfos entre liberales y conservadores se reparten con bastante equilibrio. En algunos casos, asimismo, en la mayoría y minoría se alinean jueces de ambas tendencias⁵⁶³ y existen casos curiosos, como *Ashcroft v. ACLU*,⁵⁶⁴ donde Scalia vota con los liberales; y Breyer, con los conservadores.⁵⁶⁵

Consecuentemente, la mayoría formalmente conservadora de 5-4, no se impuso brutalmente. Por el contrario, O'Connor y Kennedy, en particular, se encargaron de evitar que la Corte se convirtiera en un tribunal partisano, un objetivo que se cumplió durante este período con bastante éxito, si excluimos por supuesto el caso *Bush v. Gore*, donde la pertenencia a cada partido se hizo sentir con marcada influencia.

Bibliografía

- Bates, E. S. (1936). *The Story of the Supreme Court*. Bobbs-Merrill.
- Bianchi, A. B. (2010). El control judicial de los reglamentos bajo la doctrina de la deferencia. (El caso en la Argentina y los Estados Unidos). *RAP*, 383-109.
- Bianchi, A. B. (2020). El hábeas corpus federal en los Estados Unidos. Su principal diferencia de fondo con nuestro sistema. *Revista Jurídica Austral*, 1(1), 91-168. <https://doi.org/10.26422/RJA.2020.0101.bia>
- Bianchi, A. B. (2023). *Historia del Congreso de los Estados Unidos*. Cátedra Jurídica,
- Chemerinsky, E. (2023). *Constitutional Law. Principles and Policies* (7ª ed.). Aspen Publishing.
- Currie, D. P. (1985). *The Constitution in the Supreme Court*. The University of Chicago Press.
- Cushman, R. E. (1942). The case of the Nazi Saboteurs. *The American Political Science Review*, 36(6), 1082-1091.
- Dershowitz, A. (2001). *Supreme Injustice: How the High Court Hijacked Election 2000*. Oxford University Press.
- Dionne, E. J. (Jr.) y Krisol, W. (Eds.). (2001). *Bush v. Gore. The Court Cases and the Commentary*. Brookings Institution Press.
- Fisher, L. (2005). *Military Tribunals and Presidential Power*. University Press of Kansas.
- Hensley, T. R. (2006). *The Rehnquist Court*. ABC-CLIO.
- Holmes, O. W. (1920). *Collected Legal Papers*. Harcourt, Brace and Howe.

563 Un caso emblemático, aunque no es el único, es *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001), donde se analizó la privacidad del individuo que cultivaba marihuana en su domicilio.

564 542 U.S. 656 (2004).

565 Algo similar ocurrió en *Van Orden v. Perry*, 545 U.S. 677 (2005), donde Breyer votó con los conservadores; y O'Connor, con los liberales.

- Hudson, D. L. (Jr.). (2007). *The Rehnquist Court. Understanding Its Impact and legacy*. Praeger.
- Jackson, R. H. (1987). *The Supreme Court. How It Was, How It Is*. William Morrison & Co.
- National Commission on Terrorist Attacks. (2004). *The 9/11 Commission Report. Final Report of the National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States*. Government Printing Office.
- Posner, R. A. (2001). *Breaking the Deadlock: The 2000 Election, the Constitution, and the Courts*. Princeton University Press.
- Powe, L. A. (2021). *The Supreme Court and the American Elite* (2^a ed.). University Press of Kansas.
- Sagüés, M. S. (2003-2004). Justicia para el terrorismo. El actual desafío de la Corte de Estados Unidos de América. *Debates de Actualidad*, (192), 19-31.
- Schwartz, B. (1983). *A History of the Supreme Court*. Oxford University Press.
- Schwartz, H. (Ed.). (2002). *The Rehnquist Court: Judicial Activism on the Right*. Hill and Wang.
- Toobin, J. (2007). *The Nine. Inside the Secret World of the Supreme Court*. Random House, Inc.
- Yarbrough, T. E. (2000). *The Rehnquist Court and the Constitution*. Oxford University Press.

LA INVASIÓN A UCRANIA Y EL DELITO DE AGRESIÓN INTERNACIONAL. SOBRE LA NECESARIA CONSTITUCIÓN DE UN TRIBUNAL INTERNACIONAL *AD HOC*

Mario Martin Pereira Garmendia

Universidad de Navarra
mpereirag@unav.es

Diego Alberto Zapata Gonzales

Universidad San Ignacio de Loyola
dzapata@alumni.unav.es

Recibido: 06/05/2024

Aceptado: 13/06/2024

Resumen

Salvo por la invasión ilegal perpetrada por Saddam Hussein contra Kuwait, el mundo no había presenciado una agresión internacional tan prístina y manifiesta como la perpetrada por los líderes políticos y militares de la Federación Rusa contra la República de Ucrania. El presente trabajo tiene el cometido de analizar dicho delito de agresión internacional o crimen contra la paz, tanto en su regulación por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg (y su homólogo de Tokio) como en el Estatuto de la Corte Penal Internacional conforme a la redacción dada por la Conferencia de Kampala de 2010. En el primer caso, siguiendo la llamada “teoría de la responsabilidad colectiva” diseñada por Murray Bernays, fundada en dos velocidades: (i) la determinación de una conspiración (*conspiracy*) por parte de los líderes políticos y militares para lanzar una guerra de conquista sobre otro u otros Estados, así como la declaración de ilegales/criminales a aquellas organizaciones o instituciones creadas por dichos líderes para ejecutar tal plan criminal; y (ii), la determinación de la responsabilidad penal de todos aquellos individuos que, con conocimiento de ello y libremente, hayan decidido integrar tales organizaciones o instituciones ilegales y hayan interactuado con los demás miembros en la prosecución del resultado criminal. En el segundo caso (Estatuto de la Corte Penal Interna-

cional), el delito se ha tipificado como un tipo penal especial propio, respecto del cual no se habilita a imputar responsabilidad alguna a título de partícipe sobre los *extranei*.

Asimismo, se argumentará sobre la necesidad de constituir un tribunal internacional penal *ad hoc* o híbrido mediante un tratado bilateral celebrado entre Ucrania y la Asamblea General de la ONU, cuya misión sea el juzgamiento y castigo de todos los responsables por el delito de agresión internacional perpetrado contra el pueblo ucraniano. Este tribunal debería ostentar competencia sólo sobre el delito de agresión internacional, así como habilitar el enjuiciamiento *in absentia*.

Palabras clave: delitos atroces, guerra de agresión, agresión internacional, competencia Corte Penal Internacional, *conspiracy*, *membership*, juicio en ausencia.

The Invasion of Ukraine and the Crime of International Aggression: On the Need to Create an Ad Hoc International Tribunal

Abstract

Except for the illegal invasion perpetrated by Saddam Hussein against Kuwait, the world had not witnessed such pristine and overt international aggression as that perpetrated by the political and military leaders of the Russian Federation against the Republic of Ukraine. This article analyzes the crime of international aggression or crime against peace, both in its regulation by the Statute of the International Military Tribunal of Nuremberg (and its counterpart in Tokyo) and in the Statute of the International Criminal Court in accordance with the wording given by the Kampala Conference of 2010. The first case fits the so-called Theory of Collective Responsibility designed by Murray Bernays, founded on two speeds: (i) the determination of a conspiracy by the political and military leaders to launch a war of conquest over another State or States, as well as the outlawing of those organizations or institutions created by the leaders to execute the criminal plan; and (ii) the determination of the criminal responsibility of all those individuals who, knowingly and freely, have decided to join such illegal organizations or institutions and have interacted with the other members in the pursuit of the criminal result. In the second case (Statute of the International Criminal Court), the crime has been classified as its particular criminal type, concerning which there is no possibility of attributing liability to third parties.

Likewise, the need to establish an ad hoc or hybrid international criminal tribunal through a bilateral treaty between Ukraine and the UN General Assembly is advocated. The mission of such a tribunal should be to prosecute and punish all those responsible for the crime of international aggression perpetrated against the Ukrainian people. Such a tribunal should have jurisdiction only over the crime of international aggression, with the possibility of conducting trials *in absentia*.

Key words: heinous crimes, aggression war, international aggression, International Criminal Court jurisdiction, conspiracy, membership, trials *in absentia*.

1. Introducción

Desde febrero de 2022, el mundo ha atestiguado las muchas atrocidades que el ejército de la Federación rusa —y grupos mercenarios a su servicio— han venido perpetrando en el territorio soberano de Ucrania. Así, se han llevado a cabo torturas y matanzas indiscriminadas de civiles en Bucha, el asedio a las ciudades de Kiev, Odessa y Jersón en los meses de febrero y marzo, los bombardeos a los corredores humanitarios (a pocas horas de haber acordado su creación), el bombardeo y la posterior ocupación de la planta nuclear de Zaporiyia, la masacre que vivieron los habitantes de Mariúpol —especialmente desde la segunda fase de la invasión—, el robo de niños ucranianos y su adopción ilegal por familias de funcionarios y oligarcas rusos, la utilización de bombas de fósforo en ciudades del Donbás y bombardeos y ataques con misiles directamente dirigidos a centros comerciales, mercados, escuelas y a plantas de energía eléctrica, centrales hidroeléctricas, represas, etc. Extremos fácticos que no solamente constituyen flagrantes crímenes de guerra, sino también sendos delitos de lesa humanidad (puesto que la verificación de una política por parte del Gobierno de Putin, subyacente a varias de las acciones antes descritas, resulta por demás prístinas). Incluso podría hablarse de un delito de genocidio en lo referido al robo de niños ucranianos por parte de las fuerzas armadas rusas y su posterior adopción ilegal por parte de acólitos al régimen dictatorial de Putin (conforme al literal e) del art. 6 del Estatuto de la Corte Penal Internacional [en adelante, ECPI]: “Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”). Pretender negarlo sería un ejercicio de hipocresía o, peor aún, una necedad imperdonable.

Pero es que los hechos que la Federación rusa protagoniza desde el mes de febrero de 2022 constituyen un delito aún más grave, el más grave de todos los catálogos de delitos de la humanidad: el delito de agresión internacional o crimen contra la paz, conforme la designación que recibiera en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg (en adelante, ETMI). De tal modo, sin contar con un *casus belli* conforme a la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) que lo justificase siquiera preliminarmente, lanzó la invasión armada más grande que se viera en el territorio de Europa desde los días de la Segunda Guerra Mundial.¹ A lo que debemos sumar la —previa—

1 Tal como señala Arbuét-Vignali, H.(2023): Desde nuestra perspectiva, como ser humano parte del común de las gentes y como investigador de las relaciones internacionales [y] parte de la academia, sentimos que, jamás, desde la Carta de las Naciones Unidas en 1945, se violó de forma tan premeditada, alevosa, grosera y descarada, los compromisos de paz y seguridad asumidos en ella y en el sistema político y jurídico global que la sociedad internacional ha adoptado desde entonces, como ocurre con lo que ha hecho el gobierno de Vladimir Putin llevando a Rusia a invadir Ucrania. Por

anexión ilegal del territorio de la península de Crimea en 2014. Extremos que constituyen un manifiesto desafío al *status quo* imperante en el sistema internacional, más concretamente al núcleo más duro sobre el cual se asienta: la prohibición de utilizar la fuerza para la conquista territorial.²

En atención a lo anterior, no resulta extraño que el Tribunal Militar Internacional de Núremberg (TMI) afirmara en su sentencia de condena que iniciar una guerra de agresión no es sólo un crimen, sino que es “el crimen internacional supremo”, pues contiene los males acumulados en todos los demás delitos/crímenes internacionales. Así, el juez Robert Jackson (actuando como fiscal general en el Juicio de Núremberg a los principales jefes civiles y militares nazis de 1946) señaló: “[E]l iniciar una Guerra de agresión no solo constituye un delito internacional, sino que es el delito atroz supremo; que difiere de los —posibles— crímenes de guerra, puesto que en él se acumulan todas las maldades y todos los daños de todos los anteriores” (Jackson, 1946, p. 48). De lo

distintas razones, ninguno de alrededor de 100 enfrentamientos armados importantes que involucraron a Estados desde 1945, ha significado un golpe tan tremendo a la institucionalidad pactada, como el actual agravio de Putin; comparar este con los otros, como han hecho algunos pocos comentaristas, puede tener valor científico y puede ayudar, pero, en general, no pasan de ser una argucia dialéctica o un recurso político.

Con la agresión se concreta una grosera violación al Principio de No Intervención (Declaración 2625/XXV), así como el Propósito principal de la Carta que entendemos constituye la finalidad fundamental que con ella se procuraba en aquel momento: “Mantener la paz y la seguridad internacionales...” (art. 1, inc. 1); y un grosero quebrantamiento a los dos Principios estructurales más trascendentes que sostienen el actual sistema y lo basan: ‘... el principio de la Igualdad Soberana de todos sus Miembros’ (art. 2, inc. 1), al decir de E. Jiménez de Aréchaga, 1958 y 1963, soberanía (jurídica) bajo Derecho Internacional; y el Principio de Abstención del Uso o de la Amenaza del Uso de la Fuerza en las relaciones internacionales (art. 2, inc. 4), por lo cual configura un crimen de guerra por sí misma, ya que no se ha mostrado ninguna prueba de ataque armado anterior desde Ucrania contra Rusia y las explicaciones del discurso de V. Putin, repetidas posteriormente en otros ámbitos, caen solas, por el peso de su propia inconsistencia. Del estudio de los hechos y de su contexto jurídico y político nos resulta que Rusia ha incurrido en un crimen de guerra, lo cual pensamos que es indiscutible y evidente. Además, su acción ha sido planificada cuidadosamente, quebranta directamente el Principio de Buena Fe, se fue falaz en su explicación y delirante en su justificación” (p. 73).

- 2 Como se ha expresado: “The U.N. Charter that was created at the close of WWII to maintain and sustain international peace places the prohibition on the use of force at its core. Article 2(4) provides: “All members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the purposes of the U.N.” (Hathaway, 2022, p. 21).

Cierto que tal prohibición —relativa al uso de la fuerza como medio y modo legitimante de conquista territorial— no se ha observado de un modo perfecto durante la Guerra Fría. No obstante, sí ha contribuido a provocar el mayor descenso de conflictos armados interestatales de la historia, convirtiendo a la guerra de conquista en un fenómeno extremadamente raro, consustancial e irremediablemente ilegítimo. A su respecto, véase Pinker (2018, cap. 10).

anterior emerge una cuestión que no podemos eludir como elemental a toda esta *qaestio*, y es que no estamos ante una guerra, sino que estamos ante un crimen atroz (del derecho penal internacional), más concretamente, ante el peor de todos los delitos posibles. Luego, las actuaciones desplegadas por el ejército de Rusia en el territorio de Ucrania y contra sus ciudadanos no derivan de un conflicto bélico (siquiera en apariencia). Lisa y llanamente, constituyen un crimen de principio a fin que carece *ab initio* de cualquier atisbo de legitimidad o justificación, ni jurídica ni mucho menos ética.

En este contexto tan duro, debió fijar las líneas maestras de la estrategia procesal penal ucraniana el fiscal general Andriy Kostin (quien asumiera apenas días antes de la invasión rusa). Pese a lo complejo de la situación, puede aseverarse que nunca en la historia de los grandes conflictos bélicos se apreció un despliegue de medios tan bien dispuestos para el aseguramiento y la preservación de las pruebas sobre las responsabilidades individuales y colectivas por delitos atroces, así como para favorecer la conexión de las diversas causas penales (tanto diligenciadas ante la jurisdicción ucraniana como ante las jurisdicciones internacionales y de otras naciones). Todo ello, a efectos de constituir un rosario de imputaciones (y condenas) orientadas hacia la responsabilidad de las principales autoridades civiles y militares rusas. Lo último, sin menoscabar la responsabilidad de los mandos medios y, especialmente, de los ejecutores directos. Estos, en atención a ciertas (cuestionables) estrategias político-criminales de órganos jurisdiccionales como la Corte Penal Internacional, suelen recibir un trato de favor, no siendo siquiera imputados, en aras de prestarle a la fiscalía testimonios que ayuden a acreditar la responsabilidad de sus superiores.³

De allí que nuestro primer propósito radica en analizar el alcance y particularidades que presenta el delito de agresión internacional. Tanto en su configuración como costumbre internacional —derivada del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg y su recepción en los Principios de Núremberg de 1947— (Scharf, 2010) como en su configuración en el ECPI—conforme la redacción dada en la Conferencia de Kampala de 2010— (Remiro Brotóns, 2022, p. 61).

También resultará necesario analizar los particularismos que presenta en materia de imputación objetiva y subjetiva, así como el modo en que todo

3 Extremos, estos últimos, que no suelen arrojar buenos rendimientos (sino, véase lo ocurrido en la tristemente célebre causa contra Jean-Pierre Bemba). Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional. Sentencia de Apelación del ocho de junio de 2018, ICC-01/05-01/08 A, pars. 47-80. También véase Weigend (2020, pp. 187 y ss.).

ello impacta en lo relativo a las necesidades probatorias. Tras ello, hemos de atender las complicaciones procesales existentes tanto en el ámbito del derecho constitucional ucraniano como en las disposiciones del ECPI para que puedan asumir competencia sobre tal delito.

Como segundo propósito del presente trabajo, se analizará la necesidad de constituir (de una buena vez por todas) un tribunal internacional *ad hoc* que juzgue por este delito a los principales jefes civiles y militares del Gobierno de la Federación rusa (presentes o ausentes) y que habilite a una posterior imputación (ya en el marco de las jurisdicciones nacionales) sobre los perpetradores directos y mandos medios. Tal iniciativa debe provenir de los países del (mal) llamado “Global South”, concretamente aquellos países latinoamericanos cuyos Gobiernos comprendan que estos no son momentos para la especulación geopolítica, sino para la reafirmación del principio que asegura la paz y la prosperidad: el de justicia, entendido como el dar a cada uno aquello que se merece.⁴

2. El delito de agresión internacional o crimen contra la paz

La doctrina suele considerar como objetividad jurídica tutelada por esta figura penal (así como por las demás que componen los llamados “delitos atroces”: genocidio y lesa humanidad) a múltiples bienes jurídicos (básicamente, todos aquellos bienes individuales o supraindividuales que se ven lesionados o puestos en riesgo por parte de las conductas típicas que envuelven a estos delitos).⁵ Pero lo cierto es que sólo uno de ellos ha de cumplir con los fines propios de

4 Claramente, los autores fundamos la finalidad de la pena dentro de las teorías retribucionistas, afiliándonos a la idea de que sólo así se cumple con la ratificación de las legítimas expectativas de terceros (en este caso, la universalidad de seres humanos) en lo relativo a la vigencia de las normas fundamentales que hacen al sistema internacional de derecho. En términos similares, se ha pronunciado recientemente Darryl Robinson (2020, pp. 85-113); en contra, Pawlik (2018, pp. 85 y ss.).

5 Así, Finnochiario (2016) señala que los bienes jurídicos que protege el derecho penal internacional son la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad: “La paz internacional, desde el punto de vista de bien jurídico necesitado de protección, fue definida como aquel estado de armonía entre naciones, en el que los conflictos internacionales se resuelven de forma no violenta. La seguridad internacional es un concepto que deba analizarse junto a los factores que cimentan el poder nacional, pudiendo analizárselos por separado o tomarlos en su conjunto, como parte del fortalecimiento del poderío nacional, direccionándolo hacia el tema militar. Dichos elementos permiten vislumbrar la magnitud que reviste la capacidad militar en la lucha por el poder que libran los Estados y en la implementación de políticas, ya sean de status quo, imperialistas o de prestigio. En este sentido, la guerra y la constante posibilidad de guerras hacen que la anarquía del sistema internacional se convierte en lo que Hobbes denomina “una guerra de todos contra todos”, y que las organizaciones internacionales, como la ONU o la Cruz Roja, intentan evitar, a través de mecanismos e instituciones afines. La razón de intentar evitar el conflicto entre Estados, de proteger

la teoría del bien jurídico (de lo contrario, ella se convertiría en un juego de abalorios, de fina producción intelectual, pero de absoluta inconducencia a la hora de mostrar eficacia práctica): imprimir la dirección dogmática (interpretativa-valorativa) del tipo objetivo (esto es, delimitar el riesgo típicamente relevante). Y tal bien jurídico es la Humanidad, institucionalizada bajo el concepto de “comunidad internacional”. Humanidad (como entidad propia o *grande être*, es decir, no como la mera suma de todos los individuos humanos que realmente existen en este tiempo en este plano) es una entidad que ostenta una conciencia de sí misma (en sentido normativo/valorativo) y, como tal, se reconoce titular de derechos de un modo previo a la configuración de los Estados. Luego, en caso de que ciertos gobernantes de un Estado desconozcan y/o agredan a tales derechos, los individuos igualmente los seguirán ostentando, por hallarse su fundamentación y eficacia en un estadio preestatal. Luego, estos delitos afectan los intereses de la comunidad internacional en su conjunto, como institución que nuclea al común de los seres humanos por fuera (y por encima) de las instituciones estatales, especialmente cuando se amenaza la paz y la seguridad internacional (Gaita, 2005, p. 283).

Por ser preestatal, representa el fundamento sobre el que se constituye (conforme al orden mundial imperante) la “sociedad de naciones” o —concepto más recibido— la “comunidad internacional” (May, 2008, p. 112, 2013). De ahí, el delito consiste en perturbar o poner en peligro a aquellas frágiles estructuras que sustentan el *status quo* de las relaciones internacionales pacíficas y que constituyen el verdadero sentido del concepto de la “seguridad internacional”. Así, el acto delictivo se valora como una negación de que la persona natural está —en buena medida— sujeta a un orden normativo externo y previo al estatal. Esto equivale a un ataque al concepto mismo de ley universal vinculante para todo Estado, organización internacional o persona natural, puesto que esta es la concepción que subyace a la fundamentación de la requisitoria fiscal del juez Jackson ante el Tribunal Militar Internacional de Núremberg (y lo propio, cabe

a civiles, de responsabilizarlos cuando ese status quo se rompe y de propender a la eliminación del armamento y de la propagación de los medios pacíficos de solución de controversias, es lo que da contenido a la ‘seguridad internacional’.

En cuanto al concepto, el bienestar de la humanidad no es sino el intento que llevan adelante las diferentes naciones que integran, en concreto, las diferentes organizaciones e instituciones internacionales, de consagrar como valor supremo la prevalencia del conjunto humano global por encima de credos, religiones, razas, etnias y límites geográficos, en un ámbito de preservación, en cuanto conjunto, de los valores, y parámetros que hacen únicos a cada uno de sus integrantes, y que, por diferenciarlos, terminan por generar un fundamento común a todos los seres humanos. no es sino el respeto irrestricto a esa individualidad-diversidad lo que caracteriza al concepto” (p. 55).

afirmar, de todo pedido de condena ante un tribunal internacional o nacional por este delito). Así lo señaló el juez Jackson (1946), actuando como fiscal jefe de la acusación ante el Tribunal Militar Internacional de Núremberg:

(...) El sentido común de la humanidad requiere que la ley no se limite a castigar los delitos menores de la gente corriente. También ha de aplicarse a los hombres que ostenten un gran poder y que lo utilizan de una manera premeditada y deliberada para ejecutar maldades que afectan a cualquier ciudadano del mundo. Una causa de tal magnitud es la que las Naciones Unidas presentarán ante sus Señorías.

(...) Lo significativo de este proceso es que estos reos son la personificación de unas influencias siniestras que pervivirán en el mundo mucho después de que sus cuerpos se hayan convertido en polvo. Demostraremos que son símbolos vivientes del odio racial, del terrorismo y la violencia y de la arrogancia y la crueldad del poder son símbolos del nacionalismo arrogante y del militarismo y de las intrigas y de las guerras que han conmovido a Europa generación tras generación, aplastando su humanidad, destruyendo sus hogares y empobreciendo su vida. (pp. 37-38)

En similares términos se pronuncia el Preámbulo del ECPI, cuando señala:

Reconociendo que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la Humanidad. Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia.

Larry May (2004, p. 85), asumiendo esta concepción acerca del bien jurídico, ahonda en dicho concepto, señalando que se trata de la humanidad organizada bajo el orden público internacional o la seguridad en el ámbito internacional. En este último sentido, verificado a través de aquellos estándares mínimos de tutela que toda la especie humana ha de recibir por parte de cualquier ordenamiento jurídico interno. Así, estos delitos conllevan un grave daño para la comunidad internacional, pues, partiendo de una concepción minimalista (hobbesiana), indican que ciertas normas internacionales básicas y fundamentales —de obligada observancia *ius cogens*— se han constituido para la protección del hombre ante la eventualidad de que los Estados incurran en un estado de guerra constante entre ellos (semejante al estado de guerra, de agresión de todos contra todos). Tal es la razón por la que, más que en los efectos

inmediatos (resultados causales directos) de los actos delictivos individuales, su interés jurídico penal (la razón por la cual desplaza la imputación de un concurso real de homicidios, asesinatos, lesiones, etc.) radica en su potencialidad de desestabilizar al orden jurídico internacional (i. e.: en desestabilizar el marco de seguridad internacional de la humanidad).

De tal modo, la valoración correcta del delito será aquella que lo entienda como el despliegue de un riesgo contra dicho marco jurídico internacional nuclear sobre el que se erige el Sistema Universal de Derechos Humanos y la seguridad internacional del orden mundial vigente (u orden público internacional, normas de *ius cogens*, “sociedad de naciones”, “comunidad internacional” o, como emplearemos mayormente en este trabajo, “sistema internacional de derecho”), que supone de tal modo un daño a la humanidad en su sentido conglobante de toda la especie humana.

En caso del delito de agresión internacional, lo que se afecta o lesiona es el derecho de toda persona a desarrollar su vida, sus actividades personales (en otras palabras, su esfera de libertades), libre del temor de ser avasallado por un poder extranjero, de ser destruido su medio político (i. e., su nación) por una invasión de conquista por parte de una potencia extranjera. Quizá resulte de Perogrullo, pero lo que se ve destruido por este delito es el derecho a vivir en paz, como el nombre original de la figura penal subrayaba de manera prístina e inequívoca en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg (como también en el de Tokio). Lo que previene es la causa de todos los grandes conflictos de los siglos XIX y XX hasta la Segunda Guerra Mundial: la guerra de conquista territorial, la guerra imperial, la guerra ilegal (derivada del concepto de guerra injusta, mayormente desarrollado en el siglo XVI y, particularmente, por el clérigo Francisco de Vitoria).⁶

Para ello, resulta errada toda lectura que se haga de este como “macrodelito” o un inmenso concurso real de homicidios, lesiones, robos, etc. Por el contrario, se trata de un tipo penal particular con un riesgo típicamente relevante (propio) y específico, cuyo alcance se determina por la dirección dogmática impresa por este bien jurídico penalmente tutelado. Extremos estos que, además, se han venido construyendo y precisando —cada vez más— en el concierto internacional, por un lado, por normas convencionales como el Pacto Briand Kellog (por la Sociedad de Naciones), el Estatuto del Tribunal Militar Interna-

6 Cfr. Vitoria (1952, *passim*, 1976, *passim*, 1981, *passim*), Cruz Prados (1991, pp. 115-130, 2003, *passim*), Aparisi Miralles (2007, pp. 36 y ss.), Benedicto XVI (2005). Asumiendo una posición crítica, ver D’Ors (1954, pp. 119 y ss.).

cional de Núremberg y su posterior jurisprudencia, la Carta de la ONU, los Principios de Núremberg de 1947 (Resolución N° 177 II Asamblea General de la ONU), la Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio de 1948, los Pactos Internacionales de 1974, el ECPI y la posterior Conferencia de Kampala, etc. Por otro lado, por la costumbre internacional, derivada de los instrumentos jurídicos señalados o reconocida antes y cristalizada luego por estos (de modo parcial). Respecto a esta, a la fecha, la *opinio iuris* resulta casi unánime; piénsese, por ejemplo, que la Asamblea General de la ONU condenó la invasión a Ucrania en febrero de 2022 como un acto de “agresión internacional” por 240 votos —muchos de los cuales pertenecieron a Estados que no son parte de la Corte Penal Internacional (CPI) ni han ratificado el ECPI— y cinco votos en contra, entre los que se hallaba el de la propia Federación rusa. El referenciado *corpus* normativo configura deberes negativos (fundados en el principio *neminem laedere*) y también positivos (fundados en la *solidaritatis*, en la especie internacional) (International Court of Justice, 2007, párr. 430).

Esto constituye el cerne de las relaciones internacionales y del sistema universal, puesto que trasciende a visiones neoclásicas y neoliberales (de las relaciones internacionales) y que, desde un criterio ius filosófico y antropocéntrico, funda el criterio de la seguridad humana y se sintetiza en los tres pilares del Principio de la Responsabilidad para Proteger (United Nations General Assembly (XVI), 2005, párrs. 138-139).

Ahora bien, desde esta concepción sobre el bien jurídico, las competencias que derivan de dichos deberes negativos y positivos recaen, fundamentalmente, en aquellas personas naturales con poder (*de iure* y/o *de facto*) para diseñar, organizar, lanzar o dirigir una guerra ilegal contra un tercer Estado. Solo aquellos con capacidad real de constituir un marco favorecedor para propiciar una guerra internacional ilegítima ostentan el poder suficiente como para afectar al bien jurídico penalmente tutelado. Y así lo comprendió, pioneramente, Murray Bernays al diseñar su teoría de la “criminalidad colectiva” (verdadero origen de la Joint Criminal Enterprise), que sirviera de modelo para la configuración de la competencia material del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, consensuado por los dignatarios que suscribieran la resolución final de la Conferencia de Revisión del ECPI de Kampala: constituyendo un delito (el de agresión internacional) especial propio, cuyo autor sólo puede ser aquel que ostente una posición de liderazgo (Pereira Garmendia, 2016, cap. 2). Todo lo dicho, sin perjuicio de la coadyuvancia o cooperación de los ejecutores directos (en atención al principio *neminem laedere*), por lo cual, la configuración

del tipo penal del art. 8 bis del ECPI resulta —cuanto menos— problemática (Robinson, 2020, p. 177), como veremos a continuación.

2.1 El tipo penal objetivo

La guerra de agresión o crimen contra la paz se encuentra tipificado en el art. 8 bis del ECPI. Dicha redacción no surgió del Tratado de Roma de 1998, sino que su tipificación quedó en suspenso hasta la aprobación de una disposición que defina el crimen y en la cual se enuncien las condiciones en las cuáles se hará efectivo, lo cual se resolvió en la Conferencia de Revisión del Estatuto en Kampala en 2010. Las razones de ello radican en la fuerte disputa entre un grupo de Estados que buscaban someter la jurisdicción de la CPI a la constatación de un presupuesto prejudicial por parte del Consejo de Seguridad de la ONU, consistente en una declaración de “agresión internacional”, y aquellos otros que pretendían autonomizar completamente la actividad de la CPI respecto al Consejo de Seguridad (Remiro Brotóns, 2022, p. 269). Es decir, se trataba de un pulso entre aquellos (los miembros permanentes o P5) que pretendían atar de manos a los jueces respecto a si las autoridades nacionales denunciadas habrían (o no) incurrido en alguna de las conductas descritas en la Resolución 3314 (Asamblea General) como agresiones internacionales (quedando sometido al veto por parte de cualquiera de ellos) y aquellos que pretendían que tales extremos consustanciales del riesgo típicamente relevante del delito de marras solo podía ser considerado y valorado por el juez competente (escapando así del corsé impuesto por el posible veto de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad y considerándolo —correctamente— por fuera de las competencias originarias de dicho organismo).

Si bien en 2010 se alcanzó el consenso necesario para aprobar una redacción clara sobre el tipo objetivo, se reguló una farragosa regulación acerca de las condiciones (legales) para su persecución (efectiva). Conforme a esta última (y posteriores resoluciones y/o aprobaciones de los Estados parte en el ECPI), durante la celebración de la XVI Asamblea de Estados Parte del ECPI, se activó la competencia de la CPI respecto a este delito de agresión internacional desde el 17 de julio de 2018, emergiendo un tipo penal especial propio (un verdadero “delito de liderazgo”) y una farragosa regulación acerca de los requisitos y presupuestos procesales para iniciar una acción penal por dicho delito ante la CPI (que será objeto de análisis *ad infra*).

Así quedó tipificado el delito en el art. 8 bis del ECPI:

Una persona comete un crimen de agresión cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad o escala constituya una violación manifiesta a la Carta de las Naciones Unidas.

En su formulación original, dentro del art. 6º del ETMI,⁷ el delito de agresión internacional congloba la responsabilidad de cada uno de los conspiradores por los actos delictivos perpetrados por sí mismos y por los demás. Aquellos que participan de la preparación (y eventual ejecución) del plan criminal continente de diversos delitos (la *conspiracy* propiamente dicha) son recíprocamente imputables por los riesgos y resultados típicos devenidos de su ejecución. En términos estrictos de nuestra dogmática jurídico-penal, podríamos decir que todos son responsabilizados a título de coautores por cada una de las conductas típicas perpetradas por cada uno de ellos y por las de los otros miembros, puesto que —normativamente— no se trata de un haz de conductas generadoras de diversos riesgos o semirriesgos que, en su sumatoria, conlleve la verificación de un riesgo típicamente relevante. Bien al contrario, la preexistencia de un *pactum scaeleris* hace que no sea sino una interacción, un todo atribuible (en su totalidad) a cada uno de los intervinientes del riesgo o riesgos que se deriven del propio perfeccionamiento del acuerdo criminal.

Así, conforme al plan original de la Criminalidad Colectiva de Bernays⁸ (verdadero inspirador de la Conferencia de Londres de 1944 que aprobó el texto del ETMI), se estructuraba en “dos velocidades”: la primera en el tiempo, que se correspondía con la interacción propia de una *conspiracy*, acordada por los principales jerarcas del Eje y consistente en desplegar una guerra ilegal de agresión

7 Esto, debido a que los Principios de Núremberg fueron aprobados por la unanimidad de los Estados representados en la Asamblea General y en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, constituyendo, a partir de entonces, una costumbre internacional (por observar una *opinio iuris sive necessitatis* incuestionable a través de dichas aprobaciones unánimes) (Scharf, 2010, p. 147).

8 Murray Bernays nació en Rusia en 1894 y emigró con su familia a los Estados Unidos cuando era aún un niño. Sirvió en el ejército norteamericano en Francia durante la Primera Guerra Mundial y, tras ello, se licenció como abogado en la Universidad de Columbia (Nueva York). Durante las décadas de 1920 y 1930, actuó como socio en la firma neoyorkina Ernst, Gale, Bernays & Falk, en donde se especializó en la defensa y denuncia de delitos vinculados al mundo de las finanzas y del crimen organizado. Tras el ataque de Japón a los Estados Unidos en Pearl Harbour, Bernays se reincorporó voluntariamente a las filas del ejército americano, pero esta vez como asesor legal del Departamento de Guerra (US Army General Staff Corps) con el grado de coronel. Por sus servicios en la construcción de la planificación y estrategia de los juicios de Núremberg, fue condecorado por el presidente Harry S. Truman. Tras la guerra, volvió a la vida civil, donde ejerció nuevamente la abogacía hasta mediados de la década de 1960, cuando se retiró. Falleció en el año 1970.

(crímenes contra la paz). Asimismo, y como efecto inmediatamente posterior a la determinación de la conspiración, procedía la declaración de “ilegal” respecto a todas aquellas instituciones u organizaciones que hubiesen sido creadas o rediseñadas por dichos jerarcas a efectos de llevar a cabo el plan criminal. Posteriormente, se verificaba la segunda velocidad, que consistía en la imputación de responsabilidad penal de todos aquellos miembros de las referenciadas instituciones u organizaciones declaradas ilegales y que (se presume) colaboraron en la ejecución del plan criminal mediante el cumplimiento de sus respectivos roles dentro de dichas personas jurídicas o instituciones. Esa imputación estaba fundada en la *membership theory*, que es la pertenencia o membrecía a aquellas instituciones u organizaciones ilegales, lo que en otros ámbitos o criterios de imputación objetiva solemos identificar como “los mandos medios y/o ejecutores directos”.

Es un dato incuestionable que la *conspiracy* es empleada por el sistema penal norteamericano en su lucha contra el crimen organizado y los fraudes bursátiles, fundamentalmente por lo flexible que resulta a la hora de probar y fundamentar las imputaciones y responsabilidades jurídico-penales.⁹ Ello, puesto que facilita la acusación de aquellos sujetos que no participan directa ni personalmente en los delitos imputados, siendo tales extremos los indicados en el literal c del art. 6º del ETMI: la imputación recíproca que caracteriza a toda coautoría. Así, todos los integrantes de la *conspiracy* responden tanto por los riesgos típicamente relevantes generados por ellos mismos como por los generados por los otros integrantes de la empresa criminal. Ello, aunque para las valoraciones de los ordenamientos jurídicos de los Estados firmantes sean considerados como partícipes e intervinientes secundarios en el delito.¹⁰ Lo dicho, puesto que un acto u omisión que, valorado en sí mismo, resultaría penalmente inocuo, situado en el contexto de una conspiración, adquiere mayor relevancia, por lo que se lo puede considerar un aporte significativo dese el punto de vista jurídico penal.

9 Extremos que hoy se pueden verificar dentro del sistema penal federal norteamericano en piezas legislativas clave para la lucha contra el crimen organizado, el narcotráfico y la corrupción política, como la RICO Act (Racketeer Influenced and Corrupted Organizations), ley que se está tomando como modelo en muchos ordenamientos (entre ellos, el argentino) para inspirar sendas reformas legislativas en tales marcos casuísticos.

10 De allí las continuas confusiones que cierta parte de la doctrina observa, al considerar que las Joint Criminal Enterprises serían una modalidad de complicidad (extremos, estos, que han llegado a plasmarse erróneamente en el art. 25 del ECPI). La confusión, ya verificada en sus disidencias por el juez francés Donnadiou de Vabres en el TMI, radica en no distinguir la naturaleza dogmática de la intervención en el delito (i. e., coautoría) como imputación de responsabilidad por el riesgo típicamente relevante producido (merecimiento de pena) de la imputación personal o necesidad de pena, que aquí –por lo general– se fijaría en un parámetro menor al de la pena de un autor,

Por otra parte, la *conspiracy* facilita la imputación al superior (líder político o jerarca militar) de todos aquellos actos u omisiones penalmente relevantes que sus subordinados cometan, aun sin que se pueda probar la existencia de una orden directa al respecto. Ello, en la medida en que dicha acción se corresponda con el plan criminal (*pactum scaeleris*) o que se trate de una natural y previsible consecuencia de ella. De tal modo se extiende la responsabilidad penal, no sólo mediante la imputación recíproca del tipo a todos los intervinientes, sino también haciendo a cada uno responsable de aquellos delitos que no integraran el plan primigenio, pero que se perpetren en el contexto de la (alegada) guerra de agresión. Esta concepción (verdadera génesis de la Joint Criminal Enterprise III) es la razón por la que el equipo norteamericano de la fiscalía del Tribunal Militar Internacional de Núremberg intentara extender la *conspiracy* a todos los delitos recogidos en el art. 6 de su Estatuto, no circunscribiéndola (solamente) al delito de agresión internacional o crimen contra la paz, tal como se acordara en la Convención de Londres de 1944.

Conforme a la “teoría de la criminalidad colectiva” de Bernays (en su formulación pura), el TMI previó que, tras la declaración de ciertas organizaciones nazis como “organizaciones criminales”, para poder imputar la responsabilidad de cualquier *little fish* (i. e., aquellos que no ostentaban poder político o militar alguno) bastaba con la acreditación de dos extremos: que el reo se haya incorporado libre y voluntariamente a dicha organización y que haya ostentado un conocimiento suficiente sobre la “criminalidad” de los fines o medios empleados por dicha organización. Se trataba de la necesidad de responsabilizar penalmente a los miembros del régimen nazi que habían intervenido en los delitos contenidos en el Estatuto y que no pertenecían a las altas esferas del poder, por lo que difícil resultaba adjudicarles una participación en la celebración de un *pactum scaeleris* consustancial a la *conspiracy*.

Asimismo, dadas las características que observan los delitos atroces (tumultuosos, que suponen lesiones masivas y más o menos constantes en el tiempo a varios bienes jurídicos, etc.), resulta muy difícil (cuando no, derechamente imposible) determinar la causalidad en los términos de la fórmula heurística de la *condicio sine qua non*, por lo que de nuevo estamos ante una lógica de *interacción*¹¹ y no bajo la lógica de un haz de riesgos típicamente relevantes accesorios y/o subordinados entre sí. Como señala Van Sliedregt (2012, p. 26), no fue

concretamente en un grado menor, tal como sucede en el caso de los cómplices (pero no por ello es que sean cómplices).

11 Acción colectiva perteneciente a todos lo que intervienen en ella por igual, por actuar dentro de un

sino a través de la noción de organización criminal (derivada del concepto de *conspiracy*) que resultó posible la incriminación de ciertos nazis de “segundo nivel” involucrados en la comisión de delitos durante la Segunda Guerra. En concreto, se hizo posible en la medida en que estos hubieran tenido conocimiento de los actos criminales de sus compañeros (comiembros) y de los líderes del partido, así como que hubieran expresado de manera explícita o implícita su asentimiento a todo ello.

Pero ¿qué pasa con la configuración emergente de la Conferencia de Kampala? Pues que, al configurarse como delito especial propio, toda posible imputación a subordinados políticos y/o militares queda descartada de plano, puesto que la “segunda velocidad” fundada en la *membership* (la responsabilidad individual por ejecutar un rol dentro de una organización o institución orientada a la ejecución del plan criminal) queda fuera de la formulación del riesgo típicamente relevante, ya que éste (reitero, en la formulación del tipo penal hecha por el ECPI) se relaciona solamente con la llamada “primera velocidad”: la *conspiracy*.

De esta manera, todo sujeto que no ostente las cualidades de líder político y/o militar no responderá ni siquiera como partícipe, debiendo imputarle, cuando haya evidencia suficiente de ello, su intervención en crímenes de lesa humanidad o en crímenes de guerra, extremos que suponen romper la unidad del título de imputación (Gillies, 1997; Heller, 2011, p. 189; Olásolo Alonso, 2013; Scharf, 2010, p. 147; Vázquez Rodríguez, 2017, p. 45), de ahí que no haya resultado (desde el punto de vista dogmático penal) una tipificación óptima ni político-criminalmente convincente.

Decíamos que se aprecia cierta decisión político-criminal por los conferencistas de Kampala en constituir el delito como uno especial propio, donde los únicos afectados por una posible imputación (por ser los únicos pasibles de desplegar el riesgo típicamente relevante) son aquellos sujetos que ostentan un liderazgo político o militar dentro del Estado que realiza la agresión militar (i. e., que inicia la guerra ilegítima). El fundamento de dicho tipo especial radica en el deber que recae sobre estas personas en atención a la Carta de la ONU e interpretada bajo el prisma del principio de la responsabilidad para proteger. Concretamente, el deber que tiene toda autoridad política o militar *de iure* como *de facto* a la hora de determinar la política exterior e interior del Estado, de proteger los derechos humanos básicos o fundamentales de toda la

mismo campo estructurado de la [inter]acción).

población, así como el respeto irrestricto al sistema internacional de seguridad internacional y/o comunidad internacional (Vázquez Rodríguez, 2017).

Como se aprecia, hay una clarísima relación entre esta cualificación del sujeto activo y el despliegue de un (efectivo) riesgo respecto del bien jurídico penalmente tutelado, ya que son estas personas las únicas que pueden determinar la orientación política y del uso de la fuerza por parte de los Estados y, desde allí, las únicas que pueden dirigir las contra los principios de la Carta de la ONU y del sistema u orden mundial (en lo que aquí respecta, planificando, organizando y lanzando una guerra de conquista contra terceros Estados). En definitiva, son las únicas capaces de incumplir aquellos deberes positivos y/o negativos que violen el principio *neminem laedere* (básicamente, no emplear los poderes del Estado para lesionar/violar aquellos derechos humanos básicos, preestatales, propiciando una amenaza a la propia pervivencia del sistema internacional de derecho como institucionalización de la humanidad como *grand être*).

Como elemento normativo del tipo penal del art. 8 bis del ECPI, emerge la novedad de haber expresamente tipificado los parámetros normativos a partir de los cuales una agresión se valora como delito (i. e., que “constituya una violación manifiesta a la Carta de las Naciones Unidas”). Así, por “acto de agresión” se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de la ONU. De esta manera, la Resolución 3314 de la XXIX Asamblea General de las Naciones Unidas (de 14/XII/1974) indica que se caracterizará como acto de agresión: (i) la invasión de un Estado por otro; (ii) el ataque (fuera de lo establecido en el art. 51 de la Carta de la ONU) de fuerzas armadas de un Estado contra otras de otro Estado o contra la población civil de éste; (iii) la ocupación militar que derive de los actos anteriores y que implique el uso de la fuerza; (iv) el bombardeo; (v) el bloqueo de puertos o de costas de un Estado; (vi) el envío por parte de un Estado de grupos irregulares (generalmente denominados paramilitares) o mercenarios que lleven a cabo actos armados contra otro Estado.

Si bien esto puede considerarse muy apropiado conforme a la regla de certeza y de máxima taxatividad (del principio de legalidad penal), también en cierto modo se presenta como redundante. Ello, puesto que la importancia y gravedad de la agresión ya emerge de tres normas que delinean el riesgo típicamente relevante del art. 8 bis del ECPI. Por un lado, el art. 39 de la Carta de la ONU, que parifica la agresión al quebrantamiento de la paz mundial, por lo que no cualquier acto ilegítimo de un Estado hacia otro constituye, *per se stante*,

una agresión internacional, sino solo aquellos que pongan en jaque al orden internacional, o a bases del sistema internacional de derecho o, si se prefiere, a aquellos que contradigan las líneas nucleares sobre las que se constituye la propia ONU. Por otra parte, la referida Resolución 3314 (XXIX) expresamente dice que, si los actos o sus consecuencias no son de suficiente gravedad, se configura la *ratio* en atención a la cual el Consejo de Seguridad ha de sostener que no hay méritos para valorarlo como tal (i. e., como agresión internacional). Esto cobra especial relevancia dado que el anexo de la referenciada Resolución de la Asamblea General es reproducido literalmente (artículos 1 y 3) en el numeral 2 del art. 8 bis del ECPI, en párrafos sucesivos combinando la definición genérica con un listado de actos de agresión (no taxativo). Por último (iii), hemos de considerar al mismo ECPI, en cuyo preámbulo se indica que la CPI tendrá jurisdicción (sólo) sobre los crímenes internacionales más graves. De ahí que las “agresiones” que no supongan un riesgo para la preservación de las bases del sistema internacional de derecho podrá dar lugar a reclamos civiles ante la Corte Internacional de Justicia, mas no a una acción penal. La Conferencia de Revisión de Kampala también dispuso —respecto de los *elementos* del delito de agresión— que la calificación de una agresión como “manifiesta” se configura como una calificación objetiva, es decir, que no basta con una valoración cualquiera, sino que ha de estar construida sobre hechos claros, manifiestos y de la entidad exigida por el art. 8 bis y el resto de las normas. Toda valoración ha de estar fundada en —y ser coherente con— la realidad empírica subyacente, así como ha de probarse de (al menos) con semiplena prueba.

De manera concordante a lo anteriormente expuesto, se ha añadido al art. 25.3 del ECPI —relativo a la responsabilidad penal individual— un número 3 bis que dice: “Por lo que respecta al crimen de agresión, las disposiciones del presente artículo sólo se aplicarán a las personas en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado”. Ello, en atención a lo ya expuesto: sólo aquellos sujetos que ostenten posiciones de poder político o militar (*de iure* o *de facto*) estarán (valorativamente) en condiciones de provocar el riesgo típico relevante. Como se ha indicado:

[s]e trata de un crimen de líderes, *le crime de la crème de la crème*, incluidos junto a las autoridades oficiales o institucionales, los representantes de los poderes fácticos; pero para ello no basta con agredir, con violar la Carta de las Naciones Unidas, hay que hacerlo a lo grande. La elevación del umbral a partir del cual el acto de agresión puede originar una responsabilidad criminal individual es una de las concesiones en aras del consenso. (Remiro Brotóns, 2022, p. 268)

Es un tipo penal especial propio, en definitiva, fundado no sólo en la lesión a competencias de respeto, sino también en la de fomento (Pawlik, 2016, pp. 156-157), puesto que los sujetos cualificados (*intraanei*) incumplen tanto deberes negativos como positivos, emergentes de sus poderes de ingeniería social y de la Carta de la ONU y normas concordantes. En particular, se verán afectados los llamados Principios de Derecho Internacional reconocidos en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg y por el Juicio contra los principales líderes del nacionalsocialismo, compilados por la Comisión de Derecho Internacional y aprobados por unanimidad por la Asamblea General de la ONU. En todo caso, se requiere de un pacto o acuerdo criminal por parte de aquellos individuos que cuenten con la suficiente capacidad (fáctica y jurídica) para preparar, iniciar o asegurar los actos de agresión señalados anteriormente (ese, y no otro, debería ser el modo correcto de interpretar la letra del art. 8 bis del ECPI).

2.2 El acuerdo criminal o *pactum scaeleris* celebrado por los líderes políticos y militares

Como hemos indicado, el cerne sobre el que se construye el riesgo típicamente relevante de esta figura penal (en particular conforme a la redacción dada en el art. 8 bis del ECPI), radica en la celebración de un acuerdo criminal (*pactum scaeleris*) entre aquellas personas que ostentan el poder político y militar del país invasor. En atención a dicho marco típico, podemos deducir la existencia de tal plan criminal previo (de planificación, preparación, iniciación o realización de un acto de agresión) de una serie de circunstancias concretas sobre las que existe sobrada evidencia: las incuestionables injerencias de la Federación rusa sobre los intereses de Ucrania, tanto en su política interior (especialmente en lo relativo a su economía) como en lo exterior (acuerdos con la Unión Europea).

Ya desde 2014, el Kremlin se ha interesado en adquirir un corredor terrestre que conecte Rusia con Crimea desde el litoral ucraniano del mar de Azov —una franja de tierra de unos 50 kilómetros, suficientes para construir una carretera y una línea de ferrocarril (Plokhyy, 2022, p. 503; Marcu, 2021, p. 154)—, así como la ocupación de dos ciudades y puertos: Mariúpol y Berdiansk, tal como se acredita, por cierto, de las operaciones militares desplegadas por el Kremlin desde la invasión (Milakovsky, 2022). También se evidencia del hecho de que los rusos bloquearon el estrecho de Kerch en 2018 al hundir tres cargueros ucranianos, convirtiendo al mar de Azov en un verdadero “lago ruso” —sin salida al

Mar Negro— e impidiéndoles a los buques seguir cargando el preciado cereal en el puerto de Mariúpol. Asimismo, de los acuerdos comerciales celebrados con la República Popular China, consistentes en la realización de una carretera, una línea ferroviaria e instalaciones civiles en el puerto de Sebastopol.

Todo implosionó en la revolución del Euromaidán, en la represión a los estudiantes y en la deposición del presidente filorruso Yanukóvich, y que Putin aprovechó para lanzar una operación bajo falsa bandera en el Donbás y en Crimea (ocupando dicha parte del territorio ucraniano de manera ilegal desde 2014). A lo que luego se agregaron las constantes amenazas de invasión al territorio ucraniano por parte de las fuerzas armadas rusas desde finales de 2021 (hasta su efectiva invasión en febrero de 2022). Por si cabe mayor duda al respecto, basta con atender a las confesiones públicas (previas) del propio Vladimir Putin en sus múltiples alocuciones y escritos desde el año 2001, inspirados en sus dos “gurús” de cabecera: Alexander Dugin y Sergei Kaganov (Arbuet-Vignali, 2023, p. 27).¹²

Sin perjuicio de lo anterior, la existencia de un previo plan criminal (constitutivo de una verdadera política de Estado) se inscribe en un conflicto que, desde el punto de vista político, observa una naturaleza guerroy-civilística. Estamos evidenciando un nuevo episodio de desarticulación de lo que una vez fue una unión nacional ruso-ucraniana (bajo el manto de una única nación eslava). Desarticulación que en el pasado se evitara a través de la brutal política opresiva de los zares; luego, mediante el terror indescriptible del leninismo y del estalinismo, por los cuales los intereses ucranianos se vieron completamente subyugados a los rusos. Sin perjuicio de que —cabe reconocer— tras el horror de aquellos genocidios y delitos de lesa humanidad, los rusos supieron

12 En realidad, tanto para Karaganov como para el pseudofilósofo de cabecera de Putin, Alexander Dugin, la invasión y ocupación de Ucrania es un daño colateral, un hito en la construcción de un nuevo orden mundial. Al decir de Ingerflom (2022), “no se trata de la resurrección del Imperio ruso ni de la Unión Soviética, sino algo mucho más amplio: reordenar el mundo sobre la base de nuevos valores” (p. 143). Aunque —tal como recuerda el referido autor— si tal construcción teórica pudo generarse en el liderazgo ruso, ha sido porque en ella vive lo viejo: la estructura de dominación, lo imperial y imperialista que han caracterizado tanto al régimen de los zares como al soviético, que no desaparece, sino que “solo alberga el relevo de un amo por otro” (p. 143), siendo este nuevo, gosudar, zar o secretario general del Partido Comunista de la Unión Soviética: Vladimir Putin. Estos extremos emergen de modo contundente tanto de sus intervenciones en TV como en sus alocuciones en la radio y en la prensa, relativas a la misión que el Estado está llamado a cumplir en el mundo, y de cómo éste ha de estar gobernado unilateralmente por Rusia. Asimismo, surgen de los textos de altos dignatarios y consejeros del presidente, que explicitan tal proyecto (también llamado “doctrina Putin”) y, en particular, los principios y valores que han de guiar a dicho nuevo orden mundial (Bellamy, 2013; Ingerflom, 2023, p. 143).

construir una densa red de intereses culturales, económicos y sociales entre ambas naciones (léase: dependencia cultural, económica y social), generándose un fuerte sentimiento filoruso por una buena parte de la sociedad ucraniana (especialmente los sectores más pudientes). Mas como ya hemos expuesto en otra ocasión, la política desplegada por la administración de Putin, caracterizada por una sumatoria de corruptela generalizada y una profunda incapacidad para fomentar un genuino crecimiento económico y bienestar social en los territorios bajo su influencia no ha hecho otra cosa más que debilitar tal dependencia de Ucrania respecto a Rusia, haciendo que cada vez más ucranianos vean en Occidente (especialmente en la Unión Europea [UE]) una esperanza de mejor futuro (Charap et al., 2021).

La verdad, desnuda de toda propaganda, reside en la gran impotencia que experimenta Rusia para mantener la referida unidad geopolítica de lo que una vez fue el territorio y la zona de influencia euroasiática de la Unión Soviética, pues todo lo que tiene para ofrecer es terror, brutalidad y guerra. Así lo evidencia el más prístino fracaso político-económico por parte de Rusia. Extremos que se contemplan ya en 1991, cuando interviene en Transnistria (territorio soberano de Moldavia), provocando el rechazo de dicho país y de otros países vecinos como Bulgaria y Hungría. Lo propio, en 1991 en Osetia del Sur y en 1992 en Abajasia (territorios soberanos de Georgia), provocando un irreconciliable distanciamiento de dicho Estado (país natal de Stalin). De 1991 a 2002, la salvaje guerra genocida en Chechenia, que provocara el distanciamiento de Dajestan, Azerbaiyán y varias de las repúblicas del “istán” en la zona del Caspio y otros conflictos propiciados por Putin, como contra Armenia (valiéndose de Azerbaiyán) o Kazajistán en 2022. Luego, como líder político y como estadista, ha demostrado ser un desastre, un personaje carente de visión realista que, arrastrado por sus delirios imperiales decimonónicos, no hace otra cosa más que arrastrar a su nación al aislamiento, hacia la más profunda irrelevancia internacional (Kasparov y Khodorkovsky, 2023; Kimmage y Lipman, 2023).

Circunstancias que, en el caso de Ucrania, se vieron agravadas por dos nuevos factores de integración y unidad nacional: la elección de un presidente como Zelenski, no vinculado ni a Rusia ni a Occidente —y que cuenta con la legitimidad que brinda el haber sido elegido con el 75% de los votos— y una Iglesia ortodoxa independiente del patriarca de Moscú, gracias a la designación del patriarca de Kiev por parte del metropolitano de Constantinopla. Dos factores que han impulsado una cosmovisión nacional, prooccidental y democrática, crítica de las corruptelas prrrusas y de la dependencia nefasta que aquella na-

ción ha significado para el desarrollo de la genuina nación eslava.¹³ No debería sorprendernos que las tropas rusas, al inicio de la invasión, hayan sido enviadas por el Kremlin a las puertas de Kiev: se trataba de matar la *inteligencia* (Gobierno de Zelenski y acabar con todo vestigio de la revolución del Maidán) y el *alma* (patriarcado de Kiev). Extremos que, gracias al tesón del pueblo ucraniano, Putin y sus asociados no han podido conseguir (y, a estas alturas, jamás podrá).

Otro de los argumentos que se han vertido para explicar esta invasión ilegal ha sido la reacción (entienden ellos) necesaria por parte de Putin de intervenir a efectos de evitar la expansión de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) en Ucrania, lo que supondría la rotura del *status quo ante* de la relación de fuerzas en la región ((Walt, 2022). Sin embargo, ello no es correcto. De hecho, en el momento de la invasión, uno de los principales asesores de Putin, Serguéi Karaganov, manifestó que la posibilidad de que la OTAN se extendiera a Ucrania no constituía una “amenaza inmediata” para la Federación rusa, aunque “sí llegará a serlo un día, pero en un futuro no inmediato” (Karaganov, 2022). Las razones de tales dichos son técnicas: la presencia (o no) de bases de la OTAN en territorio ucraniano no cambia en prácticamente nada la relación de poder entre Rusia y aquella. Téngase presente que, en su frontera occidental, Ucrania cuenta con vecinos como Rumania, Hungría, Eslovaquia y Polonia, todos ellos miembros de la OTAN, con bases en su territorio y con

13 Estos extremos, siempre han resultado “disparadores” de políticas de agresión por parte de Rusia. Así, el padre de la Convención Universal contra el Genocidio y uno de los padres fundadores del derecho penal internacional, Raphael Lemkin (2015), escribía a mediados de 1953: “El asesinato en masa de pueblos y de naciones que ha caracterizado al avance de la Unión Soviética en Europa no es un rasgo nuevo de su política de expansionismo, tampoco una innovación dirigida simplemente a aportar uniformidad a la diversidad de polacos, húngaros, bálticos y rumanos, ahora disueltos en los márgenes de su imperio. Por el contrario, ha sido una característica que viene de atrás, incluso de la política interior del Kremlin, donde los amos actuales encuentran un amplio precedente en las actuaciones de la Rusia zarista (...) Mientras Ucrania conserve la unidad nacional, sus gentes sigan pensándose como ucranianos, y busque la independencia, supone una seria amenaza en el propio corazón del sistema soviético. No ha de extrañar que los dirigentes comunistas hayan prestado una gran importancia a la rusificación de este miembro independiente de su ‘Unión de Repúblicas’, y determinado remodelarla para que encaje en su patrón de una nación rusa. Porque el ucraniano no es, ni ha sido nunca, un ruso. Su cultura, su temperamento, su idioma, su religión son diferentes. A las mismas puertas de Moscú, rechazó ser colectivizado, aceptando la deportación, incluso la muerte. Por eso es hasta tal punto importante que el ucraniano sea ajustado al lecho de Procasto del hombre soviético ideal” (p. 95). Y agrega: “La nación está demasiado poblada como para ser exterminada por completo. Sin embargo, sus líderes religiosos, intelectuales, políticos, sus partes selectas y determinantes son muy pequeñas, y por consiguiente fáciles de eliminar, y por ello es que el hacha soviética ha caído con toda su fuerza especialmente sobre esos grupos, con sus instrumentos habituales del asesinato de masas, la deportación, el trabajo forzoso, el exilio y la muerte por hambre” (p. 97).

posibilidades de facilitar (desde allí) un ataque nuclear contra Rusia. Luego, que los misiles se lancen desde dichos territorios, o desde el territorio nacional ucraniano, apenas hace variar la ecuación de fuerzas, máxime cuando la mayor amenaza nuclear (tanto para uno como para el otro bando) proviene de los submarinos nucleares cuya localización es, obviamente, desconocida. De este modo, se mantiene plenamente vigente la lógica del principio de la destrucción mutua asegurada (MAD, por sus siglas en inglés) (Sagan y Waltz, 2013): no lances un ataque nuclear contra otra potencia nuclear (o protegida por una potencia nuclear), a no ser de que seas capaz de destruir en tal ataque toda la capacidad de contraataque nuclear de tu adversario (Freedman y Michaels, 2019, p. 201).

No hay argumento alguno que jurídicamente avale que Rusia tuviera razones para valorar las negociaciones de Ucrania con la OTAN como una agresión ilegítima a su seguridad nacional. Ello, por lo ya expuesto y además porque Ucrania sigue siendo parte del tratado multilateral de no proliferación nuclear, por lo que no puede (ni desea) albergar misiles de largo o corto alcance con ojivas nucleares en su territorio. Por otra parte, aun si fuera cierta la hipótesis de que la Federación rusa se viera intimidada por una posible ampliación de la OTAN sobre Ucrania, ello no podría constituir una verdadera situación de agresión internacional que diera mérito a una legítima defensa internacional. Se trata de una decisión soberana de Ucrania sobre la que Rusia podrá opinar e incluso presionar por los canales corrientes del sistema u orden mundial imperante (económica, financiera, políticamente, etc.), todo menos el uso de la fuerza. El problema, a fin de cuenta, es que Rusia no respeta la soberanía de Ucrania. No cree en ella ni la toma en cuenta (tal como en el pasado hiciera con Moldavia, Georgia, Armenia, Azerbaiyán, Kazajistán, Chechenia). Lo propio, pues, de todo régimen imperialista decimonónico (justamente aquello que la Unión Soviética y los Estados Unidos acordaron acabar al constituir el sistema mundial vigente tras la Segunda Guerra Mundial).

2.3 El tipo penal subjetivo

Respecto a la tipicidad subjetiva, este delito siempre se ha castigado a título de dolo, configurándose en el caso del art. 6 del ETMI como conocimiento de los elementos típicos y voluntad o intención de causar el resultado (i. e., *intent*). En el caso del art. 8 bis del ECPI, el delito se castiga solamente a título de dolo, pero entendido en términos estrictamente normativos (como conocimiento del

riesgo típico prohibido). Más aun, la resolución de Kampala expresamente ha señalado que la prueba sobre el conocimiento de las “circunstancias de hecho” ha de recaer sobre dos extremos: (i) la incompatibilidad del uso de las fuerzas armadas respecto de la regulación que sobre ello estipula la Carta de la ONU; y (ii) que constituye una manifiesta violación a los principios nucleares de la Carta. Ahora bien, no tiene por qué probarse por la fiscalía de la CPI que el autor haya realizado (*ex ante*) una “evaluación jurídica” de lo uno o de lo otro. Así, dice la Nota Explicativa emanada de la Conferencia de Revisión:

No requiere del autor un conocimiento de la normativa y la doctrina jurídica que se aplican para evaluar si el uso de la fuerza por un Estado es incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, sino únicamente un conocimiento de las circunstancias de hecho que establecen su inconsistencia.

El requisito

procura un equilibrio adecuado entre la necesidad de velar por la responsabilidad penal cuando el autor tiene pleno conocimiento de las circunstancias de hecho en las que se produce el acto del Estado y la de evitar las desventajas de un planteamiento estricto de “conocimiento de la ley” (...) Para satisfacer la propuesta (...) no sería suficiente la mera demostración de que el autor hubiera tenido conocimiento de hechos que indicaban el uso de la fuerza armada por parte del Estado. También es necesario demostrar que el autor tenía conocimiento sobre aquellos hechos que marcaban la incompatibilidad del uso de la fuerza con la Carta de las Naciones Unidas. (Barriga y Kreß, 2011, p. 89).

Remiro Brotons (2022) explica lo anterior mediante los siguientes ejemplos:

el hecho de que el uso de la fuerza se dirija contra otro Estado; la existencia o inexistencia de una resolución del Consejo de Seguridad; su contenido; la existencia o inexistencia de un ataque previo o inminente por otro Estado. (p. 269)

Asimismo, el referido autor señala que, conforme al art. 3 de la Introducción General a los Elementos de los delitos del ECPI, la CPI puede inferir la existencia de tal conocimiento a partir de los hechos y las circunstancias del caso. Como se aprecia, no hay mayores diferencias respecto del concepto normativo sobre el dolo imperante en la doctrina continental europea posfinalista. La valoración sobre el conocimiento del riesgo típico relevante por parte del sujeto activo del delito ha de reconstruirse no ya en atención a la valoración

que —sobre los extremos fácticos— haría el hombre medio (ello corresponde al juicio de disvalor de acción), sino a las circunstancias fácticas concretas que compusieron el marco en el que actuara el sujeto concreto.

3. Sobre la intervención en el delito

A la vista de lo anterior, se desprenden elementos suficientes como para presumir que no solo Vladimir Putin, sino también todo jerarca político y militar de la Federación rusa, son responsables a título de coautoría por el delito de agresión internacional. Claro que ello, en la medida en que —efectivamente— controlen o dirijan parcialmente la acción política o militar del Estado y siempre que no hayan renunciado o se hayan opuesto a intervenir en el conflicto armado, tanto de manera activa como omisiva, mediante una declaración expresa de oposición a la guerra o meramente incumpliendo las directivas emitidas por otros superiores jerarcas, si bien *a priori* parece empíricamente irremediable su renuncia al puesto de jerarquía a efectos de desligarse de toda eventual responsabilidad penal, al menos respecto del injusto penal.

Ha de recordarse, en todo caso, el pacto o acuerdo criminal que constituye la *conspiracy* no requiere formalizarse en un acuerdo expreso (mucho menos solemne), sino que se verifica o infiere del hecho que dichos jefes hayan resuelto un (re)ajuste de las finalidades y actividades de las instituciones políticas y militares del estado, de modo tal que se orienten a la preparación, inicio o realización de los actos de agresión internacional, produciéndose una verdadera reconfiguración del campo estructurado de la interacción sociopolítica, orientándolo hacia la consumación del delito internacional (la guerra de agresión). Esto requiere de una (re)formulación de los roles a cumplimentar por aquellos que actúen dentro de dichos marcos institucionales (por ejemplo, soldados, funcionarios públicos, periodistas de agencias públicas, etc.) en pos de la finalidad inícuo de conquistar por la fuerza el territorio soberano de Ucrania (aunque siempre disfrazando ello bajo un mantra o discurso pseudolegitimante, como podría ser —conforme a lo que hemos visto y oído de parte del Gobierno ruso— la lucha contra “elementos nazis”, el despojar del Gobierno de Ucrania a un “grupo de drogadictos y homosexuales” o “a vendepatrias que quieren facilitar la invasión americana por intermedio de la OTAN”, etcétera).

Más ¿qué sucede con aquellos sujetos que intervienen —fácticamente— en la creación, aumento o consumación del riesgo típico, pero que no ostentan la cualificación legal *de iure* o *de facto*, de poder militar o político? Pues habría que

distinguir el régimen del art. 8 bis del ECPI del proveniente de la costumbre internacional derivada de la jurisdicción del TMI de Núremberg.

Así, conforme al primer régimen, sólo podría incriminarse jurídico-penalmente por el delito de agresión internacional a los líderes políticos y militares del Kremlin y en modo alguno podría imputársele una corresponsabilidad a título secundario por participación en el delito a cualquier sujeto que no ostente la cualidad legal de liderazgo (es decir, no podría incriminarse a ningún *extranei* por dicho delito). De tal modo, a los oligarcas rusos que han financiado los esfuerzos bélicos de Putin, como a los académicos que forjaron la idea de quebrantar al *statu quo* ante el orden mundial en la febril mente del presidente ruso, no podría responsabilizárseles de nada. Y en lo referente a los soldados y mercenarios y demás mandos políticos y militares que ejecutan las órdenes manifiestamente antijurídicas de matar, lesionar, torturar, violar, ejecutar y ocupar el territorio soberano ucraniano, sólo podrían ser responsabilizados por los delitos de genocidio, lesa humanidad o crímenes de guerra, mas no por el delito más grave (rompiéndose, de manera absurda, la unidad de título de imputación).¹⁴

Claro que de aplicar el tipo penal desarrollado en la Conferencia de Londres de 1944 y recogido en el ETMI de Núremberg, ningún problema habría en imputar la responsabilidad jurídico penal de partícipes en el delito de agresión internacional (los llamados *little fishes*), preservando la unidad de título de imputación y facilitando el traslado de la prueba diligenciada en los diversos expedientes penales a efectos de acreditar la responsabilidad de los superiores (y viceversa). De ahí que, a nuestro entender, la formulación del delito hecha en el ETMI resulta no solo de mayor utilidad para los fines de los procedimientos penales propuestos, sino de mayor rigor dogmático jurídico-penal que la exhibida por la fórmula emanada de la Conferencia de Kampala en 2010.

4. El dilema jurisdiccional

Hemos visto el bien jurídico penalmente afectado por el delito de agresión, así como su estructura típica básica, tanto la que se deriva de la definición típica

14 Lo dicho, salvo por aquellas autoridades bielorrusas (como el presidente Lukashenko) o iraníes, en la medida en que se acredite que son autoridades políticas y/o militares y que han participado del diseño, preparación o ejecución del *pactum scaeleris*. Cosa que no parece estar muy clara, máxime desde el momento en que sus tropas no han —efectivamente— ocupado el territorio de Ucrania. Parecería ser, en todo caso, una conducta de coadyuvancia o cooperación necesaria para con los planes de Putin.

del art. 6º del ETMI y de los Principios de Núremberg (con valor de costumbre internacional) y la derivada del art. 8 bis del ECPI. Este último tipo penal presenta graves problemas (a nuestro juicio, irresolubles) para que pueda ser aplicado en este caso (y por parte de la CPI), como se verá a continuación.

4.1 El problema de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional

Pensemos en el caso de que algún Estado miembro de la CPI o el mismo fiscal general de la CPI por *motu proprio*, en atención al art. 8 bis del ECPI, presenta una denuncia contra los líderes políticos y militares de la Federación rusa. Tal denuncia no podría prosperar en modo alguno, ya que la CPI, en el caso del delito de agresión internacional —y a diferencia de lo regulado respecto de los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra— no es competente respecto de nacionales ni de hechos ocurridos en el territorio de un Estado no parte del Tratado de Roma de 1998. Ni la Federación rusa ni Ucrania han ratificado el Tratado, de allí que la jurisdicción de la CPI por vía directa, o por remisión de un Estado parte (con autorización previa del Estado interesado —en la especie, Ucrania—), no les alcance.¹⁵

No obstante, el Consejo de Seguridad, en atención a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta, puede remitir el caso a la CPI, quien, por dicho motivo, adquiere plena competencia y jurisdicción sobre los hechos. Así se cumpliría con la lógica pretendida por gran parte de los Estados en la Conferencia de Kampala de que sea el Consejo de Seguridad quien califique, *prima facie*, si los hechos constituyen o no una agresión internacional.¹⁶ Mas dada la posibilidad de que Rusia interponga su veto—tal como ha venido haciendo respecto de las atrocidades perpetradas en la guerra civil siria y muchas veces contando tam-

15 Lo propio ocurriría si, habiendo ratificado el Tratado de Roma, no hubiese también (y de modo expreso) ratificado la Conferencia de Kampala. Esto último, conforme a la Resolución de la Asamblea de Estados Parte del ECPI n° 5 (ICC-ASP/16/5), extremo que supuso una modificación a lo expresamente resuelto en la Conferencia de Kampala, que consistía en que, a efectos de que no le alcanzará al Estado parte del ECPI lo resuelto en Kampala (es decir, el texto del art. 8 bis), expresamente debía el Estado anunciar que no aceptaba la competencia de la CPI respecto del delito de agresión. De no existir tal declaración expresa, la CPI adquiriría plena competencia respecto a nacionales o hechos ocurridos en el territorio del Estado parte.

16 No debemos confundir los planos propios del Consejo de Seguridad con los de los órganos jurisdiccionales del sistema universal: la Corte Internacional de Justicia y la Corte Penal Internacional. Quiero decir con esto que la función que compete al Consejo de Seguridad es eminentemente política: procurar la paz y la estabilidad del sistema universal (el *status quo ante*). Y no es competencia del Consejo de Seguridad el juzgar responsabilidades individuales por un delito de agresión, ni tan

bién con el veto de China—, resulta menos que poco probable que semejante remisión del caso por el Consejo de Seguridad a la CPI pueda llegar a ocurrir, aunque existe una doctrina fundada en sendas resoluciones del propio Consejo de Seguridad, así como de una interpretación lógico-sistemática de la propia Carta bajo el prisma del Principio de la Responsabilidad para Proteger, que cuestiona la legitimidad de interponer un veto por parte de cualquiera de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad a una resolución relativa a delitos atroces (Trahan, 2020).¹⁷ En todo caso, el principal argumento reside en el dato cierto de que la utilización del veto en el marco de una resolución que busca prevenir o cesar un delito atroz conlleva directamente un coste en vidas humanas. Si bien es imposible determinar cuántas vidas se perderán, no resulta difícil trazar una relación valorativa entre la amenaza o la efectiva interposición de un veto y las acciones típicas (de un delito atroz) perpetradas por las autoridades del mismo Estado o de otro Estado “asociado” o “protegido” por aquel. Se trata de una especie de “luz verde” para desplegar aquellas acciones típicas con la certeza de la concomitante paralización de toda acción preventiva y/o represiva del sistema universal de derechos humanos. Así se han manifestado en el seno del Consejo de Seguridad, entre otros, los Estados Unidos, el Reino Unido, Australia, Holanda, México, Turquía, Suecia, Egipto y Noruega (Trahan, 2020, p. 257).

Lejos de aceptar una práctica de uso ilimitado del veto frente a situaciones que refieren a crímenes atroces, un buen número de Estados se han opuesto enérgicamente a dichas prácticas. En adición a ello, hemos de considerar el pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en su decisión sobre el caso *Bosnia vs. Serbia* —cierto que acotada a los crímenes de guerra y de genocidio—, donde señala que no hay motivos racionales ni jurídicos para sostener que la obligación de todo Estado de garantizar el respeto a las Convenciones de Ginebra de 1949 no conlleve obligaciones y consecuencias igualmente graves en caso de incumplimiento. Entonces, el poder de veto conferido por la Carta

quiera declarar si un injusto penal de tal naturaleza ha acaecido o no. Luego, lo que dictamine el Consejo de Seguridad a su respecto no resulta vinculante para la CPI (como tampoco para la CIJ). Todo lo que ha de indicar el Consejo de Seguridad es si, conforme a la Resolución 3314 de la Asamblea General, hubo o no una agresión internacional. Pero el valorar si tal agresión por razón de su carácter, gravedad y escala constituye o no un riesgo típicamente relevante (un acto con la antijuridicidad material suficiente como para afectar al bien jurídico penalmente tutelado), es competencia privativa de los órganos jurisdiccionales nacionales e internacionales y no del Consejo de Seguridad.

17 Por su parte, un detallado análisis acerca de si la interposición de veto por parte de la Federación rusa constituiría en estos casos una violación al principio *Nemo iudex in sua causa* o, directamente, una violación al principio de la buena fe Internacional se encuentra en Arbuét-Vignali (2023, p. 208).

de la ONU debería utilizarse de manera compatible con el resto de los artículos y normas complementarias de la Carta; lo propio respecto de los principios (especialmente el de responsabilidad para proteger, verdadera pauta hermenéutica para la interpretación lógico-sistemática y teleológica del articulado de la Carta). Poco sentido tendría que la autorice el ejercicio de un derecho potestativo a ciertos Estados (miembros permanentes del Consejo de Seguridad) de vetar resoluciones, poniendo así en riesgo la seguridad internacional. El uso del veto no puede conllevar una omisión (constitutiva, como mínimo, de una compli- cidad) respecto de una situación propia de un delito internacional, puesto que ello sería inconducente en relación con la propia fuente de legitimación de tal derecho potestativo: la mismísima Carta de la ONU.¹⁸

En el caso que nos convoca, estamos ante una guerra de agresión o ilegíti- ma *in limine*, una atrocidad delictiva no pasible de ser valorada de otro modo, máxime cuando la Asamblea General se ha pronunciado en más o menos los mismos términos a su respecto (con 240 votos contra 5, incluyendo en los últimos a la propia Federación rusa). Luego, la interposición de veto (siguien- do esta coherente doctrina) estaría deslegitimada de modo incuestionable y no gozaría siquiera de una apariencia (*iuris tantum*) de legitimidad.¹⁹ Además, no solo los miembros permanentes, sino también todos los Estados miembros de la ONU están obligados a tomar medidas proactivas orientadas al estricto cumplimiento de sus obligaciones convencionales (tratados) y demás obligacio- nes internacionales (normas de *ius cogens* y costumbre internacional), llevando adelante toda política y toda actuación conforme a la ley, a efectos de garantizar

18 En realidad, más que de complicidad, se trataría de una autoría accesoria a la desplegada por los agresores, en virtud que la imputación se construye sobre las bases de la comisión por omisión. Luego, no basta con la verificación de una posición de garante, sino de una posición originaria (*ex ante*) por la que asumiera completamente la protección del bien jurídico, desplazando a todo tercero; es decir: la identidad estructural y valorativa que emerge de haber actuado como barrera de protección del bien jurídico, *erga omnes* y *ex ante*, conforme la formulación hecha por el Prof. Dr. Dres. h.c. mul. Jesús-María Silva Sánchez. En no muchas ocasiones se visualiza ello de un modo tan nítido, como en el presente caso, dado que el Consejo de Seguridad ostenta competencia preponderante sobre todos los conflictos o situaciones que afecten (o puedan afectar) a la paz y la seguridad del sistema internacional de derecho (humanidad como *grand être*), desplazando al propio Estado agredido en el ejercicio de (su) legítima defensa (conforme a la regulación dada por el art. 51 de la Carta). Por lo que el veto ha de comprenderse como un instrumento excepcional que se le reconoce a ciertos Estados en aras de asegurar la paz y seguridad internacional y no para minarlas. Sostener lo contrario, desde el punto de vista racional y del principio de buena fe, sería incurrir en una contradicción insalvable.

19 Esto, a diferencia de otros casos, como por ejemplo la crisis de Siria, que se trata de una guerra civil con intrusión de ejércitos extranjeros, mas una guerra en fin (en donde la veracidad o alcance del *casus belli* resultan controvertibles).

que no se cometan genocidios, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y, especialmente, la guerra de agresión.²⁰

Así, en su resolución del caso *Bosnia vs. Serbia*, la CIJ indicó que los Estados parte deben “emplear todos los medios razonablemente disponibles” para prevenir el genocidio u otros delitos internacionales. Extremos que volvió a sostener en su resolución al caso *Gambia vs. Myanmar*.²¹ Caso contrario, es decir, todo veto o amago de veto a cualquier resolución orientada a prevenir o reprimir un delito atroz perpetrado por el Estado que interpone el veto (i. e., uno de los miembros permanentes o P5) o cualquier nación aliada a este bien podría ser valorada (la decisión de vetar por parte de los líderes políticos de dicha nación) como una intervención en dicho delito internacional. Ello, siempre que se considere a tal interposición (o amenaza de interposición) como contraria a derecho, es decir, reconociendo un límite infranqueable al empleo del derecho potestativo del veto por parte de los Estados permanentes del Consejo de Seguridad: cuando la resolución trate sobre un presunto delito internacional. Esta posición, cabe reconocer, dista de ser pacífica entre la doctrina, y mucho menos de ser reconocida por la mayoría de los Estados.

Lo anteriormente expuesto bien puede dar lugar a un planteo ante la propia Asamblea General de las Naciones Unidas —a efectos de pronunciarse sobre el alcance reconocible al derecho de veto por parte de los P5—, cuando no directamente a plantear la *quaestio iuris* ante la Corte Internacional de Justicia, si bien esto último resultaría, como mínimo, cuestionable ya que el ECPI no contempla dicha posibilidad como legitimación procesal activa. Mas en todo caso, y atendiendo a un planteo más que de *lege lata*²² de *realpolitik*, la posibi-

20 Cabe recordar que la normativa internacional sobre responsabilidad para proteger (a nivel de la Asamblea General, Consejo de Seguridad y Secretaría General de la ONU) se limita a la prevención de delitos de genocidio, lesa humanidad, de guerra y de limpieza étnica, en este último caso, siendo una modalidad típica del delito de lesa humanidad. Sin embargo, entendemos que todo delito de agresión internacional conlleva ineludiblemente sendos crímenes de guerra y/o de lesa humanidad, razón por la cual consideramos aplicable la normativa de R2P al ámbito del delito de agresión internacional.

21 *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosn & Herz. v. Serb. and Montenegro)*, Judgment of 26 February 2007, ICJ Rep. 43 (Feb. 26), par. 430. *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Gam. v. Myan.)*, Order of 23 January 2020 (Int'l Ct. Just), par. 79.

22 Si bien el llamado Principio *Nemo iudex in sua causa* se ha reconocido por parte de la doctrina internacionalista, como derivado de los principios generales del derecho interno comunes a todos los sistemas jurídicos internos, fuente de derecho reconocida por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, lo cierto es que no se halla expresamente recogido en la Carta de la ONU ni como fundamento de esta, ni como fundamento para el derecho internacional público, ni en sus arts. 1 y 2 ni en la Declaración 2625 de la XXV Asamblea de las Naciones Unidas.

lidad de obviar el veto de Rusia (o de China) sobre un proyecto de resolución consistente en remitir competencia sobre el delito de agresión sobre Ucrania a la CPI resulta, lamentablemente, una mera ilusión.²³

4.1.1 Sobre la orden de arresto internacional contra Vladimir Putin

La Corte Penal Internacional ha emitido el 21 de marzo de 2023 una orden de arresto contra Vladimir Putin y Lvova-Belova por crímenes de guerra relacionados con traslados forzosos y deportaciones de niños ucranianos hacia Rusia y zonas ucranianas bajo control del ejército ruso.²⁴ Esta disposición es vinculante para los países que son parte de la CPI y no tienen un tratado bilateral con Rusia posterior a la ratificación del Tratado de Roma de 1998 (Fernández Pons, 2024, p. 83).

Al respecto, se plantean consideraciones importantes derivadas de esta decisión. En primer lugar, se cuestiona por qué la CPI ha clasificado estos hechos como crímenes de guerra en lugar de delitos de lesa humanidad o genocidio. La invasión de Ucrania no puede considerarse simplemente como una guerra convencional, sino como un crimen en sí mismo, por lo que dichos actos cometidos contra los menores ucranianos se ajustan más a los delitos de lesa humanidad que al crimen de guerra definido en el Estatuto de Roma. Así, la deportación o traslado forzoso de la población civil, descrita en el artículo 7.d., cumple con los elementos típicos del *actus reus*, que implica un ataque sistemático contra la población civil con el objetivo de destruirla total o parcialmente. En este caso, se puede argumentar que existe una política estatal detrás de estos actos, máxime desde el momento en que la comisaria Lvova-Belova ha sido acusada de ejecutar una política migratoria que viola la libertad y el derecho a la

23 Señala Arbuét-Vignali (2023) con su consabida claridad: “¿Cómo puede explicarse que el inculpado, que el inculpado, al menos no deba ser excluido de votar, sino que, además sea imprescindible su voto afirmativo, o al menos su abstención, para que se le pueda castigar? Nos permitimos responder a nuestra propia pregunta: se trata de un disparate legitimado en el marco de una circunstancia especial, la post Segunda Guerra Mundial; y si ningún jurista internacional se ha escandalizado, es por los numerosos errores y arrastres conceptuales que se continúan aceptando como normales desde las épocas anteriores a la Carta, cuando la doctrina comentaba y aceptaba considerar como normas jurídicas, a las reglas que ordenaban el sistema internacional que provenían de un sistema de naturaleza socio política y que funcionaba políticamente. Graves confusiones que aún nos ensombrecen” (p. 210).

24 Corte Penal Internacional. *Situation in Ukraine: ICC judges issue arrest warrants against Vladimir Vladimirovich Putin and Maria Alekseyevna Lvova-Belova*, 17 de marzo de 2023. Puede consultarse en: <http://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovich-putin-and>.

identidad de los menores ucranianos. Por lo tanto, se sostiene que el delito de lesa humanidad, en particular la modalidad de traslado forzoso de niños de un grupo a otro, es aplicable en esta situación. Además, estas conductas reprochadas preliminarmente a Putin y a su funcionaria perfectamente son pasibles de inscribirse dentro del delito de genocidio, en la modalidad típica recogida en el literal e) del art. 6 del ECPI: “traslado por fuerza de niños de un grupo a otro”. Claro está que, para ello, ha de acreditarse la finalidad trascendente de parte de los indagados relativa a la destrucción total o parcial de un grupo nacional o étnico, extremos que, tras ver las atrocidades perpetradas por las fuerzas rusas y paramilitares a su servicio, especialmente sobre los más jóvenes y niños, no parece demasiado complicado de inferir (Pereira Garmendia et al., 2023, p. 340).

¿Cuál sería, pues, la razón por la cual tanto la Sala de Cuestiones Preliminares como el fiscal general de la CPI tomaran la decisión de imputar por un crimen de guerra, pudiendo haberlo hecho por un delito de genocidio? A nuestro entender, probablemente ello obedeció a una voluntad de mantenerse dentro del marco más político que jurídico del derecho internacional humanitario, ya que si la orden de arresto hubiese sido emitida en atención a un presunto delito de genocidio, todos los Estados del mundo, sean parte o no del Tratado de Roma de 1998, estarían obligados a detener y someter a juicio a dichas personas, puesto que la Convención Internacional para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 constituye una norma de *ius cogens*, de obligada observancia universal, y que expresamente obliga a los Estados a perseguir y enjuiciar a los responsables de dicho delito, además de indicar que cualquier controversia a su respecto (como si se ha de arrestar o no, o extraditar o no) será resuelta (con fuerza vinculante para todo Estado) por la Corte Internacional de Justicia. Conforme a esto, ningún tipo de tratado o acuerdo bilateral anterior o posterior a la vigencia de dicha Convención podrá oponerse por parte del Estado requerido a efectos de justificar el no arresto o la no entrega de dicha persona o personas requeridas. Bien al contrario, al decidir mantener la imputación por crímenes de guerra, tales excepciones y/o cuestiones de prerrogativas procesales e inmunidades podrán ser opuestas (en la medida en que el Estado requerido no sea parte del Tratado de Roma o que, siendo parte, haya celebrado con la Federación rusa un acuerdo de prerrogativas procesales o reconocimiento de inmunidades con posterioridad a 1998).

4.2 Sobre las jurisdicciones nacionales

El derecho penal internacional, lejos de lo que suele pensarse, no se articula sobre la actuación de tribunales internacionales, sino sobre la actuación de diversos tribunales nacionales. Todo Estado, sea parte o no del Tratado de Roma, puede ostentar jurisdicción y competencia para perseguir y castigar este delito en atención a la costumbre internacional derivada de la jurisdicción de Núremberg. Ello, en la medida en que el hecho esté tipificado como delito en su ordenamiento interno y que exista cierto punto de conexión (territorial o personal) con aquellos, en atención a lo cual nada impide que países cuyos nacionales hayan muerto o mueran como consecuencia de este delito atroz perpetrado por la Federación rusa inicien acciones penales (incluso en rebeldía, si el ordenamiento jurídico interno lo permite) contra los jefes políticos, económicos y militares de la Federación rusa o contra todo aquel que haya intervenido como participe en dichos actos delictivos.

Las limitaciones de competencia que establece el ECPI resultan inaplicables respecto de las jurisdicciones nacionales, cuyo punto de conexión será, en lo subjetivo, que los perpetradores —o las presuntas víctimas— sean nacionales de dicho país. Tampoco resulta aplicable —como indicamos *supra*— la limitación que hace el art. 8 bis respecto al sujeto activo del injusto (i. e., que se trate de un líder político o militar, *de iure* o de facto). De ahí que pueda imputársele tanto al estamento perteneciente al liderazgo político y/o militar como a los intervinientes en el delito que no ostenten dicha posición jerárquica (instigadores o inductores, partícipes necesarios, partícipes no necesarios o cómplices), dependiendo todo ello de la manera en que se halle tipificado el delito en su ordenamiento jurídico interno (de estar tipificado, claro está). Asimismo, en aquellos ordenamientos jurídicos internos que acepten a la costumbre como fuente formal del derecho penal (como en ciertos Estados pertenecientes a la *Commonwealth*), el tipo penal aplicable sería el del art. 6º del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, único que constituye costumbre internacional (por la aprobación unánime de los Principios de la Jurisdicción de Núremberg por parte de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad de la ONU).

Como puede apreciarse, el marco penal procesal que se abre a consecuencia de estos hechos resulta *a priori* imposible de cuantificar ni delimitar, quedando todos estos sujetos (en especial el jefe del Estado) bajo un constante riesgo de ser sometidos a procesamientos y condenas en cualquier parte del mundo, por lo que la universalidad de sujetos pertenecientes o vinculados al poder civil o

militar de la Federación rusa, al llamado Grupo Wagner o al Gobierno o ejército de Bielorrusia, o al Gobierno o industria armamentista de Irán se hallan bajo el riesgo cierto de ser sometidos a procesamientos y condenas en cualquier parte del Globo, máxime cuando se puede contar con la colaboración de la Fiscalía General de Ucrania a efectos de la producción y diligenciamiento de la prueba necesaria para ello. Extremos que, en cierta medida, han quedado demostrados en los embargos y requisas a intereses económicos, comerciales y financieros de oligarcas y gobernantes de la Federación rusa por parte de las jurisdicciones de la UE, los Estados Unidos y del Reino Unido (Abely, 2023; Díaz Narváez, 2023, p. 91).

La jurisdicción nacional que es evidentemente competente (conforme a los criterios de conectividad subjetiva y/u objetiva, es decir, nacionalidad y territorio) es justamente la ucraniana. Sin embargo, tenemos un problema a los efectos de entablar una acción penal en Ucrania por el delito de agresión, y es que no está contemplado en el ordenamiento jurídico interno ucraniano, por lo que sólo se podría responsabilizar a las autoridades, cómplices y soldados rusos en la medida en que se constituya el delito mediante una ley especial que le reconozca valor de costumbre internacional y que conceda jurisdicción a un determinado organismo jurisdiccional nacional (competencia subsiguiente al delito y no originaria o previa).

En atención a lo anterior, el art. 125 de la Constitución de Ucrania establece la prohibición de constituir tribunales especiales y/o extraordinarios. De allí que el tribunal (para juzgar este delito de agresión) deba ser —irremediablemente— internacional. Ello, para superar la prohibición de la normativa constitucional vernácula y siempre que se interprete tal norma de una manera literal y no teleológica, puesto que bien podría interpretarse que lo prohibido es la constitución de tribunales *ad hoc* en el marco de la justicia ordinaria no para los casos extraordinarios como la invasión del país por parte de una fuerza extranjera y la ocupación del territorio soberano. En todo caso, no parece ser este el mejor momento para andar cuestionando la vigencia de la Constitución ucraniana.

Como se ha indicado,

sin importar qué propuesta avance, el mundo no debe alentar un desprecio al régimen constitucional [ucraniano] por más condicionado o limitado que se vea el gobierno o la justicia ucraniana por la misma; particularmente en este momento de extraordinaria transformación del estado de Derecho en Ucrania. (Hathaway, 2022, p. 33)

En ese sentido, estamos en condiciones de afirmar que la Fiscalía General de Ucrania no está para nada dispuesta a asumir tal empresa que pudiera verter una sombra de dudas sobre la transparencia y la buena salud de la institucionalidad democrática del país.

4.3 Hacia la constitución de un tribunal internacional *ad hoc*

The Yale Club de Nueva York celebró en agosto de 2022 un encuentro para tratar sobre este tema, que contó con la presencia de la misión permanente ante la ONU de Letonia y de Liechtenstein, así como representantes del Gobierno de Ucrania y demás representantes de Estados miembros de la ONU, académicos y destacados miembros de la sociedad civil. De sus conclusiones emerge la propuesta de crear un tribunal internacional extraordinario para juzgar (sólo) por el delito de agresión; ello, mediante un acuerdo a celebrarse entre Ucrania y las Naciones Unidas a través de una (previa) recomendación por parte de la Asamblea General. También la Ukraine Task Force perteneciente al Global Accountability Network y la Open Society Justice Initiative se manifestó en similares términos, mientras que el expremier británico Gordon Brown propuso la creación de un tribunal especial de naciones mediante una coalición de voluntades *ad hoc* (en modo similar a cómo se constituyó el Tribunal Militar Internacional de Núremberg por parte de las naciones aliadas en la Conferencia de Londres de 1944).

El Consejo de Europa, por su parte, aprobó una moción por la cual urge determinar las responsabilidades por el delito de agresión internacional perpetrado por la Federación rusa en contra de Ucrania. Todo ello, en línea con la propuesta del mediático abogado y literato Philippe Sands y otros legisladores europeos de crear un tribunal *ad hoc*, pero inmerso dentro del sistema europeo de derechos humanos (es decir, dentro de la órbita de la UE). The Public International Law & Policy Group (PILPG), por su lado, presentó un borrador para la creación de una alta corte ucraniana para crímenes de guerra, una suerte de corte especializada que operaría dentro del sistema de justicia ucraniano a los efectos de perseguir los crímenes atroces —incluyendo el de agresión internacional— que no puedan ser (eficazmente) perseguidos por la jurisdicción y competencia de la CPI.

Asimismo, en octubre de 2023, durante la Conferencia de Crimea Global (Understanding Ukraine Through the South) celebrada en la ciudad de Kyiv, el Fiscal general Kostin urgió a los representantes académicos y activistas del sur

global a que los respectivos Gobiernos apoyen la constitución de un tribunal *ad hoc* mediante acuerdo bilateral entre Ucrania y la Asamblea General de la ONU, bajo recomendación del secretario general de dicha organización.

a) Primeramente, por razones simbólicas, y en segundo lugar, por motivos prácticos, el tribunal debe ser internacional. Simbólicamente porque, conforme a lo indicado anteriormente, la invasión a Ucrania no solo ha lesionado los intereses de dicha nación, sino también a los de la comunidad internacional en su conjunto. De allí que la constitución de un tribunal internacional, ante la imposibilidad por parte de la justicia ucraniana de actuar *per se stante*, manifestaría un apoyo decidido y pristino por parte de la comunidad internacional a la causa del pueblo ucraniano. Hemos escuchado a lo largo de estos dos años cómo las potencias occidentales “ayudan o socorren” a Ucrania. Incluso están los que critican a sus Gobiernos por estar enviando “demasiados medios militares y económicos a Ucrania” “en detrimento de las necesidades y urgencias de los contribuyentes nacionales”, sin que falten aquellos que ven detrás de todo esto “una excusa para un negociado de ventas de armas”. Mas la verdad es, justamente, la contraria. Es Ucrania quien está ayudando al resto; teniendo presente que es ella quien está sacrificando aquello que le es más caro a toda nación: la sangre de sus hijos en altar de las libertades. No nos equivoquemos: son los ucranianos los que están sacrificando todo para detener a Putin y a su embestida contra la humanidad, contra el sistema internacional de derecho, en definitiva, contra todos los que aspiran a seguir viviendo en un mundo libre y meridianamente seguro, aunque la propia estulticia, intereses espurios o cortoplacistas —o limitada capacidad moral— no permita advertirlo en sus justos términos. Asimismo, se debe dar cumplimiento a los deberes emergentes del llamado segundo pilar de la responsabilidad para proteger, además de ratificar, la vigencia del *status quo ante* del sistema universal (el llamado orden mundial), consolidando como válida la expectativa de toda nación, y de toda persona natural, de que sus derechos fundamentales y la paz (*status quo* del sistema internacional de derecho) no serán avasallados por un poder extranjero mediante el empleo de la guerra como instrumento a tales efectos.

b) En segundo lugar, hay buenas razones de orden práctico para justificar la constitución de un tribunal internacional. Básicamente, para evitar los efectos de inmunidades y prerrogativas procesales que la legislación nacional rusa puede concederle a Putin y demás imputados. Estos extremos, ineludiblemente, enturbiarían la posibilidad de proceder a celebrar juicios en Ucrania (salvo, claro está, que estos se celebren *in absentia*), por lo que sólo a través de la legitima-

ción de la comunidad internacional (y el apoyo de la fuerza de sus respectivos ejércitos) se vislumbra posible (aunque no por ello, simple o fácil del punto de vista prático y político) la entrega o detención efectiva del actual liderazgo político y militar ruso, además de tornar inoponibles a dicho tribunal las normas rusas. Además, existe una razón relevante para justificar la internacionalidad del tribunal y se relaciona con lo indicado sobre el art. 125 de la Constitución ucraniana: un tratado internacional celebrado entre dicha nación y las Naciones Unidas requerirá su sanción y ratificación por la Verkhovna Rada (parlamento ucraniano), pasando a ostentar la jerarquía (rango y fuerza) de norma constitucional. De allí que todos los problemas que una interpretación literal o piedeletrista del art. 125 pudiera generar quedarían definitivamente superados y sin desconocer dicha carta magna.

c) El tribunal debe ser creado mediante un acuerdo internacional celebrado entre Ucrania y las Naciones Unidas bajo recomendación de la Asamblea General, puesto que un tribunal constituido en atención a las estructuras y normas del sistema universal de derechos humanos ostentaría mayor legitimidad que la que pudiera tener un Tribunal *ad hoc* dependiente de la Unión Europea, máxime teniendo en cuenta las varias veces que dicha corporación política esquivó la voluntad del pueblo y del Gobierno ucraniano de pasar a integrarla. No sería comprensible que Europa pretenda organizar la respuesta punitiva a los responsables de la guerra de agresión una vez que el conflicto termine (y, obviamente, Rusia no venza) cuando sistemáticamente ha eludido asumir mayores responsabilidades (de hecho, ha enviado menos equipamiento militar que los Estados Unidos y el Reino Unido), ha vacilado en actuar para prevenir la invasión (además de la tímida reacción a los sucesos de 2013-2014) y ha seguido comprando el gas ruso, a tal punto que todo el costo de la invasión y las subsiguientes sanciones han podido ser absorbidos por la economía rusa sin mayores sobresaltos durante casi todo el año 2022 y 2023. La Unión Europea, pues, carece de mayor legitimidad y de relevancia política como para conducir la creación, constitución y actuación del futuro tribunal.

La Asamblea General de la ONU, por el contrario, resulta ser el organismo internacional con mayor representatividad de la comunidad internacional, proveyendo al futuro tribunal (y a su estatuto) una legitimidad jurídica mucho más elevada y completa que la que pudiere proveer cualquier otro organismo (internacional y/o regional). Se podrá criticar lo anteriormente expuesto, ya que el capítulo VII de la Carta de la ONU le otorga al Consejo de Seguridad el poder de constituir tribunales *ad hoc* para dilucidar las responsabilidades in-

dividuales por delitos atroces. Sin embargo, contamos con precedentes en los que tribunales internacionales o híbridos han sido constituidos por acuerdos bilaterales entre un Estado y la ONU; ello, bajo previa recomendación, ora del Consejo de Seguridad (caso de la Sala Especial para Sierra Leona), ora de la Asamblea General (caso de las Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya). Asimismo, no es cierto que sea sólo competencia del Consejo de Seguridad la constitución de tribunales *ad hoc*.²⁵ Claro que la constitución de un tribunal híbrido (con jueces internacionales y ucranianos) observará las dificultades de las inmunidades diplomáticas o de prerrogativas procesales que puedan oponer los acusados. Sin embargo, en la medida en que se redacte sobre estos extremos de manera clara y prolija en su estatuto, y que éste cuente con el voto favorable de la mayoría de los Estados que integran la Asamblea General, podrá valer como un compromiso *ex novo* de colaborar con dicho tribunal en lo referente a la detención y extradición de tales personas.²⁶

d) El tribunal *ad hoc* ha de enfocarse exclusivamente en aquel tipo de violaciones fundamentales al orden legal internacional/orden público internacional que, de otra manera, quedarían impunes, por lo que todos aquellos delitos que puedan ser procesados por la justicia nacional ucraniana (o de un tercer Estado que ostente jurisdicción a su respecto —por nacionalidad—) o por la CPI no han de ser objeto de la competencia de tal tribunal *ad hoc*. De allí que

25 Como se ha señalado: “While the General Assembly does not have the power to impose a tribunal on Ukraine (because it lacks such enforcement powers, which reside in the Security Council), it can authorize the Secretary General to work with Ukraine to establish a tribunal to which Kyiv voluntarily consents through an international agreement” (Hathaway, 2022, p. 37).

26 En todo caso, el tema resulta particularmente discutible y, más que presumiblemente, el aspecto más complicado en lo que a la reglamentación de dicho tribunal proyectado respecta. Así, se ha dicho: “Entre las ventajas que se querrían obtener con el establecimiento de tal Tribunal Especial figurarían su especial legitimidad, al contar con el aval de la Asamblea General de la ONU, y la exclusión de las inmunidades extranjeras. Esto último sería particularmente cuestionable, pues la naturaleza de este Tribunal Especial no sería tanto la de un tribunal penal internacional como la de un tribunal penal híbrido, complicando todavía más la determinación de cuál sea el derecho internacional consuetudinario en materia de inmunidades aplicable ante tribunales de este tipo, que se sitúan a medio camino de las jurisdicciones penales nacionales y de las jurisdicciones penales internacionales en sentido estricto. Cumple precisar que la Sala de Apelaciones de la CPI, en su ya comentada decisión sobre si Jordania tenía la obligación de detener y entregarle al entonces presidente sudanés en ejercicio, tendió a asimilar los tribunales penales híbridos a los internacionales, poniendo como ejemplo que el Tribunal Especial para Sierra Leona llegó a dictar una orden de detención contra el entonces presidente de Liberia Charles Taylor, considerando irrelevante la inmunidad *ratione personae* que éste sí tenía ante los tribunales nacionales de Sierra Leona. Sin embargo, esta interpretación es polémica y no hay que olvidar que en la génesis del Tribunal Especial para Sierra Leona intervino el Consejo de Seguridad de la ONU, lo cual podría facilitar que se considerara habilitado para levantar las correspondientes inmunidades” (Fernández Pons, 2023, p. 92).

el único delito sobre el que tendría que pronunciarse esta jurisdicción especial sería el de agresión internacional.

Al respecto, hemos escuchado voces contrarias a la constitución de un tribunal híbrido o *ad hoc* que juzgue a las autoridades civiles y militares rusas por el delito de agresión internacional, señalando que ello supondría el riesgo de colisionar los intereses de la justicia con los intereses de obtener un alto el fuego o un armisticio (i. e., la paz). Argumentan Finucane y Pomper (2023) que la mera amenaza de un enjuiciamiento y condena del *establishment* político y militar ruso supondría un cambio de régimen en dicho país, obligando a Putin y a sus asociados a retener el poder a toda costa y a continuar la guerra el tiempo que sea necesario,²⁷ a lo que agregan que condenar la agresión rusa reforzaría la visión por parte del llamado “sur global” acerca de que estas instituciones jurídicas no son otra cosa más que herramientas del imperialismo norteamericano y sus aliados. En definitiva, sostienen que la constitución de semejante tribunal imposibilitaría la actividad diplomática en aras de obtener una paz efectiva y, en todo caso, de tener que juzgarse algo o a alguien debería recién plantearse una vez acabada la *guerra*.

En esta última palabra se encuentra la razón por la cual ambos autores norteamericanos están completamente equivocados: y es que aquí no hay ninguna guerra, lo que hay es un delito. Un delito internacional de guerra de agresión que inficiona de antijurídico a todos los actos que han venido desplegando los militares (y el poder civil) ruso, bielorruso y con apoyo logístico (partícipe necesario) iraní. Pretender desconocer tales extremos es distorsionar la realidad subyacente a la valoración jurídica. Pretender que aquí hay un conflicto bélico que no permite una valoración *a priori* acerca de su ilegalidad y que recién al final de la contienda se puedan dilucidar posibles responsabilidades penales por delitos internacionales o atroces es, a todas luces, una aberración. Sencillamente porque los conflictos provocados por delitos no se resuelven mediante una negociación (que más que negociación sería una extorsión en toda regla), sino mediante condena y pena. El ámbito del derecho penal internacional no puede permitir ser invadido por la lógica comercial del derecho internacional público; la dogmática jurídico-penal y las funciones de la pena son valores ineludibles que le otorgan sentido y verdadera esencia jurídica al referenciado ámbito.

Conviene también hacer un breve comentario relativo a este argumentario

27 De esta manera, señalan: “(...) a big push to prosecute Russian leaders of starting the war signals a desire to remove Russian’s leadership, risks escalation and would almost surely complicate diplomacy to bring the war to an end” (Finucane y Pomper, 2023, s.p.).

(muy extendido por parte de ciertos analistas en relaciones internacionales y periodistas) relacionado con la oposición a dicho tipo de tribunales por parte del llamado sur global, entendiéndolo por ello a lo que otrora llamábamos tercer mundo, o mundo en vías de desarrollo. Lo cierto es que autores como Howard Fench (2023) han sostenido que estas naciones deberían aprovechar esta oportunidad para negarse a apoyar cualquier iniciativa a favor de Ucrania presentada por los Estados Unidos o por la UE, “haciéndoles ver a los ricos: vuestras prioridades no significan nada para nosotros (los países pobres), mientras las nuestras no signifiquen mucho más para ustedes” (s.p.).²⁸ Sin perjuicio del talante manifiestamente político y la ausencia de cualquier rigor ético en semejantes asertos, la verdad es que esto constituye una trampa a la que varios líderes (especialmente latinoamericanos) están propensos a caer. Y es que pretender que la causa de Ucrania es ajena a los intereses directos y principales de las naciones de todo el mundo —ricas o pobres, grandes o pequeñas, poderosas o débiles— es, sencillamente, una desafortunadísima lectura.

Si el camino para estas naciones es plantear una especie de chantaje a los países del primer mundo (que estén apoyando a Ucrania), ¿qué queda de la protección del sistema internacional de derecho? ¿Cómo pretender, en un futuro, que las naciones democráticas del mundo apoyen a cualquier otra nación tercermundista (como Ucrania) ante un ataque ilícito por parte de una potencia? Si se acepta la conquista por la fuerza de territorios soberanos, ¿qué le impediría a Estados Unidos, el día de mañana, invadir el norte de México para solucionar el problema de seguridad (real) que le supone el narcotráfico y la inmigración ilegal?, ¿o a Brasil extender sus fronteras sobre Uruguay o sobre Paraguay o las Guayanas? ¿Tan difícil es entender que los principales beneficiados de un sistema internacional de derecho son, justamente, las naciones débiles? Y en vez de hacerles ver a las potencias occidentales que esta debería ser su conducta siempre, sin excepciones (afeándoles actitudes como las tomadas respecto justamente a Ucrania en 2014), estos teóricos sustentan un pseudochantaje de preventas económicas o políticas a cambio de apoyar lo que es —legal y moralmente— correcto (i. e., apoyar a Ucrania). Lejos de caer en semejante trampa, constituye un imperativo moral y político para las naciones latinoamericanas

28 Así, expresa: “Instead of facing this reality squarely, European countries and the US (the West) have recently tacked on another foreign policy priority of theirs on which they want the poor of the World’s sympathy and cooperation: Ukraine’s battle to win back control of territory lost to Russia. Now, though, it seems that not only in Africa but also in the Global South — construed to mean countries that are not growing — we have rounded a corner. Increasingly, the poor are saying to the rich that your priorities won’t mean more to us until ours mean much more to you” (Fench, 2023, s.p.).

el apoyar de manera contundente, inequívoca y efectiva la causa del pueblo ucraniano; presentar un borrador para el estatuto de un tribunal internacional ante la Secretaría General de la ONU sería un buen comienzo.

Ahora bien, la falta de unanimidades (ni siquiera, diríamos, de mayorías amplias de pareceres a su respecto) por parte de la doctrina especializada (tanto penal como internacionalista), permiten vislumbrar el difícil camino que tendrá que transitar cualquier tribunal especial que pretenda juzgar esta modalidad delictiva congeniando las prerrogativas y poderes-deberes correspondientes al Consejo de Seguridad y a la Asamblea General de la ONU. Así, una circunstancia realmente problemática es la relativa a si corresponde o no que el Consejo de Seguridad se pronuncie acerca de la existencia de una agresión internacional como presupuesto o requisito de prejudicialidad. Lo cierto es que ello debería negociarse a la hora de celebrar el tratado con la Asamblea General, pudiendo, a nuestro parecer, apreciarse tres posibilidades: (i) dejar en manos del Consejo de Seguridad la declaración de si hubo o no por parte de la Federación rusa una agresión internacional (conforme a los parámetros determinados por la Resolución 3314 de la XXIX Asamblea General de 1974), dicho pronunciamiento no resultaría vinculante para el tribunal competente a la hora de juzgar las responsabilidades individuales (es decir, se trataría de un mero requisito formal sin efectos vinculantes sobre la valoración jurídico-penal que lleve adelante el tribunal); (ii) concederle al Consejo de Seguridad dicha prerrogativa, pero sujeto a un plazo perentorio (tal como sucede en el procedimiento ante la Corte Penal Internacional), de modo tal que, si no logran ponerse de acuerdo por mayoría no cualificada o si amenaza alguno de los miembros permanentes con interponer su veto, pasado un tiempo (seis meses, en el caso de la CPI), se tiene como una aceptación tácita de que hubo una situación fáctica propia de una agresión internacional (pasando a la consideración/valoración del tribunal competente la determinación de si constituye ello delito internacional de agresión internacional o no), impidiendo, de tal modo, que se paralice el procedimiento penal *sine die*; y (iii) que se entienda que, al haberse ya pronunciado la Asamblea General mediante una mayoría más que aplastante (240 a 5), no tiene sentido observar tal requisito de prejudicialidad por parte del Consejo de Seguridad, remitiendo las actuaciones directamente al tribunal internacional *ad hoc*.

e) El tribunal debe habilitar los juicios en ausencia (*in absentia*), lo que resulta esencial para el éxito de la actividad jurisdiccional del tribunal proyectado. Esto, puesto que resulta evidente que mientras Putin retenga el poder fáctico

en la Federación rusa, no cabe posibilidad alguna de que sea entregado a las autoridades de dicho tribunal a efectos de someterlo a juicio. Ni él, ni sus acólitos políticos y militares podrán estar bajo el control del tribunal mientras no haya un cambio de régimen en dicho país. Eso podría conllevar tanto una corta espera de tiempo como una que signifique todo el resto de la vida del premier ruso (que ya cuenta con 71 años).

Se podrá objetar a esto que los juicios *in absentia* no pasan de una mera justicia simbólica, ya que ninguna pena —efectiva— podría imponerse a los condenados. Y si bien es inobjetable desde el punto de vista factual, en lo normativo (e incluso en lo empírico) conlleva un menoscabo sobre la esfera de libertades de dichos reos. Así, portarán el estigma de ser delincuentes y responsables del peor de los delitos que existen: del crimen contra la paz. Llevaría al ostracismo más profundo (mayor que el que hoy experimenta) en lo que a las relaciones internacionales refiere, sabiendo que la historia universal lo recordará como aquello por lo cual fuere condenado: un criminal atroz. Esto provocaría un efecto preventivo general tanto negativo como positivo, puesto que se sabrá que imitar este tipo de comportamientos delictivos supone asumir un precio costosísimo (reputacional, económico, político), además de reivindicar a las víctimas supervivientes en sus legítimas expectativas de que sus derechos fundamentales y los principios y valores fundamentales del sistema internacional de derecho serían respetados (es decir, que se reafirmaría la vigencia de la norma penal primaria correspondiente al delito de agresión internacional).

También han de considerarse las consecuencias políticas que ello traería consigo: ¿cómo podría justificarse la legitimidad de un voto —o de un veto— interpuesto por el representante del Gobierno de un condenado internacional, tanto en el seno de la Asamblea General, del Consejo de Seguridad o de cualquier organismo o institución perteneciente al sistema universal de derechos humanos?, ¿cómo se les explicaría a sus respectivos ciudadanos cualquier conato de tratado o convenio bilateral con la nación rusa bajo el mando de un criminal internacional? Tal como expresáramos anteriormente, si hoy se verifica un debilitamiento profundo de la relevancia de Rusia en el ámbito de las relaciones internacionales, una condena penal emitida por un tribunal internacional conllevaría la muerte civil de dicho régimen (al menos, en el ámbito internacional). Asimismo, han de tenerse presente las consecuencias económicas, especialmente en lo relacionado con las indemnizaciones a las víctimas y al Estado de Ucrania a efectos de su reconstrucción. Puesto que una condena internacional a Putin y a sus mandos político civiles y militares propiciaría que

los Estados del mundo (en particular aquellos que voten a favor de la constitución del tribunal híbrido/internacional) apliquen sus normativas nacionales en materia de requisa y/o decomiso de bienes pertenecientes a los condenados (o a testaferros), facilitando el flujo de dinero y/o bienes a las arcas de Ucrania.

Cierto que hay voces (no pocas) que se escandalizan ante este planteo de un tribunal internacional con competencia en lo penal que juzgue a los imputados en ausencia. Señalan que ello atenta contra el derecho fundamental de no ser juzgado, justamente, en rebeldía y como corolario de la máxima del *due process of Law* y del *His day on court*, y agregando que el Convenio Europeo de Derechos Humanos expresamente prohíbe los juicios penales en ausencia. Ahora bien, sin quitar relevancia a dicho instrumento regional de derechos humanos, lo cierto es que la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en su art. 8º, no hace ninguna mención expresa sobre tales extremos, por lo que no podría considerarse ello como un derivado de los principios generales del derecho interno comunes a todos los sistemas jurídicos internos (fuente de derecho internacional conforme al Estatuto de la Corte Internacional de Justicia).

También —y como lo ha venido sosteniendo de manera contundentemente clara e incontrovertible el magistrado argentino Franco Fiumara desde su incansable lucha para que se haga justicia en el caso de la AMIA— ha de recordarse que, conforme al derecho penal internacional, los juicios en ausencia no son *rara avis*, sino una de las tres principales características que observa el ETMI de Núremberg.²⁹ En dicho juicio (el sostenido por el Tribunal Militar Internacional respecto a los principales jerarcas nazis), nada más ni nada menos que Martin Bormann fue condenado a muerte en rebeldía (conforme a lo previsto en el art 19 del ETMI, fundado a su vez en los arts. 17 y 18 de la Conferencia de Londres de 1944). Posteriormente, tales extremos de fondo y de procedimiento fueron recogidos por la Comisión de Derecho Internacional (por mandato de la Asamblea General de la ONU) en un texto que recoge las directrices para el juzgamiento de crímenes atroces, titulado “Los Principios de Núremberg” en 1950 (y que observara, por lo demás, el reconocimiento unánime por parte de los Estados miembros del Consejo de Seguridad). Ahora bien, lo realmente importante de estos “Principios” a los efectos de este análisis radica en el mandato que emite la Asamblea General de la ONU a la Comisión de Derecho Internacional (resolución 177/47), donde le ordena redactar un informe que “formulara los principios de derecho internacional reconocidos en la Carta

29 Al respecto, *vide* Fiumara (2019).

del Tribunal de Núremberg y en la sentencia del Tribunal”. Como se aprecia (y tal como lo subrayó la Comisión), es la Asamblea General (con el voto unánime de sus miembros) la que les concede valor de derecho internacional tanto al ETMI como a la sentencia misma. Y si la sentencia condenó a uno de los reos en ausencia (y nada menos que a la pena capital), huelga concluir que ello es conforme al derecho internacional.

Tal como sostiene Scharf (2010), el voto unánime de la Asamblea General como el reconocimiento sin abstenciones por parte del Consejo de Seguridad ha hecho de la regulación dada por el ETMI y de la sentencia del Tribunal Militar Internacional de Núremberg una norma consuetudinaria inmediata (“movimiento o giro Grociano” en alusión a Hugo Grocio) con rango de obligado cumplimiento (*ius cogens*), ya que pocas normas internacionales consuetudinarias o escritas han obtenido un reconocimiento expreso tan amplio como las mentadas; de hecho, salvo por la propia Carta de la ONU, no hay ninguna otra.

5. Conclusiones

Todas las naciones del mundo, en especial aquellas más propensas a sufrir abusos de parte de potencias beligerantes, han de prestar un decidido e incuestionable apoyo a la causa del pueblo ucraniano por su libertad e independencia del imperialismo ruso, el cual no debe quedar en meras proclamas o palabras más o menos exaltadas. Ya es tiempo de que tales compromisos de apoyo se cristalicen en acciones concretas: (i) el ingreso de Ucrania a la Unión Europea como Estado parte de pleno derecho; (ii) el ingreso de Ucrania a la OTAN como socio de pleno derecho; (iii) un apoyo militar verdaderamente serio, puesto que sin tropas, aviones ni armamento pesado de última generación la reconquista del territorio ilegalmente ocupado por las fuerzas rusas desde 2014 se presenta como una tarea casi imposible; y (iv) la constitución de un tribunal penal internacional *ad hoc* o híbrido a efectos de enjuiciar y castigar a los responsables del delito de agresión internacional perpetrado por las fuerzas ocupantes rusas (y sus aliadas: Bielorrusia e Irán).

Difícilmente podrá hablarse de justicia alguna si el encuadre jurídico penal no es el adecuado. Ese encuadre no es otro que el referido delito de agresión internacional o crimen de contra la paz, puesto que, como se expresara al inicio de este análisis, nunca desde la Segunda Guerra Mundial —con la excepción de la invasión de Saddam Hussein a Kuwait— se ha visto una violación más flagrante al sistema internacional de derecho en lo que a lo más nuclear de este

respecta: una guerra de conquista territorial imperial en violación de tratados preexistentes, por ejemplo, el Acta final de la Conferencia de Helsinki de 1975, el Protocolo de Budapest de 1991, los Acuerdos de Minsk I y II de 2014-2020, así como del Propósito del art. 1.1 de la Carta de la ONU y de los principios de no incurrir al uso de la fuerza o de amenazar con él (art. 2.4 de la Carta), de Buena Fe (art. 2.2), de no solucionar las controversias por otros medios que no sean los pacíficos (art. 2.3) y del deber de no intervención (art. 2.7 de la Carta y Declaración 2625/XXV). Por esto, la figura penal que ha de imputársele a todos los involucrados en dichos hechos antijurídicos ha de ser el de agresión internacional conforme al art. 6 del ETMI o, en su defecto, de la figura (mutuada) del art. 8 bis del ECPI.

Como emerge de nuestro análisis, cuando se tipificó este delito por vez primera en el ETMI, la situación era diametralmente opuesta a la que se observa en el caso de la invasión a Ucrania: en 1944, los aliados tenían bajo su poder a los principales jefes nazis o éstos eran perfectamente reconocibles e identificables (por supuesto, aquellos que no se habían suicidado antes de caer prisioneros, como Hitler, Himmler o Goebbels, en abril-mayo de 1945), así como se tenía buena idea de cuáles eran sus respectivas funciones dentro del Reich y de la jerarquía que ostentaban. Lo complicado era determinar la responsabilidad de los mandos medios (v. gr., personajes como Mengele, Cukurs y muchos otros cuyas atrocidades fueron conocidas recién con posterioridad al juicio a los principales jefes, en gran medida, gracias a los testimonios y pruebas documentales diligenciadas en este, como el caso paradigmático de Eichmann y del director de Auschwitz, Rudolf Hoss). En adición a ello, lo que resultaba casi imposible de determinar era la causalidad entre los resultados lesivos sobre las vidas, libertad, etc. de las víctimas y los ejecutores directos de las órdenes de invasión ilegal (soldados rasos), pese a que sí se sabía qué organización (SS, SA, Gestapo), qué división, pelotón, etc. se había “encargado” de tales o cuales matanzas, fusilamientos, limpiezas étnicas, etc. Por ello, el camino para su imputación pasaba por la *membership*, por su participación voluntaria en el marco de la interacción perteneciente a dicha organización o institución inícuca (algo que, por cierto, se advierte como la lógica de imputación básica por el delito de organización criminal conforme a la Convención de Palermo de 2000).

Aquí, las circunstancias son distintas: de momento, se presenta difícil —cuando no imposible— arrestar a Vladimir Putin y a sus principales acólitos políticos y/o militares (miembros, todos ellos, de la geróntica cúpula del Kremlin). Empero, sí se pueden identificar sin mayores problemas a los ejecutores directos y a

los mandos medios que están conduciendo el delito en el territorio soberano de Ucrania (todo ello, gracias a la tecnología de hoy en día como los GPS, sistemas de reconocimiento facial, satélites espías, incluso las cámaras de los teléfonos móviles, etc.). De ahí que sus respectivas causas penales —sea que se diluciden ante la justicia penal ucraniana, o ante la CPI o ante tribunales nacionales de terceros Estados en ejercicio de su jurisdicción universal, sea ello por delito de lesa humanidad, o de genocidio o de crímenes de guerra— sirvan también para ir determinando y dilucidando el grado de intervención y responsabilidad de los jefes del Kremlin (así como de Bielorrusia y de Irán). Algo similar a lo que se hiciera —en sus inicios— por parte de los jueces del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, procesando primero a los soldados rasos o ejecutores directos para, a partir de allí, compilar el acervo probatorio y construir las imputaciones de los jefes (Karadzic, Mladic, Milosevic, entre otros) (Stuart y Simons, 2021, p. 94).

Por ello, entendemos muy relevante que el estatuto del proyectado tribunal, además de habilitar el juicio en ausencia de los imputados, tipifique al delito de agresión internacional del mismo modo que lo hacía el ETMI (en su art. 6 como crimen contra la paz), de forma tal que (aprovechando la magnífica actuación y estrategia desplegada por la fiscalía general ucraniana sobre todo en materia de prueba) se puedan acumular los autos y transferir la prueba diligenciada en procesos contra ejecutores directos y mandos medios tanto ante la jurisdicción ucraniana como ante la Corte Penal Internacional y ante otros tribunales penales nacionales, la que pasaría a integrar a los respectivos procedimientos ante el tribunal penal internacional *ad hoc* o híbrido, facilitando la imputación (y prueba) de los principales jefes civiles y militares y otros mandos medios directamente subordinados a ellos.

Nos consta que lo propuesto en estas páginas conlleva una tarea difícil, incluso titánica, pero es el único camino correcto, el único modo de no sucumbir ante la indiferencia (sic Elie Wiesel). Quizás no haya mejores palabras para explicar esto que las escogidas por la laureada escritora Sofi Oksanen (2024):

Durante los últimos años he oído numerosos discursos de expertos sobre lo complicado que es probar las violaciones genocidas, lo difícil que es condenarlas, lo complejo que resulta probar que forman parte del genocidio. Lo comprendo, igual que entiendo lo costosos que pueden ser los juicios y las numerosas horas de trabajo que requieren, pero no puedo dejar de preguntarme por qué esta dificultad probatoria parece ser prácticamente la única narrativa del caso en el debate público de Occidente. Existen muchos tipos de justicia. Propiciar que la

voz de las víctimas forme parte del debate público también es justicia, las manifestaciones de apoyo también son justicia, condenar la intimidación y la culpabilización de las víctimas también es justicia. Si la narrativa pública se centra en la complejidad jurídica de probar una violación genocida, o en la dificultad de castigar a los culpables, ¿qué mensaje reciben las víctimas? ¿Qué mensaje recibe Rusia? ¿Qué mensaje reciben los testigos? ¿qué son casos complicados? ¿Tan complicados que ni siquiera merece la pena denunciar? Si ése es el punto de vista predominante, se está culpabilizando a la víctima de forma implícita, como si la responsabilidad probatoria recayera sobre ella. Las víctimas no son casos complicados. Rusia es el caso complicado. (p. 25)

Bibliografía

- Abely, C. (2023). *The Russia Sanctions. The Economic Response to Russia's Invasion of Ukraine*. Cambridge University Press.
- Aparisi Miralles, A. (2007). *Derecho a la paz y derecho a la guerra en Francisco de Vitoria*. Comares.
- Arbuet-Vignali, H. (2023). *La agresión de Rusia a Ucrania. El fracaso de las Naciones Unidas, caída y superación del Derecho Internacional. Reflexiones y propuestas de cambios*. Fondo de Cultura Universitaria.
- Barriga, S. y Kreß, C. (2011). *The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression*. Cambridge University Press.
- Bellamy, A. J. (2023). *Warmonger. Vladimir Putin's imperial war*. Agenda Publishing Limited.
- Benedicto XVI. (25 de diciembre de 2005). *Carta encíclica Deus Caritas Est*. Libreria Editrice Vaticana.
- Charap, S., Massicot, D., Priebe, M., Demus, A., Reach, C., Stalczynski, M., Han, E. y Davis, L. E. (2021). *Russian Grand Strategy. Rhetoric and Reality*. Rand Corp.
- Cruz Prados, A. (1991). Para un concepto de “guerra” de una filosofía de “paz”. Actualidad del pensamiento de Vitoria. *Anuario de Filosofía del Derecho*, VIII, 220-243.
- Cruz Prados, A. (2003). *La razón de la fuerza*. Pearson.
- D’Ors, A. (1954). *De la guerra y de la Paz*. Rialp.
- Díaz Narváez, A. (2023). La respuesta de la Unión Europea a la invasión rusa de Ucrania: las medidas sancionadoras. En Regueiro Dubra, R. (Coord.), *La agresión de Rusia contra Ucrania. Neo-Imperialismo de Putin vs. Ordenamiento internacional* (pp. 91-158). Tirant lo Blanch.
- Drozdov, E. y Drozdova, O. (2023). Legal War with Russia and Cooperation with the International Criminal Court: Organisational, Jurisdictional and Criminal Procedure Aspects. En González Beilfuss, C., Navarro-Michel, M. y Fernández Pons, X., (Dirs.), *Impactos de la Guerra de Ucrania* (pp. 95-128). Tirant lo Blanch.
- Fernández Pons, X. (2023). El rol de la Corte Penal Internacional (CPI) ante la guerra de Ucrania. En González Beilfuss, C., Navarro-Michel, M. y Fernández Pons, X. (Dirs.), *Impactos de la Guerra de Ucrania* (pp. 69-94). Tirant lo Blanch.
- Fench, H. W. (2023). Why Ukraine’s War Is Not a Priority for the Global South. *Foreign Policy*.

- <https://foreignpolicy.com/2023/09/19/unga-ukraine-zelensky-speech-russia-global-south-support/>.
- Finocchiaro, E. (2016). *El Derecho Penal Internacional. Despliegue punitivo de la Comunidad Internacional*. Hammurabi.
- Finucane, B. y Pomper, S. (8 de mayo de 2023). Can Ukraine Get Justice Without Thwarting Peace? *Foreign Affairs*. <https://www.foreignaffairs.com/ukraine/russia-ukraine-justice-thwarting-peace>.
- Fiumara, F. (17 de julio de 2019). Juicios en ausencia. ¡Presente! *La Nación*. <https://www.lanacion.com.ar/opinion/juicios-ausencia-presente-nid2268743/>.
- Freedman, L. y Michaels, J. (2019). Aggression and Retaliation. En *The Evolution of Nuclear Strategy* (4ª ed.). Palgrave Macmillan.
- Gaita, R. (2005). Refocusing Genocide: A Philosophical Responsibility. En Roth, J. (Ed.), *Genocide and Human Rights. A Philosophical Guide* (pp. 153-166). Palgrave Macmillan.
- Gillies, P. (1997). *Criminal Law* (4ª ed.). Law Book Co. of Australasia.
- Guilfoyle, D. (2015). *International Criminal Law*. Oxford University Press.
- Hathaway, O. (2022). *The Case for Creating an International Tribunal to Prosecute the Crime of Aggression against Ukraine (part. I)*. Just Security Org. <https://www.justsecurity.org/83117/the-case-for-creating-an-international-tribunal-to-prosecute-the-crime-of-aggression-against-ukraine/>.
- Heller, K. J. (2011). *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law*. Oxford University Press.
- Henderson, S. (2023). *Atrocity Crimes and International Law: Responsibility to Protect, Intercession, and Non-Forceful Responses*. Routledge.
- Ingerflom, C. (2022). *El dominio del amo. El estado ruso, la guerra con Ucrania y el nuevo orden mundial*. Fondo de Cultura Económica.
- International Court of Justice. (26 de febrero de 2007). *Case concerning the application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia & Herzegovina vs. Serbia and Montenegro)*, No. I.C.J. Rep.43.
- Jackson, R. (1946). *Opening Address for the United States, International Military Tribunal*. United States Government Printing Office.
- Karaganov, S. (8 de febrero de 2022). *It's not Really about Ukraine*. RT. <https://www.rt.com/russia/548630-decades-long-standoff-nato/>.
- Kasparov, G. y Khodorkovsky, M. (20 de enero de 2023). Don't Fear Putin's Demise. Victory for Ukraine, Democracy for Russia. *Foreign Affairs*.
- Kimmage, M. y Lipman, M. (13 de enero de 2023). Wartime Putinism. What the Disaster in Ukraine Has Done to the Kremlin and to Russia. *Foreign Affairs*.
- Lemkin, R. (2015). El genocidio soviético en Ucrania. En *Genocidio –escritos–*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Macleod, C. (2010). Towards a Philosophical Account of Crimes against Humanity. *The European Journal of International Law*, 21(2), 281-302.
- Marcu, S. (2021). *Geopolítica de Rusia y Europa Oriental*. Síntesis.
- May, L. (2005). *Crimes against Humanity*. Cambridge University Press.
- May, L. (2008). *Aggression and Crimes against Peace*. Cambridge University Press.
- May, L. (2013). *Limiting Leviathan: Hobbes on Law and International Affairs*. Oxford University Press.

- Milakovsky, B. (31 de marzo de 2022). Putin's Pyrrhic Victory. Russia's Setbacks in Eastern Ukraine Show Why It Can't Win the Wider War. *Foreign Affairs*. <https://www.foreignaffairs.com/articles/ukraine/2022-03-31/putins-pyrrhic-victory>.
- Oksanen, S. (2024). *Dos veces en el mismo río. La guerra de Putin contra las mujeres*. Salamandra.
- Olásolo Alonso, H. (2013). *Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional*. En *homenaje al Prof. Augusto Ramírez Ocampo*. Tirant lo Blanch.
- Pawlik, M. (2018). ¿Pena o combate de peligros? Los principios del Derecho Internacional Penal Alemán ante el foro de la teoría de la pena. En Falcone, A., Polaino-Orts, M., Eckstein, K. y Cancho Espinal, C. (Coords.), *Autores detrás del autor. Homenaje al Prof. Dr. Dres. h.c. Friedrich-Christian Schroeder* (pp. 73-92). Ad-Hoc.
- Pawlik, M. (2022). El delito, ¿lesión de un bien jurídico? En Lerman, M. y Días, I. (Coords.), *Derecho penal y libertad. Diez contribuciones de Michael Pawlik y un análisis a partir de su obra* (pp. 143-162). Editores del Sur.
- Pereira Garmendia, M. (2016). *Responsabilidad penal por los delitos atroces. Genocidio y Lesa Humanidad*. BdeF.
- Pereira Garmendia, M. (2023). La responsabilidad de Vladimir Putin y asociados: ¿Es posible hacerles rendir cuentas ante la justicia por la invasión a Ucrania? En Pereira Garmendia, M. (Dir.), *La invasión de la Federación Rusa a Ucrania. Cuadernos de Seguridad Internacional y Derecho Penal Internacional* (Tomo 1, pp. 285-351). BdeF.
- Pinker, S. (2018). *Los ángeles que llevamos dentro. El declive de la violencia y sus implicaciones*. Paidós.
- Plokhly, S. (2022). *Las puertas de Europa. Pasado y presente de Ucrania*. Península.
- Remiro Brotons, A. (2022). El crimen de agresión. En Martínez Jiménez, A. (Dir.), *Derecho penal internacional. Evolución histórica, régimen jurídico y estudio de casos* (pp. 263-287). Aranzadi.
- Robinson, D. (2020). *Justice in Extreme Cases. Criminal Law Theory Meets International Criminal Law*. Cambridge University Press.
- Sagan, S. y Waltz, K. (2012). *The Spread of Nuclear Weapons: an Enduring Debate*. WW Norton & Co.
- Scharf, M. (2010). Seizing the Grotian Moment: Application of Joint Criminal Enterprise Liability to the Proceedings of the Cambodia Genocide Tribunal. En Smeulers, A. (Ed.), *Collective violence and International Criminal Justice. An Interdisciplinary Approach* (pp. 80-103). Intersentia.
- Smith, B. (1982). *The American Road to Nuremberg: the documentary Record 1944-45*. Hoover Institution Press.
- Stuart, H. y Simons, M. (2021). *El fiscal y el juez. Benjamin Ferencz y Antonio Cassese*. Berg Institute.
- Trahan, J. (2020). *Existing Legal Limits to Security Council Veto Power in the Face of Atrocity Crimes*. Cambridge University Press.
- Van Sliedregt, E. (2012). *Individual Criminal Responsibility in International Law*. Oxford University Press.
- Vázquez Rodríguez, B. (2017). *La responsabilidad de proteger: entre imperativo moral y norma jurídica*. Ediciones de la Universidad de Oviedo.
- Vitoria, F. F. (1952). *Comentarios a la Secunda secundae de Santo Tomás*, (Vol. III, a.1 núm. 7). Beltrán de Heredia.
- Vitoria, F. F. (1976). *Relecciones sobre los indios y el derecho de la guerra* (3ª ed.). Espasa-Calpe.
- Vitoria, F. F. (1981). *Relectio de iure belli o paz dinámica*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

- United Nations General Assembly (XVI). (2005). *World Summit Outcome*. https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_60_1.pdf.
- Walt, S. (2022). Liberal Illusions Caused the Ukraine Crisis. The greatest tragedy about Russia's potential invasion is how easily it could have been avoided. *Foreign Policy*, 1(22). <https://foreignpolicy.com/2022/01/19/ukraine-russia-nato-crisis-liberal-illusions/>.
- Weigend, G. (2020). *La absolución del Sr. Bemba: ¿Un atajo a la justicia? El caso Bemba y la responsabilidad del mando*. Comentarios y traducción de la sentencia de apelación. Tirant lo Blanch.

ENTRE EL FORMALISMO JURÍDICO EN LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA Y LOS PRINCIPIOS ELEMENTALES DE HUMANIDAD: EL CASO DE SUDÁFRICA CONTRA ISRAEL

Libia Arenal Lora

Universidad de Sevilla
marenal@us.es

Recibido: 17/04/2024

Aceptado: 14/05/2024

Resumen

Este trabajo tiene como objeto analizar el caso presentado por Sudáfrica contra Israel ante al Corte Internacional de Justicia relativo a la aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Crimen de Genocidio en la Franja de Gaza, en particular la indicación de la suspensión de las operaciones militares y la respuesta ofrecida por la Corte a este respecto, que ha ido oscilando entre el formalismo jurídico y la aplicación de los principios elementales de humanidad.

Palabras: genocidio, Corte Internacional de Justicia, medidas provisionales, suspensión de operaciones militares.

Between the Legal Formalism in the Application of Provisional Measures by the International Court of Justice and the Elementary Principles of Humanity: The Case of South Africa against Israel

Abstract

This article analyzes the procedure for requesting and ordering provisional measures in the South Africa versus Israel case regarding the application of the Convention on the Prevention

and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip in order to infer the reasons why the International Court of Justice has not considered or ruled on this provisional measure and to state what possibilities South Africa has to request these measures again if new facts or circumstances arise in March 2024.

Key words: genocide, International Court of Justice, provisional measures, suspension of military operations.

1. Introducción

El conflicto más longevo en Oriente Próximo es el árabe-israelí, ya que su inicio se remonta al año 1948, poco después de que la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptara la Resolución 181 (II) el 29 de noviembre de 1947, en la que estableciera la partición de Palestina en dos Estados, un Estado judío y un Estado árabe, y una zona bajo régimen internacional particular para la ciudad de Jerusalén.

Desde entonces, se han sucedido diferentes conflictos de distinta intensidad y alcance, que han tenido como resultado la ampliación de las zonas ocupadas por Israel y la desconexión territorial de Cisjordania y Gaza, el desplazamiento masivo de población palestina y el establecimiento de un sistema de ocupación por parte de Israel que ha sido calificado como un régimen de *apartheid*.¹

En este contexto, las iniciativas de paz que se han puesto en marcha, en particular los Acuerdos de Oslo (1993), firmados entre Isaac Rabin y Yasser Arafat —que fueron considerados un hito histórico debido a que implicaban, por un lado, el reconocimiento mutuo del Estado de Israel y de la Organización para la Liberación de Palestina (OLP) y, por otro lado, el acuerdo de devolver a los palestinos la mayor parte del territorio ocupado en la Guerra de los Seis Días (1967)—, resultaron ser un estrepitoso fracaso.

El año 2006 fue un punto de inflexión en la historia de este conflicto, ya que la victoria de Hamás en las elecciones generales de Palestina supuso el desencadenamiento de una crisis política y la ruptura de la unidad nacional, el bloqueo total de Israel sobre la Franja y las tres grandes escaladas del conflicto que han tenido lugar hasta la fecha sobre este territorio: la del año 2008, Operación Plomo Fundido, que fue un asalto masivo de 22 días a la Franja; Operación Margen Protector (2014), que se prolongó casi 50 días; y finalmente la que ha comenzado el 7 de octubre de 2023, que ha tenido su origen en la incursión

1 Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the situation of Human Rights in the Palestinian territories occupied since 1967 (A/HRC/49/87) 21th March 2022.

terrestre a gran escala en Israel por parte de Hamás, capturando a cientos de rehenes y matando a miles de civiles israelíes, y que ha dado lugar a una respuesta sin precedentes por parte de Israel que le ha declarado la guerra total a Hamás.

Este último conflicto en la Franja de Gaza ha dejado, desde su fecha de inicio hasta la actualidad, una cifra superior a los 30000 palestinos muertos a manos de las fuerzas armadas de Israel,² de los que al menos el 70% son mujeres y niños,³ además de la desaparición de al menos 7000 palestinos, que continúan presuntamente muertos bajo los escombros.⁴ Más de 1800 familias palestinas de Gaza han perdido a varios de sus miembros⁵ y cientos de familias multigeneracionales han sido aniquiladas, sin que queden supervivientes: madres, padres, hijos, hermanos, abuelos, tías, primos, a menudo asesinados todos juntos.⁶ Los ataques de Israel han dejado, asimismo, cerca de 60000 palestinos heridos y mutilados,⁷ de nuevo, la mayoría mujeres y niños.⁸ Todo ello, en unas circunstancias en las que el sistema sanitario está prácticamente colapsado.

Se calcula que más de 1,9 millones de palestinos de los 2,3 millones de habitantes de Gaza —aproximadamente el 85% de la población, que incluye también a heridos y enfermos— se han visto obligados a abandonar sus hogares y a desplazarse internamente. Los desplazamientos obedecen a las sucesivas “órdenes de evacuación” por parte de Israel que han dirigido un movimiento de población sin precedentes del Norte al Sur de Gaza y que son, de acuerdo con Comité Internacional de la Cruz Roja, contrarias al derecho internacional humanitario (DIH).⁹ Las rutas de evacuación han sufrido ataques y en ellas se han producido asesinatos y otros actos de violencia por parte del Ejército. Para muchos palestinos, la evacuación forzosa de sus hogares será necesariamente permanente debido a la magnitud de la destrucción. Se calcula que Israel ha dañado o destruido el 60% de todo el parque de viviendas de Gaza sin contar con el nivel de destrucción e inutilización de todo tipo de infraestructuras civiles, desde centrales eléctricas hasta desalinizadoras. Los desplazamientos han

2 United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs [OCHA] (9 de enero de 2023). Las estadísticas de este discurso están actualizadas hasta el 9 de enero de 2023.

3 OCHA (6 de enero de 2024).

4 OCHA (3 de enero de 2024).

5 OCHA (5 de enero de 2024).

6 Save the Children (7 de noviembre de 2023).

7 OCHA (9 de enero de 2023).

8 OCHA (27 de diciembre de 2023).

9 International Committee of The Red Cross (13 de octubre de 2023).

provocado un aumento vertiginoso de la densidad de la población en el sur, lo que lleva a que los ataques armados sean muchos más letales y la población esté expuesta a enfermedades de carácter contagioso, que aumentan por la falta de salubridad.¹⁰

La mayoría de los 1,9 millones de palestinos desplazados en Gaza buscan refugio en instalaciones de la Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados de Palestina en Oriente Próximo (UNRWA, por sus siglas en inglés), que consisten principalmente en escuelas y tiendas de campaña, lugares que no son seguros en sí mismos y que están al borde del colapso. La situación de la UNRWA es insostenible, pero es mucho peor la situación de los palestinos que no encuentran refugio y deben permanecer sin cobijo; solo en la zona de Rafah, al lado de la frontera con Egipto, ya viven más de 12000 palestinos por kilómetro cuadrado.¹¹

El 9 de octubre de 2023, Israel declaró un “asedio total” a Gaza, por el que no permitía el suministro de electricidad, la entrada de alimentos, agua ni combustible. Aunque el asedio se ha aliviado parcialmente desde entonces y, a partir del 21 de octubre de 2023, se ha permitido la entrada de algunos camiones de ayuda, sus consecuencias son alarmantes por la insuficiencia de la ayuda humanitaria y por el nivel de destrucción de infraestructuras civiles. A pesar de que la resolución 2720 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 22 de diciembre de 2023,¹² exigió que “las partes en el conflicto permitan y faciliten el uso de todas las rutas disponibles hacia y a través de toda la Franja de Gaza, incluidos los pasos fronterizos” y solicitó “que el Coordinador establezca rápidamente un mecanismo de las Naciones Unidas para acelerar el suministro de envíos de ayuda humanitaria”, no aborda adecuadamente los “cuatro elementos” que el secretario general de las Naciones Unidas considera necesarios para permitir una ayuda eficaz, capaz de asistir a los palestinos de Gaza: seguridad, personal, logística y reapertura de las actividades comerciales. Esto ha llevado a que la vida de los palestinos de Gaza sufra una situación de riesgo real por falta extrema de alimentos e inanición; el Programa Mundial de Alimentos (PMA) ha informado que los palestinos de Gaza sólo disponen de 1,5 a 1,8 litros de agua limpia por persona y día para todos los usos —bebida,

10 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, *Application instituting proceedings and request for the indication of provisional measures*, 29 de diciembre de 2023, párrs. 61-70 (en adelante, *South Africa v. Israel, Provisional Measures*), párrs. 55-60.

11 *Ibidem*, párrs. 71-75.

12 Resolución 2720 (2023), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 9520ª sesión, celebrada el 22 de diciembre de 2023.

lavado, preparación de alimentos, saneamiento e higiene—, muy por debajo del umbral de emergencia de 15 litros diarios para contextos de guerra o hambruna; la falta de agua impacta de manera exacerbada sobre las madres y lactantes. Igual de preocupantes pueden ser las consecuencias de los planes israelíes de inundar los túneles de Gaza con agua de mar debido al riesgo de colapso de la infraestructura de agua y alcantarillado, de contaminación duradera del acuífero y del suelo de Gaza, lo que la dejaría sin agua potable, devastaría la poca agricultura posible y arruinaría las condiciones de vida de todos sus habitantes. Los expertos que analizan la situación en el terreno predicen que pueden morir más palestinos de hambre y enfermedades que de ataques aéreos.¹³

Israel ha declarado una “guerra sin cuartel” contra el sistema sanitario de Gaza. El ejército israelí ha atacado y asediado hospitales y centros sanitarios, privándolos de la electricidad y el combustible cruciales para mantener un funcionamiento y un equipamiento eficaces, impidiendo recibir suministros médicos, alimentos y agua, forzando su evacuación y cierre y destruyéndolos. Se han producido más de 238 ataques contra el sistema sanitario en Gaza, en los que más de 61 hospitales y otras instalaciones sanitarias han resultado dañados o destruidos. Los enfermos y los heridos no pueden ser atendidos por falta de personal y suministros —incluidos anestésicos, analgésicos, medicamentos y desinfectantes—, lo que genera un enorme sufrimiento humano. Las acciones de Israel están impactando especialmente sobre las mujeres embarazadas, recién nacidos y bebés. Se estima que, aproximadamente, 7729 niños han muerto y 4700 están desaparecidos, 5500 palestinas embarazadas que dan a luz cada mes en Gaza lo hacen en condiciones inseguras, se están realizando histerectomías a mujeres jóvenes en un intento de salvar sus vidas, los nacimientos prematuros habrían aumentado entre un 25% y un 30% y un número cada vez mayor de bebés palestinos de Gaza mueren por causas totalmente evitables, provocadas por las acciones de Israel.

La relatora especial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra las mujeres y las niñas, sus causas y consecuencias, ha advertido expresamente de que:

[T]he reproductive violence inflicted by Israel on Palestinian women, newborn babies, infants, and children could be qualified as [...] acts of genocide under Article 2 of the Convention on the Prevention of Genocide [...] including “imposing measures intended to prevent births within a group”. “States must prevent and punish such acts in accordance with their responsibilities under the Genocide Convention. (Naciones Unidas, 2023, párr. 10)

13 *South Africa v. Israel*, Provisional Measures, 29 December 2023, párrs. 61-70.

Además de los ataques ya citados contra viviendas, barrios, hospitales, sistemas de abastecimiento de agua, infraestructuras eléctricas y de comunicación, tierras agrícolas, panaderías y molinos, Israel también ha atacado todo el sistema civil y cultural que sostiene la vida en Gaza. El nivel de destrucción de los edificios que albergan las instituciones estatales y gubernamentales, universidades, escuelas, patrimonio cultural y religioso histórico, mezquitas e iglesias es incalculable. Asimismo, los asesinatos y las muertes han afectado a todos y cada uno de los estratos sociales: periodistas, profesores, intelectuales y figuras públicas, médicos y enfermeras, cineastas, escritores y cantantes, directores y decanos de universidades, jefes de hospitales, eminentes científicos, lingüistas, dramaturgos, novelistas, artistas y músicos. De este modo, Israel está destruyendo el tejido y la base de la vida palestina en Gaza y, por tanto, está imponiendo deliberadamente al grupo palestino de Gaza unas condiciones de vida calculadas para provocar su destrucción.¹⁴

En el marco del contexto descrito, Sudáfrica presentó ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ), el 29 de diciembre de 2023, una demanda en contra del Estado de Israel sobre la base de los artículos 36 (1) y 40 de su Estatuto (ECIJ) y del artículo IX de la Convención para la sanción y prevención del crimen de genocidio de 1948 (Convención sobre el Genocidio). La demanda contenía una solicitud de indicación de medidas provisionales, de conformidad con el artículo 41 del Estatuto de la Corte y los artículos 73, 74 y 75 del Reglamento de la Corte, con el fin de proteger contra un daño mayor, grave e irreparable los derechos del pueblo palestino en virtud de la Convención sobre el Genocidio y garantizar el cumplimiento por parte de Israel de sus obligaciones en virtud de la misma convención de no cometer genocidio, así como de prevenirlo y castigarlo.

Sudáfrica solicitó que la CIJ adoptara nueve medidas provisionales, siendo la primera y más significativa que el Estado de Israel suspendiera inmediatamente sus operaciones militares en Gaza y contra Gaza.¹⁵ A pesar de que la Corte ha ordenado que Israel adopte seis medidas, ni ha ordenado ni se ha pronunciado sobre esta primera medida.

14 Ibidem, párrs. 88-94.

15 Ibidem, E. Provisional Measures Requested, (1) "The State of Israel shall immediately suspend its military operations in and against Gaza", párr. 144.

2. Las condiciones sobre la procedencia de las medidas provisionales: las alegaciones de las partes y la decisión de la Corte Internacional de Justicia

2.1 El *ius standi* de Sudáfrica

Sudáfrica se ha presentado ante la Corte con una demanda en la que acusa al Estado de Israel de haber incumplido obligaciones internacionales *erga omnes partes* dimanantes de la Convención sobre el Genocidio y lo ha hecho alegando que tiene legitimación para hacerlo, ya que, como Estado parte de la Convención, tiene la obligación de prevenir el genocidio a pesar de que no sea un Estado directamente afectado. Sudáfrica, por lo tanto, argumentado que tiene *prima facie ius standi* ante la CIJ, ha invocado la responsabilidad internacional del Estado de Israel con el fin de determinar el supuesto incumplimiento de sus obligaciones en relación con la prevención y la sanción del crimen de genocidio.¹⁶

Israel no ha impugnado la legitimación activa de Sudáfrica en sus alegaciones orales y la Corte ha querido recordar que en la decisión precedente en el caso *Gambia c. Myanmar relativo a la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, en el que también se invocó el artículo IX de la Convención, ya observó que todos los Estados parte tenían un interés común en el cumplimiento de sus obligaciones dimanantes, por lo que cualquiera de ellos, sin distinción, podría invocar la responsabilidad de otro Estado parte por un supuesto incumplimiento, incluso mediante la incoación de un procedimiento ante la CIJ.¹⁷

El Tribunal ha concluido en su decisión sobre medidas provisionales que Sudáfrica está legitimada *prima facie* para someterle el litigio contra Israel relativo a las supuestas violaciones de las obligaciones derivadas de la Convención sobre el Genocidio.¹⁸

2.2 La competencia *prima facie* de la Corte Internacional de Justicia

2.2.1 La existencia de una controversia

Sudáfrica fundamenta la competencia de la CIJ en el artículo 36 (1) del Estatuto de la Corte y en el artículo IX de la Convención sobre el Genocidio. Si bien el artículo 36 indica que, con carácter general, la competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos

16 Ídem.

17 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ. Reports 2022 (II), pp. 516-517, párrs. 107-108 y 112.

18 *South Africa v. Israel*, Provisional Measures, Order 26 January 2024, párr. 34.

previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes, el artículo IX de la Convención exige la existencia de una controversia entre las partes relativas a la interpretación, aplicación o cumplimiento del tratado.¹⁹

La jurisprudencia de la CIJ ha afirmado que una controversia entre partes se refiere a un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, una contradicción, una oposición de tesis jurídicas o de intereses de las partes²⁰ y que tal desacuerdo u oposición positiva de una parte a la pretensión de la otra no debe necesariamente manifestarse *expressis verbis*, si no que la posición o la actitud de una parte puede establecerse por inferencia.²¹ A este respecto, Sudáfrica ha argumentado en su demanda que, efectivamente, existía una controversia entre las partes relativa a la interpretación y aplicación de la Convención sobre el Genocidio, que podía inferirse de las manifestaciones públicas que Sudáfrica había venido realizando en diferentes contextos y foros desde el 30 de octubre de 2023, expresando su preocupación por las consecuencias de las acciones y omisiones de Israel y porque ellas pudieran constituir un genocidio. Solo por nombrar alguna de ellas, Sudáfrica, en el momento de presentar la demanda, ya había acusado a Israel de participar en actos genocidas ante varios de los órganos principales de las Naciones Unidas, como son el Consejo de Seguridad (CS) y la Asamblea General (AG), así como en otros foros públicos multilaterales. Sudáfrica había llevado a cabo una gestión diplomática ante Israel advirtiéndole de que consideraba su conducta como genocida y, de manera simultánea,

19 Artículo IX de la Convención sobre el Genocidio establece que: “Las controversias entre las Partes Contratantes relativas a la interpretación, aplicación o cumplimiento del presente Convenio, incluidas las relativas a la responsabilidad de un Estado por genocidio o por cualquiera de los demás actos enumerados en el artículo III, serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia a petición de cualquiera de las partes en la controversia”.

20 En el caso de las Islas Marshall contra Reino Unido relativo a las obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear, la Corte recordó que los artículos 36 (2) y 38 del Estatuto indican la existencia de una controversia entre las partes como condición para poder ejercer su competencia, y señaló la definición que destiló la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) en el asunto de las Concesiones Mavrommatis en Palestina, según la cual una controversia es “un desacuerdo sobre un punto de hecho o de derecho, un conflicto de puntos de vista legales o de intereses entre partes”. En esta misma línea se pronunció en el caso *Gambia v. Myanmar*, *Provisional Measures*, Order of 23 January 2020, p. 13, párr. 27, citando el caso *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*, *Preliminary Objections*, Judgment, ICJ Reports 1998, “a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or interests”.

21 *The Gambia v. Myanmar*, *Provisional Measures*, Order of 23 January 2020, p. 13, párr. 27, citing *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*, *Preliminary Objections*, Judgment, ICJ Reports 1998, p. 315, párr. 89.

había pedido a la Corte Penal Internacional que investigara enérgicamente los delitos tipificados en la Convención sobre el Genocidio cometidos por Israel en la Franja de Gaza, acusándolo, entre otras cosas, de atacar deliberadamente a civiles, provocar intencionadamente el hambre y obstaculizar el socorro.²² En opinión de Sudáfrica, la controversia entre las partes había cristalizado como una cuestión de derecho para el 6 de diciembre de 2023, fecha en la que Israel confirmó, a través de un documento ministerial de carácter público, la negación oficial e inequívoca de que estuviera cometiendo un genocidio en Gaza.²³

En sus alegaciones orales, Sudáfrica indicó que esta cuestión relativa a la cristalización de una controversia entre partes ha sido abordada por la CIJ en casos precedentes, en el marco del trámite procesal de excepciones preliminares y que, aunque haya adoptado generalmente un enfoque flexible en esta materia, ha establecido una serie de criterios para determinar efectivamente la existencia de una controversia: (a) debe demostrarse que la pretensión de una parte cuenta con la oposición positiva de la otra; (b) la fecha para determinar la existencia del litigio es la fecha de la solicitud, pero pueden tenerse en cuenta conductas posteriores; y (c) la existencia del litigio debe determinarse mediante una apreciación objetiva de los hechos.²⁴

De esta manera, con arreglo a los argumentos presentados por Sudáfrica, la controversia entre las partes existía al momento de presentarse la demanda y afectaba tanto al cumplimiento de Sudáfrica de su propia obligación de prevenir el genocidio como al cumplimiento por parte de Israel de sus obligaciones de no cometer genocidio, prevenirlo y castigarlo, así como de reparar a sus víctimas y ofrecer seguridades y garantías de no repetición.²⁵

La negación de la existencia de una controversia por parte del Estado de

22 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, párrs. 13-17; *South Africa v. Israel, Provisional Measures Public sitting held on Thursday 11 January 2024*, párr. 12.

23 “*Hamas-Israel Conflict 2023: Frequently asked Questions*” State of Israel-Ministry of Foreign Affairs, documento actualizado el 8 de diciembre en el que se declara lo siguiente: “The accusation of genocide in these circumstances is not just legally and factually incoherent, it is obscene”. Disponible en: <https://www.gov.il/en/pages/swords-of-iron-faq-6-dec-2023>.

24 *South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections, Judgment*, ICJ Reports 1962, p. 328; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Preliminary Objections, Judgment*, ICJ Reports 2022, p. 502, párr. 64; *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment*, ICJ Reports 2016 (II) pp. 849- 850, párr. 39, en *South Africa v. Israel, Provisional Measures, Public sitting held on Thursday 11 January 2024*, párr. 14.

25 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, párr. 16.

Israel en sus alegaciones orales giró en torno a dos argumentos. El primero estuvo centrado en rebatir que de las manifestaciones unilaterales realizadas por Sudáfrica en diferentes foros multilaterales y judiciales pudiera inferirse la existencia de una controversia, ya que, haciendo igualmente uso de la jurisprudencia de la CIJ, alegaba que sería necesario para ello la presencia objetiva de algún elemento de compromiso, intercambio e interacción.²⁶ Israel ha querido fijar su postura respecto a esta cuestión definiendo las circunstancias relativas al establecimiento del posible desacuerdo entre las partes utilizando el término *undispute*.²⁷ El segundo argumento giró en torno a la descalificación del posible entablamiento de una negociación diplomática mediante el intercambio de las notas verbales, a la que acusa de tardía y de no haber propiciado una oportunidad razonable de respuesta antes de recurrir al litigio, sobre todo en un asunto de tal gravedad como una acusación de genocidio y, en particular, ante un tribunal de la categoría de la CIJ. Israel, en sus alegaciones orales, presentó la sospecha de que el intercambio de Notas fuera más bien una estrategia de Sudáfrica para demostrar la existencia de una disputa de acuerdo con los términos de la Convención sobre el Genocidio.²⁸

Por todo ello, Israel ha considerado que las afirmaciones unilaterales de Sudáfrica en su contra, en ausencia de cualquier interacción bilateral entre los dos Estados, antes de la presentación de la demanda no bastan para establecer la existencia de una controversia de conformidad con el artículo IX de la Convención sobre el Genocidio.

La Corte Internacional de Justicia en su decisión ha omitido, sin embargo, cualquier valoración sobre el intercambio bilateral a través de las notas diplomáticas y ha valorado, sin embargo, las declaraciones públicas realizadas por Israel en diversos contextos multilaterales y bilaterales en los que había expresado su opinión de que, a la luz de la naturaleza, el alcance y la extensión de las operaciones militares de Israel en Gaza, las acciones de Israel equivalían a

26 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Public Sitting 12 January 2024 (verbatim record), Prima Facie Jurisdiction, p. 25, párr. 12. Véanse también los siguientes casos: *South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections*, Judgment, ICJ Reports 1962, p. 328; *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections*, Judgment, ICJ Reports 2011 (I), p. 85, párr. 31; *Marshall Islands v. United Kingdom, Jurisdiction and Admissibility*, Judgment, ICJ Reports 2016 (I), p. 851, párr. 43.

27 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Public Sitting (verbatim record), Prima Facie Jurisdiction, p. 26, párr. 19.

28 *Ibidem*, párr. 26.

violaciones de sus obligaciones en virtud de la Convención sobre el Genocidio; además, la CIJ ha señalado que Israel rechazó expresamente cualquier acusación de genocidio en el contexto del conflicto en Gaza en el documento publicado por el Ministerio de Asuntos Exteriores israelí, el 6 de diciembre de 2023, que posteriormente fue actualizado y reproducido en el sitio web de las Fuerzas de Defensa de Israel, el 15 de diciembre de 2023, bajo el título “La guerra contra Hamás: Respondiendo a sus preguntas más apremiantes”, mencionado por Sudáfrica en su demanda.²⁹

A la luz de lo anterior, el Tribunal ha concluido que los elementos mencionados han sido suficientes en esta fase para establecer *prima facie* la existencia de una controversia entre las partes relativa a la interpretación, aplicación o cumplimiento de la Convención sobre el Genocidio.³⁰

2.2.2 Los hechos y las circunstancias imperantes que exigen la indicación de las medidas en relación con la Convención sobre el Genocidio

La Corte Internacional de Justicia, para conocer si está facultada para indicar medidas provisionales, debe establecer en esta fase del procedimiento si parece posible que los actos y omisiones denunciados por el demandante pueden estar comprendidos en el ámbito de aplicación material de la Convención sobre el Genocidio,³¹ y basta con que al menos algunos de los actos denunciados puedan estarlo.³² Esta cuestión es relevante porque la CIJ, en esta fase, no entra a conocer sobre el fondo del asunto, no resuelve si Israel está o no está incumpliendo sus obligaciones en relación con la Convención, solo decide si los hechos y las circunstancias relevan la necesidad de tomar medidas para proteger los derechos en cuestión de sufrir un riesgo irreparable hasta que la Corte tome una decisión definitiva sobre el caso.³³

Sudáfrica ha realizado en su demanda una minuciosa e informada descripción de todos aquellos actos y omisiones llevados a cabo por el Estado de Israel, sus más altos representantes, así como sus fuerzas armadas, en el marco del

29 *South Africa v. Israel, Provisional Measures, Order of 26 January 2024*, párrs. 26 y 27.

30 *Ibidem*, párr. 28.

31 *Ukraine v. Russian Federation, Provisional Measures, Order of 16 March 2022*, ICJ Reports 2022 (I), p. 219, párr. 29.

32 *The Gambia v. Myanmar, Provisional Measures, Order of 23 January 2020*, p. 14, párr. 30.

33 *Ukraine v. Russian Federation, Provisional Measures, Order of 16 March 2022*, ICJ Reports 2022 (I), p. 222, párr. 43.

ataque contra Gaza y ha intentado demostrar la existencia de una intención genocida, elemento subjetivo necesario para la calificación del crimen como tal. De acuerdo con la opinión del demandante, son actos de naturaleza genocida —que tiene cabida en el ámbito material del artículo II de la Convención sobre el Genocidio— los siguientes: matar a más de 30000 palestinos de Gaza; causar graves daños mentales y corporales; la evacuación forzosa y el desplazamiento de alrededor del 85% de los palestinos de Gaza; causar hambre, deshidratación e inanición generalizadas; no proporcionar y restringir la provisión de refugio, ropa, higiene o saneamiento adecuados; no atender o garantizar la atención de las necesidades médicas de los palestinos en Gaza; destruir la vida en Gaza; imponer medidas para evitar el nacimiento de niños en Gaza. De la misma manera, las acciones y omisiones de Israel descritas constituirían una violación de la obligación de prevenir y sancionar el genocidio contenida en el artículo I de la Convención.³⁴

Asimismo, Israel tampoco habría castigado el genocidio, la conspiración, la incitación directa y pública, la tentativa y la complicidad para cometer el crimen, todo ello, en contra de lo dispuesto en los artículos III y IV de la Convención sobre el Genocidio.

La narrativa de Sudáfrica sobre los acontecimientos que han sucedido en la Franja en los últimos meses contribuye a dibujar los contornos de un contexto que podría determinar la naturaleza genocida de las acciones y de las omisiones que son atribuibles al Estado de Israel.³⁵

De una parte, Sudáfrica encuadra los hechos ocurridos a partir del 7 de octubre de 2023 en la ocupación de más de siete décadas de los territorios palestinos, que incluyen Cisjordania y la Franja de Gaza. A pesar de que en el año 2005 Israel se “desenganchó” unilateralmente de Gaza, desmanteló sus bases militares y reubicó a los colonos israelíes, ha continuado ejerciendo un control efectivo sobre el espacio aéreo, terrestre, marítimo y pasos terrestres, así como sobre el suministro de agua, combustible, electricidad y alimentos, esfera electromagnética e infraestructura civil, además de algunas funciones gubernamentales clave.³⁶ Por esta razón, la comunidad internacional entiende que Gaza se encuentra bajo ocupación beligerante por parte de Israel.³⁷

34 *South Africa v. Israel, Provisional Measures, The Facts*, párrs. 18-107.

35 Hay que tener en cuenta que este artículo trabajó sobre la demanda presentada por Sudáfrica, y aunque ha actualizado algunos datos, se sostiene sobre ella que fue presentada en diciembre de 2023.

36 *South Africa v. Israel, Provisional Measures, The Facts*, párrs. 18-39.

37 Resolución del Consejo de Seguridad 1680 (2009), adoptada el 8 de enero de 2009: “(...) the Gaza

Este contexto de ocupación y asedio durante más de una década ha dejado a la población de Gaza en una situación de enorme fragilidad y vulnerabilidad, a lo que hay que sumar las secuelas de las dos escaladas anteriores al conflicto actual, las operaciones Plomo Fundido (2009) y Margen Protector (2014), en las que se produjeron, de acuerdo con los informes de expertos independientes y programas de las Naciones Unidas, graves violaciones de las normas DIH.³⁸ De otra parte, la presentación de los hechos que realiza Sudáfrica en la demanda permitiría inferir que el ataque armado a gran escala, que ha llevado a cabo Israel contra la Franja de Gaza en el marco del último conflicto, ha creado un contexto *de facto* que permite establecer la naturaleza genocida de los actos descritos, ya que, considerados todos y cada uno de ellos en conjunto y no individualmente, producirían necesariamente circunstancias calculadas para provocar la destrucción física de los palestinos de Gaza. Dicho de otra forma, el ataque armado sería instrumental a la destrucción de una parte sustancial de los palestinos de Gaza,³⁹ que son un parte importante del pueblo palestino.⁴⁰ Analizados desde esta óptica, los hechos descritos serían distintos de otras violaciones del derecho internacional perpetradas por el Estado de Israel en la Franja, como son los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, aunque a menudo exista una estrecha relación entre todos estos actos.⁴¹

Por consiguiente, todas las acciones y omisiones perpetradas por Israel en y durante las operaciones militares, tomadas en consideración individual y colectivamente, formarían un patrón calculado de conducta del que podría inferirse la comisión —o al menos un riesgo grave e inminente— de cometerse un genocidio contra la población palestina de Gaza.

Strip constitutes an integral part of the territory occupied in 1967 and will be a part of the Palestinian state”. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/645525?ln=en#record-files-collapse-header>. Esta cuestión ha sido recientemente reafirmada por la Asamblea General en su resolución 77/30, asistencia al pueblo palestino, aprobada el 6 de diciembre de 2022. Disponible en: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n22/729/13/pdf/n2272913.pdf?token=UGLjrFFKYrKoW60ypK&fe=true>. Véase también la resolución del Consejo de Seguridad 272 (2023), del 22 de diciembre de 2023, en la que subraya lo siguiente: “The Gaza Strip constitutes an integral part of the territory occupied in 1967” y reitera “the vision of the two-State solution, with the Gaza Strip as part of the Palestinian State”. Disponible en: <https://documents-dds/ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N23/424/87/PDF/N2342487.pdf?OpenElement>.

38 United Nations (16 de marzo de 2001, 22 de octubre de 2001, 1 de septiembre de 2008, 25 de septiembre de 2009, 24 de junio de 2015, 22 de diciembre de 2020).

39 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, The Facts, párrs. 40-100.

40 La CIJ así lo subraya en su decisión sobre las medidas provisionales, *South Africa v. Israel, Provisional Measures* Order 26 January 2024, párr. 44.

41 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Introduction, párr. 4.

Asimismo, Sudáfrica ha concentrado una parte importante de sus esfuerzos en probar que la intención de Israel de destruir total o parcialmente al pueblo palestino como grupo responde a una política de Estado. En la demanda, ha presentado pruebas que entiende son significativas y manifiestas de la intención genocida de los más altos representantes del Estado israelí, directamente trasladada a sus fuerzas armadas, de cometer y persistir en la comisión de actos genocidas. En particular, cabe destacar las declaraciones y manifestaciones de retórica genocida hechas públicas por el ministro israelí, Benjamín Netanyahu y por el presidente de Israel, Isaac Herzog, pasando por los ministros de Defensa, de Seguridad Nacional, Energía e Infraestructura, Finanzas, Patrimonio, Agricultura, el coordinador del Ejército israelí de las Actividades Gubernamentales en los Territorios, el general de división del Ejército israelí y asesor del ministro de Defensa, hasta llegar a los comandantes, soldados, reservistas y, por supuesto, a la sociedad civil.⁴² Todas estas declaraciones y mensajes genocidas constituyen, de acuerdo con la opinión de Sudáfrica, una clara incitación directa y pública al genocidio que las autoridades israelíes no han controlado ni castigado.⁴³

Con arreglo a lo anterior, Sudáfrica concluye que los hechos descritos, conjuntamente con las declaraciones públicas de retórica especialmente deshumanizante, combinadas con el nivel de muertes, desplazamientos y destrucción sobre el terreno y el asedio contra Gaza, evidencian un genocidio continuado y en desarrollo.⁴⁴ Igualmente, la opinión de Sudáfrica es compartida por un número considerable de Estados⁴⁵ y de expertos de Naciones Unidas que han advertido repetidamente, desde al menos mediados de octubre de 2023, que el pueblo palestino corre un grave riesgo de sufrir un genocidio por parte de Israel.⁴⁶

Sudáfrica ha sostenido, tanto en su escrito de demanda como en la fase de alegaciones orales, que al menos algunos de los actos, si no todos, cometidos en Gaza como respuesta al ataque de Hamás del 7 de octubre de 2023 son susceptibles de quedar comprometidos *prima facie* en el artículo II de la Convención en la medida en que la intención genocida puede inferirse tanto del patrón de con-

42 Ibidem, The Facts, párrs. 101-107.

43 Ídem.

44 Ibidem, párr. 101.

45 Bolivia, Brasil, Colombia, Cuba, Irán, Turquía, Venezuela, Bangladesh, Egipto, Honduras, Iraq, Jordania, Libia, Malasia, Namibia, Pakistán y Siria así lo han expresado en diferentes medios y reuniones. Ibidem, Jurisdiction of the Court, párr. 12

46 Ibidem, The Facts, párrs. 108-109.

ducta contra los palestinos en Gaza como de las declaraciones de los funcionarios del Gobierno y sus fuerzas armadas.⁴⁷ Asimismo, llega a la conclusión que el hecho de que Israel no haya impedido o castigado el genocidio, la conspiración, la incitación directa y pública, la tentativa y la complicidad para cometerlo puede comprometer sus acciones en el marco del artículo III de la Convención.⁴⁸

El Estado de Israel, en sus alegaciones orales, ha enfocado sus argumentos en rebatir que Sudáfrica haya probado que los actos denunciados fueran susceptibles de entrar *prima facie* en el ámbito de aplicación del Convenio, ya que esto implicaría necesariamente un grado de prueba sobre la plausibilidad del elemento de la intención que no existiría; sin prueba suficiente de la intención genocida en esta fase de medidas provisionales, los actos no tendrían cabida en la Convención sobre el Genocidio y, por lo tanto, se pondría en juego la propia aplicación del tratado y la jurisdicción de la CIJ, que decaería al no tener autoridad sobre ningún otro delito por grave que fuera dentro del caso.⁴⁹

El demandado ha tratado de desmontar las alegaciones de Sudáfrica, argumentando que el demandante no puede apreciar lo que a todas luces Israel considera que es un conflicto armado entre un Estado y una organización terrorista sin ley por un genocidio de un Estado contra una población civil,⁵⁰ más cuando Israel ha ordenado sus operaciones militares de acuerdo con las normas que lo obligan en virtud del DIH y que las inevitables víctimas y el sufrimiento humano de cualquier conflicto no constituyen por sí mismos un patrón de conducta que demuestre plausiblemente una intención genocida.⁵¹ Además, respecto de las declaraciones en las que se ha apoyado para probar la incitación al genocidio, señala, en la misma línea, que no dejan de ser aleatorias, descontextualizadas y distorsionadas, ya que malinterpretan la naturaleza y la procedencia de ciertos comentarios particulares que no se ajustan a las políticas y decisiones adoptadas por el Comité Ministerial de Asuntos de Seguridad Nacional y del Gabinete de Guerra, que forman la estructura de autoridad clara y eficaz en lo que respecta a la toma de decisiones gubernamentales en el marco

47 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, párrs. 18-109. *Ibidem*, Public Sitting 11 January 2024, p. 21 y ss., párrs. 1-41 y p. 31 y ss., párrs. 1-39.

48 *Ídem*.

49 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Public Sitting, 12 January 2024 (verbatim record), Intent, p. 26, párrs. 31-34.

50 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Public Sitting 12 January 2024, Co-Agent's Opening Statement, p. 20, párr. 44.

51 *Ibidem*, The first and second requested provisional measures, p. 56, párr. 11.

del conflicto armado con Gaza.⁵² De la misma forma, Israel menciona que su sistema jurídico israelí es un sistema eficaz, independiente e imparcial que garantiza la rendición de cuentas y señala que sus tribunales, incluido el Tribunal Supremo, han iniciado algunas acciones judiciales sobre diferentes aspectos de la guerra actual.⁵³

En este punto, Israel ha alegado que los actos denunciados por Sudáfrica no pueden quedar comprendidos en las disposiciones de la Convención sobre el Genocidio, particularmente porque el estándar de prueba de la existencia *prima facie* de la intención genocida requerido en esta fase del procedimiento, más flexible que el exigido en la fase de fondo, ni siquiera ha sido alcanzado.⁵⁴ El Estado de Israel ha subrayado el riesgo de que la CIJ llegue a una conclusión prematura sobre su competencia en la medida en que, si no realizara una apreciación de los hechos y una valoración de la prueba correcta, Israel en tanto que destinatario de las medidas provisionales podría pagar un grave precio político y de seguridad, aunque más tarde se demostrara que las medidas eran totalmente injustificadas.⁵⁵

En todo caso, el Estado de Israel cierra esta cuestión indicando que la propia CIJ subrayó, en su auto de 2 de junio de 1999 relativo al caso *Yugoslavia c. Bélgica relativo a la legalidad del uso de la fuerza*, que la amenaza o el uso de la fuerza no podían constituir por sí mismos un acto de genocidio en el sentido del artículo II de la Convención sobre el Genocidio, añadiendo el comentario de que “si las alegaciones de genocidio se convirtieran en la moneda común de los conflictos armados, en cualquier momento y lugar, la esencia de este crimen se diluiría y se perdería”.⁵⁶

La CIJ ha concluido que, efectivamente, algunos de los actos y omisiones que Sudáfrica alega que han sido cometidos por Israel en Gaza podrían estar comprendidos *prima facie* en las disposiciones del Convenio.⁵⁷

52 Ibidem, The third requested provisional measure, p. 64, párrs. 39-40.

53 Ibidem, Conclusión, p. 71 y ss., párrs. 10, 12, 14 y 36.

54 *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, Judgement, ICJ Reports 2007 (I), p. 129, párr. 209, en *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Public Sitting, 12 January 2024 (verbatim record), p. 29, párr. 28.

55 Ibidem.

56 *Yugoslavia v. Belgium, Legality of Use of Force, Provisional Measures*, Order of 2 June 1999, I.C.J Reports 1999 (I), pp. 132-133, párrs. 16-17 y p. 138, párr. 40.

57 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order 26 January 2024, párr. 30.

2.2.3 Conclusiones sobre la competencia *prima facie* de la Corte

A la luz de todo lo anterior, el Tribunal ha concluido que tenía *prima facie* competencia en virtud del artículo IX del Convenio sobre Genocidio para conocer del caso.⁵⁸

2.3 La plausibilidad de los derechos y su vínculo con las medidas provisionales

La CIJ solo puede adoptar medidas provisionales si entiende que los derechos invocados son plausibles y si existe un vínculo entre los derechos y las medidas propuestas.

Los derechos invocados por Sudáfrica son, por un lado, el derecho de los palestinos a existir como grupo y su derecho a ser protegidos de actos de genocidio, así como de la conspiración, la incitación directa y pública a cometer genocidio, la tentativa y la complicidad en el crimen; y, por otro lado, el derecho de Sudáfrica de hacer cumplir con las obligaciones de la Convención.⁵⁹

Sudáfrica ha defendido la plausibilidad de los derechos invocados luego que la descripción de los hechos, incluidas las declaraciones públicas aportadas, realizadas por los más altos representantes del Estado, del Gobierno, de las fuerzas armadas e incluso de miembros reconocidos de la sociedad civil mostrara de manera incontrovertible un patrón de conducta y una intención conexas que justifican una alegación plausible de actos genocidas.⁶⁰ A la vista de lo anterior, el demandante deduce la existencia, como mínimo, de un riesgo real de genocidio, que daría lugar a la obligación de prevenirlo de acuerdo con el artículo I de la Convención, que es vinculante tanto para Israel como para Sudáfrica.

El vínculo entre los derechos reivindicados por Sudáfrica y las medidas provisionales solicitadas estaría acreditado en tanto y en cuanto estas medidas se encuentren directamente vinculadas a los derechos que constituyen el objeto del litigio.⁶¹ De esta manera, las seis primeras medidas provisionales se solicitaron para garantizar el cumplimiento por parte de Israel de sus obligaciones en virtud de la Convención sobre el Genocidio, mientras que las tres últimas tienen por objeto proteger la integridad del procedimiento ante el Tribunal y el derecho de Sudáfrica a que su demanda se resuelva con equidad.⁶²

58 Ibidem, párr. 31.

59 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, párr. 134.

60 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Public Sitting, 12 January 2024 (verbatim record), p. 30, párr. 37.

61 Ibidem, párr. 135.

62 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, párr. 45.

Israel ha rechazado de plano las acusaciones de Sudáfrica de estar cometiendo un genocidio contra la población palestina de Gaza en el marco del conflicto armado que lo enfrenta con Hamás. Los alegatos de la defensa se han centrado en indicar que Israel tiene el derecho inherente a tomar todas las medidas legítimas para defender a sus ciudadanos y asegurar la liberación de los rehenes después del ataque perpetrado por Hamás el 7 de octubre de 2023;⁶³ que sus acciones son legítimas en el marco de un conflicto armado, ya que han respetado los principios del DIH en la medida en que la acción militar prevista lo ha permitido y que se han realizado esfuerzos por mitigar los daños cuando lleva a cabo operaciones militares; ha subrayado que los daños que se han venido produciendo son más bien una consecuencia de los métodos de guerra urbana que utiliza Hamás;⁶⁴ y, en último lugar, ha insistido en que se han tomado medidas por aliviar las penurias y el sufrimiento mediante actividades humanitarias en Gaza, lo que disipa cualquier intención genocida. Según el demandado, las declaraciones de los funcionarios israelíes presentadas por Sudáfrica son engañosas en el mejor de los casos y no están en conformidad con la política gubernamental.⁶⁵

En cualquier caso, Israel ha sostenido que, dado que el propósito de las medidas provisionales es preservar los derechos de ambas partes, el Tribunal debe, en el presente caso, considerar y equilibrar los derechos respectivos de Sudáfrica e Israel, incluido el derecho de este último a la legítima defensa.⁶⁶ Finalmente, ha indicado que, en todo caso, el marco jurídico apropiado para el conflicto de Gaza es el DIH y no la Convención sobre el Genocidio, tratando de poner en cuestión la competencia del propio tribunal.⁶⁷

De la misma manera, Israel ha considerado que las medidas solicitadas van más allá de lo necesario para proteger los derechos de forma provisional y, por lo tanto, no tienen relación con los derechos que se pretende proteger. La parte demandada ha alegado, entre otras cosas, que la concesión de la primera y segunda medidas solicitadas por Sudáfrica invertiría la jurisprudencia del Tribunal, ya que esas medidas servirían para la protección de un derecho que no podría constituir la base de una sentencia en ejercicio de jurisdicción conforme a la Convención sobre el Genocidio.⁶⁸

63 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Public Sitting, 12 January 2024 (verbatim record), The rights whose protection is sought, pp. 38-39, párrs. 66-69.

64 *Ibidem*, Conclusión, p. 72, párr. 6.

65 *Ibidem*, Intent, pp. 31-35, párrs. 38-52.

66 *Ibidem*, The rights whose protection is sought, pp. 38-39, párrs. 66-70.

67 *Ibidem*, p. 37, párr. 62.

68 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order 26 January 2024, párr. 57.

La Corte, teniendo en cuenta los hechos y circunstancias mencionados, especialmente poniendo en valor los informes y declaraciones presentados por diferentes representantes de organizaciones, agencias y programas del sistema de las Naciones Unidas, así como las declaraciones realizadas por altos funcionarios israelíes, ha concluido que son suficientes para establecer que al menos algunos de los derechos reclamados por Sudáfrica y para los que solicita protección son plausibles. Este es el caso del derecho de los palestinos de Gaza a ser protegidos de actos de genocidio y actos prohibidos dentro del artículo III, así como el derecho de Sudáfrica de buscar el cumplimiento por parte de Israel de sus obligaciones en virtud del Convenio.⁶⁹

2.4 El riesgo de perjuicio irreparable y urgencia

La Corte, en virtud del artículo 41 de su Estatuto, está facultada para indicar medidas provisionales cuando pueda causarse un perjuicio irreparable sobre los derechos que son objeto de un procedimiento judicial o cuando la presunta inobservancia de tales derechos pueda acarrear consecuencias irreparables.⁷⁰ Ahora bien, estas medidas solo podrán tomarse si existe una urgencia, es decir, que haya un riesgo real e inminente de que el perjuicio irreparable puede producirse en cualquier momento antes de que el Tribunal dicte una resolución definitiva sobre el caso.⁷¹ De esta manera, la Corte debe determinar si las circunstancias presentadas por las partes exigen la indicación de las medidas provisionales para la protección de derechos plausibles.

Sudáfrica ha presentado el cumplimiento de la condición de urgencia de acuerdo con los criterios que la CIJ ha desarrollado en su jurisprudencia en relación con casos que implican alegaciones de genocidio en el curso de un conflicto armado, entre estos: que la población en riesgo sea particularmente vulnerable, la fragilidad de la situación general y el riesgo de que se repita el daño.⁷²

La CIJ ha considerado que la población civil es extremadamente vulnerable

69 Ibidem, párr. 54.

70 *Ukraine v. Russian Federation, Provisional Measures*, Order of 16 March 2022. p. 226, párr. 65, en *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order 26 January 2024, párr. 60.

71 Ibidem, p. 227, párr. 66), en *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order 26 January 2024, párr. 61.

72 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, 29 December 2023, *The Risk of Irreparable Prejudice and Urgency*, párrs. 136-143.

cuando las operaciones militares han causado entre ellos numerosos muertos y heridos, importantes daños materiales, incluida la destrucción de edificios e infraestructuras, y cuando los ataques continúan y están creando condiciones de vida cada vez más difíciles.⁷³ En el caso *Ucrania contra Rusia*, la CIJ, al indicar medidas provisionales, había considerado entre los factores de riesgo la falta de los alimentos más básicos, agua potable, electricidad, medicamentos esenciales o calefacción,⁷⁴ así como los intentos de un número muy elevado de personas de huir de las ciudades más afectadas en condiciones de extrema inseguridad.⁷⁵

La Corte también ha considerado como factores de riesgo aquellos planteados en la Resolución ES 11/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 2 de marzo de 2022, sobre la agresión contra Ucrania para evaluar si se cumple la condición de urgencia en los casos que implican alegaciones de genocidio: “ataques contra instalaciones civiles, como residencias escuelas y hospitales y de víctimas civiles, incluidas mujeres, ancianos, personas con discapacidades y niños”; la “escala” de las operaciones militares, incluida su comparación con otros conflictos, el “deterioro de la situación humanitaria” en un territorio, y el “creciente número de desplazados internos y refugiados que necesitan ayuda humanitaria”.⁷⁶ Del mismo modo, la CIJ ha tenido en cuenta las conclusiones de la misión de investigación en Myanmar, considerando factores tales como “el despojo sistemático despojo sistemático de los derechos humanos”, “narrativas y retórica deshumanizadoras”, “planificación metódica”, “matanza masiva”, “desplazamiento masivo”, “miedo masivo”, “niveles abrumadores de brutalidad, combinados con la destrucción física del hogar de la población objetivo, en todos los sentidos y a todos los niveles”.⁷⁷

Sudáfrica también señala en la demanda que la CIJ ha adoptado medidas provisionales cuando ha considerado que “no es inconcebible” que las violaciones de derechos no puedan volver a producirse⁷⁸ y cuando las circunstancias

73 *Ukraine v. Russian Federation, Provisional Measures*, Order of 16 March 2022, p. 228, párr. 75.

74 Ídem.

75 Ídem. Véase también *The Gambia v. Myanmar, Provisional Measures*, Order of 23 January 2020, p. 27, párr. 71; y Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, *Provisional Measures*, Order of 18 July 2011, ICJ Reports 2011, p. 550, párr. 53.

76 Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/ES-11/1 Agresión contra Ucrania, del 2 de marzo de 2022.

77 United Nations (12 de septiembre de 2018, párrs. 83 y 84-87), Application Instituting Proceedings, párr. 139.

78 *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France)*, *Provisional Measures*, Order of 7 De-

eran inestables y podían cambiar rápidamente” con “tensión continua y la ausencia de una solución global al conflicto”, lo que significaba que el grupo afectado seguía siendo vulnerable.⁷⁹ A renglón seguido, argumenta que cualquier alto el fuego que se acuerde o cualquier otro acto de Israel que pudiera percibirse como capaz de mejorar las circunstancias de los palestinos a corto plazo no tendrían un efecto dispositivo y no afectaría ni al mérito ni a la urgencia de los argumentos de Sudáfrica.⁸⁰

La demandante concluye que, apoyándose en los datos demoledores sobre el número de muertes, heridos, personas desplazadas, destrucción de viviendas, hospitales e instalaciones civiles en general, la insuficiencia de la ayuda humanitaria y el riesgo de hambrunas y muertes por enfermedades sobrevenidas de las circunstancias, junto a los incendiarios discursos de odio y deshumanizantes, existe un claro riesgo de perjuicio irreparable para los derechos de los palestinos y para los propios derechos de Sudáfrica en virtud de la Convención sobre el Genocidio, además de que la extrema urgencia de la situación es evidente.⁸¹

Israel, que ya ha expuesto en sus alegaciones orales el rechazo a la competencia *prima facie* de la CIJ y a la plausibilidad de los derechos, deduce que las consecuencias irreparables no pueden, en el presente caso, ser causadas por la supuesta vulneración de los derechos reconocidos en el Convenio sobre el Genocidio. Argumenta que los daños contra la población civil vienen provocados, en todo caso, por la situación humanitaria derivada del conflicto armado y de las tácticas de guerra utilizadas por Hamás.⁸²

El demandado subraya los extraordinarios esfuerzos realizados por Israel —y por una multitud de otros Estados y actores internacionales— para mejorar la situación humanitaria —ayuda alimentaria, acceso al agua, acceso a suministros y servicios médicos, combustible y gas y eliminación de los cuellos de botella para mejorar la entrada y distribución de la ayuda—⁸³ y destaca cómo solo esta apreciación frustra cualquier intento de establecer la intención especial necesari-

ember 2016, ICJ Reports 2016, p. 1169, párr. 89. Véase en *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, 29 December 2023, párr. 140.

79 Véase *Application Instituting Proceedings of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Provisional Measures*, Order of 15 October 2008, ICJ Reports 2008, p. 396, párr. 143.

80 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, 29 December 2023, párr. 40.

81 *Ibidem*, párrs. 41-43.

82 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Public Sitting, 12 January 2024 (verbatim record), pp. 49-50, párrs. 1-4.

83 *Ibidem*, párrs. 7-15.

ria para el genocidio.⁸⁴ De igual manera, reivindica que la CIJ, sobre la base de su propia jurisprudencia en el caso *Gambia contra Myanmar*, reconozca que estas medidas concretas tomadas por Israel “encaminadas específicamente a reconocer y garantizar el derecho”⁸⁵ del grupo en cuestión a existir significaría que no se pueda establecer la existencia de un daño irreparable ni de una urgencia.⁸⁶

Israel concluye su exposición haciendo una defensa de las últimas decisiones tomadas en el campo militar y que llevarían a una disminución de las hostilidades, así como al establecimiento de la coordinación con el mecanismo creado por las Naciones Unidas para la gestión de la ayuda humanitaria para Gaza y la facilitación de la entrada de una delegación de la ONU en el norte de Gaza para evaluar la situación y determinar las necesidades de un futuro retorno de los civiles palestinos.⁸⁷

Por todo lo anterior, afirma que la condición de perjuicio irreparable y urgencia no puede cumplirse en el caso y que, más bien, serían el Estado de Israel y sus ciudadanos quienes correrían el riesgo de sufrir un perjuicio irreparable si se accediera a la petición de Sudáfrica.⁸⁸

La CIJ, a la luz de los fundamentos expuestos por las partes, concluye que los derechos plausibles en cuestión en este procedimiento son de tal naturaleza que su perjuicio puede causar un daño irreparable;⁸⁹ que el riesgo de un mayor deterioro de las condiciones de vida en la Franja de Gaza existe atendiendo a las apreciaciones que han hecho altos representantes de las Naciones Unidas, en particular su secretario general;⁹⁰ que la población civil de la Franja sigue siendo extremadamente vulnerable y que en la actualidad muchos gazatíes no tienen acceso a los alimentos más básicos, agua potable, electricidad, medicamentos esenciales o calefacción;⁹¹ y, por último, que la catastrófica situación humanitaria corre grave riesgo de deteriorarse aún más antes de que el Tribunal dicte su sentencia definitiva. Por todo ello, la Corte considera que existe

84 Ibidem, párr. 5

85 *The Gambia v. Myanmar, Provisional Measures*, Order of 23 January 2020, ICJ Reports 2020, p. 27, párr. 73.

86 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Public Sitting, 12 January 2024 (verbatim record), pp. 49-50, párr. 7.

87 Ibidem, p. 53, párrs. 16-19.

88 Ibidem, p. 54, párr. 22.

89 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order 26 January 2024, párr. 66.

90 Ídem, párr. 67-69.

91 Ibidem, párr. 70.

urgencia, en el sentido de que existe un riesgo real e inminente de que se cause un perjuicio irreparable sobre los derechos que el Tribunal considera plausibles antes de que dicte su resolución definitiva.⁹²

La consecuencia de esta conclusión ha supuesto que la CIJ no haya aceptado ni la petición del Estado de Israel de rechazar la solicitud de indicación de medidas provisionales ni eliminar el caso de la Lista General.

3. La indicación de las medidas provisionales por parte de la Corte Internacional de Justicia

3.1. La ordenación de seis medidas provisionales

La Corte ha adoptado seis medidas provisionales que, como señala en el auto, no son idénticas a las solicitadas, pero que recuerda si tienen efecto vinculante y crean obligaciones jurídicas internacionales para cualquier parte a la que se dirijan.⁹³ De las seis medidas, las cuatro primeras se refieren a las cuestiones sustantivas del caso, mientras que las dos últimas tienen relación con la salvaguardia del proceso. Nos ceñiremos solo al análisis de las cuatro primeras medidas.

La primera medida provisional adoptada por la CIJ, por 15 votos contra 2, ha indicado que el Estado de Israel —no hace referencia a las obligaciones de Sudáfrica—, de conformidad con sus obligaciones en virtud de la Convención sobre el Genocidio y en relación con los palestinos de Gaza, adoptará todas las medidas a su alcance para impedir la comisión de todos los actos comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo II de la Convención. Esta medida provisional responde a la cuarta medida solicitada por Sudáfrica, en la que pedía a la CIJ que ordenara a Israel que “desistiera” de la comisión de “cualquiera de los actos” mencionados en relación con el “grupo palestino”.⁹⁴

Sin embargo, la indicación de esta medida, que acoge en buen grado la solicitud de Sudáfrica, toma en consideración tres de los argumentos centrales

92 Ibidem, párr. 74.

93 Ibidem, párrs. 77 y 83.

94 “The State of Israel shall, in accordance with its obligations under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, in relation to the Palestinian people as a group protected by the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, desist from the commission of any and all acts within the scope of Article II of the Convention, in particular:
 (a) killing members of the group;
 (b) causing serious bodily or mental harm to the members of the group;
 (c) deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part; and
 (d) imposing measures intended to prevent births within the group”.

presentados por Israel en sus alegaciones orales: por un lado, que la indicación al Estado de Israel de “desistir” en la comisión de los actos mencionados implicaría el reconocimiento de que se estarían produciendo violaciones del Convenio, buscando un fallo implícito sobre el fondo del asunto en esta fase del procedimiento,⁹⁵ contrariando en este sentido a la propia jurisprudencia de la CIJ;⁹⁶ por otro lado, que teniendo en cuenta que Sudáfrica no habría podido demostrar, ni siquiera *prima facie*, la posibilidad de la intención genocida, que es un elemento del tipo,⁹⁷ la vaguedad de la redacción de la cuarta medida solicitada por Sudáfrica dejaría un amplio margen para que el demandante argumente posteriormente que estas medidas se referían a los actos enunciados en sí, con independencia de haberse cometido o no con intención genocida, siendo el efecto de esta interpretación el cierre de la operación militar de Israel, ya que cualquier daño provocado como consecuencia del conflicto podría ser considerado una violación de las propias medidas;⁹⁸ que la solicitud e indicación de medidas provisionales debería limitarse a la población palestina de Gaza afectada por las operaciones militares, ya que una referencia general al pueblo palestino abriría la posibilidad de reclamaciones posteriores por incumplimiento de estas medidas, aunque no estuvieran relacionadas con la operación en curso contra la Franja.⁹⁹ De la misma manera, solicitó que la medida abandonara cualquier pretensión de Sudáfrica de que se le reconociera una obligación de adoptar todas las medidas posibles para prevenir el genocidio.¹⁰⁰

La jueza Sebutinde, que votó en contra de esta primera medida, afirmó en su opinión disidente que el objeto final de la cuarta medida provisional solicitada por Sudáfrica era exigir de hecho que Israel pusiera fin unilateralmente a las hostilidades con Hamás, ya que esta era la única forma de garantizar que no se

95 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Public Sitting, 12 January 2024 (verbatim record) The Fourth Provisional Measure, p. 65, párr. 52.

96 Israel sostuvo que la CIJ, en el caso *Bosnia contra Yugoslavia*, denegó la medida provisional solicitada por Bosnia según la cual Yugoslavia debía “cesar y desistir de todo acto de genocidio”. Véanse *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, Provisional Measures, en *South Africa v. Israel*, Provisional Measures, Public Sitting, 12 January 2024 (verbatim record) The Fourth Provisional Measure, p. 65, párr. 52.

97 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Public Sitting, 12 January 2024 (verbatim record), Intent, p. 522, párr. 52.

98 *Ibidem*, Fourth Provisional Measures, p. 65, párrs. 54 y 55.

99 *Ibidem*, Third Provisional Measures, p. 64, párr. 42.

100 *Ibidem*, párr. 45.

produjera ninguno de los actos que han sido alegados.¹⁰¹ Asimismo, el juez *ad hoc* Barak votó también en contra, basándose en los mismos argumentos, aunque señaló en su declaración particular que entendía que la Corte, al indicar la primera medida provisional, se había limitado a reafirmar las obligaciones que Israel ya tenía en virtud de los artículos I y II de la Convención sobre el Genocidio.¹⁰²

Las medidas provisionales segunda y tercera, adoptadas respectivamente por 15 votos contra 2 y 16 a 1, se indican —de manera separada— para darle respuesta a la sexta medida solicitada por Sudáfrica, que se refería a que el Estado de Israel asegurara que sus fuerzas armadas, pero también otros grupos irregulares, organizaciones o sujetos a su control, dirección o influencia no cometieran actos de genocidio, además de que no participaran en la incitación directa y pública y otras formas punibles de cometer genocidio, tomando en todo caso medidas para su castigo.¹⁰³

De esta manera, la segunda medida provisional adoptada por la Corte indica que el Estado de Israel garantizará con efecto inmediato que sus fuerzas armadas no cometan ninguno de los actos contemplados en el artículo II,¹⁰⁴ borrando cualquier referencia a que otros grupos irregulares, organizaciones o particulares se vean vinculados respecto a ella.¹⁰⁵ De esta manera, la CIJ deja entrever que, en todo caso, los actos alegados por Sudáfrica se conducen en el marco de las operaciones militares que se llevan a cabo en la Franja, ejecutadas por las fuerzas armadas siguiendo una política estatal.¹⁰⁶

101 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order 26 January 2024, Dissenting Opinion Judge Sebutinde, pp. 8 y 9.

102 *Ibidem*, Separate Opinion Judge *ad hoc* Barak, párr. 43.

103 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, 29 December 2023. Provisional measure (vi) “The State of Israel shall, in relation to Palestinians, ensure that its military, as well as any irregular armed units or individuals which may be directed, supported or otherwise influenced by it and any organizations and persons which may be subject to its control, direction or influence, do not commit any acts described in (4) and (5) above, or engage in direct and public incitement to commit genocide, conspiracy to commit genocide, attempt to commit genocide, or complicity in genocide, and insofar as they do engage therein, that steps are taken towards their punishment pursuant to Articles I, II, III and IV of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide”.

104 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order 26 January 2024, Provisional measure (ii) “The State of Israel shall ensure with immediate effect that its military does not commit any acts described in point I above”.

105 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Public Sitting, 12 January 2024 (verbatim record), The sixth requested provisional measure, p. 67, párrs. 66-70.

106 *Ibidem*, Israel llama la atención de que la medida solicitada por Sudáfrica se trata de una copia de las medidas solicitada en el caso *Gambia contra Myanmar*.

Esta medida se adoptó con el voto en contra de la jueza Sebutinde, quien la ha considerado redundante, ya que podría estar cubierta en la primera medida provisional ordenada por la Corte o ser un reflejo de las obligaciones que ya le incumben a Israel en virtud de los artículos I y II de la Convención sobre el Genocidio.¹⁰⁷ De la misma manera, el juez *ad hoc* Barak votó en contra arguyendo el mismo razonamiento que utilizó para rechazar la primera medida provisional.¹⁰⁸

La tercera medida provisional indicada señala que el Estado de Israel tomará todas las medidas a su alcance para prevenir y castigar la incitación directa y pública para cometer genocidio en relación con los miembros del grupo palestino en la Franja de Gaza. La CIJ, si bien considera que Israel ha tomado ciertas medidas en este sentido y señala en particular la reciente declaración del fiscal general en la que alertó que un llamamiento a causar daños intencionados a civiles puede constituir un delito penal, incluido el de incitación, y ha tomado en consideración que las autoridades judiciales israelíes están examinando varios casos de este tipo, las ha valorado insuficientes para eliminar el riesgo de que se cause un perjuicio irreparable antes de que la Corte dicte su resolución definitiva sobre el caso.¹⁰⁹ El hecho de que la medida provisional adoptada tampoco haga una referencia expresa a los grupos o individuos a los que se dirige advierte sobre su alcance general. Respecto de esta cuestión, hay que tomar en cuenta que las pruebas presentadas por Sudáfrica señalaban el amplio y variado número de actores y de sectores de la sociedad de Israel que habían participado de las narrativas, discursos y órdenes plausibles de incitar al genocidio, en particular los que provenían de los más altos órganos del Estado, lo que es síntoma de su alcance generalizado.

Haciendo alusión a esta tercera medida provisional, el juez Nolte subrayó que su voto a favor de la medida se basaba en la alegación plausible de Sudáfrica de que determinadas declaraciones de funcionarios del Estado de Israel, incluidos miembros de su ejército, sí daban lugar a un riesgo real e inminente de perjuicio irreparable de los derechos de los palestinos en virtud del Convenio sobre el Genocidio.¹¹⁰ El juez *ad hoc* Barak, que también votó a favor de esta medida, señaló que su motivación estaba basada en la esperanza de que

107 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order 26 January 2024, Dissenting Opinion of Judge Sebutinde, párr. 33.

108 *Ibidem*, Separate Opinion Judge *ad hoc* Barak.

109 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order 26 January 2024, párr. 73.

110 *Ibidem*, Declaration of Judge Nolte, párr. 18.

la medida contribuyera a disminuir las tensiones y a desalentar este tipo de retórica tan perjudicial.¹¹¹ Esta medida solo obtuvo el voto en contra de la jueza Sebutinde, quien hizo referencia en su declaración no solo a la intencionada descontextualización de las diferentes declaraciones y mensajes de las funciones israelíes presentados por Sudáfrica, sino también a que no se podía apreciar que la política de guerra oficial del Gobierno israelí contuviera indicadores de una intención genocida.¹¹²

La cuarta medida provisional ordenada por la CIJ le indica al Estado de Israel que debe adoptar medidas inmediatas y eficaces para permitir la prestación de los servicios básicos y la asistencia humanitaria que se necesitan urgentemente para hacerles frente a las adversas condiciones de vida a las que se enfrentan los palestinos en la Franja de Gaza.

La indicación de esta medida responde, solo en parte, a la solicitud realizada por Sudáfrica en su quinta medida provisional, en la que aspiraba no solo a que Israel desistiera de las restricciones y prohibiciones —incluidas las revocaciones de órdenes para permitir el acceso a los servicios básicos de agua, alimentos, suministros y ayuda humanitaria— sino también a que asumiera ese comportamiento respecto de la privación del acceso adecuado a la asistencia médica, de la expulsión y el desplazamiento forzado de la población y la destrucción de la vida en Palestina,¹¹³ todos ellos aspectos que especifican los tipos de actos que deben considerarse como parte de un patrón de comportamiento conducente a infligir deliberadamente condiciones de vida calculadas para provocar la destrucción física del grupo,¹¹⁴ pareciendo que la CIJ ha evitado pronunciarse expresamente sobre ellos.

Israel, en sus alegaciones orales, ya indicó que la quinta medida provisional solicitada por Sudáfrica no era autónoma, sino que se encontraba vinculada

111 Ibidem, Separate Opinion Judge *ad hoc* Barak, párr. 44.

112 Ibidem, Dissenting Opinion Judge Sebutinde, párr. 22.

113 Ibidem, Provisional measure (5) “The State of Israel shall, pursuant to point (4)(c) above, in relation to Palestinians, desist from, and take all measures within its power including the rescinding of relevant orders, of restrictions and/or of prohibitions to prevent:
 (a) the expulsion and forced displacement from their homes;
 (b) the deprivation of:
 (i) access to adequate food and water;
 (ii) access to humanitarian assistance, including access to adequate fuel, shelter, clothes, hygiene and sanitation;
 (iii) medical supplies and assistance; and
 (c) the destruction of Palestinian life in Gaza”.

114 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order 29 December 2024.

con la cuarta medida provisional, apartado c), referida al hecho de “infligir deliberadamente al grupo condiciones de vida calculadas para causar su destrucción física en todo o en parte”. En ese sentido, denunciaba que cualquier decisión sobre las medidas provisionales cuarta y quinta debía estar vinculada y que, en todo caso, la CIJ debía tomar en consideración el contexto del conflicto armado y sus consecuencias en el marco del DIH.¹¹⁵

La jueza Sebutinde, en su opinión disidente, da a entender que las medidas no estarían justificadas, además de ser innecesarias, ya que sin la prueba de la plausibilidad de la intención genocida equivaldrían a exigir que Israel cumpliera con sus obligaciones en virtud del DIH en lugar de la Convención sobre el Genocidio.¹¹⁶

Esta medida es quizás una de las más complejas de aplicar por parte de la CIJ; por un lado, porque la prestación de ayuda humanitaria se configura como un derecho de la población civil dentro del DIH y, por otro, porque es conocida la dificultad de la Corte en la aplicación de este sector de normas del derecho internacional (Arévalo-Ramírez, 2022), pero que en todo caso no sería objeto de controversia en este caso, quedando fuera de la autoridad de la Corte.¹¹⁷

Una lectura comprensiva de las medidas provisionales indicadas da buena cuenta de que están basadas en la propia jurisprudencia de la Corte y alcanzadas casi por unanimidad, mostrando un consenso general sobre aspectos fundamentales en relación con la naturaleza y el alcance de las medidas provisionales, con el hecho de que se cumplen las condiciones para la determinación de la competencia *prima facie* de la Corte y que en esta fase del procedimiento solo debe decidir si los derechos reivindicados por Sudáfrica y cuya protección solicita son plausibles y corren un riesgo real e inminente de perjuicio irreparable, habiendo una relación entre los derechos y las medidas solicitadas. Sin embargo, las declaraciones de los jueces adjuntas a la sentencia traslucen diferentes opiniones y críticas en el seno de la propia Corte sobre cuestiones de enorme calado, que tienen que ver con el hecho de que no se hayan tratado las diferencias relevantes sobre algunos aspectos fundamentales entre este caso

115 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Public Sitting, 12 January 2024 (verbatim record), The fifth requested provisional measure, pp. 66-67, párr. 59 y ss.

116 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order 26 January 2024, Dissenting Opinion of Judge Sebutinde, párrs. 28 y p. 33. Asimismo, considera esta medida innecesaria teniendo en cuenta las alegaciones realizadas por Israel en esta materia, donde trata de explicar y justificar algunos avances en asistencia humanitaria dirigida a la atención de las necesidades básicas de la población.

117 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order 26 January 2024, Dissenting Opinion of Judge Sebutinde.

y otros anteriormente sometidos a la Corte en materia de genocidio, ni se haya especificado la importancia relativa de determinados factores, en particular el estándar sobre la plausibilidad de los derechos, así como la prueba de la intención genocida.

Si bien el juez Bhandari, en su declaración adjunta al auto, ha señalado que en esta fase de medidas provisionales, la naturaleza de la campaña militar, la amplia destrucción de vidas e infraestructuras y las necesidades humanitarias han sido por sí solas capaces de satisfacer el criterio de la *plausibilidad* de los derechos reconocidos en el artículo II de la Convención, por otro lado advierte que, cuando tenga que resolverse sobre la cuestión de fondo, la existencia del *dolus specialis* exigirá la convicción de que esa es la única inferencia que puede extraerse de los actos en cuestión, poniendo de relieve que el criterio de verosimilitud para conceder medidas provisionales es muy inferior al de la prueba que la Corte ha aplicado en la fase de fondo, que permite determinar la intención genocida de un patrón de conducta sólo si “ésta es la única inferencia que podría extraerse razonablemente de los actos en cuestión”.¹¹⁸

Más crítica sobre esta cuestión, el juez Nolte, aunque votó a favor de las medidas haciéndose eco de la jurisprudencia de la CIJ en el caso *Gambia contra Myanmar*, señaló que la plausibilidad de la intención genocida debe inferirse de las circunstancias del caso tal y como han sido presentadas ante la Corte y que la verosimilitud de este elemento mental es indispensable en la fase de medidas provisionales en los procedimientos que implican acusaciones de genocidio. De hecho, el juez puso en duda la prueba de Sudáfrica sobre la plausibilidad de la intención genocida durante la operación militar y señaló que no era suficiente con que señalara la muerte y destrucción que Israel había provocado y seguía provocando, sino que debía demostrar que los factores que permiten inferir el elemento mental estaban presentes en algún grado sobre bases razonables, aunque el juez precisó la diferencia entre el umbral jurídico aplicable en la fase de medidas provisionales y la prueba jurídica mucho más estricta para determinar la intención genocida en la fase de fondo, e hizo notar la falta de precisión en la jurisprudencia del tribunal sobre el criterio de plausibilidad y la ausencia de una clara explicación de sus razones para concluir que se cumple este criterio en el caso.¹¹⁹

En la misma línea, el juez *ad hoc* Barak, en su voto particular, afirmó que no

118 Ibidem, Declaration of Judge Bhandari.

119 Ibidem, Declaration of Judge Nolte, párrs. 10 y ss.

era necesario en esta fase demostrar de forma convincente la *mens rea* del genocidio por referencia a circunstancias particulares o a un patrón de conducta del que sólo pudiera inferirse la existencia de tal intención, aunque sí insistió en que era necesaria al menos alguna prueba de la intención especial para que una alegación de genocidio fuera plausible. Barak, en este punto, remitiéndose al nivel de prueba aportado por Gambia en el caso contra Myanmar, valoró como insuficiente la prueba manejada por Sudáfrica para determinar la plausibilidad de los derechos, por lo que terminó desacreditando la decisión de la CIJ en el caso en relación con el estándar admitido sobre la intención genocida.¹²⁰

La jueza Sebutinde en su opinión disidente, único miembro de la Corte que votó en contra de todas y cada una de las medidas, casi haciendo suyos los argumentos de Israel, puso de manifiesto la ausencia de los estándares necesarios de prueba respecto de la intención genocida y, además, indicó que la Corte debería haber examinado —ya en esta fase preliminar— la prueba disponible para identificar indicios de intención genocida, pues no bastaba con que Sudáfrica alegara las graves violaciones tipificadas en el artículo II de la Convención para establecer la *plausibilidad* de los derechos protegidos,¹²¹ más aún si tenía en cuenta las evidencias presentadas por Israel y que se referían tanto a las medidas adoptadas durante el desarrollo de las operaciones militares como a las medidas adoptadas para perseguir y sancionar el crimen de genocidio.¹²² En definitiva, de acuerdo con la opinión de la jueza, la falta de la plausibilidad de los derechos llevaría a que los actos mencionados no tendrían cabida dentro del ámbito material de aplicación de la Convención sobre el Genocidio, sino en el de las normas del DIH, que no forman parte de la controversia entre las partes y permanecen fuera de la autoridad de la CIJ,¹²³ cuestionando en este punto la competencia de la Corte.

120 Ibidem, Separate Opinion of Judge *ad hoc* Barak, párrs. 29-41.

121 Ibidem, Dissenting Opinion Judge Sebutinde. Llama la atención que la jueza Sebutinde se manifestara a favor de la adopción de la medida provisional medida más drástica de la suspensión de operaciones militares en el caso *Ucrania contra Rusia* sin esta delicada atención sobrevenida a los estándares de la plausibilidad.

122 Ibidem, Dissenting Opinion of Judge Sebutinde, párrs. 17-23.

123 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order 26 January 2024, Dissenting Opinion Judge Sebutinde, p. 23

3.2 Tesis sobre la no indicación de las medidas provisionales que solicitaban la suspensión de las operaciones militares

Las medidas provisionales primera y segunda solicitadas por Sudáfrica, en las que pedía la suspensión inmediata de las operaciones militares llevadas a cabo por parte del Ejército de Israel u otros grupos en la Franja de Gaza,¹²⁴ respondían con absoluta claridad a uno de los argumentos que con más fuerza ha sostenido Sudáfrica a lo largo de todo el proceso: que la intención genocida de Israel podía inferirse de la naturaleza, el alcance y el patrón de conducta seguido durante las operaciones militares desarrolladas por Israel contra Gaza¹²⁵ y que “forman parte de un continuo” de actos ilegales perpetrados contra el pueblo palestino desde 1948.¹²⁶

El Estado de Israel se ha opuesto con determinación a la posible indicación de estas medidas por parte de la CIJ, apoyándose en dos argumentos. El primero descansa en la idea de que la suspensión de las operaciones militares iría más allá de lo necesario para preservar los derechos en cuestión —a saber, la observancia de la Convención sobre el Genocidio durante el despliegue de su ataque milita en Gaza—, e iría incluso en contra de la jurisprudencia de la propia Corte en casos anteriores en los que se han solicitado estas mismas medidas, en particular *Bosnia Herzegovina contra Serbia*¹²⁷ y el más reciente de *Ucrania contra Rusia*.¹²⁸ El segundo plantea que la jurisprudencia de la Corte

124 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, 29 December 2023, E. Provisional Measures Requested (...): “(1) The State of Israel shall immediately suspend its military operations in and against Gaza. (2) The State of Israel shall ensure that any military or irregular armed units which may be directed, supported or influenced by it, as well as any organisations and persons which may be subject to its control, direction or influence, take no steps in furtherance of the military operations referred to point (1) above”.

125 *Ibidem*, párr. 4; Conclusiones de la Sra. Hassim, a quien le correspondía dirigirse a la Corte en relación con los actos genocidas en nombre de Sudáfrica, en *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Public Sitting, 11 January 2024 (verbatim record), Pattern of conduct indicates intent, p. 30, párr. 36.

126 *Ibidem*, p. 17, párr. 5.

127 Bosnia y Herzegovina solicitó específicamente una medida provisional por la que se le exigía a Yugoslavia que “cesara y desistiera de todo tipo de actividades militares o paramilitares (...) contra el Pueblo, el Estado y el Gobierno de Bosnia y Herzegovina”, en *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, Provisional Measures*, 20 March 1993, párr. 14 (3) (véase también párr. 14 (1) y (2)), <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/91/13275.pdf>. Sin embargo, el Tribunal no la concedió a pesar de que, a diferencia de este caso, se afirmaba que se estaba produciendo un genocidio en el territorio del mismo Estado que solicitaba las medidas provisionales y de que ambas partes en el conflicto eran partes en el caso, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, Provisional Measures*, Order 8 April 1993, pp. 24-25, párr. 52

128 Rusia había alegado que su operación militar tenía el propósito de prevenir y castigar el genocidio que se estaba cometiendo en Ucrania. El Tribunal consideró dudoso que la Convención sobre el Genocidio autorice un uso unilateral de la fuerza en el territorio de otro Estado y plausible que

ha dejado bien establecidos algunos principios que deben ser necesariamente observados en cualquier decisión en la fase de medidas provisionales en relación con la preservación de los derechos de las partes y que pueden resumirse en los siguientes: que las medidas deben respetar el equilibrio de los derechos plausibles del demandado y del demandante; que el posible perjuicio causado al destinatario de las medidas provisionales no debe ser desproporcionado con la ventaja que el demandante espera obtener de ellas; y, finalmente, que las medidas no deben ir más allá de lo necesario para alcanzar su fin.¹²⁹ Para lograr este necesario equilibrio, Israel le ha indicado a la Corte una serie de considerandos que, de no tenerse en cuenta en su decisión respecto de las medidas que solicitan la suspensión de las operaciones militares, terminarían por romperlo. Israel ha querido destacar particularmente que las medidas, tal y como estaban planteadas por Sudáfrica, no serían vinculantes para Hamás, por lo que afectarían unilateralmente al demandado; que privarían a Israel de su derecho inmanente a la legítima defensa; y, finalmente, que le darían a Hamás espacio para preservar y desarrollar sus capacidades, lo que le permitiría plantear una amenaza aún mayor si cabe.¹³⁰ En conclusión, Israel señala que, de adoptarse estas dos medidas provisionales, no se pondría fin al conflicto, sino únicamente a las operaciones militares de una de las partes, perjudicando gravemente sus derechos y creando una impresión de desproporcionalidad e imparcialidad.¹³¹

La Corte no solo no ha decidido la suspensión de las operaciones militares de Israel, sino que ha omitido por completo cualquier referencia a estas medidas. Las razones que pueden encontrarse detrás de este dramático silencio tienen obviamente naturaleza legal o jurídica, pero también política, cuestión que no puede obviarse.

Antes de todo, cabe mencionar que en muy pocas ocasiones la CIJ ha decidido medidas provisionales que ordenasen la suspensión de operaciones militares, menos aún en un caso relacionado con una controversia relacionada con la Convención sobre el Genocidio. De los casi doscientos casos sustanciados ante la CIJ, solo en tres ocasiones la Corte se ha enfrentado a la indicación

Ucrania tuviera un derecho a no ser objeto de operaciones militares por parte de Rusia con ese fin, en *Ukraine v. Russian Federation, Provisional Measures*, Order 16 March 2022, ICJ Reports 2022, p. 225, párrs. 59-60.

129 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Public Sitting, 12 January 2024 (verbatim record), The first and second requested provisional measures, p. 58 y ss., párrs. 16-22.

130 *Ibidem*, párrs. 25-35.

131 *Ibidem*, párrs. 36-37.

de medidas provisionales que conllevaran el alto el fuego: *Guinea Bissau contra Senegal*,¹³² un caso claramente bilateral y fronterizo, *Ucrania contra Rusia*¹³³ y *Sudáfrica contra Israel*. De estos casos, solo los dos últimos referidos tienen relación con la aplicación de la Convención sobre el Genocidio y, en todo caso, ambos presentan importantes diferencias.

En el caso *Ucrania contra Rusia*, las operaciones militares rusas en el territorio ucraniano habían sido justificadas para prevenir y castigar la comisión de un genocidio contra la población prorrusa del Dombás, argumentando la existencia de una obligación *erga omnes* dimanante de la Convención sobre el Genocidio para Rusia.¹³⁴ La CIJ indicó, sin embargo, que tenía serias dudas de que la Convención autorizara el uso de la fuerza contra el territorio de otro Estado para el cumplimiento de la obligación de prevenir el genocidio y que encontraba plausible el derecho de Ucrania de no ser sometida a una operación militar por parte de Rusia con este propósito.¹³⁵ En conclusión, Rusia había utilizado la Convención como argumento para justificar una operación militar y el análisis sobre la legalidad o no del uso de la fuerza sí requería una interpretación sobre el cumplimiento del tratado. Por consiguiente, la CIJ debía pronunciarse sobre la medida provisional dentro del tratado y así lo hizo.

Empero, en el caso *Sudáfrica contra Israel* puede deducirse que la CIJ no ha considerado que el demandante haya demostrado de forma plausible que la operación militar emprendida por Israel, como tal, se estuviera llevando a cabo con intención genocida y que, por lo tanto, una decisión sobre su suspensión tuviese que adoptarse dentro de la Convención sobre el Genocidio. La Corte ha concluido que en su opinión solo “(...) algunos de los actos y omisiones que Sudáfrica alega que fueron cometidos por Israel en Gaza parecen poder estar comprendidos en las disposiciones del Convenio”.¹³⁶ Esta cuestión ha sido puesta de manifiesto en las declaraciones adjuntas a la decisión de la Corte por parte del juez Nolte,¹³⁷ así como en el voto particular del juez *ad hoc* Barak¹³⁸ y en el voto disidente de la juez Sebutinde.¹³⁹

132 *Case concerning the arbitral award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal) request of indication of provisional measures, order of 2 March of 1990.*

133 *Ukraine v. Russian Federation, Provisional Measures, Order of 16 March 2022, ICJ Reports 2022.*

134 *Ibidem*, pp. 230-231, párr. 86.

135 *Ibidem*, p. 225, párrs. 59-60.

136 *South Africa v. Israel, Provisional Measures, 29 December 2024, párr. 30.*

137 *South Africa v. Israel, Provisional Measures, Order 26 January 2024, Declaration of Judge Nolte.*

138 *Ibidem*, Separate Opinion of Judge *ad hoc* Barak.

139 *Ibidem*, Dissenting Opinion of Judge Sebutinde.

Por el contrario, sí que se trasluce que la CIJ haya adoptado más bien un enfoque plausible respecto del derecho a la legítima defensa argüido por Israel, justificado por su deber de proteger a la población civil y rescatar a los rehenes que se encuentran en la Franja de Gaza. De esta suerte, en el supuesto plausible de que las operaciones militares de Israel contra la Franja de Gaza fueran un acto de legítima defensa, en el sentido del artículo 51 de la Carta de la Naciones Unidas, esta disposición operaría como una limitación importante de la autoridad de la CIJ en esta fase, ya que no estaría facultada para indicar medidas provisionales que le negaran a Israel la capacidad de defenderse legalmente contra un ataque armado (Lempel, 2024).

A pesar de que no han sido pocas las voces autorizadas en la materia que han cuestionado que los ataques actuales de Israel contra la Franja cumplan con los requisitos exigidos por el derecho internacional para que sean calificados en términos de legítima defensa (Schmitt, 2023) —y trayendo a colación necesariamente en este punto que la propia Corte Internacional de Justicia (2004), en su opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en Palestina, haya cuestionado la invocación de este derecho, en el sentido interestatal que tiene, por parte de Israel como fuerza ocupante de Palestina—,¹⁴⁰ la decisión de la CIJ ha mostrado un rechazo absoluto a cualquier colisión con el artículo 51 de la Carta y el derecho inmanente Israel a la legítima defensa.

Otro argumento adicional que puede sumarse a la explicación de por qué la CIJ no se ha pronunciado sobre las medidas provisionales primera y segunda solicitadas por Sudáfrica es el de que ha podido prevalecer en la construcción de su decisión sobre el cese de las operaciones militares la teoría de los poderes inherentes, subrayando que la naturaleza y el alcance de la medida preliminar desborda las competencias de la CIJ a favor de otros órganos de las Naciones Unidas, como es el caso del Consejo de Seguridad, que tiene la función de mantener la paz y la seguridad internacional, teoría a la que ha recurrido al referirse a un tema de enorme relevancia y complejidad, como es el de la ejecución de las sentencias de la Corte (Couzigou, 2017).

Por añadidura, no es baladí preguntarse cómo habrá influido sobre esta decisión la percepción que pueda tener la CIJ en relación con la tensión entre la naturaleza política y jurídica de la controversia y la subsiguiente tendencia hacia la judicialización de los conflictos armados. La jueza Sebutinde, en su

140 Con las salvedades que podrían aducirse respecto de la ocupación como consecuencia del desenganche de Israel a partir del año 2009 cuando Hamás asume el Gobierno de la Franja de Gaza.

opinión disidente, ya apuntó a la invocación de tratados como la Convención sobre el Genocidio como un pretexto en un intento desesperado por forzar un caso ante la Corte con el fin de favorecer su resolución judicial,¹⁴¹ opinión a la que se sumó el juez Barak.¹⁴²

Para concluir, por más que puedan tener peso los argumentos de la CIJ en su decisión de no indicar la suspensión de las operaciones militares, la Corte ha dejado perder una gran oportunidad para hacer prevalecer el derecho plausible del grupo de los palestinos de Gaza de ser protegido de un genocidio y el derecho plausible de Sudáfrica de proteger esos derechos frente al derecho plausible de Israel de defenderse legítimamente. Si se parte de un análisis y de una interpretación comprensiva de los hechos, la naturaleza, la forma y el alcance de las operaciones militares, sin duda estas van más allá de los límites que permite el DIH para alcanzar un objetivo o una ventaja militar legítima, lo que manifestaría su instrumentalidad a un propósito mayor, que es el del establecimiento de condiciones calculadas para impedir el desarrollo de la vida de los gazatíes y la destrucción en todo o en parte de la población palestina en Gaza.

Este caso reúne todos los elementos para que la CIJ hubiera puesto en práctica un cambio radical de enfoque en la doctrina de la plausibilidad para la indicación de medidas provisionales, pasando desde el estatocentrismo a un enfoque centrado en las necesidades y los intereses de los individuos y las comunidades humanas como fundamento último del derecho internacional (*plausibility as human vulnerability*) (Miles, 2018; Sparks y Somos, 2021). A esta transformación aspiraba el gran humanista que fue el profesor Cançado Trindade, quien, en varias de sus opiniones en calidad de juez de la CIJ —pero muy especialmente en el caso *Ucrania contra Rusia*— argumentó que la vulnerabilidad humana habría sustituido a la verosimilitud como factor clave para la indicación de medidas.¹⁴³ En apoyo a la necesidad de esta flexibilización del enfoque de la CIJ, el juez ha descrito el creciente reconocimiento de la legitimidad de la preocupación de la comunidad internacional en su conjunto por las condiciones de vida de la población en todas partes¹⁴⁴ y ha argumentado que, en

141 *South Africa v. Israel, Provisional Measures*, Order 26 January 2024, Dissenting Opinion of Judge Sebutinde.

142 *Ibidem*, Separate Opinion of Judge *ad hoc* Barak.

143 *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v Russian Federation)*, Provisional Measures, Order of 19 April 2017, (2017) ICJ Reports 104, Separate Opinion of Judge Cançado Trindade.

144 *Ídem*.

cualquier situación de concesión de medidas provisionales, los beneficiarios últimos son los individuos dentro de los Estados y no sólo el Estado en tanto que entidad jurídica.¹⁴⁵ Por esa razón, con más peso si cabe, en aquellos casos de controversias entre Estados que tengan como centro daños directos e inmediatos a las personas y grupos —especialmente las situaciones en las que se alegan graves abusos a los derechos, como es la aplicación de la Convención sobre el Genocidio— la vulnerabilidad humana sería una prueba aún más convincente de la verosimilitud de los derechos para la indicación u ordenación de medidas provisionales dirigidas a la protección de la vida e intereses de las personas y de los grupos,¹⁴⁶ ya que el tipo de daños irreparables que estos pueden sufrir no tiene comparación con los que el Estado puede experimentar (Sparks y Somos, 2021). De esta manera, algunas autoridades en la materia han afirmado que la idea de que la Corte busque activamente proteger la vida de las personas a través de sus medidas provisionales dista mucho de ser radical (Higgins, 1998).

3.3 El recurso a una solicitud de medidas provisionales basándose en nuevos hechos

La decisión de la CIJ de no ordenar la suspensión de las operaciones militares le ha impedido a Sudáfrica poner fin a lo que considera el genocidio que se está cometiendo sobre la población palestina en Gaza por medio de una guerra total sobre la Franja.

Desde que la CIJ tomara su decisión sobre la indicación de medidas provisionales, el 26 de enero de 2024, se han producido al menos tres hechos de enorme relevancia que podrían revertir esta situación en relación con la adopción de esta medida provisional.

Se trataría, en primer lugar, de la amenaza de Israel de tomar la ciudad de Rafah, a partir de las declaraciones del primer ministro de Israel, el 9 de febrero de 2024, y en lo sucesivo.¹⁴⁷ En segundo lugar, la conclusión del informe de la relatora de la ONU sobre la situación de los derechos humanos en el territorio

145 *Alleged violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v United States of America)*, Provisional Measures, Order of 3 October 2018, ICJ General List No. 175. Separate Opinion of Judge Cançado Trindade.

146 Ídem.

147 “Israel Prime Minister’s Office, A message from the Prime Minister’s Office regarding an operation in Rafah (9 February 2024) “It is impossible to achieve the goal of the war of eliminating Hamas by leaving four Hamas battalions in Rafah. On the contrary, it is clear that intense activity in Rafah requires that civilians evacuate the areas of combat. Therefore, Prime Minister Benjamin Netanyahu has ordered the IDF and the security establishment to submit to the Cabinet a combined plan for

palestino ocupado desde 1967, Francesca Albanese, que ha arrojado que hay “motivos razonables” para concluir que Israel está cometiendo “actos de genocidio”, particularmente: causar graves daños físicos o mentales a miembros del grupo; infligir deliberadamente al grupo condiciones de vida calculadas para provocar su destrucción física total o parcial; imponer medidas destinadas a impedir los nacimientos dentro del grupo.¹⁴⁸ La relatora, además, apunta a que estos actos se “han prestado con apoyo militar, económico y político a la atrocidad, agravando la devastación que ha provocado en los palestinos”.¹⁴⁹ Este informe llenaría la insuficiencia de evidencias sobre la intención genocida de la operación militar. En último lugar, la publicación de este informe ha coincidido prácticamente en el tiempo con la adopción de la resolución 2728 del Consejo de Seguridad, del 25 de marzo de 2024, en la que, por primera vez, por medio de la abstención en la votación de los Estados Unidos, se ha solicitado un alto el fuego inmediato en la Franja.¹⁵⁰

La amenaza de invadir Rafah ha motivado que Sudáfrica haya presentado dos nuevas solicitudes de medidas provisionales. El 6 de marzo de 2024, solicitó de nuevo a la CIJ la indicación y la modificación de medidas provisionales.¹⁵¹ Para ello, ha utilizado la vía que abre el artículo 75 (1) del Reglamento de la Corte que le permite decidir en cualquier momento examinar de oficio si las circunstancias del caso exigen la indicación de medidas provisionales que deban ser tomadas o cumplidas por alguna de las partes o por todas ellas. En su comunicación a la Corte, Sudáfrica hace hincapié en que el Tribunal actuó de oficio en *LaGrand* “en una situación de extrema urgencia que afectaba a un individuo”, mientras que el caso de la invasión de Rafah presenta una situación de extrema urgencia “que afecta a aproximadamente 1,4 millones de palestinos vulnerables”, pero al solicitar que el Tribunal actúe de oficio, no ha propuesto ninguna medida específica. Puede entenderse que ha pretendido implícitamente

evacuating the population and destroying the battalions”. Disponible en: <https://x.com/IsraeliPM/status/1755979954448150530?lang=es>.

148 Human Right Council, Anatomy of a Genocide– Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territory occupied since 1967 to Human Rights Council – Advance unedited version (A/HRC/55/73).

149 Ídem.

150 Resolución 2728, aprobada por el Consejo de Seguridad en su 9586ª sesión, celebrada el 25 de marzo de 2024. Disponible en: <https://doc.ments.un.org/doc/undoc/gen/n24/080/85/pdf/n2408085.pdf?token=yRp7hEmEh7aUshLKVN&fe=true>.

151 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), Urgent Request for Additional Measures Under Article 75(1) Of The Rules Of Court Of The International Court Of Justice 12 February 2024.*

te resucitar su petición de suspensión de todas las operaciones militares en Gaza o, al menos, la suspensión de cualquier actividad militar en la zona de Rafah, aunque ha dejado en manos de la CIJ los medios para abordar la situación.

La decisión de la CIJ ha reafirmado las medidas adoptadas el 26 de enero y ha indicado *ex novo* dos medidas, teniendo en cuenta el empeoramiento de las condiciones de vida de los palestinos de Gaza. En la primera, tomada por unanimidad, ordena que Israel adopte todas las medidas necesarias para garantizar sin demora, sin trabas, a gran escala y en cooperación con las Naciones Unidas los servicios básicos que se necesitan con urgencia y la asistencia humanitaria.¹⁵² En la segunda, muy importante y en la que ahora sí se aprecia un cambio definitivo de enfoque, indica que Israel debe garantizar con efecto inmediato que sus fuerzas armadas no cometan actos que constituyan una violación de cualquiera de los derechos de los palestinos en Gaza como grupo protegido bajo la Convención, incluso *impidiendo*, mediante cualquier acción, la entrega de asistencia humanitaria que se necesita con urgencia.¹⁵³

La CIJ, por primera vez, indica que el impedimento de la entrega de la asistencia humanitaria por parte de las fuerzas armadas podría constituir una violación de la Convención sobre el Genocidio. Hay que tener en cuenta que la solicitud de Sudáfrica y la decisión de la CIJ han sido anteriores a la conclusión por parte de la relatora de la ONU del informe en la que aprecia la comisión de actos genocidas y de la adopción de la primera resolución del Consejo de Seguridad en la que se pide un alto el fuego inmediato.

A esta segunda solicitud hay que sumarle la nueva solicitud urgente de modificación de las medidas provisionales realizada por Sudáfrica, del 10 de mayo de 2024.¹⁵⁴ El Estado sudafricano le ha pedido al Tribunal que indique urgentemente nuevas medidas provisionales y/o que modifique sus medidas provisionales anteriores, adoptadas el 26 de enero y 28 de marzo de 2024, de conformidad con el artículo 41 del Estatuto de la Corte y los artículos 73(1), 74(1), 75(1) y (3) y/o 76(1) del Reglamento de la Corte, sobre la base de los

152 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), Urgent Request for Additional Measures Under Article 75(1) Of The Rules Of Court Of The International Court Of Justice*, Order of 28 March 2024.

153 *Ibidem*, “(2) Indicates the following provisional measures: Ensure with immediate effect that its military does not commit acts which constitute a violation of any of the rights of the Palestinians in Gaza as a protected group under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, including by preventing, through any action, the delivery of urgently needed humanitarian assistance” (...). La cursiva es nuestra.

154 *Request for the modification of the Order of 28 March 2024 indicating provisional measures of 10 May 2024*.

cambios en la situación y/o nuevos hechos y que lo haga sin proceder al trámite de las audiencias. La situación provocada por el asalto israelí a Rafah y el riesgo extremo que supone para el suministro de ayuda humanitaria, la supervivencia del sistema médico palestino y para la propia supervivencia de los palestinos de Gaza como grupo, no se considera sólo una escalada de la situación existente, sino que da lugar a nuevos hechos que están causando un daño irreparable a los derechos del pueblo palestino en Gaza.¹⁵⁵

La CIJ, a la luz de las consideraciones expuestas sobre el impacto de las operaciones en Rafah sobre una población extremadamente vulnerable y que crean un ruego de muerte inminente—de acuerdo con la información proporcionada por las agencias de la ONU sobre el terreno—¹⁵⁶ ha considerado que la situación actual derivada de la ofensiva militar de Israel en Rafah entraña un riesgo adicional de perjuicio irreparable para los derechos plausibles reivindicados por Sudáfrica y que existe urgencia, en el sentido de que existe un riesgo real e inminente de que se cause tal perjuicio antes de que el Tribunal dicte su resolución definitiva.¹⁵⁷ Por estas razones, la CIJ ha reafirmado las medidas provisionales en sus órdenes de 26 de enero de 2024 y 28 de marzo de 2024, por 13 votos contra 2, y, ahora sí, ha adoptado cuatro medidas provisionales nuevas, siendo la primera de estas la indicación del cese inmediato de su ofensiva militar y cualquier otra acción en Rafah que pueda infligirle al grupo palestino de Gaza condiciones de vida que puedan provocar su destrucción física total o parcial.¹⁵⁸

La medida se ha adoptado, como no se podía esperar de otra forma, con los votos disidentes de la jueza Sebutinde, quien ha señalado que la medida solo parece prohibir las operaciones militares en Rafah en la medida en que afecten los derechos protegidos por la Convención sobre el Genocidio y, por otro lado, que solo afecta a las operaciones del Estado de Israel, pero no de Hamás.¹⁵⁹ De la misma manera, el juez *ad hoc* Barak, a vueltas con el estándar de la plausibilidad de la prueba de la intención genocida, se apoya en su opinión de que Sudáfrica no ha presentado ni una sola prueba nueva de la existencia

155 *Ibidem*, párrs. 4 y ss.

156 *Request for the modification of the Order of 28 March 2024 indicating provisional measures of 10 May 2024, Order of 24 May 2024*, párrs. 43-45.

157 *Ibidem*, párr. 47

158 *Request for the modification of the Order of 28 March 2024 indicating provisional measures of 10 May 2024, Order of 24 May 2024*.

159 *Dissenting Opinion Judge Sebutinde, 24 May 2024*, párr. 21.

plausible de intención genocida.¹⁶⁰ El juez Nolte, quien ha votado a favor de las medidas, no ha querido dejar pasar la ocasión de manifestar sus dudas sobre el cumplimiento de los criterios que dan lugar a la indicación de nuevas medidas en el caso. Por un lado, vacila sobre el hecho de que la invasión en Rafah, por terrible que sea, suponga un cambio en la situación en Gaza no considerado anteriormente, de que las medidas ya adoptadas no sean suficientes para abordar el riesgo de un perjuicio irreparable y, por último, que la CIJ esté anticipándose a un análisis sobre el fondo creando un peligroso precedente. En particular, presenta una enorme preocupación por el hecho de que Sudáfrica haya señalado que “(...) it expects the Court to act in order to render its own previous Orders ‘effective’, to prevent them from becoming ‘worthless’ and to step in for the United Nations Security Council and General Assembly, which, according to South Africa, are not fulfilling their mandate in the present case”.¹⁶¹

El alcance de esta decisión es muy significativo por dos razones: en primer lugar, porque introduce en la indicación de la medida el vínculo entre el desarrollo de las operaciones militares y la destrucción física total o parcial del grupo —al menos en Rafah—, afirmando la presencia del elemento material del crimen de genocidio en el caso, tratando de dejar atrás las dificultades que plantea en la fase de medidas provisionales la afirmación de la plausibilidad de los derechos del grupo palestino de ser protegidos de actos de genocidio debido a la vaguedad el estándar de prueba del elemento mental del crimen durante las operaciones militares. En segundo lugar, la decisión de la CIJ llegó unos días después de que la Corte Penal Internacional anunciara una orden de arresto contra Benjamín Netanyahu, primer ministro de Israel, y Joav Gallant, ministro de Defensa, por crímenes de guerra, el 20 de mayo de 2023,¹⁶² por lo que parece querer afirmar la existencia *prima facie* de un caso de genocidio y no solo de graves violaciones del DIH.

4. Conclusiones

La guerra total contra la Franja de Gaza está dejando un panorama apocalíptico ante los ojos de la comunidad internacional, que pone en tensión algunas cuestiones de primer orden en el derecho internacional: el alcance del ejercicio de

160 *Dissenting Opinion Judge ad hoc Barak*, 24 May 2024, párrs. 16-19.

161 *Opinion Judge Nolte*, 24 May 2024, párr. 9

162 *Statement of ICC Prosecutor Karim A.A. Khan KC: Applications for arrest warrants in the situation in the State of Palestine*, 20 May 2024.

la responsabilidad de proteger a las poblaciones de los crímenes más graves, la eficacia del uso de medios pacíficos de controversias en la figura de la CIJ para resolver una controversia jurídica —pero que tiene también un enorme componente político— y la solicitud de indicación de medidas provisionales; la más significativa, la suspensión de las operaciones militares en Gaza para proteger los derechos de las partes en una controversia sobre la aplicación de la Convención sobre el Genocidio y la nueva orientación de la Corte en la cuestión relativa a la plausibilidad de los derechos y la consideración de las pretensiones y su verosimilitud, lo que ha llevado a considerar la protección del derecho a la legítima defensa de Israel junto al derecho de los palestinos de ser protegidos frente al genocidio, la cuestión de la legítima defensa en territorios ocupado, la efectividad de las decisiones de la CIJ que son obligatorias y, finalmente, la relación entre el Consejo de Seguridad y la CIJ en materia de cumplimiento de decisiones y complementariedad de esfuerzos.

El balance de una análisis comprensivo de lo anterior muestra claramente algunos síntomas del desgaste del derecho internacional y de la arquitectura del sistema internacional construido después de la Segunda Guerra Mundial para evitar que las generaciones venideras sufrieran el flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles, a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana (...).

Bibliografía

- Arévalo-Ramírez, W. (2022). The International Court of Justice and the international humanitarian law rules for armed conflicts. *Revista Científica General José María Córdova*, 20(38), 425-442. <https://doi.org/10.21830/19006586.912>.
- Becker, M. A. (2024). *Desperate Times, Desperate (Provisional) Measures: Rafah and South Africa's Latest Action at the ICJ*. VerfBlog. <https://verfassungsblog.de/desperate-times-desperate-provisional-measures>.
- Buchan, R. (29 de noviembre de 2023). *Self-Defence as an Exception to the Principle of Non-Use of Force: Debunking the Myth*. EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law. <https://www.ejiltalk.org/self-defence-as-an-exception-to-the-principle-of-non-use-of-force-debunking-the-myth/>.
- Corte Internacional de Justicia. (9 de julio de 2004). *Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado*. Opinión consultiva. <http://www.icj-cij.org/cijwww/cdocket/cmwp/cmwpframe.htm>.

- Couzigou, I. (2017). Enforcement of UN Security Council Resolutions and of ICJ Judgments: The Unreliability of Political Enforcement Mechanisms. En Jakab, A. y Kochenov, D. (Eds.), *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance* (pp. 363-378). Oxford Academic. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198746560.003.0022>.
- Gill, T. (13 de noviembre de 2023). *The ICJ Wall Advisory Opinion and Israel's Right of Self-Defence in Relation to the Current Armed Conflict in Gaza*. Armed Groups and International Law. <https://www.armedgroups-internationalallaw.org/2023/11/13/the-icj-wall-advisory-opinion-and-israels-right-of-self-defence-in-relation-to-the-current-armed-conflict-in-gaza/#:~:text=The%20Advisory%20Opinion%20then%20went,the%20wall%20was%20supposed%20to>.
- Higgins, R. (1998). Interim Measures for the Protection of Human Rights. *36 Columbia Journal of Transnational Law*, (91), 91-108.
- International Committee of the Red Cross. (13 de octubre de 2023). *Israel and the occupied territories: Evacuation order of Gaza triggers catastrophic humanitarian consequences*. <https://www.icrc.org/en/document/israel-and-occupied-territories-evacuation-order-of-gaza-triggers-catastrophic-humanitarian-consequences>.
- Lando, M. (2017). Compliance with Provisional Measures Indicated by the International Court of Justice. *Journal of International Dispute Settlement*, 8(1), 22-55. <https://doi.org/10.1093/jnlids/idv029>.
- Lee-Iwamoto, Y. (2002). The Protection of Human Life through Provisional Measures Indicated by the International Court of Justice. *Leiden Journal of International Law*, 15(2), 345-366.
- Lempel, J. (8 de enero de 2024). *Why the ICJ Cannot Order Israel to Stop the War in Gaza as a Provisional Measure*. EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law. <https://www.ejiltalk.org/why-the-icj-cannot-order-israel-to-stop-the-war-in-gaza-as-a-provisional-measure/>.
- Miles, C. (2018). Provisional Measures and The 'New' Plausibility In The Jurisprudence of The International Court Of Justice. *The British Yearbook of International Law*, bry011. <https://doi.org/10.1093/bybil/bry011>.
- Remiro Brotons, A. (1 de febrero de 2024). *Perspectivas e implicaciones de la Orden de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso Sudáfrica contra Israel*. Real Instituto El Cano. <https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/perspectivas-e-implicaciones-de-la-orden-de-la-corte-internacional-de-justicia-cij-en-el-caso-sudafrica-contra-israel/>.
- Save the Children. (7 de noviembre de 2023). *Children's Mental Health in Gaza Pushed beyond Breaking Point after Nearly a Month of Siege and Bombardment*. <https://www.savethechildren.net/news/children-s-mental-health-gaza-pushed-beyond-breaking-point-after-nearly-month-siege-and>.
- Schmitt, M. N. (10 de octubre de 2023). *Israel – Hamas 2023 Symposium – The Legal Context of Operations Al-Aqsa Flood and Swords of Iron*. Lieber Institut.
- Sparks, T. y Somos, M. (2021). The humanisations of provisional measures? Plausibility and the interim protection of rights before de ICJ. *MPIL Research Paper Series*, (20).
- Uchkunova, I. (1 de enero de 2013). *Provisional Measures before the International Court of Justice*. The Law & Practice of International Courts and Tribunals.
- United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs. (9 de enero de 2023). *Hostilities in the Gaza Strip and Israel | Flash Update #88*. <https://www.ochaopt.org/content/hostilities-gaza-strip-and-israel-flash-update-88>.
- United Nations. (20 de noviembre de 2023). *Women bearing the brunt of Israel-Gaza conflict: UN*

- expert. <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2023/11/women-bearing-brunt-israel-gaza-conflict-un-expert>.
- United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs. (27 de diciembre de 2023). *Hostilities in Gaza Strip and Israel | Flash Update #78*. <https://www.ochaopt.org/content/hostilities-gaza-strip-and-israel-flash-update-78>.
- United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs. (3 de enero de 2024). *Hostilities in Gaza Strip and Israel | Flash Update #83*. <https://www.ochaopt.org/content/hostilities-gaza-strip-and-israel-flash-update-83>.
- United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs. (5 de enero de 2024). *Hostilities in Gaza Strip and Israel | reported impact | Day 90*. <https://www.ochaopt.org/content/hostilities-gaza-strip-and-israel-reported-impact-day-90>.
- United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs. (6 de enero de 2024). *Hostilities in Gaza Strip and Israel | Flash Update #85*. <https://reliefweb.int/report/occupied-palestinian-territory/hostilities-gaza-strip-and-israel-flash-update-85>.
- United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs. (9 de enero de 2024). *Hostilities in Gaza Strip and Israel | Flash Update #88*. <https://www.ochaopt.org/content/hostilities-gaza-strip-and-israel-flash-update-88>.
- United Nations. Economic and Social Council Commission on Human Rights. (16 de marzo de 2001). *Report of the human rights inquiry commission established pursuant to Commission resolution S-5/1 of 19 October 2000*. E/CN.4/2001/121. <https://undocs.org/E/CN.4/2001/121>.
- United Nations. General Assembly. (22 de octubre de 2001). *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967, Michael Lynk*. A/76/433. <https://undocs.org/A/76/433>.
- United Nations. General Assembly. (12 de septiembre de 2018). *Report of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar, UN doc. A/HRC/39/64*. <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g18/274/54/pdf/g1827454.pdf?token=DETYNwtmZD5Z7y9r-Sy&fe=true>.
- United Nations. Human Rights Council. (1 de septiembre de 2008). *Report of the high-level fact-finding mission to Beit Hanoun established under Council resolution S-3/1*. A/HRC/9/26. <https://undocs.org/A/HRC/9/26>.
- United Nations. Human Rights Council. (25 de septiembre de 2009). *Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict*. A/HRC/12/48. <https://undocs.org/A/HRC/12/48>.
- United Nations. Human Rights Council. (24 de junio de 2015). *Report of the independent commission of inquiry established pursuant to Human Rights Council resolution S-21/1*. A/HRC/29/52. <https://undocs.org/A/HRC/29/52>.
- United Nations. Human Rights Council. (18 de marzo de 2019). *Report of the detailed findings of the independent international Commission of inquiry on the protests in the Occupied Palestinian Territory*. A/HRC/40/CRP.2 https://www.un.org/unispal/wp-content/uploads/2019/06/A.HRC_40.CRP_2.pdf.
- United Nations. Human Rights Council. (22 de diciembre de 2020). *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967, Michael Lynk*. A/HRC/44/60. <https://undocs.org/A/HRC/44/60>.

LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA

Jerónimo Lau Alberdi¹

Facultad de Derecho, Universidad Austral

jlalalberdi@austral.edu.ar

Recibido: 02/05/2024

Aceptado: 09/05/2024

Resumen

Este artículo aborda la creciente judicialización de la política en Argentina, un fenómeno que ha llevado a los tribunales y a los jueces a desempeñar un papel cada vez más prominente en la formulación de políticas públicas, áreas tradicionalmente reservadas para los poderes Legislativo y Ejecutivo. A través del análisis de jurisprudencia de la Corte Suprema de Argentina, se ilustra cómo los tribunales se han convertido en actores cruciales en la adopción de decisiones políticas, particularmente en contextos donde los actores políticos se abstienen de tomar decisiones por temor a las repercusiones electorales futuras. Este desarrollo ha contribuido al abandono gradual de la doctrina de las “cuestiones políticas no justiciables”, marcando una transición hacia una “juristocracia”, donde los jueces no solo interpretan la ley, sino que también ejercen una influencia significativa en la configuración del orden político y social del país. Adicionalmente, el trabajo propone una nueva perspectiva para comprender la judicialización de la política enfocándose en la teoría del agente-principal. Desde esta visión, los tribunales cumplen funciones esenciales de supervisión y coordinación dentro de una democracia, actuando como mecanismos de control para garantizar que el Gobierno (el agente) actúe en concordancia con los intereses del pueblo (el principal). Esta función es fundamental para mantener la soberanía popular y asegurar que las acciones gubernamentales permanezcan dentro de los límites establecidos por la ley y la constitución, subrayando así la importancia crítica de los tribunales en la preservación de un equilibrio democrático saludable.

Palabras clave: judicialización de la política, Corte Suprema, Argentina, agente-principal, cuestión política, juristocracia.

1 Agradezco profundamente los valiosos comentarios y sugerencias recibidos al presentar un borrador de este trabajo en el Seminario para Profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Los aportes de mis colegas contribuyeron a mejoras sustanciales y me señalaron aspectos que no había considerado. Mi gratitud también a quienes, de manera privada, continuaron la discusión conmigo. Cualquier error o infelicidad me pertenecen.

The Judicialization of Politics

Abstract

This article addresses the growing judicialization of politics in Argentina, a phenomenon that has led courts to play an increasingly prominent role in the formulation of public policies, areas traditionally reserved for the legislative and executive branches. The analysis of jurisprudence from the Supreme Court of Argentina illustrates how courts have become crucial actors in political decision-making, particularly in contexts where political actors refrain from making decisions for fear of future electoral repercussion. This development has contributed to the gradual abandonment of the doctrine of non-justiciable political questions, marking a transition towards a *juristocracy*, in which judges not only interpret the law, but also exert significant influence in shaping the political and social order of the country.

Additionally, the study proposes a new perspective to understand the judicialization of politics, focusing on the principal-agent theory. In this view, courts perform essential oversight and coordination functions within a democracy, acting as control mechanisms to ensure that the government (the agent) acts in accordance with the interests of the people (the principal). This function is fundamental to maintaining popular sovereignty and ensuring that government actions remain within the limits established by law and the constitution, thus underscoring the critical importance of the courts in preserving a healthy democratic balance.

Key words: judicialization of politics, Supreme Court, Argentina, principal-agent, political question, juristocracy.

1. Introducción

Nadie puede negar que la Corte Suprema es uno de los tres grandes poderes del Gobierno argentino. Sin embargo, entre los juristas, existe un empeño por diferenciar al Poder Judicial de la política, como si por un lado estuviera la justicia y, por el otro, los poderes constituidos electos popularmente cuya función es hacer política. La doctrina de las cuestiones políticas no justiciables² es emblemática de esta tradición, en tanto afirma que determinados actos o decisiones quedan excluidos del control de los jueces. Así, la etiqueta de las “cuestiones políticas” se aplica a todos aquellos temas sobre los que un tribunal, en un momento dado, opinará que es impolítico o inoportuno asumir la jurisdicción. A veces, esta inconveniencia se da por el temor a la inmensidad de las consecuencias que podría acarrear una decisión sobre el fondo; a veces, por la sensación de que el tribunal es incompetente para tratar el tipo particular de cuestión de que se trate; y a veces será inducida por la sensación de que el asunto es demasiado importante para los tribunales (Finkelstein, 1924, p. 344).

2 Entre varios trabajos sobre el tema, recomiendo los siguientes (en orden de publicación): Barkow (2002); Grove (2015); Bradley y Posner (2023).

La judicialización de la política se refiere al proceso por el cual los tribunales y los jueces llegan a elaborar o a dominar cada vez más la elaboración de políticas públicas que antes habían pertenecido al ámbito de los poderes Legislativo y Ejecutivo (Moustafa 2007, pp. 26-27). Con simplemente observar la realidad, se evidencia una creciente dependencia de los tribunales para resolver los principales problemas morales, cuestiones de política pública, crisis económicas y los conflictos de poderes. Este fenómeno, que ha cobrado particular importancia a finales del siglo XX y principios del XXI, involucra el recurso a las cortes supremas y tribunales constitucionales, armados con potentes mecanismos de control de constitucionalidad, a fin de que aborden una diversidad de temas que incluyen la libertad de expresión, las libertades religiosas, la privacidad, el derecho de propiedad, el comercio, la educación, la inmigración, el empleo y la protección ambiental.

La República Argentina está inmersa en dicho fenómeno. Después de explorar el alcance, la naturaleza y las causas de la judicialización de la política, así como el comportamiento judicial de los tribunales, explicaré cómo la política y la justicia son dos gemelos siameses. Los tribunales se convierten en instrumentos para adoptar decisiones que los actores políticos evitan por el costo electoral que podrían acarrear. A través del análisis de jurisprudencia reciente de los tribunales inferiores y de la Corte Suprema de Argentina, argumentaré cómo la judicialización de la política conlleva la transferencia de cuestiones esencialmente políticas a la esfera judicial. Estas cuestiones abarcan desde los procesos y resultados electorales, la legitimidad del orden democrático y el aseguramiento de principios republicanos y las prerrogativas del Poder Ejecutivo hasta la relación Iglesia-Estado. Este trabajo refleja el abandono de la doctrina de la “cuestión política no justiciable” y señala una transición hacia lo que algunos autores como Ran Hirschl (2004) han denominado “juristocracia”.

La primera parte de este artículo responde a la pregunta sobre el concepto y definición de la judicialización de la política, una cuestión difícil que requiere una discusión extensa. La segunda y tercera parte ingresa de lleno en el caso de estudio: la realidad argentina. Los legisladores controlan a los jueces de la Corte mediante el procedimiento de juicio político, el presidente pone en ejercicio su potestad legislativa mediante el dictado de un decreto de necesidad y urgencia a pocos días de asumir, mientras que el Poder Judicial actúa controlando a los otros dos cuando se salen de sus límites formales y sustanciales, pero también tomando decisiones que los otros dos poderes no quieren tomar. A través del estudio de las sentencias más trascendentes de la Corte Suprema del año 2023,

quedará de manifiesto cómo la justicia y la política llevan adelante esa relación simbiótica que ha estado presente desde el origen mismo del ejercicio de la función jurisdiccional.³ La cuarta parte ingresa en una nueva forma de entender este fenómeno, a partir de la teoría del agente-principal. Desde esta visión, los tribunales cumplen funciones esenciales de supervisión y coordinación dentro de una democracia, actuando como mecanismos de control para garantizar que el Gobierno (el agente) actúe en concordancia con los intereses del pueblo (el principal). Esta función es fundamental para mantener la soberanía popular y asegurar que las acciones gubernamentales permanezcan dentro de los límites establecidos por la ley y la constitución, subrayando así la importancia crítica de los tribunales en la preservación de un equilibrio democrático saludable.

2. ¿Qué es la judicialización de la política?

Tradicionalmente, se ha recurrido a un tipo ideal, o en realidad a un prototipo, de lo que debería ser un tribunal, que implica: un juez imparcial e independiente que aplica normas legales preexistentes mediante procedimientos contradictorios con el fin de lograr una decisión dicotómica en la que a una de las partes se le asigna la razón jurídica y a la otra se la encuentra equivocada (Shapiro, 1981, p. 1).

Inmediatamente, Shapiro (1981) descarta la definición del prototipo, así como su utilidad. En el nivel más básico, argumenta que simplemente no es una representación exacta de la realidad de los tribunales y, por tanto, como tipo ideal es más engañoso que clarificador:

...si examinamos lo que generalmente llamamos tribunales en las sociedades contemporáneas e históricas, el prototipo no se ajusta a casi ninguna de ellas. Así, pues, la defensa del prototipo parece infructuosa. Un estudio de los tribunales que es esencialmente la medición de la desviación de un tipo que rara vez se aproxima en el mundo real parecería ser igualmente infructuoso. (p. 1)

Así, partiendo de un análisis del conflicto o del poder, Shapiro (1981) introduce el marco de este nuevo modelo para el estudio de las instituciones judiciales basado en el siguiente conjunto resumido de proposiciones: (1) el Poder Judicial, es decir, el tribunal y el juez, no es un órgano independiente,

3 Cabe recordar el caso *Cullen c. Llerena*, Fallos: 53:420 (1893), y la sentencia dictada veintiocho años antes en el caso *José Roque Pérez*, Fallos: 2:253 (1865).

sino más bien una parte del régimen político en el poder; (2) el Poder Judicial no es meramente el ejecutor de normas legales preexistentes, sino que a menudo actúa también como legislador para crear leyes; (3) el proceso judicial no es puramente un procedimiento contencioso, sino más bien una mezcla de mediación y litigio para alcanzar soluciones de consenso; y (4) el derecho a una revisión judicial por una instancia jerárquicamente superiores un mecanismo y un reflejo de la concentración del poder político más que una protección de los derechos individuales.

Al igual que la mayoría de las demás instituciones políticas importantes, los tribunales tienden a estar cargados de múltiples funciones políticas, que van desde reforzar la legitimidad del régimen político (por ejemplo, al respaldar la constitucionalidad de una ley o decreto) hasta asignar recursos económicos escasos o establecer políticas públicas y sociales importantes. El análisis y la descripción empírica de Shapiro revelan muchos de los entresijos de la transición de la justicia individual a la institucional. Ahora bien, ¿por qué y cuándo se produjo esta transformación? ¿Qué nuevas fuerzas sociales, políticas o económicas aparecieron? ¿Qué nuevas contradicciones surgieron que hicieron insostenible el sistema anterior? ¿Qué ocurría al mismo tiempo en otras instituciones sociales y políticas? ¿Acaso la Administración o el Congreso también estaban experimentando mutaciones? Con un Estado cada vez más burocratizado, que cuenta con agencias cada vez más técnicas que dictan regulaciones sumamente específicas (acentuando el problema del agente-principal⁴), sumado a una concepción equivocada del derecho constitucional donde el anhelo, la necesidad y el derecho se confunden,⁵ no sorprende que los jueces adquieran un protagonismo cada vez mayor.

El término “judicialización de la política” describe distintos fenómenos interconectados. En primer lugar, refleja la creciente incorporación del lenguaje, las normas y las metodologías jurídicas al ámbito de la política y la formulación de políticas. Esta tendencia es evidente en diversas facetas de la vida moderna, marcada especialmente por la adaptación de los procesos de toma de decisiones dentro de los marcos del Estado de derecho a normas que se asemejan a las de los sistemas judiciales. Las negociaciones, antes informales o no jurídicas, se ri-

4 Cfr. Miller (2005, pp. 205-06).

5 Recomiendo escuchar la conferencia del juez de la Corte Suprema de Justicia Argentina, Carlos Rosenkrantz, en la inauguración del año académico de la Escuela de Pregrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile el 26 de mayo de 2022. Disponible en: <https://perma.cc/5KX3-CFFD>.

gen ahora predominantemente por normas y procedimientos jurídicos (Sieder et al. 2005, p. 5). Este enfoque legalista generalizado en el discurso y la práctica traduce a menudo el concepto de justicia en términos predominantemente procesales. Esta judicialización se entrelaza con la creciente influencia del sistema jurídico sobre las interacciones sociales y las normas culturales, redefiniendo de hecho la forma en que se gestionan los conflictos sociales (Habermas, 1988; Teubner, 1987). Además, las transformaciones en la vida moderna, señaladas por los primeros sociólogos jurídicos como Henry Maine, Emile Durkheim y Max Weber, incluyen el cambio de los estatus sociales tradicionales a las relaciones contractuales y la aparición de un sistema jurídico más formal, inequívoco y racional en las sociedades occidentales (Hirschl, 2009).

Algunas formas de política son inherentes a la judicatura, otras son beneficiosas y otras son contrarias a la función judicial y corrosivas para el derecho, aunque lo cierto es que la literatura le da distintos significados al concepto de la “política” en la función judicial. Propongo, entonces, hacer un breve repaso sobre esos distintos sentidos.

2.1 Los jueces como protagonistas de gobierno

La ciencia política estudia todas las instituciones de gobierno. Desde este punto de vista, las instituciones jurídicas no son otra cosa que elementos que integran el aparato político del Estado. “Los politólogos dicen que la Corte es parte de la política a pesar de ser un tribunal de justicia, porque todo el derecho, incluido el derecho constitucional, es parte de la política” (Shapiro, 1989, pp. 1555-1556). Vistos como engranajes del aparato político del Gobierno, los jueces son actores políticos protagónicos. Cuando los politólogos dicen que los jueces son políticos, a menudo lo dicen en este sentido. Sin embargo, cuando los abogados ven el término “político” agregado a los jueces, su “angustia es causada por una confusión bastante simplista sobre la palabra política y lo que significa” (p. 1559).

En un Estado democrático, los tribunales intervienen si y sólo si el proceso electoral experimenta algún fallo masivo en sus mecanismos normalmente autocorrectivos. Los tribunales existen justamente para proteger determinados valores como la representación de las minorías segregadas o la libertad de expresión en situaciones de hostilidad. Este razonamiento de “corregir los fallos de la democracia” es la justificación democrática más estrecha para una judicialización de la política más bien estrecha (Ely, 1980; Shapiro, 1966).

La justificación más amplia reside en afirmar que la constitución o la tradi-

ción universal de derechos humanos contiene un conjunto de derechos ciertos y conocibles y que se supone que el control de constitucionalidad debe defender de la violación de las mayorías. El juez no se presenta como alguien que ejerce una discrecionalidad política, sino simplemente como alguien que hace cumplir derechos constitucionales o legales preexistentes (Dworkin, 1977).

Además, hay quienes argumentan que los jueces aportan una perspectiva generalista a un proceso de elaboración de políticas que, de otro modo, se vería muy distorsionado por las estrechas perspectivas de los diversos especialistas que son los verdaderos autores de la mayoría de las leyes y reglamentos (Shapiro, 1968). Así pues, los tribunales están en mejor posición para reconocer el verdadero interés público entre los diversos intereses especiales que se disfrazan de interés público que tienen los órganos legislativos o ejecutivos (Sunstein, 1990). De hecho, en cualquier Gobierno contemporáneo, es la mente del juez la que más se aproxima a la del *demos*, ya que el resto del Gobierno está cada vez más fragmentado en las diversas especializaciones necesarias para hacerle frente a un entorno cada vez más complejo.

Esta explicación se relaciona con la capacidad institucional de los tribunales. Concediendo que el Congreso y el presidente también son responsables de hacer cumplir la constitución, los tribunales están en mejores condiciones para centrarse en los valores constitucionales a largo plazo que los poderes Legislativo y Ejecutivo, órganos políticos presionados para hacerles frente a problemas inmediatos con soluciones inmediatas (Perry, 1982). Además, en el proceso judicial se les presta la misma atención a ambas partes, independientemente de la disparidad de sus recursos políticos, especialmente respeto de la argumentación sistemática y receptiva. De este modo, el litigio proporciona una calidad de deliberación política que no está disponible en ningún otro lugar del Estado (Fiss, 1979).

2.2 La política de las políticas públicas

Un aspecto de la judicialización de la política es la ampliación de la competencia de los tribunales y los jueces en la determinación de los resultados de las políticas públicas, principalmente a través de la revisión de la actuación de la Administración pública, la redefinición judicial de los límites burocráticos entre los órganos del Estado y la jurisprudencia sobre derechos patrimoniales. No pasa una sola semana sin que una corte suprema o tribunal constitucional de algún lugar del mundo emita una sentencia importante relativa al alcance

de la protección de los derechos constitucionales o a los límites de los poderes Legislativo o Ejecutivo (Hirschl 2004, pp. 103-118).

La política puede ser entendida como un proceso mediante el cual se generan decisiones que configuran políticas públicas. Los jueces juegan un rol fundamental en este proceso a través de la declaración, construcción, interpretación y aplicación de la ley, contribuyendo así a la formulación y ejecución de las políticas públicas. De manera sumamente simplificada, en el *common law*, los jueces crean derecho al resolver casos concretos, ejerciendo una influencia directa en la evolución jurídica (Tamanaha, 2010, pp. 17-21). Por otro lado, en la tradición romanogermánica, los jueces primordialmente interpretan y aplican las normas preestablecidas por los poderes Legislativo y Ejecutivo. No obstante, en ambas tradiciones jurídicas, los jueces inevitablemente inciden en políticas públicas al tomar decisiones durante la resolución de casos, influyendo así en la dirección y en el impacto de dichas políticas.

Las decisiones sobre políticas públicas que toman los jueces son inevitables porque la ley no tiene respuesta final y definitiva a todas las cuestiones que presenta el complejo entramado social. Los jueces son llamados a resolver casos trascendentes de alto impacto y, en algunos casos, de incidencia colectiva. De esta manera, son un componente clave del aparato político del Gobierno en tanto permiten actualizar al sistema jurídico y evitarle ser disfuncional. Su tarea es la de un jardinero que cuida y mantiene el jardín prolijo y siempre bien regado. En este sentido, los jueces echarían mano de una de las corrientes del interpretativismo judicial como es el *living constitutionalism*.⁶

La expansión de las agencias administrativas en el Estado del bienestar moderno ha llevado a los tribunales a desempeñar un papel cada vez más importante en la revisión de la actuación de la Administración. Normalmente, este escrutinio judicial se centra más en los aspectos procedimentales de la elaboración de políticas públicas que en el contenido sustantivo. Los tribuna-

6 Como explica Solum (2019), los orígenes de la expresión “constitucionalismo vivo” son oscuros. Quizá, el primero que la utilizó fue el diputado Hugh Legaré en un discurso pronunciado en la Cámara de Representantes en 1837. Una de las formulaciones más importantes vino por parte del juez William J. Brennan, Jr. (1986), cuando explicó: “The most important formulation from the 1980s was offered by Justice William Brennan: To remain faithful to the content of the Constitution, therefore, an approach to interpreting the text must account for the existence of these substantive value choices and must accept the ambiguity inherent in the effort to apply them to modern circumstances. The Framers discerned fundamental principles through struggles against particular malefactions of the Crown; the struggle shapes the particular contours of the articulated principles. But our acceptance of the fundamental principles has not and should not bind us to those precise, at times anachronistic, contours” (p. 437).

les utilizan principios del derecho contractual, del derecho constitucional y, principalmente, del derecho administrativo para garantizar el cumplimiento de las garantías procesales, la igualdad de oportunidades, la transparencia, la responsabilidad y la razonabilidad en la creación y aplicación de las políticas públicas. Además, su influencia se extiende a otros muchos ámbitos, como la planificación urbana, la sanidad pública, las relaciones laborales y la protección de los consumidores (Hirschl, 2009).

En las dos últimas décadas, la judicialización de la formulación de políticas públicas también ha proliferado a nivel internacional⁷ con la creación de numerosos tribunales transnacionales, organismos y comisiones que se ocupan de los derechos humanos. Dos ejemplos parecidos, aunque con distintos grados de sofisticación, son, por un lado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo⁸ y, por el otro, la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En los últimos años, legisladores, ejecutivos y poderes judiciales de Estados que han reconocido la jurisdicción a estos tribunales le han otorgado un estatus cada vez más importante, en particular en lo que respecta a las libertades civiles y los derechos humanos. Más allá de la doctrina del margen de apreciación nacional,⁹ las sentencias de estos tribunales tienen un gran peso simbólico y han obligado a muchos países a incorporar normas jurídicas transnacionales en su ordenamiento jurídico interno.

En Argentina, al igual que en muchos países latinoamericanos, el poder judicial a veces ha eclipsado al proceso legislativo, lo que subraya la necesidad de un enfoque más participativo. Santiago y Boulin (2023) subrayan que, si bien el Poder Judicial desempeña un papel vital en la defensa de la Constitución, la elaboración de políticas debería ser predominantemente competencia de los representantes electos. Sin embargo, hay una tendencia creciente a que los políticos utilicen los tribunales no sólo como mediadores, sino también como escudos, descargando los costos políticos y electorales de las decisiones polémicas en el Poder Judicial, aprovechando que los jueces no están sujetos a presiones electorales y que la política los podrá blindar ante una acusación por mal desempeño. Esta delimitación, aunque teóricamente clara, se vuelve matizada cuando los tribunales, en su deber constitucional, revisan y a veces anulan decisiones legislativas o ejecutivas, lo que da lugar a percepciones de

7 Véase Goldstein et al. (2001), Romano (1999) y Slaughter (2000).

8 Véase, por ejemplo, Weiler (1999) y Stone Sweet (2000).

9 Para un estudio exhaustivo del tema en Argentina, se sugiere la consulta de la obra de Santiago (2020) y también de Díaz Solimine (2020).

extralimitación judicial en los ámbitos políticos y complica aún más el proceso de toma de decisiones y la interacción entre los poderes del Gobierno.

2.3 La política como ideología

“Política” también se utiliza a menudo como sinónimo de “ideología”, un término opaco que abarca la totalidad de las opiniones de un juez sobre la política, la moral, la economía, la sociedad, la religión y la vida (Lammon, 2009, pp. 235-238). En el nivel más amplio, esto incluye principios políticos y morales; en el nivel mundano, contiene creencias sobre asuntos importantes. Las influencias teñidas de ideología se filtran en las decisiones de los jueces de varias formas sutiles: moldeando y reflejando el contenido de las creencias y afectando la forma en que se perciben los hechos (a través del encuadre perceptivo y los sesgos cognitivos) y la forma en que un juez razona (razonamiento motivado para apoyar los resultados preferidos) (Kahan et al., 2009, pp. 887-902).

La teoría de la interpretación que adopta un juez en casos difíciles, sea el pragmatismo, el textualismo, el originalismo, la constitución viviente, etc., es producto de las opiniones del juez sobre el derecho, el lenguaje, las normas y el rol que el Poder Judicial tiene en un gobierno democrático. Cuando la ley se agota, cuando interpretaciones alternativas igualmente plausibles de un conjunto de disposiciones legales apuntan a resultados diferentes o cuando las disposiciones legales aplicables entran en conflicto, un juez debe recurrir a opiniones ideológicas de fondo si quiere dar alguna respuesta (Miller, 2008, pp. 1321-1334).

Las influencias ideológicas se manifiestan en los jueces a través de dos mecanismos distintos: la cognición humana y la interpretación jurídica. En primer lugar, todos los procesos cognitivos humanos, incluidos la percepción, el juicio y el razonamiento, están inevitablemente condicionados por la ideología. Esto es particularmente evidente en la toma de decisiones judiciales, donde tales sesgos operan a menudo de forma subconsciente. Aunque los jueces pueden ser conscientes de estos sesgos e intentar mitigar sus efectos, estas influencias son inherentes a la cognición humana. Por lo tanto, cualquier persona humana que sea juez debe reconocer y aceptar un cierto grado de influencia ideológica.

En segundo lugar, la interpretación jurídica también alberga influencias ideológicas, especialmente en los casos en que la propia ley exige juicios subjetivos, como evaluaciones de justicia y equidad o razonabilidad, o cuando las normas legales son ambiguas u oscuras. Los jueces deben tomar decisiones in-

cluso en ausencia de directrices legales claras, sorteando lagunas ambigüedades e incoherencias en la ley.¹⁰ Aunque estos factores permiten que los sesgos ideológicos se infiltren en las resoluciones judiciales, no comprometen de forma abrumadora el cumplimiento de las reglas y normas jurídicas. De hecho, la mayoría de las normas jurídicas son suficientemente claras y los jueces las aplican de forma coherente, con independencia de sus inclinaciones ideológicas. Así lo corroboran varios estudios cuantitativos, que sugieren que, aunque la ideología influye en las decisiones judiciales, su impacto es generalmente modesto.¹¹

2.4 La política en cuestiones controvertidas

Otro hecho común que involucra a la política y a los tribunales se da cuando los jueces intervienen en los asuntos políticos controvertidos o mediáticos del momento; temas que el público general cree que deberían decidir los representantes electos. Ejemplos son la tenencia de estupefacientes, la pesificación o la convertibilidad, el aborto, el matrimonio homosexual, una reforma laboral, impositiva o sanitaria, asuntos de discriminación positiva y la regulación medioambiental, entre muchos otros temas.

En la actualidad, prácticamente todas las leyes, decretos del presidente o resoluciones ministeriales son inmediatamente sometidos a un escrutinio judicial en los tribunales por aquellos que se oponen estas normativas.¹² Los políticos saben de antemano que necesitan del aval judicial para que sus medidas tengan vigencia efectiva. Este alto nivel de litigiosidad se da, en muchos casos, en cuestiones prematuras donde no ha habido aún una afectación directa y concreta y en donde el que litiga tampoco tiene legitimación procesal. En Argentina, la rabieta tiene límites en el sistema de control de constitucionalidad, donde sin gravamen no hay puerta de tribunal que debiera abrirse.

En este marco, con una sociedad fragmentada y polarizada sobre los asuntos más controvertidos, cualquier decisión judicial provocará una reacción en la que la parte perdedora acusará al tribunal de hacer política porque ambas partes están convencidas de que tienen razón. Cuando el asunto que se discute es percibido por la sociedad como un tema político, casi por definición la deci-

10 El artículo 3 del Código Civil y Comercial argentino establece que “[e]l juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”.

11 Véase, entre otros, Sunstein et al. (2006), Ashenfelter et al. (1995) y Cross (2007).

12 Véase Kagan (2001, pp. 13-14), quien explica cómo, en el sistema jurídico norteamericano, todas las políticas públicas más importantes eventualmente terminan en los tribunales.

sión judicial es política. Así, los argumentos que tenga el tribunal para decidir pasarán a un segundo plano, al tiempo que los medios de comunicación harán una lectura sesgada y parcial de lo resuelto.

2.5 Política en los nombramientos judiciales

Los nombramientos de los jueces para los tribunales provinciales o federales dejaron de ser una cuestión de mecenazgo (Evans, 1948, p. 330) para pasar a ser cuidadosamente seleccionados por sus posturas ideológicas. En un trabajo extraordinario publicado recientemente por dos profesores de la Princeton University, Cameron y Kastellec (2023) demuestran con evidencia cómo los nombramientos para la Corte Suprema de Estados Unidos forman parte de los acontecimientos centrales en la vida política de ese país. Cada vacante desencadena una lucha encarnizada entre republicanos y demócratas por los candidatos y, una vez cubierto el puesto, los nuevos jueces suelen votar de forma predecible. El libro examina noventa años de historia política estadounidense para mostrar cómo el crecimiento del Poder Judicial federal a partir de la década de 1930 inspiró a los presidentes, los partidos políticos y los grupos de interés a darle forma a la judicialización de la política a través de los nombramientos. El resultado es una nueva política dirigida directamente a seleccionar y colocar personas con la misma ideología en la Corte, lo que ha transformado al máximo tribunal federal en una rama ideológicamente impulsada y polarizada.

De hecho, en 2016, el líder republicano del Senado norteamericano, Mitch McConnell, se abstuvo de programar audiencias para Merrick Garland luego de que el presidente Barack Obama lo nominara para suceder al fallecido juez Antonin Scalia en la Corte Suprema. McConnell invocó una supuesta convención que sostiene que un presidente no debe nominar jueces a la Corte Suprema durante un año electoral en el final de su mandato. Como resultado, la nominación de Garland quedó guardada en un cajón. Posteriormente, en 2017, el presidente recién electo, Donald Trump, designó a Neil Gorsuch para ocupar la vacante de Scalia. Más adelante, en lo que sería el último año de su mandato, Trump procedió a nominar a Amy Coney Barrett, quien fue confirmada en un proceso extraordinariamente rápido, apenas treinta días antes de las elecciones presidenciales, a pesar del precedente establecido por el caso de Garland. Estos eventos evidencian que, en Estados Unidos, la política desempeña un rol crítico en la selección y nombramiento de jueces, demostrando que no se puede depositar plena confianza en la estabilidad de las llamadas prácticas

constitucionales, dado que siempre existirá quien, poseyendo mayor poder, esté dispuesto a modificarlas.

En Argentina, la facultad de enviar los pliegos de los candidatos a jueces de la Corte Suprema al Senado es una facultad discrecional del presidente, en la medida en que los candidatos cumplan con el requisito constitucional de la idoneidad y los ocho años de ejercicio profesional en la abogacía. Por su parte, la sociedad civil en general está pendiente del perfil de cada candidato y podrá manifestar su apoyo o rechazo a través de los canales institucionales habilitados para ello.¹³ Quizá, alguno recuerde cuando, a mediados de 2015 y en medio del proceso electorario, la presidenta Cristina Fernández propuso a Roberto Manuel Carlés como candidato a la Corte Suprema para cubrir la vacante dejada por el juez Eugenio Zaffaroni. Finalmente, y por falta de apoyo en el Senado, se decidió retirar el pliego, constituyendo un claro error político el hecho de intentar nombrar a alguien para esa vacante a pocos meses de finalizar dos mandatos presidenciales seguidos.

2.6 La política de la redundancia

Otra manera de ver la judicialización de la política es a través de las virtudes de la redundancia. No es cierto que el poder del gobierno pueda separarse entre tres grandes ramas, una de las cuales legisla y sólo legisla, otra administra y sólo administra y una juzga y sólo juzga. Las ramas del gobierno sólo pueden controlarse y equilibrarse mutuamente si comparten los mismos poderes, no si ejercen poderes diferentes. En todos los gobiernos que separan poderes, cada rama legisla, administra y juzga, aunque tengan una función que es preponderante sobre las otras. Así, el poder de veto presidencial en Argentina es claramente un poder legislativo, como lo es el veto constitucional de la Corte Suprema. Y las “consideraciones colaborativas”¹⁴ en una resolución judicial son, inevitablemente, una especie de administración, al igual que lo son las mismas actividades cuando las llevan a cabo los administradores.

En última instancia, todos los juicios legislativos deben realizarse del mis-

13 Véase el Decreto 222/2003 que establece el procedimiento para el ejercicio de la facultad prevista en el artículo 99, inciso 4 de la Constitución Nacional.

14 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fernández de Kirchner, Cristina*, Fallos: 343:218 (2020) (juez Rosatti, voto concurrente, considerando 10). Allí explica que las consideraciones colaborativas tienen base constitucional, como su propio nombre lo indica, en el principio de colaboración entre los poderes del Estado que surge de la separación de poderes.

mo modo. Tanto si las realizan los legisladores como los administradores o los jueces, siempre constituyen un conjunto de conjeturas prudentiales realizadas en condiciones de gran incertidumbre. El juez que decide si una ley es constitucional repite necesariamente el mismo análisis de hechos, valores, alternativas políticas y resultados previstos que realizaron anteriormente los redactores de la ley (Shapiro, 1968). Si el análisis legislativo ya se ha hecho, ¿por qué deberían hacerlo de nuevo los jueces? Quizás porque tres cabezas piensan mejor que dos. Los altos niveles de redundancia son una respuesta de diseño estándar y sensata para los sistemas que deben manejar situaciones de alto riesgo, alta incertidumbre y alto valor (Landau, 1969). Puede que los jueces no sean mejores que otros gobernantes, pero son diferentes. Permitirles parte del poder de gobernar le da al sistema político más gobernantes de más tipos y más reiteraciones de cálculos políticos cruciales. En última instancia, la mayor o menor judicialización dependerá del análisis costo-beneficio de cualquier nivel de redundancia que se proponga.

2.7 La política sofisticada

Por último, está la judicialización de los procesos políticos fundacionales de un país; en otras palabras, la transformación de la corte suprema o tribunal constitucional en el órgano decisorio más importante que se ocupa de las cuestiones fundamentales relativas a la propia definición, o razón de ser, de la política como tal.

Esta categoría incluye, entre otras, (i) la judicialización de los procesos electorales; (ii) el escrutinio judicial de las prerrogativas del Poder Ejecutivo en los ámbitos de la planificación macroeconómica o los asuntos de seguridad nacional; (iii) los dilemas fundamentales de la justicia restaurativa. Estas áreas emergentes de judicialización de la política amplían los límites de la participación de los altos tribunales nacionales en la esfera política más allá del ámbito de los derechos constitucionales y llevan la judicialización de la política a un punto que supera con creces cualquier límite anterior. La mayoría de las veces, esta tendencia cuenta con el apoyo, tácito o explícito, de poderosos actores políticos. El resultado ha sido la transformación de los tribunales supremos de todo el mundo en una parte crucial del aparato nacional de elaboración de políticas de sus respectivos países. Hirschl (2004) ha descrito este proceso como una transición a la “juristocracia”.

Es difícil apreciar la profundidad de esta transición. Mientras que la super-

visión de los aspectos procedimentales del proceso democrático —el control judicial de los procedimientos y reglamentos electorales, por ejemplo— entra dentro del mandato de la mayoría de los tribunales constitucionales, cuestiones como la legitimidad de un régimen, la identidad colectiva de una nación o la reconciliación de un sistema político con su pasado —a menudo poco admirable— reflejan principalmente profundos dilemas morales y políticos, no judiciales. La resolución de estas cuestiones es un ejercicio inherente y sustancialmente político que va más allá de la aplicación de las disposiciones sobre derechos o las normas básicas de justicia procesal a diversos ámbitos de la política pública. La judicialización de este tipo implica instancias en las que los tribunales deciden sobre cuestiones políticas decisivas a las que se enfrenta la nación, a pesar del hecho de que la constitución no se refiere directamente a las cuestiones controvertidas y del reconocimiento obvio de lo mucho que está en juego para la nación. Son precisamente estos casos de judicialización de cuestiones nacionales decisivas que implican la intersección de intereses políticos muy elevados con escasas o nulas directrices constitucionales pertinentes los que hacen que las credenciales democráticas de la revisión judicial sean más cuestionables. En última instancia, no está claro qué convierte a los tribunales en el foro más apropiado para decidir sobre estos dilemas puramente políticos.

La diferencia entre la judicialización de las políticas públicas y la judicialización de la política sofisticada va más allá de una cuestión de relevancia política. Depende de la conceptualización de lo “político”. Lo que cuenta como una decisión “política” no es una pregunta fácil de responder. Una decisión política debe afectar la vida de muchas personas. Sin embargo, muchos casos que no son puramente políticos también afectan la vida de muchas personas (por ejemplo, grandes demandas colectivas). Y lo que es más importante: dado que no existe una respuesta sencilla a la pregunta “¿qué es político?”—para muchos teóricos, la respuesta a esa pregunta sería “todo es político”—, tampoco puede haber una definición simple de la judicialización de la política. Del mismo modo, lo que puede considerarse una cuestión política controvertida en un sistema de gobierno (por ejemplo, el derecho a abortar en Estados Unidos) puede enmarcarse en un conflicto entre el derecho nacional y el derecho supranacional en otro país (por ejemplo, en Argentina) o puede no ser un problema en otro lugar.

En resumen, “nada queda fuera del ámbito del control judicial; el mundo está lleno de leyes; cualquier cosa y todo es justiciable”, como dijo en una ocasión Aharon Barak, expresidente de la Corte Suprema de Israel. Y esto parece haberse convertido en un lema ampliamente aceptado por la Corte Suprema

argentina. Aunque muchas cuestiones de política pública siguen estando fuera del ámbito de los tribunales (Graber, 2004; Schauer, 2006), en numerosos países de todo el mundo se ha producido una creciente deferencia legislativa hacia el Poder Judicial, una intrusión cada vez mayor (y a menudo bien acogida) de este poder en las prerrogativas de los poderes Legislativo y Ejecutivo, y la correspondiente aceleración del proceso por el que se han judicializado las agendas políticas. En conjunto, estos acontecimientos han contribuido a que se confíe cada vez más en los jueces para aclarar y resolver controversias morales fundamentales y cuestiones políticas muy polémicas, y han transformado a los tribunales superiores nacionales en importantes órganos de toma de decisiones políticas.

La judicialización de la política sofisticada también es cada vez más evidente en el ámbito de los procesos electorales, o lo que podría denominarse “el derecho de la democracia” (Miller, 2004, p. 597). Los casos más frecuentes aquí se dan respecto del control judicial del proceso preelectoral en prácticamente todos los países en los que se celebran elecciones, referendos o plebiscitos. Los tribunales se han pronunciado sobre cuestiones como la financiación de los partidos políticos, la difusión de publicidad durante las campañas electorales, la redistribución de los distritos electorales y la aprobación o inhabilitación de partidos políticos y candidatos. Como señala Hirschl (2009), los tribunales aprobaron (o desaprobaron) la prórroga de los mandatos del presidente de Colombia, Álvaro Uribe, del presidente de Uganda, Yoweri Museveni, y del presidente de Rusia, Boris Yeltsin. El destino político de los ex primeros ministros de Pakistán, Benazir Bhutto y Nawaz Sharif, y del presidente de Filipinas, Joseph Estrada, por citar algunos ejemplos, ha sido determinado por los tribunales. A esta lista podrían añadirse las acusaciones de corrupción contra jefes de Estado (como el italiano Silvio Berlusconi, el peruano Alberto Fujimori, el tailandés Thaksin Shinawatra o la brasilera Dilma Rousseff) y los “juicios políticos”, en los que destacados candidatos y líderes de la oposición han sido descalificados o apartados de la carrera por un poder judicial politizado.

En Argentina, en el caso *Bussi*,¹⁵ del 13 de julio de 2007, la Corte Suprema revocó la decisión de la Cámara de Diputados de no permitir que Antonio Bussi, electo diputado en Tucumán en 1999 y exfuncionario de la dictadura, asumiera su cargo por cuestiones éticas y morales. La Cámara había invocado el artículo 64 de la Constitución Nacional, que le otorga autoridad para evaluar la idoneidad de sus miembros. No obstante, la Corte determinó que evaluar la

15 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Bussi, Antonio Domingo*, Fallos: 330:3160 (2007).

idoneidad de un candidato es una prerrogativa del electorado y no del Poder Legislativo, subrayando la importancia de resguardar la soberanía popular y la expresión de voluntad ciudadana. La decisión también destacó la necesidad de definir los límites de las facultades de cada poder del Estado, enfatizando que la Corte debe proteger los consensos básicos para el funcionamiento de una sociedad plural.

A modo de conclusión, creo que es justo admitir que los casos que podrían entenderse como parte de una dinámica de “política judicializada” son una porción ínfima de lo que hacen la gran parte de los tribunales en Argentina. Con la excepción de la Corte Suprema, la mayoría de los jueces resuelven conflictos “cotidianos” que tienen una carga política mucho menor, a veces inexistente. Esta labor judicial tiene una importancia crítica y es crucial comprenderla. De ahí que exista una gran necesidad de más investigaciones que examinen cómo los juzgados y Cámaras de Apelaciones del país se enfrentan y resuelven una gran variedad de conflictos que se les presentan. Ese vacío en la literatura aún no se ha llenado con estudios cuantitativos y cualitativos que pongan el foco en el comportamiento de los jueces.

Cualquiera que firme un contrato laboral, alquile o compre un inmueble, solicite un préstamo, use una tarjeta de crédito, contrate un seguro médico, cobre una pensión o jubilación, se divorcie, redacte un testamento, sufra un accidente automovilístico o cometa un homicidio descubrirá que, en su mayoría, la ley es simple y los jueces la aplican según está escrita. Esta previsibilidad, junto con el costo de litigar, explica por qué la mayoría de los conflictos se resuelven antes de llegar a juicio. Aunque es fácil afirmar que juzgar es hacer política de manera abstracta, estos elementos políticos no predominan en el grueso del trabajo judicial cotidiano (Tamanaha, 2012, p. 776). Juzgar es una actividad lógica que se realiza dentro de las instituciones jurídicas y es esencialmente legal en su naturaleza, lo que hace que los resultados sean generalmente predecibles para quienes intervienen en un litigio. Incluso en la Corte Suprema, donde la presión política es más influyente, las decisiones se toman en contextos fuertemente ajustados al derecho.

3. La situación coyuntural actual en Argentina

Javier Milei asumió la presidencia de Argentina en uno de los contextos económicos más complejos que ha conocido el país. Autoproclamado libertario, se inspira en las ideas de Juan Bautista Alberdi, figura clave en la redacción de

la Constitución argentina de 1853/60. En las elecciones presidenciales celebradas en noviembre de 2023, Milei obtuvo el 56% de los votos, superando a Sergio Massa, ministro de Economía y candidato del movimiento peronista que dominó la política argentina durante 16 de los últimos 20 años. A pesar de no haber entrado en el Congreso hasta 2021, la coalición de Milei, La Libertad Avanza, creada apenas dos años antes, logró una notable victoria en 21 de las 24 provincias argentinas.¹⁶

Durante 2023, el panorama político e institucional de Argentina sufrió importantes convulsiones. Por un lado, un incidente notable fue la iniciativa de juicio político contra todos los jueces de la Corte Suprema, liderada por legisladores peronistas y apoyada por el entonces presidente Alberto Fernández. Los jueces en cuestión eran Horacio Rosatti, Carlos Rosenkrantz, Juan Carlos Maqueda y Ricardo Lorenzetti. Este procedimiento consumió una parte considerable del año e involucró los testimonios de más de 60 testigos, reforzando en última instancia la resistencia de la independencia judicial frente a los desafíos políticos. Por otro lado, hacia finales del año, el presidente Milei, saltándose el Congreso, firmó un Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU 70/23) con el objetivo de avanzar hacia una desregulación de la economía y en la aplicación de amplias reformas legales. Aunque estas medidas destacan por su intención de introducir rápidamente cambios significativos, han suscitado debates jurídicos y constitucionales cruciales para definir los contornos de la gobernanza en Argentina.

En este contexto, el panorama político y económico de Argentina se encuentra sumido en una importante paradoja, moldeada por acontecimientos históricos que han conducido a una situación económica calamitosa. El país se enfrenta a un aparato estatal hinchado e insostenible que se ha expandido drásticamente en las últimas dos décadas. Esto ha ido acompañado de una profunda desorganización de los precios relativos, haciendo que los bienes y servicios básicos sean inasequibles para el ciudadano medio. Las pensiones y los salarios se han visto mermados, la nación se enfrenta a tarifas de servicios públicos obsoletas debido a las anteriores políticas de congelación y las excesivas normativas estatales lastran gravemente la economía.

Al asumir, el Gobierno de Milei se encontró con una tasa de inflación que se tambaleaba al borde de la hiperinflación. Esta precaria situación económica contrasta con los recursos políticos relativamente limitados de los que dispone. El Gobierno carece de representación significativa en el Congreso, ya que

16 Cfr. *Javier Milei will be Argentina's first libertarian president* (2023).

tiene pocos senadores y diputados, y un apoyo mínimo entre los intendentes municipales y gobernadores provinciales; la relación con los sindicatos y los movimientos sociales es tensa.

Las primeras semanas de gobierno de Milei estuvieron marcadas por varios retos: controlar la hiperinflación, lograr un presupuesto equilibrado y negociar con quien él denomina la “casta” política, que incluye a gobernadores, diputados y miembros del poder judicial, todo ello evitando las trampas de un populismo de derecha. Su Gobierno empezó a sortear tres limitaciones principales: el Poder Judicial, en particular la Corte Suprema, que está llamada a deliberar sobre cuestiones políticas muy delicadas y a revisar la probable dependencia del Gobierno de los decretos de necesidad y urgencia; una frontera político-institucional personificada por la oposición en el Congreso y las quejas de los gobernadores; y el esquivo consenso social necesario para los duros ajustes económicos que podrían conducir a la recesión y la estanflación.

3.1 Desafiando la independencia judicial: el plan de destitución del presidente Fernández

A principios de 2023, el presidente Alberto Fernández emitió una carta a los ciudadanos en la que esbozaba su intención de intensificar su escrutinio del Poder Judicial. Apoyado por varios gobernadores, anunció sus planes de iniciar un procedimiento de destitución no sólo contra el presidente de la Corte Suprema, sino también contra los demás miembros del tribunal. Además, indicó su intención de solicitar investigaciones sobre la conducta de todos ellos.

El presidente Fernández justificó la propuesta de destitución del presidente de la Corte Suprema basándose en tres puntos principales: la declaración de inconstitucionalidad de una ley que definía cómo debía integrarse el Consejo de la Magistratura más de un año antes;¹⁷ el dictado de una medida cautelar en un caso pendiente,¹⁸ que el presidente apeló posteriormente; y supuestas conversaciones telefónicas interceptadas durante una operación de inteligencia.

Ahora bien, el derecho constitucional estadounidense influyó profundamente en el diseño de la Constitución argentina de 1853 y en la práctica institucio-

17 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, Fallos: 344:3636 (2021).

18 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Estado Nacional*, Fallos: 345:1498 (2022).

nal.¹⁹ Esta influencia está íntimamente relacionada con Juan Bautista Alberdi, considerado uno de los más brillantes y destacados juristas argentinos del siglo XIX,²⁰ como también de José Benjamín Gorostiaga, el principal redactor de la Constitución Nacional.²¹ Alberdi estudió una gran cantidad de constituciones, incluida la de los Estados Unidos, y explicó por qué la Argentina debía seguir la estructura gubernamental norteamericana adaptando sus instituciones a las necesidades de nuestro país.²² Su erudición mostró una innegable admiración por el sistema jurídico estadounidense, al cual le atribuyó el progreso de los Estados Unidos, y creía, además, que los problemas que enfrentó la fundación de la Argentina entre 1810 y 1853 podían resolverse siguiendo el desarrollo constitucional estadounidense.²³

No obstante, hace 170 años, nuestros constituyentes originarios se apartaron del modelo norteamericano y, siguiendo las advertencias que formulara el francés Alexis de Tocqueville al final del Capítulo VII de su célebre obra *La Democracia en América*, se imaginaron situaciones de potenciales abusos a través del llamado “juicio político”. Por eso fue que, en lugar de copiar del modelo la exigencia de una mayoría simple para aprobar la acusación, pusieron la vara más alta y requirieron en el artículo 53 de la Constitución una mayoría calificada de dos tercios de los diputados presentes para poder avanzar en la acusación contra los funcionarios públicos a los que se pretende someter a un proceso de remoción (García-Mansilla, 2023a).

El reciente intento del Gobierno de Fernández de destituir a todos los jueces de la Corte Suprema ilustra un conflicto significativo con el Poder Judicial en Argentina. A pesar de la urgencia percibida por el Gobierno para remover a estos

19 Cfr. Ravignani (1939, p. 468), quien señala que la Constitución argentina fue diseñada en el molde de la Constitución de los Estados Unidos. La Constitución argentina fue reformada en cinco oportunidades (1860, 1866, 1898, 1957 y 1994); la reforma peronista realizada en 1949 fue abolida por la dictadura militar en 1956 y se reinstaló el texto original de 1853. Ver también Bianchi (2019, cap. VI) y Rivarola (1944), quien critica la opinión de que la Constitución argentina es meramente una copia de la estadounidense y que puede ser interpretada justamente aplicando precedentes estadounidenses.

20 Cfr. Verdu (1998) y Santiago (2014).

21 Véase John Pendleton, Despatch No. 30 to the Secretary of State (1853). Agradezco la ayuda de David A. Langbart, Reference, Research Rooms and Augmented Processing Branch National Archives at College Park, MD (Washington, D.C., Estados Unidos), por ubicar el despacho microfilmado del representante diplomático de los Estados Unidos en las Provincias Unidas del Río de la Plata. Véase también García-Mansilla (2023b).

22 Alberdi (1998, pp. 157-159).

23 Ver García-Mansilla y Ramírez Calvo (2006), García-Mansilla (2004, p. 311) y Alberdi (1998, ac. XXII, p. 115).

funcionarios, la Constitución establece una barrera robusta al requerir una mayoría calificada de dos tercios para cualquier acción de destitución. Esta disposición constitucional se erige como una defensa fundamental contra los abusos de poder, asegurando que cualquier intento de juicio político deba ser rigurosamente justificado y ampliamente aceptado. Durante este proceso, las acusaciones presentadas por el Gobierno no cumplían con los criterios constitucionales establecidos para la remoción de jueces, centradas más en desacuerdos con las decisiones judiciales que en situaciones de mal desempeño. Frente a esta situación, los principales partidos de la oposición, Juntos por el Cambio y La Libertad Avanza, objetaron a las acusaciones, impidiendo la formación de la mayoría de dos tercios necesaria en el Senado para llevar a cabo la destitución. Este episodio no solo frustró los esfuerzos del Gobierno, sino que también destacó la importancia de la independencia judicial²⁴ como pilar crítico para el equilibrio de poderes y la resolución de asuntos cruciales en el ámbito gubernamental y público.

3.2 Poncio Pilato y el Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023

La emergencia económica ha sido durante mucho tiempo un reto recurrente para los sucesivos Gobiernos argentinos, que a menudo han llevado a la nación al borde del colapso debido a varios problemas críticos: una gobernanza inadecuada, un gasto público excesivo, un desprecio por el valor de la moneda nacional, una falta de disciplina fiscal y una intervención estatal generalizada. Estos problemas se vieron agravados por el populismo, el cual condujo a un despilfarro sustancial.

Argentina ha sufrido crisis similares en 1975, 1989 y 2001, cada una de ellas con importantes dificultades económicas (Bianchi, 2023). A pesar de las graves repercusiones de estos episodios históricos, en las últimas dos décadas la nación ha caído repetidamente en patrones similares, acumulando una serie de regulaciones que aparentemente pretenden resolver estas crisis, pero que, en cambio, a menudo las exacerban.

En respuesta a estos desafíos cíclicos, y a pocos días de asumir, la administración del presidente Javier Milei quiso frenar el exceso de regulación y estimular el comercio y la industria, alineándose con las estrategias empleadas por las naciones prósperas de todo el mundo. Para ello, promulgó un amplio y ambicioso Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 70/2023. Este decreto, que constó

24 Para una aproximación al concepto de independencia judicial, se sugiere Law (2011b) y, para su estudio en Latinoamérica, se recomienda Helmke (2022).

de 366 artículos, pretendía llevar a cabo reformas radicales en varios sectores, como la desregulación económica, la reforma del derecho administrativo, el derecho laboral, el comercio exterior, la bioeconomía, la minería, la energía, la industria aerocomercial, la justicia, la sanidad, las comunicaciones, el derecho deportivo, el derecho societario, el turismo y el registro de automóviles.

Cabe destacar que los DNU se han convertido en una herramienta legislativa prevalente entre los presidentes argentinos a pesar de su ausencia en el texto original de la Constitución de 1853. A partir de 1983, la utilización de estos decretos, supuestamente excepcional, se expandió en proporción geométrica hasta convertirse en uno de los mecanismos más habituales para eludir al Congreso (Ramírez Calvo, 2023b).

La amplitud y el alcance del DNU 70/2023 han suscitado preocupaciones desmedidas entre los constitucionalistas. Los críticos, evaluando el decreto en abstracto, argumentan que potencialmente le otorga al Ejecutivo una excesiva consolidación de poder, contraviniendo el artículo 29 de la Constitución. Dicen que este nivel de poder ejecutivo recuerda a figuras autoritarias históricas como Juan Manuel de Rosas. Además, existe la preocupación de que el DNU 70/2023 viole el principio de separación de poderes al invadir ámbitos legislativos. Sin embargo, como explica Bianchi (2023), es fundamental destacar que la Ley 26122, que explicita el trámite de aprobación o rechazo de los DNU, fue sancionada por el propio Congreso y se encuentra vigente. Y dado que el Poder Legislativo sigue activo y no ha sido disuelto, aún conserva la facultad de revisar y potencialmente rechazar el DNU a través de su Comisión Bicameral y las posteriores votaciones en ambas cámaras legislativas.

Lo cierto es que los mecanismos institucionales continúan funcionando tal como fueron diseñados. De hecho, la Corte Suprema resolvió recientemente tres planteos contra la constitucionalidad del DNU 70/2023. El primero fue respecto de la pretensión promovida por Jorge Rizzo y la Asociación Civil Gente de Derecho, en donde la Corte concluyó que no había una afectación directa y personal que justificara la intervención judicial, reiterando que la generalidad del estatus de ciudadano o miembro de una asociación no configura por sí solo un interés concreto que habilite la apertura de una controversia judicial.²⁵ Este criterio de exigir un perjuicio directo y diferenciado para los demandantes asegura que el tribunal no actúe como un órgano consultivo general sobre la constitucionalidad de las leyes.

25 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Rizzo*, CAF 48194/2023/1/RH1 (2024).

En un caso paralelo, el gobernador de La Rioja, Ricardo Clemente Quintela, interpuso una pretensión declarativa de certeza en un intento por resolver la incertidumbre generada por el mismo DNU, alegando graves perjuicios a la provincia. La Corte, manteniendo su criterio, rechazó la demanda *in limine*, argumentando la falta de una causa actual y concreta que afectara específicamente a la provincia en un modo distinto al de otros entes o individuos.²⁶ Este fallo subraya la posición de la Corte en limitar su función jurisdiccional a disputas donde los derechos en juego están claramente delineados y son específicamente atribuibles a quien los invoca.

Por último, Andrés Gil Domínguez²⁷ buscaba que la Corte Suprema ordenara a las Cámaras del Congreso Nacional que deliberaran y decidieran sobre la validez del DNU 70/2023 dentro de un plazo de treinta días hábiles. Argumentó que, como ciudadano y parte del pueblo argentino, titular de una porción de la soberanía popular, tenía el derecho de exigir que sus representantes cumplieran con sus obligaciones constitucionales y legales de revisar dicho decreto. El Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal Nº 1 desestimó la demanda inicialmente por falta de legitimación activa, indicando que no se configuraba un “caso” o “controversia” legítima para la intervención judicial. Gil Domínguez apeló esta decisión mediante un recurso extraordinario por salto de instancia, pero la Corte Suprema también lo rechazó. En su fallo, sostuvo que la condición de Gil Domínguez como ciudadano no le confería legitimación suficiente para demandar en este contexto, ya que no se diferenciaba de la condición general de ciudadano y no demostraba una afectación concreta y particularizada que justificara una acción judicial. La Corte enfatizó que la gravedad institucional mencionada por Gil Domínguez, aunque relevante, no era suficiente para habilitar la intervención judicial en ausencia de un caso o controversia real entre partes. Así, la decisión final fue declarar inadmisibile el recurso extraordinario interpuesto por Gil Domínguez, manteniendo que las cuestiones relacionadas con el cumplimiento de los procedimientos legislativos por parte del Congreso no son justiciables a menos que se presente una controversia específica que requiera resolución judicial.

Estos casos ilustran a una Corte que actuó como Poncio Pilato. Los textos sagrados del cristianismo relatan que el gobernador condenó a Jesús a morir en la cruz, aunque al principio intentó indultarlo tras la condena a muerte

26 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *La Rioja*, CSJ 2847/2023 (2024).

27 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Gil Domínguez*, CAF 1794/2024/1/RS1 (2024).

que le había impuesto el Sanedrín. Al darse cuenta de que la situación podía estallarle, Pilato decidió lavarse las manos mientras exclamaba: “Inocente soy de la sangre de este justo. Vosotros veréis” (Mateo 27:24), dejando bien claro que él no se hacía responsable de la muerte de Jesús. La Corte hizo algo similar con estos tres casos y, más allá de que las decisiones son ajustadas a derecho, se lavó las manos y esperó que la política juegue su juego. Pero no todos los jueces hablan a través de sus sentencias; Rosatti había deslizado su opinión unos días antes de resolver este trío de casos cuando dijo: “No nos gusta que los temas de la política se judicialicen antes de tiempo” (*El doble mensaje de Rosatti*, 2024, párr. 2). La pregunta que cabe hacerse, entonces, es si la oportunidad temporal para que intervengan los jueces la definen los propios jueces o la política.

La litigiosidad del DNU 70/2023 deja en evidencia la necesidad de una judicialización inmediata de una de las medidas políticas de más alto impacto en los últimos tiempos. A veces, la justicia recurre a doctrinas tradicionales como la existencia de un interés directo y concreto como requisito para la admisión de casos y evitar resolver, por ahora, una situación que debe ser zanjada por el Congreso. Eso refleja una cautela judicial en no sobrepasar su mandato constitucional, actuando solamente cuando es estrictamente necesario para resolver disputas legales genuinas y no cuestiones prematuras de la política. Esta práctica no solo preserva la integridad del sistema judicial, sino que también enfatiza la responsabilidad de las partes para demostrar un perjuicio real y personal que legitime la intervención de los tribunales.

Aunque las reformas introducidas por el DNU 70/23 son en gran medida necesarias y beneficiosas para revertir décadas de declive económico, deben cumplir con las formas constitucionales. Es cierto que muchas de las normas dejadas sin efecto por el DNU fueron promulgadas inicialmente por regímenes no democráticos y que la invocación reiterada de poderes de emergencia se ha utilizado históricamente para pasar por encima de los límites constitucionales, a menudo con el aval judicial (Ramírez Calvo, 2023b). Por desgracia, esta práctica ha incentivado el desgobierno, perpetuando un ciclo de crisis y extralimitaciones. De modo que, si bien el DNU 70/23 puede ser encomiable en términos de intenciones sustantivas, no debe pasarse por alto el respeto por las normas constitucionales y procedimentales. Las formas son tan importantes como la sustancia.

4. La Corte Suprema en clave política

Lograr la unanimidad en la Corte Suprema, especialmente en casos difíciles de interpretación constitucional, se percibe a menudo como un reto insuperable. La dinámica dentro de la Corte refleja lo que sucede en la sociedad, en donde lograr un consenso sobre casi cualquier tema resulta difícil debido a la polarización y fragmentación de opiniones imperantes. Este fenómeno no es exclusivo de Argentina, sino que es común en muchos tribunales colegiados de todo el mundo. Mientras que algunos argumentan que los jueces deben esforzarse por lograr el consenso para evitar emitir opiniones separadas “inútiles” que no se conviertan en ley, otros sostienen que la unanimidad no es necesariamente conducente a mejorar la autoridad de una institución judicial o el apoyo público. En climas políticos y sociales muy cargados, los votos en disidencia pueden a veces reforzar la aceptación de las decisiones judiciales.²⁸ Esto es evidente en las interacciones entre los jueces de la Corte Suprema, en particular el juez Lorenzetti, cuyos frecuentes desacuerdos personales con los jueces Rosatti, Rosenkrantz y Maqueda se reflejan a menudo en las decisiones administrativas y judiciales de la Corte.²⁹

En 2023, la Corte Suprema de Argentina emitió un total de 10024 fallos, lo que supone un aumento del 24,5% respecto a las 8050 sentencias registradas en 2022. En la colección de *Fallos* de la Corte del año pasado, se incorporaron únicamente 210 sentencias, que son aquellas decisiones judiciales en las que los jueces expusieron ampliamente sus opiniones, razonamientos y argumentos. Entre los jueces, Rosatti se destacó con frecuencia como el disidente con mayor cantidad de votos en soledad, con un total de 17 votos disidentes, mientras que el juez Rosenkrantz³⁰ disintió en 13 ocasiones. Sin embargo, Rosenkrantz se destacó por sus 24 votos concurrentes, lo que subraya, desde una perspectiva de la teoría del comportamiento judicial, su evidente necesidad de articular sus puntos de vista de forma distinta a la resolución de la mayoría.³¹ Esta divergencia pone de manifiesto el intrincado equilibrio entre unidad y diversidad de ideología entre los jueces de la Corte, reflejando las complejidades más amplias de la vida social y política argentina.

28 Véase Lau Alberdi (2023b).

29 Véanse, por ejemplo, las disidencias del juez Lorenzetti en las Acordadas CSJN 28/2022, 11/2023, 33/2023 y 18/2024, como también su ausencia en la votación de autoridades registrada en la Acordada CSJN 18/2021, o su voto en soledad en el caso *Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires* en Fallos: 344:3636 (2021).

30 Para una investigación exhaustiva sobre el comportamiento judicial del juez Rosenkrantz durante sus primeros seis años en la Corte Suprema, véase Lau Alberdi (2023a).

31 Véase Alarie y Green (2017), específicamente los capítulos 1, 2, 5 y 8.

El objetivo de este apartado es profundizar en los distintos modos de entender la política en las decisiones más trascendentes de la Corte durante el 2023, año que marca el 160 aniversario de la decisión inaugural del tribunal.³² El análisis se centrará en casos emblemáticos que han influido significativamente en la dinámica del país, ilustrando las enredadas interacciones entre el derecho, la política, la economía y la gobernanza.

4.1 Rueda contra el Arzobispado de la Provincia de Salta

Alba Rueda interpuso una demanda contra el Arzobispado de la Provincia de Salta solicitando la rectificación de sus actas de bautismo y confirmación para reflejar su identidad de género autopercibida y su nuevo nombre legal. Rueda basó su demanda en la Constitución, diversos tratados internacionales de derechos humanos y leyes nacionales específicas, como la Ley de Identidad de Género y la Ley de Protección de Datos Personales. Alegó que los registros actuales no reconocían su identidad de género y que esto constituía una violación de sus derechos fundamentales.

El Arzobispado de Salta denegó la solicitud argumentando que los registros sacramentales se rigen por el derecho canónico y que, según el Concordato de 1966 entre la Santa Sede y la República Argentina, el Estado carece de jurisdicción para intervenir en estos asuntos internos de la Iglesia. Además, argumentó que estos registros no son una base de datos según la ley de protección de datos y que su alteración atentaría contra la libertad religiosa. Como solución, propusieron hacer una anotación marginal en la partida de bautismo con el nuevo nombre de Rueda, pero sin cambiar el sexo original registrado.

La Corte Suprema, en una decisión unánime,³³ confirmó la decisión del tribunal inferior, rechazando la demanda de Rueda. El tribunal hizo hincapié en la autonomía de la Iglesia católica, garantizada por el Concordato de 1966, para regular sus asuntos internos sin injerencias estatales. Además, subrayó que los registros sacramentales son de naturaleza intrínsecamente religiosa y, por lo tanto, caen bajo la jurisdicción exclusiva de la Iglesia, quedando fuera del alcance de los tribunales civiles.

La Corte también subrayó el principio de neutralidad religiosa del Estado

32 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Miguel Otero*, Fallos: 1:17 (1863).

33 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Alba Rueda c. Arzobispado de Salta*, Fallos: 346:333 (2023).

que había desarrollado unos años antes en el caso Castillo,³⁴ argumentando que esto impide que el Gobierno interfiera en la doctrina y las prácticas religiosas, garantizando así la libre práctica de todas las religiones. Destacó la incompatibilidad entre las jurisdicciones civil y canónica, señalando que el derecho civil, incluida la Ley de Identidad de Género, no puede imponerse en el contexto de las normas eclesíásticas internas.

Este caso estableció la doctrina de que los registros sacramentales de la Iglesia católica son asuntos internos regulados exclusivamente por el derecho canónico y protegidos por el Concordato de 1966, por lo que no están sujetos a la jurisdicción civil. Sin embargo, cuando los poderes políticos no solucionan estas cuestiones con directrices claras y terminan en los tribunales, queda en evidencia una omisión en el debate político y legislativo que debería encargarse de actualizar y clarificar el marco legal de esa separación entre Iglesia y Estado con sus ámbitos de autonomía.

4.2 Evolución Liberal contra la Provincia de San Juan

En la provincia de San Juan, la controversia se centró en la elegibilidad de Sergio Mauricio Uñac para buscar otro mandato como gobernador en las elecciones de 2023. La Constitución de San Juan estipula que el gobernador y el vicegobernador pueden ser reelegidos consecutivamente hasta dos veces. Uñac fue vicegobernador de 2011 a 2015 y luego gobernador por dos períodos consecutivos, de 2015 a 2023.

La disputa legal surgió cuando el Tribunal Electoral de San Juan autorizó la candidatura de Uñac para las elecciones de 2023. Sergio Guillermo Vallejos Mini, en representación del partido Evolución Liberal, sostuvo que esa autorización violaba las restricciones constitucionales a las reelecciones, dados los tres períodos consecutivos de Uñac en cargos ejecutivos, incluido su mandato como vicegobernador.

Vallejos Mini solicitó que se aclarase esta ambigüedad y pidió una medida cautelar para suspender las elecciones hasta que la cuestión pudiera resolverse. La Corte Suprema intervino, suspendiendo temporalmente las elecciones, y el 9 de mayo hizo lugar a la solicitud de medida cautelar de Vallejos Mini, por lo que suspendió las elecciones previstas para gobernador y vicegobernador el 14

34 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Castillo c. Provincia de Salta*, Fallos: 340:1795 (2017).

de mayo de 2023.³⁵ La Corte fundamentó su decisión en la necesidad de resolver la inseguridad jurídica sobre la elegibilidad de Uñac para un nuevo mandato tras sus anteriores mandatos consecutivos. La decisión enfatizó el imperativo de mantener el principio republicano de gobierno y prevenir potenciales violaciones constitucionales antes de que se produjeran las elecciones.

El 1 de junio, la Corte amplió su análisis, considerando los argumentos de ambas partes.³⁶ Evaluó a fondo el artículo 175 de la Constitución provincial frente al principio republicano federal. Las deliberaciones se centraron en si permitirle a Uñac presentarse a un cuarto mandato infringía los límites a la reelección que existen para evitar la consolidación del poder y garantizar la alternancia gubernamental.

La Corte citó precedentes relevantes para argumentar que las interpretaciones de las constituciones provinciales deben alinearse con la Constitución Nacional, enfatizando que la autonomía provincial no debe contravenir los principios republicanos y democráticos nacionales establecidos. Si bien reconoció la soberanía provincial en materia de organización gubernamental, insistió en que dicha soberanía debe ajustarse al marco de gobierno republicano y representativo ordenado por la Constitución Nacional.

En sus decisiones, la Corte Suprema demostró su inquebrantable compromiso de garantizar un proceso electoral justo y acorde con las disposiciones constitucionales, subrayando la necesidad de salvaguardar los principios fundacionales del sistema republicano y representativo, especialmente en contextos electorales. La suspensión de las elecciones no se le atribuyó al tribunal, sino a los candidatos que intentaban eludir los límites establecidos por las constituciones provinciales para mantener el poder. La mera invocación de la democracia no legitima los incumplimientos constitucionales, ya que la única democracia legítima es la estructurada por la propia Constitución. La democracia liberal de la Constitución exige el estricto cumplimiento de sus cláusulas. Cualquier pretendido ejercicio de soberanía popular que vaya en contra de las normas constitucionales no es auténtica democracia, sino algo así como autoritarismo encubierto (Ramírez Calvo, 2023a).

35 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Evolución Liberal contra San Juan*, Fallos: 346:461 (2023).

36 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Evolución Liberal contra San Juan*, Fallos: 346:543 (2023).

4.3 Partido por la Justicia Social contra la Provincia de Tucumán

Al igual que en el caso anterior, la Corte se metió en el barro de una contienda electoral provincial en torno a la candidatura de Juan Luis Manzur a vicegobernador. Manzur, que anteriormente había desempeñado funciones ejecutivas tanto de gobernador como de vicegobernador, fue impugnado alegando que su candidatura podría violar los límites constitucionales a la reelección, concebidos para impedir las reelecciones consecutivas más allá de dos mandatos.

El meollo de la controversia residía en la aplicación de la Constitución provincial en consonancia con el mandato constitucional nacional que establece el principio republicano de gobierno. Este principio subraya la necesidad de alternancia en el poder, fundamental para evitar su consolidación y garantizar una gobernanza democrática dinámica. El caso planteó importantes dudas constitucionales sobre la interpretación y aplicación de los límites de los mandatos, esenciales para mantener la salud y la integridad de la forma republicana de gobierno.

El 9 de mayo de 2023, reconociendo la inminencia de la fecha electoral y las posibles crisis constitucionales que podrían derivarse de una candidatura impugnada, la Corte dictó una medida cautelar para suspender las próximas elecciones a gobernador y vicegobernador.³⁷ Esta decisión no se limitó a abordar el desafío legal planteado por la candidatura de Manzur, sino que fue también una afirmación más amplia del papel del tribunal en la salvaguarda del marco constitucional.

Posteriormente, el 16 de mayo de 2023, tras la renuncia de Manzur a la candidatura y la aceptación de esta decisión por parte de la Junta Electoral Provincial, las circunstancias que inicialmente hicieron necesaria la suspensión se habían alterado significativamente. La Corte levantó la suspensión, en tanto se había dado el cese de las condiciones que dieron lugar a su decisión inicial, y permitió que el proceso electoral siguiera adelante.

La decisión del tribunal pone de relieve el delicado equilibrio que debe mantener el Poder Judicial en una república no sólo interpretando la ley, sino también velando activamente por que los procesos electorales no socaven los propios principios que definen una sociedad democrática. El principio de alternancia impide que un solo individuo se atrinchiere indefinidamente en el poder, lo que es vital para la vitalidad de cualquier sistema democrático. Refleja un entendimiento fundamental de que la verdadera democracia implica algo más que votar: requiere la adhesión a normas constitucionales que salvaguar-

37 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Partido por la Justicia Social c. Tucumán*, Fallos: 346:489 (2023).

den la renovación cíclica del liderazgo, garantizando que la gobernanza siga respondiendo y rindiendo cuentas al electorado.

La gestión de este caso por la Corte Suprema subraya así la importancia de la supervisión judicial para proteger las normas y principios democráticos, en particular la necesidad de alternancia en el poder, que es fundamental para el funcionamiento de una república sana. De este modo, se garantiza que las elecciones no sean meras formalidades procedimentales, sino ejercicios democráticos sustantivos que respeten los límites constitucionales establecidos para promover la gobernabilidad.

4.4 Luis Juez y el Consejo de la Magistratura

Este caso brinda un claro ejemplo del rol de la Corte Suprema en la resolución de disputas complejas con altos problemas de cumplimiento por parte de actores públicos, explícitamente en relación con la interpretación de las leyes que rigen la composición del Consejo de la Magistratura. Este órgano, que debería desempeñar un papel crítico en el mantenimiento de la integridad judicial en Argentina, ya que supervisa la selección, administración y disciplina de los jueces, ha generado más problemas que soluciones. Una mala técnica de los convencionales constituyentes en 1994 dejó un derrotero de casos tratados de manera distinta por la Corte con integraciones también distintas.

El conflicto surgió cuando los senadores Humberto Luis Schiavoni y Luis Alfredo Juez impugnaron las designaciones de los senadores Claudio Martín Doñate y Anabel Fernández Sagasti para integrar el Consejo de la Magistratura. Los recurrentes argumentaron que estas designaciones fueron el resultado de una deliberada y estratégica división dentro de su bloque político, Frente de Todos, con la intención de manipular la composición del Consejo para asegurar una influencia desproporcionada para ciertas facciones dentro del Senado.

La impugnación iniciada por Schiavoni y Juez fue inicialmente desestimada en una instancia inferior, pero la Cámara de Apelaciones revocó esta decisión, reconociendo la preocupación de los recurrentes por la manipulación de la representación legislativa en el Consejo. Esto llevó a la intervención de la Corte Suprema, que giró en torno a varios puntos clave del derecho constitucional y administrativo. Examinó si la división del bloque Frente de Todos era legítima o una mera maniobra táctica para influir en la composición del Consejo de la Magistratura.³⁸

38 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Luis Alfredo Juez c. Cámara de Senadores*, Fallos: 346:1462 (2023).

Los jueces determinaron que tal manipulación —crear nuevos sub-bloques para alterar la representación— era inaplicable a efectos de la composición del Consejo. El tribunal reiteró que la ley que rige la composición del Consejo fue concebida para garantizar una representación equilibrada de las diversas fuerzas políticas en el Senado. Al alterar las estructuras de bloques, se estaba subvirtiendo la intención original de la ley, lo que la Corte no podía sancionar. La decisión subrayó la responsabilidad del Poder Judicial de defender la Constitución frente a las usurpaciones de otros poderes del Estado. También subrayó la importancia de mantener la independencia de este poder, garantizando que el proceso de selección de los miembros del Consejo estuviera libre de manipulaciones políticas.

Este caso es un buen ejemplo de la compleja interacción entre el derecho y la política en Argentina y pone de relieve el papel estratégico desempeñado por la Corte. Al insistir en la adhesión a la doctrina del *staredecisis*, la Corte defendió la interpretación correcta de las estructuras jurídicas que rigen una institución política que ha sido objeto de un intenso escrutinio público y de críticas por parte de académicos y representantes de la política.

5. El dilema agente-principal y las funciones de supervisión y coordinación de los tribunales

En las secciones anteriores, quedó expuesta una descripción empírica de la realidad política argentina, pero no la importancia de reinterpretar esta realidad para mejorarla.³⁹ Por ello, considero que es esencial proponer un nuevo enfoque para abordar la judicialización de la política, y esto es a través del dilema agente-principal de la teoría política.⁴⁰ En este marco, los tribunales no solo resuelven conflictos, también desempeñan funciones de supervisión y coordinación que son fundamentales para mantener la soberanía popular. Al actuar como monitores, proporcionan información esencial y de bajo costo sobre las acciones gubernamentales, permitiéndole así a la ciudadanía ejercer un control

39 Shapiro (1993) contrasta la “tarea positivista estándar de la ciencia política” con la “confusión masiva y deliberada del ser y el debe ser” que caracteriza “la mayor parte de la academia jurídica producida en las facultades de derecho” en el ámbito del derecho público (p. 374).

40 El problema principal-agente, según se desarrolla en la teoría política y económica, describe una dinámica donde una parte, el “principal”, delega la autoridad para tomar decisiones a otra parte, el “agente”. Esta relación se complica por las diferencias en los intereses y la información asimétrica entre las dos partes. El principal, que en este contexto es el *demos* o el pueblo, establece un gobierno a través de un contrato, la constitución, y espera que el Gobierno, como su agente, actúe en su

informado y coordinado sobre su gobierno. Este enfoque reconoce la capacidad de los tribunales para influir y organizar la respuesta popular ante la conducta gubernamental, fortaleciendo el tejido de la democracia y asegurando que el poder político se mantenga alineado con la voluntad y los intereses del pueblo.

La Corte Suprema ha ocupado durante mucho tiempo un papel central y a menudo controvertido en la configuración de la vida política. En nuestro país, por ejemplo, ha convalidado en reiteradas oportunidades la confiscación de los depósitos por decretos de necesidad y urgencia,⁴¹ estableció los contornos del derecho de privacidad en el consumo personal de estupefacientes,⁴² permitió el divorcio vincular con reaptitud nupcial,⁴³ avaló regulaciones transitorias sobre el derecho de propiedad—como el congelamiento de alquileres— para proteger el bienestar social y económico general,⁴⁴ entre otras. En los Estados Unidos, la Suprema Corte también ha tenido un rol protagónico definiendo los asuntos más importantes y trascendentes para la vida en sociedad; ejemplo de ellos son el aborto,⁴⁵ el matrimonio igualitario,⁴⁶ casos sobre libertad de expresión y libertad religiosa⁴⁷ o incluso la portación de armas.⁴⁸

mejor interés y conforme a las reglas establecidas en dicho contrato.

La esencia del dilema principal-agente es cómo el principal puede asegurarse de que el agente actúe en su favor y no en beneficio propio o en contra de los intereses del principal, especialmente cuando el principal no puede monitorizar completamente las acciones del agente. Este problema se agudiza por la posibilidad de que el agente posea o adquiera información que el principal no tiene, lo cual puede llevar al agente a tomar decisiones que el principal no puede evaluar adecuadamente. Martin Shapiro (2002, p. 182) plantea que, al crear la constitución y establecer el gobierno, el demos enfrenta este clásico problema principal-agente. El desafío principal es cómo se asegura que el Gobierno cumpla con los términos del “contrato” constitucional. En otras palabras, ¿cómo puede el pueblo asegurarse de que el gobierno respete los límites y los mandatos establecidos en la constitución y no abuse de su poder?

- 41 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Peralta*, Fallos: 313:1513 (1990); *Bustos*, Fallos: 327:4495 (2004).
- 42 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Bazterrica*, Fallos: 308:1392 (1986); *Arriola*, Fallos: 332:1963 (2009).
- 43 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Sejean*, Fallos: 308:2268 (1986).
- 44 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Ercolano*, Fallos: 136:161 (1922).
- 45 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, y, más recientemente, *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 597 U.S. ____ (2022).
- 46 *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).
- 47 *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972); *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963); *Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente Uniao Do Vegetal*, 546 U.S. 418 (2006); *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010); *Little Sisters of the Poor Saints Peter and Paul, Home, v. Pennsylvania*, 591 U.S. ____ (2020); *Fulton v. City of Philadelphia*, 593 U.S. ____ (2021); *Kennedy v. Bremerton School District*, 597 U.S. ____ (2022); y, más recientemente, el caso 303 *Creative LLC v. Elenis*, 600 U. S. ____ (2023).
- 48 *District of Columbia v. Heller*, 554 U. S. 570, *McDonald v. Chicago*, 561 U. S. 742 y, más recientemente,

En este marco, la base de nuestro sistema constitucional, cuyos principios fundamentales copiamos de los Estados Unidos, fue resumida magníficamente por James Madison en *The Federalist* N° 51:

¿Qué es el gobierno sino el mayor reproche a la naturaleza humana? Si los hombres fueran ángeles no sería necesario ningún gobierno. Si los ángeles gobernarán a los hombres, no serían necesarios controles externos ni internos al gobierno. Al diseñar un gobierno que será ejercido por hombres respecto de hombres, la gran dificultad radica en esto: primero se debe permitir al gobierno controlar a los gobernados y, acto seguido, obligarlo a que se controle a sí mismo. (Madison, 2015, p. 253)

El principio esencial de ese sistema de gobierno ideado por Madison y adoptado por nuestros constituyentes es que a todo poder gubernamental debe contraponerse un control, es decir, la existencia misma de frenos y contrapesos entre los distintos poderes de gobierno.

No son pocos quienes consideran que el Poder Judicial —especialmente la Corte Suprema— es vital para la preservación de los derechos individuales, la democracia, el federalismo y otros valores constitucionales. Al menos idealmente, la Corte sirve de importante contrapeso a los impulsos mayoritarios, salvaguarda la constitución y contribuye a garantizar el Estado de derecho. Pero ¿acaso la Corte Suprema no ha ejercido demasiado poder en nuestro sistema de gobierno constitucional al interferir o tomar el control de asuntos que deberían ser resueltos por los poderes electos y el proceso político? Según este último punto de vista, la Corte se ha convertido en un obstáculo para la realización de importantes objetivos sociales y ha socavado la capacidad del Congreso y de otros actores políticos con la excusa de erigirse en guardiana protectora de los derechos de los individuos.⁴⁹

Para estos críticos, el carácter fundamentalmente “contramayoritario” de la Corte está en tensión con los compromisos básicos de una democracia; un poder judicial no electo, en esta opinión, actúa antidemocráticamente cuando invalida los actos de los órganos representativos elegidos democráticamente (Bickel, 1962, p. 16).⁵⁰ Esta noción de que el control de constitucionalidad

New York State Rifle and Pistol Association v. Bruen, 597 U.S. ____ (2022).

49 Véanse Doerfler y Moyn (2021), Thayer (1893, p. 144) y Bork (1996).

50 Alexander Bickel (1962) introdujo el término de la dificultad contramayoritaria. Para profundizar en las críticas de la academia a la supremacía judicial, véanse, por ejemplo, Kramer (2004, pp. 249-53), Tushnet (1999, p. 177) y Whittington (2002, p. 789). En defensa, véase Alexander y Schauer

plantea una “dificultad contramayoritaria” se ha convertido en la base sobre la que descansa la teoría constitucional contemporánea.⁵¹ Desde entonces, el derecho constitucional ha estado dominado por la pregunta de si es apropiado que los jueces desautoricen la voluntad de una mayoría.

Para algunos, el problema es también que los jueces de la Corte Suprema casi siempre provienen de la élite y, por lo tanto, no son suficientemente representativos de la población en su conjunto (Powe, 2009). Los que critican el poder de la Corte Suprema hacen hincapié en que, cuando el tribunal actúa para invalidar leyes, sus decisiones tienen un grado inusualmente alto de fuerza para los estándares globales (Tushnet, 2009, p. 21). Esta potencia se deriva en parte del concepto de “supremacía judicial”.⁵² Es decir, la Corte ha sostenido que tiene la última palabra sobre la interpretación constitucional y que sus decisiones vinculan no sólo a las partes en un caso particular, sino también a las acciones futuras del presidente, el Congreso y las provincias.⁵³ Sin embargo, la idea de que los jueces son los intérpretes exclusivos de la Constitución no viene exigido explícitamente por el texto de la Constitución ni por el sistema de control de constitucionalidad que adoptó nuestro país del modelo norteamericano (García-Mansilla, 2023c).

Entender a los tribunales como instituciones encargadas de la elaboración e implementación de políticas públicas es un error. Una cosa es que los jueces tengan la capacidad de dar una respuesta a un conflicto que la política no soluciona y otra muy distinta es que lleven adelante una agenda política. El derecho y la política, aunque distintos, operan en una misma arena. Definir sus contornos en términos precisos permite diseñar instituciones para que sean altamente insensibles a los cambios en su entorno político y altamente consistentes a lo largo del tiempo en sus preferencias políticas. En comparación con

(1997, p. 1362).

51 Cfr., por ejemplo, Tribe (2000, pp. 302-311), observando que, por décadas, “many of the most prominent, and most skillful, constitutional theorists [have] treated the question of the legitimacy of judicial review as itself the central problem of constitutional law” (p. 302); Friedman (2002), destacando que “the central obsession of constitutional theory” has been, and remains, “the inconsistency between judicial review and democracy” (p. 155).

52 Véase Greene (2008, p. 888) reseñando la obra de Keith Whittington (2007).

53 En los Estados Unidos, véanse *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1, 18 (1958); *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683, 705 (1974); *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507, 516 (1997); *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598, 616 n. 7 (2000). En la Argentina, véanse Corte Suprema de Justicia de la Nación, *D. Miguel Otero*, Fallos: 1:17 (1863), pp. 23-24; *Ríos*, Fallos: 1:32 (1863), p. 37; *Calvete*, Fallos: 1:340 (1864), p. 348; *Domingo Mendoza*, Fallos: 3:131 (1865); *Caffarena*, Fallos: 10:427 (1871), p. 436; *Avegno*, Fallos: 14:425 (1874), p. 432.

otras instituciones que formulan políticas públicas, es probable que los tribunales ya se caractericen por niveles relativamente altos de insensibilidad política y estabilidad institucional, debido a la aceptación de la noción de independencia judicial, el respeto por la ley y el compromiso con los precedentes de la Corte Suprema. Desde una perspectiva de diseño, la manipulación de los tribunales no es un acto revolucionario, sino más bien un ejercicio de acentuación de características que los tribunales ya poseen en un grado considerable. No hay nada único o especial en los tribunales como instituciones, o en los tribunales federales en particular, que los haga inmunes a la manipulación estructural. El Poder Judicial federal puede ser una burocracia con características muy distintivas, pero no deja de ser una burocracia, y como burocracia puede ser potencialmente manipulada. La estabilidad política y la capacidad de respuesta política de una burocracia no son constantes, sino variables que pueden manipularse (Law, 2011a, pp. 790-93).

Los politólogos llevan mucho tiempo sosteniendo que la naturaleza del proceso de nombramiento de los jueces federales garantiza, en palabras de Robert Dahl (1957), que “las opiniones políticas dominantes en la Corte nunca están mucho tiempo fuera de línea con las opiniones políticas dominantes de las mayorías legislativas” (p. 285). Muchos han señalado también que la relación entre los políticos que supuestamente hablan en nombre de las mayorías populares y los jueces (no elegidos popularmente) que supuestamente las frustran suele ser de cooperación y beneficio mutuo, más que de enfrentamiento. Existe un “consenso emergente” entre los académicos que trabajan en la intersección entre el derecho y la ciencia política, en el sentido de que los funcionarios electos a menudo tienen razones estratégicas de interés propio no sólo para consentir, sino incluso para alentar que las cuestiones políticas importantes sean resueltas por tribunales independientes y poderosos (Ginsburg, 2003, pp. 21-33; Graber, 2006, p. 6; Hirschl, 2004; Whittington, 2006).

Los tribunales desempeñan funciones que son cruciales para el mantenimiento de la soberanía popular. Una Corte Suprema, con poder de controlar la constitucionalidad de las normas, realiza funciones de control, señalización y coordinación que facilitan el ejercicio del control sobre el Gobierno. La relación entre el Poder Judicial y el Gobierno no es antagónica, sino simbiótica. Por un lado, al transmitir información relevante sobre la mala conducta del Gobierno de forma pública, los tribunales le permiten al pueblo controlar a su Gobierno de forma informada y coordinada. Por otro lado, la amenaza de que el Poder Judicial haga sonar la alarma, a su vez, le da al Gobierno un incentivo

tanto para obedecer los límites constitucionales en primer lugar como para cumplir con las resoluciones judiciales adversas (Law, 2009, p. 730).

En un sistema de gobierno constitucional basado en la soberanía popular, el pueblo instituye y delega colectivamente el poder en un Gobierno, en particular el monopolio del uso legítimo de la fuerza. Los términos y condiciones de esta delegación de poder soberano constituyen la constitución de un país. Se supone que el Gobierno, como agente del pueblo, ejerce su poder de acuerdo con estos términos y condiciones y en el mejor interés del pueblo. Pero los intereses del principal y del agente pueden divergir. Las personas a las que se les ha confiado el poder público pueden violar los términos de la delegación de varias maneras: pueden hacerse con más poder del que se les ha confiado, por ejemplo, o volver el poder que se les ha otorgado en contra del pueblo.

La ciudadanía se enfrenta así al reto de ejercer un control efectivo sobre un Gobierno potencialmente traicionero. Una constitución suele establecer mecanismos por los que el pueblo puede ejercer ese control de forma pacífica, como elecciones competitivas y un proceso de reforma de la propia constitución, pero éstos no son inmunes al sabotaje o al fracaso. En casos extremos de fracaso constitucional, el pueblo puede unirse para derrocar a un Gobierno que ha bloqueado los mecanismos ordinarios de control popular: ningún Gobierno puede resistir un levantamiento concertado de toda la ciudadanía. Sin embargo, existen importantes obstáculos potenciales para cualquier ejercicio efectivo del poder popular sobre el Gobierno. Uno de ellos es un problema de información: el pueblo no puede responder al mal comportamiento del Gobierno si no es consciente de que algo está sucediendo. Otro es un problema de acción colectiva o de coordinación: incluso si el pueblo actuando conjuntamente es capaz de derrocar al Gobierno, dicha acción puede requerir una coordinación generalizada que puede ser difícil de conseguir.

El problema de la información es muy relevante. La información jurídica no es fácil de obtener y absorber para el ciudadano de a pie.⁵⁴ Por lo tanto, sólo cabría esperar que una pequeña parte de la población conozca lo que está sucediendo. ¿Quién, entonces, podría llenar el vacío informativo? ¿La academia jurídica? ¿Los medios de comunicación? Los profesores de derecho podrían te-

54 Véase, por ejemplo, Ellisckson (1991, p. 281), quien observa que en un mundo de información costosa no se puede suponer un conocimiento generalizado de la ley y argumentar que la gente puede confiar en las normas sociales y los sistemas informales de control social en lugar de la ley y la aplicación legal, en parte porque la experiencia legal es rara y costosa de obtener. Además, señala que la gente puede elegir en contra de la ley para evitar los costos administrativos de encontrar la ley o aprender sus tecnicismos (p. 252).

ner los conocimientos necesarios, pero seguramente carecerían de los recursos suficientes para supervisar la actividad gubernamental. Los medios de comunicación, por el contrario, poseen mayores recursos de investigación, pero generalmente carecen de los conocimientos jurídicos apropiados (Law, 2009, p. 743).

Es ahí donde los tribunales ofrecen una solución a ambos problemas. En primer lugar, en teoría, los jueces proporcionan información fiable y de bajo costo sobre la constitucionalidad de la conducta del Gobierno. Un tribunal que ejercita el control de constitucionalidad desempeña la función de un denunciante o de una alarma de incendios: advierte al pueblo si su Gobierno se ha extralimitado en el ejercicio de los poderes que le han sido delegados. En segundo lugar, los tribunales pueden coordinar la acción popular contra los Gobiernos usurpadores, generando creencias y conocimientos comunes tanto sobre la constitucionalidad de la conducta gubernamental como sobre la forma en que reaccionarán los demás ciudadanos. Es poco probable que la gente actúe abiertamente contra un Gobierno a menos que crea que otros también lo harán: es una locura rebelarse en solitario contra un régimen despótico. Lo que necesitan es una señal de que ha llegado el momento de actuar. La Corte puede dar esa señal fallando públicamente contra el Gobierno. El contenido sustantivo de la sentencia influye en nuestras creencias sobre si hay motivos para actuar contra el gobierno. Sin embargo, el hecho de que la sentencia sea pública influye en nuestras creencias sobre cómo es probable que piensen y actúen los demás. La Corte hace posible una acción coordinada contra el Gobierno al influir en ambos tipos de creencias a la vez (Law, 2009, pp. 731-732).

En el contexto de la supervisión y coordinación judicial, los tribunales ejercen funciones cruciales que le facilitan al pueblo la supervisión del cumplimiento gubernamental de los límites constitucionales y la coordinación de acciones contra Gobiernos que usurpan poderes no concedidos. En primer lugar, los tribunales actúan como entidades de alerta temprana, proporcionándole al *demos* información accesible acerca de las posibles extralimitaciones del Gobierno en el ejercicio de los poderes que le fueron delegados. Esta función es análoga a la de un denunciante o una alarma contra incendios, alertando sobre problemas jurídicos antes de que estos consuman la estructura de gobierno. En segundo lugar, los tribunales tienen la capacidad de coordinar la acción popular contra regímenes autocráticos, facilitando así un mecanismo por el cual los ciudadanos pueden unirse en oposición a un Gobierno tiránico, siempre y cuando crean que otros también lo harán. La emisión de sentencias públicas y contundentes contra el Gobierno actúa como una señal que puede unificar la

respuesta del público. Esta sinergia entre las funciones de supervisión y coordinación ilustra por qué los Gobiernos, a pesar de su falta de poder “de la espada y de la bolsa”, generalmente se adhieren a los fallos de la justicia.

Sin embargo, los tribunales se autolimitan cuando recurren a la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, que efectivamente excluye del escrutinio judicial ciertas actividades del Ejecutivo o del Legislativo. Aunque esta doctrina a veces se justifica como una manifestación de respeto por el proceso democrático y la separación de poderes, paradójicamente puede socavar el control democrático al privarle al público de información esencial sobre la conducta de sus gobernantes. Es aquí donde la ironía de la autolimitación judicial se hace evidente, pues protege menos al *demos* y más a las estructuras de poder existentes.

Por último, existen motivaciones estratégicas significativas detrás de la decisión de un tribunal de limitar su jurisdicción. Estas autolimitaciones pueden estar motivadas por un deseo de autopreservación y por el temor de que las decisiones judiciales sean ignoradas por otros actores políticos. No obstante, es cuestionable si las restricciones a la justiciabilidad sirven como un medio efectivo de autopreservación judicial. Evitar casos controvertidos o políticamente significativos a través de la doctrina de la cuestión política no justiciable puede, de hecho, ser una estrategia contraproducente para un tribunal que busca consolidar su autoridad. Contrario a la sabiduría convencional, en la medida en que sean respetadas, las decisiones controvertidas tienden a fortalecer, en lugar de debilitar, el poder de un tribunal. Un tribunal genuinamente estratégico, a diferencia de uno meramente cauteloso, reconocerá que su contexto político se caracteriza tanto por los riesgos como por las oportunidades de consolidar su influencia (Law, 2009, pp. 793-800).

6. Conclusión

La judicialización de las cuestiones políticas se ha convertido en un refugio estratégico para actores políticos que desean eludir la responsabilidad de tomar decisiones complejas en el ámbito moral y político. Esta transferencia de responsabilidades del dominio democrático representativo al judicial implica que las controversias políticas se reinterpretan como cuestiones jurídicas, lo cual conlleva que sean los jueces y tribunales, y no los representantes electos en foros de toma de decisiones mayoritarias, quienes asuman el papel de árbitros finales. Este fenómeno ha sido tácitamente apoyado y, en algunos casos, activamente fomentado por actores políticos que representan a las élites hege-

mónicas y los intereses establecidos, quienes ven en el constitucionalismo y la revisión judicial un mecanismo eficaz para mitigar riesgos y perpetuar el *status quo* institucional favorable a sus intereses (Hirschl, 2004, p. 213).

Tal como ha quedado demostrado con los casos de estudio seleccionados de la realidad política argentina, la Corte Suprema mostró durante 2023 una predisposición notable para emitir fallos que se alinearon con las metanarrativas nacionales. Esta inclinación refleja la observación de Robert Dahl (1957, p. 291), quien señaló que es poco realista suponer que un tribunal sostenga por largo tiempo principios de derechos de justicia que diverjan sustancialmente de los de la elite política predominante. Aunque se pueda considerar a dicho tribunal como un “foro de principios” en el discurso jurídico, como sostiene Ronald Dworkin, los principios que predominan en sus decisiones suelen ser aquellos que favorecen a las élites gobernantes. La jurisprudencia analizada ilustra que este fenómeno no es una excepción, sino más bien una norma generalizada.

Adicionalmente, la atribución de poderes decisivos a los tribunales, en lugar de a los poderes Legislativo y Ejecutivo, puede resultar atractiva para los titulares del poder político por varias razones. Estas incluyen la búsqueda de apoyo público al aprovechar la imagen de la Corte Suprema como una institución profesional y apolítica, la prevención de disputas en ámbitos de decisión democráticos que puedan comprometer sus preferencias políticas o la percepción de que el respeto por los límites impuestos por un Poder Judicial fortalecido podría mejorar su posición estratégica frente a elementos políticos rivales y sus ideologías o preferencias políticas alternativas.

Por tanto, se puede concluir que la constitucionalización de derechos y el establecimiento del control judicial no se originan, en su mayoría, de un compromiso auténtico con ideales progresistas de justicia social o con concepciones elevadas de los derechos universales. Más bien, estos procesos suelen ser implementados como estrategias para mantener el *statu quo* social y político, bloqueando efectivamente cualquier intento serio de cuestionarlo. Esta instrumentalización del Poder Judicial demuestra un aspecto crítico de la interacción entre derecho y política en contextos donde la soberanía popular está mediada no solo por mecanismos electorales, sino también por estructuras judiciales que potencialmente perpetúan las dinámicas de poder existentes.

Bibliografía

- Alarie, B. y Green, A. (2017). *Commitment and Cooperation on High Courts. A Cross-Examination of Institutional Constraints on Judges*. Oxford University Press.
- Alberdi, J. B. ([1852] 1998). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Ciudad Argentina ed.
- Alexander, L. y Schauer, F. (1997). On Extrajudicial Constitutional Interpretation. *Harvard Law Review*, 110(7), 1359-1387.
- Ashenfelder, O., Eisenberg, T. y Schwab, S. J. (1995). Politics and the Judiciary: The Influence of Judicial Background on Case Outcomes. *The Journal of Legal Studies*, 24(2), 257-282.
- Barkow, R. E. (2002). More Supreme than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy. *Columbia Law Review* 102(2), 237-336.
- Bianchi, A. B. (2019). *La separación de poderes. Un estudio desde el derecho comparado*. Cathedra Jurídica.
- Bianchi, A. B. (23 de diciembre de 2023). El megadecreto de Milei frente al espejo de la Constitución. *La Nación*. <https://perma.cc/9BHP-UM85>.
- Bickel, A. M. (1962). *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Bobbs-Merrill.
- Bork, R. H. (1996). *The End of Democracy? Our Judicial Oligarchy*. First Things. <https://perma.cc/WN2S-MD93>.
- Bradley, C. A. y Posner, E. A. (2023). The Real Political Question Doctrine. *Stanford Law Review*, 75(5), 1031-1090.
- Brennan, W. J. (Jr.). (1986). The Constitution of the United States: Contemporary Ratification. *South Texas Law Review*, 27, 433-445.
- Cameron, C. M. y Kastellec, J. P. (2023). *Making the Supreme Court. The Politics of Appointments, 1930-2020*. Oxford University Press.
- Chung, A. (24 de septiembre de 2019). *U.S. Supreme Court Not Politicized, Says Chief Justice Roberts*. Reuters. <https://www.reuters.com/article/us-usa-court-chiefjustice/us-supreme-court-not-politicized-says-chief-justiceroberts-idUSKBN1WA08F>.
- Cooper, P. (1988). *Hard Judicial Choices*. Oxford University Press.
- Cross, F. B. (2007). *Decision Making in the U.S. Court of Appeals*. Stanford University Press.
- Dahl, R. A. (1957). Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. *Journal of Public Law*, 6(2), 279-295.
- De Tocqueville, A. (1837). *De la Democracia en la América del Norte por Alejandro de Tocqueville, Abogado de la Real Audiencia de París* (Trad. A. Sánchez de Bustamante). Imprenta de A. Everat y Cia.
- Díaz Solimine, O. L. (Dir.). (2020). *El margen nacional de apreciación*. Astrea.
- Doerfler, R. y Moyn, S. (2021). Democratizing the Supreme Court. *California Law Review*, 109(5), 1703-1772.
- Dworkin, R. (1977). *Taking Rights Seriously*. Duckworth.
- El doble mensaje de Rosatti*. (11 de abril de 2024). Página 12. <https://perma.cc/V6MS-ECCX>.
- Ellickson, R. C. (1991). *Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes*. Harvard University Press.
- Ely, J. H. (1980). *Democracy and Distrust*. Harvard University Press.
- Evans, E. A. (1948). Political Influences in the Selection of Federal Judges. *Wisconsin Law Review*, 1948(3), 330-351.
- Finkelstein, M. (1924). Judicial Self-Limitation. *Harvard Law Review*, 37(3), 338-364.

- Fiss, O. M. (1979). Foreword: the forms of justice. *Harvard Law Review* 93(1), 1-59.
- Friedman, B. (2002). The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five. *Yale Law Journal*, 112(2), 153-260.
- García-Mansilla, M. J. (2004). Separation of Powers Crisis: The Case of Argentina. *Georgia Journal of International & Comparative Law*, 32(2), 307-391.
- García-Mansilla, M. J. (2023a). *Alexis de Tocqueville y el mal llamado 'juicio político'*. En *Disidencia*. <https://perma.cc/NUH4-D7KM>.
- García-Mansilla, M. J. (2023b). Aportes inéditos sobre la historia del Congreso General Constituyente de 1853. Homenaje a 170 años de la sanción de la Constitución Nacional. *Revista Jurídica Austral*, 4(1), 9-85. <https://doi.org/10.26422/RJA.2023.0401.gar>.
- García-Mansilla, M. J. (2023c). El origen del control judicial de constitucionalidad en la Argentina. *El Derecho*. Suplemento Especial La Corte Suprema: 160 años de Jurisprudencia.
- García-Mansilla, M. J. y Ramírez Calvo, R. (2006). *Las fuentes de la Constitución Nacional. Los principios fundamentales del Derecho Público argentino*. Lexis Nexis.
- Ginsburg, T. (2003). *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge University Press.
- Goldstein, J., Kahler, M., Keohane, R. O. y Slaughter, A. M. (Eds.). (2001). *Legalization and World Politics*. MIT Press.
- Graber, M. A. (2004). Resolving political questions into judicial questions: Tocqueville's thesis revisited. *Constitutional Commentary*, 21, 485-545.
- Graber, M. A. (2006). Foreword: From the Countermajoritarian Difficulty to Juristocracy and the Political Construction of Judicial Power. *Maryland Law Review*, 65(1), 1-14.
- Greene, J. (2008). Giving the Constitution to the Courts. *Yale Law Journal*, 117(5), 886-919.
- Grove, T. L. (2015). The Lost History of the Political Question Doctrine. *New York University Law Review*, 90(6), 1908-1974.
- Habermas, J. (1988). Law as medium and law as institution. En Teubner, G. (Ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State* (pp. 203-220). Walter De Gruyter.
- Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J. (2015). *The Federalist Papers. A collection of essays written in favour of the New Constitution, as agreed upon by the Federal Convention. September 17, 1788*. Coventry House Publishing.
- Helmke, G. (2022). Courts and Judicial Manipulation. En Hübner Mendes, C., Gargarella, R. y Guidi, S. (Eds.), *The Oxford Handbook of Constitutional Law in Latin America* (pp. 416-429). Oxford Academic.
- Hirschl, R. (2004). *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Harvard University Press.
- Hirschl, R. (2009). The Judicialization of Politics. En Caldeira, G. A., Kelemen, R. D. y Whittington, K. E. (Eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics* (pp. 119-141). Oxford Academic.
- Javier Milei will be Argentina's first libertarian president. (23 de noviembre de 2023). *The Economist*. <https://www.economist.com/the-americas/2023/11/23/javier-milei-will-be-argentina-first-libertarian-president>.
- Kagan, R. A. (2001). *Adversarial Legalism: The American Way of Law*. Harvard University Press.
- Kahan, D. M., Hoffman, D. A. y Braman, D. (2009). Whose Eyes Are You Going to Believe? *Scott v. Harris* and the Perils of Cognitive Illiberalism. *Harvard Law Review* 122(3), 837-906.

- Kramer, L. D. (2004). *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Oxford University Press.
- Lammon, B. D. (2009). What we talk about when we talk about ideology: Judicial politics scholarship and naive legal realism. *St. John's Law Review*, 83(1), 231-306.
- Landau, M. (1969). Redundancy, Rationality, and the Problem of Duplication and Overlap. *Public Administration Review*, 29, 346-358.
- Lau Alberdi, J. (2023a). El disidente: a seis años de la llegada de Carlos Rosenkrantz a la Corte Suprema. *Revista Jurídica Austral*, 4(1), 147-205. <https://doi.org/10.26422/RJA.2023.0401.alb>.
- Lau Alberdi, J. (2023b). En disidencia: historia del voto en soledad en la Corte Suprema. *El Derecho. Suplemento Especial La Corte Suprema: 160 años de Jurisprudencia*, 58-65.
- Law, D. S. (2009). A Theory of Judicial Power and Judicial Review. *Georgetown Law Journal*, 97(3), 723-802.
- Law, D. S. (2011a). How to Rig the Federal Courts. *Georgetown Law Journal*, 99(3), 779-836.
- Law, D. S. (2011b). Judicial Independence. *The International Encyclopedia of Political Science*, 5, 1369-1372.
- Miller, E. J. (2008). Judicial Preference. *Houston Law Review*, 44(5), 1275-1336.
- Miller, G. J. (2005). The Political Evolution of Principal-Agent Models. *Annual Review of Political Science*, 8, 203-225.
- Miller, R. A. (2004). Lords of democracy: the judicialization of "pure politics" in the United States and Germany. *Washington and Lee Law Review*, 61(2), 587-662.
- Moustafa, T. (2007). *The Struggle for Constitutional Power: Law, Politics, and Economic Reform in Egypt*. Cambridge University Press.
- Pendleton, J. Despatch No. 30 to the Secretary of State, (Buenos Aires, June 1, 1853), microformed on *Despatches from the United States Ministers to Argentina, 1817-1906*, Microcopy No. 69, reel 9 (National Archives Microfilm Publications).
- Peretti, T. (2005). An Empirical Analysis of Alexander Bickel's The Least Dangerous Branch. En Ward, K. D. y Castillo, C. R. (Eds.), *The Judiciary and American Democracy* (pp. 123-145). State University of New York Press.
- Perry, M. (1982). *The Constitution, the Courts and Human Rights*. Yale University Press.
- Powe, L. A. (2009). *The Supreme Court and the American Elite, 1789-2008*. Harvard University Press.
- Ramírez Calvo, R. (2023a). *Dos decisiones judiciales inobjetable*s. En Disidencia. <https://perma.cc/44WB-DJRH>.
- Ramírez Calvo, R. (2023b). *Tropezar siempre con las mismas piedras*. En Disidencia. <https://perma.cc/PGR5-45PK>.
- Ravignani, E. (1939). *Asambleas Constituyentes Argentinas*. Peuser.
- Rivarola, R. (1944). *La Constitución Argentina y sus principios de ética política*. Editorial Rosario.
- Romano, C. (1999). The proliferation of international judicial bodies: the pieces of the puzzle. *New York University Journal of International Law and Politics*, 31(4), 709-751.
- Rosenkrantz, C. (2022). *Discurso en la inauguración del año académico de la Escuela de Pregrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*. <https://perma.cc/5KX3-CFFD>.
- Santiago, A. (2014). *Semblanzas de seis destacados juristas y jueces argentinos*. La Ley.
- Santiago, A. (2020). *Principio de subsidiariedad y margen nacional de apreciación*. Astrea.
- Santiago, A. y Boulin, I. A. (2023), *Derecho constitucional y políticas públicas. El derecho como guía del buen gobierno*. Astrea.

- Schauer, F. (2006). The Supreme Court, 2005 Term-foreword: the Court's agenda—and the nation's. *Harvard Law Review*, 120(4), 4-64.
- Shapiro, M. (1964). *Political Jurisprudence*. *Kentucky Law Journal*, 52, 294-345.
- Shapiro, M. (1966). *Freedom of Speech: The Supreme Court and Judicial Review*. Prentice Hall.
- Shapiro, M. (1968). *The Supreme Court and Administrative Agencies*. Free Press.
- Shapiro, M. (1981). *Courts A Comparative and Political Analysis*. University of Chicago Press.
- Shapiro, M. (1989). Morality and the Politics of Judging. *Tulane Law Review*, 63(6), 1555-1590.
- Shapiro, M. (1993). Public Law and Judicial Politics. En Finifter, A. W. (Ed.), *Political Science: The State of the Discipline II* (pp. 365-381). American Political Science Association.
- Shapiro, M. (2002). The Success of Judicial Review and Democracy. En Shapiro, M. y Stone Sweet, A., *On Law, Politics and Judicialization* (pp. 149-183). Oxford University Press.
- Sieder, R., Schjolden, L. y Angell, A. (Eds.). (2005). *The Judicialization of Politics in Latin America*. Palgrave Macmillan.
- Slaughter, A. M. (2000). Judicial globalization. *Virginia Journal of International Law*, 40(4), 1103-24.
- Solum, L. B. (2019). Originalism Versus Living Constitutionalism: The Conceptual Structure of the Great Debate. *Northwestern University Law Review*, 113(6), 1243-1296.
- Sunstein, C. (1990). *After the Rights Revolution*. Harvard University Press.
- Sunstein, C. R., Schkade, D., Ellman, L. M. y Sawicki, A. (2006). *Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary*. Brookings Institution Press.
- Tamanaha, B. Z. (2010). *Beyond the Formalist-Realist Divide: The Role of Politics in Judging*. Princeton University.
- Tamanaha, B. Z. (2011). A Vision of Social-Legal Change: Rescuing Ehrlich from “Living Law”. *Law & Social Inquiry*, 36(1), 297-318.
- Tamanaha, B. Z. (2012). The Several Meanings of “Politics” in Judicial Politics Studies: Why “Ideological Influence” is not “Partisanship”. *Emory Law Journal*, 61(4), 759-778.
- Teubner, G. (1987). *Juridification of the Social Spheres*. Walter de Gruyter.
- Thayer, J. B. (1893). Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. *Harvard Law Review*, 7(3), 129-156.
- Tribe, L. H. (2000). *American Constitutional Law*. Foundation Press.
- Tushnet, M. (1999). *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton University Press
- Tushnet, M. (2009). *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton University Press.
- Verdu, P. L. (1998). *Alberdi, su vigencia y modernidad constitucional*. Ciudad Argentina.
- Whittington, K. E. (2002). Extrajudicial Constitutional Interpretation: Three Objections and Responses. *North Carolina Law Review*, 80(3), 773-852.
- Whittington, K. E. (2006). *Political Foundations of Judicial Supremacy: The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in the U.S. History*. Princeton University Press.

Jurisprudencia citada

Corte Suprema de Justicia de la Nación

- Arriola, Fallos: 332:1963 (2009).
- Bazterrica, Fallos: 308:1392 (1986).

Bussi, Antonio Domingo, Fallos: 330:3160 (2007).
Bustos, Fallos: 327:4495 (2004).
Castillo c. Provincia de Salta, Fallos: 340:1795 (2017).
Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, Fallos: 344:3636 (2021).
Cullen c. Llerena, Fallos: 53:420 (1893).
Ercolano, Fallos: 136:161 (1922).
Evolución Liberal contra San Juan, Fallos: 346:461 (2023).
Evolución Liberal contra San Juan, Fallos: 346:543 (2023).
Fernández de Kirchner, Cristina, Fallos: 343:218 (2020).
Gil Domínguez, CAF 1794/2024/1/RS1 (2024).
Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Estado Nacional, Fallos: 345:1498 (2022).
Juez, Luis Alfredo c. Cámara de Senadores, Fallos: 346:1462 (2023).
La Rioja, CSJ 2847/2023 (2024).
Otero, Miguel, Fallos: 1:17 (1863).
Partido por la Justicia Social c. Tucumán, Fallos: 346:489 (2023).
Peralta, Fallos: 313:1513 (1990).
Pérez, José Roque, Fallos: 2:253 (1865).
Rizzo, CAF 48194/2023/1/RH1 (2024).
Rueda, Alba c. Arzobispado de Salta, Fallos: 346:333 (2023).
Sejean, Fallos: 308:2268 (1986).

Suprema Corte de los Estados Unidos

303 Creative LLC v. Elenis, 600 U. S. ____ (2023).
Citizens United v. Federal Election Commission, 558 U.S. 310 (2010).
City of Boerne v. Flores, 521 U.S. 507 (1997).
Cooper v. Aaron, 358 U.S. 1 (1958).
District of Columbia v. Heller, 554 U. S. 570 (2008).
Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 597 U.S. ____ (2022).
Fulton v. City of Philadelphia, 593 U.S. ____ (2021).
Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente Uniao Do Vegetal, 546 U.S. 418 (2006).
Kennedy v. Bremerton School District, 597 U.S. ____ (2022).
Little Sisters of the Poor Saints Peter and Paul, Home, v. Pennsylvania, 591 U.S. ____ (2020).
McDonald v. Chicago, 561 U. S. 742 (2010).
New York State Rifle and Pistol Association v. Bruen, 597 U.S. ____ (2022).
Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644 (2015).
Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey, 505 U.S. 833 (1992).
Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).
Sherbert v. Verner, 374 U.S. 398 (1963).
United States v. Morrison, 529 U.S. 598, (2000).
United States v. Nixon, 418 U.S. 683 (1974).
Wisconsin v. Yoder, 406 U.S. 205 (1972).

LA DIGNIDAD HUMANA SEGÚN SIETE AUTORES CONTEMPORÁNEOS

Luciano Ulises Ruhl

Poder Judicial de Entre Ríos

lruhl@ius.austral.edu.ar

Recibido: 23/02/2024

Aceptado: 15/03/2024

Resumen

El presente artículo aspira a profundizar el entendimiento sobre la dignidad humana a partir de la mirada de siete autores especialistas en la temática. Dicho propósito nos obliga a indagar sobre: la forma de aproximarse al concepto de dignidad humana, los fundamentos en los que apoyan su noción, el papel que le asignan a la dignidad humana y los valores preponderantes en sus pensamientos. Plasmar en un mismo artículo el abordaje de los distintos autores sobre la cuestión facilita un ejercicio de contrastación, direccionado a encontrar puntos de encuentro y discrepancias en pro de discernir si existe algún elemento concreto que trasciende a todas las teorías presentadas.

Palabras clave: dignidad, persona, ser humano, fundamento, proporcionalidad, libertad, igualdad, autonomía, principio, derechos fundamentales, religión, racionalidad, secularismo, valor constitucional, autorrespeto, bienes humanos básicos, naturaleza, estatus.

Human Dignity According to Seven Contemporary Authors

Abstract

This article aims to deepen the understanding of human dignity from the perspective of seven authors who specialize in the subject. This purpose requires us to inquire about the way of approaching the concept of human dignity; the foundations on which they support their notion; the role they assign to human dignity; and the prevalent values in their thoughts. Bringing together in the same article the approach of the different authors on the issue facilitates an exercise of contrast, aimed at finding points of convergence and discrepancies, in order to discern whether there is any specific element that transcends all the theories displayed.

Key words: dignity, person, human being, reason, proportionality, freedom, equality, autonomy, principle, fundamental rights, religion, rationality, secularism, constitutional value, self-respect, basic human goods, nature, status.

La dignidad humana puede ser comparada con un corredor que, habiendo empezado el último, terminó por rebasar a todos sus competidores.
Dietmar von der Pfordten (2020)

1. Oportunidad y objeto de la investigación

La reciente conmemoración de los 75 años de documentos internacionales que tienen en su centro a la dignidad humana, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de Derechos Humanos,¹ nos conducen a adentrarnos en el análisis de esta materia, de clara relevancia y vigencia en los días que transitan.

La investigación apunta a ahondar en el concepto de la dignidad humana. A tal fin, y procurando no desnaturalizarlas,² se sintetizarán las posturas adoptadas por diversos autores contemporáneos en torno a la cuestión, a los efectos de compilar en un único trabajo diversas miradas desarrolladas sobre la temática.

Otro de los objetivos de la investigación consiste en encontrar puntos de encuentro, similitudes y diferencias en la concepción de los distintos autores.

En ese tren, será necesario poner de relieve los enfoques desde los cuales los autores formulan el acercamiento al concepto de la dignidad humana. Estos enfoques muestran, en muchos casos, los fundamentos que sirven de base a la noción de dignidad humana por ellos propuesta.

No es la meta de la investigación denotar mayorías ni arribar a un (aparentemente imposible y mayormente indeseable) concepto único de la dignidad humana, sino enriquecer el debate con el correlato de obtener, en un mismo documento, los abordajes que en torno a ella se han formulado.

1 Para un estudio reciente sobre dichos instrumentos, puede acudir a Santiago y Ruhl (2023a, 2023b).

2 Las obras de estos autores son extensas y ricas en argumentos, por lo que escapa a las posibilidades de esta breve investigación reflejar la totalidad de fundamentos que exponen y la integridad del contexto dentro del que conciben su concepto de dignidad humana.

2. Autores contemporáneos elegidos

Los autores fueron elegidos en función de ser protagonistas de un estudio detallado de la temática referida y porque aportan una visión contemporánea y actualizada de la dignidad humana. No por ello queremos desconocer que existen numerosos autores que abordan fundadamente el tema,³ pero por cuestiones de extensión y practicidad optamos por limitar el número en tributo a la claridad en el establecimiento de puntos de encuentro y discrepancias.

La nómina de autores elegidos, ordenados alfabéticamente,⁴ son: Robert Alexy, Manuel Atienza, Aharon Barak, Ronald Dworkin, John Finnis, Alfonso Santiago y Jeremy Waldron.

3. Críticas al criticismo que descarta y vacía de contenido el concepto

No forman parte de la investigación autores que sencillamente han negado cualquier tipo de contenido al término “dignidad humana”, por considerar que se trata de un concepto vacío, peligroso o que nada agrega al ordenamiento jurídico.

Brevemente podemos pensar en Christopher McCrudden, quien, conforme ilustran Lafferriere y Lell (2020), se muestra escéptico de que la dignidad pueda servir como base para alcanzar un consenso sustantivo sobre la noción de derechos humanos en razón del carácter abierto y no específico que tiene el término, de la posibilidad de que sea manipulable y de su aparente universalidad, que oculta la importancia de los distintos contextos culturales para determinar su contenido. Este autor rescata el uso institucional que tiene la dignidad, en tanto proporciona un lenguaje en el que los jueces pueden aparecer justificando cómo resuelven tópicos tales como el balance de derechos, la aplicación a nivel local de los derechos y la generación de nuevos derechos.

Siguiendo a Atienza (2022), otro ejemplo de crítica radical del concepto de dignidad es llevada a cabo por Pinker (2008),⁵ quien defiende la postura de Macklin (2003), según la cual el concepto de dignidad resulta inútil, ya que —al pensar de esta última— no añade nada al concepto de autonomía. Así, por “au-

3 Podemos mencionar, entre otros, a Robert Spaemann, Jürgen Habermas, George Kateb, Jesús González Pérez, Peter Bieri, Carlos Ignacio Massini-Correas y Dietmar von der Pfordten.

4 Serán analizados de acuerdo a este criterio.

5 Sin ir más lejos, podemos introducir en líneas generales la mirada que le merece la dignidad a Pinker (2008) consultando el título de su artículo en *The New Republic* “The stupidity of dignity” (“La estupidez de la dignidad”).

tonomía” se entendería la idea de que “puesto que los seres humanos tienen la misma capacidad de sufrir, florecer, razonar y elegir, ningún ser humano tiene derecho a afectar la vida, el cuerpo o la libertad de otro”. Pinker (2008) señala que hay tres ingredientes en el concepto de dignidad que impiden que pueda ser usado como fundamento de la bioética: su carácter relativo, fungible y potencialmente dañino. La relatividad consiste en que los enunciados adscriptivos de dignidad varían radicalmente en relación con el tiempo, el lugar y el observador; hasta chupar un helado —señala Pinker (2008)— ha sido considerado por algunos una conducta que cabría calificar de indigna. El carácter fungible se vería en que estamos dispuestos a renunciar a la dignidad a cambio de otros bienes, como la vida, la salud o la seguridad; de ahí, por ejemplo, que aceptemos someternos a una colonoscopia. Finalmente, el concepto de dignidad puede resultar dañino en el sentido de que medidas represivas han tratado de justificarse apelando a la defensa de la dignidad de una religión, de los creyentes en esa religión, etcétera. Ese análisis lo lleva a Pinker (2008) a sostener que “dignidad” es casi un concepto inútil. No lo es del todo porque, en su opinión, la palabra tiene un significado identificable al que reconoce cierto alcance moral. Se trata, según él, de una especie de fenómeno psicológico, según el cual la percepción de dignidad en otro desencadena una determinada respuesta en el perceptor.

Para Atienza (2022), la crítica que formula Pinker (2008) en torno a lo relativo, fungible y dañino del concepto de dignidad es de escaso o de ningún valor, puesto que lo mismo podría decirse de cualquier principio o valor moral si se renunciara a un análisis crítico de este. Sin ir más lejos, sostiene el autor español, la crítica de Pinker sería perfectamente aplicable también a la noción de libertad o de autonomía: ambos son conceptos conflictivos y no significan lo mismo para todo el mundo en todo momento.

Por otra parte, el filósofo español señala que resulta equivocado considerar a la dignidad simplemente un concepto que designa un fenómeno psicológico y no (también) una noción normativa o axiológica que permite establecer relaciones de justificación, a lo que agrega que

la dignidad no es (o no es solo) la causa de que la gente se comporte de cierta manera, sino que es aquello que justifica que nos comportemos (que debamos comportarnos) en cierta forma; solo, naturalmente, si se tiene en cuenta esta segunda posibilidad, entonces tiene sentido considerar que la dignidad es el fundamento de los derechos humanos. (Atienza, 2022, p. 26)

A este escepticismo de la dignidad humana, a los “riesgos” y “daños” derivados de un concepto con esta apertura, nos permitimos agregar algunas incógnitas que entendemos relevantes para contrarrestar lo postulado por el radicalismo crítico.

En primer lugar, vale preguntarse si, como parecen presentarlo, la dignidad humana puede adoptar cualquier tipo de forma: ¿puede pensarse en el reconocimiento de una dignidad humana destinada a vulnerar aspectos elementales de la vida individual y en relación? y ¿realmente podemos concebir, con una especie de *reductio ad absurdum*, que la dignidad es inútil porque ejemplificamos que actitudes irrelevantes para el campo de la moral y del derecho (como “tomar un helado”) fueron consideradas en otra época “indignas”?

La realidad indica que la porosidad y apertura del concepto hace a sus riquezas y no a sus desventajas. Le permite adaptarse a las realidades cambiantes y a resguardar a la persona humana, más allá del tiempo. Desde luego, tiene sus riesgos, pero su contenido no puede establecerse de cualquier manera; conductas irrelevantes (ejemplo del “helado” de Pinker) no convierten en insignificante a la dignidad humana.

Por otra parte, los riesgos o la plasticidad (del concepto) quedan mermados por el hecho de que el Gobierno de turno, o quienes se encuentren en el poder, no puede definir de cualquier forma —ya sea a través de los legisladores o jueces o mediante decretos— los contornos de un término como la dignidad humana. Decimos esto porque consideramos que la maquinaria constitucional, en la que la dignidad humana se encuentra explícita o implícitamente engarzada, no resulta tan fácil de mover de modo tal que cualquier reforma pueda darle a la dignidad humana una connotación inhumana.⁶

De no compartirse esta apreciación, y ante el caso de que el texto constitucional pueda sin mayores dificultades ser reformado o enmendado con la consagración de una cláusula que denigre la dignidad humana, debe comprenderse que dicha cláusula deberá operar en armonía con el esquema constitucional dentro de la cual debe ser interpretada.

6 Viene a la memoria la reflexión formulada, en el siglo XIX, por Joseph Story (2020), al señalar que: “Si la Constitución fuese solamente lo que el Gobierno del día deseára que fuese, si debiera revestir todas las formas que convinieran á las teorías y á las opiniones de los hombres políticos, á medida que se suceden en el manejo de los negocios, su verdadero valor sería difícil de determinar. No habría certeza ni uniformidad, ni seguridad; soportaría variaciones infinitas; la experiencia del pasado no podría servir de guía, ni el porvenir tendría garantía alguna de estabilidad. Semejante estado de las cosas, sería el derrocamiento de las leyes, y atraería sobre el país las desgracias que son siempre la consecuencia inevitable de la incertidunbre en las leyes fundamentales de un Gobierno” (sic) (p. 179).

Tampoco puede reclamarse, alzando la bandera de la dignidad humana, la satisfacción de cualquier deseo personal. Ese deseo deberá ser analizado para determinar si se corresponde con algún derecho fundamental; aun en tal caso, debe evaluarse si está en contraposición con otro derecho, propio o ajeno, para ponderar en el caso a cuál corresponde asignarle mayor peso. Afirmar que cualquier tipo de pretensión cae bajo la órbita de la dignidad humana importa banalizar el concepto, pero, en todo caso, el mismo efecto se produce con cualquier derecho reconocido en una base constitucional; sin embargo, ello no convierte en letra muerta todo el orden constitucional sobre el que mayormente se apoyan las democracias contemporáneas.

Como podemos ver, la imprecisión aparece para estos autores críticos como un valladar infranqueable para acceder a un concepto seguro de dignidad. Reconocemos que aportarle nitidez al concepto de dignidad humana no es una tarea fácil, y más inaccesible aún (además de indeseable) resulta la meta de arribar a un significado unívoco. No obstante ello, entendemos que, como las murallas que rodean una ciudad maravillosa o como las compuertas de seguridad que protegen al Fuerte Knox, muchas veces los obstáculos a sortear esconden tras sus muros un tesoro para la humanidad.

4. La dignidad humana para cada uno de los autores

4.1 Robert Alexy⁷

En el comienzo de su artículo sobre la dignidad humana y la proporcionalidad, el autor deja en claro las dos concepciones que en torno a la dignidad humana se postulan. Una, de carácter absoluto; y otra, de carácter relativo.

A este respecto, Alexy (2014) sintetiza que

De acuerdo con la concepción absoluta, la garantía de la dignidad humana cuenta como una norma que goza de prioridad sobre todas las demás normas en todos los casos. Que goza de prioridad sobre todas las normas en todos los casos implica que la ponderación queda excluida. Esto significa a su vez que todas y cada una de las afectaciones de la dignidad humana es una vulneración de la dignidad humana. Por tanto, la afectación justificada de la dignidad humana resulta imposible. Por el contrario, el juicio de proporcionalidad está intrínsecamente vinculado a la distinción entre afectaciones justificadas e injustificadas. Una afectación proporcional está justificada y es, por tanto, constitucional. Lo

7 Las obras del autor que son tomadas de referencia son: *Teoría de los derechos fundamentales* (1993) y “La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad” (2014).

contrario rige en caso de afectación desproporcionada. La concepción absoluta es incompatible con este marco conceptual. Por esta razón, es incompatible con el juicio de proporcionalidad. De acuerdo con la concepción relativa, sucede precisamente todo lo contrario. La concepción relativa dice que la cuestión de si la dignidad humana es vulnerada es una cuestión de proporcionalidad. Con ésta, la concepción relativa no solo es compatible con el juicio de proporcionalidad, sino que lo presupone. (p. 10)

Brindando ejemplos del Tribunal Federal Alemán, el autor alemán entiende que si la dignidad humana es considerada como un principio que colisiona con otro principio (vida privada, seguridad pública, etc.), la colisión debe resolverse dándole el peso adecuado a ambos, es decir, ponderando.

La cuestión acerca de si la dignidad humana es vulnerada no sólo depende del acto de afectación realizado en sí, sino también de las razones que se hallan tras el acto. Este juego recíproco entre razones y contra-razones es la esencia de la proporcionalidad.

La postura de Alexy está orientada hacia la construcción relativa de la dignidad humana, pero deja a salvo que existen algunos rasgos de ésta que la orientan en la dirección del carácter absoluto. Su argumento se apoya en la teoría de los principios.

En una muy apretada síntesis, esta teoría distingue entre reglas y principios. Las reglas son mandatos definitivos, es decir, requieren algo de manera definitiva y son aplicables mediante la subsunción. En cambio, los principios son mandatos de optimización que exigen ser realizados en la mayor medida posible, según las posibilidades fácticas y jurídicas, y requieren de ponderación.

Alexy (2014) señala que “Si la garantía de la dignidad humana fuera absoluta, debería ser considerada como un mandato definitivo, es decir, como una regla. En tanto garantía relativa, tiene el carácter de principio, esto es, el de una norma que requiere ponderación” (p. 13).

Esta ponderación se desprende del juicio de proporcionalidad que, a su vez, consta de tres subprincipios: el principio de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto.

Para realizar ese juicio de proporcionalidad, es necesario acudir a la fórmula del peso, sobre lo cual el autor refiere que el peso abstracto de la dignidad humana juega un papel central, pues por lo general se considera mayor que el del principio en conflicto. Este es uno de los rasgos de la dignidad humana de la que arranca una cierta tendencia hacia su carácter absoluto.

Ya sobre el concepto de dignidad humana, se propone que estamos en pre-

sencia de una noción altamente compleja que conecta elementos descriptivos o empíricos con otros evaluativos o normativos. El elemento descriptivo mencionado más a menudo es la autonomía, y la formulación más prominente proviene de Kant (1996): “La autonomía es, pues, el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional” (p. 100). Para el profesor de Kiel, desde el punto de vista de la teoría moral, Kant tiene razón. En cambio, desde el punto de vista de la teoría del derecho, sostiene que una base empírica más amplia parece preferible, pues la protección jurídica de la dignidad humana no se restringe a la protección de la autonomía en el sentido de autolegislación moral, sino que para el autor incluye el derecho a existir y el derecho a efectuar elecciones de cualquier clase. Para ampliar esa base empírica, postula la necesidad de prestar especial atención al concepto de persona, también tenido en consideración por Kant.

Alexy (2014) se enfoca entonces en el concepto de persona y lo propone con una estructura doble-triádica. Es decir que, para encuadrar dentro del concepto de persona, deben satisfacerse dos veces tres condiciones. Las tres condiciones de la primera tríada son: inteligencia, sentimiento y consciencia. Sobre ello, aclara que la inteligencia por sí sola no basta, pues las computadoras tienen, en un cierto sentido, inteligencia, pero no son personas, al menos en el actual estadio de su desarrollo. La conexión de inteligencia y sentimiento tampoco es suficiente. Los animales pueden tener, al menos en cierto grado, inteligencia y sentimiento, pero no son personas. Por esta razón, la tercera condición de la primera tríada, consciencia o, más precisamente, autoconsciencia, es la condición presentada como decisiva.

Vale aclarar que este tercer componente (autoconsciencia) contiene, a su vez, tres elementos, motivo que lleva al autor a sostener que su concepto de persona es “doble-triádico”.

Profundizando en esta mirada, el autor clarifica que la autoconsciencia se define por la reflexividad. Para determinar lo que es, deben distinguirse tres tipos: la cognitiva, la volitiva y la normativa. La reflexividad cognitiva consiste en hacerse uno a sí mismo objeto de conocimiento (autoconocimiento). La reflexividad volitiva consiste en la capacidad para dirigir la propia conducta y, con ello, a uno mismo mediante actos de voluntad (autodeterminación o autoconformación). Por último, la reflexividad normativa atañe a la autoevaluación bajo el aspecto de la corrección. Aquí procede la cuestión de si una acción pasada o futura sea correcta o incorrecta y si la vida presente o pasada sea una vida buena. Esta es la dimensión de la autonomía kantiana.

Alexy (2014) considera que el concepto de persona es la vertiente descriptiva de la dignidad humana, y agrega que el nexo entre el concepto de persona y el concepto de dignidad humana conduce a la vertiente normativa. Así, parte de la base de que todas las personas poseen dignidad humana y asume que este enunciado es justificable y, por tanto, verdadero.

Argumenta que hacer explícita la dimensión normativa de la dignidad humana puede hacerse de dos maneras: vinculando el concepto de dignidad humana al concepto de valor, como hace Ronald Dworkin (“principle of intrinsic value”) (2014), o bien vinculando el concepto de dignidad humana a los conceptos de obligación y derechos. Se decanta por esta última opción y concluye que “todo individuo que posea dignidad humana tiene el derecho a ser tomado en serio como persona” y que “ser tomado en serio como persona significa que se le deben atribuir derechos humanos”. Por lo tanto, “todas las personas tienen derechos humanos” (p. 20).

En uno de los puntos de su mirada, el filósofo alemán entiende que la dignidad humana es un “concepto puente”, es decir, se trata de un concepto que vincula un concepto empírico o descriptivo con otro normativo o evaluativo. El primero es el concepto de persona y el segundo es el derecho a ser tomado en serio en cuanto persona y en la posesión de derechos humanos. Estas dos formulaciones expresan lo que cabría denominar “las normas operativas de la dignidad humana”.

Alexy (2014) sostiene que existe, junto a la norma de dignidad humana como principio, una norma de dignidad humana como regla. Esta regla es vulnerada si y sólo si el principio de la dignidad humana goza de prioridad sobre el principio en conflicto.

Para desarrollar esta idea, vinculada con la dignidad humana como concepto no absoluto, es menester ahondar en el pensamiento del autor, en cuanto señala y ejemplifica que

El principio de la dignidad de la persona, a los fines de la constatación del contenido de la regla de la dignidad de la persona, es ponderado frente a otros principios se muestra de manera especialmente clara en el fallo sobre la prisión perpetua en donde se dice que la “dignidad de la persona [...]. Tampoco es lesionada cuando la ejecución de la pena es necesaria debido a la permanente peligrosidad del detenido y, por esta razón, no está permitido el indulto”. Con esta formulación se constata que la protección de la “comunidad estatal”, bajo las condiciones indicadas, precede al principio de la dignidad de la persona. Si se dan otras condiciones, la preferencia puede ser fijada de otra manera. Por lo tanto, hay que partir de dos normas de la dignidad de la persona, es decir, una

regla de la dignidad de la persona y un principio de la dignidad de la persona. La relación de preferencia del principio de la dignidad de la persona con respecto a principios opuestos decide sobre el contenido de la regla de la dignidad de la persona. Absoluto no es el principio sino la regla que, debido a su apertura semántica, no necesita una limitación con respecto a ninguna relación de preferencia relevante. El principio de la dignidad de la persona puede ser realizado en diferentes grados. El que bajo determinadas condiciones, con un alto grado de certeza, preceda a todos los otros principios no fundamenta ninguna absoluta del principio sino que simplemente significa que casi no existen razones jurídico-constitucionales inmovibles para una relación de preferencia en favor de la dignidad de la persona bajo determinadas condiciones. Pero, una tesis tal de posición central vale también para otras normas de derecho fundamental. Ella no afecta el carácter de principio. Por eso, puede decirse que la norma de la dignidad de la persona no es un principio absoluto. La impresión de absoluta resulta del hecho de que existen dos normas de dignidad de la persona, es decir, una regla de la dignidad de la persona y un principio de la dignidad de la persona, como así también del hecho de que existe una serie de condiciones bajo las cuales el principio de la dignidad de la persona, con un alto grado de certeza, precede a todos los demás principios. (Alexy, 1993, pp. 108-109)

Esta construcción es reconocida como ventajosa por quien la propone, desde el momento en que, por una parte, no hay que introducir ninguna cláusula restrictiva en la norma de derecho fundamental de la dignidad de la persona. Sin embargo, por otra, puede llevarse a cabo una ponderación entre el principio de la dignidad de la persona y otros principios constitucionales. Por lo tanto, puede evitarse el peligro señalado por Kloepfer (1976) en el sentido de que “una dignidad de la persona que se imponga en todas las circunstancias frente a todos los demás principios constitucionales” reduciría “en última instancia a la garantía de la dignidad de la persona [...] a la defensa contra envilecimientos apocalípticos” (p. 411, como fue citado en Alexy, 1993, pp. 108-109, nota al pie 69).

En las obras bajo estudio, Alexy (1993, 2014) deja en claro que la ponderación es propuesta porque la garantía de la dignidad humana debe aplicarse de la forma más racional posible. Aquí reconoce que la dignidad humana es, en cuanto valor supremo del sistema jurídico, su fin supremo.

En torno a los métodos de interpretación de la dignidad humana, exterioriza que la amplitud, la complejidad y el contenido moral de esta excluyen la posibilidad de que un número significativo de casos difíciles en el campo de la dignidad humana puedan resolverse mediante una mera apelación a la intención original.

Se diferencia de Dworkin (2014) en la forma de concebir los principios y pone de relieve que este autor concibe el concepto de principio de una manera más es-

trecha. Según él, principios son sólo aquellas normas que pueden ser presentadas como razones para derechos individuales. Para Alexy (2014), no es ni necesario ni funcional ligar el concepto de principio al concepto de derecho individual.

Sobre uno de los roles que ocupa la dignidad humana, alega que la garantía de esta como norma sustantiva suprema del sistema jurídico puede jugar un papel considerable en la interpretación de normas de inferior nivel y que ello constituye una forma de interpretación sistemática.

Concluye con contundencia que la ponderación es una forma de argumentación jurídica racional y que las alternativas no ponderativas quedan relegadas a algo así como un “intuicionismo de la dignidad humana”. En esa línea de pensamiento, la argumentación es una expresión de racionalidad y el intuicionismo es una confesión de irracionalidad. En última instancia, entiende que esta es una razón que nos demuestra por qué la construcción relativa es la única que puede ser considerada correcta.

Hay un concepto de gran relevancia para la teoría de Alexy (1993): el de la “libertad negativa”. En este sentido, explica que

se hablará de libertad jurídica sólo si el objeto de la libertad es una alternativa de acción. Cuando el objeto de la libertad es una alternativa de acción, se hablará de una “libertad negativa”. Una persona es libre en sentido negativo en la medida en que no le están vedadas alternativas de acción. (p. 216)

Nos enfocamos en este aspecto de su teoría porque la libertad negativa encuentra, para Alexy (1993), una gran conexión con la dignidad humana. Para desentrañar esta conexión, el autor profundiza en el concepto de dignidad humana.

En ese sendero indaga que la libertad negativa es una condición necesaria, pero no suficiente, de la dignidad humana. Con base en esta tesis, postula que un recurso a la dignidad humana no puede nunca sustituir el principio “formal” de la libertad negativa por los principios concretos exigidos por la norma de la dignidad de la persona. La referencia a la norma de la dignidad humana no puede conducir a una sustitución de la libertad negativa por principios concretos que pertenecen a la norma de la dignidad de la persona, sino sólo a una complementación de aquel principio.

El autor toma de referencia el art. 1 de la Constitución Federal de Alemania para señalar que se trata de una norma que tiene carácter de principio: el principio de la dignidad de la persona. Este, afirma, es tan vago como el concepto de la dignidad de la persona, el cual puede ser explicitado —a través de fórmulas generales, como la que dice que la persona no puede ser convertida en mero

objeto— por un haz de condiciones más concretas que tienen que darse o que no deben darse si ha de garantizarse la dignidad de la persona.

Al respecto, ejemplifica que puede lograrse un fácil consenso en torno a que la dignidad de la persona no está garantizada si el individuo es humillado, discriminado, perseguido o despreciado, sin embargo, reconoce que existen situaciones discutibles (ejemplo de la persona desempleada que desea trabajar).

Ocurre que diferentes personas explicitan el concepto de la dignidad de la persona a través de diferentes haces de condiciones. Por otro lado, estos haces no se diferencian enteramente entre sí; muchos divergen en algunos puntos y coinciden en otros y, a menudo, existen diferencias sólo en el peso que se les otorga a las diferentes condiciones en el haz. Además, con respecto a fórmulas generales como la del objeto, puede lograrse un consenso amplio. Esto justifica, para Alexy (1993), hablar de un concepto unitario y de diferentes concepciones de la dignidad de la persona. Sobre esto último concluye que las diversas concepciones son difíciles de clasificar, no existen entre ellas fronteras precisas, sino más bien aquello que Wittgenstein (1969) llamara “parecido de familia”: “una red complicada de semejanzas que se superponen y entrecruzan recíprocamente. Semejanzas en lo grande y en lo pequeño” (pp. 66-67).

La libertad ocupa entonces un papel central en la dignidad humana, al punto tal que Alexy (2014) reconoce que cuando no juega ningún papel, no se trata de una concepción de la dignidad. La libertad es entendida para operar como derecho tendiente a asegurar la dignidad de la persona.

No se trata de una libertad positiva interna, como la que existe en el cumplimiento de la ley ética por deber, sino de libertad externa, que consiste en que no se le impide al individuo, a través de la coacción externa, la elección entre diversas alternativas de decisión, pues, de otra manera, en un contexto jurídico no podría hablarse de la “independencia de la persona” y de una “personalidad autorresponsable”. Pero, insiste el autor, una tal libertad incluye siempre esencialmente la libertad jurídica negativa. Puede, por lo tanto, decirse que sin libertad jurídica negativa no existe la dignidad de la persona en un sentido jurídicamente relevante.

De allí que podamos concluir el rol preponderante de la libertad dentro del concepto alexyano de dignidad humana. Más allá de los escenarios planteados, del haz de condiciones que refiere el autor, la libertad aparece como condición *sine qua non* de la dignidad. No equipara conceptos ni circunscribe la dignidad humana a la libertad, pero sí permite concluir que, al menos, sin libertad no hay dignidad humana.

El profesor de Kiel trae a colación lo dicho por el Tribunal Constitucional Federal en torno a que la dignidad de la persona no sea una libertad ilimitada, sino la de un individuo referido y vinculado con la comunidad. En palabras del Tribunal:

El individuo tiene que aceptar aquellas restricciones de su libertad de acción que el legislador traza para el cultivo y promoción de la convivencia social dentro de los límites de lo, en general, exigible, de acuerdo con el estado de cosas dado, siempre que se mantenga la independencia de la persona. (Alexy, 1993, pp. 346-347)

En esa idea, afirma Alexy (1993), resuena claramente el principio de proporcionalidad; menciona que la libertad es restringible, pero que también no es restringible en virtud de razones cualesquiera, sino sólo en virtud de razones suficientes. Pero, prosigue, justamente este es el contenido del principio de la libertad negativa, ya que, en tanto principio, no otorga una permisión definitiva de hacer u omitir lo que se quiera, sino que tan sólo dice que cada cual puede hacer u omitir lo que quiera en la medida en que razones suficientes (derechos de terceros e intereses colectivos) no justifiquen una restricción de la libertad negativa. Con ello, el principio de la libertad negativa puede tomar en cuenta, en toda su amplitud, la vinculación del individuo con la comunidad.

De tal modo, ser restringido arbitrariamente en la libertad contradice la dignidad de la persona. Ello incluso cuando se trata de pequeñeces, no obstante las divergencias a la hora de determinar los casos que encuadran en esos términos (“pequeño”, “insignificante”). Por ello, concluye el autor, el principio de la libertad negativa puede apoyarse en toda su amplitud en el principio de la dignidad de la persona.

Como se dijo en párrafos anteriores, para Alexy (1993), la dignidad de la persona no se agota en la libertad negativa, sino que es una de sus condiciones. El principio de la dignidad de la persona debe ser precisado por un haz de subprincipios, entre los cuales se cuentan, además del principio formal de la libertad negativa, numerosos principios materiales que pueden aparecer en ponderaciones al lado del de la libertad negativa y determinar su peso. La concepción del derecho general de libertad expuesta es calificada por su autor como una “concepción formal-material”. Sobre ello, aclara que es formal en la medida en que parte de la libertad negativa, y la trata a ésta como valor en sí. Es material porque, en caso de colisiones, determina el peso relativo del principio de la libertad negativa para el caso concreto, y también sobre la base de otros principios que, frente al de la libertad negativa, tienen un carácter material.

Alexy (1993) señala que el principio de la libertad negativa confiere precisión al principio de la dignidad humana al formular un aspecto de este principio amplio. Aclara que

quien presenta el principio de la dignidad de la persona como fundamento del principio de la libertad negativa no deduce simplemente éste de aquel sino que se apoya más bien en una precisión según el siguiente esquema deductivo: (1) La dignidad de la persona debe ser respetada y protegida. (2) Si no vale el principio de la libertad negativa, la dignidad de la persona no es respetada y protegida. (3) Debe valer el principio de la libertad negativa. (pp. 362-363)

Formula una apreciación fundada en torno a la dignidad humana consagrada en la Constitución Federal Alemana, en tanto la primera parte de la obligación del Estado consiste en proteger la dignidad de la persona y transmite el mandato de protección a los derechos fundamentales subsiguientes. La ventaja de esta construcción es que puede apoyarse directamente en el texto constitucional; su inconveniente es que se ve enfrentada con el dilema de o bien ampliar extremadamente el concepto de dignidad de la persona a fin de poder abarcar todo lo digno de ser protegido, lo que implica el muchas veces aducido peligro de que la dignidad de la persona se convierta en calderilla, o bien renunciar a abarcar algunas cosas dignas de ser protegidas. La segunda forma de construcción utiliza el argumento de la dignidad de la persona sólo marginalmente y se apoya directamente en los derechos fundamentales particulares. Esta construcción —preferida por el Tribunal Constitucional Federal— presupone que los derechos fundamentales son algo más que derechos de defensa frente a intervenciones del Estado.

El autor ve así ventajas y desventajas de la dignidad humana como derecho constitucional en la Constitución alemana. Sostiene que la vigencia de las normas iusfundamentales significa que el sistema jurídico es un sistema abierto frente a la moral. Esto se aprecia de manera sumamente clara en los conceptos básicos iusfundamentales materiales, los de dignidad, libertad e igualdad. Estos son, al mismo tiempo, conceptos básicos de la filosofía práctica. Con ellos han sido incorporados a la Constitución y, así, al derecho positivo, los principios más importantes del derecho racional moderno. Finalmente, concluye que la irradiación en todos los ámbitos del sistema jurídico de los derechos fundamentales, en tanto derecho positivo, incluye una irradiación de la idea de la justicia en todos los ámbitos del derecho, exigida por el propio derecho positivo.

4.2 Manuel Atienza⁸

El autor español nos introduce a su trabajo con lo sobreabundante que resulta apuntar que el concepto de dignidad es complejo y de difícil precisión. Su papel fundamental en el discurso moral justificativo probablemente podría responderse con la famosa anécdota que refiere Maritain (1975) en relación con los miembros de una comisión de la UNESCO: explicaban el hecho de que, a pesar de sus diferencias ideológicas, se hubiesen puesto de acuerdo al establecer una lista de derechos: “Estamos de acuerdo [...] pero con la condición de que no se nos pregunte el porqué” (p. 21). Lo que quiere dejar en claro Atienza es que el uso de un mismo concepto (o de una misma expresión), “dignidad”, resulta de aceptación general en la medida en que no se entre en detalles sobre qué entiende cada cual por “dignidad”. No obstante esta salvedad, propone en su obra dos dimensiones de la dignidad humana.

La primera, que podríamos llamar “dimensión filosófica”, postula que la dignidad se nos aparece como una noción muy abstracta que marca los límites de la moral —de lo moralmente admisible—, cuyo contenido sería esencial o exclusivamente negativo y que, en ese sentido, podría considerarse el fundamento último de los derechos, de todos los derechos. Esa es, esencialmente, la idea de dignidad que manejan los filósofos: la de la segunda formulación del imperativo categórico kantiano.

En vinculación con la igualdad y la libertad, sostiene que podría pensarse que la dignidad tiene alguna suerte de prioridad frente a los otros dos. Postula que, frente a la igualdad —porque con el imperativo de la universalidad se está expresando un principio meramente formal, mientras que el imperativo de los fines parece señalar un contenido—, aunque se trate de un contenido negativo, marca algo así como un límite infranqueable a lo que se puede universalizar, y también frente a la libertad, porque parece que la dignidad no es algo que pueda quedar librado a la voluntad del individuo o de la comunidad. Sin embargo, concluye que esto solo es así en apariencia, ya que esta prioridad que nos parece ver en el valor de la dignidad se debe a que lo estamos confrontando no con la igualdad o la autonomía entendidas en su sentido más profundo, sino con ciertas manifestaciones (ciertos derechos) basados en la igualdad y en la libertad.

Así, el autor ilustra, entre otros supuestos, que la pena de prisión, por ejemplo, carecería de justificación (moral) si su aplicación supusiera necesariamente

8 La obra del autor en la que se apoya el presente análisis es *Sobre la dignidad humana* (2022).

atentar contra la autonomía del interno, si este, por estar en prisión, dejara de ser considerado un ser autónomo.

A lo que concluye que desde esta “dimensión filosófica”

... parece claro que no tiene sentido hablar de ponderación, puesto que la ponderación presupone que existen cosas o valores distintos, mientras que aquí estaríamos, dicho en la terminología kantiana, frente a “tres [...] maneras de representar el principio de la moralidad [que] son, en el fondo, otras tantas fórmulas de una y la misma ley, cada una de las cuales contiene en si a las otras”. (Atienza, 2022, p. 34)

El jurista español reconoce otra dimensión de la dignidad, que puede encontrarse en Carlos Nino (como se citó en Atienza, 2022, p. 198), para el cual la fundamentación de los derechos humanos se basa en tres principios, uno de los cuales es el de dignidad (los otros son el de autonomía y el de inviolabilidad de la persona humana). En concreto, prosigue, el principio de dignidad supone que debemos juzgar y tratar a las personas de acuerdo con sus acciones voluntarias y no según otras propiedades y circunstancias como su raza, su sexo o sus creencias. Pues bien, ese principio presupone ya cierta concepción de la persona moral, o sea, presupone la anterior noción de dignidad, la noción kantiana, y se vincula de manera especial con (o sea, lleva a justificar) ciertos derechos, de la misma manera que los otros dos principios se conectan también de manera específica con otros derechos.

A partir de esta segunda dimensión de la dignidad (como derechos fundamentales concretos), Atienza (2022) acepta que tendría sentido hablar de ponderación. Sin embargo, aclara que

así como utilizamos los mismos términos (igualdad y libertad) tanto para referirnos al sentido más profundo de esos valores como a sus manifestaciones concretas, no parece ocurrir lo mismo con la dignidad: no hay ningún derecho que consista simplemente en ser tratado dignamente, como no hay tampoco un derecho que consista sin más en ser tratado como igual o como ser autónomo. Por eso, sostiene que puede afirmarse que el principio de dignidad humana (entendido en el primero de los sentidos) no puede verse desplazado nunca por otro principio concurrente, o que el deber de tratar a cualquiera de acuerdo con su dignidad humana no está sujeto a excepciones, etc. (p. 36)

El filósofo español esgrime conclusiones provisionales que enriquecen el entendimiento de su concepción en torno a la dignidad humana. Entre ellas,

podemos encontrar que la fuerte carga emotiva de la expresión “dignidad” o “dignidad humana” explica la propensión a ser usada con propósitos meramente ideológicos o propagandísticos y sin significado descriptivo alguno.

Conectada con la anterior, postula que un ejemplo de ese uso ideológico es el que hace la Iglesia católica para oponerse a una serie de medidas como el aborto, la eutanasia, la investigación con células madre o el uso de casi todas las técnicas de reproducción humana asistida. En ese tren de ideas, prosigue que en apariencia se apela a un valor universal que nadie podría poner en duda, pero, en realidad, la noción de dignidad de la Iglesia

depende enteramente de una afirmación que solo puede tener sentido para los creyentes: que desde el momento de la concepción existe una persona moral, provista de dignidad, porque Dios le ha insuflado un alma; que la dignidad humana proviene de que todos somos hijos de Dios y creados a su imagen y semejanza. Obviamente, si la noción de dignidad pretende tener un valor universal (aceptable para todos), no puede depender de ninguna de esas consideraciones. (Atienza, 2022, p. 37)

Atienza destaca que existe un error a la hora de entender la noción filosófica kantiana, que este consiste en olvidarse del “solo” que incluye la segunda formulación del imperativo categórico. Por lo tanto, lo que está prohibido no es tratar a otro ser racional como un medio (lo que naturalmente hacemos todos constantemente), sino tratarlo solo como un medio (y no, al mismo tiempo, siempre como un fin).

Por otra parte, entiende que la crítica radical o la propuesta de abandono del concepto de dignidad humana, bajo el alegato de la falta de precisión o su carácter relativo (Pinker, 2008), poco aporta, ya que lo mismo podría decirse de todos los conceptos morales si nos conformáramos con su utilización “indiscriminada”.

Según el enfoque propuesto, el concepto de dignidad no puede analizarse simplemente en términos descriptivos, sino que debe hacerse también en términos normativos. La dignidad, además de explicar, justifica. Es un concepto normativo y, por eso, puede ser usado para justificar los derechos humanos.

La dignidad tiene un uso legítimo, consistente en considerarlo como un “término de enlace” usado para dos funciones básicas: para decir que determinadas entidades poseen dignidad y para adscribir determinadas consecuencias normativas o valorativas a dichas entidades. En otros términos, lo que reconoce el autor es que ciertas entidades poseen ciertas propiedades y, por ello, deben ser tratadas de cierta forma.

Para determinar cuándo estamos en presencia de esa entidad o realidad, existen diversos criterios, según lo propuesto por el autor. Entre ellos, se encuentran criterios religiosos, propiedades biológicas, psicológicas o la propiedad de ser racional.

Atienza (2022) afirma que las razones basadas en la dignidad parecerían tener un carácter no gradual y absoluto. Ello, en tanto a la clase de las entidades que poseen dignidad se pertenece o no se pertenece, pero no habría grados. Sin embargo, esta afirmación no se encuentra exenta de dificultades.

Uno de los puntos más interesantes de las apreciaciones de Atienza (2022) en torno a la dignidad se encuentra en la noción normativa que distingue dos dimensiones. La primera, “la dignidad en cuanto fundamento último de los derechos; así entendida, la dignidad sería, por así decirlo, el límite de la moral y ordena no tratarnos a nosotros mismos ni a los demás exclusivamente como medios” (p. 40). En este primer caso, la dignidad no puede ceder frente a ninguna otra exigencia (las razones basadas en la dignidad son absolutas). Otra dimensión es la dignidad que se traduce en derechos fundamentales concretos; en este último caso, los derechos basados en la dignidad sí pueden ser ponderados con otros (la libertad de expresión, ejemplifica, puede prevalecer frente al honor o la intimidad).

En concordancia con el párrafo que precede, y las dos dimensiones propuestas, el filósofo español entiende que la dignidad no es un valor que esté por encima de la igualdad o la libertad cuando se entienden estos dos últimos valores o principios en su sentido más profundo, sino que son dimensiones distintas de una misma realidad (una misma ley moral) y cada una de ellas contiene a las otras. Sin embargo, postula, el término “dignidad” no parece usarse para referirse a los derechos que derivan específicamente de la dignidad; en ese sentido, puede decirse entonces que la dignidad opera como límite (absoluto) en relación con los derechos de igualdad y de libertad.

El autor bajo análisis entiende que el llamado núcleo normativo de la dignidad puede encontrarse en el derecho y la obligación que tiene cada individuo, cada agente moral, de desarrollarse a sí mismo como persona y, al mismo tiempo, en la obligación —en relación con los demás— de contribuir a su libre (e igual) desarrollo. Es una concepción amplia de la dignidad humana que, en la tradición kantiana, contiene tanto el imperativo de los fines o de la no instrumentalización de los seres humanos como el de la igualdad y el de autonomía; por ello puede presentarse como el fundamento último de los derechos humanos, de todos ellos.

La dignidad humana es auténticamente una idea revolucionaria, porque apunta a una transformación radical de la realidad. Pero, para Atienza (2022), ese carácter revolucionario no puede interpretarse tampoco de acuerdo con la versión de cuento de hadas difundida por Waldron (2019) y aceptada por muchos otros, entre quienes parece habría que situar a Habermas.

Sobre los sujetos destinatarios de la dignidad, el catedrático español afirma que la teoría de la evolución muestra sin lugar a dudas que tenemos un origen común y que estamos esencialmente igual constituidos, que

al parecer, tan solo nos diferenciamos entre nosotros en un 0,1 % en la secuencia de la cadena del ADN, lo que, afirma, es suficiente para que cada uno pueda ser tomado por él mismo y por los demás como un individuo único e irrepetible. (Atienza, 2022, p. 168)

Somos seres, afirma, con capacidades biológicas distintas y con una extraordinaria plasticidad de nuestro cerebro, lo que nos hace capaces de poseer sentido o conciencia moral y un razonamiento moral sofisticado.

Enfocado en las entidades dignas, Atienza (2022) sostiene que

solo los seres humanos pueden ser considerados plenamente personas, agentes morales y, por tanto, que solo de ellos puede predicarse una dignidad plena. Y, en segundo lugar, que el concepto de persona (a lo que cabe atribuir dignidad) no es el ser humano como miembro de una comunidad, de la polis (concepción antigua), ni tampoco como criatura divina, hecha a imagen y semejanza de Dios (la concepción religiosa, cristiana), ni el individuo considerado como fin para sí mismo y propietario de su persona (la concepción liberal), sino el ser humano como fin en sí mismo (la noción kantiana). Una consecuencia de ello, es que la dignidad humana no puede hacerse equivalente a la autonomía en el sentido liberal clásico. (pp. 187-188)

En torno a las ya referidas consecuencias normativas de la dignidad humana, el español reconoce que quizás la más importante sea que

la dignidad reconoce el principio de inviolabilidad de la persona humana (que —según la formulación de Nino— prohíbe que se puedan imponer cargas o sacrificios a ciertos individuos sin contar con su consentimiento efectivo y sobre la base de que redundan en beneficio de la mayoría de la población) y el principio de autonomía (que —de nuevo, según Nino— prescribe al Estado permanecer neutral respecto a los planes de vida individual y a los ideales de excelencia humana, y limitarse a facilitar la persecución de dichos planes e impedir la interferencia mutua en el curso

de la misma). Esto debe lograrse dentro de ciertos límites que vendrían dados por estos tres principios: el principio de las necesidades básicas, según el cual todos los seres humanos tienen ciertas necesidades elementales que gozan de prioridad frente a las necesidades que no sean básicas de los otros seres humanos (derecho a una existencia digna); el principio de cooperación, según el cual el desarrollo máximo y deseable del ser humano exige una cooperación activa por parte de los demás y, en particular, por parte de las instituciones sociales (estatales o no); y el principio de solidaridad que establece que cualquier ser humano solo tiene derecho a un grado de desarrollo y de goce de bienes que no imposibilite a los demás alcanzar un grado de desarrollo equivalente. (Atienza, 2022, pp. 188-189)

En el marco de los Estados constitucionales, Atienza (2022) argumenta que la referencia que (explícita o implícitamente) hacen todas nuestras constituciones a la dignidad humana como fundamento de los derechos hace que deba ser considerado un concepto básico del derecho, quizás incluso el más básico de todos ellos. Para poder establecer que una norma del parlamento supone una infracción a uno de los derechos fundamentales establecidos en la constitución, resulta indispensable recurrir al concepto de dignidad, tomar en cuenta el fundamento de los derechos en cuestión a fin de resolver un problema interpretativo del que depende, en definitiva, poder determinar cuál es el contenido del derecho, cuáles son las normas jurídicas válidas.

Pese a reconocer la inseparabilidad de la dignidad respecto de la igualdad y la autonomía, el profesor de Alicante considera que hay alguna razón para situar a la dignidad humana en un lugar de cierto privilegio. Ello se debe, sobre todo, a que puede ser una manera eficaz de priorizar los derechos sociales, de mostrar que garantizar a todos los seres humanos una existencia digna es presupuesto necesario para que tengan sentido todos los otros derechos. Pero está claro, agrega, que garantizar a todos una existencia digna es también una consecuencia del principio de igualdad y la única manera de hacer posible un desarrollo autónomo de los seres humanos.

4.3 Aharon Barak⁹

El jurista israelí Aharon Barak nos introduce en el tópico de la dignidad vinculándolo con su definición según los diccionarios en inglés: honor, gloria y respeto. Lo hace para reflejar que, solo en la modernidad, la dignidad humana

9 El libro en el que basamos la postura del autor es *Human Dignity – The constitutional Value and the Constitutional Right* (2015).

fue reconocida como un derecho constitucional y un valor constitucional (estos dos conceptos son sumamente importantes en su concepción de la dignidad humana, como veremos en los párrafos siguientes).

De allí que Aquino y Kant no abordaron la idea de la dignidad como derecho o valor constitucional, porque no había en la época una carta de derechos (*bill of rights*) o algo similar al valor constitucional de la dignidad humana.

El autor considera que estamos en presencia de un concepto relativo y relacional. Para ilustrar esta posición, expone que se trata de un concepto que está en constante desarrollo; con cita del *Justice Brennan* de la Corte Suprema de Estados Unidos, ilustra que “las exigencias de la dignidad humana nunca dejarán de evolucionar” (“the demands of human dignity will never cease to evolve”).¹⁰ Lo que nos quiere significar es que se trata de un concepto que depende del contexto, que muta con un mundo cambiante.

Barak (2015) afirma que la dignidad pudo haber sido fundada en un principio en un motivo religioso, de la imagen de Dios en el hombre, y que puede ser que eso cambiara con la visión kantiana de la racionalidad.

El autor rechaza la opinión de que la dignidad humana es un concepto axiomático o universal. Ello, en tanto entiende que se trata de un concepto relativo, dependiente del contexto histórico, cultural, religioso, social y político. Ese relativismo, sin embargo, no disminuye su importancia. Por el contrario, entiende, intensifica la posición de la dignidad humana en cada sociedad.

Más allá de la relatividad del concepto y su dependencia del contexto, la dignidad humana en varias sociedades (sobre todo en aquellas basadas en una democracia liberal) tiene fundamentos comunes. Puede decirse entonces que, a pesar de que haya diferentes concepciones de la dignidad humana, todas expresan un concepto similar.

Es que, prosigue, tradiciones diferentes, y aún opuestas, llegan a la conclusión de que la dignidad humana preserva la integridad física y psicológica de una persona, su identidad personal y su subsistencia básica y asegura la igualdad entre las personas.

La dignidad humana no existe en el vacío, existe en una determinada sociedad, en relación con los otros, por eso es un concepto “relacional”.

Muchos autores critican que se trata de un concepto equívoco, vago y flexible que le otorga al intérprete mucho margen de discreción. La respuesta a esta crítica radical por parte del israelí es que estamos en presencia de un concepto complejo, complejidad que deriva de la falta de consenso en torno a su esencia.

10 Discurso pronunciado en la Universidad de Georgetown (Washington, D.C.) el 12 de octubre de 1985.

Barak (2015) postula tres niveles de la falta de consenso: 1) en torno a su contenido; 2) si descansa sobre una racionalidad más allá de un núcleo común; y 3) respecto al resultado de hacia qué apunta.

Esa complejidad no es razón suficiente para tener un acercamiento negativo hacia la dignidad humana. La vida, equidad y libertad son también conceptos complejos, pero eso no puede justificar ignorarlos. Lo que en el pasado parecía vago y poco claro se convirtió natural y aceptado en el presente.

Por otra parte, destaca que los jueces viven en un marco legal, que determinan reglas. El juez que debe darle significado a la dignidad humana en una constitución no tiene la libertad del filósofo de estar de acuerdo con Kant o rechazar su enfoque.

Esta complejidad es vista por un constitucionalista no como un factor negativo, sino como una necesidad y como una ventaja que le permite a la dignidad humana cumplir su función en una sociedad cambiante.

El autor postula que todo derecho constitucional o valor constitucional es a la vez limitador de otro derecho o valor, y la constitucionalidad de esa limitación es decidida de acuerdo con las reglas de la proporcionalidad.

Sostiene que no toda limitación constituye una violación, las limitaciones son constitucionales si son proporcionales. En casi todos los sistemas de derecho los derechos son relativos, por eso, en última instancia, la decisión será hecha de acuerdo con las reglas de proporcionalidad.

El enfoque desde el cual Barak (2015) analiza la dignidad humana puede ser sintetizado en tres aspectos puntuales de la dignidad: 1) como valor social; 2) como valor constitucional; y 3) como derecho constitucional. En un orden creciente a decreciente de amplitud, el autor propone que, en primer lugar (con mayor amplitud), encontramos a la dignidad humana como valor social. En segundo lugar se encuentra la dignidad como un valor constitucional, con un alcance más angosto que el valor social, pero con un radio más amplio que el derecho constitucional a la dignidad humana. Este último, por supuesto, reservado para aquellas cartas magnas que lo consagran expresamente.

El derecho constitucional a la dignidad está basado en el valor constitucional, sin embargo, los dos no son necesariamente lo mismo. En varias constituciones, el valor constitucional de la dignidad está reconocido sin que lo sea el derecho constitucional a la dignidad. A modo de ejemplo, señala que en España está consagrado explícitamente el derecho a la dignidad, mientras que en Estados Unidos y en Canadá está implícita la dignidad como valor constitucional.

Al estudiar el concepto de dignidad humana, Barak (2015) lo vincula con la

necesidad de entender su larga historia. En ese marco de pensamiento, expone dos teorías que considera incompletas para desentrañar el concepto de la dignidad humana. Se trata de la teoría intencionalista, que remite a la intención de los primeros convencionales (o *framers*) de la constitución, y de la teoría originalista, que se vincula con el público entendimiento original, es decir, lo que entendía la sociedad en el tiempo en que se adoptó el valor constitucional.

Finalmente, se enfoca en lo que él entiende como la teoría de interpretación constitucional que debe prevalecer para el estudio de la cuestión, a la que llama “interpretación intencional” (*purposive interpretation*), en la que el concepto depende de la función y del rol que ocupa en la constitución al momento de la interpretación. Para ella, el peso decisivo está dado por el propósito subyacente en la constitución al tiempo de la interpretación. Le da peso al propósito, al *telos*, a la función que tiende a cumplir en la constitución al momento de interpretarla.

La dignidad humana tendría, en este contexto, un significado expreso y uno implícito. Se trata de una visión amplia de la constitución, generosa, no legalista, pero esta interpretación amplia no significa una interpretación más allá del significado del lenguaje.

El expresidente de la Corte Suprema de Israel consagra tres roles de la dignidad humana: como un valor constitucional, como un rol normativo central y como el factor que une los derechos humanos en un todo, asegurando la unidad de los derechos humanos. Esta unidad normativa es expresada, según Barak (2015), de tres maneras: 1) el valor de la dignidad humana sirve como una base normativa para los derechos constitucionales dispuestos en la constitución; 2) sirve como principio interpretativo para determinar el alcance de los derechos constitucionales, incluido el derecho a la dignidad humana; 3) tiene un rol importante en determinar la proporcionalidad de una ley que limite un derecho constitucional.

Desarrolla *in extenso* esos tres puntos y señala que:

1. La dignidad humana como valor en el que descansa el fundamento de todos los derechos (visión compartida por Maritain). Es el argumento central para la existencia de los derechos humanos. Según Christopher Enders (2010), es el valor que determina que cada persona tenga derecho a tener derechos. No es la norma fundamental del sistema legal en los términos de Kelsen (*grundnorm*). Un valor constitucional fundamental es una cosa, una norma fundamental o fundante es otra. La norma fundamental determina la naturaleza vinculante de una constitución, lo cual no tiene vinculación

- con la dignidad humana. Es más, no debería concluirse automáticamente que la dignidad humana es el valor más importante que sirve como una llave de solución a todos los problemas constitucionales que se presenten. La dignidad humana requiere estudio y clarificación, y cada sistema legal debe, en última instancia, definir su propia posición en este valor constitucional.
2. La dignidad como el valor constitucional que provee significado a las normas del sistema legal. De acuerdo con una interpretación intencional, todas las previsiones de la constitución, y particularmente todos los derechos en la *bill of rights* de la constitución, son interpretados a la luz de la dignidad humana. En este punto, el autor destaca que la dignidad humana no solo influye en la interpretación dentro del contexto del propósito de la constitución, sino también en cada norma legal infraconstitucional que se encuentre dentro del sistema legal. Es decir, la dignidad irradia a la totalidad del sistema subconstitucional.
 3. Reconoce que la dignidad es vista como un principio básico (fundamental) y un valor supremo. Algunas veces es visto como el valor más importante. Se ha sugerido que, sin entender la dignidad humana, uno no puede entender los derechos humanos. Sin embargo, no es el único valor a ser considerado. Algunas veces, el valor de la dignidad humana choca (o entra en conflicto) con otro valor constitucional. En dicho caso, es necesario el balanceo, que deberá hacerse según el peso relativo de los valores en conflicto.

Agrega el autor que la dignidad humana es un valor que indica que los derechos humanos no son otorgados por el Estado, de ese modo, éste no puede quitarlos. Aparece como el fundamento de la democracia en sí misma. Para ello, Barak (2015) acude a las palabras de Dworkin (1992): “porque honramos la dignidad, demandamos democracia” (“because we honor dignity, we demand democracy”) (p. 239).

En otro de los puntos de su obra, Barak (2015) sugiere que debe separarse el alcance del valor constitucional de la dignidad humana del alcance del derecho constitucional de la dignidad humana y darle un alcance más angosto (recortado) al derecho que al valor. El valor debe manifestarse en toda la constitución, a excepción de la interpretación del derecho dignidad humana. Esto preservará las riquezas del valor y proveerá soluciones para el carácter único del derecho constitucional de la dignidad humana.

Aclara que esto vale solo para los sistemas constitucionales que tengan a la dignidad humana como un derecho constitucional absoluto. En todos los

otros, el alcance idéntico de la dignidad como valor y como derecho debe ser preservado, siendo este el caso de Sudáfrica e Israel.

La mayoría de los derechos constitucionales son relativos, pueden ser limitados; el ejercicio de parte de su alcance puede ser limitado, al punto tal que el derecho constitucional no se cumplirá enteramente (*fulfilled in its entirety*), bajo la condición de que la limitación sea proporcional. Para determinar la proporcionalidad de la limitación, el valor constitucional de dignidad humana juega un rol importante.

En lo que resulta la síntesis de su postura, Barak (2015) considera que los enfoques teológico y filosófico no pueden proveer una base satisfactoria a la dignidad humana como un valor constitucional moderno. Propone un tercer modelo, basado en un enfoque constitucional de la dignidad humana.

Así, expone que el modelo teológico, enfocado en el cristianismo y en el judaísmo, está basado en la visión de que el hombre fue creado a imagen de Dios (*Imago Dei*). Considera que la interpretación constitucional no debe hacerse de acuerdo con la visión de determinada religión. Por otra parte, se aparta también del modelo filosófico seguido por Kant y Dworkin.

El acercamiento correcto, sostiene, debe enfocarse en el propósito subyacente del valor de la dignidad humana en una constitución. Dicho propósito debe estar basado en el entendimiento de una sociedad moderna y sus necesidades.

La dignidad humana después de Kant no puede ser entendida sin remitir a la visión plasmada en su vasta obra. Reconoce que es apropiado discutir sus ideas, sin embargo, siempre debe recordarse que debemos entender la dignidad humana desde el fondo de una realidad social existente bajo el argumento de ser un valor fundamental en las constituciones modernas.

En su obra, el autor formula una ponderación en torno a la posición de Dworkin (2014) sobre la dignidad humana. Para este último, asevera, este principio requiere autorrespeto (que requiere que cada persona tome su propia vida, y la vida de los otros, en serio) y autenticidad (según la cual, al relacionarse con los demás, cada persona debe expresarse en su vida, encontrando un modo de vida que sea bueno en sus circunstancias). El autor, intuitivamente, es de la opinión de que la ley no puede estar basada en un solo principio. En su opinión, está basada en un número de principios, que están en un estado de constante conflicto y deben ser balanceados. Señala que Dworkin no interpretó la constitución americana u otra constitución, no intentó entender la dignidad humana como un valor constitucional. Su punto de vista filosófico, según la cual la dignidad humana internamente une los principios de autorrespeto y

autenticidad, no puede servir como un estándar por el cual el valor constitucional de la dignidad humana puede ser entendido en diferentes estructuras constitucionales.

Profundizando con las noblezas del enfoque que propone, Barak sostiene que una interpretación constitucional intencional del valor constitucional de la dignidad humana aprecia todo el alcance de este valor. Se trata de un enfoque holístico que pretende reflejar la complejidad de la persona como tal en todo el ámbito de su existencia como ser humano, así pues, la dignidad humana como valor constitucional es la humanidad de la persona como ser humano, es la protección de la humanidad de una persona. Esta visión es tanto subjetiva (los sentimientos internos del individuo) como objetiva (ver al individuo como parte de una familia, un grupo o una sociedad).

Vale preguntarse a qué apunta el autor cuando refiere a la dignidad como valor constitucional. Acudiendo a Ackermann (2014), entiende que la dignidad humana está basada en la voluntad individual y en la habilidad del individuo para desarrollar su personalidad y alcanzar la realización de su vida, que la voluntad de un ser humano es una manifestación de su humanidad. Esa libertad se manifiesta en planear su vida y realizarse a sí mismo. No es posible lograr todos los aspectos de la autorrealización si el individuo no tiene condiciones de vida básicas que le permitan una subsistencia digna.

A su vez, adiciona que la dignidad como autonomía de voluntad significa que el individuo controla su propio destino y su historia de vida. La autonomía se vincula con que la persona tiene derechos sobre su cuerpo. En ese tren, recuerda que los seres humanos siempre son un fin y un valor en sí mismos; esto resuena en un enfoque kantiano, desde esto se sigue que la dignidad humana significa rechazar la posibilidad que una persona sea solo un medio para la realización de la voluntad de otras personas. Las personas son iguales, en el sentido de que ninguna domina a la otra. La humanidad, entonces, es violada solo cuando sirve como medio sin ser un fin en sí mismo.

Entendemos pertinente adentrarnos en lo que Barak (2015) postula como la dignidad humana como concepto “relacional”. Lo que señala con claridad el jurista es que la dignidad no es un monólogo, sino un diálogo entre ella y otros miembros de la sociedad. No es solo la dignidad de uno mismo, sino que es también la dignidad del otro, que son diferentes. Involucra una parte activa y una pasiva, que es participar de la sociedad y dejar que otros participen. A partir de ello, concluye que el valor constitucional de la dignidad humana solo puede evolucionar en una sociedad democrática. La dignidad humana pertene-

ce, para el autor, solo a los individuos. Las corporaciones no tienen dignidad, porque carecen de humanidad.

Ahora bien, siguiendo a Barak (2015), no puede sostenerse que la dignidad humana pueda tener un solo contenido; sin embargo, la humanidad del individuo es un concepto que indica las pautas para determinar su propio contenido, y estas pautas no difieren de las propias para dilucidar el valor constitucional de la equidad o la libertad. Una de las máximas del exjuez israelí es que “La dignidad humana es un valor comprensivo que rodea a todos los derechos constitucionales” (Barack, 2015, p. 133).

El autor se diferencia de una mirada kantiana, al sostener que la racionalidad no es un componente para el modelo propuesto; cada persona —racional o irracional— tiene dignidad humana. En cuanto al argumento de las personas que no tienen libre albedrío, están protegidas también por la dignidad humana. Para arribar a esta conclusión, Barak (2015) reflexiona que “[a]sí como la dignidad humana protege a los menores, da refugio a aquellos diferentes en cuerpo o mente” (p. 135).

Por otra parte, en lo que podríamos comprender como la característica “relacional” de la dignidad, se señala que el balanceo que hay que hacer ante conflictos no afecta el alcance de los derechos constitucionales, afecta su habilidad de satisfacerlos o de cumplirlos plenamente.

Una síntesis de las bases en las que Barak (2015) apoya su concepción de la dignidad podríamos encontrarla cuando sostiene que el entendimiento de la dignidad humana como la humanidad de una persona está basado en un enfoque humanístico-moderno. Este enfoque no está derivado de una aproximación religiosa ni de una visión que sitúe a la racionalidad en el centro. Está basada en un humanismo secular. Está basado en el hombre, en vez de en Dios. Sin embargo, muchas de sus ideas son dibujadas a partir de enfoques religiosos y algunas solo difieren ligeramente de los de la concepción religiosa de la dignidad humana.

En el confronto entre dignidad humana como derecho constitucional y como valor constitucional, y tocando el asunto de los conflictos de derechos constitucionales, Barak (2015) esgrime la siguiente explicación:

El propósito único que caracteriza cada derecho constitucional se distingue del propósito general de ese derecho: realizar el valor constitucional de la dignidad humana [...] Cada derecho constitucional tiene su propósito único. Ese propósito puede superponerse complementariamente con el valor constitucional de la dignidad humana. Puede entrar en conflicto con el valor constitucional de la

dignidad humana. Con los derechos particulares convive el derecho constitucional a la dignidad humana, que en partes se superpone complementariamente con ellos, y en partes entra en conflicto con ellos. El complemento y el conflicto no alteran los límites de los distintos derechos. La resolución del conflicto no se encontrará en el nivel constitucional. En ese nivel, el conflicto se mantiene como estaba. La resolución será encontrada en el plano sub-constitucional. Las normas constitucionales (*statutes or common law*) pueden limitar el conflicto de derechos constitucionales, y sus limitaciones serán constitucionales en tanto sean proporcionales. (p. 145)

Finalmente, señala que el derecho constitucional a la dignidad humana no debería ser visto como un derecho residual, pues ello estaría en conflicto con la centralidad del valor y el derecho de la dignidad humana en la constitución.

4.4 Ronald Dworkin¹¹

En primer lugar, vale señalar que el filósofo estadounidense entiende en su obra *Los derechos en serio* (1989) que la dignidad humana es una idea “vaga, pero poderosa”, con un poder que impide rebajar a la persona a una condición inferior a la que le corresponde como “miembro de la comunidad humana”.

Dicho esto, el autor desarrolla en su obra *Justicia para erizos* (2014) que la dignidad y el autorrespeto —cualquiera que sea el significado que resulten tener— son condiciones indispensables del vivir bien. Hallamos evidencias de esta afirmación, sostiene, en la forma en que la mayoría de la gente quiere vivir: mantener la frente alta mientras pugna por todas las otras cosas que quiere. Vale recordar que, para el jurista americano, los derechos políticos son cartas de triunfo sobre lo que en otros aspectos son justificaciones adecuadas de la acción política.

Dworkin se apoya sobre todo en la tesis de Immanuel Kant (1996), en tanto no se puede respetar adecuadamente nuestra humanidad a menos que respetemos la humanidad en otros. El autor identifica a la dignidad con el “vivir bien”, diferenciando esta afirmación de la de “tener una buena vida”; así, el “vivir bien” aparece como un desafío que puede traducirse en estar a la altura de la circunstancias.¹²

Su idea de dignidad humana viene de la mano de dos principios que él mismo introduce. Estos principios, a su entender, enuncian exigencias fundamentales del vivir bien. En detalle, afirma que

11 Para desentrañar la mirada de este autor se acude a su obra *Justicia para erizos* (2014).

12 En un pasaje de su obra *Justicia para erizos*, señala que “... valoramos el gran arte no porque el arte

El primero es un principio de autorrespeto. Cada persona debe tomar en serio su propia vida: debe aceptar que es un asunto de importancia que su vida sea una ejecución exitosa y no una oportunidad desperdiciada. El segundo es un principio de autenticidad. Cada individuo tiene la responsabilidad personal especial de identificar lo que representa un éxito en su vida; tiene la responsabilidad personal de crear esa vida por medio de un relato o un estilo coherentes que él mismo avale. Juntos, los dos principios proponen una concepción de la dignidad humana: la dignidad requiere autorrespeto y autenticidad. (Dworkin, 2014, p. 268)

Para el reconocido constitucionalista, la dignidad, como tantos de los conceptos que aparecen en su extensa argumentación, es un concepto interpretativo.

Ya enfocados en estos dos principios (o subprincipios) de la dignidad humana, consideramos necesario desentrañar con detalles qué es lo que entiende el autor cuando los alude.

El principio de autorrespeto insiste en que debo reconocer la importancia objetiva de mi vivir bien, no es en sí mismo una afirmación moral. Describe una actitud que la gente debería tener respecto a su propia vida: considerar que es importante vivir bien. También exige que cada uno de nosotros, en el trato que le da a su propia vida, la estime dotada de ese tipo de importancia.

Dworkin (2014) acude a Stephen Darwall (1977) en cuanto ha trazado una útil distinción entre el respeto de reconocimiento y el respeto de apreciación. Este último es el que le mostramos a alguien en virtud de su carácter o sus logros; el primero incluye el respeto que debemos demostrar a las personas como mero reconocimiento de su condición de tales. El autorrespeto que demanda la dignidad es el de reconocimiento, no el de apreciación.

La autenticidad, prosigue,

es el otro lado del autorrespeto. Como nos tomamos en serio, juzgamos que vivir bien significa expresarnos en nuestra vida, buscar un modo de vivir que nos cautive como correcto para nosotros mismos y nuestra circunstancia. No es necesario que se trate del compromiso con una única e imperiosa ambición o una jerarquía establecida de valores. Puede equivaler, antes bien, a lo que llamamos carácter o lo que Nietzsche denominaba “estilo”: una manera de ser que comprobemos adecuada a nuestra situación, y no una irreflexivamente deducida de la convención o de las expectativas o demandas de los otros. Eso no signifi-

como producto realce nuestra vida, sino porque encarna una ejecución, un estar a la altura del desafío artístico. Valoramos la vida humana bien vivida no por el relato terminado, como si la ficción sirviera igualmente, sino porque también ella encarna una ejecución: un estar a la altura del desafío de tener una vida que vivir” (Dworkin, 2014, p. 259).

ca necesariamente excentricidad, y ni siquiera novedad. Lo crucial no es que vivamos de manera diferente de los otros, sino en respuesta a nuestra situación y los valores que estimamos apropiados, antes que a contrapelo de una y otros. (Dworkin, 2014, p. 276)

El autor aclara que la autenticidad no es autonomía, al menos tal como algunos filósofos entienden este proteico concepto. Estos suponen que la autonomía solo exige que la suma de las circunstancias, sean estas naturales o políticas, dejen libre acceso a alguna gama de elecciones.

Este segundo principio de la dignidad humana es vinculado por Dworkin (2014) con la responsabilidad. Sobre ello, postula que

la autenticidad demanda tanto que yo sea responsable en el sentido de la virtud como que acepte, cuando sea apropiado, la responsabilidad relacional. No trato un acto como propio, emanado de mi personalidad y mi carácter, a menos que considere que tengo responsabilidad de juicio por él. (p. 277)

Otra de las dimensiones de la autenticidad que se exponen consiste en la independencia ética. Esta puede sintetizarse en que

Quien aprecia su dignidad debe negarse a conformar sus valores éticos en función del temor a la sanción tanto social como política; tal vez decida que vive bien cuando se ajusta a las expectativas de otros, pero debe tomar esa decisión por convicción, no por pereza o un temor como el recién mencionado. (Dworkin, 2014, p. 280)

El primer principio de la dignidad, reformulado para exponer con claridad el valor objetivo de toda vida humana, se convierte, para Dworkin (2014), en lo que ha llamado “principio de Kant”, a partir del cual

La razón que usted tiene para considerar objetivamente importante como va su vida es también una razón que usted tiene para considerar importante cómo va la vida de cualquier otro: usted ve la importancia objetiva de su vida reflejada en la importancia objetiva de la vida de todos los demás. (p. 340)

Los dos principios de la dignidad enunciados por el filósofo americano no describen, conforme su postura, diferentes perspectivas que una persona pueda asumir y entre las cuales deba después elegir. Describen una única perspectiva en la que la persona debe situarse si es éticamente responsable. Por ello, propone que esos principios sean tratados como ecuaciones simultáneas que hay que resolver juntas.

Ahora bien, a lo que apunta Dworkin (2014) cuando hace referencia a la vida buena y al buen vivir es que una persona vive bien cuando percibe y procura una vida buena para sí misma y lo hace con dignidad: con respeto por la importancia de la vida de otras personas y por la responsabilidad ética de estas, así como por la suya propia.

La dignidad humana consiste en un concepto interpretativo, una idea organizadora que, según Dworkin (2014), se manifiesta y aplica a partir de la mejor interpretación de las prácticas sociales donde el concepto se presente y de la justificación de esas prácticas dentro de un amplio marco integrado de valor político.

En desarrollo de esa idea clarifica que, si en efecto se busca establecer las conexiones adecuadas entre ambos sistemas a partir de la lectura de material jurídico, desde un principio tendría que atribuírsele un papel a la moral en el contenido del derecho que sirva precisamente de guía para la lectura de ese material jurídico. El análisis de este concepto debe asumir, “desde el inicio”, una conexión íntima entre el derecho y la moralidad. En segundo lugar, será preciso analizar “interpretativamente” las prácticas sociales, comerciales y políticas en las que aparece el concepto doctrinal del derecho.

Dworkin (2014) produce la imagen de un sistema unitario que trata al derecho como parte de la moralidad política. En este sistema, el derecho es una rama de la moralidad política que emerge de la moralidad personal, y esta, a su vez, brota de la ética.

Para este autor, la ética individual y la moralidad política giran en torno a la dignidad. En el marco de la ética individual, formula su concepto interpretativo de dignidad a partir de los dos principios ya expuestos: autorrespeto y autenticidad. Para la moralidad política formula dos principios equivalentes de dignidad: autorrespeto y responsabilidad. En este sentido, Vargas del Carpio (2016) señala que

La moralidad política exige que los miembros de la comunidad política colectiva se respeten a sí mismos como individuos (*self-respect*), y exijan al Estado el derecho político de *equal concern and equal respect*. Para Dworkin, el Estado —atendiendo a los principios de la dignidad— tiene la responsabilidad política de tratar con igual grado de importancia el destino de cada uno de sus sujetos, y el deber de velar por el respeto de los derechos humanos. Por su parte, los individuos asumen la responsabilidad privada de vivir bien como exigencia propia de su dignidad y de la ética individual. La dignidad es realmente importante, exige respeto y funda el derecho del individuo a ser tratado *como ser humano*, lo cual en palabras de Dworkin constituye un derecho humano básico. (p. 7)

Dworkin (2014) afirma que

ninguna autoridad divina puede proporcionar un fundamento a los derechos humanos básicos. Al contrario, la lógica del argumento va en el otro sentido: debemos suponer la existencia independiente y lógicamente previa de los derechos humanos a fin de aceptar la idea de la autoridad moral divina. (p. 439)

Tal como lo destaca de De Rosas Andreu (2019), se puede concluir que Dworkin se aparta de una concepción contractualista, centra el fundamento esencial de una sociedad en la dignidad humana e inicia la idea de una verdad objetiva. Esta, si bien es interpretativa —en el sentido de que es producto de una deliberación y desarrollo de las convicciones que han sido compartidas por las personas de una comunidad—, puede desentrañarse argumentativamente y, para Dworkin (2014), una vida digna es la única vida que merece ser vivida. De tal manera, la dignidad humana determinará el contenido moral de los demás conceptos e interpretaciones de la práctica jurídica.

El autor americano coloca a la dignidad humana como concepto absoluto que constituye la esencia de todos los derechos fundamentales. En ese razonamiento, propone que tanto la libertad como la igualdad y la democracia son consecuencia directa de la dignidad humana.

Para concluir, es menester señalar que, como dijimos, Dworkin (2014) presenta a los derechos fundamentales como cartas de triunfo, cartas estas que, según el propio autor,¹³ pueden ser derrotadas no por una justificación común y corriente, sino por una carta más alta. En el caso de la dignidad humana, la presenta como carta de triunfo invencible, como la más alta de la baraja, aquella que prevalece por sobre cualquier otra.

4.5 John Finnis¹⁴

Según el profesor emérito de Oxford, el fundamento de los derechos humanos se encuentra en la dignidad de la condición libre e igual del ser humano. Estos derechos humanos son aquellos debidos a todos por igual y cuyos destinatarios son las personas por su sola condición de tal. Esta identidad implica para Finnis (1998)

13 Véase Roland (1984, como se citó en Dworkin, 2014, p. 596).

14 El presente análisis se produce con base en su célebre obra *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory* (1998).

la dignidad de tener la por lo menos radical capacidad de participar en los bienes humanos que son identificados en los primeros principios de la razón práctica (primero y principalmente, el bien de la existencia/vida humana) y que dan sentido a toda la intencionalidad humana. De tal manera, los derechos, se apoyan en la dignidad del ser humano libre e igual. (p. 8)

In extenso, el autor australiano enseña que la noción de dignidad

connota tanto superioridad (en poderes, excelencia, estatus) como un valor intrínseco, no dependiente. La radical capacidad y actualidad que cada ser humano tiene en virtud de su alma racional individual hace a cada uno de nosotros superior en el simple sentido de que, de ese modo, nosotros tenemos y concretamos todos los niveles del ser —la solidez física y el dinamismo de una estrella o una galaxia, la complejidad química y biológica y auto-dirección de un árbol o un león, y más aún: la capacidad de entender todas estas otras realidades, de razonar acerca de ellas y sobre el razonamiento en sí mismo, de reproducir y transformar otros seres de todos esos niveles de la realidad, y con la libertad del autodomínio elegir cómo vivir—. En su valor inherente, nuestro vivir, conocer, jugar, y amar son ciertamente paradigmas del valor, como lo es el valor que captamos en el mismo ser de nuestros amigos (y por tanto en toda persona humana). (Finnis, 1998, p. 176)

Finnis (1998) sostiene que los contenidos de los principios jurídicos, así como de las normas e imperativos que se siguen de ellos, provienen de proposiciones universales que orientan la praxis humana social a la prosecución y realización coordinada socialmente de los que denomina “bienes humanos básicos” o dimensiones fundamentales de la realización humana. Por otra parte, estos bienes son el objeto de las inclinaciones naturales de las que habla Tomás de Aquino en la *Summa Theologiae*, que, a su vez, se fundamentan en las dimensiones perfectivas propias de la naturaleza humana.

Estos “bienes” constituyen los aspectos más básicos del florecimiento o la plenitud humana, que dan sentido último a nuestras acciones. Son bienes, pues perfeccionan nuestra naturaleza; son fines, directivos, razones de nuestra acción que le dan sentido; y son inteligibles. Por eso, a ellos se corresponden los principios básicos del razonamiento práctico, que se refieren a ellos como algo a ser proseguido o perseguido.

Según Finnis, son premorales, porque la acción que se orienta a un bien básico es inteligible, no necesariamente correcta. Son evidentes, aunque su captación, que es práctica y no teórica, requiere de la experiencia. Además, son inconmensurables: son igualmente fundamentales, esto es, no hay única y

objetiva jerarquía entre ellos. No hay entre ellos diferencia de valor intrínseco, no hay una medida unitaria y abstracta que permita compararlos en términos de bondad.

En cuanto a los bienes humanos fundamentales, Finnis (1998) expone el contenido de cada uno de ellos y afirma, además, que lo relevante no es aceptar la lista exactamente así, sino comprender que todos los propósitos del comportamiento humano pueden reconducirse a unas razones últimas que coinciden, esencialmente, con esta lista.

Ahora bien, vale preguntarse —como lo hace Massini-Correas (2023)— cuáles son estos bienes que configuran los principios primeros de la praxis humana y, por lo tanto, de la praxis jurídica y de todas las realidades constitutiva y prácticamente relacionadas con ella. Según el catedrático de la Universidad de Mendoza, Finnis (2011) ha respondido a esta pregunta en su ensayo “Limited Government” al explicitar que

los primeros principios de toda deliberación, elección y acción —escribe— son las razones básicas para la acción [inclusive la jurídica...], tales como (1) el conocimiento (incluyendo la apreciación estética) de la realidad; (2) la performance diestra, hábil y eficiente en el trabajo y en el ocio o juego, en razón de sí mismos; (3) la vida corporal [y psíquica] y los aspectos integrantes de su plenitud: salud, vigor y seguridad; (4) la amistad o la armonía y asociación entre personas en sus más variadas formas e intensidades; (5) la asociación sexual entre el hombre y la mujer [en el] matrimonio; (6) la razonabilidad práctica [...]; (7) la armonía con las más amplias extensiones y las últimas fuentes de toda la realidad, incluyendo el sentido y el valor. (p. 88, como se citó en Massini-Correas, 2023, p. 7)

Según lo describe Finnis (1998),

cada miembro de la especie humana tiene títulos de justicia. Por lo tanto, desde que el objeto de la justicia es siempre el derecho de alguien, existen derechos a los que tiene título cada miembro de nuestra especie: los derechos humanos. Mejor aún, cada uno de nosotros tiene ese título porque cada miembro individual de la especie tiene la dignidad de ser una persona. Y esto no es un estatus a ser conferido o retirado, sino una realidad a ser reconocida. (p. 176)

Y con referencia al fundamento de esa dignidad, tal como lo deja en claro Massini-Correas (2020), Finnis (1998) recalca que “la esencia de los poderes del alma están otorgados a cada individuo completamente [...] desde el comienzo de su existencia en cuanto tal. Esta es la raíz de la dignidad que todos tenemos como seres humanos” (p. 179, como se citó en Massini-Correas, 2020).

La noción de dignidad humana implica, para Finnis, superioridad, así como valor intrínseco y no dependiente, lo que se fundamenta en la radical capacidad que cada ser humano tiene en virtud de su alma racional individual. Más aún, esta excelencia es reflejada en la capacidad de entender todas estas otras realidades, de razonar acerca de ellas y sobre el razonamiento en sí mismo, de reproducir y transformar otros seres de todos esos niveles de la realidad y, con autodominio y libertad, elegir cómo vivir.

El mismo Finnis (1998) sostiene que

En oposición a esto, el positivismo materialista, con su escepticismo acerca del alma y de las especies, es incapaz de comprender nuestra experiencia como seres que optan o eligen, la igualdad radical de todos los seres humanos y la existencia de derechos humanos como requerimientos de justicia que no discriminan entre ellos. (p. 180)

Para el filósofo australiano, la noción central de dignidad excede la autonomía personal o el beneficio individual y se direcciona a la ordenación de los derechos a un conjunto de bienes humanos básicos, que constituyen los aspectos centrales de la plena realización humana.

Asimismo, postula que hay derechos humanos absolutos, porque resulta siempre irrazonable elegir directamente contra cualquier bien humano básico, ya sea para uno mismo o para los demás.

Prosigue bajo el argumento de que existen normas morales negativas (que imponen no realizar determinados actos) que son vinculantes en toda ocasión. Estas normas, específicas, pocas en número e in excepcionales constituyen la columna vertebral de la vida social y el derecho. Por ello, tornan a algunos derechos en inalienables y absolutos.

De ese modo, se denota que el entendimiento de Finnis se apoya en la dignidad humana, que conlleva la absolutidad de determinados derechos que hacen a la inviolabilidad de los bienes humanos básicos.

Para Finnis (1998), la dignidad opera como un límite deónticamente infranqueable respecto de lo que puede hacerse con el hombre, es decir, opera como lo que se denomina “un absoluto moral”, fijando aquello que no debe hacerse nunca con el ser humano.

4.6 Alfonso Santiago¹⁵

Santiago (2022) aporta una visión original de la dignidad humana, al consagrar que

Todas y cada una de las palabras, conceptos y realidades que se contienen en la formulación de este principio son importantes y trascendentes: igual e inviolable dignidad de la persona humana. Ellas constituyen un “pentanomio” indestructible y armónico, donde cada elemento es clave y relevante y, teniendo valor en sí mismo, remite y refuerza a los demás. La persona humana, cada hombre y cada mujer, es y está llamado [sic] a ser el principio, sujeto y fin de toda organización social y política, de toda política pública. (p. 19)

Este principio de la “igual e inviolable dignidad de la persona humana” constituye la brújula de su concepción, y es postulada como “motor que impulsa, fundamenta y explica las realidades propias y características de esta nueva era jurídica” (p. 21).

El postulado del autor se enriquece por el desarrollo de cada uno de sus elementos. Trasciende con creces a una afirmación y se presenta como una conclusión apoyada en fundamentos claros y coherentes.

Santiago resalta que la dignidad es una cualidad que se le reconoce a una determinada realidad por su particular excelencia, que la hace especialmente valiosa y, por tanto, merecedora de un elevado respeto, protección y veneración. Lo digno es, también, algo que vale por sí mismo, que no puede ser instrumentalizado.

La dignidad humana es, por tanto, una particular y única excelencia que corresponde reconocer a todos los seres humanos. Dicha dignidad y excelencia lo hace merecedor de un trato único, respetuoso de su ser, su vida, su libertad, sus derechos, sus facultades y sus acciones.

El profesor argentino propone que una de las definiciones más contundentes acerca de la persona y de su eminente dignidad es aquella que aporta Tomás de Aquino, al decir en su *Summa...* que se trata de “lo más perfecto de toda la naturaleza” (q. 29, a. 39, como se citó en Santiago, 2022, p. 66) y en el *In I Sententiarum*, que “la persona es sujeto concreto que se distingue de todo otro por su eminente dignidad” (p. 6, como se citó en Santiago, 2022, p. 66).

En ese sendero de definiciones, ahonda en que la dignidad humana es un reconocimiento que hace el hombre y la sociedad frente a algo que le viene dado y se presenta ante ellos. No es un dogma de fe ni un postulado ideológico, sino

15 La obra del autor que se toma de referencia es *La dignidad de la persona humana. Fundamento del orden jurídico nacional e internacional* (2022).

una realidad que se descubre no bien se reconocen las enormes diferencias que distinguen a los seres humanos de las otras realidades existentes en el mundo.

Ahora bien, el autor ubica estas distinciones en las características corporales y la estructura de su sistema nervioso central, la inteligencia, interioridad, libertad, afectividad, religiosidad, la capacidad de conocer y modificar creativamente la realidad, la capacidad artística, creadora e innovadora, la genialidad de sus obras, el dinamismo y progreso histórico que ha sido capaz de desplegar a lo largo de la historia.

De la mano de la mirada kantiana de “autonomía”, y de la mano de la no instrumentalización antes postulada, Santiago (2022) afirma que cada persona humana es y debe ser tratada siempre como sujeto, nunca como objeto. Es un fin en sí mismo que no puede ser utilizado como simple medio en la consecución de un objetivo. Es siempre principio y fin de toda institución humana.

El constitucionalista argentino se adentra en un análisis etimológico de la dignidad. Así, con cita de Rodrigo Guerra López (2003), señala que

La palabra “dignidad” es la traducción latina del griego “axioma”. Los axiomas son realidades dignas de ser creídas, estimadas o valoradas. De este modo, en su sentido más originario, axioma significa el “principio” que, por su valor en sí, es decir, por ocupar un cierto lugar en un sistema de proposiciones, no puede no ser considerado sino como verdadero. El axioma obliga al asentimiento, su contenido se impone inmediatamente al espíritu, debido a su verdad manifiesta. Los axiomas son indemostrables y, por ello, constituyen el fundamento de toda demostración. El axioma, entonces, no es un principio “postulado” como indemostrable, sino un dato que en sí mismo es evidente y que es fruto de una intuición sobre los contenidos ofrecidos en la experiencia. (Como se citó en Santiago, 2022, p. 67, nota al pie 3)

En cuanto al fundamento sobre el que descansa la dignidad humana, acude a Santo Tomás de Aquino al decir que: “El hombre es imagen de Dios en cuanto es principio de su obrar por estar dotado de libre albedrío y dominio de sus actos” (Santiago, 2022, p. 70).

Invoca a Kant en relación con que

aquello que constituye la condición para que algo sea fin en sí mismo, eso no tiene meramente valor relativo o precio, sino un valor interno, esto es, dignidad [...]. La autonomía es el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional [...] el hombre no puede ser tratado por ningún hombre (ni por otro, ni siquiera por sí mismo), como un simple instrumento,

sino siempre, a la vez, como un fin; y en ello precisamente estriba su dignidad (personalidad). (Santiago, 2022, p. 71)

El autor sostiene que esta realidad de la dignidad de la persona humana, de su conocimiento teórico y de su reconocimiento práctico tiene indudables bases cristianas. Por esto, prosigue con cita de Juan Pablo II, que “ese profundo estupor respecto al valor y a la dignidad del hombre se llama Evangelio, es decir, Buena Nueva. Se llama también cristianismo” (Santiago, 2022, p. 72).

Asimismo, propone que

[l]a fuerza más profunda que inspira la vida humana, la vida política y en particular al Derecho constitucional es la dignidad humana. Aún más que la libertad, es la dignidad humana la que impulsa el desarrollo de nuestra disciplina, especialmente a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948. (Santiago, 2022, p. 73)

Por lo que proclama con contundencia que “el reconocimiento de la igual e inviolable dignidad de la persona humana pasa a ser el principio fundante de la convivencia nacional e internacional” (Santiago, 2022, p. 73).

Es que, explica, todo sistema político-jurídico necesita algo más que “creencias” para ser sólido, coherente y durar en el tiempo. Necesita un fundamento filosófico, no ideológico, en el cual se pueda sustentar. La dignidad, concluye, ocupa ese papel.

En la obra se expone un apartamiento del relativismo del concepto de la dignidad humana. Dicha oposición comparte, entre otras razones, las expuestas por el papa Francisco en su Encíclica *Fratelli Tutti* (2020), que en lo pertinente declara:

De otro modo, ¿no podría suceder quizás que los derechos humanos fundamentales, hoy considerados infranqueables, sean negados por los poderosos de turno, luego de haber logrado el “consenso” de una población adormecida y amedrentada? Tampoco sería suficiente un mero consenso entre los distintos pueblos, igualmente manipulable. Ya tenemos pruebas de sobra de todo el bien que somos capaces de realizar, pero, al mismo tiempo, tenemos que reconocer la capacidad de destrucción que hay en nosotros [...] Al relativismo se suma el riesgo de que el poderoso o el más hábil termine imponiendo una supuesta verdad [...] Aceptar que hay algunos valores permanentes, aunque no siempre sea fácil reconocerlos, otorga solidez y estabilidad a una ética social [...] En la realidad misma del ser humano y de la sociedad, en su naturaleza íntima, hay una serie de estructuras básicas que sostienen su desarrollo y su supervivencia. De allí se

derivan determinadas exigencias que pueden ser descubiertas gracias al diálogo, si bien no son estrictamente fabricadas por el consenso. El hecho de que ciertas normas sean indispensables para la misma vida social es un indicio externo de que son algo bueno en sí mismo. (Santiago, 2022, p. 78, nota al pie 21).

Santiago enuncia los roles y las características que posee el concepto de dignidad. Sobre lo primero, sostiene que se trata de un concepto jurídico suprapositivo, fundador e inspirador de todo el ordenamiento jurídico nacional e internacional y funciona como “guía insoslayable” para su interpretación y operación. Agrega que tiene incidencia en el modo de interpretar cada derecho y en su debida armonización.

Entiende que es un principio universal y absoluto que no reconoce excepción alguna y que es irrenunciable. Todo daño directo a este principio, todo desconocimiento teórico o práctico del carácter de persona humana de un ser humano es de “lesa humanidad”. Esto es así, prosigue, porque ese desconocimiento lesiona el carácter universal, necesario e inviolable de la dignidad humana y, por eso, se transforma en una ofensa a todo hombre portador intrínseco. No se pueden fijar condiciones de ningún tipo para el ingreso ni decidir la exclusión de ningún ser humano de este estatus propio de persona humana.

Para el autor, no se trata de valor o principio jurídico más, sino una cualidad inherente y propia de todo ser humano, preexistente a todo ordenamiento político y jurídico y que tiene *per se vigore*. La dignidad humana constituye el fundamento final del Estado constitucional de derecho de nuestros días e inspira e ilumina las tareas de creación jurídica del constituyente, del legislador, de las autoridades administrativas y de los jueces del Poder Judicial.

La dignidad humana es caracterizada por Santiago (2022) como universal, personal, igual, eminente, intrínseca e inherente, sustancial y originaria, inviolable e intangible, indisponible e irrenunciable, tanto por la propia persona como por terceros.

En lo que podríamos considerar el fundamento que posee la dignidad humana, encontramos que, para el autor estudiado, tiene un fundamento racional, definitivo, absoluto y trascendente en Dios, fuente de “de toda razón y justicia”. En ese tren, comparte que

intentar borrar a Dios del horizonte humano, del mundo cultural y de la política trae como consecuencia la amenaza del debilitamiento del orden moral y de los motivos auténticos para realizar el bien, la aparición de falsas religiones sustitutivas o de falsos mesianismos de carácter totalitario, como lo ha demos-

trado recientemente la historia del siglo XX, especialmente con el marxismo y el nazismo. (Santiago, 2022, pp. 93-94)

Por otra parte, insiste en que el desprecio de Dios suele llevar inexorablemente al desprecio de la persona humana y de sus derechos fundamentales, ya que, superando toda perversión o tentación fundamentalista, el genuino respeto a Dios y el respeto al hombre van de la mano.

El constitucionalista argentino se aparta de los intentos de fundar el orden jurídico, como proponía Grocio, o el orden ético, como postulaba Kant, o de los actuales intentos de una ética civil, como si Dios no existiera. En cambio, Santiago (2022) adopta la sentencia de Dostoievski: “Si Dios no existe, todo es lícito” (p. 98, nota al pie 63), ya que sin un principio absoluto que funde la moral, esta se debilita hasta desvanecerse. Sin Dios, señala, la ética no es capaz de tener un fundamento último plenamente válido y sólido ni de proporcionar en todos los casos un motivo suficiente para guiar eficazmente la conducta humana hacia el bien y hacer que predomine sobre el propio capricho o interés. Por ello, si la dignidad no se apoya en Dios, el edificio se encuentra erigido sobre arenas.¹⁶

Tenemos entonces que, para el autor, Dios es el fundamento de toda la realidad y, con ello, es el pilar sobre el que descansa la dignidad humana, así como todo el ordenamiento jurídico.

Esta postura adhiere, en sus palabras, a un teísmo no confesional, propio de la doctrina de la laicidad positiva. Clarifica que no corresponde, como proponen Rawls (1993) y Gianni Vattimo (1986), renunciar a concepciones filosóficas o metafísicas para fundamentar la dignidad de la persona humana y quedarnos tan sólo con fundamentos de carácter político. Procede, en cambio, reconocer la dignidad y hasta la sacralidad natural de cada persona humana, más allá de reconocer su racionalidad y la legítima autonomía de lo temporal.

Para Santiago (2022), tiene cabal importancia determinar quién es el sujeto destinatario de la dignidad humana. Por ello, dedica diversos argumentos a desentrañar qué es la persona humana y, en muy prieta síntesis que aquí realizamos, propone definirla o describirla

como un sujeto psico-físico y espiritual, particularmente digno y excelente, portador de un acto de ser propio que lo hace ser único e irrepetible y a la vez de

16 Santiago (2022, p. 93, nota al pie 65) ilustra esta afirmación remitiendo a las palabras de Carlo Casini.

un modo de ser que comparte con los demás seres humanos, situado en un determinado contexto histórico, social, cultural y ambiental en el que está inserto y con el que interactúa para transformarlo, abierto al diálogo, el encuentro, la interacción y la amistad con sus semejantes y con Dios. (p. 104)

La dignidad, afirma, se le reconoce a la persona en mérito a los atributos propios de la persona humana. Conocer ese modo de ser, esos atributos propios, es de gran trascendencia para el derecho, porque allí radica el fundamento de esa dignidad y los contenidos concretos de los derechos humanos que de ella se derivan.

Santiago (2022) considera que la autonomía es uno de los contenidos primarios y fundamentales de la dignidad, pero en modo alguno puede reducirse a ella. En esa línea de pensamiento, razona que

[n]o sería posible que en aras de la protección de la autonomía se pretendiera esclavizarse o consintiera en la propia tortura, actos que claramente atentan contra esa dignidad, fundamento de cada uno de los derechos humanos y pauta decisiva para discernir los contenidos y fronteras de ellos. (p. 220)

Se cuestiona también si la dignidad de la persona se reduce a autonomía moral o, por el contrario, si es la propia dignidad de la persona humana la que fundamenta y encuadra el ejercicio de ese derecho a la autonomía moral, al libre desarrollo de la personalidad humana. Postula que la racionalidad y la libertad traen aparejada la necesidad de respetar y valorar el libre y responsable desarrollo de la personalidad, así como el proyecto de vida de cada persona. Sin perjuicio de ello, reconoce que hay que armonizar “... tanto a nivel personal como social, este derecho básico y fundamental de la persona humana con las exigencias y deberes que por su naturaleza relacional el hombre tiene hacia los demás y hacia los grupos sociales que integra” (Santiago, 2022, pp. 219-222).

Podemos encontrar un punto de encuentro entre una consideración formulada por Alfonso Santiago para ilustrar el valor de la dignidad humana y el “vivir bien” propuesto por Dworkin (2014). Así, el primero acude a una línea extraída de la película *Rescatando al soldado Ryan*, en la que dicho soldado le pregunta a su familia: “Díganme si viví de tal manera que se haya justificado que estas personas hayan entregado por mí su vida”, a lo que Santiago (2022) concluye que la idea de la película es reflejar que “es tanto ese valor que hasta se ‘justifica’ que otras personas entreguen la suya para salvarla” (p. 68, nota al pie 7). Y el segundo identifica (como ya señalamos) el vivir dignamente con el

transitar la vida como un desafío constante que nos demanda estar a la altura de las circunstancias, al punto de vivir como si la vida fuese una obra de arte (Dworkin, 2014, p. 259).

Sin embargo, Santiago (2022) se distancia de Ronald Dworkin al afirmar que el modo kantiano de entender la autonomía no puede ser entendido ni considerado como un ámbito dejado al capricho, a la arbitrariedad, a la irracionalidad, a la pura voluntad. La autonomía moral kantiana, prosigue, es la de un ser racional y portador de una particular y eminente dignidad que no lo autoriza a comportarse de cualquier modo ni a degradarse. Ella impide que otros —pero también la propia persona— se degrade o se convierta en medio o instrumento incluso de sí mismo; tal como fue pensada y concebida por Kant, se trata de una autonomía orientada a la racionalidad, al compromiso, a la mejora moral del propio sujeto.

Finalmente, señala que es relevante que los operadores jurídicos incorporen este concepto amplio de dignidad de la persona humana, no reducida a mera autonomía moral y asumida en clave relativista. Ello, si se es consecuente, no permite la vida social, menos aún su plenitud.

4.7 Jeremy Waldron¹⁷

Desde la óptica de Waldron (2019), aunque se trataría indudablemente de un concepto moral, la dignidad humana tendría relación sobre todo con el derecho: “[C]omo el fundamento de los derechos, como el contenido de ciertos derechos, y quizás incluso como la forma y estructura de los derechos” (pp. 44-45). Por ello, para esbozar una teoría jurídica genuina sobre la dignidad que la reconstruya filosóficamente, no cree que resulte buena idea enfocarse en ella como suele hacerse desde una perspectiva primariamente moral —en el sentido de “extrajurídica”— ni hacerlo desde una perspectiva jurídica restringida al mero dato positivo que ofrecen los instrumentos regulativos sobre el tópico.

El autor considera que el abordaje de este concepto en relación con los derechos humanos puede hacerse con mayor provecho a través de lo que llama —en una indiscutible alusión rawlsiana— “una suerte de equilibrio reflexivo”. Se trata, en otros términos, de no presionar la concreción de los derechos para que se adecuen a nuestra previa conceptualización de la dignidad ni forzar esta última para que se adapte a nuestro compromiso previo con cierta interpreta-

17 Se toma de referencia la obra del autor *Democratizar la dignidad: estudios sobre dignidad humana y derechos* (2019).

ción de algunos derechos. Así, la propuesta consiste en encontrar los aspectos complementarios de un concepto que analíticamente puede parecer ambiguo, pero que se revela más bien complejo por su propia naturaleza multifacética.

En relación con la filosofía de Kant, como lo señala Chávez-Fernández Postigo (2020), Waldron comparte la importancia de la tesis moral respecto a que la persona humana tiene un valor intrínseco y fundamental que se encuentra por encima de cualquier precio y que la hace inmune al negocio propio del intercambio de las cosas, pero critica la referencia sobre todo al valor y no al estatus de rango que exige respeto. El profesor neozelandés critica que para Kant termine mereciendo respecto la capacidad para la moralidad de la persona y no propiamente la persona en sí misma.

Por otra parte, desde la mirada de la dignidad humana de Waldron (2019), no es necesario plantear que la sacralidad de toda vida humana sea consecuencia de la dignidad, pues podría defenderse como un valor independiente y concurrente.

Para este autor, la dignidad humana consiste en un “estatus” o “rango”, actualmente universalizado, que radica en que cada uno pueda tratarse a sí mismo y a los demás con respeto y como fuente de exigencias tanto morales como jurídicas. Así, la dignidad humana se refiere a “un estatus de rango elevado, comparable al rango de la nobleza” (pp. 53-54), asignado ahora igualitariamente y sin discriminación alguna a toda persona humana. De esta forma, pretende evitar caer en los errores de algunas definiciones más bien estipulativas de dignidad —además de las dos reseñadas en el acápite anterior, otra de mucha relevancia para Waldron sería la de Dworkin (2014) en *Justicia para erizos*—, que se apartarían de estos contenidos jurídicos más o menos comunes del término destacados por el autor bajo estudio.

Waldron (2019) apoya su tesis de dignidad como “estatus” poniendo el foco de la dignidad como rol en relación con los derechos, entendidos esta vez como responsabilidades o, sencillamente, como “la forma desde la responsabilidad” (p. 121) que pueden adquirir ciertos derechos. Más allá de que las responsabilidades se entiendan comúnmente como correlatos a los derechos o como límites regulativos a estos, existirían al menos algunos derechos que son en sí mismos responsabilidades.

Además, vincula la idea de dignidad a los roles o cargos que ocupamos en la sociedad para establecer un correlato entre los derechos y responsabilidades de las personas.

Asimismo, postula que si la dignidad humana es un estatus, entonces debe-

mos decir que comprende no solo un grupo de derechos humanos, sino una idea subyacente que explica la importancia tanto de cada uno de estos derechos en relación con nuestra pertenencia a la especie humana como de estar agrupados en un solo conjunto o paquete.

De allí que podamos concluir que, para Waldron (2019), la dignidad no es solo un “estatus” ni tampoco es solo una manifestación a través de los derechos humanos fundamentales, sino que también es una idea (presentada por él como “subyacente”) que nutre de fundamentos a estos derechos y lo hace con base en la humanidad de las personas.

Como bien lo sintetiza Tejeda Barbarito (2022),

Para Waldron la dignidad no es el fundamento de los derechos, sino que más bien, es un status que integra un conjunto de derechos —al igual que obligaciones, incapacidades, entre otras—. A fin de explicar su noción de dignidad remite a la noción antigua de *dignitas*, en virtud de la cual podía distinguirse que la *dignitas* de un noble era diferente a la *dignitas* de un religioso, y la razón era porque los derechos que se encontraban vinculados a cada *dignitas* eran diferentes dado que pertenecían a distintos estatus [...] Waldron enseña que, como la dignidad humana refiere a un status, esta integra un conjunto de derechos y una idea que les otorga sentido unificándolos, y haciendo comprensible la importancia que tienen para los individuos... (pp. 197-198)

Y que el autor americano

... asocia la idea de dignidad a la de ciudadanía romana, la cual conlleva la idea de honor y privilegios propios de ciertos rangos o status, resaltando al mismo tiempo la necesidad de una democratización de dicha concepción para todos los miembros de una sociedad —*an equalization of rank*—. (pp. 200-201)

A lo que concluye que Waldron (2019)

Explica que en el mundo jurídico un status concierne a un conjunto X de derechos, deberes, privilegios, incapacidades, facultades, responsabilidades e inmunidades que son atribuidos a una persona según su situación o condición la dignidad se identifica con una síntesis de derechos, obligaciones, etc., que posee un individuo según la condición o situación en la que se encuentre. (p. 197)

Por otro lado, en busca del fundamento de la dignidad, el referido constitucionalista señala que esta podría ser el resultado de una especie de compromiso con la “representación jurídica” de todos los participantes, “una suerte

de ficción” o “construcción”, en lugar de algo natural. Es posible que por ello no exija un fundamento moral o valor extrajurídico de la dignidad como base para los derechos humanos. Posee una idea “constructivista”, no ontológica, de la dignidad.

Tal como lo reseña Chávez-Fernández Postigo (2020), en lo que refiere a la persona, Waldron (2019) sostiene que solo los humanos poseemos algunos caracteres como la capacidad de sufrir y amar, la de razonamiento abstracto, práctico y moral y la de ser dueños de nuestras propias vidas. Dichas propiedades, en conjunto —aunque sin tenerlas en el mismo grado o incluso sin tenerlas todas—, son propias de un mismo rango y de ellas superviene una “igualdad básica” entre los humanos.

Cuando refiere a la igualdad, Waldron (2019) se cuestiona si es posible alcanzar un concepto secular, sin embargo, se aleja de esta posibilidad. Así, valora críticamente argumentos vinculados con que hemos sido creados igualmente a imagen de Dios, y no cree que resulte sencillo justificar la igualdad humana prescindiendo de todo el andamiaje religioso que logró gestarla y sostenerla históricamente, lo que resultaría indispensable para justificar por qué un principio tan profundo como el de la igualdad básica puede presentársenos como innegociable.

En otros términos de la tesis de los estatus, y en palabras del propio Waldron (2019),

Esta es mi hipótesis: la noción moderna de dignidad humana supone una igualación ascendente de rango, que nos permite ahora intentar otorgarle a cada ser humano algo parecido a la dignidad, rango, y expectativa de respeto que alguna vez se le reconocía a la nobleza. (p. 68)

Este estatus no se define concretamente por el autor, sino que se lo vincula con un determinado grupo de derechos.

La dignidad, para Waldron (2019), es un término que “puede ser usado para designar un estatus elevado de orden jurídico, político y social, y que la idea de dignidad humana da cuenta de la asignación de dicho status a todos” (p. 114, nota al pie 207).

Como lo destaca Elena Beltrán (2017), el autor estadounidense entiende, con John Austin, que cuando hablamos de estatus hacemos una elipsis para indicar un conjunto de derechos y deberes que están juntos por una razón subyacente que explica el conjunto y le da coherencia.

Desde el punto de vista de Waldron (2019), el ideal moral de dignidad no es necesariamente un fundamento extralegal de los derechos humanos y, para su

teoría, el elemento central sobre el que se sustenta la idea de dignidad es fundamentalmente la idea de la igualdad, de asumir un estatus que otorga un rango superior a las personas, que es el rango superior al que da acceso el reconocimiento de los derechos humanos; la novedad con respecto al significado tradicional de dignidad es que ese rango se les otorga a todas las personas por igual.¹⁸

5. Coincidencias y discrepancias

En el presente segmento, nos avocaremos a denotar los puntos de encuentro y los antagonismos existentes de los autores bajo análisis.

5.1 Predominio del fundamento religioso, filosófico kantiano o humanismo secular¹⁹

Alexy (2014) se enrola en una tesis kantiana sobre el concepto de dignidad, en tanto reconoce que estamos en presencia de un concepto altamente complejo que conecta elementos descriptivos o empíricos con otros evaluativos o normativos. El elemento descriptivo mencionado más a menudo es la autonomía, y la formulación más prominente proviene de Kant: “La autonomía es, pues, el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional” (p. 100).

Para Alexy (2014), desde el punto de vista de la teoría moral, Kant tiene razón. Sin embargo, esta adhesión no es incondicionada, sino que, desde el punto de vista de la teoría del derecho, el autor sostiene que una base empírica más amplia parece preferible, pues la protección jurídica de la dignidad humana no se restringe a la protección de la autonomía en el sentido de autolegislación moral, sino que, para el autor, incluye el derecho a existir y el derecho a efectuar

18 En sus palabras: “Las personas no pueden ser intercambiadas o comercializadas. No son una mercancía que se puede transar de esta forma. E incluso si consideramos a todas las personas como portadoras del mismo rango elevado, sería insultante intercambiar el valor imponente de una vida humana por el de otra. La idea de fondo es que el mundo se encuentra habitado por miles de millones de personas que tienen un rango elevado que hace que no sea posible comerciar con ellas. De este modo, tenemos el deber de resolver nuestros dilemas éticos de una manera respetuosa y adecuada con esta dignidad majestuosa que posee cada persona. Y se trata, ciertamente, de una tarea muy compleja para cualquier autoridad pública porque, además de tener que decidir sobre asuntos ordinarios de naturaleza administrativa y de política pública [...], las autoridades deben resolver los dilemas más difíciles que un gobierno debe enfrentar de una manera que sea respetuosa con el valor no fungible y no comerciable que tiene cada persona humana” (Waldron, 2019, p. 248).

19 Cuando aludimos a “predominio”, queremos denotar que se hace foco en aquella base o punto de partida de la dignidad humana que tenga más preponderancia que las otras, sin que por ello se deba interpretar que los autores descartan el resto de fundamentos (v. gr., la totalidad de los autores

elecciones de cualquier clase. En otros términos, se apoya en mayor medida en la moral de Kant, pero va más allá de su autonomía y le aporta una más que fundada impronta personal, que lo diferencia notablemente de Dworkin (2014). Su postura, vale agregar, no tiene ningún fundamento religioso.

Atienza (2022) se inclina por una propuesta que acepta a Kant, en tanto sostiene una concepción amplia de la dignidad humana que, en la tradición kantiana, contiene tanto el imperativo de los fines o de la no instrumentalización de los seres humanos como el de la igualdad y el de autonomía; por ello puede presentarse como el fundamento último de los derechos humanos, de todos ellos.

El autor español se decanta por resaltar las capacidades biológicas distintas del ser humano, la extraordinaria plasticidad de nuestro cerebro, lo que nos hace capaces de poseer sentido o conciencia moral y un razonamiento moral sofisticado. Se aleja diametralmente de un concepto religioso, al punto de ser muy crítico con la Iglesia católica, a la que califica de utilizar el término con fines ideológicos, apoyada en una afirmación que solo tiene sentido para los creyentes.

Barak (2015) se diferencia de quienes siguen una mirada predominantemente kantiana (Alexy, Atienza y Dworkin), al sostener que la racionalidad no es un componente para el modelo propuesto; cada persona, racional o irracional, tiene dignidad humana. Su entendimiento de la dignidad humana está basado en un humanismo-secular, ya que postula un enfoque humanístico-moderno. Este enfoque no está derivado de una aproximación religiosa ni ubica la racionalidad en el centro. Está fundado en el hombre, en vez de en Dios. Sin embargo, el exjuez israelí concede que muchas de sus ideas son dibujadas a partir de enfoques religiosos, y algunas difieren ligeramente de los de la concepción religiosa de la dignidad humana.

Dworkin (2014) se identifica plenamente con una mirada kantiana de la dignidad humana, en tanto afirma que no se puede respetar adecuadamente nuestra humanidad a menos que respetemos la humanidad en otros. El primer principio de la dignidad, reformulado para exponer con claridad el valor objetivo de toda vida humana, se convierte, para Dworkin, en lo que ha llamado “principio de Kant”. A su vez, se denota el enfoque kantiano cuando el filósofo americano, en explicación de sus principios, hace referencia a la vida buena y el buen vivir, es que una persona vive bien cuando percibe y procura una vida buena para sí misma y lo hace con dignidad: con respeto por la importancia de

bajo estudio toman algunos elementos de la teoría de Kant, pero no por ello podemos concluir que tengan una visión predominantemente kantiana de la dignidad humana).

la vida de otras personas y por la responsabilidad ética de estas, así como por la suya propia.

Finalmente, señala que no se trata de derechos políticos ni tienen un fundamento religioso, más bien son derechos preexistentes a la idea misma de una autoridad moral divina. Los propone como derechos contingentes que surgen de la autonomía personal, que obedecen a hechos circunstanciales y valores culturales.

Finnis (1998), en contraposición a los cuatro autores antes referidos (y en concordancia, como lo veremos, con Santiago (2022), su concepto de dignidad humana se apoya con preponderancia en una clara base religiosa. Por ello habla, más allá de diferencias biológicas entre el ser humano y el resto de las especies, de la dignidad humana como valor intrínseco de la persona en virtud de su superioridad, la que a su vez se encuentra dada en virtud del alma racional individual. Su tesis de bienes humanos básicos se fundamenta tanto en proposiciones universales como en inclinaciones naturales.

Para sintetizar en una frase el pilar sobre el que se asienta la concepción “finnisiana” de dignidad, digamos que, para él,

la esencia de los poderes del alma están otorgados a cada individuo completamente (como capacidades radicales, no desarrolladas del todo) desde el comienzo de su existencia en cuanto tal. Esta es la raíz de la dignidad que todos tenemos como seres humanos. (p. 179)

Santiago comparte con Finnis una concepción de la dignidad humana marcada por un predominio de su fundamento en Dios y en la religión. Acude a Tomás de Aquino para compartir que concibe a la persona como *Imago Dei* (imagen de Dios), y entiende que la dignidad tiene su conocimiento teórico, y de su reconocimiento práctico tiene indudables bases cristianas. En lo que podríamos considerar el fundamento que posee la dignidad humana encontramos que, para el autor estudiado, tiene un fundamento racional, definitivo, absoluto y trascendente en Dios.

El constitucionalista argentino se aparta de los intentos de fundar el orden jurídico, o el orden ético, con prescindencia de la existencia de Dios. Por ello, reconoce la dignidad y hasta la sacralidad natural de cada persona humana, más allá de reconocer su racionalidad y la legítima autonomía de lo temporal. Para Santiago, Dios es el fundamento de toda la realidad y, con ello, es el pilar sobre el que descansa la dignidad humana, así como todo el ordenamiento jurídico.

El reconocimiento de la igual e inviolable dignidad de la persona humana es para Santiago el pilar central de todo Estado de derecho y principio fundante de la convivencia nacional e internacional.

Waldron (2019) se encuentra en una postura que podríamos llamar “mixta kantiana religiosa”. Por un lado, parece poseer cierta inclinación hacia Kant, respecto al cual comparte su tesis moral del valor intrínseco y fundamental de la persona humana, que se encuentra por encima de cualquier precio y que la hace inmune al negocio propio del intercambio de las cosas; sin embargo, le critica la referencia al valor y no a la persona misma o al estatus de rango que exige respeto.

Por otra parte, desde la mirada de la dignidad humana de Waldron (2019), no es necesario plantear que la sacralidad de toda vida humana sea consecuencia de la dignidad, pues podría defenderse como un valor independiente y concurrente. Sin perjuicio de ello, en los elementos de su teoría del “estatus”, en la que posee mayor preponderancia la igualdad, no cree que resulte sencillo justificar la igualdad humana prescindiendo de todo el andamiaje religioso que logró gestarla y sostenerla históricamente, y que resultaría indispensable para justificar por qué un principio tan profundo como el de la igualdad básica puede presentárenos como innegociable.

5.2 Concepto relativo o absoluto

Alexy (2014) señala que si la garantía de la dignidad humana fuera absoluta, debería ser considerada como un mandato definitivo, es decir, como una regla. En tanto garantía relativa, tiene el carácter de principio, esto es, el de una norma que requiere ponderación. Con base en ello, postula una dignidad como concepto relativo, que prevalece —o cede— dependiendo de los principios con los que colisione y con el peso que tienen esos principios en el caso concreto, a partir de cuyo resultado dependerá de un juicio de ponderación. Más aún, el autor se aleja del absolutismo cuando afirma que pretende evitar el peligro señalado por Kloepfer (1976) en el sentido de que “una dignidad de la persona que se imponga en todas las circunstancias frente a todos los demás principios constitucionales” reduciría “en última instancia a la garantía de la dignidad de la persona [...] a la defensa contra envilecimientos apocalípticos” (p. 411, como fue citado en Alexy, 1993, pp. 108-109, nota al pie 69).

Barak (2015) adscribe a esta postura, pero con sus particularidades, pues si bien reconoce la dignidad humana como principio fundamental del orden

jurídico (y hasta como fundamento de la democracia), rechaza la opinión de que la dignidad humana es un concepto axiomático o universal. Ello, en tanto entiende que se trata de un concepto relativo, dependiente del contexto histórico, cultural, religioso, social y político. Y reconoce, en plena coincidencia con Alexy (2014), que algunas veces el valor de la dignidad humana choca con otro valor constitucional, en cuyo caso será necesario el balanceo, que deberá hacerse según el peso relativo de los valores en conflicto, y dicha dignidad puede ceder, o no cumplirse enteramente, siempre que la limitación sea proporcional.

Dworkin (2014), en cambio, le asigna a la dignidad el carácter de una verdad objetiva. Si bien es interpretativa, en el sentido de que es producto de una deliberación y desarrollo de las convicciones que han sido compartidas por las personas de una comunidad, el autor concluye resolviendo que solo la dignidad humana determinará el contenido moral de los demás conceptos e interpretaciones de la práctica jurídica. De allí que postule que la libertad, la igualdad y la democracia se derivan de la dignidad humana (en torno al papel de la dignidad en la democracia podemos observar una concordancia entre Barak y Dworkin, aunque se alejen en este punto de relativismo/absolutismo). Esto significa que la dignidad humana es el término absoluto que se convierte en el contenido esencial de todos los derechos fundamentales. Desde esta óptica, supeditada a la filosofía moral, Dworkin (2014) pretende resolver todos los desacuerdos teóricos apoyado en el único principio de la dignidad humana. Sobre esto último, encontramos una discordancia con Barak, en tanto este último es de la opinión de que la ley no puede estar basada en un solo principio, sino en un número de principios, que están en un estado de constante conflicto y deben ser balanceados.

Finnis (1998) concuerda con la absolutidad de la dignidad humana, aunque lo hace con apoyo en distintos fundamentos a los que expone Dworkin, que la dignidad es un término absoluto. La noción de dignidad humana implica, para Finnis, superioridad, así como valor intrínseco y no dependiente. La dignidad conlleva, para el autor australiano, la absolutidad de determinados derechos que hacen a la inviolabilidad de los bienes humanos básicos y opera como un límite deónticamente infranqueable respecto a lo que puede hacerse con el hombre, es decir, opera como un absoluto moral, fijando aquello que no debe hacerse nunca con el ser humano.

Santiago (2022) encuentra concordancia con la posición de Finnis (1998), en tanto se aleja del relativismo al postular que la dignidad es el fundamento en el que debe apoyarse todo sistema político-jurídico. Comparte que no debe

dejarse a consenso del pueblo o de los poderosos de turno ciertos derechos humanos fundamentales, y por ello reconoce a la dignidad como verdad permanente destinada a perdurar a través de las generaciones.

El autor argentino aporta originalidad con su “pentanomio” sobre la dignidad, corporizado en el principio de la “igual e inviolable dignidad de la persona humana”, con la justificación, armonización e irreductibilidad de cada uno de sus elementos. Propone que la dignidad humana es un principio universal, irrenunciable y absoluto que no reconoce excepción alguna, y que cualquier desconocimiento teórico o práctico a este principio fundante constituye una transgresión contra la humanidad.

Atienza (2022) se encuentra en una suerte de medio entre estas dos posturas. Al describir las dos dimensiones de la dignidad propuestas, señala que la dignidad —en cuanto fundamento último de los derechos— constituye el límite de la moral y no puede ceder frente a ninguna otra exigencia (las razones basadas en la dignidad son absolutas). Por otro lado, y esto es lo que nos lleva a colocarlo en una suerte de posición media entre el absolutismo y el relativismo, postula que, en la dimensión en la que la dignidad se traduce en derechos fundamentales concretos, los derechos basados en la dignidad sí pueden ser ponderados con otros (la libertad de expresión, ejemplifica, puede prevalecer frente al honor o la intimidad); sin embargo, nobleza obliga agregar que el autor español afirma a continuación que el término “dignidad” no parece usarse para referirse a los derechos que derivan específicamente de la dignidad; en ese sentido, puede decirse entonces que la dignidad opera como límite absoluto en relación con los derechos de igualdad y de libertad, colocando a la primera en un lugar de privilegio respecto a estas dos últimas.

Por otro lado, en busca del fundamento de la dignidad, el referido constitucionalista señala que esta podría ser el resultado de una especie de compromiso con la “representación jurídica” de todos los participantes, “una suerte de ficción” o “construcción”, en lugar de algo natural. Es posible que por ello no exija un fundamento moral o valor extrajurídico de la dignidad como base para los derechos humanos. Posee una idea “constructivista”, no ontológica, de la dignidad.

Waldron (2019) presenta dificultades para ser encasillado en el relativismo, en el absolutismo o en el centro de ambas. Decimos esto desde el momento en que, con su propuesta de la dignidad como estatus y como idea subyacente que fundamenta la importancia de los derechos humanos, se ocupa de señalar que esta podría ser el resultado de una especie de compromiso con la “representa-

ción jurídica” de todos los participantes, “una suerte de ficción” o “construcción”, y no una situación que responda a la naturaleza o esencia de las cosas. Adscribe con ello a un “constructivismo”²⁰ de la dignidad humana, con lo cual podríamos descartar, al menos en principio, que Waldron adhiera a un concepto absoluto de dignidad —es más, este se aleja de todo tipo de moralidad objetiva que subyazca al fundamento de los derechos—, pero no podríamos aseverar que se incline por el relativismo del concepto, que posibilite que la dignidad ceda ante otro derecho ni que ofrezca elementos de ambos en una misma teoría (como lo hace Atienza, 2022).

Tal como lo denota Tejeda Barbarito (2022), Waldron (2019) concuerda con Dworkin (2014) en cuanto a que existen desacuerdos sobre cuál es la mejor interpretación de los derechos, sin embargo, se distancia de este al no efectuar un juicio de valor sobre la verdad o falsedad de las concepciones construidas, puesto que para él no existe una epistemología para cerciorarlo y solo un procedimiento democrático equitativo de toma de decisiones permite abordar tales discrepancias de un modo legítimo.

5.3 Roles de la dignidad humana

En este punto, podemos encontrar concordancias de Barak, Dworkin y Santiago en resaltar (por diversos fundamentos) a la dignidad como pauta de interpretación, como guía insoslayable para la interpretación, aplicación y armonización del orden jurídico legal y constitucional. No solo eso, sino que, para Santiago (2022), la dignidad humana inspira el orden jurídico constitucional, a la vez que ilumina la función de los legisladores y jueces. En similar sentido, Finnis (1998) postula que la dignidad se direcciona a la ordenación de los derechos a un conjunto de bienes humanos básicos, que constituyen los aspectos centrales de la plena realización humana, y considera que esta opera como límite de lo que puede hacerse con la persona.

Alexy (2014) y Atienza (2022) coinciden, aunque con sutiles diferencias, en postularla como “concepto puente” y “término de enlace”, respectivamente. El primero explica que se trata de un concepto que vincula un concepto empírico o descriptivo (persona) con otro normativo o evaluativo (derecho a ser tomado en serio en cuanto persona). El segundo, afirma, se trata de un término usado para dos funciones básicas: para decir que determinadas entidades poseen dig-

20 Para el constructivismo, la realidad es “inventada” por quien la observa.

nidad y para adscribir determinadas consecuencias normativas o valorativas a dichas entidades.

Por su parte, Waldron (2019) refiere al rol de la dignidad en relación con los derechos, entendidos esta vez como responsabilidades. También la vincula con los roles o cargos que ocupamos en la sociedad para establecer un correlato entre derechos y responsabilidades. En Waldron, la dignidad ocupa un papel de “idea subyacente” que explica la importancia de cada uno de los derechos.

5.4 Autonomía, libertad, igualdad o dignidad²¹

Alexy (1993) podría identificarse, en líneas generales, con la autonomía, pero su teoría presta especial atención a la libertad, puntualmente a la “libertad negativa”, por lo que podríamos sostener que es la libertad (como manifestación de la autonomía) la que predomina en su concepción.

Atienza (2022) propone que la dignidad, la igualdad y la libertad son parte de una misma noción, sin embargo, coloca a la primera en un escalón por encima del resto.

Para Barak (2015), la dignidad es mucho más que igualdad, libertad y autonomía, pero entendemos que hace foco en esta última con una mirada particular que se aleja de la autonomía kantiana como racionalidad, ya que extiende el manto de la dignidad a toda persona dotada o privada de la razón.

Dworkin (2014) hace foco en la dignidad, sin embargo, la presenta a través de sus dos principios, autenticidad y autorrespeto, que traducen una mirada —tal vez más completa— de la autonomía.

Finnis (1998) y Santiago (2022) no identifican, siquiera indirectamente, a la dignidad humana con la autonomía, la libertad o la igualdad, sino que la encuadran en un segmento distinto y superior, informador de los otros.

Finalmente, la dignidad —según Waldron (1999)— le confiere un rol preponderante a la igualdad, el de asumir un estatus que les otorga un rango superior a las personas, y este estatus les da el acceso a las personas al reconocimiento de los derechos humanos.

21 Aquí opera la misma salvedad formulada respecto del punto 5.1, es decir, qué predomina en cada pensamiento autoral, con el adicional de que no se pretende reducir la concepción de dignidad de estos a un solo concepto, sino solo señalar, conforme nuestra interpretación, qué tiene mayor protagonismo en su teoría.

6. Conclusiones

Tal como se propuso al introducir esta investigación, se ha buscado desentrañar, de la forma más fiel posible, la concepción de la dignidad humana para los autores analizados. El desarrollo de sus miradas nos permitió adentrarnos en los fundamentos en los que apoyan la noción de dignidad humana. Además de ello, pudimos denotar cuáles son los enfoques a partir de los cuales se aproximan a dicha noción e ilustrar los roles que estos le asignan a la dignidad.

El sucinto detalle de la concepción de la dignidad posibilitó la identificación de puntos de encuentro y discrepancias. Este ejercicio comparativo nos condujo a dejar sentados: a) los fundamentos (kantianos, teológicos o seculares) en los que predominantemente apoyan su idea de dignidad; b) si se trata de un concepto relativo o absoluto; c) cuáles son los papeles que está llamada a cumplir la dignidad; y d) qué valor aparece como preponderante en sus teorías.

La investigación coetánea de estos autores, y la contrastación de sus pensamientos sobre la dignidad humana, nos demuestran un claro impacto en el mundo jurídico, con base en qué postura se adopte. Es decir, más allá de la teoría volcada por los destacados autores, todos sus fundamentos implican que la adopción de los distintos cauces presentados desembocará en un desenlace distinto en el reconocimiento (o desconocimiento) de determinado derecho.

Esta reflexión se hace mucho más evidente en situaciones extremas vinculadas con el campo de la bioética, de las personas por nacer o de los potenciales destinatarios de la eutanasia. En ese tren, podemos inferir que la concepción de la dignidad humana seguida por aquellos autores que la identifican con la autonomía racional (como Alexy, Atienza o Dworkin) le darán una solución distinta a un paciente sin perspectiva de cura que aquellos que conciben la dignidad mucho más allá de la autonomía (Finnis y Santiago) o aquellos que, aún enfocados en la autonomía, la eximen del requisito de la racionalidad (o la voluntad) y extienden el manto de la dignidad a personas que no las poseen (Barak).

En el caso de la persona por nacer y el aborto, cobrará además relevancia la noción de dignidad, que entiende que, desde la concepción, la persona posee un alma que la hace superior y excelente (Finnis y Santiago); otros entenderán que ello no es así, pues dependen de que la persona esté en condiciones de respetar los derechos del otro y, por tanto, cuente con autonomía (Dworkin), o que quienes critiquen el argumento de los primeros por considerar que es un uso ideológico de la religión (Atienza) y que, en todo caso, deberá evaluarse si la plasticidad del cerebro o las condiciones físicas biológicas del sujeto por nacer cumplen con los estándares de humanidad (también Atienza); otros postularán

que lo importante es el “estatus” que se le asigne al nonato, y ello, a su vez, será consecuencia de la construcción o “invención” que se haga en un determinado tiempo y lugar (Waldron); finalmente, otros propondrán que deberá sujetarse a los principios con los que colisione en esa situación, siendo necesario un balanceo o juicio de ponderación (Alexy).

Es imperioso reconocer la relevancia que posee el sujeto destinatario de la dignidad humana, que es un término abordado por los distintos autores bajo la incógnita de “¿qué es persona?”. Esa pregunta hace nacer argumentos desde la mirada de los autores, que nos aportan luz a aquellos problemas prácticos que se suscitan en la realidad.

Es menester señalar que estos debates merecen un minucioso desarrollo que excede a los objetivos de esta investigación. No por ello queremos dejar de señalar la trascendencia práctica de las posturas que aquí analizamos.

Aunque exista mayor o menor discordancia en las bases, los fundamentos, el concepto, los roles, el alcance y los destinatarios de la dignidad, los siete autores contemporáneos concuerdan en un hecho puntual: *la dignidad humana es una noción elemental para el orden jurídico, con un rol sobresaliente en el destino de las personas.*

Bibliografía

- Ackermann, L. (2012). *Human Dignity: Lodestar for Equality in South Africa*. Juta.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2014). La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad. *Parlamento y Constitución*, (16), 9-27. https://parlamentoyconstitucion.cortescm.es/recursos/articulos/PyC16_Alexy_Dignidad.pdf.
- Atienza, M. (2022). *Sobre la dignidad Humana*. Trotta.
- Barak, A. (2015). *Human Dignity – The constitutional Value and the Constitutional Right*. Cambridge University Press.
- Beltrán, E. (2017). La dignidad humana: entre el derecho y la moral. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Edición Especial: Homenaje a Francisco Laporta y Liborio L. Hierro, (extra 39).
- Chávez-Fernández Postigo, J. (2020). Waldron y la dignidad: el problema del fundamento de los derechos humanos. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Perú*, (8), 247-276.
- Darwall, S. L. (1977). *Two Kinds of Respect*. *Ethics* (Vol. 88). The University of Chicago Press.
- De Rosas Andreu, J. (2019). Una mirada a la evolución del concepto de Derecho y la fractura de la “novela en cadena” en Ronald Dworkin. *Revista de la Facultad de Derecho*, (47). http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2301-06652019000202110.

- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Ariel.
- Dworkin, R. (1992). *Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia and Individual Freedom*. Vintage Books.
- Dworkin, R. (2014). *Justicia para erizos*. Fondo de Cultura Económica.
- Enders, C. (2010). A Right to Have Rights – The concept of human dignity in German Basic Law. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e teoria do Direito*, 2(1). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5007582>.
- Finnis, J. (1998). *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*. Oxford University Press.
- Finnis, J. (2011). *Limited Government*. Human Rights and Common good-III- Collected Essays. Oxford University Press.
- Francisco. (2020). Carta Encíclica *Fratelli Tutti* del Santo Padre: sobre la fraternidad y la amistad social.
- Guerra López, R. (2003). *Afirmar la persona por sí misma*. Comisión de los Derechos Humanos.
- Kant, I. (1996). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Ariel.
- Kelsen, H. (1967). *Pure Theory of Law*. California University Press.
- Kloepfer, M. (1976). Grundrechtstatbestand und Grundrechtsshranken in der Rechisprechung des Bundesverfassungsgerichts – dargestellt am Beispiel der Menschenwürde. En Starck, C. (Ed.), *Bunderversfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aous Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*. Mohr.
- Laferriere, J. N. y Lell, H. (2020). Hacia una sistematización de los usos semánticos del concepto de dignidad humana en la protección internacional de derechos humanos: una revisión doctrinaria. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (43), 129-167.
- Macklin, R. (2003). Dignity is a useless concept. *BMJ*, 2003(327), 1419. <https://www.bmj.com/content/327/7429/1419.full>.
- Massini-Correas, C. I. (2020). *Dignidad Humana, derechos humanos y derecho a la vida. Ensayos sobre la contemporánea ética del derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Massini-Correas, C. I. (2023). *Consideraciones filosóficas sobre el principio jurídico de dignidad humana*. *Ius Publicum*, (50), 13-29.
- Maritain, J. (1975). Introducción. En Carr, E. H., Croce, B., Gandhi, M., Huzley, A., De Madariaga, S., Maritain, J. y De Chardin, P. T., *Los derechos del hombre*. Laia.
- Pinker, S. (28 de mayo de 2008). *The stupidity of dignity*. *The New Republic*. <https://newrepublic.com/article/64674/the-stupidity-dignity>.
- Rawls, J. (1993). *Teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura Económica.
- Santiago, A. (2022). *La dignidad de la persona humana. Fundamento del orden jurídico nacional e internacional*. Ábaco.
- Santiago, A. y Ruhl, L. (2023a). A 75 años de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. *El Derecho, Diario de doctrina y jurisprudencia*, (15604).
- Santiago, A. y Ruhl, L. (2023b). 75° Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos. *La Ley*, 2023-F. AR/DOC/2966/2023.
- Story, J. (2020). *Comentarios sobre la Constitución Federal de los Estados Unidos* (Tomo II). DAS Editor.
- Tejeda Barbarito, E. (2022). *La legitimidad del control de constitucionalidad en un sistema democrático de gobierno en el pensamiento de Jeremy Waldron y Roland Dworkin* (Tesis doctoral). Facultad de Derecho, Universidad Austral, Buenos Aires.

- Tomás de Aquino. (2014). *Summa de Teología*. Biblioteca de Autores Cristianos.
- Vargas del Carpio, A. M. (2016). *La concepción "unitaria" del Derecho y la dignidad en Dworkin*. XII Jornadas Internacionales de Derecho Natural, Facultad de Derecho, Universidad Católica Argentina. <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/3052/1/concepcion-unitaria-derecho-dignidad-vargas.pdf>.
- Vattimo, G. (1986). *El fin de la modernidad. Nihilismo y hermenéutica en la cultura posmoderna*. Gedisa.
- Von der Pfordten, D. (2020). *Dignidad humana*. Atelier.
- Waldron, J. (2019). *Democratizar la dignidad: estudios sobre dignidad humana y derechos*. Universidad Externado de Colombia.
- Wittgenstein, L. (1969). *Philosophische Untersuchungen*. Francfort del Meno.

ALGUNAS CUESTIONES SOBRE EL FIN DE LA VIDA, LA EUTANASIA Y LA ALIMENTACIÓN E HIDRATACIÓN EN PACIENTES EN ESTADO VEGETATIVO

Franco Andrés Melchiori

Universidad Austral
fmelchiori@austral.edu.ar

Recibido: 16/02/2024

Aceptado: 13/05/2024

Resumen

El fin de la vida suscita diversas cuestiones desde el punto de vista jurídico; algunas muy importantes son abordadas en este trabajo. Se sostiene que no existe un “derecho a la muerte”, sino un “derecho a vivir dignamente hasta el último instante”. Ello implica el reconocimiento de la dignidad ontológica de toda vida humana. Es la misma dignidad la que le otorga al paciente el derecho de rechazar algunos tratamientos médicos aun ante la perspectiva de la muerte. Pero tal derecho no es absoluto, tiene límites en la misma dignidad y la eutanasia es una práctica que excede dicho límite. Para juzgar sobre la licitud del rechazo a un tratamiento, es esencial el principio de proporcionalidad. Tanto la prohibición de la eutanasia como el principio de proporcionalidad están recogidos en la legislación argentina, aunque la técnica legislativa obligue a un especial esfuerzo interpretativo. De la redacción de las normas podrían surgir dudas sobre el caso de la alimentación y la hidratación en un paciente en estado vegetativo. La solución a tal cuestión es que el estado vegetativo no es un estado terminal y, además, la alimentación y la hidratación no pueden ser retiradas, salvo cuando no cumplan su función o produzcan complicaciones en el estado del paciente.

Palabras clave: dignidad humana, derecho a la vida digna, eutanasia, derechos de los pacientes, estado vegetativo, alimentación e hidratación.

Some Issues on End of Life, Euthanasia, and Nourishment and Hydration in Vegetative-State Patients

Abstract

The end of life raises various questions, some of the most important of which are addressed in this paper from a legal perspective. This paper argues that there is no “right to die,” but rather a “right to live with dignity until the last moment.” This implies the recognition of the ontological dignity of every human life. It is the same dignity that grants patients the right to refuse some medical treatment, even in the face of death. But this right is not absolute; it is limited by dignity itself, and euthanasia is a practice that exceeds this limit. The principle of proportionality is essential for judging the legality of refusing treatment. Both the prohibition against euthanasia and the principle of proportionality are enshrined in Argentine legislation, even if the legislative technique requires a special interpretative effort. The wording of the regulations could raise doubts about the case of nourishment and hydration of a vegetative-state patient. The solution to this issue is that the vegetative state is not a terminal state, and furthermore, nourishment and hydration can only be suspended when they no longer fulfill their functions or cause complications in the patient’s condition.

Key words: human dignity, right to a dignified life, euthanasia, patient rights, vegetative state, nourishment and hydration.

1. Introducción¹

El hecho de la muerte se ha estudiado desde diferentes ámbitos: filosóficos, teológicos, psicológico, etc.² Abordar la temática en su complejidad permite comprender la naturaleza del sujeto que es centro del derecho, sujeto cuya dignidad ontológica no admite grados —se es digno o no— y va unida a su misma existencia —basta con existir como tal para ser digno—.

1 Agradezco al Dr. Agustín Silberberg por su asesoramiento para la realización de este trabajo.

2 En 2006, la Pontificia Academia de las Ciencias convocó a un grupo especial de científicos de diversas ramas del saber y tradiciones filosóficas y científicas para debatir, desde diversas perspectivas, asuntos relacionados con la muerte. El grupo estaba conformado por: A. Battro, J. L. Bernat, M. G. Bousser, N. Cabibbo, Cardenal G. Cottier, R. B. Daroff, S. Davis, L. Deecke, C. J. Estol, W. Hacke, M. G. Hennerici, J. C. Huber, Cardenal A. López Trujillo, Cardenal C. M. Martini, J. C. Masdeu, H. Mattle, J. B. Posner, L. Puybasset, M. E. Raichle, G. Rocchi, A. H. Ropper, P. M. Rossini, M. Sánchez Sorondo, H. Schambeck, E. Sgreccia, A. Shewmon, R. Spaemann, P. N. Tandon, R. Vicuña, E. F. M. Wijdicks, A. Zichichi. En el foco de los temas tratados estuvo el criterio para la determinación de la muerte. Una de las opiniones más generalizadas fue que el criterio de muerte encefálica (o cese total e irreversible de todas las funciones cerebrales) corresponde a una etapa fisiopatológica más evolucionada respecto al criterio cardiorrespiratorio, por lo que se podría decir que es más exacto si se comprueba por medios certeros de diagnóstico. La obra es muy interesante y, a lo largo de unas 500 páginas, se proponen trabajos y se debate sobre ellos (Working Group on the Signs of Death, 2007). Véase, por mencionar otro ejemplo, el análisis multidisciplinar que efectúa el Dr. Smith en la voz “muerte” de la *Enciclopedia Jurídica Omeba* (Smith, 1964, pp. 932-936).

En este marco, la muerte es vista como “cesación o término de la vida”.³ Frente a la muerte, lo determinante es aquello que concluye: la vida. El primer párrafo de la Declaración *Dignitas Infinita* expresa la siguiente verdad: “Una dignidad infinita, que se fundamenta inalienablemente en su propio ser, le corresponde a cada persona humana, más allá de toda circunstancia y en cualquier estado o situación en que se encuentre” (Dicasterio para la Doctrina de la Fe, 2024, párr. 1º). Y, de tal premisa, extrae la conclusión que impacta necesariamente en el mundo jurídico: “Este principio, plenamente reconocible incluso por la sola razón, fundamenta la primacía de la persona humana y la protección de sus derechos” (párr. 1º).

Proteger la dignidad ontológica que existe en toda vida humana hasta su último instante es una tarea de todos, también de los operadores jurídicos, a quienes va dirigido principalmente este trabajo. Esa perspectiva configuró el desarrollo y la profundidad que se le ha dado a cada uno de los tópicos tratados —la metodología empleada, el desarrollo heurístico, etc., incluso los ejemplos utilizados para concretar las proposiciones hechas—.

Las cuestiones analizadas versan principalmente sobre la eutanasia y la posibilidad del paciente de rechazar ciertos tratamientos, su extensión, sus límites. La perspectiva de la investigación obliga a comenzar con la explicación sobre la inexistencia de un “derecho a la muerte”, tanto en sí mismo —como derecho autónomo— como integrante del contenido esencial de otro derecho (apartado 2). En el mismo apartado, al final, se aborda breve y parcialmente la cuestión de la validez, la libertad y la actualidad del consentimiento. Es un asunto de difícil solución frente a cualquier decisión al respecto, pero que afecta especialmente la postura de quienes afirman que una persona puede solicitar que otro termine activamente con su vida, así como que una persona puede solicitar la omisión o el retiro de cualquier tratamiento médico sin el límite que impone el principio de proporcionalidad.

Al finalizar el marco general, se profundiza en el concepto de eutanasia, se dan ejemplos para facilitar su comprensión y se explicitan algunos argumentos que fundamentan la oposición a que un ordenamiento jurídico considere la eutanasia como una acción justa (apartado 3).

En el apartado siguiente se interpretan las normas argentinas específicamente involucradas en la temática, tomando como centro el inciso e) del artículo 2º de la ley 26529, conocida como Ley de los Derechos de los Pacientes (en

3 Esta es la definición que surge del *Diccionario de la lengua española* (Real Academia Española, 1992, s. v. Muerte). Es una muy extendida.

adelante, LDP), que recoge la facultad del paciente de rechazar determinados procedimientos, y el artículo 11, que concreta dicha facultad del paciente en relación con las directivas médicas anticipadas.

Antes de las conclusiones, a los fines de profundizar en algunas de las dudas que podrían surgir en relación con la interpretación propuesta del ordenamiento jurídico argentino, se dedica un apartado (5) a analizar, en el marco de lo expuesto hasta el momento, el particular caso de la alimentación y la hidratación en pacientes en estado vegetativo.

2. No existe el “derecho a la muerte digna”, sino a “vivir dignamente hasta el último instante”

2.1 No existe ni puede existir un derecho a la muerte

El título de este apartado no expresa una cuestión puramente teórica ni una controversia sobre el mejor modo de expresar en palabras la misma realidad. No se trata solamente de un modo de hablar, sino también de un modo de pensar la situación, humana y jurídicamente. Es importante centrarse en la vida y su dignidad, porque es lo que mantiene en su existencia al ser humano y es lo que el derecho valora, protege y promueve. Solo desde esa perspectiva podrán tomarse decisiones justas.

Cabe preguntarse entonces, ¿de qué se habla cuando se hace referencia a un “derecho a una muerte digna? Según Montero (2001), quien fuera presidente del Instituto Europeo de Bioética, “es un eufemismo que se utiliza para designar el ‘derecho a que otro nos dé muerte’. Bajo el legítimo pretexto de rechazar el empeño terapéutico, la expresión estigmatizada avala el hecho positivo de matar a alguien”. A continuación, el mismo autor aclara, “es evidente que este caso no puede asimilarse al hecho de dejar que la muerte acontezca, sin poner en práctica medios inútiles y desproporcionados con el único fin de prolongar una vida abocada a la muerte” (pp. 28-29).

Sí existe, por otro lado, un derecho “a morir con dignidad”. El proceso hacia la muerte biológica debe ser acompañado de tal forma que se le permita al paciente vivir con dignidad hasta el último instante. Sin embargo, ello está muy lejos de un “derecho a la muerte” que implique la posibilidad para el paciente de exigir que se le cause la muerte (por acción u omisión).⁴

4 Etienne Montero (2001) también hace referencia a esta importante diferencia y aclara: “A toda persona le asiste efectivamente el derecho a morir con dignidad. Nadie lo pone en duda. El derecho a una verdadera muerte digna conlleva una serie de prerrogativas: el derecho del enfermo a mantener

Se dice que no existe un “derecho a la muerte digna” por diversas razones.⁵ En primer lugar, no hay consagración expresa de un derecho a la muerte. No existe en nuestro ordenamiento jurídico una norma que lo recepte, tampoco implícitamente. Incluso la mal llamada ley de “muerte digna”, modificatoria de la Ley de los Derechos del Paciente, nunca menciona ese concepto y, por el contrario, se centra en la dignidad del paciente y el cuidado de su vida hasta el último instante, poniendo especial énfasis en acciones no eutanásicas y en rechazar expresamente la eutanasia.

En segundo lugar, tampoco podría decirse que sea parte del contenido esencial de algún otro derecho sí reconocido de modo expreso o implícito. Es claro que no podría ser parte del contenido esencial del derecho a la vida, pues el objeto de protección del derecho no puede incluir la protección, a la vez, de su opuesto, de su ausencia o destrucción.

Tampoco podría afirmarse que existe un “derecho a la muerte” que forme parte del contenido esencial del derecho a la privacidad o a la autodeterminación de la propia vida (libertad en relación con cómo vivirla). El derecho a la privacidad y el derecho a la autodeterminación de la propia vida no confieren un derecho concreto a cada acto que la libertad humana, fácticamente hablando, permite ejercer. Implican esencialmente la no injerencia externa frente a la toma de decisiones; siempre, además, que tales decisiones “de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero” (art. 19 de la Constitución Nacional [CN]). Como dice Ollero (2001), “la gama de calificaciones que puede merecer una conducta es más amplia que la que marcaría un forzado dilema ‘o delito o derecho’”, y más adelante concluye: “No tenemos derecho, en sentido propio, a hacer todo lo no prohibido. Simplemente podremos hacerlo de hecho, sin que de ello deriven respuestas obligadas por parte del ordenamiento jurídico” (p. 50).⁶ El derecho a la autodeterminación y

un diálogo abierto y una relación de confianza con el equipo médico y su entorno; el derecho al respeto de su libertad de conciencia; el derecho a saber en todo momento la verdad sobre su estado; el derecho a no sufrir inútilmente y a beneficiarse de las técnicas médicas disponibles que le permitan aliviar su dolor; el derecho a decidir su propio destino y a aceptar o rechazar las intervenciones quirúrgicas a las que le quieran someter; el derecho a rechazar los remedios excepcionales o desproporcionados en fase terminal. Por el contrario, el presunto derecho a que el médico ‘ponga fin a su vida’ es de muy distinta naturaleza” (p. 29).

5 Algunos de los argumentos aquí esbozados han sido expuestos de modo similar en el trabajo de Sapag (2010, pp. 176-177).

6 Por su parte, Velasco Suárez (2021) explica claramente estas ideas afirmando que “no todo lo que no es delito está permitido” (hay prohibiciones en normas que no son de naturaleza penal) y “no todo lo permitido es un derecho” (p. 148). El contenido de esta segunda afirmación se podría sintetizar

el derecho a la privacidad, por sí mismos, no implican el derecho sobre un acto concreto, por lo que es falaz pretender transformar toda conducta privada en un derecho (Sapag, 2010, pp. 176-177).

Que el derecho a la autodeterminación no implica por sí mismo un derecho a la muerte lo han dicho diversos tribunales a lo largo del mundo. La Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos⁷ y la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires⁸ son algunos ejemplos.⁹ Los tribunales mencionados no

de la siguiente manera: lo que no está prohibido por ninguna norma (ni penal, ni administrativa, ni afecta derechos de terceros, etc.) está permitido (art. 19 de la CN); pero no todo lo no prohibido es un derecho, en el sentido de *lo suyo de cada uno*, que los demás deben y que el titular puede exigir. El autor afirma que una conducta contraria a la naturaleza humana no puede ser un derecho, aunque a veces pueda ser tolerada (Velasco Suárez, 2021, pp. 148-150).

- 7 Ver los casos *Cruzan vs. Director, Missouri Department of Health* (497 U.S., 261 (1990)), *Washington v. Glucksberg* (521 U.S., 702 (1997)) y *Vacco v. Quill* (521 U.S., 793 (1997)). Ver el detenido análisis de los últimos dos que realiza Gorsuch (2006, pp. 8-18) y un análisis desde una mirada especial que hace Zambrano (2005a, pp. 185-211).
- 8 Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, S., M. d. C. S/*Insania*, 09/02/2005, disponible en la página oficial <https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=25576>. En este pronunciamiento, los jueces Pettigiani, Hitters, Negri y —menos claro, pero es lo que podría desprenderse de su voto— Kogan negaron la existencia en el ordenamiento argentino de un derecho a disponer de la propia vida. Ver el detenido análisis del caso que hace Zambrano (2005b, p. 265). El primero de los magistrados dijo expresamente: “La existencia de un pretendido ‘derecho a la muerte’ no puede ser sostenida si se lo entiende como la consagración de una voluntad caprichosa de poner fin a la propia vida” (ver los últimos párrafos del ap. c) de su voto).
- 9 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirma que no surge de las normas aplicables que el derecho a la autodeterminación incluya como derecho exigible para ser reconocido por todos los Estados de la Unión Europea el derecho a decidir en cualquier circunstancia que se le provoque la muerte, por eso no ve la despenalización de todas las prácticas eutanásicas o asistencia al suicidio como algo exigible a los estados (cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Pretty vs. United Kingdom*, 29/04/2002, ap. 39, síntesis disponible al 25 de diciembre de 2023 en: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%7B%22002-5380%22%7D%7D>). Esta idea fue sostenida en otros pronunciamientos, pero siempre adaptada al caso concreto, por lo que ha confirmado la adecuación al derecho aplicable de legislaciones estatales muy diversas. A pesar de las dificultades para comprender su proceder, coincidimos con Cañamares Arribas (2016), que afirma que, para el tribunal europeo, la “eventual vinculación [del derecho a recibir asistencia para morir] con algún derecho fundamental tiene un carácter derivado que no se traduce directamente en la obligación de los estados de ayudar a los ciudadanos a terminar con su vida” (p. 353). Cámara Villar (2021, p. 459), por su parte, y haciendo suya la opinión de Carmen Tomás-Valiente, sostiene que para el tribunal no existen en el convenio razones suficientes para obligar a la despenalización de la eutanasia y el suicidio asistido a los Estados firmantes, sino que el tribunal deja librada la cuestión al “margen de apreciación” de cada uno, margen en el que puede incluirse tanto la penalización como la despenalización siempre que el Estado muestre el cuidado debido por sus ciudadanos de su derecho a la vida. El Tribunal Constitucional de España, por su parte, se pronunció numerosas veces al respecto. Siempre ha afirmado que no existe un “derecho a la propia muerte” (ver, por ejemplo, STS 120/90, del 27 de abril de 1990, y STC 19/2023, del 22 de abril de 2023). La jurisprudencia anterior entendía que tampoco existía por parte del paciente un “derecho a decidir sobre su propia muerte” (algo distinto al “derecho a la propia muerte”), pero en el año 2023 lo ha entendido así en una sentencia

consideran que tal derecho exista por diversos motivos, incluso otros operadores jurídicos que piensan en la misma línea aportan sus propios argumentos, pero no abundaremos más al respecto.¹⁰

Por otro lado, si se supusiera que el mentado “derecho” o “libertad” de decidir siempre cómo y cuándo morir existiera —que, repito, no puede existir—, esa “libertad” no podría incluir la potestad de exigir que otro me mate, por acción u omisión. Es decir, si existiera, podría incluir la posibilidad del suicidio, pero no del suicidio asistido ni de la eutanasia, activa o pasiva. Si yo pudiera exigir una conducta de un tercero, me estaría inmiscuyendo en la libertad de otro. Siendo más concreto, si existiera la mencionada “libertad”, permitiría que una persona pueda dejar de alimentarse a sí misma, pero no la potestad de exigir al personal médico que no la alimente, por ejemplo, o evite poner los medios terapéuticos ordinarios. En estas últimas situaciones intervienen terceros. Allí, la distinción entre mera libertad y derecho es determinante. Lo importante es no dar erróneamente el salto de “no está prohibido” (que, repito, el Estado intenta evitarlo y resguardar la dignidad) a “tengo derecho a que me asistan para el suicidio, a que me apliquen una inyección letal”.

Según lo dicho hasta hora, el derecho a la propia muerte no existe, ni en sí

criticada y con disidencias. En la sentencia citada del 27 de abril de 1990 se dijo que el derecho a la vida tiene “un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho a la libertad que incluya el derecho a la propia muerte (...) la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir”.

- 10 Sambrizzi (2005, caps. IV y V) tiene dos capítulos en su obra (unas 50 páginas) titulados “Sobre la inexistencia de un derecho a disponer voluntariamente de la propia vida” (en el segundo de los capítulos se agrega la abreviatura “Cont.”), en los que desarrolla los argumentos a favor, rebatiéndolos, y en contra de una posible existencia de un derecho a disponer voluntariamente de la propia vida. Montero (2001), por su parte, afirma que la “tesis de la autonomía” requiere tres condiciones que expresa a modo de preguntas: “1º) ¿Es realmente la petición de eutanasia la expresión de la voluntad profunda del paciente? 2º) ¿El médico cree estar justificado para practicar la eutanasia únicamente o fundamentalmente en los casos en que el paciente así lo pide? 3º) ¿Es exacto decir que la legalidad de la eutanasia recae exclusivamente sobre los interesados, sin implicar al resto de la sociedad?” (p. 34). Luego responde a cada una de ellas demostrando que, si esas son las condiciones, no se cumplen, por lo que la aplicación de la tesis no podría darse. Ninguna de las condiciones puede afirmarse que se cumpla con la seguridad que requiere una decisión fatal. Sobre la segunda, además, aporta una importante luz: cuando es el médico el que tiene que juzgar y la ley ha elegido supuestos en los que la petición se puede considerar, lo que subyace en realidad no es que la autonomía del paciente define el fin de la vida, sino una valoración subjetiva de la dignidad de una vida, frente a la cual no me parece injusto causar un deceso. Se trata, en el fondo, no de la autonomía en sí, sino de la pérdida del valor de la dignidad de toda vida. A las tres condiciones agrega otras críticas generales, tales como que la pretendida autonomía es falsa, en tanto dependemos de otros para ejercitarla (argumento que, desde otro punto de vista, se desarrolla en el párrafo siguiente) (Montero, 2001, pp. 33-36).

mismo ni como parte del contenido esencial de un derecho reconocido. Pero ¿podría existir? Parece que no podría ser reconocido so pena de incoherencias o inconsistencias con derechos reconocidos y con la lógica del ordenamiento y el funcionamiento de los derechos humanos (de su vertiente positiva).

Por una parte, se estaría reconociendo un derecho que atentaría contra el bien básico “vida”, que sí se encuentra expresamente reconocido y se protege, incluso, por sobre la voluntad del titular, pues su disponibilidad no es absoluta. La muerte no es un bien básico que deba ser protegido, sino la negación del bien básico “vida”. Además, piénsese en un derecho humano a la muerte que el Estado, conforme la llamada “faz positiva de los derechos fundamentales”, deba procurar, asegurar, promover.¹¹

2.2 Para profundizar en el respeto a la dignidad humana: el consentimiento y el derecho a una vida digna hasta el último instante

Todo sujeto tiene derecho a vivir dignamente hasta el último instante. Ello obliga a la sociedad a colaborar con el titular del bien jurídico “vida” para que éste se desarrolle lo más plenamente posible hasta el último momento. Tal derecho, además, por exigencia de la propia dignidad, habilita al sujeto a decidir ante determinadas circunstancias sobre la realización o no realización, sobre la aplicación o el retiro de procedimientos, prácticas o medios clínicos.

¿Cuáles son las “circunstancias” que lo habilitan? La verdad es que la pregunta no está correctamente planteada, pues la regla es la disponibilidad por parte del titular. La regla es la libertad para aceptar o rechazar técnicas y procedimientos. La pregunta correcta sería ¿cuáles son los límites a la autonomía de la voluntad? Sin embargo, otra pregunta se impone primero: si la autonomía de la voluntad es el fundamento que le permite a un sujeto tomar decisiones que podrían tener el efecto de acortar su vida o no recurrir a procedimientos que pudieran extenderla, ¿qué características debe revestir el consentimiento para la licitud jurídica y moral de la disponibilidad? La primera pregunta hacía referencia a *lo que* se puede disponer, al objeto de lo que se decidirá. La segunda es previa desde el punto de vista del sujeto, hace referencia a las condiciones necesarias para que pueda decidirse algo, lícito o no. Se trata de saber si realmente se ha decidido. Se trata de la libertad.

El consentimiento para la disponibilidad de un derecho personalísimo debe

11 Sapag (2010, p. 176), hablando de este último aspecto, afirma que la idea del Estado que promueve un derecho a la muerte parece ridícula.

ser un verdadero ejercicio de la libertad por parte de su titular. Para ello, es conveniente que el consentimiento haya sido prestado con el conocimiento de todas las circunstancias relevantes a los fines de tomar una decisión, y que la decisión se mantenga al momento realizar la práctica, es decir, que sea actual.

En términos generales, es posible que muchos de los lectores estén de acuerdo con las afirmaciones anteriores. Pero cuando se concreta en las implicancias de tales afirmaciones, surgen las discrepancias. Si la decisión que pueda tener una consecuencia fatal debe ser tomada por el titular, entonces, la regla es que no pueden tomarla los representantes legales en su nombre; tampoco los profesionales de la salud. Existen muchas decisiones que solo pueden ser tomadas por el titular; tales decisiones son los actos personalísimos. En este contexto se comprende la afirmación del artículo 56 del Código Civil y Comercial (en adelante, CCyC), donde se dice que no puede ser suplido el consentimiento para la disponibilidad del propio cuerpo en cuestiones de salud. El artículo lo establece en relación con la prohibición de los actos que puedan ocasionar una disminución permanente de la salud. Más importante será, entonces, en relación con decisiones que puedan privar de la vida.

Además, la manifestación del consentimiento para la disponibilidad de derechos personalísimos no se presume, es de interpretación restrictiva y libremente revocable (art. 55 del CCyC). No cabe recurrir a presunciones para afirmar que ha habido manifestación de voluntad, y tampoco cabe interpretar extensivamente una manifestación de voluntad que sí ha sido realizada. Finalmente, no solo debe entenderse que es libremente revocable, pues el fundamento de tal principio es que la persona realmente quiera que se realice el acto de disposición en el momento que sucede. Por tanto, el principio que subyace y preserva la voluntad del titular que dispone de su derecho es el principio de actualidad: la voluntariedad debe ser actual.

Terceras personas (incluso representantes, que son terceros en relación con los actos personalísimos) solo podrían tomar una decisión en caso de absoluta necesidad, cuando esperar sin tomar una decisión acarree consecuencias irreparables y siempre con miras a preservar la vida. Además, tal decisión siempre debe ser tomada en consonancia con la voluntad y criterios del paciente, no según los propios. Esa es, afortunadamente, la lógica del párrafo final del artículo 59 del CCyC. En el texto legal se permite que el consentimiento informado para actos médicos pueda ser otorgado por terceras personas (expone un orden) solo si “la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica” y, además, “medie si-

tuación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud”.

El supuesto en el que sería válido presumir una voluntad es en el caso en que exista necesidad de actuar.¹² Allí, el tercero que “tome la decisión” debe intentar hacerlo según crea que lo hubiera hecho el titular, no según su propio modo de pensar. Y cuando se trata de decisiones que pueden terminar con la vida del titular —cuyas consecuencias son irreparables—, la presunción debe ser muy fundada, porque, por motivos obvios de la naturaleza humana (tanto por instinto como por su actuar racional), la duda razonable obliga a poner el medio que permita preservar la vida.

Conviene abordar brevemente la situación del paciente que ha dejado directivas médicas anticipadas. En dicho ámbito, la cuestión del consentimiento tampoco es sencilla. La actualidad de la decisión es muy importante. Si se le da tanto valor a la libertad como para poder terminar con la vida, ¿no sería razonable asegurarse de que no ha cambiado de opinión entre su anterior manifestación y el momento de llevar a cabo la medida?¹³

A todo ello debe sumarse que en una directiva médica anticipada debe asegurarse de que el paciente dé directivas con consentimiento suficientemente informado, como si fuera actual. Si no fuera así, ni siquiera debería tener validez, pues somos conscientes de la importancia del consentimiento informado para la licitud de una práctica médica. Frente a una directiva médica anticipada, el conocimiento del titular sobre la medida, sus consecuencias y alternativas debe ser, si se quiere, mayor.

Fueron analizadas ya algunas de las condiciones necesarias para que una decisión libre sea válida independientemente del objeto de su decisión, de su

12 Hablando estrictamente de la “calidad” del consentimiento, y no de su contenido, no es lícito, por ejemplo, tomar decisiones que puedan privar de la vida a una persona en estado vegetativo persistente, pero no permanente. Esto así, porque existe la probabilidad —aunque baja, nada despreciable— de recuperación, al menos parcial, de la conciencia. Las decisiones deben ir encaminadas a su recuperación para que, en caso de recuperarse, él pueda tomar las decisiones que requiera su estado de salud, pues su estado de inconsciencia no es absolutamente irreversible.

13 El juez Pettigiani, en el fallo citado (S., M. d. C. *S/Insania*), en el apartado c) de su voto expresamente manifiesta: “Considero que toda voluntad expresada anticipadamente debería ser ratificada frente a la situación concreta en que se requiere su actuación. La mera conservación de la exteriorización de esa voluntad sin que conste su revocación no autoriza a asegurar que la voluntad allí expresada subsista incólume y sea la actual al momento de invocarse su aplicación, en todos los términos en que fue redactada. Me pregunto si este tipo de expresión potencia realmente la autonomía del paciente, o encapsula su voluntad dentro de un molde rígido que puede ir más allá de su propio deseo posterior, impidiéndole en este caso modificar algo así como su propia sentencia de muerte, autoasumida en circunstancias diferentes”.

contenido. Resta analizar *qué* se puede libremente exigir y rechazar, es decir, el “objeto” de la decisión. Es claro que para nuestro ordenamiento no se puede exigir la realización de cualquier práctica ni rechazar todo procedimiento, pues la voluntad no es absoluta en la disponibilidad de derechos personalísimos. Hay límites en numerosas cuestiones, algunas implícitas, otras explícitas. En relación con la disponibilidad de la salud, ya hemos citado el artículo 56 del CCyC, que prohíbe toda disposición que genere una disminución permanente de la integridad del cuerpo salvo que sea requerida para el mejoramiento de la salud. En este orden de ideas, debe mencionarse el artículo 2º, inc. e); 5º, inc. g) y 11 de la LDP y los correlativos artículos 59, inc. g) —que obliga a poner en conocimiento del paciente los límites que posee su derecho de rechazar determinadas prácticas— y 60 del CCyC —que obliga al médico a tener por no escritas las manifestaciones del paciente cuando impliquen realizar prácticas eutanásicas—. Las prácticas eutanásicas no están permitidas por nuestro ordenamiento. Pero para entender esta afirmación conviene abordar el concepto de eutanasia y, luego, efectuar un análisis de las normas relacionadas con las decisiones del paciente en torno al fin de su vida. Lo anterior es solo una aproximación a la respuesta a la primera de las preguntas que se plantearon en este subapartado. El lector podrá hacerse con la respuesta completa a través de la lectura de los apartados siguientes.

3. Una aproximación al concepto de eutanasia y a los motivos por los que no debe ser una práctica lícita

Conviene, entonces, detenerse ahora en el concepto de eutanasia, para que el lector comprenda su significado, las clases de prácticas eutanásicas y cuáles conductas pueden ser consideradas eutanásicas y cuáles lícitas en relación con los tratamientos médicos en caso de pacientes con graves dolores o que se encuentran al final de su vida.

3.1 Concepto de eutanasia. Diferenciación de conceptos. Criterios para juzgar la proporcionalidad de los medios

Etimológicamente, el término “eutanasia” proviene de la conjunción de dos palabras griegas (εὖ —bien— y θάνατος —muerte—) que, unidas, significan “buena muerte”, o “muerte apacible” para referirse a “sin sufrimiento” (Soria Sainz, 1992a, p. 577). El término resulta apropiado si solo se hace referencia a la finalidad del acto que la realiza: evitarle un sufrimiento al paciente.

El *Diccionario de la lengua española* aporta dos definiciones de eutanasia: “Intervención deliberada para poner fin a la vida de un paciente sin perspectiva de cura” y “muerte sin sufrimiento físico” (Real Academia Española, 1992, s. v. Eutanasia).

Lo cierto es que no existe un consenso universal sobre el concepto, pero, según Keown (2018, pp. 9-10), sí existen ciertas ideas que pueden verse en todas las posturas: la idea de que la eutanasia implica acortar la vida de un sujeto, la idea de que la eutanasia se encuentra limitada al ámbito médico y la idea de que el efecto buscado tiene por finalidad beneficiar al paciente.¹⁴ Pero esa idea no es universal.

No existe consenso sobre si puede la eutanasia ser causada solo por una acción —por ejemplo, una inyección letal— o también por omisiones —tales como la no realización de un tratamiento que podría haberle salvado o extendido la vida del paciente, o el retiro de una medida de soporte vital—. Keown (2018, pp. 9-15), por su parte, en relación con los conceptos de eutanasia y los modos en los que puede ser causada, afirma que existen tres posibles modos de entender la palabra “eutanasia”. Por un lado, puede ser vista como ponerle fin a la vida de modo activo e intencional.¹⁵ Por otro, también como el acortamiento buscado o previsto de la vida.¹⁶

A este respecto, solo se dirá que es conveniente no llamar eutanasia a la conducta de administrar altas dosis de narcóticos a pacientes terminales que padecen grandes sufrimientos, aun cuando existan riesgos de acelerar la muerte (Brody, 1998, pp. 939-963; Keown, 2018, pp. 13-15; Soria Sainz, 1992c,

14 Marcos del Cano (2021) afirma que un elemento fundamental de la definición es que el paciente se encuentre en estado terminal, es decir, que por una lesión o enfermedad tenga un pronóstico próximo de muerte o, dicho de otro modo, se encuentre en la fase final de su vida sin esperanza de recuperación. La eutanasia debería circunscribirse a estos casos, según la autora, “pues su situación difiere de las que se enmarcan en otros supuestos [...] en lo que respecta a la expectativa de vida, la capacidad del individuo, la calidad de vida, el estado de irreversibilidad, etc.” (p. 131). Según ella, es la línea de pensamiento que se sigue jurídicamente en Canadá, Australia, Colombia (pp. 131-132). Esta idea concuerda con lo que sostiene, por ejemplo, el documento elaborado por el Grupo de Trabajo de la Organización Médica Colegial y Sociedad Española de Cuidados Paliativos (Gómez Sancho et al., 2015).

15 Esta fue, por ejemplo, la postura expresada en la Cámara de los Lores por el Comité de Ética Médica. Así lo afirma lord Walton: “With respect to euthanasia, may I first indicate that in our deliberations we defined voluntary euthanasia, at the request of the individual concerned, as being a deliberate intervention undertaken with the intention of ending a life so as to relieve intractable suffering; an act which must inevitably terminate life” (House of Lords Select Committee on Medical Ethics, 1994).

16 En lo tocante al tercer supuesto, suele ser llamado por quienes consideran que es una especie de eutanasia, “eutanasia lenitiva” (Rodríguez Molinero, 1992, p. 577; Soria Sainz, 1992c, p. 579).

p. 579). La sedación no eutanásica, en sus fines y en sus efectos directos —la sedación aplicada en ciertas dosis y con la finalidad de que la vida del paciente transcurra sin dolor—, no puede ser igualada sin más con la eutanasia. Debe ser analizada en el marco de los cuidados paliativos —ha sido llamado “muerte sin dolor”— y de lo que se conoce como “voluntario indirecto”.¹⁷ Por el contrario, si sería eutanasia administrar una sobredosis de tales drogas deliberadamente para causar la muerte. Cuando lo buscado directamente es causar la muerte o acortar la vida, la acción encuadra, sea por acción, sea por omisión, en las dos primeras visiones descritas en el párrafo anterior. En este punto se coincide con la definición que dio la Organización Mundial de la Salud (OMS) de eutanasia en 2007: “acción del médico que provoca deliberadamente la muerte del paciente”.¹⁸

Un tercer modo de entender la eutanasia, según Keown (2018, pp. 13-14),

-
- 17 Hervada (1975) explica así el “voluntario indirecto” o “acción de doble efecto”: “En la primera hipótesis [voluntario directo: ‘tiene como efecto propio, inmediato y directo causarse la muerte’], la muerte es activamente producida; en el segundo caso [voluntario indirecto: ‘se ordena de suyo y principalmente a una acción que no es la muerte del agente; si esta se produce es un efecto secundario e indirecto del acto’] es pasivamente aceptada o permitida” (p. 228). Dicho autor sintetiza los requisitos para el voluntario indirecto del siguiente modo: “1.º Que la acción sea buena en sí misma o al menos indiferente [...] 2.º Que el efecto inmediato o primero que se ha de producir sea el bueno y no el malo [...] 3.º Que el fin del agente sea honesto, esto es, que intente únicamente el efecto bueno y se limite a permitir el malo [...] 4.º Que el agente tenga causa proporcionada a la gravedad del daño que el efecto malo haya de producir” (pp. 229-231). Zambrano (2011), haciendo referencia a este asunto, afirma: “Por estas razones, no puede hablarse de disposición de la vida desde esta perspectiva moral cuando con la omisión de un tratamiento o un cuidado sólo se tolera una muerte, que en sí misma no se quiere ni como medio, ni como fin. No se elige la muerte ni como medio ni como fin, cuando el obrar pasivo u omisivo se funda: (a) en un juicio de ineficacia de los cuidados o tratamientos; o (b) en un juicio de inaccesibilidad o ilicitud moral de los cuidados o tratamientos; o (c) en un juicio de desproporción entre los resultados que pueden esperarse de su aplicación y las fuerzas físicas o morales del enfermo, o sus posibilidades económicas” (p. 254). La calificación jurídica de los actos que, moralmente, pueden ser llamados “voluntario indirecto” o “acción de doble efecto” dependerá de la dosis suministrada en el caso de una conducta activa y de la proporcionalidad del medio que se omite en la conducta omisiva. La diferencia entre la eutanasia (acto que directamente pretende producir la muerte) y la que ha sido llamada “muerte sin dolor” es afirmada por numerosos autores (Brody, 1998, pp. 939-963; Marzen et al., 1996, pp. 264-271; The Linacre Centre for Health Care Ethics, 1994, pp. 48-50).
- 18 Etienne Montero (2001), por su parte, expresa así las diferencias causales e intencionales en actos que se nombran de modo similar, como “ayudar a morir”: “El lenguaje, aquí también, es equívoco, puesto que una cosa es auxiliar a un enfermo en su muerte (queriendo acompañarlo en su desgracia, procurando aliviar su dolor, tratando de reconfortarle...), y otra cosa muy distinta es matarlo. La causa de la muerte difiere según el caso considerado. Cuando un médico decide no empezar o parar un tratamiento a la larga inútil y desproporcionado, el paciente morirá como consecuencia de la patología mortal que sufrirá; por el contrario, si el médico administra al paciente una sustancia letal, este acto constituye la causa de la muerte del paciente. De igual forma, existe una diferencia en la intención: en el primer caso, lo que se pretende es ahorrar al paciente un sufrimiento inútil;

es el de quienes sostienen que consiste en poner fin a la vida de un paciente de modo intencional por acción —eutanasia activa— u omisión —eutanasia pasiva—. Compartimos esta postura. La eutanasia sería, entonces, la intención de causar la muerte a través de una acción o la omisión de un cuidado debido, realizada para poner fin a un estado de sufrimiento. Aceptar que existe una especie de eutanasia por omisión —eutanasia pasiva— parece la postura más adecuada, pues tanto jurídica como filosófica y éticamente la causa puede deberse a acciones o a omisiones.¹⁹ Sería arbitrario no aplicar la misma consecuencia (jurídica o ética) a un acto omisivo que busca y causa el mismo efecto que una conducta activa, o similar consecuencia a una conducta omisiva que podría evitar un efecto lesivo cuando existe el deber de evitarlo.²⁰

Por lo demás, la postura que incluye dentro del concepto de eutanasia a las conductas omisivas es la más ajustada a nuestro derecho. Eso surge del juego armónico, por un lado, de los artículos 11 de la LDP y 60 del CCyC —que obligan al médico a tener por no escritas las directivas médicas que impliquen prácticas eutanásicas— y, por el otro, de los artículos 2° y 5° de la LDP y del artículo 59 del CCyC —que expresamente exigen que se pueden rechazar procedimientos médicos solo si son extraordinarios o desproporcionados—, lo cual desarrollaremos más adelante. A estas normas deben agregarse los instrumentos internacionales de derechos humanos, tanto por sus reglas como por sus principios (como el principio *pro homine*). Son especialmente importantes la Declaración Universal de Derechos Humanos, el llamado Pacto San José de Costa Rica y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Los conceptos gozne para analizar la licitud de las conductas omisivas son los de “proporcionado” y “ordinario”, sobre los que se profundizará más adelante. El rechazo de un procedimiento —omisión— puede ser lícito, jurídica y moralmente,

en el segundo, la intención es la de provocar su muerte. La intención es también lo que diferencia la medicina paliativa y la eutanasia” (p. 29).

19 Ver el detenido estudio que hace del asunto Zambrano (2015, pp. 141-160).

20 Las discusiones relativas a la llamada “omisión pura” y “comisión por omisión” son de larga data. Sobre la posibilidad de causar eutanasia por omisión, también resultan recomendables los aportes Soria Sainz (1992b, pp. 578-579), Rodríguez Molinero (1992, p. 577) y del The Linacre Centre for Health Care Ethics (1994, pp. 46-48). Sapag (2010) sigue esta línea y define eutanasia como “la provocación de la muerte de una persona por compasión o por piedad ante su sufrimiento” (p. 178) y luego profundiza —citando la Declaración *Iura et Bona* de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe— con la siguiente frase: “Es una acción o una omisión que por su naturaleza, o en la intención, causa la muerte, con el fin de eliminar cualquier dolor” (pp. 171-192). Este autor desarrolla detenidamente, desde el punto de vista jurídico, qué conductas implican una omisión pura y cuáles implican una comisión por omisión.

siempre que no aparezca como proporcionado en relación con las circunstancias del paciente y con las características y consecuencias del tratamiento.²¹

Dada una definición de “eutanasia” y mencionado el principio de proporcionalidad, se está en condiciones de diferenciar la eutanasia de otros conceptos relacionados:²²

1. El primero es la “distanasia”, que implica aplicarle al paciente medios desproporcionados para su situación; suele ser llamada también “encarnizamiento terapéutico”. No es lícito imponerle al paciente tales medios. Si en la distanasia “se hace de más”, en la eutanasia pasiva, como se vio, “se hace de menos”, es decir, no se ponen medios que, por ser proporcionados, podrían ser exigidos por la situación del paciente.
2. Entre estos dos conceptos aparece el de “ortotanasia” (“muerte correcta”), que es la muerte en el momento y por los motivos adecuados. Sucede cuando se ponen los medios proporcionados y se evitan los desproporcionados. Se acompaña al paciente y se respetan las limitaciones de la naturaleza humana.
3. Finalmente, la eutanasia se diferencia del suicidio médicamente asistido en cuanto que, en la eutanasia, el agente causal directo e inmediato es el médico, mientras que en el suicidio asistido es el paciente.²³ Dicho más en concreto, en la eutanasia es el médico el que, por ejemplo, administra la dosis letal. En el suicidio médicamente asistido, es el paciente quien se aplica la dosis letal a sí mismo, pero con previo asesoramiento y colaboración del médico (como puede ser a través de la receta para los fármacos e indicaciones para su administración).

Hasta el momento se ha utilizado el concepto de “proporcionalidad” para referirse a la clave que permite evaluar la licitud del rechazo de determinados medios. Esto ha sido así por dos motivos. El primero es para sintetizar el desarrollo de este trabajo, simplificando las explicaciones sobre la complejidad del

21 En esta segunda oración hemos utilizado solo la palabra “proporcionado” para facilitar la comprensión de la frase. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que hay autores que ponen el foco especialmente en la proporción y, con base en ella, evalúan tanto las condiciones del paciente como las del tratamiento en sí. Pero también hay autores que aplican el concepto de proporción a la situación del tratamiento médico en sí, cuya evaluación corresponde al médico, y el de ordinario o extraordinario a las circunstancias del paciente. Se volverá sobre esto más adelante.

22 Las definiciones son una síntesis de los aportes de diversas fuentes (Real Academia Española, 1992, s. v. Ortotanasia y Distanasia; Riofrío Martínez-Villalba, 2019, pp. 289-310; Sapag, 2010, pp. 178-179).

23 Rodríguez Molinero (1992) llama al suicidio asistido “eutanasia suicida” (pp. 577-578).

asunto. El segundo es porque la cuestión del uso de los binomios “ordinario/extraordinario” y “proporcionado/desproporcionado” ha variado a lo largo del tiempo y los autores, pero en el ámbito jurídico (objeto de este trabajo) es más comprensible y, quizás por ello, más utilizado el concepto de proporcionalidad. Sin embargo, toca ahora realizar mayores precisiones, pues

quien se preocupe por respetar el valor incondicional o absoluto de toda vida humana, en forma independiente de la calidad de vida, debe preocuparse por determinar de modo objetivo qué cuidados o tratamientos son eficaces y cuáles son fútiles; cuáles son sus riesgos y, más específicamente, en qué consiste el juicio de proporción entre costos y beneficios. (Zambrano, 2011, p. 254)

La proporcionalidad de los medios y su calidad de ordinarios o extraordinarios deben ser evaluadas por el médico y el paciente y pueden ser analizadas de diversas maneras.²⁴ Sintéticamente, se podría decir que existen autores que tratan los conceptos de manera conjunta, poniendo el foco en la proporcionalidad, que integraría elementos técnicos (médicos) y elementos más relativos a la situación concreta del paciente (subjetiva, se podría decir, para hacer hincapié en el sujeto).²⁵

Por otro lado, existen autores que proponen un trato diferenciado de los binomios “ordinario/extraordinario” y “proporcionado/desproporcionado”.

24 Al proponer los elementos a considerar en los dos extremos de la balanza, se han seguido las propuestas y menciones de diversos autores, tales como el trabajo de Sapag (2010), como también se seguirán las ideas del trabajo de Zambrano (2011, 2015) y de Riofrío Martínez-Villalba (2019), entre otros.

25 Estos autores siguen la línea que, aparentemente, se propuso en su momento en la Declaración *Iura et bona*. En efecto, el título IV de la Declaración *Iura et bona* de la Congregación para la Doctrina de la Fe, de 1980, se titula “El uso proporcionado de los medios terapéuticos” y en ésta puede leerse el siguiente párrafo: “Hasta ahora los moralistas respondían que no se está obligado nunca al uso de los medios ‘extraordinarios’. Hoy en cambio, tal respuesta siempre válida en principio, puede parecer tal vez menos clara tanto por la imprecisión del término como por los rápidos progresos de la terapia. Debido a esto, algunos prefieren hablar de medios ‘proporcionados’ y ‘desproporcionados’. En cada caso, se podrán valorar bien los medios poniendo en comparación el tipo de terapia, el grado de dificultad y de riesgo que comporta, los gastos necesarios y las posibilidades de aplicación con el resultado que se puede esperar de todo ello, teniendo en cuenta las condiciones del enfermo y sus fuerzas físicas y morales” (Cfr. Congregación para la Doctrina de la Fe, 1980, pp. 549-551). Conviene ver todo el apartado IV, pues en sus explicaciones recurre especialmente a la idea de proporción para juzgar la moralidad de la acción. Calipari (2007, pp. 172-175) realiza un recorrido de los documentos magisteriales más específicos sobre el tema en su extendida obra; allí hace referencia expresa a la Declaración y manifiesta que toma los conceptos “ordinario/proporcionado” como equivalentes para juzgar la moralidad de la acción.

Entre estos autores, que hacen foco en la proporcionalidad y analizan la situación desde este concepto, podrían citarse, reitero, como ejemplos a Sapag (2010) y Riofrío Martínez-Villalba (2019).

Maurizio Calipari (2007, pp. 191-196) es uno de los principales exponentes de este segundo modo de analizar la situación. Propone la utilización de los conceptos “ordinario” y “proporcionado” como términos complementarios. En su influyente trabajo (fruto de su tesis doctoral), propuso una evaluación ética en tres fases para juzgar las acciones a tomar frente a medios de conservación de la vida. Las dos primeras fases se corresponden, respectivamente, con un juicio sobre la proporcionalidad del medio, más técnica, abordada desde la perspectiva médica y con el foco en la acción médica a realizar, y con un juicio sobre la “ordinariedad” del medio, más enfocada en la situación concreta del paciente, más subjetiva. La tercera fase es la de tomar una decisión operativa moralmente adecuada teniendo en cuenta las dos fases anteriores.²⁶

La propuesta de Calipari (2007) es interesante y facilita la toma de decisiones en determinadas circunstancias, pues ordena de un modo útil el análisis de los elementos técnicos y los de tinte más personal y subjetivo. Sin embargo, se ha dicho que “no termina de convencer el uso que hace el texto de los términos ‘proporcionado’ y ‘ordinario’ desde la perspectiva de la tradición moral, pues ambos se han utilizado siempre englobando factores objetivos y subjetivos” y que “una presentación demasiado aséptica de los aspectos objetivos y subjetivos podría alejarse de la realidad clínica cotidiana” (Requena Meana, 2017, p. 141).

Es decir, ambos elementos —los técnicos y los que se refieren más directamente a la situación personal del paciente— siempre fueron analizados, tanto cuando se hablaba solo del binomio “ordinario/extraordinario” como cuando se empezó a extender el uso del binomio “proporcionado/desproporcionado”.

26 En la primera fase, cuando se analiza la proporcionalidad, se estudian los “elementos de tipo médico-técnico”. Calipari (2007) propone una evaluación comparada de: “a) la disponibilidad concreta o la posibilidad plausible de hallar el medio; b) la actual posibilidad técnica de usarlo adecuadamente; c) las expectativas razonables de ‘eficacia médica’ real; d) los eventuales efectos colaterales, perjudiciales para el paciente; e) los previsibles riesgos para la salud/vida del paciente eventualmente implicados en el uso del medio; f) la posibilidad actual de recurrir a alternativas terapéuticas de igual o mayor eficacia; g) la cuantificación de los recursos sanitarios (técnicos, económicos, etc.)” (p. 199). En la segunda fase, se analizan los aspectos “más estrechamente dependientes de la subjetividad del paciente” (p. 203). Y, en un uso complementario de los conceptos que otros autores toman como sinónimos, propone calificar en esta fase si los medios son ordinarios o extraordinarios. Aquí es donde la subjetividad obliga a considerar que un medio podría ser ordinario para un paciente y extraordinario para otro. Sin embargo, el análisis de la situación concreta del paciente no priva a esta etapa de objetividad, pues se lleva a cabo mediante criterios objetivos. Los aspectos a considerar en esta etapa son, al decir de Calipari (2007), “a) un esfuerzo excesivo para hallar y/o usar el medio; b) experimentar un dolor físico enorme o insoportable, que no pueda ser suficientemente aliviado; c) costos económicos, vinculados con el uso del medio, que sean muy gravosos para el paciente o para sus parientes; d) experimentar un tremendo miedo o una fuerte repugnancia en relación con el empleo del medio” (pp. 203-205).

Y es esa interacción, ese diálogo entre los elementos o situaciones técnicas y las situaciones concretas personales del paciente la que permite llegar a una decisión más adecuada. Por tanto, independientemente de la postura que se utilice sobre el significado y la utilización de los binomios “ordinario/extraordinario” y “proporcionado/desproporcionado”, en cualquier caso parece adecuado realizar un análisis que comprenda todos los elementos en juego. En este trabajo, se hablará de “proporcionalidad” como un término que comprende todos los elementos de análisis. Esto es así porque tal término es más afín al ámbito al cual se dirige este trabajo (el jurídico) y puede expresar en un solo vocablo la idea de sopesar los riesgos y los beneficios de la acción, recordando a quien toca decidir que su juicio debe ser “prudencial”.

Para concretar lo dicho hasta ahora, podría decirse que una descripción analítica del juicio de proporcionalidad permite hablar de dos aspectos complementarios que deben combinarse:²⁷ la acción médica, por un lado, y la situación personal del paciente, por el otro. Entre las situaciones a considerar para evaluar la proporcionalidad del medio en relación con la acción médica a realizar se han propuesto: a) su probabilidad de eficacia para mejorar la salud del paciente o evitar que se deteriore; b) los costos económicos del medio; c) los riesgos que produce recurrir a tal medio (efectos adversos, resultado sobre la calidad de vida, posible riesgo de muerte, etc.); d) el sufrimiento que implica el medio terapéutico; e) las posibilidades concretas de los agentes de salud de aplicarlo con suficiente eficacia; f) los costos “sociales” del medio (es decir, las posibilidades de acceso a tal medio por parte de otros pacientes); g) la inexistencia de medios alternativos que mejoren el análisis de proporcionalidad del medio que planea utilizarse. En relación con la situación del paciente y su entorno, debe tenerse en consideración: a) la capacidad (fuerzas físicas, psíquicas y morales) del paciente para soportar el tratamiento o medida; b) el tiempo de supervivencia y el nivel de calidad de vida que resultará luego de la aplicación del medio;²⁸ c) el efecto de su aplicación en relación con el entorno del pacien-

27 Por su parte, Requena Meana (2017) efectúa una propuesta interesante sobre la combinación de dos perspectivas que no siempre se enriquecen mutuamente: la perspectiva del médico y la del paciente, la de la proporcionalidad terapéutica y la de la calidad de vida, que “comparten muchos elementos importantes para el análisis moral de la situación, y se pueden enriquecer una con la otra” (pp. 142-144). “Para comprender en profundidad estas afirmaciones del autor, es necesario leer su obra completa, pues solo así podrían entenderse en la profundidad necesaria el contenido que les asigna a los términos. Para los fines de este trabajo, basta con mencionar que el autor propone un estudio complementario de todos los elementos en juego.

28 La calidad de vida resultante es un parámetro complejo; lo correcto sería atenerse a parámetros objetivos, que los hay, y evitar analizar la proporcionalidad del medio según la subjetiva apreciación del paciente, de

te (familiares y allegados), entre los que se encuentran los costos económicos frente a las responsabilidades familiares, la capacidad de la familia o entorno de afrontar la situación del paciente con posterioridad a la aplicación del medio, etc.²⁹ Todo lo dicho son las “pesas” que incorporar a la balanza a los fines de tomar una decisión.

Resulta claro que los “platos de la balanza” constituyen como dos caras de la misma moneda y se exigen y condicionan mutuamente (como sucede, por ejemplo, con los riesgos del tratamiento, que deben medirse en relación con las capacidades concretas del paciente para soportarlo).

3.2 Algunos concreciones jurídicas para clarificar el concepto según nuestra postura

Antes de concretar lo ya dicho y calificar jurídicamente las conductas, lo primero que debe reiterarse es que, salvo por algunos supuestos que podrían universalizarse, la proporcionalidad del medio debe analizarse en el caso concreto. Un medio puede ser proporcionado para un sujeto, con sus circunstancias personales, y no serlo para otro que haya recibido el mismo diagnóstico. Por tanto,

sus allegados o, incluso, del médico. Por ejemplo, si el resultado de la intervención fuera una sobrevida con algún grado de discapacidad, la omisión de la terapia para revertir el proceso mortal no sería, solo por eso, lícita, como sucede frente a la amputación de una pierna en caso de necrosis avanzada o gangrena. Si una persona considerara que es preferible perder la vida que una pierna, o perder la vida que resultar parapléjico o, incluso, cuadripléjico, su valoración subjetiva no debe determinar el análisis de proporcionalidad. Silberberg et al. (2018, p. 142), en un trabajo sobre esclerosis lateral amiotrófica, proponen que para evaluar la calidad de vida se apliquen principalmente criterios fisiológicos.

- 29 Toda la lista de situaciones a considerar responde a una síntesis de los aportes de varios autores, entre ellos, Calipari (2007), Sapag (2010) y Riofrío Martínez-Villalba (2019). Este último analiza la cuestión y propone los siguientes criterios a tener en cuenta, divididos en pros y contras. Dentro de los pros menciona: a) el objetivo del tratamiento; b) el valor de lo que se pretende curar; c) la posibilidad de disminuir dolores posteriores; d) la cantidad y calidad de vida que el tratamiento brindará; e) el conocimiento que se tiene del tratamiento, las esperanzas de éxito y la práctica de los médicos que lo brindarán; f) la inexistencia de tratamientos sustitutivos menos lesivos; g) el bajo coste económico del tratamiento; h) la anuencia y tolerancia del paciente al tratamiento —para definirlo, se mirará al menos el grado que esté dispuesto a tolerar los medios técnicos, los valores que posea el enfermo, el impacto emotivo que el tratamiento pueda desencadenar y el valor que el paciente atribuya al beneficio esperado—. Entre las contras a evaluar menciona: a) los efectos secundarios, efectos no queridos y dolores que podría generar; b) cuánto acorta la vida el tratamiento; c) el desconocimiento del tratamiento, los riesgos que presenta, las estadísticas de fracaso y la falta de práctica de los médicos que lo brindarán; d) la existencia de tratamientos sustitutivos menos lesivos; e) el oneroso coste económico del tratamiento; f) la falta de anuencia o la intolerancia física, psíquica o espiritual del paciente al tratamiento (Riofrío Martínez-Villalba, 2019, pp. 295-296). Por su parte, Sapag (2010, pp. 181-183) propone la aplicación del principio de razonabilidad que se utiliza para analizar la justicia en las normas y actos jurídicos al análisis de los actos médicos en estas circunstancias y enumera una serie de variables a tener en cuenta, algunas de las cuales han sido mencionadas en este trabajo.

salvo cuando resulte evidente por el modo de expresarla, toda regla podría tener alguna excepción o, más bien, requerir precisiones que, por la intención de este trabajo (dar líneas generales, criterios), no sería correcto hacer.

Una importante idea a tener en cuenta es que nunca es lícito causarle directamente la muerte a un paciente. La eutanasia activa no sería nunca lícita, ni siquiera en el caso de que el paciente “igualmente vaya a morir”. Aunque haya sido realizada por piedad, no deja de ser una conducta dirigida a ponerle fin a la vida de una persona. Ante la eutanasia activa, carece de importancia si el proceso del paciente es o no terminal, la causa será siempre y directamente la acción del médico, que jurídicamente podría ser calificada de homicidio.

En su trabajo sobre la eutanasia y la ortotanasia, Sapag (2010) afirma que, al momento de tratar la problemática de la eutanasia, existen dos datos que son sumamente relevantes: “La existencia de un proceso mortal (y su reversibilidad o irreversibilidad), y la entidad de los medios terapéuticos necesarios para desacelerar o detener el proceso mortal en curso” (pp. 173-174). Con “entidad de los medios” se refirió al análisis de proporcionalidad de “las terapias necesarias” (p. 174). Dichos datos permiten estructurar el análisis. Conviene evaluar primero si la situación del paciente es o no terminal,³⁰ después, si ese proceso mortal es reversible o no, y luego debe distinguirse qué es lo que causa la muerte (pp. 179-180). Seguiremos mayormente sus propuestas en relación con las conductas omisivas.

Si una persona tiene una enfermedad o padecimiento que no es mortal (una discapacidad, por ejemplo), una omisión que desencadene la muerte no sería en principio lícita. La causa de la muerte sería directamente la acción omisiva del sujeto, pues su padecimiento no acarrea por sí mismo su deceso. La situación del paciente obliga a realizar todos los tratamientos proporcionados para que su vida se desarrolle del modo más digno posible. Un ejemplo de esta situación es el retiro de la alimentación y la hidratación enteral a un paciente en estado vegetativo permanente, supuesto en el que se profundizará más adelante.³¹

30 Ya hemos mencionado que existen corrientes, bastante extendidas, que sostienen que solo puede hablarse de eutanasia cuando el estado del paciente es terminal. Cuando no lo es, la acción del médico será homicidio, aunque pueda ser calificado de “homicidio piadoso”, tanto en el caso de acciones como de omisiones. La calificación penal concreta dependerá de la legislación de cada país. Hecha la salvedad de este párrafo, analizaremos también los supuestos en los que el paciente no es terminal, pues uno de los supuestos más complejos de resolver es el de las personas en estado vegetativo permanente (no persistente, que ni siquiera cumple con las condiciones de irreversibilidad), sobre el que volveremos más adelante.

31 La solución podría no ser la misma ante un cambio clínico que coloque al paciente en un estado diferente, por ejemplo, en un estado mortal, aunque reversible. En dichos casos, el análisis de la

En el caso de un proceso mortal reversible por existir terapias adecuadas y accesibles, una omisión que desencadene la muerte no sería, en principio, lícita (Sapag, 2010, pp. 183-184). La omisión puede consistir en no realizar las terapias destinadas a revertir el proceso o en retirar o suspender una medida de soporte vital u otra atención que ya está en curso. En el primer caso, no sería el estado del paciente lo que causa, jurídicamente hablando, la muerte, sino la omisión de las conductas exigidas para revertir su estado. Este caso, reitero, siendo el medio proporcionado, torna a la acción en un supuesto de homicidio por omisión (independientemente de la calificación penal que corresponda en cada país). En el segundo caso (el *retiro* de un medio proporcionado o su *suspensión*), si tal omisión lleva a la muerte del paciente (por ejemplo, la ventilación mecánica no invasiva), causalmente hablando sería un supuesto de comisión por omisión.

Finalmente, un paciente en estado terminal irreversible no siempre podría lícitamente rechazar cualquier clase de procedimientos. No sería lícito rechazar los procedimientos que tengan como efecto extender la vida y sean proporcionados consideradas todas las cosas (bajos costos y una sobrevida de una calidad aceptable). Aquí, el paciente fallece por su estado terminal, pero podría haber fallecido mucho tiempo después y, quizás, en mejores condiciones si se hubiera optado por la realización del tratamiento proporcionado que se ha presentado. Por ejemplo, un tratamiento de quimioterapia de eficacia comprobada y bajo costo.

Otra valoración corresponde al acortamiento de la vida por el suministro de fármacos en dosis cuyo efecto directo y buscado es el alivio del dolor. Ya se ha dicho, casi al comienzo del apartado 3.1, que estas conductas podrían ser calificadas dentro del supuesto conocido como “voluntario indirecto” o “acción de doble efecto” y no pueden igualarse a la eutanasia. Este análisis sirve tanto para el caso de estado terminal como para el caso de cualquier enfermedad irreversible frente a la cual solo queda tratar el dolor.

proporcionalidad del medio cobra sentido y debe valorarse especialmente la calidad de vida resultante del tratamiento. Siguiendo el ejemplo mencionado en el párrafo, podría ser el caso de un paro cardiorrespiratorio en un paciente en estado vegetativo permanente. Allí sería lícito considerar no actuar para reanimar al paciente.

3.3 Algunos motivos por los que no debe permitirse la eutanasia (ni las prácticas asemejables)

Muchos de los autores citados se manifiestan en contra de la práctica y, por tanto, de la legalización de la eutanasia por diversos motivos.³² De los numerosos argumentos contrarios, trataremos aquí solo algunos que parten desde la importancia de la dignidad humana como fundamento de la existencia misma del derecho o como criterio que permite, por tanto, conocer el contenido esencial de un derecho —y, con ello, de las obligaciones que genera— a los fines de, en un caso concreto, juzgar la razonabilidad de su ejercicio o limitación.³³ Se con-

32 De todos los autores citados, parecen especialmente relevantes, por su extensión y profundidad, los trabajos de Keown (2018), Velazco Suárez (2021) y Sambrizzi (2005). El autor argentino Sambrizzi (2005, pp. 45-59) desarrolla una serie de argumentos jurídico-filosóficos “contrarios al reconocimiento de un derecho a morir” (p. 45). Muchos de estos argumentos van en la línea con lo expresado en este apartado sobre la inexistencia de un derecho a la muerte; otros pueden aplicarse estrictamente a la eutanasia y sus negativas consecuencias. Los argumentos que menciona son: 1) el principio de la dignidad de la vida humana hace que tenga un valor eminente, por lo que esta es indisponible; 2) la vida es valiosa por sí misma y constituye un derecho inalienable e irrenunciable; 3) quien resuelve quitarse la vida está renunciando a la libertad; 4) el abandono del principio de la indisponibilidad de la vida podría llevar al principio opuesto; 5) la autonomía personal no es un absoluto, la libertad de las personas tiene variados límites reconocidos en las sociedades civilizadas; 6) llevado a un extremo, el principio de autonomía conduciría a justificar la muerte de cualquier persona, se trate o no de un enfermo terminal; 7) la autonomía dejaría de ser tal si se permitiera transferirla a un tercero, siendo contadas las excepciones al principio que prohíbe matar a otra persona; 8) el hombre no es el dueño de su vida, ya que esta no es un bien material ni un objeto de uso por parte de un propietario; 9) en la conservación de la vida humana existen intereses múltiples y no solo los de la persona; 10) la negación de la existencia de un derecho a morir no afecta la libertad del individuo; 11) el derecho a morir carece de un fundamento válido; 12) es errónea la afirmación de que la vida carece de sentido por el deteriorado estado en el que se encuentra la persona; 13) la inexistencia de fundamento por el cual los médicos estarían obligados a facilitar la muerte de sus pacientes; 14) un tercero no puede evaluar cuándo el dolor es difícil de sobrellevar hasta el punto de querer acabar con la vida; 15) resulta inimaginable la pretensión de tener derecho a algo que no es beneficioso para el titular del pretendido derecho; 16) no existen supuestos “muy especiales” en los cuales existiría un derecho a morir; 17) por lo general, la voluntad del enfermo que afirma querer morir se encuentra viciada; 18) lo que en realidad quiere el enfermo terminal no es la muerte, sino evitar el sufrimiento que la enfermedad trae a veces aparejado.

33 Pilar Zambrano (2022, pp. 309-344) analiza los diversos usos que se le da al concepto y propone un modo correcto de hacerlo; se coincide con su trabajo en numerosos aspectos. Por ello, el lector, al profundizar en los argumentos que se darán a continuación, conviene que tenga en cuenta la siguiente apreciación de dicha autora: “En términos de argumentación judicial (...) la dignidad es una razón necesaria pero nunca suficiente —nunca es concluyente— para diseñar un catálogo de derechos, o para determinar el contenido de cada uno (sea el objeto, sean las obligaciones, o ambos). El concepto es necesario para estos fines, porque sin su concurso los bienes-objeto de los derechos

sidera que este aspecto es especialmente relevante en relación con la situación jurídico-política actual de Argentina.

- a. La dignidad de la persona es algo objetivo y la poseen todas las personas en todas las circunstancias.³⁴ No aceptar lo anterior, es decir, relativizar el valor de la dignidad humana, importa un peligroso paso hacia la pérdida misma del sentido de tal dignidad. Un peligroso paso hacia la decisión subjetiva sobre el valor de un ser humano. Decisión subjetiva que responde ya sea a la visión del titular, ya sea a la visión de personas que, por el motivo que fuera, se sienten con autoridad para decidir (parientes, allegados, médicos, jueces). Si el valor es objetivo, es igual para todos y las decisiones de los posibles involucrados irán en una misma línea o sentido.
- b. Perder la objetividad en relación con la dignidad trae la consecuencia inmediata de perderla con respecto al valor de la vida de las personas. Se

serían meros intereses sin ninguna fuerza deóntica, y sin extensión universal. Más precisamente, sin el concurso del analogado principal de la dignidad, en virtud del cual la condición de fin en sí de toda persona es la raíz de un deber absoluto y universal de respeto, los derechos no serían ni universales, ni categóricos. Aun así, el analogado principal es un argumento insuficiente para derivar un catálogo de derechos y/o para precisar su contenido. Cuando el concepto de dignidad se usa de este modo se elude la mención y la justificación de los juicios morales-antropológicos de los cuales se deriva la identificación del objeto de cada uno de los derechos y/o la determinación del tipo de acciones contenidos en su extensión (de su margen de aplicación); los juicios morales de los cuales se deriva la identificación y la extensión de las obligaciones a cargo del Estado; y los juicios o razones auxiliares, de naturaleza empírica-contextual, que justifican el paso desde la formulación abstracta del objeto de los derechos y/o de las obligaciones correspondientes, hasta su concreción histórica-circunstancial” (p. 340).

- 34 Así lo explican claramente, por ejemplo, Spaemann (1988, pp. 19-23) y Zambrano (2022, pp. 318-333). El primero afirma que la dignidad no se refiere a la propiedad de un ser que es “fin en sí mismo para sí”, sino en la propiedad de un ser que es “fin en sí mismo por antonomasia”, y que el valor de un sujeto no puede ser relativo al sujeto que valora. La segunda, por su parte, se refiere al uso del término en el ámbito jurídico y a su fundamento. Sin un fundamento objetivo, no es posible un debate jurídico racional al respecto, no podría saberse racionalmente cuándo existe, cuándo se ha violentado, cuándo se ha protegido. Si se siguiera una postura diversa de la que propuso esta autora en su trabajo, también es posible sostener que, en nuestro ordenamiento jurídico, la dignidad deberá tener necesariamente una base objetiva. Esta discusión no corresponde a este trabajo, pero sintéticamente se podría decir que fundamentan la objetividad el reconocimiento de la dignidad humana unida a la naturaleza del hombre, la referencia a su inviolabilidad —poco sentido tendría hablar de inviolabilidad si su contenido puede ser libremente modificado según la apreciación de cualquier sujeto— y por la protección de aspectos determinados de tal dignidad —ello demuestra que la dignidad no puede tener cualquier contenido— (arg. Prólogo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, arts. 51 y cc del Código Civil y Comercial, entre otros).

pone en circunstancias externas el valor de la vida de un sujeto y, con ello, se corre el alto riesgo de establecer parámetros de valor según los cuales unas vidas serán más dignas que otras, unas situaciones personales y, con ello, unas personas más dignas que otras. Como consecuencia inmediata, serán los más vulnerables muchas veces los considerados menos dignos. La vida de un sujeto no es menos digna de ser vivida porque, por ejemplo, es cuadripléjico.³⁵

- c. Perder la referencia a la objetividad permite dar el primer paso hacia una legislación permisiva de la eutanasia y otras prácticas similares. Primer paso que, por la pérdida de la referencia objetiva, difícilmente sea el único, tal como lo demuestra el argumento conocido como “pendiente resbaladiza”.³⁶

35 Velasco Suárez (2021, pp. 238-253, entre otros de su obra) desarrolla este argumento y hace notar que, precisamente, los considerados “eutanasiables” (término que acuña el autor, junto con el de “eutansiados”, ver notas 7 y 11 de la obra) son quienes se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad por diversos motivos. Se cae así en la actitud de no hacerles notar a esas personas que sus vidas valen igual que cualquier otra, que son valiosas para la sociedad, y se cae también en el facilismo de no hacer los esfuerzos necesarios para que los más vulnerables sean debidamente acompañados. Por su parte, Montero (2001) expresa estas ideas diciendo que si la dignidad no se considera desde el punto ontológico, objetivo, “pasa a ser una noción muy difusa, eminentemente subjetiva y relativa. Subjetiva, porque cada uno sería el único juez de su propia dignidad; y relativa, en el sentido de que la calidad de vida es un concepto de geometría variable, susceptible de adoptar infinidad de grados y de medirse por el rasero de criterios diversos. Un ejemplo concreto y significativo de ello —la propuesta de resolución del Parlamento Europeo, elaborada a partir del informe del Dr. Léon Schwartzberg sobre el auxilio a los moribundos (abril de 1998)— permite ilustrar lo mucho que cambia el sentido que ahora se otorga al término ‘dignidad’ [en el informe mencionado aparecen frases tales como ‘la enfermedad quita toda dignidad a la existencia’]” (p. 30). El autor insiste en que el enfoque se apoya en una nueva noción de dignidad entendida como calidad de vida, calidad de vida que es relativa, aunque puedan establecerse parámetros objetivos para establecerla, nunca será algo absoluto, como la dignidad ontológica. Este autor también trae a colación un argumento de France Quéré que afirma que si la calidad de vida es el criterio de dignidad, entonces la dignidad viene dada por la función social, la carrera, el bienestar económico, los honores, etc. y hay otros sucesos en la vida que pueden privarnos de esa calidad. La conclusión es lógica: qué impediría que en el futuro la pérdida de oportunidades o de calidad de vida en general permitirá considerar la pérdida de la dignidad (pp. 30-31).

36 Velasco Suárez (2021, pp. 255-322) hace referencia a una pendiente resbaladiza en el ámbito jurídico y otra en los hechos, que se manifiesta en el creciente número de solicitudes, en la disminución de los esfuerzos por el control de los límites, en la disminución de los esfuerzos por realizar cuidados paliativos, etc. La primera responde, a criterio del autor, a “la propia lógica interna del derrumbe: si se quitan los fundamentos [se admitió que las personas no son dignas por ser humanos], por más que se tomen algunas disposiciones para evitar la ruina de algunos elementos decorativos del edificio del Derecho, éste terminará derrumbándose por completo” (p. 290).

La experiencia de países como Holanda³⁷ o Bélgica³⁸ nos permite compren-

- 37 El primer hito que podría mencionarse es el fallo de la Hoge Raad (Corte Suprema de Holanda) de 1984 en el que se absolvió a un médico que practicó eutanasia activa a una paciente de 95 años que padecía sufrimientos insoportables (conocido como “Alkmaar” —Hogeraad, 27- XI-84, NJ 1985, p. 106—). El fallo recogió la opinión de la Real Asociación Médica de Holanda y previó los siguientes requisitos: paciente que lo solicita voluntariamente, que se encuentra en estado terminal irreversible o incurable y con grandes padecimientos físicos. En 1989, el Gobierno holandés decidió conformar una comisión para investigar el estado de la cuestión de la eutanasia en Holanda, llamada “Comisión Rammelink”, cuyo informe fue publicado en 1991. En 1993, el Gobierno puso en vigor, a través de un reglamento administrativo, el “Procedimiento de notificación de la Eutanasia”. A ese punto, en Holanda seguía vigente el Código Penal con todas sus regulaciones, pero se establecía un procedimiento para la petición voluntaria de eutanasia, seguido el cual, el médico no era penado. Los casos y los requisitos se flexibilizaron aun más tres semanas después de la entrada en vigencia del reglamento: la Hoge Raad consideró que no era delito la conducta de un médico que le practicó eutanasia activa a una paciente con depresión: ya no era necesario el estado terminal irreversible o incurable. La flexibilización continuó. En principio solo se había pensado para adultos y que se encontraban en uso de sus facultades, pero en 2001 se dictó la primera ley europea que permitió la eutanasia voluntaria en adultos (Ley de Terminación de la Vida a Petición Propia y del Auxilio al Suicidio), la cual flexibilizó más las estrictas medidas para el consentimiento y permitió la eutanasia en menores desde los 16 años (con participación de sus padres) e incluso en menores desde los 12 años (siempre que el médico considerara que el menor podía valorar sus intereses y los padres se encontraban de acuerdo). En 2005, según el protocolo Groningen, se permitió la eutanasia en casos de neonatos minusválidos. El viernes 14 de abril de 2023, el Primer Ministro neerlandés, Mark Rutte, anunció que se permitiría la terminación activa de la vida de niños menores de 12 años que padezcan sufrimientos intolerables e incurables y tengan poca perspectiva de vida (Andruet, 2001, pp. 169-194; Vega Gutiérrez y Ortega, 2007, pp. 89-103; Velasco Suárez, 2021, pp. 292-296).
- 38 En lo que respecta al aspecto jurídico, el inicio en Bélgica no ha sido paulatino, sino muy avanzado desde el principio, y, a pesar de ello, se ha avanzado más aún. El 28 de mayo de 2002 se dictó una norma que regula la eutanasia y la define como el acto practicado por un tercero por el que se pone intencionalmente fin a la vida de una persona a petición suya. La ley dispuso que una persona que se encuentre en uso de sus facultades mentales puede solicitar la eutanasia activa siempre que padezca una dolencia física irreversible o incurable o una enfermedad mental, siempre que se hayan agotado todos los medios para su curación. La norma solo contemplaba el caso de personas mayores. El 10 de noviembre de 2005 se modificó la norma para evitar la punición de los farmacéuticos que suministraban las drogas necesarias para practicarlas. En 2014, los diputados belgas aprobaron una ley que les permite a los menores —sin límite de edad, el límite es la capacidad de discernimiento del menor— solicitar la práctica eutanásica, con el consentimiento de los padres, siempre que se encuentren frente a una enfermedad terminal irreversible y próximos al deceso y padezcan un sufrimiento físico insoportable. Tanto el estado del paciente menor como su capacidad para comprender y solicitar la práctica deben ser constatados por personal médico, lo que ha permitido una flexibilización paulatina de este criterio en la práctica, lo mismo que sucede con los requisitos para el consentimiento en adultos. Por ello, si bien se percibe una “pendiente resbaladiza” en el ámbito jurídico, es en la práctica o la aplicación de las normas donde la pendiente se manifiesta más notablemente, especialmente en la falta de control por parte de las autoridades para constatar el cumplimiento de los requisitos legales exigidos (Raus et al., 2021, pp. 80-107; Vega Gutiérrez, 2007,

der que se comienza por una eutanasia voluntaria para casos de excepción, se avanza paulatinamente, pasando por eutanasia en adolescentes, niños y neonatos hasta llegar incluso a la eutanasia involuntaria³⁹ o contra la voluntad de la persona a la que se le realiza la práctica —quizás, en este contexto pueda llamársela “víctima”—, tal como sucedió en Holanda —primer país europeo en legalizar la eutanasia— frente a un caso de Alzheimer.⁴⁰

4. Legislación nacional aplicable al rechazo de tratamientos médicos y su interpretación

Las normas nacionales que tratan de modo específico la cuestión del derecho de una persona a rechazar tratamientos médicos son los artículos 59 y 60 del CCyC y los artículos 2º, inc. e), 5º, inc. g) y 11 de la LDP.

Se podría decir que, aunque las previsiones del CCyC son posteriores a la

pp. 71-87; Velasco Suárez, 2021, pp. 294-297).

- 39 Aznar (2021, pp. 1-10) analiza el argumento de la pendiente resbaladiza y afirma que la progresión podría ser la mencionada: de pacientes en estado terminal a padecimientos no terminales, de eutanasia para adultos a eutanasia para adolescentes, niños e incluso neonatos, y de eutanasia voluntaria hasta la involuntaria, que comienza por flexibilizar los requisitos de validez del consentimiento.
- 40 El Tribunal Supremo Holandés absolvió a una médica que le aplicó una inyección letal en el complejo caso que aquí se detalla. Una mujer con diagnóstico de Alzheimer había dicho que deseaba recibir una inyección letal antes de perder totalmente sus facultades, pero que deseaba ser ella quien lo decidiera cuando creyera que había llegado el momento (afirmó: “Quiero ejercer mi derecho legal a que me apliquen la eutanasia, cuando lo considere oportuno [...] cuando la calidad de mi vida se haya vuelto tan pobre se me administrará la eutanasia a *petición mía*”). A medida que avanzaba la enfermedad, la paciente tenía períodos en los que no recordaba o reconocía las cosas, que afirmaba querer morir y luego querer vivir. En una consulta con la paciente, la geriatra relata lo siguiente: “Ella no sabía qué era la eutanasia. Se lo expliqué y en ese momento dijo: ‘no, no quiero eso’. Le expliqué que sería internada y que tenía que quedarse allí y que ella previamente había indicado que no quería eso y entonces comencé a hablar de eutanasia. Ella dijo: ‘sí, tal vez lo quiera entonces, pero ahora no’”. La geriatra, dada la situación de la paciente y que no siempre estaba en condiciones de entender qué era la eutanasia, consideró que había llegado el momento y se dispuso, con el esposo y la hija de la paciente, al procedimiento de la eutanasia, contra la voluntad manifestada por la paciente. Llegado el día, se reunieron la profesional y los familiares a tomar un café. Mientras tomaban el aperitivo la médica colocó un sedante en la bebida de la paciente. La paciente se durmió y la profesional de la salud comenzó a aplicarle la dosis letal. En ese momento, la paciente cobró conciencia y se resistió, pero se le continuó aplicando la dosis hasta producirle el deceso (*Hoge Raad der Nederlanden*, 21/04/2020, cita: ECLI:NL:HR:2020:712, ver la sentencia en el sitio oficial del Poder Judicial <https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:HR:2020:712> y la presentación de la Fiscalía del Tribunal Supremo, donde se cuentan con más detalle algunos hechos en <https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:PHR:2019:1338>, ambas disponibles al 25 de diciembre de 2023). El caso se menciona fuentes periodísticas y científicas, tales como Alida Asscher y Van de Vathorst (2019, pp. 72-74), Velasco Suárez (2021, pp. 263-268) y el diario ABC (*Absuelta tras aplicar la eutanasia...*, 2024).

última reforma de la LDP, esta es una ley especial, dictada específicamente para regular sobre la materia, realizada con la intervención de personal especializado y discutida más detenidamente que las normas del CCyC. Estas últimas, además, reconocen en las primeras su fuente casi literal —veremos que el “casi” es muy importante—, incorporando sus textos apenas adaptados. El legislador del CCyC pretendió incorporar en su texto las normas de diversas leyes,⁴¹ entre las que se encuentran, claramente, las de la LDP. Tal incorporación obliga a recurrir a la LDP como norma vigente y principal, además de un recurso indispensable para comprender adecuadamente las previsiones del CCyC, para complementarlas e integrarlas (Tobías, 2019, pp. 761 y 803-810).⁴²

En lo tocante a los artículos involucrados en la solución del caso que se comenta, deben hacerse más precisiones. En efecto, el CCyC pretendió recoger en el inciso g) del artículo 59 el inciso g) del artículo 5° de la LDP. Este último, por su parte, obliga a comunicarle al paciente, como parte del contenido del consentimiento informado, el derecho a rechazar procedimientos médicos, el cual está desarrollado en el inciso e) del artículo 2°. La autonomía del paciente, y específicamente su facultad de rechazar determinados procedimientos, no se encuentra regulada en el art. 5° de la LDP y, por tanto, tampoco en el 59 del CCyC. Estos últimos artículos pretenden receptar la obligación de los agentes de salud de comunicarle al paciente un derecho reconocido en el art. 2, inc. e) de la LDP.

Lo correcto es ir a la regulación del derecho de que se habla —e informa— para aplicarlo debidamente. Además —es importante remarcarlo—, ni el inciso g) del artículo 59 del CCyC ni el inciso g) del artículo 5° de la LDP pueden entenderse sin la referencia al art. 2° de la LDP, pues su redacción es confusa y contradictoria en sí misma y en relación con otros artículos.⁴³

41 Así se ha hecho en muchas oportunidades. Las normas cuyo texto se incorpora al CCyC siguen vigentes, de modo que ambas se interrelacionan y complementan. De este modo ha procedido, por ejemplo, en el título destinado a los contratos de consumo, donde se afirmó que se pretenden incluir principios generales que las leyes especiales pueden modificar si pretenden establecer “condiciones superiores” (Poder Ejecutivo Nacional, 2012, p. 613).

42 Por ello, por ejemplo, para las directivas médicas anticipadas deben seguirse las formalidades establecidas por la LDP, en tanto que el CCyC es menos exigente en cuanto a la formalidad del acto jurídico.

43 En efecto, el inciso g) del art. 5° de la LDP contiene la siguiente frase: “[D]e padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación...”, lo que podría hacer pensar que no es necesario que el paciente se encuentre en un estadio terminal, basta con que sea irreversible o incurable. Pero en la misma oración se dice al final: “[T]ambién del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los

El inciso e) del artículo 2º de la LDP —cuya redacción tampoco es perfecta—, en lo que a este asunto respecta, regula el derecho del paciente que presenta “una enfermedad irreversible, incurable o se encuentr[a] en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación” a rechazar ciertas prácticas “cuando sean extraordinarias o desproporcionadas”. En este marco, *en la oración siguiente*, se dice que “también” se podrán rechazar “procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de *ese estadio terminal irreversible o incurable*”.⁴⁴ La letra es clara en todos sus aspectos, también en relación con el estado terminal,⁴⁵ aunque en alguna oportunidad, lamentablemente, ha sido interpretada incorrectamente.⁴⁶ El texto permite el retiro de la alimentación e hidratación cuando el sujeto se encuentre en un estado *terminal*, que debe ser, además, irreversible o incurable. No basta con que el estado del paciente sea el de una enfermedad o lesión irreversible o incurable: su estado debe ser terminal.

Asimismo, la interpretación de ese inciso —en conjunto con el resto del articulado— obliga a considerar este derecho en el marco de la prohibición del artículo 11 de la LDP (y del art. 60 del CCyC): el médico deberá aceptar los pedidos del paciente con excepción de los que “impliquen desarrollar prácticas eutanásicas”, que “se tendrán como inexistentes”.

Dicho lo anterior, queda aclarar que el retiro de la alimentación e hidratación podrá darse cuando no resulte una práctica eutanásica (con el juicio de proporcionalidad del medio como eje). A eso obliga una lectura sistemática de la norma. ¿Pueden la hidratación y la alimentación ser retiradas sin que esto constituya una práctica eutanásica? Solo de modo muy excepcional. ¿En qué

mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo *de ese estadio terminal irreversible e incurable*” (el destacado me pertenece). La lectura literal parece contradictoria: o solo se pueden rechazar procedimientos cuando el paciente se encuentra en estado terminal (que debe ser, además, irreversible e incurable), o el paciente se puede negar a determinados tratamientos siempre que se encuentre en cualquiera de las situaciones descriptas al principio del párrafo. La misma contradicción existe en el inc. g) del art. 59 del CCyC. La disyuntiva se soluciona con la fuente de ambos artículos: el artículo 2º, inc. e) de la LDP.

44 El destacado me pertenece.

45 La exigencia del estado terminal surge, además, del Decreto 1089/2012, reglamentario de la norma, que aclara expresamente en la parte pertinente que el paciente podrá rechazar la alimentación y la hidratación “cuando padezca una enfermedad irreversible, incurable y se encuentre en estadio terminal”. También Andruet (2015, ap. II) propuso en su momento esta interpretación, criticando el fallo que se cita en la siguiente nota.

46 Es lo que ha hecho, a nuestro modo de ver, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *D., M. A.* (cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *D., M. A. s/declaración de incapacidad*, 07/07/2015, Fallos: 338:556).

casos y por qué motivos? Estas preguntas serán respondidas a continuación, aunque primero conviene detenerse en la particular situación de una persona en estado vegetativo; a dicha situación se aplicará el análisis de si es lícito el retiro de la hidratación y la alimentación.

5. El estado vegetativo y la alimentación e hidratación

¿La hidratación y la alimentación pueden ser o no consideradas en algún caso como procedimientos médicos desproporcionados en relación con las circunstancias del paciente?

La respuesta desde el punto de vista del derecho aplicable en nuestro país no parece sencilla, pues la redacción de algunos de los artículos involucrados es confusa en unos casos y contradictoria en otros, como pudo verse. A nuestro modo de ver, tanto desde el punto de vista ético como del jurídico, solo de manera muy excepcional podría retirarse la alimentación y la hidratación. ¿Cuándo? Cuando la alimentación y la hidratación no cumplan sus funciones propias de alimentar e hidratar o, más aún, cuando resulten perjudiciales para el paciente debido a su estado o se haga imposible suministrarlas.⁴⁷ Si la alimentación y la hidratación cumplen su función y no empeoran la condición del pa-

47 Algunos ejemplos podrían ser que el paciente padezca un desorden orgánico generalizado que le impide el funcionamiento correcto del sistema digestivo, o en un estado de agonía, próximo a la muerte. El curador *ad litem* en el caso *D., M. A.*, resuelto por la CSJN, sostiene que la norma nacional habilitaría el retiro de la alimentación e hidratación en un paciente en estado terminal cuando “no satisfagan su finalidad específica, esto es, hidratar y alimentar al paciente” (considerando 2º). Por su parte, la Congregación para la Doctrina de la Fe (2007b) ha publicado un “Artículo de Comentario” sobre el asunto en el que ha recogido las declaraciones magisteriales relativas al asunto, que son numerosas. De estas intervenciones surge otra formulación de las posibles excepciones mencionadas, se habla de su obligatoriedad “cuando no resulten gravosos para él” (Pontificio Consejo para los Agentes Sanitarios, 1995, Nº 120). La Congregación para la Doctrina de la Fe (2007a) respondió a dos preguntas realizadas por la Conferencia Episcopal Estadounidense y afirmó la obligatoriedad, “en la medida y mientras se demuestre que cumple su propia finalidad”, de suministrar la alimentación y la hidratación en pacientes en EVP, aún prolongado, por ser “cuidados ordinarios y proporcionados” debidos a todo paciente (junto con la calefacción, higiene, etc.). En el artículo comentario, la Congregación (2007b) afirma que la obligatoriedad moral “no excluye que, en alguna región muy aislada o extremadamente pobre, la alimentación e hidratación artificiales puede que no sean físicamente posibles, entonces *ad impossibilia nemo tenetur*, aunque permanece la obligación de ofrecer los cuidados mínimos disponibles y de buscar, si es posible, los medios necesarios para un adecuado mantenimiento vital. Tampoco se excluye que, debido a complicaciones sobrevenidas, el paciente no pueda asimilar alimentos y líquidos, resultando totalmente inútil suministrárselos. Finalmente, no se descarta la posibilidad de que, en algún caso raro, la alimentación e hidratación artificiales puedan implicar para el paciente una carga excesiva o una notable molestia física vinculada, por ejemplo, a complicaciones en el uso del instrumental empleado”.

ciente, no pueden ser retiradas, pues nunca será desproporcionado alimentar e hidratar a una persona a la que la nutrición beneficie.⁴⁸

Ello es independiente de que se lo considere o no una práctica médica,⁴⁹ pues constituye el resguardo mínimo para mantener a todo sujeto con vida si no puede alimentarse autónomamente (sea alimentación oral o enteral).⁵⁰ Otros medios podrían llegar a ser desproporcionados, siempre en relación con las circunstancias concretas del paciente, pero la alimentación y la hidratación, en tanto cumplan su función y no generen complicaciones al estado del paciente, son medios universales de subsistencia que cubren necesidades fisiológicas exigidas por cualquier organismo vivo.

Debido a cierta desinformación y a recientes sucesos jurídicos (tales como el fallo *Sosa* de los tribunales de la provincia de Córdoba),⁵¹ conviene analizar especialmente el caso del retiro de la alimentación e hidratación en pacientes en estado vegetativo (en adelante, EV). Para ello, debemos aportar algunos datos sobre qué implica tal estado.

El contenido de la expresión “estado vegetativo” no es pacífico,⁵² pues ha sido definido de muchos modos. Preferimos aquí la definición de The Multi-Society Task Force on PVS (1994): “El estado vegetativo es una condición clínica de total inconsciencia (de uno mismo y del entorno), acompañada de

48 En este contexto, es complejo el análisis de la frase del artículo 2° de la LDP en cuanto se dice que la alimentación y la hidratación pueden ser retiradas cuando “produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal”. La alimentación y la hidratación nunca producirán como único efecto mantener a una persona en un estado terminal. Si el artículo se estuviera refiriendo a esos medios como únicos soportes vitales y la vida misma con su dignidad pudiera ser fútil como para acortarla, podría ser incompatible con el artículo 11 de la LDP y con otras normas de raigambre constitucional.

49 Se discute incluso si la alimentación enteral puede ser considerada un tratamiento médico. Algunos profesionales de la medicina sostienen que no califica de tal. Aunque, por ejemplo, el acto de la yeyunostomía sea una práctica médica, una vez realizada, el hecho de mantener la vía y alimentar al paciente no es un acto médico, lo puede realizar cualquier persona, incluso en el domicilio del paciente sin asistencia de profesional alguno (Montiel Boehringer, 2008, pp. 35-36).

50 En Inglaterra, han surgido voces autorizadas para referirse a la falta de ética y a la inconveniencia de permitir retirar la alimentación y la hidratación en casos de cuidados de personas en estado terminal (Craig, 1994, 2008).

51 Puede verse el fallo de la Cámara Contencioso Administrativa, de 2ª Nom., *Sosa Ocampo, Rosa Mariana y otros c/Municipalidad de Córdoba – Amparo Ley 4915*, 28/09/2023, https://www.justicia-cordoba.gob.ar/cargawebweb/_News/file.aspx?id=22688.

52 Tampoco es pacífica la propia utilización de los términos “estado vegetativo” y muchos científicos proponen otros vocablos, ya sea porque son más específicos o porque resultan menos ofensivos para la dignidad humana (Montiel Boehringer, 2008, pp. 15-20). Un término aceptado últimamente es *unresponsive wakefulness syndrome* (Van Erp et al., 2014, pp. 1361-1368).

ciclos de sueño-vigilia con preservación total o parcial de las funciones autonómicas hipotalámicas y del tronco encefálico” (p. 1499 y 1500).⁵³

El EV presenta una sintomatología afín a otras situaciones, como el estado de coma, por un lado, o el estado de mínima conciencia (EMC), por el otro; y dentro de cada estado existe graduación.⁵⁴ Para llegar a un diagnóstico más preciso que permita conocer si el paciente se encuentra en EV o en otra situación, son necesarios ciertos estudios que no están al alcance de toda institución. Por ello, los diagnósticos y pronósticos no siempre son precisos.

Transcurrido un tiempo de un paciente en EV, se presenta la oportunidad de definir si dicho estado es o no irreversible (también llamado “permanente”). Pero ello no es sencillo, pues se encuentran en constante estudio las condiciones para declarar al EV como irreversible. Las investigaciones no resultan fáciles de realizar y las estadísticas se ven afectadas porque no en todos los pacientes se mantiene el esfuerzo terapéutico necesario para procurar la subsistencia o, incluso, la mejora del paciente.⁵⁵ Sin embargo, la práctica médica extendida, resultado de estudios realizados ya hace muchos años, es la de no calificar a un EV como permanente sino hasta que transcurran 12 meses cuando la causa ha sido traumática y de menos cuando ha sido no traumática (en algunos estudios se proponen 3 meses para este caso).⁵⁶ Algunos estudios proponen reevaluar

53 Aquí, el texto original: “The vegetative state is a clinical condition of complete unawareness of the self and the environment, accompanied by sleep-wake cycles with either complete or partial preservation of hypothalamic and brain-stem autonomic functions” (The Multi-Society Task Force on PVS, 1994, pp. 1499 y 1500). Aunque el avance de la ciencia ha dado con nuevas estadísticas, más esperanzadoras, esta publicación se ha convertido en una de las más autoritativas, y para algunos asuntos continúa siendo de cita obligatoria.

Un elemento a considerar en estos casos es que los pacientes podrían tener cierta conciencia del entorno, pero los profesionales intervinientes podrían no ser capaces de percibir tal estado. Así se ha dicho en diversas oportunidades. Ver, por ejemplo, el trabajo de Bender et al. (2015, pp. 235-242). Cuando se dice que una persona se encuentra en un total estado de inconsciencia, más correctamente se afirma que “los medios de los que disponemos no permiten percibir conciencia”.

54 La distinción entre EV y EMC es algo relativamente nuevo, producto del avance científico de las últimas décadas, y los métodos de diagnóstico aún no son del todo adecuados y tienen un alto porcentaje de error en la diagnosis (Bender et al., 2015, pp. 235-2429). En el caso *D., M. A.*, los equipos médicos intervinientes no llegaron rápidamente al diagnóstico de EMC, pero los peritos de la CSJN hicieron notar la diferencia entre ambos diagnósticos y calificaron el estado de *M. A. D.* como EMC (cfr. CSJN, *D., M. A. s/declaración de incapacidad*).

55 Existe, por un lado, una creciente tendencia a disminuir el esfuerzo terapéutico en estos pacientes, retirando el soporte vital o la alimentación e hidratación. Por otro lado, existe un esmero por parte de algunos profesionales por estimular a estos pacientes para lograr una recuperación; los resultados de estos tratamientos son muy positivos. Pueden verse, por ejemplo, los avances que produce en estos pacientes la estimulación sensorial, que resultan esperanzadores (Padilla y Domina, 2016, pp. 1-8).

56 La espera de 12 meses se encuentra extensamente aceptada y se enseña en manuales y protocolos

esos plazos, porque existe un nada despreciable porcentaje de recuperación de pacientes aun después del tiempo estipulado para declarar su irreversibilidad.⁵⁷

En el caso de una persona en EV, el suministro de la alimentación y la hidratación, en cuanto medio, no difiere del que necesita, por ejemplo, una persona con cierto grado de desnutrición.⁵⁸ Su administración no es difícil de realizar, incluso se puede hacer en el hogar, no genera dolor alguno ni gastos excesivos y el alimento no difiere substancialmente del que ingiere una persona que puede alimentarse por sí misma. Si se expresa en términos de proporcionalidad, los factores negativos prácticamente no difieren de los necesarios para cualquier sujeto sano y el efecto positivo es el de mantener con vida al sujeto. Brindar alimentación e hidratación no solo no constituye un medio desproporcionado, sino que tampoco representa una exigencia mínima de respeto a la vida de la que nadie puede ser privado arbitrariamente.

6. Conclusiones

No existe propiamente un “derecho a la muerte” (entendido como derecho a solicitar que se le cause la muerte por acción u omisión), sino un derecho a vivir dignamente hasta el último instante. El supuesto “derecho a la muerte” no ha sido reconocido expresamente en el ordenamiento jurídico. Tampoco es parte del contenido esencial de otro derecho reconocido. Especialmente, no es un derecho como parte del contenido esencial del derecho a la autodeterminación, pues, entre otras razones importantes, tal derecho solo *permite* la realización de actos sin la injerencia externa, pero no da *derecho* a cierto acto, con todo lo que ello implica. Algunas de las otras razones son: no puede haber un derecho cuyo contenido esencial constituye la eliminación absoluta del contenido esencial del bien jurídico que sustenta la existencia; tampoco podría ser parte del contenido esencial de un derecho la posibilidad de atentar direc-

de práctica médica de diversos países. Ver, por ejemplo, Darko Chudy y Raguž (2020, pp. 515-521), Maiese (2022) y el ya sido citado trabajo de The Multi-Society Task Force on PVS (1994), que resultó muy influyente.

57 Véanse, por ejemplo, los aportes de Childs y Mercer (1996, pp. 24-25) y de Noé et al. (2019, pp. 584-595). Según este último trabajo, el 35% de los pacientes en EV superaron el estado después del supuesto punto de irreversibilidad, así como casi el 50% de los pacientes en EMC, por ello concluyen: “Algunos criterios clásicos relacionados con el mal pronóstico de estos estados en términos de tiempo y posibilidades de recuperación deben ser reevaluados” (p. 590).

58 Ver más datos y precisiones sobre la alimentación enteral y su uso en: <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/rm-1548-2007.pdf>.

tamente contra la dignidad esencial u ontológica, desconociéndola. Por tanto, nadie tiene el derecho de solicitar que se le cause la muerte.

Por otro lado, sí existe el derecho a rechazar determinados tratamientos cuando resultan desproporcionados y a exigir los cuidados necesarios para transitar los últimos momentos de la vida del modo más digno posible de acuerdo a las circunstancias. Pero tal derecho tiene un límite, como toda disposición de derechos personalísimos. El límite es exigido por la propia dignidad de la persona humana, que impone la realización de los medios proporcionados (consideradas todas las cosas) para que el sujeto viva dignamente hasta el último instante.

La exigencia sobre la desproporción de los medios vincula la decisión del paciente con la prohibición de toda práctica eutanásica, aunque pueda ser bienintencionada, pues es injusta. La eutanasia puede ser definida, genéricamente, como la causación de la muerte de otra persona por piedad, con la finalidad de aliviar el sufrimiento por un padecimiento de salud (por ejemplo, una enfermedad o lesión que produce dolor) o de concluir con una vida que no es considerada digna (por ejemplo, el caso de un paciente en estado vegetativo permanente). Dicha causación puede ser por acción o por omisión.

Lo que define la licitud o ilicitud de una conducta omisiva —destinada a no realizar un tratamiento o a suspender un tratamiento que se está realizando— es la proporción del medio disponible frente a una afección de salud. Para valorar tal proporción, deben considerarse tanto las características del medio en sí como las circunstancias del paciente. En el balance entre costos y beneficios es especialmente importante la probabilidad de la eficacia de la práctica en relación con la extensión y la calidad de vida que resulte para el paciente, así como la capacidad del paciente para afrontar, tanto física como psicológica y moralmente, la práctica.

Las ideas desarrolladas son compatibles con el ordenamiento jurídico argentino, que establece límites a la disponibilidad de los derechos personalísimos. Entre estos, tanto en la Ley 26529 —sobre los derechos de los pacientes o LDP— como en el Código Civil y Comercial, se establecen límites a la posibilidad de rechazar tratamientos y a la posibilidad de solicitar la realización activa de prácticas eutanásicas. Entre las normas citadas, la primera cobra especial relevancia, más específicamente sus artículos 2º y 11.

Según el inc. e) del artículo 2º de la LDP, el paciente que presenta “una enfermedad irreversible, incurable o se encuentr[a] en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación” puede rechazar ciertas

prácticas “cuando sean extraordinarias o desproporcionadas”. Según el artículo 11, el profesional de la salud debe desoír peticiones que constituyan “prácticas eutanásicas”, que se tendrán como “inexistentes”.

En la segunda oración del párrafo citado del inciso e) del art. 2º de la LDP, se dice que “también” se podrán rechazar “procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable”. Ello implica que solo en el caso de una situación terminal el paciente podría solicitarlo. Pero, además, el retiro de la alimentación y la hidratación debe resultar un medio extraordinario o desproporcionado para las circunstancias del paciente y, por ende, no resultar una práctica eutanásica. Por tanto, el retiro de la alimentación o hidratación podrá darse cuando el medio no cumpla su función o cuando resulte perjudicial para el paciente.

Finalmente, es conveniente aclarar que frente a un paciente en estado vegetativo permanente, no se dan *per se* las circunstancias que permitan afirmar que la hidratación o alimentación enteral resultan desproporcionadas.

Bibliografía

- Absuelta tras aplicar la eutanasia a una paciente que dio señales contradictorias sobre su deseo a morir. (11 de septiembre de 2019). ABC. https://www.abc.es/sociedad/abci-holanda-absuelta-doctora-aplico-eutanasia-paciente-alzheimer-201909111355_noticia.html.
- Alida Asscher, E. C. y Van de Vathorst, S. (2019). First prosecution of a Dutch doctor since the Euthanasia Act of 2002: What does the verdict mean? *Journal of Medical Ethics*, 46, 72-74. <https://jme.bmj.com/content/medethics/46/2/71.full.pdf>.
- Andruet, A. S. (h). (2001). Ley holandesa de “Terminación de la vida a petición propia”. Nuestra consideración acerca de la eutanasia. *DS*, 9(2), 169-199.
- Andruet, A. S. (h.). (2015). Elementos para una heurística adecuada del fallo sobre muerte digna de la Corte Suprema de la Nación (el caso ‘M. D.’). *SJA*, 19/08/2015. AR/DOC/5198/2015.
- Aznar, J. (2021). The slippery slope of euthanasia. *Medicina e Morale*, XXX, 1-10.
- Bender, A., Jox, R., Grill, E., Straube, A. y Lulé, D. (2015). Persistent Vegetative State and Minimally Conscious State. A systematic review and meta-analysis of diagnostic procedures. *Deutsches Arzteblatt International*, 112(14), 235-242.
- Brody, H. (1998). Physician-Assisted Suicide in the Courts: Moral Equivalence, Double Effect, and Clinical Practice. *Minnesota Law Review*, 82, 939-963.
- Calipari, M. (2007). *Curarse y hacerse curar: Entre el abandono del paciente y el encarnizamiento terapéutico* (1ª ed.). Educa.

- Cámara Villar, G. (2021). La regulación de la eutanasia y del suicidio asistido en el mundo. Panorama general y comparado. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, XXXVII, 452-459.
- Cañamares Arribas, S. (2016). La reciente jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y del Tribunal Supremo en Canadá en relación con el derecho a la muerte digna. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 108, 337-356.
- Childs, N. L. y Mercer, W. N. (1996). Late Improvement in Consciousness after Post-Traumatic Vegetative State. *The New England Journal of Medicine*, 334, 24-25.
- Congregación para la Doctrina de la Fe. (1980). Declaración Iura et bona. *Acta Apostolicae Sedis*, (72).
- Congregación para la Doctrina de la Fe. (2007a). Respuestas a algunas preguntas de la Conferencia Episcopal Estadounidense sobre la alimentación y la hidratación artificiales. *Acta Apostolicae Sedis*, (99), 820-821.
- Congregación para la Doctrina de la Fe. (2007b). *Artículo de Comentario*. OR, 15.9.2007, pp. 1-5.
- Craig, G. (1994). Is Sedation without Hydration or Nourishment in Terminal Care Lawful? *Medico-Legal Journal*, 62(4), 198-201.
- Craig, G. (2008). Palliative Care in Overdrive: Patients in Danger. *American Journal of Hospice and Palliative Medicine*, 25(2), 155-160.
- Darko Chudy, M. y Raguž, V. D. (2020). Chapter 36—Deep brain stimulation for treatment patients in vegetative state and minimally conscious state. En Deletis, V., Shilis, J. L., Sala, F. y Seidel, K. (Eds.), *Neurophysiology in Neurosurgery: A Modern Approach* (2ª ed., pp. 515-521). Academic Press.
- Dicasterio para la Doctrina de la Fe. (2024). *Declaración Dignitas infinita*. Boletín de la Oficina de Prensa de la Santa Sede. <https://press.vatican.va/content/salastampa/es/bollettino/pubblico/2024/04.html>.
- Gómez Sancho, M. (Coord.). (2015). *Atención Médica al final de la vida: conceptos y definiciones*. Grupo de Trabajo de la Organización Médica Colegial y Sociedad Española de Cuidados Paliativos. <https://www.gacetamedicabilbao.eus/index.php/gacetamedicabilbao/article/view/38/0>
- Gorsuch, N. M. (2006). *The future of assisted suicide and eutanasia*. Princeton University Press.
- Hervada, J. (1975). Los trasplantes de órganos y el derecho a disponer del propio cuerpo. *Persona y Derecho*, 2, 195-254.
- House of Lords Select Committee on Medical Ethics. (1994). Medical Ethics: Select Committee Report. *House of Lords Official Report*, 554, 1344-1412. <https://api.parliament.uk/historic-hansard/lords/1994/may/09/medical-ethics-select-committee-report>.
- Keown, J. (2018). *Euthanasia, Ethics and Public Policy* (2ª ed.). Cambridge University Press.
- Maiese, K. (2022). *Vegetative state*. MSD Manuals. <https://www.msdmanuals.com/home/brain,-spinal-cord,-and-nerve-disorders/coma-and-impaired-consciousness/vegetative-state>.
- Marcos del Cano, A. M. (2021). ¿Existe un derecho a la eutanasia? Panorama internacional y análisis de la Ley Orgánica de la Eutanasia en nuestro país. *Teorder*, 29, 131-132.
- Marzen, T. J., O'Dowd, M. K., Crone, D. M. y Balch, T. J. (1996). Suicide: A Constitutional Right? Reflections Eleven Years Later. *Duquesne Law Review*, 35, 264-271.
- Montero, E. (2001). ¿Hacia una legalización de la eutanasia voluntaria? Reflexiones acerca de la tesis de la autonomía. *Cuadernos de Bioética*, 12(44), 27-43.
- Montiel Boehringer, V. (2008). *Retirar la alimentación e hidratación. Problema bioético en el paciente en Estado Vegetativo Permanente*. IF Press.
- Noé, E., Olaya, E., Colomer, C., Moliner, B., Ugart, P., Rodríguez, C., Llorens, R. y Ferr, J.

- (2019). Current validity of diagnosis of permanent vegetative state: A longitudinal study in a sample of patients with altered states of consciousness. *Neurología (Sociedad Española de Neurología)*, 34(9), 589-595.
- Ollero, A. (2001). Eutanasia y Multiculturalismos. Derecho, moral y religión en una sociedad pluralista. *Cuadernos de Bioética*, 12(44), 44-54.
- Padilla, R. y Domina, A. (2016). Effectiveness of Sensory Stimulation to Improve Arousal and Alertness of People in a Coma or Persistent Vegetative State After Traumatic Brain Injury: A Systematic Review. *The American Journal of Occupational Therapy*, 70(3), 1-8.
- Poder Ejecutivo Nacional. (2012). *Proyecto de de la Nación y Comercial Código Civil. Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional N° 884/2012*. Infojus.
- Pontificio Consejo para la Pastoral de los Asistentes Sanitarios. (1995). Carta de los Agentes Sanitarios. OR, 15.9.2007, 1-5.
- Raus, K., Vanderhaegen, B. y Sterckx, S. (2021). Euthanasia in Belgium: Shortcomings of the Law and Its Application and of the Monitoring of Practice. *The Journal of Medicine and Philosophy*, 46, 80-107.
- Real Academia Española. (1992). *Diccionario de la lengua española* (21ª ed.). Espasa Calpe.
- Requena Meana, P. (2017). ¡Doctor, no haga todo lo posible! De la limitación a la prudencia terapéutica (1ª). Editorial Comares.
- Riofrío Martínez-Villalba, J. C. (2019). Eutanasia y distanasia: Dos extremos opuestos. *Revista de la Facultad de Jurisprudencia*, 6, 289-310.
- Rodríguez Molinero, M. (1992). Eutanasia. B. Especies de eutanasia. En *Gran Enciclopedia Rialp* (Vol. IX, p. 577). Rialp.
- Sambrizzi, E. A. (2005). *Derecho y eutanasia*. Thomson Reuters-La Ley.
- Sapag, M. (2010). El Derecho ante la muerte. Consideraciones jurídicas y morales en torno a la “eutanasia” y la “otonasia”. *Revista de Derechos Humanos*, 1, 171-192.
- Silberberg, A., Robetto, J. y Achával, M. (2018). Eutanasia y distanasia: Dos extremos opuestos. *Cuadernos de Bioética*, XXIX(96), 137-146.
- Smith, J. C. (1964). Muerte. En Lerner, B. (Ed.), *Enciclopedia Jurídica Omeba* (Tomo XIX, pp. 932-936). Editorial Bibliográfica Argentina Omeba.
- Soria Sainz, J. L. (1992a). 1. Eutanasia. Estudio general. A. Noción e historia. En *Gran Enciclopedia Rialp* (Vol. IX, p. 577). Rialp.
- Soria Sainz, J. L. (1992b). Eutanasia. 2. Juicio moral. En *Gran Enciclopedia Rialp* (Vol. IX, pp. 578-579). Rialp.
- Soria Sainz, J. L. (1992c). Eutanasia. 3. La muerte sin dolor. En *Gran Enciclopedia Rialp* (Vol. IX, p. 579). Rialp.
- Spaemann, R. (1988). Sobre el concepto de dignidad humana. *Persona y Derecho*, 19, 13-33.
- The Linacre Centre for Health Care Ethics. (1994). Euthanasia and clinical practice. A Working Party Report. En Gormally, L. (Ed.), *Euthanasia, Clinical Practice and Law* (pp. 48-50). The Linacre Centre for Health Care Ethics.
- The Multi-Society Task Force on PVS. (1994). Medical Aspects of the Persistent Vegetative State. *The New England Journal of Medicine*, 330(21), 1499-1508.
- Tobías, J. W. (2019). Glosas a los artículos 1 a 104 y 141 a 224. En Alterini, J. H., Alterini, I. E., Gómez Leo, O., Aicega, M. V. y Leiva Fernández, L. F. (Eds.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado: Tratado exegético* (3ª ed., Vol. I). Thomson Reuters-La Ley.

- Van Erp, W. S., Lavrijsen, C. J. M., Van de Laar, F. A., Vos, P. E., Laureys, S. y Koopsmans, R. T. C. M. (2014). The vegetative state/unresponsive wakefulness syndrome: A systematic review of prevalence studies. *European Journal of Neurology*, 21(11), 1361-1368.
- Vega Gutiérrez, J. (2007). La práctica de la eutanasia en Bélgica y la “pendiente resbaladiza”. *Cuadernos de Bioética*, XVIII(1), 71-87.
- Vega Gutiérrez, J. y Ortega, Í. (2007). La “pendiente resbaladiza” en la eutanasia en Holanda. *Cuadernos de Bioética*, XVIII(1), 89-104.
- Velasco Suárez, D. (2021). *Eutanasia y dignidad. Perspectivas jurídica, filosófica, sociológica e histórica de un debate*. Fundación de Cultura Universitaria.
- Working Group on the Signs of Death. (2007). *The Signs of Death*. 11-12 September 2006. Pontificia Academia de las Ciencias.
- Zambrano, M. del P. (2005a). *La disponibilidad de la propia vida en el liberalismo político*. Ábaco.
- Zambrano, M. del P. (2005b). Sobre la moralidad y la juridicidad de la suspensión de tratamientos médicos vitales. *La Ley*, 2005-B, 265. AR/DOC/278/2005.
- Zambrano, M. del P. (2011). Privacidad y omisión de tratamientos médicos. La tolerancia del suicidio como efecto secundario. *Suplemento de Derecho, Familia y Persona. La Ley*, III(1), 255-260.
- Zambrano, M. del P. (2015). Omisión o suspensión de cuidados vitales. Matar o dejar morir. En Contreras, S. y Miranda, A. (Eds.), *Problemas de derecho natural* (pp. 141-160). La Ley-Thompson Reuters.
- Zambrano, M. del P. (2022). La dignidad como concepto gozne entre el discurso moral y el discurso jurídico. Apuntes para el uso válido, conveniente y transparente del concepto de dignidad en la argumentación judicial. *Prudentia Iuris*, 94, 309-344.

Jurisprudencia citada

- Sentencia del Tribunal Constitucional, STS 120/90, 27 de abril [España].
- Suprema Corte de los Estados Unidos, *Cruzan vs. Director, Missouri Department of Health*, 497 U.S., 261 (1990).
- Suprema Corte de los Estados Unidos, *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S., 702 (1997).
- Suprema Corte de los Estados Unidos, *Vacco v. Quill*, 521 U.S., 793 (1997).
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Pretty vs. United Kingdom*, 29/04/2002, ap. 39. Síntesis en <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%7B%22002-5380%22%7D>.
- Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, S., M. d. C. S/*Insania*, 09/02/2005. <https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=25576>.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, D., M. A. s/*declaración de incapacidad*, 07/07/2015, Fallos: 338:556.
- Fiscalía del Tribunal Supremo de los Países Bajos (Parket bij de Hoge Raad), ECLI:NL:PHR:2019:1338 - Parket bij de Hoge Raad, 17-12-2019, 19/04910. <https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:PHR:2019:1338>.
- Tribunal Supremo de los Países Bajos (Hoge Raad der Nederlanden), ECLI:NL:HR:2020:712 - Hoge Raad, 21-04-2020, 19/04910. <https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:HR:2020:712>.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, STC 19/2023, 22 de abril [España].

Cámara Contencioso Administrativa, de 2ª Nom., *Sosa Ocampo, Rosa Marianela y otros c/Municipalidad de Córdoba – Amparo Ley 4915*, 28/09/2023. https://www.justiciacordoba.gob.ar/cargawebweb/_News/file.aspx?id=22688.

PENSAMIENTO SOCIAL CRISTIANO Y DERECHOS DE LA PERSONA¹

Pasquale Gianniti

Consigliere della Corte di Cassazione (Italia)

pasquale.gianniti@gmail.com

Recibido: 06/01/2024

Aceptado: 04/03/2024

Resumen

La categoría de derecho subjetivo es ajena a las culturas de las que procede la tradición jurídica europea occidental (es decir, la cultura judía, así como la griega y la latina), del mismo modo que es ajena a otras tradiciones jurídicas (como la china, la india y la islámica). Sólo se puede empezar a hablar de la elaboración de una categoría de derechos subjetivos a partir del siglo XVIII, cuando, en el contexto cultural europeo de la época, la concepción realista del derecho (la de Aristóteles, los juristas romanos y Tomás de Aquino, para entendernos) fue progresivamente sustituida por una concepción subjetivista e individualista, basada en la idea del poder del individuo.

El particular trasfondo individualista, en el que nació la teoría de los derechos subjetivos, explica la posición inicialmente adoptada por el magisterio de la Iglesia católica, que no aceptó la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, proclamada por la Asamblea Nacional Francesa el 26 de agosto de 1789, y posteriormente, durante cerca de un siglo, mantuvo una posición cerrada con respecto a estos derechos.

La cuestión es que, como ha puesto de manifiesto el magisterio social de los papas del siglo pasado, la perspectiva antropológica cristiana excluye la posibilidad de considerar a la persona en su individualidad absoluta y solitaria, construida por sí misma y sólo sobre sí misma, una entidad anómica indiferente a los demás. Del mismo modo, excluye que se pueda definir a la persona como un elemento de un engranaje o como una célula de un organismo cuya función vendría dada por el fin (que, respectivamente, persigue la máquina o el organismo).

Según el pensamiento social cristiano, el individualismo tiende a promover la anomia, mientras que el funcionalismo y el organicismo se resuelven en el corporativismo, por tanto, ninguna de estas soluciones al problema del orden social parece suficientemente sólida para contrarrestar la deriva totalitaria.

1 El presente artículo ha sido traducido al español del original en italiano por el profesor Dr. Cristian Altavilla (Universidad Nacional de Córdoba, Universidad Siglo 21, Argentina).

Sobre el tema de los derechos de la persona humana, el pensamiento social cristiano saca a la luz un enfoque original basado en la noción de dignidad de la persona humana: creada a imagen de Dios, inserta en las relaciones con los demás, en interacción con los bienes del universo. Por tanto, la tradición de los derechos, que inspira el pensamiento social cristiano, no es la tradición libertaria-individualista, ni siquiera la colectivista, sino la tradición dignitaria.

El pensamiento social cristiano puede aportar una valiosa contribución en la búsqueda de soluciones a algunos problemas espinosos que siempre han acompañado a la doctrina de los derechos de la persona humana, en particular el problema de la determinación de los derechos individuales, así como de su fundamento y universalidad.

Palabras clave: pensamiento, social, cristiano, derechos, persona.

Christian Social Thought and Human Rights

Abstract

The category of subjective right is foreign to the cultures from which the Western European legal tradition originates (namely, Jewish culture, as well as Greek and Latin cultures), just as it is foreign to other legal traditions (such as Chinese, Indian and Islamic). The creation of a category of subjective rights emerges as late as the 18th century, when in the European cultural context of the time the realist conception of law (that of Aristotle, the Roman jurists and Thomas Aquinas, just to name a few) was gradually replaced by a subjectivist and individualist conception, based on the idea of the power of the individual.

The particular individualist background in which the theory of subjective rights was born explains the position, initially taken by the Magisterium of the Catholic Church, which did not accept the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, proclaimed by the French National Assembly on August 26, 1789; and, thereafter, for about a century, maintained a closed position with respect to said rights.

The point is that, as the social Magisterium of the Popes of the last century has made clear, the Christian anthropological perspective excludes the possibility of considering the person in his absolute and solitary individuality, built by himself and only on himself, an anomic entity indifferent to others. Similarly, it excludes that one can define the person as an element of a gear or as a cell of an organism whose function would be given by the end (which, respectively, the machine or the organism aims at).

According to Christian social thought, individualism tends to promote anomie, while functionalism and organicism are resolved in corporativism; therefore, neither of these solutions to the problem of social order appears sufficiently solid to counter the totalitarian drift.

On the subject of the rights of the human person, Christian social thought brings to light an original approach based on the notion of the dignity of the human person: created in the image of God; embedded in relationships with others; in interaction with the goods of the universe. Therefore, the tradition of rights, which inspires Christian social thought, is not the libertarian-individualistic or even the collectivist tradition, but the dignitary tradition.

Christian social thought can make a valuable contribution in the search for solutions to some

thorny problems that have always accompanied the doctrine of the rights of the human person: in particular, the problem of determining individual rights, as well as their foundation and universality.

Key words: thought, social, Christian, rights, person.

1. El problema del derecho subjetivo

Un aspecto fundamental de la función del derecho, como sabemos, consiste en evitar que surjan conflictos de intereses en el seno de una comunidad de personas en relación con algún bien o resolver los conflictos que puedan surgir. Obviamente, la posibilidad de un contraste es tanto mayor cuanto más escasos son los recursos y mayor el número de sujetos que aspiran a ellos. En este sentido, el derecho está llamado a desempeñar una función atributiva indispensable, es decir, a establecer las condiciones en las que tal o cual sujeto puede apropiarse de un determinado bien (y en qué medida puede hacerlo). La existencia de una norma no basta por sí sola para excluir la posibilidad de conflicto, pero al menos circunscribe su alcance, en el sentido de que, si surge un conflicto, sólo se referirá a la interpretación y aplicación al caso concreto de la norma prevista para la identificación del sujeto al que se debe la propiedad.

En una primera aproximación, por tanto, el derecho subjetivo es la posición de ventaja concedida a un sujeto para la realización de uno de sus intereses, pero el concepto relativo —conviene precisarlo inmediatamente— es el resultado de una abstracción conceptual,² expresable en los siguientes pasos: existe un bien potencialmente apto para satisfacer un interés específico de uno o varios sujetos; el ordenamiento jurídico, reconociendo ese interés como digno de protección, establece las condiciones en presencia de las cuales ese bien debe ser atribuido a una persona; como consecuencia de esa atribución, el sujeto adquiere una serie de prerrogativas en relación con el bien, es decir, tiene la facultad de colocar sobre él determinadas actividades, funcionales a la realización de ese interés; dichas prerrogativas constituyen el contenido del derecho atribuido,³ es decir, las actividades que el titular del derecho puede realizar sobre el bien para obtener sus beneficios (y, por tanto, satisfacer el interés del que es titular).

2 El derecho subjetivo no es un objeto material cuyos elementos constitutivos puedan ser identificados y descritos, sino que es un concepto abstracto elaborado con la finalidad de describir, identificando los aspectos comunes, las diversas hipótesis en las que, en el conflicto entre dos intereses, el ordenamiento jurídico favorece a uno y le atribuye al sujeto, que es su titular, una serie de requisitos previos que son funcionales a su satisfacción.

3 El derecho subjetivo tiene como contenido facultades, pretensiones y poderes de diversa índole. En

Además de los intereses cuya satisfacción pasa por las utilidades obtenibles de un bien, existen intereses que sólo pueden realizarse mediante la cooperación de un tercero. La diferencia es notable. En el caso del derecho a un bien, el sujeto realiza el interés por sí mismo, sin necesidad de la cooperación de otros; le basta con realizar las actividades necesarias para apropiarse de las utilidades obtenibles del bien. En cambio, en el caso de un derecho de prestación, la cooperación de terceros es necesaria porque sólo la prestación del tercero le permite a la persona —titular del derecho— realizar el interés perseguido.

Esta diferencia es la base de la distinción tradicional entre derechos absolutos (como los de propiedad y otros derechos reales y los derechos sobre bienes inmateriales) y derechos relativos (como los de crédito, que forman parte de cualquier relación obligatoria). Estos últimos, conviene reiterarlo, tienen por objeto la conducta ajena, que el titular del derecho puede exigirle a un tercero (obligado a realizarla en interés del titular).⁴ La diferencia entre derechos absolutos y relativos sólo puede captarse en la estructura interna del derecho, es decir, en la independencia o dependencia de la cooperación de otros en la realización de un interés reconocido por el ordenamiento jurídico.⁵

Diferentes consideraciones parecen aplicarse a esa categoría particular de derechos absolutos, que está constituida por los derechos relativos a los diver-

cualquier caso, sus aspectos fundamentales son la voluntad (destacada sobre todo en el pensamiento de Savigny y Windsheid) y el interés (destacado sobre todo en el pensamiento de Jhering).

4 Tradicionalmente, se acostumbra a decir que los derechos absolutos pueden afirmarse *erga omnes* (en el sentido de que corresponden a un deber que incumbe a todo miembro de abstenerse de cualquier conducta lesiva), mientras que los derechos relativos sólo se dirigen a un sujeto determinado, que está obligado a asumir una conducta determinada.

A favor del abandono de este criterio discrecional, sin embargo, debe observarse que la prohibición general de perjudicar a terceros y la obligación que incumbe al deudor en el marco de una relación obligatoria desempeñan un papel diferente en la dinámica del derecho subjetivo: el deber de abstenerse de conductas perjudiciales es funcional a la protección de los derechos absolutos frente a agresiones externas (por tanto, concierne al perfil externo de la protección del derecho), mientras que el cumplimiento de la prestación debida realiza el interés del acreedor (por tanto, concierne a la propia realización del derecho).

De hecho, no hay que confundir el nivel de realización del interés con el nivel de su protección: los derechos absolutos no tienen propiamente un destinatario pasivo, ya que la realización del interés que los subyace no requiere en sentido estricto la cooperación de terceros; por otra parte, los derechos de crédito proyectan también en torno a ellos el deber general de abstenerse de realizar conductas que puedan perjudicar la satisfacción del interés del acreedor (es la llamada “protección aquiliana de los derechos de crédito”).

5 Los derechos relativos viven dentro de una relación jurídica, en el sentido de que la satisfacción del interés del acreedor pasa por el cumplimiento de la obligación que incumbe al deudor. Los derechos absolutos también viven dentro de una relación jurídica, pero sólo en un sentido amplio: el deber de abstenerse de una conducta perjudicial para los intereses de otro está, de hecho, preordenado (no

sos atributos de la personalidad humana: si —en el caso de los derechos sobre bienes (materiales o inmateriales)— el deber genérico de *neminem laedere* expresa la normal relevancia *erga omnes* de la situación jurídica, que sitúa al titular del derecho en una relación directa con la *res*, en los derechos de la personalidad, en cambio, ese deber representa el contenido relativo: lo que en otros derechos absolutos es eficacia externa, en los derechos de la personalidad representa el contenido esencial de su eficacia interna.

Si lo que se ha dicho hasta ahora es correcto, hay que observar entonces que la categoría del derecho subjetivo, por muy central que sea en el léxico jurídico y por muy consolidada que esté en el plano práctico, en el plano teórico no es susceptible de recibir una definición definitiva (como lo demuestra el hecho de que, a lo largo de los siglos, se hayan hecho diversos intentos de llegar a una definición más detallada del derecho subjetivo, pero cada uno ha encallado siempre ante la multiplicidad de respuestas dadas por la doctrina).⁶

La cuestión es que la categoría de derecho subjetivo, además de ser una abstracción conceptual, refleja el modo en el que se configura la relación entre la persona humana y el ordenamiento jurídico al que pertenece en un período histórico determinado. Esta relación varía con el tiempo, ya que está inevitablemente condicionada por múltiples factores (históricos, políticos, filosóficos, etc.). Esta es la razón por la que quizás no tenga sentido (y quizás nunca lo tenga) preguntarse cuál, entre las muchas definiciones que se han dado del derecho subjetivo, puede considerarse absolutamente correcta o errónea.⁷

a satisfacción de éste, sino sólo) a su protección.

6 Hugh Grotius definió el derecho subjetivo como “una facultad moral en virtud de la cual la persona, a la que pertenece esa facultad, puede exigir justamente una cosa o una conducta de los demás”. Más tarde, en el siglo XIX, Bernhard Windscheid propuso la famosa definición del derecho subjetivo como la “potencia de la voluntad”. A esta definición se opuso la igualmente famosa de Rudolf von Jhering, que consideraba el derecho subjetivo como “un interés jurídicamente protegido”. Una síntesis entre ambas posturas está representada por la definición de Georg Jellinek, según la cual “el derecho subjetivo es el poder de la voluntad que tiene el hombre, reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico, en la medida en que se dirige a un bien o interés”.

La doctrina italiana también ha desarrollado diversas concepciones del derecho subjetivo a lo largo del tiempo. Según el enfoque tradicional, debe entenderse como el poder —atribuido a la voluntad de un sujeto— de realizar su propio interés, por tanto, los elementos constitutivos del derecho subjetivo serían únicamente la voluntad y el interés. Una orientación más reciente ha aceptado la definición mencionada, pero ha cambiado los elementos constitutivos: ya no voluntad e interés, sino interés y poder. Otra doctrina vincula el derecho subjetivo a la exigencia de un deber de abstención por parte de terceros. La doctrina más reciente habla de un derecho subjetivo como una síntesis de libertad y poder, ya que el sujeto es libre de ejercerlo o no, pero si lo ejerce, tiene la facultad de hacerlo de la forma que considere más adecuada para lograr su interés.

7 Por ejemplo, la definición que asumía el derecho subjetivo como la expresión del señorío de la

2. Configurabilidad de los derechos de la personalidad como derechos subjetivos

En el contexto de las concepciones imperantes en la cultura de las grandes codificaciones de los siglos XIX y XX, existía un cierto escepticismo en la doctrina del derecho civil en cuanto a la configurabilidad de los derechos de la personalidad como derechos subjetivos.

Este escepticismo se explicaba principalmente por consideraciones dogmáticas, relativas en particular a la naturaleza del derecho subjetivo (Pino, 2003)⁸ y a la noción de daño indemnizable.

voluntad del individuo estaba en la estela del individualismo de matriz ilustrada (propio del Estado absoluto), pero, cuando se afirmó el modelo del Estado liberal, prevaleció la idea de que el derecho subjetivo era la pretensión que un sujeto podía hacer frente a otro para obtener la realización de un interés, del que era portador. E incluso esta definición desapareció cuando, tras la Segunda Guerra Mundial, el modelo de Estado liberal fue sustituido por el modelo de Estado democrático. En particular, del principio personalista y del principio solidarista, consagrados en la Constitución italiana, se deriva una dimensión axiológica que comporta la centralidad de una lógica personalista, pluralista y solidarista, con la que se invierte todo el derecho civil: a la luz de esta lógica relacional, el derecho subjetivo quizá pueda entenderse hoy como la facultad de asumir un determinado comportamiento para satisfacer el propio interés, reconocido por el ordenamiento jurídico como digno de protección. Por tanto, también cabe suponer que, en nuestros días, la sustancia del derecho subjetivo consiste en un *agere licere* reconocido en cabeza de un sujeto con vistas a la satisfacción de su interés: siempre que, no obstante, se sea consciente también de la relatividad de esta definición.

- 8 En el plano de las categorías dogmáticas, se pueden encontrar al menos tres posiciones principales en la doctrina de la época. En primer lugar, estaban quienes sostenían que los derechos de la personalidad podían encuadrarse fácilmente en el esquema de los derechos subjetivos, aunque teniendo en cuenta las peculiaridades estructurales de los atributos de la personalidad respecto de otros bienes susceptibles de apropiación jurídica; en el contexto de esta orientación, se hablaba a veces de “derechos de la personalidad” y de un “derecho general de la personalidad”. Cf., entre muchos otros, Graziadei (2001, p. 3 y ss.). Luego estaban quienes preferían recurrir a una noción menos exigente que la de derecho subjetivo, como la de “interés jurídicamente relevante”; esta segunda orientación tendía a conferir relevancia jurídica a determinados bienes, pertenecientes a la esfera de la personalidad humana, con independencia de su calificación en términos de derechos subjetivos, por tanto, tendía a reconocer la protegibilidad de intereses de diversa índole, directa o indirectamente referibles a un Estado de derecho. En el contexto de esta segunda orientación, era habitual expresarlos en términos de “bienes de la personalidad” o “atributos de la personalidad” o diversos “intereses” (en la identidad personal, la intimidad, etc.). La diferencia con respecto a la postura anterior es que, para los partidarios de esta tesis (De Cupis, 1961), el “bien de la vida” constituye el objeto de una “protección objetiva” dispensada por el ordenamiento jurídico, a diferencia de la protección de los derechos subjetivos, que postularía la existencia de un título atributivo válido. Por último, una posición en cierto modo similar a la que acabamos de ver, pero más radical en sus propuestas interpretativas y reconstructivas, era la de quienes excluían que la protección jurídica de la personalidad pudiera remontarse al esquema del derecho subjetivo, inevitablemente vinculado a la esfera del tener, a la apropiación de algo externo al sujeto, así como a formas más matizadas de interés protegido; más bien, la forma esencial de la protección jurídica de la personalidad, de acuerdo a esta tercera orientación (Perlingieri, 1972). Según esta, la forma esencial de protección jurídica de la personalidad residía en un deber de abstención, cuya violación legitimaba el poder de reacción por parte del interesado; en esta orientación, era habitual expresarse no en términos de derechos de la personalidad o de bienes de la personalidad, sino en términos de “cláusula general de protección de la personalidad” o de “valor jurídico de la persona”, valor, por lo demás, directamente reconocido por el artículo 2 de la Constitución.

Esta última, según la concepción habitual en la época, ya se refería a una disminución patrimonial, que no siempre se encontraba (y se encuentra) en lesión de la personalidad humana.

Sin embargo, el encuadramiento dogmático de la categoría de los derechos de la personalidad se vio obstaculizado sobre todo por la concepción que se tenía entonces del derecho subjetivo como señorío de la voluntad sobre una entidad del mundo exterior. En otras palabras, la doctrina señalaba la imposibilidad de encuadrar los derechos de la personalidad en el esquema del derecho subjetivo, tradicionalmente modelado sobre el derecho de propiedad (y, por tanto, de tener), mientras que los derechos de la personalidad conciernen a la categoría del ser; de ahí las dificultades y paradojas puestas de manifiesto por algunos juristas para configurar un derecho subjetivo, que ve al mismo sujeto como titular y objeto del propio derecho.

Sin embargo, cuando se asentó la idea más moderna del derecho subjetivo como una posición compleja de ventaja reconocida por el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto en relación con un determinado bien, se fue aceptando la orientación común en doctrina y jurisprudencia según la cual no existen obstáculos conceptuales para configurar un derecho subjetivo que tenga como contenido un atributo de la persona. En particular, se ha observado que nada impide considerar a la persona humana desde una doble perspectiva: una parte *subiecti* y una parte *obiecti*.

Esta orientación se ha consolidado en la doctrina italiana tras la entrada en vigor de la Constitución: la legislación constitucional, al identificar a la persona como valor vértice del sistema y al comprometer al Estado y a los individuos a actuar para la plena realización de este valor, deja claro que el valor de la persona humana no se realiza automáticamente (es decir, no se realiza con el mero hecho de vivir), sino que requiere una serie de comportamientos conformes, activos y omisivos. Comportamientos activos, en gran medida atípicos, por cuanto deben determinarse en aquellos que en cada contexto histórico y espacial, según la experiencia común, son capaces de realizar el desarrollo pleno e integral de la persona humana. Comportamientos omisivos, en la medida en que el artículo 2 de la Constitución se traduce en el deber general de abstenerse de cualquier comportamiento que pueda agravar o menoscabar las condiciones establecidas por el ordenamiento jurídico para la realización de los valores propios de la persona, tal y como se entienden en un momento histórico determinado.

Sin embargo, decir que los derechos de la personalidad son configurables

como derechos subjetivos no es decir que los derechos de la personalidad se resuelvan en derechos subjetivos.⁹

La cuestión es que toda persona humana, para realizar el “valor persona” en sus diversos aspectos en su propia vida, necesita la cooperación de los demás y del Estado (Scalisi, 1990, pp. 85-87): piénsese en el valor de la vida, de la salud, del trabajo, de la educación, de la cultura, etc.;¹⁰ si alguien se encuentra en estado de incapacidad para valerse por sí mismo, también hay alguien que está obligado a socorrerle (art. 593 del Código Penal), etc. Pero estas disposiciones normativas no son sino una concreción de ese principio constitucional que se remonta a los “deberes inderogables” de solidaridad, por un lado, y al compromiso del Estado de remover los obstáculos económicos o sociales que impiden el desarrollo pleno e integral de la persona humana, por otro.

3. El “nacimiento” del derecho subjetivo y su relación con el derecho objetivo

Hoy en día, el término “derecho” se utiliza tanto en sentido objetivo como subjetivo. Precisamente, la expresión “derecho objetivo” se utiliza para indicar el conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado que regulan la acción humana y la vida colectiva en un ordenamiento jurídico, mientras que la expresión “derecho subjetivo” se utiliza para indicar la facultad de un individuo de actuar para proteger su propio interés, reconocido por el ordenamiento jurídico.

El contexto histórico en el que se desarrolló la categoría de derecho subjetivo ha sido objeto de debate durante mucho tiempo. Ciertamente, este concepto es ajeno a las culturas de las que procede la tradición occidental (es decir, las culturas hebrea, griega y latina),¹¹ al igual que es ajeno a otras tradiciones jurídicas (como la china, la india y la islámica). En particular, en la tradición

9 Hay que tener en cuenta que, en el estudio de los derechos de la personalidad, el enfoque metodológico seguido por el intérprete también puede diferir en función de la disciplina de referencia. El derecho penal basa su protección en los valores socialmente aceptados por la comunidad; el derecho constitucional basa su examen en la conexión con el artículo 2 de la Constitución; el derecho privado, por último, recuerda el dualismo entre la esfera personal y la esfera patrimonial del sujeto.

10 Muchas hipótesis son hoy objeto de disposiciones legales específicas: si alguien se encuentra en estado de necesidad y no puede procurarse su propio sustento, hay alguien que está obligado a pagarle una pensión alimenticia (art. 438 del Código Civil).

11 En particular, sobre el tema de los derechos subjetivos, puede encontrarse una vasta bibliografía y preciosas observaciones en Orestano (1959, pp. 220 y ss., 1960, p. 150). Muy importantes son los estudios de Villey (1957), recogidos en *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*. En particular, sobre la distinción entre derecho —como algo debido en justicia— y derecho subjetivo, véase Villey (1986, pp. 195-224).

jurídica romana no existen elementos de una elaboración, ni siquiera en la tradición embriana, de posiciones jurídicas subjetivas bajo el perfil del “derecho subjetivo”.¹²

Sin embargo, si puede encontrarse un consenso general sobre este dato, no puede decirse lo mismo respecto a la determinación de la época en la que la categoría de derecho subjetivo fue concebida por primera vez, cuando no elaborada.

En este sentido, la controversia entre Brian Tierney y Michel Villey¹³ a finales del siglo pasado fue apasionante.

Según Villey (2001), el paso de la concepción realista del derecho (la de Aristóteles, los juristas romanos y Tomás de Aquino, para hacernos una idea) a la concepción subjetivista (el derecho nacido del poder del individuo) tuvo lugar antes de la Ilustración,¹⁴ en el contexto de la controversia franciscana sobre la pobreza y el desarrollo de la filosofía nominalista de Occam. Precisamente, según Villey (1986, p. 224), el término “derecho subjetivo” concluye y resume toda una filosofía. La aparición de esta expresión y su definición teórica no son más que pequeños detalles en la historia del lenguaje jurídico, pero suponen el abandono de una forma muy exitosa de pensamiento jurídico que se basaba en el orden natural y su sustitución por otra, basada en la idea de poder. Nos encontramos ante una auténtica revolución copernicana en la historia de la ciencia del derecho, una frontera que divide dos mundos diferentes. Nace un nuevo orden social, cuya célula elemental será el derecho individual, y que se construirá sobre la noción de potestad, elevada a la dignidad de ley. Y es a esta noción a la que se remontarán en lo sucesivo las leyes positivas, convirtiéndose en la única fuente del orden social y originándose ellas mismas en los poderes

12 Sin embargo, es indudable que la ciencia jurídica moderna ha encontrado en la tradición romana algunos puntos de apoyo técnicos útiles para construir el concepto de derecho subjetivo, entendido como poder, tan extendido en la actualidad. En efecto, los romanos solían hacer clasificaciones y distinciones jurídicas desde el punto de vista procesal, previendo acciones reales y personales para proteger determinadas situaciones subjetivas: la referencia a la noción de *actio*, con la distinción entre *actio in rem* y *actio in personam*, proporcionó la base en la elaboración que tuvo lugar a partir del siglo XVII, para la formación de la principal distinción entre derechos subjetivos personales: la existente entre derechos absolutos y relativos.

Dentro de la tradición de los estudios derivados de la experiencia jurídica romana —desde la Edad Media, al menos, hasta la Pandettística—, la distinción entre *actiones in rem* y *actiones in personam* ha asumido siempre una importancia fundamental: la referencia a esa distinción procesal ha contribuido al surgimiento del actual sistema de derechos subjetivos.

13 Para un análisis de esta polémica, véase Sol (2016, 2017).

14 En particular, reiterando la doctrina aristotélica sobre el justo medio, Villey (2001) subraya que el derecho objeto de la justicia se encuentra en las cosas y no en el sujeto: “Está en las cosas, en lo real, en la realidad exterior (*medium in re* dice Santo Tomás)”. Cf. Villey (1989, pp. 11-26, 2001, pp. 72-73).

individuales, del mismo modo que el contenido liberal individualista y utilitarista del derecho europeo occidental se remontará siempre a esta noción.

Sin embargo, según Tierney, los orígenes del derecho subjetivo se encuentran en el derecho medieval, formado antes de Occam. Los pródromos de la noción de derechos naturales (derechos) por oposición al derecho objetivo y positivo (leyes) se encontrarían en el contexto de las sociedades, estructuradas sobre la comunidad más que sobre el individuo, y en particular en el derecho canónico del siglo XII, es decir, antes del “momento Occamiano” mencionado por Villey. Occam sólo habría supuesto una concepción ya existente para su argumentación.

También se ha debatido durante mucho tiempo si es el derecho subjetivo el que precede al derecho objetivo o viceversa.

Según la escuela del derecho natural, a la que debemos las primeras definiciones del derecho subjetivo, es éste el que precede al derecho objetivo, ya que existe independientemente del ordenamiento jurídico (que se limita a reconocer situaciones subjetivas de las que el individuo ya es titular con anterioridad a este reconocimiento normativo).

Por el contrario, según la escuela jurídico-positivista, es el derecho objetivo el que precede al derecho subjetivo:¹⁵ para los jurídico-positivistas, no hay derecho en la naturaleza, razón por la cual, el derecho subjetivo no se reconoce sino que, acaso, se confiere al individuo por el ordenamiento jurídico.

No interesa aquí profundizar en estas cuestiones. Sin embargo, puede y debe decirse que el derecho objetivo —como fenómeno humano, constituido *hominum causa*, para hacer posible la convivencia de los hombres en sociedad— encuentra su legitimación “en las instancias profundas del hombre y de su personalidad” (Scalisi, 1990, p. 26) y halla su característica fundamental en la justicia.

Además, puede y debe decirse que el derecho subjetivo es sólo el derecho dotado de protección. La pretensión de un sujeto integra un derecho subjetivo sólo cuando implica una obligación correlativa por parte de los demás, con la consecuencia de que su titular está investido de un poder de acción (en el

15 Según Hans Kelsen, uno de los principales exponentes del positivismo jurídico del siglo XX, el derecho subjetivo no es un poder o interés reconocido por el ordenamiento jurídico (y, por tanto, determinado al margen de este), sino que es el mero reflejo de un deber planteado por el derecho objetivo, al que, por tanto, acaba reduciéndose: “El derecho subjetivo no es distinto del derecho objetivo; es el propio derecho objetivo el que, o bien se vuelve contra un sujeto concreto (obligación), o bien se pone a disposición de ese sujeto (autorización) en virtud de la consecuencia jurídica por él establecida”.

sentido de que puede provocar el ejercicio de la jurisdicción en caso de lesión del propio derecho): un derecho que los demás fueran libres de no respetar no sería un derecho, sino una mera pretensión anulable por la pretensión contraria. En otras palabras, una persona sólo tiene un derecho cuando no existe la libertad de eludir su ejercicio u oponerse a él por parte de otros, pero sí el deber de respetarlo y aceptar sus consecuencias. Es impensable gozar de derechos sin que los demás estén cargados con los deberes correspondientes, del mismo modo que es impensable estar sujeto a deberes si los demás no tienen el derecho correspondiente.¹⁶ Por lo tanto, en sentido estricto, sólo pueden recibir protección los derechos del sujeto.¹⁷

-
- 16 Sobre la interconexión entre derechos y deberes humanos y la prioridad lógica y ontológica de los segundos sobre los primeros, véase Scalisi (1990, pp. 14 y 23-31). El autor señala que los estudiosos “se centran en los derechos humanos o, en raras ocasiones y por separado, en los deberes humanos”. De hecho, la literatura histórica, filosófica y jurídica sobre los derechos humanos es prácticamente ilimitada, mientras que los estudios sobre los deberes humanos son relativamente escasos. Entre ellos se encuentra el poco conocido, pero original, ensayo de G. Mazzini (2011), *Dei doveri dell'uomo*, en el que el estadista del Risorgimento italiano, quizá con escaso rigor filosófico, pero sin duda con fervor social y patriótico, argumentaba precisamente a favor de la prioridad (y mayor eficacia) de los deberes sobre los derechos, también de cara a la aplicación efectiva de los propios derechos, afirmando, entre otras, cosas: “¿Y quién puede, incluso en una sociedad constituida sobre bases más justas que las actuales, convencer a un hombre fundado únicamente en la teoría de los derechos, de que tiene que mantenerse en el camino común y ocuparse de desarrollar el pensamiento social? [...] La sociedad tiene más poder, no más derechos que el individuo”, y que “con la teoría de los derechos podemos alzarnos y derribar obstáculos; pero no podemos establecer una armonía fuerte y duradera de todos los elementos que componen la nación. Con la teoría de la felicidad, del bien como primer objeto de la vida, formaremos hombres egoístas, adoradores de la materia, que introducirán las viejas pasiones en el nuevo orden y lo corromperán pocos meses después. Se trata, pues, de encontrar un principio educativo superior a tal teoría que guíe a los hombres hacia lo mejor, que les enseñe la constancia en el sacrificio, que los gane para sus hermanos sin hacerlos depender de la idea de uno o de la fuerza de todos. Y este principio es el ‘Deber’”. Tampoco Bobbio (1989) tiene dudas sobre el hecho de que “el mundo moral [...] como remedio del mal que el hombre puede procurar a otro, nace con la formulación, imposición y aplicación de mandatos o prohibiciones y, por tanto, desde el punto de vista de los destinatarios de mandatos y prohibiciones, de obligaciones. Esto significa que la figura deontológica original es el deber, no el derecho” (p. 53). Sobre el tema, véanse Weil (1990), D’Agostino (1996, p. 242), Incampo (2012) y Zagrebelsky (2017).
- 17 Algunos ordenamientos jurídicos, especialmente el *common law*, tienden a prever una acción para cada derecho subjetivo a proteger, sin por ello enunciar explícitamente este último, de modo que su existencia sólo puede deducirse del hecho de que exista una acción que lo proteja (como resume la frase *ubi remedium, ibi ius* y la máxima inglesa *remedies precedes rights*). Por el contrario, otros sistemas jurídicos, especialmente los de derecho civil, tienden a atribuir explícitamente derechos subjetivos, previendo a continuación un poder general de acción para protegerlos (como se resume en el término *ubi ius, ibi remedium*).

4. Trasfondo cultural de la teoría del derecho subjetivo

En los términos “derecho objetivo” y “derecho subjetivo” sólo varía el adjetivo, permaneciendo en ambos el sustantivo (derecho). Según el sentir común, el derecho deriva su sentido de la justicia: es obligatorio porque es justo y porque emana de la autoridad que, a su vez, es una emanación de la justicia.

Si este fuera el caso, la necesidad lógica haría que el derecho subjetivo se concibiera como un *quid* que, comparado con el derecho objetivo, es idéntico en sustancia y diferente sólo en el punto de vista (*positum subiective*, en lugar de *positum obiective*).

Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla (Luhmann, 1990, 2001).

Entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo existe, sin duda, una cierta identidad de fondo: como ya se ha señalado, tradicionalmente se denomina “derecho subjetivo” a la facultad de un sujeto de actuar para proteger su propio interés reconocido por el ordenamiento jurídico. De ahí que haya una indudable circularidad lógica entre derecho subjetivo y derecho objetivo.

Sin embargo, no sólo las atribuciones positivas (derechos subjetivos) pertenecen al derecho objetivo, sino también las atribuciones o, mejor dicho, las determinaciones negativas. En otras palabras, no sólo los poderes, facultades, libertades, disponibilidad, etc. pertenecen al derecho objetivo, sino también los límites, deberes, prohibiciones, imposiciones, etcétera.

Ahora bien, si el derecho objetivo y el derecho subjetivo fueran realmente caras de la misma moneda, las determinaciones negativas de los sujetos también tendrían que pasar a primer plano *pleno iure* al hablar de derechos subjetivos. Sin embargo, esta circunstancia no se da en el lenguaje jurídico ni en la práctica judicial.

Es cierto que, en las actuales teorías de las relaciones jurídicas,¹⁸ el propio concepto de derecho subjetivo implica la consideración del deber o deberes correspondientes a cargo de personas distintas del propio titular del derecho subjetivo.¹⁹ Sin embargo, esto no salva la diferencia —conceptual y terminológica— entre el concepto de derecho objetivo y el concepto de derecho subjetivo.

18 La doctrina del derecho civil-constitucional implica la centralidad de la relación jurídica (Perlingieri, 2020, *passim*).

19 El derecho subjetivo, entendido como pretensión, se correlaciona siempre con una correspondiente situación jurídica pasiva —de deber u obligación— perteneciente a otro sujeto o a la generalidad de los sujetos. En sentido estricto, sólo los derechos subjetivos relativos introducen una relación jurídica. Pero, en un sentido amplio, todo derecho absoluto se resuelve en un conjunto de derechos relativos, por lo que debería ser posible hablar correctamente de una relación jurídica también con respecto a los derechos subjetivos absolutos.

Las formulaciones de este último concepto, que surge claramente y se convierte en objeto de especulación expresa sólo a partir del siglo XVII, han seguido —con suerte alterna— los acontecimientos de la idea que, de manera sumaria y aproximativa, podría denominarse “individualista”: la creciente afirmación del valor social y político de los individuos va acompañada, en el ámbito de la ciencia jurídica, de un progresivo perfeccionamiento (y progresivo uso) del concepto de derecho subjetivo, entendido como atribución positiva del individuo. Decisiva en ambos planos —el jurídico y el político y social— es la influencia del pensamiento del derecho natural y, más tarde, la de la ideología liberal propiamente dicha.

El pensamiento social cristiano puede aportar una valiosa contribución en la búsqueda de una solución a algunos problemas espinosos que siempre han acompañado a la Declaración Universal de los Derechos Humanos: en particular, el problema de la universalidad de los derechos individuales y su fundamento. Por otra parte, del mismo modo que la consolidación del pensamiento social cristiano sobre los derechos humanos debe mucho a la cultura de los derechos promovida por la propia Declaración Universal,²⁰ ésta es deudora en muchos aspectos de la tradición del pensamiento social cristiano.²¹

20 Consideremos, por ejemplo, el siguiente pasaje de la encíclica *Pacem in Terris* de Juan XXIII (1963, n. 6): “Todo ser humano tiene derecho a la existencia, a la integridad corporal, a los medios indispensables y suficientes para un nivel de vida decoroso, especialmente en lo que atañe a la alimentación, el vestido, la vivienda, el descanso, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; y, por consiguiente, tiene derecho a los seguros en caso de enfermedad, invalidez, viudez, vejez, desempleo y en cualquier caso de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”. No cabe duda de que en el pasaje anterior, como en otros numerosos documentos del magisterio social de la Iglesia romana, hay elementos familiares con la Declaración Universal, aunque procedan de una antropología y una interpretación de los derechos no necesariamente compartidas por todos los que firmaron esa Carta.

Por otra parte, el propio Juan Pablo II (199) reconoció en la Declaración Universal de 1948 una de las más altas expresiones de la conciencia humana de nuestro tiempo, que hizo posible que distintas tradiciones culturales y religiosas, distintas expresiones jurídicas y modelos institucionales convergieran en torno a un núcleo básico de derechos y deberes, derivada de la humanidad y dignidad comunes, “enraizada en la naturaleza de la persona, en la que se reflejan las exigencias objetivas e ineludibles de una ley moral universal”.

21 La jurista estadounidense Mary Ann Glendon (2007, p. 102) observó hace algunos años que los partidarios de la doctrina social de la Iglesia pueden encontrar muchas ideas familiares en la Declaración Universal, como, por ejemplo, el énfasis en la dignidad y el valor inherentes de la persona humana, la afirmación de que la persona está dotada de razón y conciencia, el reconocimiento de la familia como núcleo natural y fundamental de la sociedad que tiene derecho a ser protegido por la sociedad y el Estado, la insistencia en que determinados bienes económicos y sociales son indispensables para la dignidad humana, que los padres tienen derecho a elegir la educación de sus hijos que la maternidad y la infancia deben recibir cuidados y asistencia especiales.

5. Derechos subjetivos e intereses legítimos

Los intereses legítimos son también posiciones jurídicas subjetivas activas.²² A lo largo de los años, la doctrina ha desarrollado criterios heterogéneos para poner de relieve la diferencia entre derechos subjetivos e intereses legítimos.

Una primera tesis distinguía los intereses legítimos de los derechos subjetivos en función del tipo de acto realizado por la Administración pública: en el caso de un acto de autoridad de esta, existiría el interés legítimo del particular, mientras que en el caso de un acto de gestión, la posición del particular habría adquirido los contornos del derecho subjetivo. Otra teoría avalada por la doctrina basaba la discriminación en las reglas de las acciones y las reglas de las relaciones: en el caso de que la Administración pública, en su actuación concreta, infringiera una norma de actuación que regula el ejercicio del poder público, el particular tendría una posición de interés legítimo, mientras que en la hipótesis contraria (es decir, en el caso de infracción de una norma de relación destinada a regular una relación intersubjetiva de igualdad), el ciudadano tendría un derecho de acción ante el órgano jurisdiccional, tendría un derecho subjetivo, mientras que en el caso de su actividad discrecional, sólo tendría un interés legítimo.

La tesis más extendida en la actualidad es la de la falta de poder en abstracto. A la luz de esta teoría, para apreciar la existencia de un interés legítimo o de un derecho subjetivo, es necesario observar si existe o no una fuente legislativa que le atribuya una potestad pública a la Administración pública, de modo que, en los casos en que la potestad autorizatoria de esta puede identificarse en abstracto, siempre se está en presencia de un interés legítimo, a pesar de que en concreto pueda haberse ejercido incorrectamente. En el caso de que no exista una norma atributiva de potestad, siempre se está en presencia de un derecho subjetivo. Este criterio se ve confirmado por las disposiciones de los artículos 21 septies y 21 octies de la Ley 241/1990 (sobre procedimiento administrativo). El artículo 21 septies, en efecto, prevé la nulidad de un acto administrativo en caso de falta absoluta de atribución de competencia, mientras que la mera falta de competencia *in concreto* no es causa de nulidad. El artículo 21 octies añade

22 En el ordenamiento jurídico italiano no existen normas definitorias, pero la expresión “intereses legítimos” está presente en tres artículos de la Constitución: en el art. 24, donde se establece el derecho a ejercitar acciones judiciales para defender derechos (entendidos como derechos subjetivos) e intereses legítimos; en el art. 103, que establece la competencia del Consejo de Estado y de los demás órganos de la justicia administrativa para la protección de los intereses legítimos; en el artículo 113, que dispone que siempre es posible proteger esta posición subjetiva ante los tribunales contra los actos de la Administración pública.

que un acto administrativo adoptado en violación de la ley es anulable: habida cuenta del carácter general del precepto, parece obligado concluir que una norma atributiva de competencia, aunque luego se infrinja concretamente, basta para excluir un vicio absoluto de atribución.

Durante mucho tiempo se sostuvo que el interés legítimo, como posición jurídica subjetiva activa, sólo surgía como producto de un acto jurídico desfavorable y, por lo tanto, solamente después de dictado el acto administrativo; sin embargo, en la actualidad, es opinión común que el interés legítimo surge no sólo aguas abajo, sino también aguas arriba de la relación jurídica, siendo una situación que el ordenamiento jurídico atribuye también al particular que desea dirigir a su favor una medida a ser adoptada por la administración pública, con la consecuencia de que puede entrar en juego incluso antes de que se dicte dicha medida.

6. Los derechos fundamentales y el juez administrativo

En el ordenamiento jurídico italiano se creyó durante mucho tiempo que una protección adecuada de los derechos fundamentales sólo podía tener lugar ante el tribunal ordinario. De hecho, a raíz del nacimiento de la jurisdicción administrativa en Italia (mediante la Ley 5992 de 1889, por la que se creó la Sección IV del Consejo de Estado), el proceso administrativo se configuró como un proceso de recurso, que tenía por objeto un acto administrativo. El proceso administrativo fue considerado como un juicio sobre el acto, destinado a verificar su legitimidad sobre la base de los vicios denunciados, por lo tanto, la única acción administrativa admitida era la acción de anulación (y la única medida cautelar reconocida era la suspensión del acto) y el juez administrativo estaba impedido de conocer reconvenções por daños y perjuicios.

Sin embargo, tras la evolución jurisprudencial y legislativa de los últimos treinta años, el marco normativo de referencia ha cambiado profundamente. Hoy en día, es común en la doctrina y la jurisprudencia que el objeto del juicio ha pasado a ser la relación jurídica litigiosa entre la Administración pública y el particular. Es decir, se ha pasado de un enjuiciamiento del acto a un enjuiciamiento de la relación dirigido a valorar la sustantividad de la pretensión de fondo planteada ante el órgano jurisdiccional. En efecto, la actual Ley de Enjuiciamiento Civil flanquea ahora el recurso con otras acciones (en concreto, la acción de condena general o específica, la acción contra el incumplimiento, la acción de indemnización por daños y perjuicios) y reconoce expresamente la

atipicidad de las medidas cautelares (artículos 50 y 700 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En resumen, el juez administrativo se ha convertido ahora en el juez del poder administrativo²³ y los temores de una protección insuficiente de los derechos fundamentales ante el juez administrativo ya no son fundados, puesto que ahora se le reconoce al juez administrativo plenos poderes, al mismo nivel que al juez ordinario (lo que, por otra parte, puede ser la causa de *nomofilachies divergentes*).

7. El personalismo solidario y el magisterio social

El particular trasfondo individualista en el que nació la teoría de los derechos subjetivos explica la posición de cerrazón adoptada inicialmente por el Magisterio de la Iglesia católica.²⁴

Es un hecho que éste no aceptó la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, proclamada por la Asamblea Nacional Francesa el 26 de agosto de 1789, y posteriormente —durante cerca de un siglo— mantuvo una posición cerrada con respecto a los derechos fundamentales.

La perplejidad del Magisterio, sobre todo en el siglo XIX (se hace referencia a Pío VI, Gregorio XVI y Pío IX), se debió a que estos derechos se proponían y afirmaban en contra de la libertad de la Iglesia, en una perspectiva inspirada en el liberalismo y el laicismo. El individualismo imperante hizo que la afirmación de los derechos humanos se convirtiera en una afirmación de los derechos del individuo y no de la persona, es decir, del ser humano despojado de la dimensión social y desprovisto de trascendencia. Tal es la imagen del hombre como medida de todas las cosas, creador absoluto de la ley moral, relegado a un destino de pura inmanencia.

Signos de apertura²⁵ se produjeron durante el pontificado de León XIII (1879-1903), que comenzó pocos años después de la proclamación de la Unificación de Italia (1870). León XIII, aunque desaprobaba los derechos definidos históricamente por la Revolución francesa, encontró un nuevo espacio de

23 A este respecto, no cabe remitirse a las sentencias 204/2004 y 191/2006 del Tribunal Constitucional italiano.

24 Para una reconstrucción histórica de la accidentada relación entre el pensamiento social cristiano y la teoría de los derechos humanos, véase Concetti (1982), especialmente la primera sección “I diritti umani nella Rivelazione e nel Magistero”, y, dentro de ella, los ensayos de Composta (1982, pp. 165-198) y de Biffi (1982, pp. 199-243).

25 Fuertemente crítico con la apertura contemporánea del Magisterio católico a esos frutos de la mo-

reflexión a partir del concepto de derecho natural; en particular, con la *Rerum novarum* (15 de mayo de 1891), afirmó la existencia de ciertos derechos que el Estado debía proteger y promover.

Un primer punto de inflexión se produjo con el pontificado del papa Pacelli. Fue Pío XII, de hecho, quien en su radiomensaje de Navidad de 1942, hablando de la dignidad original del hombre, llegó a hacer una lista de “derechos humanos fundamentales” (Nº 21) para inspirar la reconstrucción de posguerra. Esta actitud influyó mucho en la nueva temporada cultural que llevó a la Asamblea de las Naciones Unidas en 1948 a emitir la solemne Declaración Universal de los Derechos Humanos.

El papa Juan XXIII (1958-1963), con la encíclica *Pacem in terris* (1963), aunque confirmaba las reservas sobre el fundamento dado a los derechos humanos en el documento francés, consideraba a la Declaración Universal de los Derechos Fundamentales como un “paso importante en el camino hacia la organización jurídico-política de la comunidad mundial”, ya que reconocía “en la forma más solemne la dignidad de persona a todos los seres humanos” (n. 75); y proclamó la siguiente declaración de principios:

En una convivencia ordenada y fecunda, se debe poner como fundamento el principio de que todo ser humano es persona, es decir, una naturaleza dotada de inteligencia y de libre albedrío; y, por tanto, es sujeto de derechos y deberes que se derivan inmediatamente de su misma naturaleza: derechos y deberes que son, por tanto, universales, inviolables, inalienables.

El Concilio Vaticano II retomó y profundizó el magisterio de Juan XXIII sobre los derechos de la persona humana: de la Constitución pastoral *Gaudium et Spes*²⁶ y de la Declaración *Dignitatis Humanae* sobre la libertad religiosa se

dernidad que son los derechos humanos (Pera, 2015). Según este autor, la Iglesia, “habiendo perdido la batalla en el plano de la historia, pensó que podría volver a ganarla en el plano de la doctrina” (p. 142). Sin embargo, concluye argumentando que “por noble, apreciable, meritoria que pueda juzgarse, la doctrina de los derechos humanos pertenece más a la historia temporal de la secularización que a la historia escatológica de la salvación”. Por último, “al abrazar la doctrina de los derechos humanos en nombre del diálogo con la modernidad y sus institutos, apartándose de la deriva que ha tomado, la Iglesia puede pensar ahora en hacerse humanitaria y democrática, abierta y acogedora, tolerante y conciliadora, paternal y mansa. Muchos de sus adversarios ya la alaban por ello. Pero ¿es esto para lo que existe la Iglesia?” (p. 148).

Sobre el delicado tema, véase también, con orientaciones diferentes, Menozzi (2012), Cascavilla (2015, pp. 97 y ss.) y Puppinc (2018).

26 Leemos en *Gaudium et Spes* (n.25): “El principio, sujeto y fin de todas las instituciones sociales es y debe ser la persona humana, en cuanto que por su naturaleza necesita absolutamente de la vida

desprende que, en el pensamiento cristiano, la afirmación de la existencia de los derechos fundamentales debe entenderse como la expresión más significativa de la dignidad humana.²⁷ La encíclica *Populorum progressio* de Pablo VI (1967) se sitúa también en este contexto.²⁸

Más recientemente, en materia de derechos de la persona, el Magisterio conciliar se ha enriquecido con las aportaciones de Juan Pablo II,²⁹ en particular en defensa de la vida humana. En su discurso a la Asamblea General de las Naciones Unidas (1979), refiriéndose a los derechos afirmados en la Declaración Universal, dijo:

social. Puesto que, por tanto, la vida social no es algo externo al hombre, éste crece en todos sus dones y puede responder a su vocación mediante la relación con los demás, los deberes mutuos y el diálogo con los hermanos”.

27 Cotta (1985) observa que la palabra “dignidad” es “muy vaga y demasiado a menudo confiada a resonancias emotivas” y que, para ser precisos, “lo que confiere dignidad al hombre es lo que lo supraordina a los entes naturalistas: la capacidad reflexiva de comprenderse a sí mismo en la trascendencia de la propia onticidad fáctica” (p. 68).

28 Pablo VI (1967): “El desarrollo no se reduce al mero crecimiento económico. Para que sea auténtico desarrollo, debe ser integral, es decir, orientado a la promoción de cada hombre y de todo el hombre”. “Si la búsqueda del desarrollo requiere un número cada vez mayor de técnicos, requiere aún más hombres de pensamiento capaces de una reflexión profunda, dedicados a la búsqueda de un nuevo humanismo, que permita al hombre moderno redescubrirse a sí mismo, asumiendo los valores superiores del amor, de la amistad, de la oración y de la contemplación. De este modo, el verdadero desarrollo, que es el paso, para todos y cada uno, de condiciones menos humanas a condiciones más humanas, podrá realizarse plenamente”.

29 Juan Pablo II (1991) establece en el n. 47 la siguiente lista de derechos humanos: “El derecho a la vida, del que forma parte integrante el derecho a crecer bajo el seno de la madre después de nacer; el derecho a vivir en una familia unida y en un ambiente moral, favorable al desarrollo de la propia personalidad; el derecho a madurar la propia inteligencia y la libertad en la búsqueda y el conocimiento de la verdad; el derecho a participar en el trabajo para aprovechar los bienes de la tierra y obtener de ella el propio sustento y el de los seres queridos; el derecho a fundar libremente una familia y a acoger y educar a los hijos, ejerciendo responsablemente la propia sexualidad. La fuente y síntesis de estos derechos es, en cierto sentido, la libertad religiosa, entendida como el derecho a vivir en la verdad de la propia fe y en conformidad con la dignidad trascendente de la propia persona”.

Hay que subrayar la jerarquía de derechos esbozada por Juan Pablo II. Por un lado, coloca en primer lugar el derecho a la vida, desde la concepción hasta su desenlace natural (este derecho condiciona el ejercicio de cualquier otro derecho y conlleva la ilicitud de todas las formas de aborto y eutanasia) y, por otro, sitúa la libertad religiosa como fuente y síntesis de todos los derechos. Respecto a esta última, la declaración conciliar *Dignitatis humanae* afirma: “Todos los hombres deben permanecer inmunes de coacción por parte de individuos, grupos sociales o cualquier autoridad humana, de modo que en materia religiosa, dentro de ciertos límites, nadie sea obligado a actuar contra su conciencia, ni impedido de actuar según su conciencia, en privado o en público, solo o asociado con otros”.

Juan Pablo II, en continuidad con la enseñanza del Concilio, afirmó en *Redemptor hominis* que el respeto de este derecho es la marca del auténtico progreso humano en cualquier régimen, sociedad, sistema o ambiente.

El conjunto de los derechos humanos corresponde a la sustancia de la dignidad del ser humano, entendida integralmente y no reducida a una sola dimensión; se refieren a la satisfacción de las necesidades esenciales del hombre, al ejercicio de sus libertades, a sus relaciones con las demás personas; pero se refieren siempre y en todas partes al hombre, a su plena dimensión humana.³⁰

Puede ser útil considerar que, en el Magisterio de Juan Pablo II, el gran relieve concedido a la cuestión de los derechos humanos no fue sólo fruto de la reflexión, sino también consecuencia de la experiencia práctica “contra la pretensión totalitaria del Estado marxista y de la ideología en que se basaba, vio en la idea de los derechos humanos el arma concreta capaz de limitar el carácter totalitario del Estado”,³¹ ofreciendo así un espacio de libertad necesario no sólo para la fe de los cristianos y los derechos de la Iglesia romana,

30 Cuando en marzo de 1995 se publicó la encíclica *Evangelium vitae* de Juan Pablo II (sobre el valor y la inviolabilidad de la vida humana), no faltaron quienes propusieron denunciar unilateralmente el Concordato, partiendo del supuesto de que el pontífice había invadido ilegítimamente la esfera de competencias “temporales” y había hecho involuntariamente un llamamiento a la objeción de conciencia (es decir, a la desobediencia civil).

La propuesta se debe a que la encíclica subraya la doctrina tradicional según la cual el derecho positivo, cuando legitima intervenciones contrarias a la vida, deja de ser moralmente vinculante; es más, “deja, por esto mismo, de ser una verdadera ley civil” (n. 72). Más concretamente, el documento pontificio afirma que “el aborto y la eutanasia son... crímenes que ninguna ley humana puede pretender legitimar” y añade que “leyes de este tipo no sólo no crean ninguna obligación de conciencia, sino que suscitan la grave y precisa obligación de oponerse a ellas mediante la objeción de conciencia” (n. 73).

No es necesario detenerse aquí en la cuestión de si el pronunciamiento papal (que en sí mismo no se dirigía sólo a Italia, sino que tenía alcance universal) violó el orden propio del Estado, como se indica en la summa divisio del artículo 7, párrafo primero, de la Constitución. Ciertamente, por lo que se refiere al orden interno de la Iglesia, es un principio fundamental —que debe guiar sus relaciones con la comunidad política— el consagrado en el n. 76 de la Constitución sobre la Iglesia en el mundo contemporáneo, *Gaudium et Spes*, del Concilio Vaticano II, donde leemos: “Siempre y en todas partes es derecho de la Iglesia predicar la fe con verdadera libertad, enseñar su doctrina social, ejercer sin trabas su misión entre los hombres y dar su juicio moral, incluso sobre las cosas que conciernen al orden político, cuando lo exigen los derechos fundamentales de la persona o la salvación de las almas”. Y el derecho a la vida, por ser su presupuesto lógico, es sin dudas el primero de los derechos fundamentales.

31 En “Elementos para una discusión sobre el libro de Marcello Pera”, de Benedicto XVI, también leemos: “[...] como Papa, afirmó el reconocimiento de los derechos humanos como una fuerza reconocida por la razón universal en todo el mundo contra las dictaduras de todo tipo. Esta afirmación se refería no sólo a las dictaduras ateas, sino también a los Estados fundados sobre la base de una justificación religiosa, tal como los encontramos especialmente en el mundo islámico. La fusión de política y religión en el Islam, que necesariamente restringe la libertad de otras religiones, y por tanto también la de los cristianos, se contrarresta con la libertad de fe, que en cierta medida también considera el Estado laico como una forma justa de Estado, en la que hay lugar para esa libertad de fe que los cristianos exigieron desde el principio”. El texto puede encontrarse también en Benedicto XVI (2018).

sino también para el pensamiento de los fieles de otras religiones y para los no creyentes.

Benedicto XVI, en continuidad con el Magisterio de Juan Pablo II, recordó que los derechos humanos están fundados en última instancia en Dios Creador, fuente y garantía de todos los derechos, y enraizados en la ley natural, cuyo reconocimiento constituye “la gran base del diálogo entre creyentes de distintas religiones y entre los creyentes y los propios no creyentes” (Benedicto XVI, 2007, n. 3), afirmación que resume eficazmente el papel de la Iglesia romana: no contraria a los derechos fundamentales conformes a la dignidad humana, sino “centinela” contra las “violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos” (Benedicto XVI, 7 de diciembre de 2008).³² En 2008, año en que se celebraba el 60 aniversario de la Declaración Universal, Benedicto XVI, dirigiéndose al cuerpo diplomático, afirmó textualmente (Benedicto XVI, 7 de enero de 2008):³³ “Con razón, nuestra sociedad ha consagrado la grandeza y la dignidad de la persona humana en diversas declaraciones de derechos, formuladas a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada hace justo sesenta años”. Este acto solemne fue, en palabras del papa Pablo VI, “uno de los mayores títulos de gloria de las Naciones Unidas”.

Ese mismo año, en su discurso ante la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, Benedicto XVI subrayó que “los derechos humanos se

32 Es un hecho doloroso que los derechos humanos fundamentales (comenzando por el derecho a la vida) se violen a menudo hoy de manera tan dramática como hace 60 años, y que a millones de ciudadanos de todo el mundo se les niegue el respeto, la libertad, el desarrollo, la posibilidad de expresar sus opiniones, de practicar libremente la religión y de disfrutar de un nivel de vida que garantice la ausencia de hambre y sed. También es aguda la incapacidad para contrarrestar el creciente fenómeno de la trata de seres humanos, especialmente de niñas. La insalubridad del medio ambiente, el cambio climático, las desigualdades locales y globales y la incapacidad de mostrar una verdadera solidaridad con las regiones más débiles siguen envenenando el mundo contemporáneo, que es incapaz de perseguir un auténtico desarrollo integral tanto de la persona individual como de la familia humana o del planeta. El propio camino hacia la seguridad y la paz globales corre el riesgo de dar más pasos hacia atrás que hacia delante, en ausencia de un sistema de gobernanza fuerte que conduzca hacia autoridades supranacionales capaces de trabajar por fines globales.

33 La frase confirma que la Declaración Universal es un documento definitorio del derecho internacional y marca un hito en el camino de la humanidad hacia el respeto de los derechos de todo ser humano. Desde 1948, la Declaración, junto con otros instrumentos jurídicos, ha desempeñado un valioso papel en la introducción de nuevas normas y comportamientos en las relaciones nacionales e internacionales. Ha ayudado a millones de personas en su búsqueda del respeto a la dignidad humana, en su camino hacia mejores sistemas políticos y a alejar la convivencia de la amenaza de la violencia y la injusticia. Ha contribuido a establecer una cultura de los derechos humanos, que es hoy una dimensión esencial del debate ético, social y político en la mayor parte del planeta.

presentan cada vez más como el lenguaje común y el sustrato ético de las relaciones internacionales” y, por tanto, “la promoción de los derechos humanos sigue siendo la estrategia más eficaz para la eliminación de las desigualdades entre países y grupos sociales, así como para el aumento de la seguridad”.

Llegando a nuestros días, los Tribunales Supremos de todos los países del mundo tratan a diario cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales, en los que se fundamentan las sociedades democráticas surgidas tras las trágicas experiencias de los sistemas totalitarios, y con aspectos éticamente sensibles, que hacen referencia a la concepción de la dignidad humana (que estas sociedades democráticas pretenden abrazar). Por eso, no sorprende la insistencia con la que el papa Francisco vuelve sobre el tema: desde el discurso que pronunció el 25 de noviembre de 2014 ante el Consejo de Europa,³⁴ las palabras que pronunció el 29 de noviembre de 2019 ante los miembros del Centro di Studi Rosario Livatino³⁵ hasta la encíclica *Fratelli tutti* (del 3 de octubre de 2020), en la que dedicó uno de los primeros párrafos (precisamente, el párr. 22) al tema de los “derechos humanos no suficientemente universales”, deteniéndose en: a) las “visiones antropológicas reductivas” y el “modelo económico basado en el beneficio”, que todavía hoy impiden que los derechos humanos sean verdaderamente iguales para todos; b) la igual dignidad del hombre y de la mujer, que no siempre se refleja en la “organización de las sociedades”; y c) las modernas formas de esclavitud, que afectan a “niños, hombres y mujeres de todas las edades”.

34 En esta ocasión, el pontífice volvió sobre la “centralidad de la persona humana” y la necesidad de “un humanismo centrado en el respeto de la dignidad humana”. Y, recordando el proyecto político de los padres fundadores de la Unión Europea, precisó que “en el corazón de este ambicioso proyecto político, estaba la confianza en el hombre, no tanto como ciudadano, ni como sujeto económico, sino en el hombre como persona dotada de una dignidad trascendente”, para concluir afirmando: “Ha llegado el momento de construir juntos la Europa que no gira en torno a la economía, sino en torno al carácter sagrado de la persona humana, de los valores inalienables; la Europa que abraza con valentía su pasado y mira con confianza al futuro para vivir plenamente y con esperanza su presente. Ha llegado el momento de abandonar la idea de una Europa atemorizada y replegada sobre sí misma, para inspirar y promover la Europa protagonista, portadora de ciencia, arte, música, valores humanos e incluso fe. La Europa que contempla el cielo y persigue ideales; la Europa que mira hacia arriba y defiende y protege a la humanidad; la Europa que camina por la tierra segura y firme, punto de referencia precioso para toda la humanidad”.

35 En aquella ocasión, el pontífice, hablando del magistrado Rosario Livatino, asesinado a la edad de 38 años cuando se dirigía a su trabajo en el tribunal, observó que su “actualidad es sorprendente, porque capta los signos de lo que emergería con mayor claridad en las décadas siguientes, no sólo en Italia, es decir, la justificación de la intromisión del juez en ámbitos que no le son propios, especialmente en los de los llamados ‘nuevos derechos’, con sentencias que parecen preocupadas por satisfacer nuevos deseos, desvinculados de cualquier límite objetivo”.

La perspectiva antropológica cristiana excluye que se pueda considerar a la persona en su individualidad absoluta y solitaria,³⁶ construida por sí misma y sólo sobre sí misma, una entidad anómica indiferente a los demás. Del mismo modo, excluye que se pueda definir a la persona como un elemento de un engranaje o como una célula de un organismo cuya función vendría dada por el fin que, respectivamente, persigue la máquina o el organismo. Según el pensamiento social cristiano, el individualismo tiende a promover la anomia,³⁷ mientras que el funcionalismo y el organicismo se resuelven en el corporativismo; por tanto, ninguna de estas soluciones al problema del orden social parece suficientemente sólida para contrarrestar la deriva totalitaria.

Sobre el tema de los derechos de la persona humana, el pensamiento social cristiano saca a la luz un planteamiento original basado en la noción de dignidad de la persona humana: creada a imagen de Dios, Padre y Creador, incluida en las relaciones con los demás, en interacción con los bienes del universo. Por tanto, la tradición de los derechos, que inspira el pensamiento social cristiano, no es la tradición libertaria-individualista, ni siquiera la colectivista, sino la tradición dignitaria.³⁸ La fuente última de los derechos humanos no se encuentra en la mera voluntad del hombre, ni siquiera en la realidad del Estado y de los

36 Todo jurista es consciente, al menos en teoría, de que las normas, en la medida en que son establecidas por el hombre y dirigidas al hombre, tienen un presupuesto antropológico. El hecho es que existe una gran variedad de teorías antropológicas que a menudo se oponen entre sí. Van desde la antropología hobbesiana —dividida entre la instintividad del estado de naturaleza originario y la racionalidad calculadora-utilitarista que produjo la sociedad civilizada posterior— hasta la antropología racionalista de la Ilustración, especialmente la francesa, el utilitarismo benthiano y el pragmatismo actual. O de la antropología racional de Kant a la antropología dialéctica de Hegel, y de nuevo de la antropología materialista de Marx a la de Nietzsche (para quien el hombre es *naturaliter will to power*).

37 Cf. *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*: “La raíz de los derechos humanos, en efecto, se encuentra en la dignidad que pertenece a todo ser humano. Esta dignidad, innata a la vida humana e igual en toda persona, es captada y comprendida sobre todo por la razón. El fundamento natural de los derechos aparece aún más sólido si, a la luz sobrenatural, se considera que la dignidad humana, después de haber sido dada por Dios y de haber sido profundamente herida por el pecado, fue asumida y redimida por Jesucristo mediante su encarnación, muerte y resurrección” (Pontificio Consejo Justicia y Paz, 2004, n. 153).

38 Cf. *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*: “La raíz de los derechos humanos, en efecto, se encuentra en la dignidad que pertenece a todo ser humano. Esta dignidad, innata a la vida humana e igual en toda persona, es captada y comprendida sobre todo por la razón. El fundamento natural de los derechos aparece aún más sólido si, a la luz sobrenatural, se considera que la dignidad humana, después de haber sido dada por Dios y de haber sido profundamente herida por el pecado, fue asumida y redimida por Jesucristo mediante su encarnación, muerte y resurrección” (Pontificio Consejo Justicia y Paz, 2004, n. 153).

poderes públicos, sino en la naturaleza misma del hombre.³⁹ Y hablar de naturaleza es reconocer la existencia de un orden natural, que debe ser examinado para descubrir sus leyes. Derechos y deberes, por tanto, no pueden separarse:⁴⁰ abrigar el pleno reconocimiento de los derechos de la persona humana significa exigir respeto a quienes tienen el deber de trabajar para que ese reconocimiento sea efectivo. Y los derechos no pueden extenderse más allá de lo que revela el orden natural de las cosas.

El magisterio social de los papas más recientes ha hecho suyo el personalismo solidario, que los Padres Constituyentes pusieron en la base del Pacto Constitucional (1947), y ha reconocido en él la vía principal para superar, en nombre del bien común, algunas profundas divisiones ideológicas.

Pretendo referirme aquí a los que comúnmente se consideran los tres principales documentos sociales de los últimos cincuenta años: la encíclica *Populorum progressio* de Pablo VI (1967),⁴¹ la encíclica *Sollicitudo rei socialis* de Juan Pablo II

39 Según el *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia* (Pontificio Consejo Justicia y Paz, 2004), la naturaleza del hombre se manifiesta como la naturaleza de un ser que responde a sus propias necesidades a partir de una subjetividad relacional, es decir, como un ser libre y responsable que reconoce la necesidad de integrarse y colaborar con sus semejantes, siendo capaz de comunión con ellos en el orden del conocimiento y del amor.

40 En *Pacem in Terris*, Juan XXIII (1963) postuló un vínculo inseparable entre derechos y deberes (cf. n. 55): “En la convivencia humana, todo derecho natural de una persona comporta un deber correspondiente en todas las demás personas: el deber de reconocer y respetar ese derecho”; y subrayaba lo contradictoria que sería una noción de derecho que no previera una responsabilidad correlativa: “Quienes, por tanto, al reivindicar sus derechos, olvidan o no dan la debida importancia a sus respectivos deberes, corren el peligro de construir con una mano y destruir con la otra”.

En tiempos más recientes, Juan Pablo II (1991), en la *Centesimus annus*, extendiendo a los pueblos y a las naciones lo que decía para los hombres, afirmó que (cf. n. 8): “El derecho internacional es un medio privilegiado para construir un mundo más humano y más pacífico. Es el que permite proteger a los débiles contra la arbitrariedad de los fuertes. El progreso de la civilización humana se mide a menudo por el progreso del derecho, gracias al cual puede realizarse la libre asociación de las grandes potencias y de otras en la empresa común que es la cooperación entre las naciones”.

41 Los puntos más conocidos de la encíclica de Pablo VI (1967) son quizá: la consideración “cuando poblaciones enteras, privadas de lo necesario, viven en un estado de dependencia que les impide toda iniciativa y responsabilidad, e incluso toda posibilidad de promoción cultural y de participación en la vida social y política, grande es la tentación de rechazar con violencia tales ofensas a la dignidad humana” (n. 30); la expresión “la ira de los pobres” (n. 49) y la frase “el desarrollo es el nuevo nombre de la paz” (n. 87).

Incluso hoy, junto a los pocos que viven en la abundancia, hay muchos que luchan por sobrevivir. El llamamiento de Pablo VI a una acción común para el desarrollo integral sigue siendo actual: “El desarrollo no se reduce al mero crecimiento económico. Para ser auténtico desarrollo, debe ser integral, es decir, orientado a la promoción de cada hombre y de todo el hombre” (n. 14); “sin duda el hombre puede organizar la Tierra sin Dios, pero sin Dios al final sólo puede organizarla contra el hombre. El humanismo excluyente es un humanismo inhumano” (n. 42).

(1987)⁴² y la encíclica *Caritas in veritate*⁴³ de Benedicto XVI (2009).⁴⁴

- 42 Después de veinte años, Juan Pablo II (1987) renovaba el llamamiento de su predecesor, añadiendo algunas consideraciones: por una parte, constataba que el contexto social había empeorado aún más, pues a los indicadores económicos y sociales había que añadirles indicadores culturales más preocupantes. Por otra parte, constataba con esperanza la emergencia de una “plena conciencia, en un gran número de hombres y mujeres, de su propia dignidad y de la dignidad de todo ser humano”, que se expresaba “en la más viva preocupación, en todas partes, por el respeto de los derechos humanos y en el más resuelto rechazo de sus violaciones” y observaba “en un mundo dividido y sacudido por toda clase de conflictos, se abre paso la convicción de una interdependencia radical y, en consecuencia, la necesidad de una solidaridad que la asuma y traduzca en el plano moral. [...] El bien al que todos estamos llamados y la felicidad a la que aspiramos no pueden alcanzarse sin el esfuerzo y el compromiso de todos, sin excluir a nadie, y con la consiguiente renuncia al propio egoísmo” (n. 26).
- Bajo este último perfil, Juan Pablo II insistió en el compromiso de superar el individualismo imperante, pasando de una concepción de la persona entendida como individuo, a la concepción de la persona entendida en sentido integral y solidario: “La obligación de comprometerse en el desarrollo de los pueblos no es sólo un deber individual, y mucho menos individualista” (n. 32); en su concepción antropológica, la solidaridad “no es un sentimiento de vaga compasión o de superficial simpatía por los males de tantas personas, cercanas o lejanas. Por el contrario, es la determinación firme y perseverante de comprometerse por el bien común: es decir, por el bien de todos y de cada uno, porque todos somos verdaderamente responsables de todos” (n. 38). Por eso, Juan Pablo II identificó la solidaridad como “camino para la paz y, al mismo tiempo, para el desarrollo”. En efecto, “la paz del mundo es inconcebible si los responsables no llegan a reconocer que la interdependencia exige [...] la transformación de la desconfianza recíproca en colaboración” (n. 39); pero explicó que “el ejercicio de la solidaridad dentro de cada sociedad es válido cuando sus miembros se reconocen mutuamente como personas” (n. 39).
- 43 Entre la introducción y las conclusiones, la encíclica se divide en seis capítulos: el primero está dedicado al Mensaje de la *Populorum progressio* de Pablo VI; el segundo, al tema del desarrollo humano en nuestro tiempo; el tercero, a la fraternidad, el desarrollo económico y la sociedad civil; el cuarto, al desarrollo de los pueblos, los derechos y deberes y el medio ambiente; el quinto, a la colaboración de la familia humana (y, por tanto, a la solidaridad); el sexto y último capítulo está dedicado al desarrollo de los pueblos y la tecnología.
- En relación con el tema de los derechos fundamentales, cabe destacar el siguiente pasaje: “Quiero recordar a todos, especialmente a los gobernantes empeñados en dar un perfil renovado al orden económico y social del mundo, que el primer capital que hay que salvaguardar y valorizar es el hombre, la persona, en su integridad (la cursiva se encuentra en el original, ed.): el hombre, en efecto, es el autor, el centro y el fin de toda la vida económica y social” (n. 25).
- 44 Algunos de los contenidos de la encíclica ya habían sido expuestos por Benedicto XVI en el mensaje preparado para la Jornada Mundial de la Paz del 1 de enero de 2007, titulado *La persona humana, corazón de la paz*.
- En ese mensaje, Benedicto XVI retomaba el discurso social iniciado por sus predecesores, yendo a la raíz del problema: hablaba de una “gramática” trascendente inscrita en la conciencia del hombre, es decir, de un “conjunto de reglas de la acción individual y de la relación recíproca de las personas según la justicia y la solidaridad”. Se trata —explicó— de reglas no impuestas desde fuera, sino intrínsecas al ser humano; precisamente por ello, son “un gran punto de encuentro y, por tanto, un requisito fundamental para la auténtica paz” (n. 3). Sus palabras suenan como una invitación a eliminar en su origen las causas estructurales de la injusticia y la pobreza: “Por una parte, las desigualdades en el acceso a los bienes esenciales, como la alimentación, el agua, la vivienda, la salud; por otra, las persistentes desigualdades entre hombres y mujeres en el ejercicio de los derechos humanos fundamentales” (n. 6). Un crecimiento que se limitara al aspecto técnico-económico y

Se trata de tres documentos distintos, de tres papas distintos publicados en épocas distintas, que, sin embargo, vuelven a proponer y profundizar la misma tesis, que podría resumirse libremente en dos afirmaciones fundamentales:

- a. no hay paz sin desarrollo, pero no hay desarrollo sin diálogo;
- b. a paz, el desarrollo y el diálogo (y, con ellos, los derechos fundamentales de la persona humana) exigen la elaboración de un personalismo solidario.

En otras palabras, según el pensamiento social de los últimos papas, en el contexto histórico actual (multiétnico, multicultural y multirreligioso), complejo y abigarrado, en el que el respeto de la diversidad es fundamental, el diálogo entre los pueblos y entre las civilizaciones sólo puede realizarse a partir de una concepción fuerte de la persona humana, que es precisamente la concepción antropológica universalista, personalista y solidaria, que pone a la persona humana en el centro de todo ordenamiento jurídico en su dimensión relacional y trascendente y que, al mismo tiempo, abre al individuo a las relaciones con los demás y con Dios.⁴⁵

descuidara la dimensión moral-religiosa de la existencia —concluyó el Papa— no sería un desarrollo humano integral y terminaría, en cuanto unilateral, por incentivar las capacidades destructivas del hombre” (n. 9): “Una visión “débil” de la persona, que deja espacio a cualquier concepción incluso excéntrica, sólo aparentemente favorece la paz. En realidad, impide el diálogo auténtico y abre el camino a la intervención de imposiciones autoritarias, acabando así por dejar indefensa a la propia persona y, en consecuencia, presa fácil de la opresión y la violencia” (n. 11).

En extrema síntesis, también según Benedicto XVI, como para sus predecesores, no puede haber paz sin desarrollo integral. Pero la paz y el desarrollo integral deben fundarse en un renovado pensamiento personalista y solidario que, reconociendo la solidaridad como dimensión intrínseca de la persona, responda a las nuevas exigencias del bien común y acerque a los pueblos.

- 45 En esta perspectiva (parece casi una paradoja decirlo), el mayor obstáculo para la paz, el desarrollo y el diálogo es precisamente una concepción “débil” de la persona, entendida en sentido individualista, que induce al egoísmo; antepone la búsqueda del propio interés al interés común; reduce las relaciones sociales al cumplimiento puramente formal de unas normas; identifica el bienestar y la calidad de la vida humana con el consumismo; excluye a Dios del horizonte del hombre; considera y tolera la religión como un fenómeno privado o de culto, pero carente de relevancia social; niega que existan verdades y normas trascendentes, válidas siempre y para todos. Todo ello no sólo socava de raíz el concepto de persona, sino que también pone en peligro la consecución del bien común y el despliegue mismo de la vida de la persona humana en sociedad.

Bibliografía

- Benedicto XVI. (1 de enero de 2007). *La persona humana, corazón de la paz*. Mensaje para las XI Jornada Mundial de la Paz. Libreria Editrice Vaticana. <https://bit.ly/4bt4ozh>.
- Benedicto XVI. (7 de enero de 2008). *Discurso de su santidad Benedicto XVI a los miembros del Cuerpo Diplomático acreditado ante la Santa Sede con motivo de las felicitaciones de Año Nuevo*. Libreria Editrice Vaticana. https://www.vatican.va/content/benedict-xvi/es/speeches/2008/january/documents/hf_ben-xvi_spe_20080107_diplomatic-corps.html.
- Benedicto XVI. (7 de diciembre de 2008). *Ángelus*. Libreria Editrice Vaticana. https://www.vatican.va/content/benedict-xvi/es/angelus/2008/documents/hf_ben-xvi_ang_20081207.html.
- Benedicto XVI. (29 de junio de 2009). *Caritas in veritate*. Libreria Editrice Vaticana. https://www.vatican.va/content/benedict-xvi/es/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate.html.
- Benedicto XVI. (2018). *Liberar la libertad. Fe y política en el tercer milenio*. Biblioteca Autores Cristianos.
- Biffi, F. (1982). I diritti umani da Leone XIII a Giovanni Paolo II. En Concetti, G. (Ed.), *I diritti umani. Dottrina e prassi* (pp. 199-243). AVE.
- Bobbio, N. (1989). *L'età dei diritti*. Einaudi.
- Cascavilla, M. (2015). I diritti dell'uomo nella Dottrina sociale della Chiesa. En *Diritti, persona, società* (pp. 97 y ss.). Morcelliana.
- Composta, D. (1982). Diritti umani dal Medioevo all'età moderna. En Concetti, G. (Ed.), *I diritti umani. Dottrina e prassi* (pp. 165-198). AVE.
- Concetti, G. (Ed.). (1982). *I diritti umani. Dottrina e prassi*. AVE.
- Cotta, S. (1985). *Il diritto nell'esistenza*. Giuffrè.
- D'Agostino, F. (1996). I doveri dell'uomo. En *Filosofia del diritto*. Giappichelli.
- De Cupis, A. (1961). I diritti della personalità. En Cicu, A. y Messineo, F. (Dirs.), *Trattato di diritto civile e commerciale*. Giuffrè.
- Glendon, M. A. (2007). *Tradizioni in subbuglio*. Rubbettino.
- Graziadei, M. (2001). Derecho subjetivo, poder, interés. En Alpa, G., Graziadei, M., Guarnieri, A., Mattei, U., Monateri, P. G. y Sacco, R. (Eds.), *El derecho subjetivo* (pp. 3 y ss.). UTET.
- Incampo, A. (2012). *Filosofia del dovere giuridico*. Cacucci Editore.
- Juan Pablo II. (30 de diciembre de 1987). *Sollicitudo rei socialis*. Libreria Editrice Vaticana. https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_30121987_sollicitudo-rei-socialis.html.
- Juan Pablo II. (1 de mayo de 1991). *Centesimus annus*. Libreria Editrice Vaticana. https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus.html.
- Juan Pablo II. (25 de marzo de 1995). *Evangelium vitae*. Libreria Editrice Vaticana. https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html.
- Juan Pablo II. (5 de octubre de 1995). *Discurso de su santidad el Papa Juan Pablo II a la quincuagésima Asamblea General de las Naciones Unidas*. Libreria Editrice Vaticana. https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/speeches/1995/october/documents/hf_jp-ii_spe_05101995_address-to-uno.html.

- Juan XXIII. (11 de abril de 1963). *Pacem in Terris*. Libreria Editrice Vaticana. https://www.vatican.va/content/john-xxiii/es/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem.html.
- Luhmann, N. (1990). Sobre la función de los “derechos subjetivos”. En *La differenziazione del diritto*. Il Mulino.
- Luhmann, N. (2001). Diritti soggettivi. Mutamenti della coscienza giuridica per la società moderna. *Sociologia e politiche sociali*, (1), 10-59.
- Mazzini, G. (2011). *Dei doveri dell'uomo*. Editori Riuniti.
- Menozi, D. (2012). *Chiesa e diritti umani. Legge naturale e modernità politica dalla Rivoluzione francese ai nostri giorni*. Il Mulino.
- Orestano, R. (1959). *Il problema delle fondazioni in diritto romano*. G. Giappichelli Editore.
- Orestano, R. (1960). Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. *Jus*, 11, 150 y ss.
- Pablo VI. (1967). *Populorum progressio*. Libreria Editrice Vaticana. https://www.vatican.va/content/paul-vi/es/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_26031967_populorum.html.
- Pera, M. (2015). *Diritti umani e cristianesimo. La Chiesa alla prova della modernità*. Marsilio.
- Perlingieri, P. (1972). *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Jovene Editore.
- Perlingieri, P. (2020). *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Edizioni Scientifiche Italiane.
- Pino, G. (2003). Teorie e dottrine dei diritti della personalità. Uno studio di meta-giurisprudenza analitica. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 33(1), 237-274.
- Pontificio Consejo Justicia y Paz (2004). *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*.
- Puppink, G. (2018). *La famiglia, i diritti umani e la vita eterna. Per comprendere la trasformazione dei diritti umani e la possibile risposta della Chiesa*. Edizioni Sant'Antonio.
- Scalisi, A. (1990). *Il valore della persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità*. Giuffrè.
- Sol, T. (2016). La controverse Villey-Tierney sur la naissance du droit subjectif au XIIème siècle: di cultés et valeur heuristique d'un anachronisme conceptuel, en Penser l'ordre juridique médiéval et moderne. En Laurent-Bonne, N. y Prévost, X. (Dirs.), *Penser l'ordre juridique médiéval et moderne. Regards croisés sur les méthodes des juristes (I)* (pp. 209-234). LGDJ.
- Sol, T. (2017). *Droit subjectif ou droit objectif? La notion de ius en droit sacramentaire au XIIIe siècle*. Brepols.
- Villey, M. (1957). *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*. Dalloz.
- Villey, M. (1986). *La formazione del pensiero giuridico moderno*. Jaca Book.
- Villey, M. (1989). Le droit dans les choses. En Amselek, P. y Grzegorzczak, C. (Eds.), *Controverses autour de l'ontologie du droit* (pp. 11-26). Puf.
- Villey, M. (2001). *Philosophie du droit*. Dalloz
- Weil, S. (1990). *La prima radice. Preludio ad una dichiarazione dei doveri verso l'essere umano*. Edizioni di Comunità.
- Zagrebelsky, G. (2017). *Diritti per forza*. Einaudi.

LOS FINES DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Gregorio José Uriburu¹

Universidad Católica Argentina

gregoriouriburu@hotmail.com

Recibido: 20/10/2023

Aceptado: 13/05/2024

Resumen

En el presente trabajo se examina si la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos enumerados en su art. 75, inc. 22 adoptan una posición respecto de los fines de la pena privativa de la libertad, cuestión que es discutida en la doctrina.

Al efecto de interpretar el art. 18 de la Constitución Nacional, se indaga en sus antecedentes históricos, en los textos constitucionales provinciales de la época y en su interpretación en la doctrina y jurisprudencia. También se analiza el texto de los tratados internacionales de derechos humanos a la luz de las reglas interpretativas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Palabras clave: Constitución Nacional, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, fines de la pena, pena privativa de la libertad.

The Purposes of Imprisonment in the Argentine Constitution

Abstract

This article examines whether the Argentine Constitution and the international human rights treaties listed under article 75(22) adopt a position regarding the purposes of imprisonment, a question debated by scholars.

In order to interpret article 18 of the Argentine Constitution, this article investigates its historical origins, provincial constitutions at the time of its enactment and its interpretation by scholars and courts. Regarding the international human rights treaties, the question is analyzed

1 Agradezco a los doctores Manuel José García-Mansilla y Sebastián Elías por sus valiosas críticas y comentarios a una versión preliminar de este artículo.

in light of the rules of interpretation of the Vienna Convention on the Law of Treaties and the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights.

Key words: Argentine Constitution, American Convention on Human Rights, International Covenant on Civil and Political Rights, purpose of punishment, imprisonment.

1. Introducción

En la doctrina nacional no existe consenso sobre si la Constitución Nacional adoptó alguna teoría sobre los fines de la pena privativa de la libertad y, en su caso, cuáles serían aquellos fines.² Particularmente, la discusión se centra en el significado de la cláusula del art. 18 de la Constitución Nacional, que en sus últimas dos oraciones establece:

Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.

Asimismo, la reforma constitucional de 1994 otorgó —en las condiciones de su vigencia y sin derogar artículo alguno de la primera parte de la Constitución— jerarquía constitucional a algunos tratados internacionales de derechos humanos que regulan los fines de la pena. Entre los instrumentos enumerados se encuentran tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que se refieren a la cuestión de los fines de las penas privativas de la libertad y del régimen carcelario.

El objeto de este trabajo es proponer una interpretación del artículo 18 de la Constitución Nacional y de las cláusulas convencionales con jerarquía constitucional para elucidar cuál es su contenido normativo sobre los fines de la pena privativa de la libertad.

Para ello, primero se enumerarán las diversas interpretaciones de la última parte del art. 18 de la Constitución Nacional según la doctrina y la jurisprudencia. Al efecto de esclarecer la cuestión, se indagará sobre sus fuentes y luego se postulará cuál es la interpretación de la norma que se estima correcta y, en consecuencia, qué conclusiones cabe extraer de dicha norma respecto de los fines de la pena. Finalmente, se analizarán las cláusulas de los tratados citados

2 Una breve introducción a esta clasificación puede encontrarse en Soler (1987, pp. 371-414).

en tanto se refieren a la “reforma y la readaptación social de los condenados” a penas privativas de la libertad con el objeto de establecer su incidencia en la determinación de cuáles son los fines de la pena constitucionalmente admisibles.

2. Las interpretaciones del art. 18 de la Constitución Nacional postuladas en la doctrina y la jurisprudencia

2.1 Cárcel para seguridad pública

Un primer grupo doctrinal entiende que el art. 18 de la Constitución Nacional dispone desde 1853 que el único fin admisible en la Constitución Nacional es el fin preventivo, consistente en lograr el objetivo de la seguridad social o pública. Es decir, se interpreta que la citada cláusula constitucional, en tanto estatuye que las cárceles serán “para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas”, prohíbe concebir al encierro como un castigo y ordena considerarlo como una medida en pos de la seguridad o tranquilidad pública.

En este sentido, tal como reseñó Montes de Oca (1917),

El lenguaje vulgar confunde la pena con la medida de represión; en el tecnicismo jurídico (por más que de acuerdo con el origen etimológico de la palabra, pena significa castigo, mal moral), la penalidad constituye un conjunto de medidas de represión, de cautela, de seguridad social. Si esto es así, los convencionales de 1853, anticipándose al movimiento intelectual en materia de penalidad, adoptaron la tesis más exacta, al estatuir que las cárceles de la Nación no tenían por fin el castigo de los reos en ellas detenidos, sino el único de mantener la seguridad. (pp. 442-443)

Concordantemente, Peco (1921) señaló que “la pena no es un instrumento de expiación, la retribución del mal por el mal, sino un fecundo medio de defensa social” (p. 28), posición análoga a la de Riquert (1997, pp. 856-880). En la misma línea argumental se expresó Zaffaroni (1998) —aunque posteriormente abandonó tal posición—,³ quien sostuvo que la cláusula comprende tanto a las personas en prisión preventiva como a las condenadas, además de que

[l]a finalidad de la pena no puede ser otra que proveer a la finalidad del derecho penal mismo, de modo que la disposición del art. 19 [de la Constitución Nacional⁴], en cuanto demanda que el delito afecte siempre bienes jurídicos, resulta

3 Conf. nota al pie 7, *infra*.

4 Al efecto de clarificar esta expresión, cabe destacar que Zaffaroni et al. (2002, pp. 126-130) entien-

coherente con la asignación de la función de aseguramiento de bienes jurídicos, al derecho penal y con la asignación de la función de seguridad a las penas, lo que hace el art. 18 constitucional respecto de las penas privativas de libertad, al preceptuar que “las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas”. (p. 40)

Ekmekdjian (1994) elaboró una interpretación más amplia que no limitaba el fin de la pena a la seguridad pública, pero que la tenía como un componente esencial. En efecto, consideró que la referida cláusula

establece los principios fundamentales de la organización carcelaria, los cuales pueden ser resumidos diciendo que las cárceles tienen como objetivo la defensa de la sociedad contra el delito y la readaptación del delincuente antes que su castigo. Para ello se exige que las cárceles sean sanas y limpias y que la organización carcelaria debe causar los mínimos perjuicios posibles a los internos, compatibles con su dignidad de seres humanos, más allá de los delitos que pudieran haber cometido. Este principio de la pena como defensa social ha sido adoptado luego por otras constituciones contemporáneas [...] y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (arts. 7 y 10). (p. 372)

En definitiva, este grupo doctrinal considera que la pena privativa de la libertad cumple esencialmente con una función de proveer a la seguridad o tranquilidad pública y descarta que ella tenga un fin retributivo.

2.2 Cláusula referida exclusivamente a la prisión preventiva

Un segundo grupo doctrinal, cuyo mejor exponente fue Luis Carlos Cabral (1991), elaboró una interpretación restrictiva de esta cláusula limitada a la protección de las personas privadas de su libertad mediante la prisión preventiva.

Ello se funda en la interpretación literal y a la luz de los antecedentes históricos del art. 18 de la Constitución Nacional. Esta posición doctrinal, en la que también se incluye a Elías Neuman (1972, pp. 993-998), parte de la interpretación del concepto de “cárceles”, que define como los establecimientos destinados a los encausados, es decir, cuya función es alojar a las personas privadas de su libertad durante el proceso penal. También se apoya en la definición del

den que el art. 19 de la Constitución Nacional consagra implícitamente el “principio de lesividad”, según el cual solamente pueden considerarse delitos aquellas conductas que afecten bienes jurídicos de terceros. Por el contrario, cuando no se satisface tal condición, las acciones quedan “exentas de la autoridad de los magistrados” de conformidad con la referida norma constitucional.

término “reos”, entendido como la denominación de las personas acusadas de un delito, con exclusión de los condenados. De esta manera, Julio Herrera (1911) ha llegado a afirmar que la mencionada norma

quita á la prisión su carácter de pena, sin duda porque, en los albores de nuestra emancipación política, nuestros juristas sólo conocían las penalidades en uso por ese tiempo en casi todas las naciones, sin darse cuenta del movimiento de reforma que ya se estaba operando activamente en Europa y América. (sic) (pp. 181-182)

En la misma línea se inscriben algunos pasajes de José Manuel Estrada (1895) respecto del art. 18 de la Constitución, en tanto afirmó:

Solo ha querido que las cárceles de retención sean lugares de seguridad, donde los individuos no sean torturados ni humillados; en una palabra, borrar para siempre todo temor de que la República Argentina vuelva presenciar los horrores que en esta materia la han avergonzado en otros días. (p. 169)

Esta opinión de Estrada suele ser citada para fundar la posición referida a que la garantía alcanza solamente a los detenidos en “cárceles de retención”.

Así entonces, según esta interpretación, como los términos “cárceles” y “reos” se referirían al instituto de la prisión preventiva, allí se agotaría el ámbito de aplicación de la norma constitucional. Es decir, se pone el foco en brindar garantías individuales a las personas detenidas en prisión preventiva. De ello se sigue que no se prohibiría el castigo como sanción ante la comisión de un delito, por lo que el texto constitucional admitiría tanto el fin retributivo como los fines preventivos de la pena.

Algunos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictados en su primer medio siglo de funcionamiento abonan esta interpretación, por cuanto vincularon la citada cláusula constitucional con la prisión preventiva.

En efecto, en 1869, en la causa *Martínez, Hilarion* sostuvo el máximo tribunal nacional que, en atención a

la prescripción del artículo dieciocho de la Constitución Nacional, los reos de delitos que no son castigados con pena corporal, tienen derecho a que se les ponga en libertad bajo fianza, porque de otro modo se aumentaría su sufrimiento más allá de lo necesario para la seguridad de que se cumpla la pena establecida por la ley...⁵

5 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *El Ministerio fiscal contra D. Hilarion Martinez y D. Rufino*

Esa doctrina fue reiterada en 1875 en la causa *Aguirre* con remisión al fallo del juez de sección De la Torre, quien sostuvo:

Que los reos de delitos que no merecen pena corporal, pueden ser excarcelados bajo fianza, de acuerdo con la prescripción del artículo 18 de la Constitución Nacional, que prohíbe retener en la cárcel a los procesados, cuando ello deja de ser un medio necesario de seguridad.⁶

Más adelante, en la causa *Pedro Llanos*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó sobre el art. 18 de la Constitución Nacional:

Esa prescripción, según la jurisprudencia establecida, tiene por objeto principal garantizar la libertad bajo fianza a los reos de delitos que no merezcan pena corporal, porque denegando la excarcelación, se retendría en la cárcel a los procesados, sin que esa retención pudiera justificarse como una medida necesaria de seguridad, por manera que “la excarcelación procede como garantía constitucional y no como simple concesión de la ley penal de forma”.⁷

2.3 La prohibición de mortificaciones innecesarias

De la lectura del texto de la disposición constitucional se desprende una tercera interpretación posible,⁸ que estimo correcta. Según esta exégesis, el art. 18 de la Constitución Nacional puso el foco en la finalidad de garantizar la seguridad individual de las personas alojadas en las cárceles independientemente de si el encierro se da en el marco de un proceso penal o si constituye una sanción penal firme. Es decir, se trata de una cláusula que ordena respetar la dignidad humana de las personas detenidas, por lo que se prohíbe que en la cárcel se impongan castigos innecesarios a los condenados o procesados.

A tal fin, resultan ilustrativas las palabras de José Manuel Estrada (1901),

Castro Boedo, *sobre cumplimiento de una fianza carcelera y judicatum solvi*, 31/07/1869, Fallos: 7:368. Ortografía actualizada.

6 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Criminal contra D. Julian Aguirre, por rebelión. Incidente sobre excarcelación bajo fianza*, 03/04/1875, Fallos: 16:88. Ortografía actualizada.

7 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Pedro Llanos solicitando la excarcelación de los procesados por el delito de rebelión Antonio Abregú y otros s/Const.*, 01/08/1905, Fallos: 102:219. Ortografía actualizada.

8 Ello aparece enunciado en Zaffaroni et al. (2002), cuando se indica que la cláusula constitucional citada “se limita a excluir el castigo y a imponer la seguridad de los presos, por lo que no importa consagrar ninguna función manifiesta” a la pena (pp. 54-55).

quien, de manera coherente con la opinión antes citada, explicó la finalidad que habrían tenido los constituyentes al redactar esta norma:

Lo inspira un sentimiento de horror y de repugnancia hacia las costumbres brutales de los gobiernos que habían convertido las cárceles en teatros de crueldades insólitas, como la de “Santos Lugares” de Rosas; pero si hubiera de ser interpretado literalmente, envolvería la prohibición del régimen penitenciario, según el cual, la cárcel es al mismo tiempo que un centro de moralización un centro de castigo.⁹ Tal interpretación es inadmisibile. Por consiguiente el texto es defectuoso, y no debe ser entendido sino en el sentido que indico. (pp. 174-175)

De esta manera, señalaba Joaquín V. González (1935) que

la Constitución ha querido rechazar las crueldades de las antiguas leyes, y evitar que los jueces, los gobernantes y cualesquiera agentes de la autoridad, puedan ejecutar con los reos acto alguno que no corresponda a la pena legal del delito, que es la privación de la libertad. Todas estas son precauciones de la Constitución contra las tiranías, colectivas o individuales, al propio tiempo que importan verdaderos progresos en la cultura nacional. (p. 166)

En esta línea, el proyecto de Constitución de Alberdi (2017) incluía dentro del art. 19 las garantías penales, dentro de las cuales se hallaba lo siguiente:

El tormento y los castigos horribles son abolidos para siempre y en todas circunstancias. Quedan prohibidos los azotes y las ejecuciones por medio del cuchillo, de la lanza y del fuego. Las cárceles húmedas, oscuras y mortíferas deben ser destruidas. La infamia del condenado no pasa a su familia. (p. 236)

Las cuatro oraciones del proyecto de constitución conforman una unidad conceptual. Prescriben la abolición de los castigos crueles, tal como aclaró el

9 En otra obra de Estrada (1895) aparece un párrafo similar con algunos agregados de interés: “Es entendido que por esta cláusula sólo se ha tratado de estorbar que en lo ulterior el país presenciemos escándalos de aquellas cárceles consagradas la tortura y la ignominia de los detenidos con que don Juan Manuel Rosas afrontaba esta sociedad. Las cárceles no pueden ser centros de mortificación cuando se trata de cárceles de retención; pero si se diera una extensión excesiva la cláusula constitucional, se entendería que prohíbe el sistema penitenciario, según el cual los presidios son verdaderos centros de castigo y mortificación para los presos; y este es uno de los mayores adelantos que el derecho penal ha llegado en nuestros días. Sería absurdo suponer que la Constitución argentina estorba su planteamiento en la República” (p. 169). Probablemente, la segunda vez que se emplea en este texto el término “mortificación” debió haberse expresado “moralización”, como dice el texto citado en el cuerpo.

ilustre tucumano en una nota al pie: “El fin de esta disposición es abolir la penalidad de la Edad Media, que nos rige hasta hoy, y los horrorosos castigos que se han empleado durante la revolución” (Alberdi, 2017, p. 236).

Si bien el texto propuesto por Alberdi solamente fue parcialmente receptado en el texto constitucional, resulta útil tener en consideración el fin de prohibir los métodos de castigo utilizados hasta entonces, lo que resulta conteste con la opinión de Estrada. Ello se demuestra mediante el análisis tanto de las fuentes del art. 18 de la Constitución Nacional como del significado del texto constitucional, que seguidamente se analizarán.

3. Las fuentes del art. 18 de la Constitución Nacional

Al efecto de esclarecer esta dificultad interpretativa, resulta útil recurrir a las fuentes de la última oración del art. 18 de la Constitución Nacional, en tanto dispone que las cárceles serán “para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas”. Esta norma no era novedosa al momento de la sanción de la Constitución Nacional en 1853.

Al contrario, la citada cláusula era continuadora de la tradicional fórmula contenida en el Digesto de Ulpiano,¹⁰ que prohibía la práctica de imponer penas —que eran principalmente corporales— dentro de las prisiones, para luego disponer que “la cárcel debe servir no para el castigo de los hombres, sino para su guarda”.¹¹

De manera similar, en las Partidas¹² se establecía que la cárcel debía ser para

10 Señala Cabral (1991) que esta norma constitucional tendría como antecedente una norma del Digesto de Ulpiano (“L. 48, 19, f. 8, y 9”). El texto original reza: “Solent praesides in carcere continendos damnare, aut ut in vinculis contineantur: sed id eos facere non oportet: nam huiusmodi poenae interdictae sunt: carcer enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet”, conf. Corpus Iuris Civilis, París, Apud Janet et Cottle, Bibliopolas, 1836, Digesto, L. 48, tit. 19, f. 8, § 9, p. 1623.

11 Traducción conf. López Melero (2012, p. 405).

12 Véase *Las Siete Partidas glosadas por el Licenciado Gregorio López*, tomo III, Salamanca, Andrea de Portonariis, 1555, partida 7, tit. 29, ley 11, pp. 86-86vta.: “Ca la carcel deue ser para guardar a los presos, e non para fazer les enemiga, nin otro mal, nin dar les pena enella. E porende mandamos, e defendemos q[ue] ningun carcelero, nin otro ome que tenga presos en guarda, que non sea osado de fazer tal crueldad como esta por precio q[ue] le dé nin por ruego que le faga, nin por mal querencia que aya contra los presos, nin por amor que aya a los que los fizieron prender, nin por otra manera que pueda ser. Ca assaz abonda de ser presos, e encarcelados, e recibir quando sea judgados la pena que mereciere, según mandan las leyes. E si algú carcelero, o guardador de presos maliciosamente se moviere a fazer contra lo que enesta ley es ascrito, el judgador del lugar lo deue fazer matar por ello: e si fuei o negigente en non querer escarmenta ome como este deue ser tollido el officio, como ome mal enfamado, e recibir pena porende, segund el Rey tuuiere por bien. E los otros que fazen fazer estas cosas a los carceleros, deuen les dar pena según su aluedrio” (sic).

guardar a los presos, no para hacerles mal alguno o penarlos dentro de ellas. También se declaraba que los presos solamente debían recibir la pena cuando fuesen juzgados de conformidad con las leyes, es decir, se prohibía la imposición de castigos ilegítimos dentro de las cárceles. Además, se previó la pena de muerte para quienes violaran maliciosamente tal prescripción y se establecieron otras penas en caso de negligencia.

Estas normas fueron claramente receptadas en el Derecho Patrio. De esta manera, en 1811 se dictó el decreto de “Disposiciones generales sobre seguridad individual”,¹³ cuyo art. 6º prescribía: “Siendo las cárceles para seguridad y no para castigo de los reos, toda medida que á pretexto de precaucion solo sirva para mortificarlos, será castigada rigurosamente” (sic). Como señaló Colautti (1983), esta norma fue reproducida “casi sin modificaciones” (p. 9) en los textos constitucionales posteriores. En este sentido, el Estatuto Provisional de 1815¹⁴ receptó la referida la cláusula y agregó el deber de los tribunales de corregir tales abusos y de indemnizar a las víctimas. Con ligeros cambios, tal norma fue incluida en el Reglamento Provisorio de 1817¹⁵ y en los proyectos de

Una actualización tentativa del texto podría ser: “Que la cárcel debe ser para guardar a los presos y no para hacerles enemigos, ni otro mal, ni darles penas en ellas. Y por ende mandamos y defendemos que ningún carcelero, ni otro hombre que tenga presos en guarda, que no sea osado de hacer tal crueldad como esta por precio que le dé, ni por ruego que le haga, ni por mal querencia que haya contra los presos, ni por amor que haya a los que los hicieron prender, ni por otra manera que pueda ser. Que bastante abunda de ser presos y encarcelados, y recibir cuando sean juzgados la pena que merecieren, según mandan las leyes. Y si algún carcelero o guardador de presos maliciosamente se moviere a hacer contra lo que en esta ley es escrito, el juzgador del lugar lo debe hacer matar por ello: y si fue negligente en no querer escarmentar al hombre como este debe ser tullido de oficio, como hombre infame, y recibir la pena por ende, según el Rey tuviere por buena. Y los otros que hacen hacer estas cosas a los carceleros, les deben dar pena según su albedrío”.

- 13 Registro Oficial de la República Argentina (tomo I, núm. 270, 23/11/1811).
- 14 El Estatuto provisional para la dirección y administración del Estado formado por la Junta de Observación, nuevamente establecida en Buenos Aires, a 5 de mayo de 1815, en la Sección séptima sobre “Seguridad individual y libertad de imprenta” decía en su art. 17: “Siendo las cárceles para seguridad y no para castigo de los reos, toda medida que á pretexto de precaucion solo sirva para mortificarlos maliciosamente, deberá ser corregida por los Juzgados y Tribunales Superiores, indemnizando á los agraviados de los males que hayan sufrido por el abuso” (sic). Conf. Registro Oficial de la República Argentina (tomo I, núm. 767, p. 320).
- 15 Reglamento Provisorio sancionado por el Soberano Congreso de las Provincias Unidas de Sud-América para la dirección y administración del Estado, mandado observar entretanto se publica la Constitución, sección cuarta sobre el “Poder Judicial”, capítulo III referido a la administración de justicia, art. 18: “Siendo las cárceles para la seguridad, y no para castigo de los reos, toda medida que, á pretexto de precaucion, solo sirva para mortificarlos maliciosamente, será corregida por los Tribunales Superiores, indemnizando á los agraviados por el órden de justicia.” (sic.) Conf. Registro Oficial de la República Argentina (tomo I, núm. 1114, p. 446).

constitución de 1819¹⁶ y 1826,¹⁷ aunque estas últimas eliminaron la referencia a la obligación de indemnizar a los agraviados. La patente similitud de estas cláusulas con el texto constitucional de 1853 no deja lugar a dudas en cuanto a que aquellas fueron sus fuentes directas.

4. Propuesta de interpretación del texto del art. 18 de la Constitución Nacional

4.1 Análisis de las fuentes y finalidad de la cláusula constitucional

Levaggi (2002a) sostuvo que “[i]nterpretado el Art. 18 con criterio genético, por sus orígenes romano-castellanos, habría que concluir, sin duda, que los constituyentes quisieron, por su intermedio, ratificar el concepto de cárcel-custodia y proscribir el uso penal de la institución” (p. 1). No obstante, esta conclusión se relativiza si se tiene en cuenta que hasta la Edad Moderna en los reinos de España no era frecuente la pena privativa de la libertad en prisiones públicas (con excepción del derecho canónico), por lo que en la práctica las cárceles funcionaban como centros de retención durante el proceso penal.¹⁸ Así lo prescribían las Partidas, que al definir los tipos de penas señalaba que la cárcel no servía para escarmentar los yerros, sino para guardar a los presos hasta que sean juzgados.¹⁹ El fin de tales normas no era describir o ratificar lo que sucedía, sino establecer una garantía para las personas.

De la lectura de las fuentes del art. 18 de la Constitución se desprende que el fin de la mencionada cláusula consistía en prohibir la imposición de castigos corporales innecesarios para el cumplimiento de la pena o la medida de prisión preventiva a los detenidos en las cárceles. Esta idea es precisamente la que fue receptada en numerosos proyectos y normas constitucionales provinciales del

16 El proyecto de constitución nacional de 1819 decía en el art. 117: “Las cárceles sólo deben servir para la seguridad y no para castigo de los reos. Toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exige, será corregida según las leyes.” Ortografía actualizada. Conf. Registro Oficial de la República Argentina (tomo I, núm. 1300, p. 506).

17 El proyecto de constitución nacional de 1826 decía en el art. 170: “Las cárceles sólo deben servir para la seguridad y no para castigo de los reos. Toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exige será corregida según las leyes.” Ortografía actualizada. Conf. Registro Oficial de la República Argentina (tomo II, núm. 2103, p. 169).

18 Véase, v. gr., Velázquez Martín (2017). Asimismo, a título de ejemplo, resulta interesante la disposición del art. 25 del capítulo XXI “Del poder Judicial” del proyecto de Constitución presentado por la comisión ad hoc a la Asamblea de 1813: “En los delitos no capitales se omitirá la prisión de los reos, ó se les pondrá en libertad dando fianzas”. Conf. Ravignani (1939, p. 615).

19 Conf. *Las Siete Partidas glosadas por el Licenciado Gregorio López*, tomo III, cit., partida 7, tit. 31, ley 4, p. 92/vta.: “Ca la cárcel non es dada para escarmentar los yerros: mas para guardar los presos tan solamente en ella, fasta que sean juzgados” (sic).

siglo XIX, anteriores y posteriores a la sanción de la Constitución Nacional en 1853.

El Reglamento provisorio de la provincia de Córdoba de 1821 explicitaba la tutela de las personas detenidas en prisión preventiva en su art. 165, que disponía: “Todo hombre debe presumirse inocente hasta que no haya sido declarado culpable con arreglo a las leyes; y si entretanto se juzga indispensable asegurar su persona, cualquier rigor que no sea para esto sumamente necesario, deberá ser reprimido”. Por su parte, el art. 171 mandaba: “Siendo las cárceles para seguridad y no para castigo de los reos, toda medida que, a pretexto de precaución, sólo sirva para mortificarlos maliciosamente, será corregida por los tribunales, indemnizando a los agraviados por el orden de justicia”.²⁰

El Reglamento provisorio constitucional de la provincia de Corrientes de 1821²¹ contenía previsiones similares. Declaraba en el art. 94 que “[l]a cárcel no es lugar destinado al tormento de los reos y la prisión sólo es una medida de seguridad para las resultas del juicio”, mientras que limitaba la prisión preventiva a los delitos reprimidos con pena corporal, de muerte o aflictiva²² y preveía la sanción de destitución automática para el caso de incumplimiento de las disposiciones.²³

Varios estatutos constitucionales provinciales elaborados en el siglo XIX contenían normas análogas. Si bien en algunos resulta inequívoco que la protección constitucional se refería literalmente a las cárceles entendidas como establecimientos destinados al alojamiento de personas en prisión preventiva, otros tienen una formulación más amplia. Entre estos, cabe destacar el estatuto provisorio constitucional de Entre Ríos de 1822.²⁴ la Constitución de Corrien-

20 Conf. Ramos (1914, pp. 153-187).

21 Ibidem, pp. 187-199.

22 Conf. art. 95: “Ningún ciudadano podrá ser preso sin que antes estuviese acreditado su delito cuando menos semiplenamente, y sea de tal calidad que merezca pena corporal, de muerte u otra aflictiva de cuerpo”.

23 Conf. art. 118: “La infracción de cualesquiera de los artículos contenidos en el presente reglamento será infracción de la Constitución; y toda autoridad que la cometiere se entenderá por solo este hecho que ha abdicado su ejercicio”.

24 Estatuto provisorio constitucional de la provincia de Entre Ríos de 1822, conf. Ramos (1914, pp. 232-248, en particular, p. 242) y Varela (1848, p. 492). Estas normas decían:

Art. 100: “Ningún individuo podrá ser preso sin prueba de sumario, al menos semiplena, de crimen por el que merezca pena corporal”.

Art. 101: “Las cárceles sólo deben servir para seguridad y no para castigo de los reos. Toda medida que, a pretexto de precaución, conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exige, será de cargo al juez que la autorice”.

Art. 102: “Ningún habitante del Estado puede ser penado ni confinado sin que preceda forma de proceso y sentencia legal”.

tes de 1824,²⁵ la Constitución de la provincia de Santa Fe de 1841,²⁶ las constituciones de la provincia de Buenos Aires de 1854²⁷ y 1873,²⁸ las constituciones de la provincia de Santa Fe de 1872, 1883 y 1900²⁹ y la Constitución de Entre Ríos de 1883.³⁰ También se encuentra una previsión equivalente en el proyecto de constitución para la provincia de Buenos Aires de 1833, elaborado durante el Gobierno de Balcarce.³¹

Así entonces, no se observa ningún elemento que permita justificar un trato diferente entre las personas retenidas en prisión durante el proceso penal y las personas privadas de su libertad a causa de una condena. Al contrario, una lectura que tenga en cuenta los antecedentes históricos del art. 18 de la Constitución Nacional lleva a concluir que su finalidad era la protección de la integridad física de todas las personas retenidas en las cárceles. En definitiva, el propósito de la norma es proteger los derechos de las personas detenidas por

-
- 25 Constitución de la provincia de Corrientes, 15 de septiembre de 1824, conf. Ramos (1914, pp. 232-247) y Varela (1848, p. 515). Allí se establecía en el art. 140: “La cárcel no es lugar destinado al tormento de los reos y la prisión sólo es una medida que la autoridad pública debe buscar a la seguridad de sus últimos procedimientos”.
- 26 Conf. Ramos (1914, pp. 299-315). Decía su artículo 75: “Las cárceles solo deben servir para seguridad de los acusados. Toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificar más allá de lo que ella exige, será de cargo del juez que la autorice”.
- 27 Conf. Ramos (1916, pp. 11-31). La Constitución de la provincia de Buenos Aires de 1854 decía en su art. 167: “Las cárceles son hechas para seguridad y no para mortificación de los presos. Todo rigor que no sea necesario hace responsables a las autoridades que lo ejerzan”.
- 28 Conf. Ramos (1916, pp. 32-77). Esta constitución bonaerense de 1873 decía en su art. 27: “Las cárceles son hechas para seguridad y no para mortificación de los detenidos. Las penitenciarías serán reglamentadas de manera que constituyan centros de trabajo y moralización. Todo rigor innecesario hace responsables a las autoridades que lo ejerzan”.
- 29 Conf. Ramos (1916, pp. 153-179). La Constitución de la provincia de Santa Fe de 1872 decía en su art. 13, de manera similar al texto constitucional nacional: “Quedan abolidas para siempre en la provincia: la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormentos y los azotes, quedando personalmente responsables las personas que como jueces o ejecutores los apliquen bajo cualquier pretexto. Las cárceles serán sanas y limpias para seguridad y no para mortificación de los detenidos, y toda medida, que a pretexto de precaución, como los grillos o calabozos no sea necesaria para la seguridad del reo, hará responsable al juez que la autorice”. La constitución de 1883 contenía una norma similar, conf. Ramos (1916, pp. 180-205), así como la de 1900 (pp. 233-263).
- 30 Conf. Ramos (1916, pp. 285-326). Esta decía en su art. 34: “Ninguna detención o arresto se hará en la cárcel pública destinada a los criminales, sino en otro local que se designará a este objeto; las cárceles de la provincia serán seguras, sanas y limpias, y no podrá tomarse medida que a pretexto de precaución, conduzca a mortificar a los presos más allá de lo que su seguridad exija”. La constitución provincial entrerriana de 1903 tenía una disposición análoga en el art. 45 (pp. 327-384).
- 31 Conf. Ramos (1916, pp. 261-286) y Varela (1848, p. 468-484). El texto propuesto expresaba: “Art. 171. Todo rigor que no sea necesario para asegurar la persona de un individuo, será severamente reprimido por la ley. Art. 172. Ninguna sentencia infamante será trascendental a los hijos y descendientes del culpado. Art. 173. Jamás se usará del tormento en la provincia”.

el Estado, lo que hoy puede denominarse una garantía para salvaguardar la dignidad de las personas privada de su libertad.

4.2 Análisis del texto del art. 18 de la Constitución Nacional

Una interpretación del texto constitucional que pone el foco en el sentido público original del art. 18 de la Constitución —como postula la corriente interpretativa del nuevo originalismo—³² conduce a interpretar la referida cláusula de manera amplia. A tal fin, se analizará cada uno de los términos relevantes a la luz de esta doctrina.

El primer término a definir es “cárceles”. Explica Levaggi (2002b) que, al tiempo de sanción de la Constitución Nacional, aquel era un término utilizado tanto para las cárceles de encausados (de retención o prisión preventiva) como para establecimientos públicos para alojar condenados.³³ Ello resulta concordante con lo manifestado en la convención constituyente de la provincia de Buenos Aires de 1873, en la que se propició unificar la referencia a las “cárceles o prisiones” por entenderse que con el término “cárceles” se incluía a todos los establecimientos de detención de personas, sean de encausados o condenados.³⁴ Asimismo, el art. 67 de la Constitución de la provincia de Córdoba de 1855 mencionaba a las cárceles como lugar de alojamiento de los condenados.³⁵

Esta conclusión se evidencia también de la definición del referido término según diccionarios de la época. Así, el *Diccionario Usual* de 1852 registraba la

32 Una aproximación a la teoría puede encontrarse en los diversos trabajos de Lawrence Solum (2010, 2011, 2013).

33 Práctica que se generalizó en el mundo a partir del siglo XVIII. Conf. Rusche y Kirchheimer (1984, p. 7).

34 En la 94ª sesión ordinaria de la Convención Constituyente de la provincia de Buenos Aires, del 12 de mayo 1873, el convencional Navarro Viola expuso: “Voy a contestar brevemente al señor convencional Guido respecto a su laudable deseo. Parece que el señor convencional se ha olvidado de que ha sancionado el artículo 27 de la Constitución, que dice: ‘Las cárceles son hechas para seguridad y no para mortificación de los detenidos, etc.’. Como se ve, pues, en su lugar correspondiente existe en esta Constitución un artículo que viene a hacer innecesaria la adición que parece que iba a preponer el señor convencional al artículo que está en discusión. Así es que lo único que se me ocurre observar son los términos de este artículo, que dice: ‘Los asilos de inmigrantes, las cárceles o prisiones’. Si ‘cárceles’ es sinónimo de ‘prisiones’, como parece, yo entiendo que la disyuntiva que se coloca aquí está demás, o que está demás una de las dos palabras. Para mí la palabra ‘cárceles’ es la más comprensible, puesto que hasta a las penitenciarías se les llama cárceles, y por consiguiente, me parece que sería bastante con decir únicamente las ‘cárceles’”. Conf. Varela (1920, p. 1186).

35 Constitución de la provincia de Córdoba de 1855, art. 67: “Ninguna detención ó arresto se hará en la cárcel pública destinada á los criminales, sino en otro local que se designare á ese objeto...” (sic). Conf. Registro Oficial de la República Argentina (tomo III, núm. 3586, p. 293).

siguiente definición de “cárcel”: “Casa pública destinada para la custodia y seguridad de los reos” (Real Academia Española, 1852, p. 137). A su vez, “reo” era definido como: “El que ha cometido algún delito por el que se hizo digno de castigo. [...] El demandado en un juicio civil o criminal, a distinción del actor”.³⁶ Es decir, al momento de la sanción de la Constitución Nacional en 1853, el sentido público del término incluía tanto a los acusados de un delito como a los condenados. Asimismo, cabe destacar que en el proyecto de constitución presentado por la Sociedad Patriótica a la Asamblea de 1813 se mencionó la voz “reo” en relación con la condena por delitos, de lo que se sigue que en el territorio nacional era conocido el sentido amplio del término.³⁷

Al ser los reos tanto los enjuiciados como los condenados, y toda vez que las cárceles eran el lugar donde se los aseguraba, queda claro que, lingüísticamente, la Constitución Nacional se refiere a los establecimientos destinados a alojar a las personas privadas de su libertad tanto durante el proceso como en cumplimiento de una condena.

Esto último clarifica el término “seguridad”.³⁸ Tanto la interpretación a la luz de sus orígenes históricos como la lingüística conducen a la misma conclusión: no se refiere a la seguridad pública en tanto evitación de delitos, como sostuvo Montes de Oca, sino al aseguramiento del reo, es decir, a su retención en la cárcel. Como dijo Joaquín V. González (1935), según la Constitución las cárceles son “un medio de asegurar al condenado; por consiguiente, ordena que deben ser mantenidas en buenas condiciones de higiene y salubridad” (p. 166). Ello se corrobora con la redacción de diversas normas constitucionales provinciales —que contenían una formulación similar a la del art. 18 de la Constitución Nacional— que, por ejemplo, se referían a la “seguridad de los acusados” (Constitución de la provincia de Santa Fe de 1841)³⁹ y a que las cárce-

36 Ibidem, p. 602. Ortografía actualizada. Idénticas acepciones se registran en el *Diccionario Usual* (Real Academia Española, 1803, p. 739) y en el *Diccionario de la Lengua Castellana de la Real Academia Española* (Diccionario de Autoridades) (Real Academia Española, 1737, p. 576). Más antiguamente, en el diccionario de Sebastián de Covarrubias de 1611 solo se registraba a la voz “reo” como el acusado de un crimen De Covarrubias (1611, p. 1220).

37 El art. 185 del proyecto de constitución presentado por la Sociedad Patriótica establecía en el capítulo 22 “Del Poder Judicial de Cada Provincia”: “Quando el Acusado huya sera condenado como inovediente pero no como Reo” (sic). Conf. Ravignani (1939, p. 622).

38 Definido como: “Estado de las cosas que las hace firmes, ciertas, y libres de todo riesgo ó peligro [...] Certeza que hace que una cosa no falte ó engañe [...] Fianza ú obligación de indemnidad á favor de alguno, regularmente en materia de intereses” (sic). (Real Academia Española, 1852, p. 633).

39 Conf. Ramos (1914, pp. 299-315). Decía su artículo 75: “Las cárceles solo deben servir para seguridad de los acusados. Toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificar más allá de

les serán “seguras, sanas y limpias” (Constitución de Entre Ríos de 1883⁴⁰ y, de manera similar, Constitución de la provincia de Córdoba de 1870⁴¹ y 1883⁴²). También el Código constitucional provisorio de la provincia de Córdoba de 1847 mencionaba un supuesto en el cual se podía proceder a asegurar a los delincuentes.⁴³

Por otro lado, también debe interpretarse qué características reúne el “castigo” que no debe ocurrir en las cárceles.

Una interpretación semánticamente posible sería entender que la Constitución Nacional, al limitar la función de las cárceles al aseguramiento preventivo de los enjuiciados, prohíbe especialmente la pena de prisión. Ello, sin perjuicio de que admite la aplicación de otros castigos como retribución ante la comisión de un delito, ya que en los arts. 60⁴⁴ y 115⁴⁵ el texto constitucional contempla la posibilidad de someter a personas a “acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios”.⁴⁶

No obstante, esta interpretación no es plausible. En efecto, como se ex-

lo que ella exige, será de cargo del juez que la autorice”.

- 40 Conf. Ramos (1916, pp. 285-326). Esta decía en su art. 34: “Ninguna detención o arresto se hará en la cárcel pública destinada a los criminales, sino en otro local que se designará a este objeto; las cárceles de la provincia serán seguras, sanas y limpias, y no podrá tomarse medida que a pretexto de precaución, conduzca a mortificar a los presos más allá de lo que su seguridad exija”. La constitución provincial entrerriana de 1903 tenía una disposición análoga en el art. 45, conf. Ramos (1916, pp. 327-384).
- 41 “Art. 15. Ninguna detención o arresto se hará en la cárcel pública destinada a los criminales, sino en otro local que se designará a este objeto; las cárceles deben ser seguras, y siéndolo, queda prohibido, dentro de ella el uso de grillos y cadenas”. Conf. Alesci et al. (2017, p. 78).
- 42 Ibidem, conf. art. 13, p. 109.
- 43 Código constitucional provisorio de la provincia de Córdoba, art. 112: “Los que en los puntos mencionados de traición o subversión del orden público resultaren delincuentes por la correspondencia, podrán ser procesados y asegurados según la inminencia del peligro”. Conf. Ramos (1914, pp. 316-336).
- 44 Al tratar el juicio político, el art. 60 de la Constitución Nacional establece: “Su fallo no tendrá más efecto que destituir al acusado, y aun declararle incapaz de ocupar ningún empleo de honor, de confianza o a sueldo en la Nación. Pero la parte condenada quedará, no obstante, sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios”.
- 45 Constitución Nacional, art. 115: “Los jueces de los tribunales inferiores de la Nación serán removidos por las causales expresadas en el Artículo 53, por un jurado de enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal. Su fallo, que será irrecurrible, no tendrá más efecto que destituir al acusado. Pero la parte condenada quedará no obstante sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios”.
- 46 Ello, claro está, no supone aceptar el carácter penal del llamado “juicio político” regulado por aquellas normas, como lo era en el *impeachment* del derecho inglés. Al respecto, véase García-Mansilla (2016).

plicó precedentemente, al sancionarse el texto constitucional, la referencia a los “reos” detenidos en las cárceles incluía lingüísticamente a los condenados. Además, dado que ya existía la pena privativa de la libertad al sancionarse la Constitución Nacional en 1853, si se hubiese tenido la intención de prohibirla, se lo hubiera hecho expresamente.

En este sentido, la única opción interpretativa admisible es que el “castigo” prohibido en la última oración del art. 18 de la Constitución Nacional se refiere a la imposición de penas, torturas y tratos crueles dentro de las cárceles.⁴⁷ Es decir, el término remite a las “mortificaciones” prohibidas en los textos constitucionales de la provincia de Buenos Aires⁴⁸ y Santa Fe,⁴⁹ el decreto de “Disposiciones generales sobre seguridad individual” de 1811, el proyecto de constitución elaborado por la Sociedad Patriótica,⁵⁰ el estatuto provisional de 1815,⁵¹ el reglamento provisional de 1817⁵² y los proyectos de constitución de 1819 y 1826,⁵³ con un significado análogo a la prohibición de los “tormentos” efectuada por la Constitución de Corrientes de 1824.⁵⁴

En definitiva, como sostuvo Levaggi (2002a),

[l]a noción de “castigo” ya no se referiría a la función de la cárcel, sino únicamente [...] a todo trato innecesariamente aflictivo dado a los presos, fueran éstos encausados o condenados. Así la mayoría interpretó la cláusula desde el principio. (p. 1)

47 De manera más amplia, el juez Jorge Antonio Bacqué consideró que la prohibición de los tormentos y azotes prevista por el art. 18 de la Constitución Nacional “forma parte de las convicciones éticas fundamentales de toda comunidad civilizada, que no puede permitir la impunidad de conductas atroces y aberrantes, como lo es la tortura”. Conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Causa incoada en virtud del decreto 280/84 del Poder Ejecutivo Nacional - Camps, Ramón Juan Alberto y otros-*, 22/06/1987, Fallos: 310:1162, disidencia del juez Bacqué, considerando 13.

48 Véanse las notas al pie 26 y 27.

49 Véanse las notas al pie 25 y 28. La Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1829 tenía una previsión similar en el art. 138: “En ningún caso se permitirá que las cárceles sirvan para mortificar, y si solo para asegurar á los acusados”. Conf. Varela (1848, p. 530).

50 El art. 204 establecía en el capítulo 23 referido a la “Seguridad Individual”: “Toda medida inútil para la seguridad de su Persona, es un crimen; y el Juez [que] la ordenase será responsable de la menor mortificación [que] por ella le resulte al arrestado”. Conf. Ravignani (1939, p. 622).

51 Véase la nota al pie 13.

52 Véase la nota al pie 14.

53 Véanse las notas al pie 15 y 16.

54 Constitución de la provincia de Corrientes, 15 de septiembre de 1824, conf. Ramos (1914, pp. 232-247) y Varela (1848, p. 515). Allí se establecía en el art. 140: “La cárcel no es lugar destinado al tormento de los reos y la prisión sólo es una medida que la autoridad pública debe buscar a la seguridad de sus últimos procedimientos”.

En este sentido, cabe destacar la críticas del Congreso de 1816 sobre los presidios empleados por los españoles, en los que era “imposible conservar un año de salud” (*Manifiesto que hace a las Naciones...*, 1817, s.p.), así como la explicación de Estrada y Alberdi sobre los crueles castigos impuestos por Rosas. Además, existen publicaciones de sentencias donde constaba que las cárceles se utilizaban para imponer castigos corporales a condenados (utilizándose como lugares alternativos las plazas y calles públicas), tales como azotes a un esclavo,⁵⁵ y la conmutación de dicha pena por “un año de servicio en la casa de ejercicios a que se le destina para que el buen ejemplo enmiende y corrija sus costumbres relajadas”.⁵⁶

Asimismo, el texto de la citada cláusula del art. 18 de la Constitución Nacional brinda otros elementos que apoyan esta conclusión.

En la quinta oración se abolen para siempre los tormentos y azotes. Al respecto, cabe destacar que en las Partidas los azotes no eran solamente penas, sino también una forma de tortura —o “tormento”—, un medio para obtener la prueba de confesión.⁵⁷ Por lo tanto, de esa oración se deduce que una de las intenciones del Congreso General Constituyente, en línea con la destrucción de los instrumentos de tortura ordenado por la Asamblea del año XIII, fue abolir la tortura como medio “para el esclarecimiento de la verdad é investigacion de los crímenes”.⁵⁸ Es decir, como señaló Estrada (1895, p. 168), se prohibió la coacción tanto física como moral para obtener la confesión de los imputados.

Estos castigos que fueron prohibidos en la quinta oración fueron especialmente prohibidos por la sexta oración en las cárceles, porque allí se desarrolla-

55 “Vistos: por lo que resulta de lo actuado en que se justifica el robo de un braserito de plata, confesado por el negro Juan, esclavo de D. Nicolás Osorio, ha venido la Comisión en condenar a dicho negro por consideración a su edad que no pasa de doce años a la pena de doce azotes en la cárcel por mano del verdugo, devolviéndose el braserito a la dueña de el, D.a Rosa Diaz, y previniéndose al amo del negro esté muy a la mira de arreglar la conducta de este, cargándosele a aquel las costas de la causa, previa la resolución del Exmo. Supremo Director del Estado a quien se remitirá esta con el competente original. — Balcarce. — Ugarteche. — Valle” (*Gaceta de Buenos Aires (1810-1821)*, 1914, p. 223). Ortografía actualizada.

56 Suplemento a la Gazeta de Buenos-Ayres, 15/11/1817 (*Gaceta de Buenos Aires (1810-1821)*, 1914, p. 264). Véase, asimismo, Gazeta Ministerial del gobierno de Buenos-Ayres, 01/05/1812 (*Gaceta de Buenos Aires (1810-1821)*, 1911, p. 176).

57 Conf. *Las Siete Partidas glosadas por el Licenciado Gregorio López* (1555, partida 7, tit. XXX, ley 1).

58 “Mayo 21 de 1813.- La Asamblea General ordena la prohibicion del detestable uso de los tormentos adoptados por una tirana legislacion, para el esclarecimiento de la verdad é investigacion de los crímenes; en cuya virtud serán inutilizados en la plaza mayor por mano del verdugo, antes del feliz día 25 de Mayo, los instrumentos destinados á este efecto.— Juan LARREA, Presidente.— Hipólito Vieytes, Secretario” (sic) (*Registro Oficial de la República Argentina*, 1879, p. 216).

ban, al menos en parte. En efecto, en la legislación de las Partidas, los tormentos y azotes se disponían sobre los presos,⁵⁹ para lo cual se debía cumplir con una serie de formalidades. Las cárceles eran los establecimientos adecuados para desarrollar los actos de tortura como medio investigativo. Entonces, la prohibición de los castigos de la última oración del art. 18 de la Constitución Nacional es un desarrollo de la prohibición de los tormentos y azotes abolidos por la quinta oración, que parece propender a prohibir una práctica que, hasta entonces, era permitida.

Además, se agregó una disposición penal de advertencia para reforzar la prohibición, aclarando que toda mortificación innecesaria a los detenidos en las cárceles hará responsable al juez que las autorice. En este sentido, González Roura (1922, p. 220) ha entendido que la tipificación de los delitos de severidades, vejaciones y apremios ilegales se vinculan con este artículo.

4.3 Los fines de la pena y el art. 18 de la Constitución Nacional

En conclusión, ciertamente la Constitución no prohíbe la existencia de una pena privativa de la libertad con un fin retributivo.⁶⁰ Al contrario, solo dispone que en el marco de una medida privativa de la libertad no puede haber otros “castigos”, tormentos o mortificaciones aflictivas innecesarias para el fin de asegurar a los presos en las cárceles.⁶¹ En definitiva, lo que la Constitución manda es que las cárceles sean establecimientos en los que se pueda alojar dignamente a los presos y que la seguridad de los reos —es decir, la adopción de medidas para que no se escapen— no puede ser una excusa para mortificarlos más allá de lo que estrictamente sea necesario para el cumplimiento de la pena privativa de la libertad o la prisión preventiva.

Nada dice la Constitución Nacional expresamente respecto a cuál es el fin de la pena, pero en dos oportunidades permite la aplicación de castigos ante la violación de las leyes. En consecuencia, de conformidad con los arts. 18, 60, 75, inc. 12, y 115 de la Constitución Nacional, el Congreso de la Nación puede establecer diversas clases de penas, entre ellas, las privativas de la libertad, como castigo o retribución ante la comisión de delitos. Esas penas pueden

59 Conf. *Las Siete Partidas glosadas por el Licenciado Gregorio López*, 1555, partida 7, tit. XXX, ley 3.

60 La posición contraria es sostenida por Hertler (2021, pp. 115-124).

61 En este sentido se ha expresado la disidencia de los jueces Octavio Bunge y Cornelio Moyano Gacitúa en Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Pedro Llanos solicitando la excarcelación de los procesados por el delito de rebelión Antonio Abregú y otros s/Const.*, 01/08/1905, Fallos: 102:219.

tener distintos fines, incluyendo tanto el retributivo como los otros fines preventivos de las penas. Ello siempre que se respete el límite previsto en el art. 28 de la Constitución, es decir, la razonabilidad de tales fines, lo que supone que tienda a fines legítimos y que no desnaturalice, por ejemplo, otros derechos de jerarquía constitucional, como el de la integridad personal, y los principios de culpabilidad y proporcionalidad de la pena.

5. Los tratados internacionales de derechos humanos enumerados en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional

5.1 El fin de “reforma y la readaptación social de los condenados”

A partir de la reforma constitucional de 1994, por imperio del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional se ha otorgado jerarquía constitucional a dos disposiciones generales⁶² sobre la finalidad de la pena. Dichas normas, claro está, rigen en las condiciones de su vigencia⁶³ y sin derogar artículo alguno de la primera parte de la Constitución.

En primer lugar, la Convención Americana sobre Derechos Humanos dice en su art. 5.6: “Derecho a la Integridad Personal [...] 6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”. A su vez, el art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece: “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”.

De la lectura de las normas citadas, según el sentido corriente del texto —pauta interpretativa que surge del art. 31, inc. 1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados—, no caben dudas en cuanto a que las convenciones se refieren en su letra a lo que se denomina “prevención especial positiva”. En

62 Se excluye el art. 40.1 de la Convención de Derechos del Niño, puesto que respecto a los niños rigen principios más propios de las medidas de seguridad que de la pena (o bien fuertemente preventivos). Este artículo dice: “Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad”.

63 Entre ellas, cabe destacar que se consignó en el instrumento de ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de fecha 14/08/1984: “El presente Pacto se interpretará en concordancia con los principios y cláusulas de la Constitución Nacional vigente o con los que resultaren de reformas hechas en virtud de ella”. Conf. Biblioteca de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación, <https://tratados.cancilleria.gob.ar/>.

este sentido, en las cárceles se deben emplear medios educativos para que el condenado reforme su conducta criminal, lo que puede caracterizarse como el voluntario abandono de sus prácticas delictivas y la adhesión a las normas y al espíritu de respeto de los bienes jurídicos ajenos. Asimismo, se establece como fin que el penado adquiera las aptitudes y los hábitos necesarios para vivir pacíficamente en la sociedad libre, es decir, se readapte a la sociedad.⁶⁴ Así entonces, aunque un sector de la doctrina haya propuesto una “interpretación progresiva” de las citadas cláusulas para adecuarlas a su particular teoría de la recta finalidad del tratamiento penitenciario,⁶⁵ de los claros términos de las cláusulas convencionales mencionadas surge que la norma propende a la prevención especial positiva.

Ahora bien, las normas citadas difieren en cuanto al objeto al que se le atribuye tal fin, ya que la Convención Americana sobre derechos Humanos se lo asigna a las “penas privativas de la libertad”, mientras que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se refiere específicamente al tratamiento

64 En sentido similar, véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Medidas provisionales respecto de Brasil. Asunto del complejo penitenciario de Curado*, 28/11/2018, párr. 88, en el que se expresó que “la pena debe tratar de obtener la reincorporación del penado a la vida civil en condiciones de desenvolverse en ella conforme a los principios de la convivencia pacífica y con respeto a la ley”. Asimismo, Corte Interamericana de Derechos Humanos (2022, párr. 51).

Por lo demás, ello es conteste con las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela). La Regla 4^o establece: “1. Los objetivos de las penas y medidas privativas de libertad son principalmente proteger a la sociedad contra el delito y reducir la reincidencia. Esos objetivos solo pueden alcanzarse si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, la reinserción de los exreclusos en la sociedad tras su puesta en libertad, de modo que puedan vivir conforme a la ley y mantenerse con el producto de su trabajo. 2. Para lograr ese propósito, las administraciones penitenciarias y otras autoridades competentes deberán ofrecer educación, formación profesional y trabajo, así como otras formas de asistencia apropiadas y disponibles, incluidas las de carácter recuperativo, moral, espiritual y social y las basadas en la salud y el deporte. Todos esos programas, actividades y servicios se ofrecerán en atención a las necesidades de tratamiento individuales de los reclusos”. Asimismo, se prevé en la Regla 91: “El tratamiento de las personas condenadas a una pena o medida privativa de libertad debe tener por objeto, en la medida en que la duración de la pena lo permita, inculcarles la voluntad de vivir conforme a la ley y mantenerse con el producto de su trabajo y crear en ellos la aptitud para hacerlo. Dicho tratamiento estará encaminado a fomentar en ellos el respeto de sí mismos y desarrollar su sentido de la responsabilidad”.

65 Zaffaroni et al. (2002) consideran que existe una interpretación posible de las normas de modo de concluir en que no imponen la prevención especial positiva —ideología que, según sostienen, guiaba a los autores de las convenciones, pero que consideran autoritaria y fracasada—, sino que se ajuste a su idea del fin del trato penitenciario como tratamiento de las condiciones de vulnerabilidad de los internos y de reducción del efecto deteriorante de la persona ocasionado por el encarcelamiento. En este contexto, sostienen: “Reforma del condenado no es reforma moral [...] sino reforma o adquisición de nuevas formas de comportamiento (dejar de comportarse conforme a roles demandados según estereotipos [que lo colocaron en un estado de vulnerabilidad que lo expuso a ser condenado

del régimen penitenciario, es decir, a la ejecución de la pena privativa de la libertad. No obstante, más allá de esta diferencia textual, ambas normas son equivalentes⁶⁶ y deben entenderse como referidas a la ejecución de una pena privativa de la libertad, puesto que no cabe asignarle según el contexto otro significado al término “pena”.

En este sentido, puede dividirse la finalidad de la pena prevista para un delito en tres etapas. La primera es su anunciación o conminación con la promulgación de la ley, es decir, el aviso a la población de que, en caso de incurrir en una conducta delictiva determinada, se impondrá una pena. La segunda etapa se da al momento del dictado de la sentencia condenatoria, en la que el juez determina la pena aplicable. La tercera y última etapa es la de la ejecución de la pena, que, en el caso de una pena privativa de la libertad efectiva, se identifica con el régimen penitenciario.

Así entonces, claramente no se puede predicar el fin de readaptación social del condenado respecto de las primeras dos etapas, puesto que el anuncio de la pena en nada puede incidir en la reforma y reinserción social del condenado, además de que ninguna de estas puede ser determinada de manera “esencial” por el fin de readaptación social (lo que, asimismo, implicaría desatender los principios de culpabilidad y proporcionalidad al determinar la pena). No obstante, estas etapas de la pena no deben impedir el fin de readaptación social —tal como sugirió la mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en *Maldonado*—,⁶⁷ lo que ocurriría en los casos en los que se determinen penas que impidan absolutamente la reinserción de los condenados en la sociedad.

penalmente)). Y la readaptación social no tendría que entenderse tampoco en el sentido de regreso a la sociedad libre como un ser moralmente superior, sino como un ser que hace lo mismo que el resto, es decir, que no se esfuerza por ofrecerse al poder punitivo” (pp. 934-937). Esta inteligencia de las normas desatiende el sentido corriente de los términos, que no hacen referencia alguna a la peculiar idea de los citados autores sobre la “vulnerabilidad” (cuyo análisis excede el objeto del presente trabajo). En particular, no resulta plausible interpretar del texto de las convenciones que “la reforma y la readaptación social” de los condenados se refiere a que estos dejen de poseer las características o estereotipos que los torna “vulnerables” de modo tal que no se expongan más al arbitrario poder punitivo del Estado (lo que no supone necesariamente que dejen de cometer delitos, lo que constituye un evidente contenido mínimo de la “reforma” de los penados, que es educativa o moral —y no, v. gr., física o de otro tenor—). Esta posición tampoco explica por qué motivo se habría dispuesto en el art. 5, inc. 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos el deber de establecer un “tratamiento” diferente para condenados y procesados, que no necesariamente presentan características distintas desde el punto de vista de la vulnerabilidad.

66 En el mismo sentido, aunque propone una “interpretación progresiva” del texto convencional a la luz de su interpretación particular sobre los fines de la pena, véase Zaffaroni (1995, pp. 115-129).

67 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Maldonado, Daniel Enrique y otro s/robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado –causa N° 1174–*, 07/12/2015, Fallos: 328:4343. El

Consecuentemente, el fin de readaptación social solo podrá tener un carácter esencial como fin de la pena al momento de cumplirse la pena privativa de la libertad, puesto que allí es cuando se desarrollan los tratamientos tendientes a tal fin, imposibles de realizar en las otras dos etapas.⁶⁸ Por ello, debe entenderse que esta norma se refiere a la etapa de ejecución de la pena privativa de la libertad.

En sentido concordante, la Corte Interamericana, que afirmó en la Opinión Consultiva 29 que aunque la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

expresan en esencia lo mismo, es más explícito y preciso el Pacto porque aclara que se trata del “régimen penitenciario”, es decir, no de las penas privativas de libertad en sí mismas, sino de la finalidad que debe perseguir su ejecución.⁶⁹

No obstante, en una nota al pie, el tribunal interamericano aclaró que la cuestión sobre los “fines de la pena” da lugar a una “discusión profusa”.⁷⁰ Esta aclaración parece expresar, como lo propuso el juez Zaffaroni (1995) en un trabajo de doctrina, que no puede interpretarse que la Convención Americana sobre Derechos Humanos se refiera a los fines de la pena, sino, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, meramente al tratamiento carcelario. Esta última interpretación encuentra un obstáculo en las diferencias entre los textos de las referidas convenciones internacionales, ya señaladas, por lo que contraría la regla consistente en que los tratados deben ser interpretados de conformidad con el sentido corriente de sus términos.⁷¹ Además, reitera una objeción presentada por Chile en la Conferencia Especializada Interamericana

voto de la mayoría, compuesta por Petracchi, Highton, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti, sostuvo en el considerando 23: “Que el mandato constitucional que ordena que toda pena privativa de la libertad esté dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados (art. 5, inc. 6, CADH) y que el tratamiento penitenciario se oriente a la reforma y readaptación social de los penados (art. 10, inc. 3º, PIDCP) exige que el sentenciante no se desentienda de los posibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial”. Ello fue reiterado por el juez Maqueda en *Madero, José y otros s/incidente de recurso extraordinario*, 30/09/2021, Fallos: 344:2559, y en *Álvarez, Marcos Aurelio y otro s/p.ss.aa. negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública*, 28/10/2021, Fallos: 344:3104.

68 Excede el presente trabajo la cuestión de si las penas de prisión perpetua impiden la readaptación social, como se expresó en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Mendoza y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*, 14/05/2013, párr. 165.

69 Corte Interamericana de Derechos Humanos (2022, párr. 49).

70 *Ibidem*, párr. 49, nota al pie 59.

71 Conf. art. 31, inc. 1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

sobre Derechos Humanos de 1969, en la que se adoptó la convención y que fue evidentemente descartada.⁷²

Es más, de los antecedentes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se desprende que la asignación de la finalidad resocializadora a la “pena privativa de la libertad” y no solamente al “régimen penitenciario” fue deliberada. En efecto, en el proyecto original, presentado por la Comisión Interamericana de Jurisconsultos a la Organización de Estados Americanos, se preveía un texto similar al del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Artículo 3 [...] 4. El régimen penitenciario consist[i]rá en un tratamiento orientado en todo lo posible a lograr la reforma y la readaptación social de los penados”.⁷³ Esta versión del proyecto de convención fue posteriormente alterada por la citada comisión, que propició que en dicha cláusula se consigne “la expresión ‘penas privativas de libertad’ en vez de ‘el régimen penitenciario’”,⁷⁴ de modo que propuso como texto definitivo del proyecto de convención: “Las penas privativas de libertad perseguirán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.⁷⁵

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el proyecto de convención propuso en su dictamen adoptar en sustitución de dicha cláusula: “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento orientado en todo lo posible a lograr la reforma y la readaptación social de los penados”.⁷⁶ Así entonces, disminuye gravemente el poder persuasivo de la posición que sostiene que los textos son, en su letra, equivalentes el hecho de que la redacción de la cláusula de manera diferente a la del art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos haya sido efectuada por una comisión de expertos

72 La República de Chile había expresado en sus observaciones al proyecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Del mismo modo parece aconsejable la supresión de la letra c) del mencionado párrafo que al señalar que ‘las penas privativas de libertad perseguirán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados’ adopta una posición definida frente a uno de los más controvertidos problemas del Derecho Penal y la Filosofía del Derecho, cual es la finalidad de las penas, lo que no sólo no parece propio de un texto legal, sino, además, dicha disposición puede ser fuente de dificultades en su aplicación debido a que todos los países americanos contemplan en sus Códigos Penales condenas por largo tiempo o incluso de presidio perpetuo, las que, ciertamente, resultan incompatibles con la finalidad que en el anteproyecto de Convención se pretende asignárseles a las penas privativas de libertad”. Conf. Organización de los Estados Americanos (1969, p. 39).

73 Organización de Estados Americanos (1973, p. 100).

74 Ibidem, p. 102.

75 Ibidem, p. 102.

76 Ibidem, p. 358.

“jurisconsultos” y de que esta redacción haya sido aprobada en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos de 1969 con la sola sustitución del verbo “perseguirán” por “tendrán”, a pesar de las observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la República de Chile. Ello, sin perjuicio de que, como se señaló, no existe en la práctica ninguna diferencia entre ambas posiciones al aplicar la norma convencional analizada.

5.2 La admisibilidad del establecimiento de otros fines de la pena

Por otro lado, entender que el art. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se refiere a la prevención especial positiva como fin de la pena privativa de la libertad en general no equivale a sostener que se trata de la única finalidad admisible para tal clase de penas. El texto en castellano expresa que las penas privativas de la libertad “tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”, lo que permite interpretar que se trata de una finalidad esencial entre varias finalidades esenciales o bien que aquella es la única finalidad esencial admisible, por lo que se trata de una norma ambigua. Esta dificultad interpretativa se clarifica con la lectura del texto de la referida norma en inglés (uno de los idiomas oficiales),⁷⁷ que puede ser empleado para resolver una ambigüedad del texto en castellano de conformidad con el art. 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.⁷⁸ En efecto, la versión en inglés de la convención aclara que se trata de “una finalidad esencial”.⁷⁹

En consecuencia, la finalidad de prevención especial positiva debe ser entendida como uno de los fines convencionalmente necesarios de la pena privativa de la libertad, sin exclusión de otros fines.⁸⁰

Es que, en definitiva, la finalidad de esta cláusula no es establecer qué carac-

77 De conformidad con el art. 41 del Reglamento de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, 08/11/1969. <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/actas-conferencia-interamericana-derechos-humanos-1969.pdf>.

78 Esta establece en su art. 33, “Interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas”: “1. Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos...”.

79 Cursiva agregada. El texto de la Convención en inglés dice en su art. 5.6: “Punishments consisting of deprivation of liberty shall have as an essential aim the reform and social readaptation of the prisoners”. Ver en: https://www.oas.org/dil/treaties_b-32_american_convention_on_human_rights.pdf.

80 En similar sentido, Zaffaroni et al. (2002, p. 936).

terísticas y finalidades en general debe tener la pena impuesta como consecuencia de la comisión de un delito. En cambio, teniendo en cuenta el contexto⁸¹ de la disposición analizada, tal como se desprende de su inclusión en el art. 5° de la Convención bajo el epígrafe “Derecho a la Integridad Personal”, se trata de una norma destinada a salvaguardar la integridad personal de las personas condenadas privadas de su libertad. Ello se debe a la “intrínseca relación entre las condiciones de privación de libertad y la consecución de la finalidad del régimen de ejecución de la pena”⁸² y, en suma, entre la dignidad humana y el derecho a que se adopten los medios tendientes a posibilitar su rehabilitación. En esta línea, sostuvo Ploch (2012) en referencia a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Como ilustran los referidos documentos, la dignidad y la rehabilitación pueden ir de la mano, y la dignidad humana es un elemento esencial del derecho de los prisioneros a su rehabilitación. Estos documentos presentan la dignidad humana como un valor fundacional orientador, y reconocen o apoyan el derecho de los prisioneros a la rehabilitación. (pp. 887-949)

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es consistente con esta interpretación, en tanto se limitó a sostener que el art. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prohíbe las penas que contradigan la “finalidad esencial” fijada en la norma convencional. De esta manera, en el *Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú* expuso:

Las sanciones penales son una expresión de la potestad punitiva del Estado e “implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita”. Sin embargo, las lesiones, sufrimientos, daños a la salud o perjuicios sufridos por una persona mientras se encuentra privada de libertad pueden llegar a constituir una forma de pena cruel cuando, debido a las condiciones de encierro, exista un deterioro de la integridad física, psíquica y moral, que está estrictamente prohibido por el inciso 2 del artículo 5 de la Convención. Las situaciones descritas son contrarias a la “finalidad esencial” de las penas privativas de la libertad, como establece el inciso 6 del citado artículo, es decir, “la reforma y la readaptación social de los condenados”. Las autoridades judiciales deben tomar en consideración estas circunstancias al momento de aplicar o evaluar las penas establecidas.⁸³

81 Conf. art. 31, inc. 1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

82 Corte Interamericana de Derechos Humanos (2022, párr. 48).

83 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú. Fondo, reparaciones*

Posteriormente, en el *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*, aclaró que estos menoscabos de la integridad física de los reclusos constituyen un trato cruel contrario a la integridad personal de los reclusos y de la finalidad esencial de la pena privativa de la libertad siempre que no sean una “consecuencia natural y directa de la privación de libertad en sí misma”.⁸⁴

Asimismo, respecto a los niños, y teniendo en cuenta lo preceptuado en el art. 40.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el tribunal interamericano ha entendido en el *Caso Mendoza y otros vs. Argentina* que

la medida que deba dictarse como consecuencia de la comisión de un delito debe tener como finalidad la reintegración del niño a la sociedad. Por lo tanto, la proporcionalidad de la pena guarda estrecha relación con la finalidad de la misma. Con base en lo anterior, de conformidad con el artículo 5.6 de la Convención Americana, el Tribunal considera que la prisión y reclusión perpetuas, por su propia naturaleza, no cumplen con la finalidad de la reintegración social de los niños. Antes bien, este tipo de penas implican la máxima exclusión del niño de la sociedad, de tal manera que operan en un sentido meramente retributivo, pues las expectativas de resocialización se anulan a su grado mayor. Por lo tanto, dichas penas no son proporcionales con la finalidad de la sanción penal a niños.⁸⁵

A partir de la premisa de que la pena no puede tener una finalidad exclusivamente retributiva, el tribunal concluyó en que la pena de prisión perpetua importa una restricción de los derechos de los niños que no resulta un medio proporcionado —*rectius*, adecuado— respecto a tal fin, por lo cual la estimó contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Resulta llamativo que no haya extendido este razonamiento respecto a los adultos, máxime cuando la Corte Interamericana no puso énfasis en el citado pasaje en que el art. 37, inc. a) de la Convención sobre los Derechos del Niño establece de manera prístina que “[n]o se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad”.

Por otro lado, además de las violaciones directas a la integridad personal de los reclusos como los atentados contra su vida y las deficientes condiciones de

y costas, 25/11/2004, párr. 101. En el mismo sentido, *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*, 25/11/2005, párr. 223.

84 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas, 25/11/2006, párr. 314.

85 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, 14/05/2013, párrs. 165-166.

detención que redundan en un menoscabo de su salud y peligro para su vida,⁸⁶ la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado violatorias de la convención ciertas prácticas durante la ejecución de la pena privativa de la libertad por ser contrarias a la finalidad de readaptación social de los condenados, tales como su traslado a prisiones alejadas de sus familiares de manera injustificada,⁸⁷ la ausencia de programas educativos⁸⁸ y la imposibilidad de realizar actividades productivas.⁸⁹ En ese marco, afirmó que

entendido coherentemente el artículo 5.6 de la Convención en concordancia con el artículo 10.3 del Pacto [...] la ejecución de las penas privativas de la libertad debe procurar que la persona del penado se pueda reintegrar a la vida libre en condiciones de coexistir con el resto de la sociedad sin lesionar a nadie, es decir, en condiciones de desenvolverse en ella conforme a los principios de la convivencia pacífica y con respeto a la ley. Esto implica, ante todo, que el sistema penitenciario no debe deteriorar a la persona, más allá del efecto inevitable de toda institucionalización (en este caso prisionización) y que, además, debe procurar minimizarlo o neutralizarlo en la mayor medida de lo posible. Ello conlleva, por un lado, a que el régimen penitenciario deba ser diseñado y propenda a la consecución de ese objetivo. En esa medida, la educación, formación profesional, el trabajo y la recreación son funciones esenciales de los centros penitenciarios, las cuales deben ser brindadas a todas las personas privadas de libertad.⁹⁰

Así entonces, el tribunal interamericano se ha limitado a expresar que ciertos castigos o tratos a las personas privadas de la libertad durante la ejecución de la pena vulneran la finalidad esencial de readaptación social de los condenados. Empero, siguiendo el texto convencional, no han enumerado un listado de fines admisibles de la pena privativa de la libertad ni censurado la prosecución de otros fines diferentes y compatibles con el fin de prevención especial positiva.

86 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Mota Abarullo y otros vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*, 18/11/2020. Asimismo, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011).

87 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso López y otros vs. Argentina Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, 25/11/2019, principalmente párr. 118.

88 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Mota Abarullo y otros vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*, 18/11/2020.

89 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*, 27/04/2012, párr. 60.

90 Corte Interamericana de Derechos Humanos (2022, párr. 51).

6. Conclusiones

Los constituyentes fueron hombres de su época. Tomaron la decisión de abandonar definitivamente las crueldades del pasado con una clara visión de futuro y conciencia de las reformas necesarias para el progreso de la Argentina.

La Constitución Nacional no define expresamente cuáles son los fines de la pena, pero tampoco prohíbe su conceptualización como castigo ni el fin retributivo de la pena privativa de la libertad. Una interpretación textual, finalista y a la luz de los orígenes históricos del artículo 18 de la Constitución demuestra que esta norma solamente establece una garantía en favor de las personas alojadas en las cárceles, sea con motivo de una medida de prisión preventiva durante el proceso o con motivo del cumplimiento de la condena. La Constitución Nacional protege a todas las personas detenidas por el Estado de toda mortificación que no se derive necesariamente de las medidas tendientes a cumplir con la medida de restricción de su libertad ambulatoria.

El castigo por la comisión de delitos está implícitamente reconocido en los arts. 60 y 115 de la Constitución, y el Congreso de la Nación es libre de incluir dentro de tal catálogo tanto a las penas privativas de la libertad como a otras. Al permitirse el castigo por los delitos y ante el silencio sobre cuáles son los fines de la pena privativa de la libertad, el texto constitucional le permite al Congreso adoptar tanto un fin retributivo como uno preventivo, siempre que sea razonable (v. gr., tienda a fines legítimos y respete los principios de culpabilidad y proporcionalidad de la pena).

Dentro de estos fines de la pena posibles, a raíz de la reforma constitucional de 1994 en la que —en los términos del art. 75, inc. 22— se otorgó jerarquía constitucional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se estableció que la pena privativa de la libertad tiene como una finalidad esencial la reforma y la readaptación social de las personas que cumplen una pena privativa de la libertad. Por lo tanto, sin exclusión de otros fines esenciales de la pena que las leyes determinen, las penas privativas de la libertad deberán orientarse a la prevención especial positiva para la reinserción social de los condenados.

Bibliografía

- Alberdi, J. B. (2017). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Biblioteca del Congreso de la Nación.
- Cabral, L. C. (1991). La constitución y las cárceles de la Nación. *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, XVIII-1989, 153-159.
- Colautti, C. E. (1983). *Proyectos Constitucionales Patrios 1811-1826*. Ediciones Culturales Argentinas.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2011). *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II.Doc.64.
- Corpus Iuris Civilis*. (1836). Apud Janet et Cotellet, Bibliopolas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (30 de mayo de 2022). *Opinión Consultiva OC-29/22 solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad"*.
- De Covarrubias, S. (1611). *Tesoro de la Lengua Castellana*. Nuevo Tesoro Lexicográfico de la Lengua Española. Real Academia Española.
- Ekmekdjian, M. A. (1994). *Tratado de Derecho Constitucional* (Tomo II). Depalma.
- Estrada, J. M. (1895). *Curso de Derecho Constitucional, Federal y Administrativo*. Compañía Sud-Americana de Billetes de Banco.
- Estrada, J. M. (1901). *Curso de Derecho Constitucional* (Tomo I). En *Obras Completas* (Tomo VI). Compañía Sud-Americana de Billetes de Banco.
- Ferrer, J. (Dir.). (2017). *Digesto Constitucional de la Provincia de Córdoba. Constituciones y reformas constitucionales entre los años 1821 y 2001*. Constituciones y Cultura Constitucional de Córdoba.
- Gaceta de Buenos Aires (1810-1821)*. (1911). (Tomo III). Compañía Sud-Americana de Billetes de Banco.
- Gaceta de Buenos Aires (1810-1821)*. (1914). (Tomo V). Compañía Sud-Americana de Billetes de Banco.
- García-Mansilla, M. J. (2016). El *impeachment* al Justice Samuel Chase. El contexto y las consecuencias del caso. En Santiago, A. (h), *La responsabilidad de los jueces por el contenido de sus decisiones jurisdiccionales. Marco teórico y análisis de algunos casos paradigmáticos* (pp. 185-214). Thomson Reuters-La Ley.
- González, J. V. (1935). *Manual de la Constitución Argentina*. En *Obras Completas* (Tomo III). Universidad Nacional de La Plata.
- González Roura, O. (1922). *Derecho Penal* (Tomo II). Valerio Abeledo.
- Herrera, J. (1911). *La reforma penal*. Librería e Imprenta de Mayo.
- Hertler, F. E. (2021). Fin de la pena y prisión perpetua en la Argentina: reflexiones con base en los derechos humanos. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (11), 115-124.
- Las Siete Partidas glosadas por el Licenciado Gregorio López*. (1555). (Tomo III). Andrea de Portonariis.
- Levaggi, A. (2002a). Análisis histórico de la cláusula sobre cárceles de la Constitución. *La Ley. Suplemento Universidad del Salvador*, 1.
- Levaggi, A. (2002b). *Las cárceles argentinas de antaño (Siglos XVIII y XIX) Teoría y realidad*. Ad-Hoc.
- López Melero, M. (2012). Evolución de los sistemas penitenciarios y de la ejecución penal. *Anuario Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá*, (V), 401-448.
- Manifiesto que hace a las Naciones el Congreso General Constituyente de las Provincias-Unidas del Río de la Plata sobre el tratamiento y crueldades que han sufrido de los Españoles, y motivando la declaración de su independencia*. (1817). Imprenta de la Independencia.
- Montes de Oca, M. A. (1917). *Lecciones de Derecho Constitucional*. Tipo-Litografía "La Buenos Aires".

- Neuman, E. (1972). La llamada readaptación social del delincuente. El art. 18 “in fine” de la Constitución Nacional y algunos aspectos de la realidad carcelaria en nuestra Capital. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 147, 993-998.
- Organización de los Estados Americanos. (1969). *Actas y Documentos de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos de 1969, 7-22 de noviembre de 1969*. OEA/Ser.K/XVI/1.2.
- Organización de los Estados Americanos. (1973). *Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1968*. Secretaría General.
- Peco, J. (1921). *La reforma penal argentina*. Valerio Abeledo.
- Ploch, A. (2012). Why dignity matters: dignity and the right (or not) to rehabilitation from international and national perspectives. *New York University Journal of International Law and Politics*, 44, 887-949.
- Ramos, J. P. (1914). *El derecho público de las provincias argentinas con el texto de las constituciones sancionadas entre los años 1819 y 1913* (Tomo I). Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.
- Ramos, J. P. (1916). *El derecho público de las provincias argentinas con el texto de las constituciones sancionadas entre los años 1819 y 1913* (Tomo II). Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.
- Ravnani, E. (1939). *Asambleas Constituyentes Argentinas* (Tomo VI, segunda parte). Casa Jacobo Pleuser.
- Real Academia Española. (1737). *Diccionario de la Lengua Castellana de la Real Academia Española*. Nuevo Tesoro Lexicográfico de la Lengua Española.
- Real Academia Española. (1803). *Diccionario Usual*. Nuevo Tesoro Lexicográfico de la Lengua Española.
- Real Academia Española. (1852). *Diccionario Usual*. Nuevo Tesoro Lexicográfico de la Lengua Española.
- Registro Oficial de la República Argentina*. (1879). (Tomo I). “La República”, imprenta especial de obras.
- Registro Oficial de la República Argentina*. (1880). (Tomo II). “La República”, imprenta especial de obras.
- Registro Oficial de la República Argentina*. (1882). (Tomo III). “La República”, imprenta especial de obras.
- Riquert, M. A. (1997). La pena conforme el modelo de la Constitución reformada. *Jurisprudencia Argentina*, 1997-II, 856-880.
- Rusche, G. y Kirchheimer, O. (1984). *Pena y estructura social*. Temis.
- Soler, S. (1987). *Derecho Penal Argentino* (Tomo II). Tipográfica Editora Argentina.
- Solum, L. B. (2010). The Interpretation-Construction Distinction. *Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper*, (11), 95-118. <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/676/>.
- Solum, L. B. (2011). What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory. *Georgetown University Law Center*, s.f. <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1353/>.
- Solum, L. B. (2013). Originalism and the Unwritten Constitution. *University of Illinois Law Review*, (5), 1935-1984.
- Varela, F. (1848). *Tratados de los estados del Río de la Plata y Constituciones de las Repúblicas Sud-Americanas* (Tomo IV). Biblioteca del Comercio del Plata.
- Varela, L. V. (1920). *Debates de la Convención Constituyente de Buenos Aires*. Taller de Impresiones Oficiales.

- Velázquez Martín, S. (2017). Historia del derecho penitenciario español. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 70(1), 387-444.
- Zaffaroni, E. R. (1995). Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales. En Maier, J. B. J. y Binder, A. M. (Comps.), *El derecho penal hoy. Homenaje al Prof. David Baigún* (pp. 115-129). Editores del Puerto.
- Zaffaroni, E. R. (1998). *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (Tomo I). Ediar.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A. y Slokar, A. (2002). *Derecho Penal. Parte General*. Ediar.

Legislación citada

- Constitución Nacional.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Jurisprudencia citada

Corte Suprema de Justicia de la Nación

- Álvarez, Marcos Aurelio y otro s/p.ss.aa. negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública, 28/10/2021, Fallos: 344:3104.
- Causa incoada en virtud del decreto 280/84 del Poder Ejecutivo Nacional - Camps, Ramón Juan Alberto y otros-, 22/06/1987, Fallos: 310:1162.
- Criminal contra D. Julian Aguirre, por rebelión. Incidente sobre excarcelación bajo fianza, 03/04/1875, Fallos: 16:88.
- El Ministerio fiscal contra D. Hilarion Martinez y D. Rufino Castro Boedo, sobre cumplimiento de una fianza carcelera y *judicatum solvi*, 31/07/1869, Fallos: 7:368.
- Madero, José y otros s/incidente de recurso extraordinario, 30/09/2021, Fallos: 344:2559.
- Maldonado, Daniel Enrique y otro s/robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado –causa N° 1174–, 07/12/2015, Fallos: 328:4343.
- Pedro Llanos solicitando la excarcelación de los procesados por el delito de rebelión Antonio Abregú y otros s/Const., 01/08/1905, Fallos: 102:219.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas, 25/11/2004.
- Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, 25/11/2005.
- Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, 25/11/2006.
- Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas, 27/04/2012.
- Caso Mendoza y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares. Fondo y Reparaciones, 14/05/2013.
- Medidas provisionales respecto de Brasil. Asunto del complejo penitenciario de Curado, 28/11/2018.
- Caso López y otros vs. Argentina Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas, 25/11/2019.
- Mota Abarullo y otros vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas, 18/11/2020.

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PARA EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS DE LA PERSONA HUMANA

Manuel Alderete

Universidad Austral

salderete@ius.austral.edu.ar

Recibido: 15/11/2023

Aceptado: 17/05/2024

Resumen

La convencionalización de los ordenamientos jurídicos hace que todos los operadores, entre ellos especialmente el Poder Ejecutivo, acudan a los textos y principios constitucionales y convencionales para fundar sus decisiones. Bajo este nuevo escenario, en el que la Administración pública es también principalmente un intérprete de la Constitución, es que se propone repensar los alcances del control de constitucionalidad de leyes y reglamentos por parte del Poder Ejecutivo, siempre teniendo en cuenta su meta última: la protección de la persona humana como fundamento, centro y fin del ordenamiento jurídico. El presente trabajo propone un análisis de la posición del Poder Ejecutivo Nacional frente a leyes y reglamentos inconstitucionales e inconventionales desde la postura de la doctrina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Fiscal de la Nación y la Procuración del Tesoro de la Nación.

Palabras clave: control de constitucionalidad, control de convencionalidad, Poder Ejecutivo, Administración pública, división de poderes, ley inconstitucional, derechos humanos.

Constitutional and Conventional Review made by the Public Administration for the Recognition of Human Rights

Abstract

The conventionalization of legal systems means that all operators, especially the Executive Branch, resort to constitutional texts and principles to justify their decisions. In this new scenario, in which the Public Administration is also and primarily an interpreter of the Constitution, a proposal is made to reconsider the scope of the constitutional review of laws and regulations by the Executive Branch, always taking into account its ultimate goal: the protection of the human person as the foundation, center, and purpose of the legal system. This paper proposes an analysis of the position of the National Executive Branch regarding unconstitutional and non-conventional laws and regulations from the standpoint of scholarly opinions, the Argentine Supreme Court of Justice, the Inter-American Court of Human Rights, the Argentine Tax Court, and the Argentine Attorney General's Office.

Key words: Constitutional review, conventional review, Executive Branch, Public Administration, separation of powers, unconstitutional laws, human rights.

1. Introducción

La génesis del derecho constitucional es el consenso. Su objeto de estudio es un texto fundacional de una nación que nace como expresión máxima de la soberanía del pueblo, con plena legitimidad democrática y que no es sino el resultado de un acuerdo amplio y profundo para regir a las generaciones actuales y futuras.¹

El derecho administrativo en cambio, es el derecho del poder (Schmitt, 1971, p. 3). Busca, desde un régimen exorbitante,² aplicar la constitución en un esquema que pivotea entre el ejercicio del poder público justificado en el logro del interés general y el respeto ineludible de derechos y libertades personales.

El tema que me convoca se enmarca en un punto de contacto esencial entre la Constitución y el poder administrador. Desde ya que la Administración pública, tanto en sus actos como en sus abstenciones, debe respetar el principio

1 Siempre es bueno traer a colación el magnífico discurso conocido como “El sermón de la Constitución” que Fray Mamerto Esquiú pronunció aquel 9 de julio de 1853 en ocasión de la jura de nuestra Constitución Nacional. El ahora beato, entre otras memorables citas, afirmó allí que la carta magna era “el pueblo, la Nación Argentina hecha ley”. Para una semblanza de aquel discurso, ver Linares Quintana (1985).

2 Para una explicación del derecho administrativo como régimen exorbitante, ver Comadira et al. (2012 pp. 15-18).

de juridicidad, especialmente en nuestro Estado constitucional de derecho.³ La pregunta que se suscita es, sin embargo, más compleja: ¿impone este principio al Poder Ejecutivo la obligación de abstenerse de aplicar las normas que considere inconstitucionales? ¿Puede la Administración controlar si una ley o norma de inferior jerarquía es conteste con la constitución y con los tratados internacionales de derechos humanos?

Este cuestionamiento, como veremos, ha sido objeto de intensos debates en jurisprudencia y doctrina. Pero es ahora, en esta era en la que enfrentamos un cambio de paradigma, cuando la discusión adquiere un nuevo significado.

La constitucionalización o, mejor dicho, la convencionalización de los ordenamientos jurídicos hace que todos los operadores, entre ellos especialmente el Poder Ejecutivo, acudan a los textos y principios constitucionales de modo más frecuente, intenso y relevante para fundar sus decisiones. El paso del Estado legal de derecho a un Estado constitucional de derecho estuvo dado, entre otros factores, porque las constituciones y tratados internacionales adquirieron un carácter normativo directo, asentándose como estructura axiológica con principios y valores que permean todas las normas que integran el ordenamiento jurídico (Santiago, 2022, pp. 25-27 y 33).

El derecho abandonó su rigidez legalista y se sentó sobre una realidad dúctil (Zagrebelsky, 1995). La guía de actuación de las autoridades está hoy orientada de modo preponderante por principios en vez de reglas. Bajo este nuevo escenario, en el que la Administración pública es también principalmente un intérprete de la Constitución, es que debemos repensar los alcances de su potestad para controlar la constitucionalidad de leyes y reglamentos, siempre teniendo en cuenta su meta última: la protección de la persona humana como fundamento, centro y fin del ordenamiento jurídico (Rabbi-Baldi Cabanillas, 2019, pp. 39 y ss.; Santiago, 2022, pp. 41 y ss.).

3 El régimen exorbitante propio del derecho administrativo, cauce del poder público, solo puede entenderse hoy como un derecho que busca la plena armonización entre potestades y derechos fundamentales al amparo de la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional. Su base de justificación es el plexo de principios que la constitución convencionalizada inserta en nuestro Estado de derecho. El principio de juridicidad al que debe someterse la Administración pública en su accionar adquiere así una dimensión mucho más profunda que la mera legalidad formal: se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico, entendido éste como los principios generales de derecho que derivan de la dignidad de la persona humana, de la Constitución Nacional, de los tratados internacionales, de las leyes y los actos administrativos (Comadira et al., 2012, p. 2015). En definitiva, el respeto permanente a la juridicidad es una condición indispensable para la existencia de un verdadero Estado de Derecho. Esto puede ampliarse en Comadira et al. (2022).

Este trabajo seguirá la siguiente estructura:

Primero, mencionaré rápidamente la opinión de algunos autores que se expidieron lúcidamente sobre si es posible que el Poder Ejecutivo ejerza un control de constitucionalidad sobre leyes o reglamentos.

Segundo, haré un repaso de la cuestión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) y, fundamentalmente, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) para demostrar cómo sus posiciones aparentan ser contradictorias y encontrar los puntos de contacto entre cada una de ellas.

Tercero, analizaré el caso particular del Tribunal Fiscal de la Nación (TFN) y su jurisprudencia administrativa sobre control de convencionalidad de normas.

Cuarto, mencionaré la postura de la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN) sobre la posición de la Administración pública frente a leyes y reglamentos inconstitucionales.

Por último, esbozaré mi posición y haré una reflexión final.

2. La doctrina

Las posiciones doctrinarias son antagónicas y, más allá de algunos matices, se apoyan sobre dos argumentos centrales. Aquellos autores que niegan la posibilidad de que la Administración pública ejerza el control de constitucionalidad, especialmente sobre leyes, entienden que esa función le compete exclusivamente al Poder Judicial y que el Poder Ejecutivo no puede abstenerse de aplicar actos dictados por el Congreso, sin violar el principio republicano de división de poderes.

En el rincón opuesto, quienes defienden la posibilidad y la necesidad de que la Administración pública se exprese sobre la constitucionalidad de leyes y reglamentos construyen sus argumentos partiendo de los principios de supremacía constitucional y de juridicidad. Sostienen que la vigencia de la Constitución Nacional (CN) como ley suprema depende de que todos los órganos públicos puedan abstenerse de aplicar aquellas normas que les sean contrarias, lo que también contribuye a la construcción de la juridicidad del ordenamiento como un todo coherente y orientado a la satisfacción del bien común y al resguardo de los derechos humanos.

Sin ánimo de agotar la larga lista de autores que escribieron sobre el tema, me propongo realizar un breve resumen de aquellas opiniones que considero más relevantes a los fines de este trabajo.

2.1 Posturas negativas a que la Administración controle la constitucionalidad de las leyes o inaplique aquellas que considere inconstitucionales

Joaquín V. González, Linares, Bianchi, Gelli y Monti son solo algunos de los autores que sostuvieron que la potestad de la Administración se limita a ejecutar y cumplir las leyes y no a emitir un juicio sobre su validez jurídica. Con algunos matices, coinciden en que para ejercer una suerte de “control indirecto de constitucionalidad”, el Poder Ejecutivo cuenta con mecanismos diversos, como el poder de veto, la posibilidad de impugnar judicialmente y, en un caso concreto, aquellas leyes que considere inconstitucionales, y la facultad de elevar al Congreso un proyecto de ley derogatoria o modificatoria de aquella reputada como inconstitucional.

En su clásica obra, Joaquín V. González (1991) afirmaba enfáticamente que el “Poder Judicial es supremo, y sólo él tiene la facultad de declarar inconstitucional una ley del Congreso, y sólo en este caso puede pronunciar la nulidad; esto es, cuando la ley es contraria a la Constitución” (p. 261).

Con un criterio original, Linares (1986, pp. 142 y ss.) escribió que el Poder Ejecutivo sí puede declarar que una ley es inconstitucional y realizar todas las observaciones a su respecto, aunque no tiene competencias para descartarla o prescindir de su aplicación. Es también uno de los primeros autores en afirmar que, si la ley es inconstitucional por oscuridad (i. e. “ley inconstitucional oscura”), puede realizar una interpretación constructiva de manera tal de lograr el alcance que mejor se compadezca con la Constitución Nacional.

Bianchi (1992, pp. 245 y ss.), fundado en el principio republicano de división de poderes y en la presunción de legitimidad de los actos administrativos, entiende que la Administración solo tiene a su cargo la ejecución de las leyes y, por lo tanto, no está habilitada para ejercer el control de su constitucionalidad. Esta potestad, a juicio del autor, solo puede reconocérsele a los tribunales administrativos que ejercen funciones jurisdiccionales en tanto cuenten con las mismas garantías de inmunidad funcional que los jueces del Poder Judicial y siempre que una ley no se los prohíba.

Más cerca en el tiempo, Gelli (2006), al comentar el art. 99.1 de la Constitución Nacional, enseña que la imposibilidad de que el Poder Ejecutivo declare la inconstitucionalidad de una ley es “consistente con el principio de legalidad que protege a la persona contra la arbitrariedad del poder, impidiéndole a la Administración que desconozca por su solo arbitrio derechos que emanan de una ley” (p. 827). Admitir lo contrario no solo implicaría reconocerle mayores poderes al presidente que los ya otorgados por la reforma de 1994, sino también

correr el riesgo de que la inaplicabilidad de una ley por parte del Poder Ejecutivo se convierta en una manera ilegítima de zanjar conflictos con el Congreso.

Finalmente, en su reciente trabajo, Monti (2023a, 2023b) sostiene que el sistema de control de constitucionalidad y convencionalidad interno de las leyes en nuestra nación Argentina es jurisdiccional, apoyándose para ello en los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional en cuanto regulan la actuación del Poder Judicial las causas que versen sobre la Constitución y la leyes nacionales, y en los artículos 29 y 109 en cuanto le prohíben al Poder Ejecutivo conocer en causas judiciales. Propone una alternativa: si el Poder Ejecutivo u otros órganos que no sean el Poder Judicial (o incluso éste cuando ejerce función administrativa) se enfrentan a una ley que, aplicada literalmente, es inconstitucional o inconvenional, podrían realizar interpretaciones para encontrar un cause constitucional que permita su aplicación. Así, la Administración sólo podría efectuar una suerte de control de constitucionalidad “creativo” o “constructivo” para lograr que una norma legal reputada de inconstitucional pueda adaptarse al ordenamiento constitucional. Para apuntalar su postura prohibitiva del ejercicio del control de constitucionalidad que inaplique una ley, la autora acude a dos argumentos pragmáticos. Primero, si la Administración no puede dictar un acto administrativo soslayando la existencia o inaplicando un reglamento por considerarlo inconstitucional sin violar el principio de inderogabilidad singular del reglamento, ¿por qué podría proceder de otra manera si se enfrenta a una ley? Segundo, permitir que la Administración inaplique una ley por considerarla inconstitucional generaría situaciones de inseguridad jurídica⁴ y afectaciones de la igualdad entre los ciudadanos y en cuanto al uso legítimo de recursos públicos.⁵

2.2 Posturas permisivas a que la Administración controle la constitucionalidad de las leyes o inaplique aquellas que considere inconstitucionales

Por el contrario, aunque con algunas diferencias, autores como Bidart Campos, Quiroga Lavié, Dromi, Bidegain, Sagües, Marienhoff, Cassagne, Julio Rodolfo

4 Por ejemplo, distintos órganos y entes de la Administración podrían tener criterios disímiles sobre si una norma es o no inconstitucional.

5 Por ejemplo, en el caso de otorgamiento de beneficios, la posible afectación de derechos por el dictado de actos apartados de la ley quizás no tenga un legitimado para exigir su control judicial (claramente no serán impugnados por los beneficiados), lo que podría implicar un dispendio ilegítimo de recursos públicos. Pero, además, incluso desde el punto de vista de los beneficiados, esos actos administrativos serán pasibles de revocación en cualquier momento por carecer de estabilidad, lo que lo deja en una posición de clara inseguridad jurídica.

Comadira, Julio Pablo Comadira y, más recientemente, Sammartino, sostienen que la Administración puede o debe inaplicar leyes o reglamentos que reputen inconstitucionales.

Desde el lado de los constitucionalistas, Bidart Campos (2000, pp. 432-433) sostiene que todo órgano del Estado, con excepción del Poder Judicial, debe aplicar las normas tal y como son dictadas. Sin embargo, acudiendo al principio de desobediencia razonada, aclara que la Administración, aun cuando no tenga competencias para controlar la constitucionalidad de una norma, puede abstenerse de aplicarla si ésta es notoriamente inconstitucional. Así como una orden inconstitucional no debe ser obedecida, tampoco deberá ser aplicada una ley inconstitucional.

En una posición similar, Quiroga Lavié et al. (2001, p. 560) y Dromi (2015, pp. 78 y ss.) coinciden en que la facultad de controlar la constitucionalidad de leyes es exclusiva del Poder Judicial, porque lo contrario implicaría aceptar la concentración del poder en una sola sede, aunque reconocen que esta posición debe ceder ante una “situación de grosera incompatibilidad normativa” y en casos de “vicios graves de inconstitucionalidad” que habilitan a la inaplicación de la norma en cuestión. Fundan sus conclusiones en la salvaguarda del principio de supremacía constitucional y en el ejercicio de una competencia implícita de los funcionarios para cometer desobediencias razonadas y razonables.

Concuerda también Sagüés (2002, p. 240) al admitir la posibilidad de que, excepcionalmente, el Poder Ejecutivo se abstenga de aplicar una ley cuando su inconstitucionalidad es grosera u obvia.

A esta misma postura adscribe Cassagne (2011) al reconocer la facultad excepcional de la Administración de inaplicar la ley cuando su inconstitucionalidad supere lo meramente opinable. Para el autor, el principio de supremacía constitucional previsto en el artículo 31 no está dirigido únicamente a los jueces, sino a todas las autoridades de la nación, por lo que abstenerse de aplicar una disposición legal manifiestamente incompatible con la Constitución Nacional implica cumplir con un deber que les fue impuesto. Claro está que, como la obligación primaria del Poder Ejecutivo es cumplir y hacer cumplir la ley, cualquier ponderación sobre su constitucionalidad deberá ejercerse con suma prudencia y como *ultima ratio*.

Bidegain (1983, pp. 34-39) da un paso más al entender que el Poder Ejecutivo tiene la facultad de declarar la inconstitucionalidad de una ley en tanto ésta invada una competencia que la carta magna le atribuya, el vicio sea claro y manifiesto o se deriven perjuicios graves e irreparables.

Marienhoff (2000, pp. 430-431), en una posición que, como veremos, fue luego receptada por la PTN,⁶ distingue entre la posibilidad de inaplicar una ley por inconstitucional y la potestad de declararla como tal. Esta última potestad le corresponde de modo excluyente al Poder Judicial, mientras que el Poder Ejecutivo puede, con fundamento en el art. 31 de la Constitución Nacional (i. e., principio de supremacía), inaplicar una ley que sea contraria al texto constitucional.

En un conocido trabajo que ya tiene más de 30 años, el profesor Comadira (1989, pp. 151 y ss.)⁷ descartó una diferencia práctica entre la declaración de inconstitucionalidad y la inaplicación de una norma por reputarla inconstitucional. Desde su visión, aunque el Poder Judicial es el órgano competente para resolver *en última instancia* una cuestión sobre validez constitucional de las leyes; ello no obsta a que el Poder Ejecutivo, en su propia esfera de competencia y en su *instancia*, prescinda de la aplicación de leyes cuya inconstitucionalidad surja en forma razonablemente evidente. Entiende, además, que el Poder Ejecutivo también tendrá la potestad de abstenerse de aplicar una norma que reputa de inconstitucional cuando la inconstitucionalidad haya sido declarada por la CSJN o resulte de una reiterada doctrina judicial sentada en instancias inferiores, especialmente en fallos de Cámara. A su criterio, salvo la existencia de fallos de CSJN o de jurisprudencia inequívoca sobre el tema, debería exigirse la opinión de la PTN como máximo órgano asesor del Poder Ejecutivo.

Actualizando el trabajo de su padre y profesor, Julio Pablo Comadira (2019, pp. 3-30) concluye que una concepción adecuada del principio de juridicidad y la potestad inherente del Poder Ejecutivo de restablecer su vigencia lo facultan y obligan a inaplicar una ley por inconstitucional o inconventional, teniendo en cuenta que: (i) la inconstitucionalidad o inconventionalidad debería derivar de forma razonablemente evidente o haber sido declarada previamente por la CSJN o exista jurisprudencia reiterada y constante en ese sentido; (ii) es irrelevante que la inconstitucionalidad se deba a la afectación de facultades propias de la Administración o a la vulneración de derechos particulares; (iii) solo tendrá efectos para el caso concreto y no *erga omnes*; y (iv) la decisión del Poder Ejecutivo no podrá ser nunca definitiva porque la evaluación final sobre su legitimidad le corresponde al Poder Judicial.

En una postura ecléctica, Buteler (2015) opina que la potestad de declarar la inconstitucionalidad de leyes es una atribución exclusiva del Poder Judicial

6 Dictámenes 84:102.

7 Trabajo luego reeditado en Comadira et al. (2012, pp. 172 y ss.).

salvo que exista una autorización legislativa del Congreso, aunque es una buena práctica que la Administración pública inaplique normas generales en casos concretos para salvaguardar derechos fundamentales y siguiendo los lineamientos jurisprudenciales de los máximos tribunales provinciales y de la CSJN.

Un comentario aparte merece la posición de Sammartino (2023) postulada en un reciente y enjundioso trabajo sobre el tema. Luego de reflexionar sobre los alcances del control de constitucionalidad y convencionalidad en el Estado constitucional de derecho,⁸ el autor sostiene que, en virtud del art. 109 de la Constitución Nacional, es una desmesura reconocer al Poder Ejecutivo atribuciones para desconocer o inaplicar una ley por considerarla inconstitucional. Seguidamente, propone algunas variables al realizar un análisis distinguiendo la posición de la Administración en los siguientes supuestos: (i) normas declaradas inconstitucionales por la CSJN, sea en procesos individuales o colectivos; (ii) normas vigentes que gozan de presunción de legitimidad aunque la Administración las considere afectadas de vicios graves determinantes de una inconstitucionalidad; y (iii) normas vigentes portadoras de presunción de invalidez o ilegitimidad. La posibilidad de que la Administración inaplique una ley o un reglamento en cada uno de estos supuestos, así como las consecuencias de la posición que asuma, dependerán esencialmente de: (i) si la inaplicación de una norma logra la ampliación de potestades administrativas cercenadas por una disposición legal o si limita derechos; o (ii) si el desconocimiento de los efectos de la norma vigente acarrea la protección de un derecho fundamental de la persona humana. En prieta síntesis, el autor sostiene que, como último recurso y solo en los casos en que no sea posible armonizar mediante técnicas de interpretación adecuadas las normas con el goce de derechos humanos, el Poder Ejecutivo en situaciones de urgencia impostergable está dotado de una competencia inherente (art. 99, inc. 1 de la Constitución Nacional) que lo habilita a abstenerse de aplicar una previsión legal sospechosa de discriminación. En cuanto al control de convencionalidad por la Administración, Sammartino (2023, pp. 139-149) entiende que en el Estado constitucional y convencional de derecho, el control administrativo de convencionalidad asume el carácter de “garantía ínsita en el derecho fundamental a la tutela administrativa efectiva” (p. 142) y encuentra su fundamento en los artículos 1° y 2° de la CADH, en tanto les imponen a los Estados parte un deber de garantía consistente en asegurar jurídicamente el respeto y ejercicio de los derechos humanos.

8 Sobre el tema ver también Sammartino (2012, pp. 463-469).

3. ¿CSJN vs. CorteIDH?

3.1 La primera jurisprudencia de la CSJN

A diferencia de lo que ocurre en el ámbito doctrinario, la CSJN originalmente tuvo una orientación clara y unívoca en cuanto a que el Poder Ejecutivo tiene vedado el ejercicio del control de constitucionalidad sobre leyes.

Sin embargo, esa posición comenzó recientemente a resquebrajarse y matizarse. Sobre todo luego de algunas sentencias de la CorteIDH y la recepción del control de constitucionalidad y convencionalidad de oficio por parte del máximo tribunal, se abren interrogantes que obligan a revisar su clásica doctrina.

El *leading case* sobre el tema es un fallo dictado en 1967 en la causa *Ingeniería y Refinería San Martín del Tabacal*.⁹ Allí, la CSJN, al analizar si el Poder Ejecutivo podía declarar, por sí y ante sí, la inconstitucionalidad de leyes locales (en el caso, una ley de la provincia de Salta), sostuvo que:

cualesquiera sean las facultades del Poder Ejecutivo para dejar sin efecto actos contrarios a las leyes, no le corresponde declarar la inconstitucionalidad de ellas, pues dicha facultad es exclusiva del Poder Judicial, único habilitado para juzgar la validez de las normas dictadas por el órgano legislativo. Lo contrario importaría admitir que el poder pueda residir y concentrarse en una sola sede.¹⁰

Esta jurisprudencia fue convalidada y, en cierto sentido, ampliada en las causa *Mendoza c/Nación* de 1977¹¹ y *Bruno* de 1988.¹² En la primera de ellas, el máximo tribunal afirmó que no puede declararse la inconstitucionalidad de leyes y decretos en sede administrativa porque tal declaración, por su trascendencia, es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado *ultima ratio* del orden jurídico.¹³ En la segunda se menciona que

9 CSJN, 08/11/1967, *Ingenio y Ref. San Martín del Tabacal S.A. c/Gobierno de la Provincia (Salta) s/contencioso-administrativo*, Fallos: 269:243.

10 *Ibidem*, Consid. 5°.

11 CSJN, 23/08/1977, *Mendoza, Gobierno de la Provincia de c/Nación, Gobierno de la s/inconstitucionalidad del decreto nacional N° 1560/73*, Fallos: 298:511.

12 CSJN, 12/04/1988, *Bruno, Raúl Osvaldo s/amparo*, Fallos: 311:460.

13 Sin embargo, en algunos votos minoritarios de fallos posteriores no se acoge la doctrina de que el Poder Ejecutivo se ve impedido de revisar la constitucionalidad de sus propios actos. Así, en la causa *Deledda*, el entonces ministro Bacqué afirmó que al Poder Ejecutivo solo le está vedado expedirse acerca de la constitucionalidad de las normas emanadas del Poder Legislativo, pero no las de sus propios actos (CSJN, 04/08/1988, *Deledda, Francisco y otros c/Poder Ejecutivo Nacional s/acción de amparo*, Fallos: 311:1313).

es regla constitucional, tan imperativa para las provincias como para la Nación (art. 5 de la Constitución Nacional), que la facultad de declarar inconstitucionales las leyes, y de anular actos en su consecuencia, es potestad exclusiva de los tribunales de justicia.¹⁴

Este principio es recordado por la CSJN, luego de la reforma constitucional de 1994, únicamente en el precedente *Sindicato de Trabajadores de la Industria de la Alimentación* (1996), en el que, sin ser tan tajante, se menciona que una declaración de inconstitucionalidad “no puede llevarse a cabo —con *imperium*— por la autoridad administrativa, sino sólo por el Poder Judicial”.¹⁵

Por último, vale la pena mencionar el voto del entonces juez Fayt en el célebre precedente *Simon*, donde aplicó la doctrina de *San Martín del Tabacal* para concluir que la facultad de declarar la inconstitucionalidad de leyes es exclusiva del Poder Judicial.¹⁶

3.2 La jurisprudencia de la CorteIDH. Una evolución hacia el control pleno de convencionalidad por parte de todos los órganos del Estado

Los precedentes citados fueron dictados por la CSJN en otra era del derecho, en un tiempo ahora pretérito en el que el bloque de constitucionalidad no se conformaba, como un todo inescindible, también con los tratados internacionales de derechos humanos ni con la jurisprudencia de la CorteIDH.

En el plano internacional, hubo un avance extraordinario en la configuración sistémica que llevó a reconvertir el control de constitucionalidad en un control de convencionalidad y de dotar de grandes facultades al intérprete para “completar” o integrar los principios para hacer realidad el goce de derechos personales (Santiago, 2020, pp. 4 y ss.). Los intérpretes a los que me refiero no son solamente los jueces. Todo lo contrario. Si analizamos la jurisprudencia sobre control de convencionalidad de la CorteIDH, podemos concluir que, según este organismo internacional, todos los órganos públicos, inclusive la Administración, tienen la potestad de ejercer un control de convencionalidad. Veamos esta evolución jurisprudencial acudiendo a los precedentes más relevantes:

14 Consid. 13.

15 CSJN, 13/08/1996, *Sindicato de la Industria de la Alimentación c/Ministerio de Trabajo*, Fallos: 319:1420, consid. 8. El resaltado pertenece al original.

16 CSJN, 14/06/2005, *Simon, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad*, Fallos: 328:2056.

1. El primero de ellos es el fallo *Almonacid Arellano vs. Chile* de 2006.¹⁷ Allí, la CorteIDH afirmó que los jueces nacionales deben ejercer “una especie de control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), tarea en la que deben tener en cuenta no solo el tratado, sino también la interpretación que de éste ha realizado la CorteIDH como su intérprete último.¹⁸ Cuando un Estado ratificó la CADH, sus jueces también están sometidos a ella, “lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin”.¹⁹
2. En el mismo año, la CorteIDH se pronunció en la causa *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* ampliando su doctrina al sostener que los jueces deben ejercer el control de convencionalidad *ex officio*.²⁰
3. La obligación de ejercer el control de convencionalidad *ex officio* fue ampliada por la CorteIDH en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs, México*. Ya no solo los jueces, sino también los “órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles” (e. g., los órganos administrativos que ejercen de alguna manera una función jurisdiccional), tienen a su cargo el deber de velar por que las normas de un Estado sean acordes con el Pacto de San José de Costa Rica.²¹

17 CorteIDH, 26/09/2006, *Almonacid Arellano*, Serie C N° 154.

18 Seguimos a Manili (2022) al entender que esta postura de la CorteIDH se debe principalmente a dos factores: (i) la necesidad de convertir a la CADH en un parámetro relevante para juzgar la constitucionalidad de los actos de los Estados; y (ii) permitir que los jueces ordinarios de aquellos países con un control de constitucionalidad concentrado puedan declarar que una norma es contraria a la CADH en causas en las que se estén juzgando violaciones de derechos humanos.

19 CorteIDH, 26/09/2006, *Almonacid Arellano*, Serie C N° 154, parágrafo 124. Doctrina seguida por nuestra CSJN para sentar la necesidad de que los jueces realicen un control de convencionalidad de oficio en concordancia también con la interpretación que la CorteIDH realiza de la CADH. Ver especialmente CSJN, 13/07/2007, *Mazzeo, Julio y otro s/recurso de casación*, Fallos: 330:3248.

20 CorteIDH, 24/11/2006, *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Serie C N° 174. En el párrafo 158 la CorteIDH menciona que “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”.

21 CorteIDH, 26/11/2010, *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Serie C N° 220, ver especialmente el párrafo 225 en el que se menciona que “Los jueces y órganos vinculados a la administración de

4. Un paso adicional se dio en el caso *Gelman vs. Uruguay* del año 2011. Allí, la CorteIDH reiteró su doctrina clásica para luego agregar que la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de las mayorías, es decir, a la esfera de lo susceptible de ser decidido por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las que también debe primar un control de convencionalidad, “que es función y tarea de **cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial**”.²²
5. En algunos precedentes posteriores, la CorteIDH es aún más directa al imponer la obligación a toda autoridad pública de ejercer el control de convencionalidad. Así, en los casos *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*²³ y *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*²⁴ la CorteIDH afirmó directamente que “todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad”.
6. Recientemente, en el caso *Pávez Pávez vs. Chile*, la CorteIDH volvió a recordar que

las distintas autoridades estatales están en la obligación de ejercer ex officio un control de convencionalidad entre las normas y prácticas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.²⁵

7. Lo interesante del caso y el punto de quiebre con respecto a los precedentes citados en los puntos anteriores es que se decide condenar al Estado de Chile por violación a los derechos de la Convención por cuanto las autoridades

justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer **ex officio** un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana...” (el resaltado está en el original). Esta misma doctrina es posteriormente citada en numerosos precedentes. Ver, por ejemplo, CorteIDH, 01/07/2011, *Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, Serie C Nº 227, párrafo 164; 01/09/2011, *López Mendoza vs. Venezuela*, Serie C Nº 233, párrafo, 226; y 29/11/2011, *Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina*, Serie C Nº 238, párrafo 93.

- 22 CorteIDH, 24/02/2011, *Gelman vs. Uruguay*, Serie C Nº 221, párrafos 193 y 239 (el resaltado es propio). Algunos autores consideran, sin embargo, que la jurisprudencia del caso *Gelman* no autoriza sin más a que toda autoridad pública ejerza el control de convencionalidad porque éste debe hacerse “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” en cada país (Monti, 2023a, p. 15).
- 23 CorteIDH, 30/11/2012, *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, Serie C Nº 259, especialmente párrafo 142.
- 24 CorteIDH, 28/08/2014, *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, Serie C Nº 282, párrafo 471.
- 25 CorteIDH, 01/02/2022, *Pavez Pavez vs. Chile*, Serie 449, párrafo 156. El resaltado es propio.

judiciales internas no efectuaron un adecuado control de convencionalidad sobre el acto que dañó a la demandante. Si bien la condena está referida al incumplimiento por parte de órganos del Poder Judicial, nada obsta a que, en el futuro, la CorteIDH utilice el mismo criterio para condenar por la violación de un derecho protegido derivada de la falta de ejercicio del control de convencionalidad por parte de “cualquier autoridad pública”.

De esta rápida revisión de algunos precedentes del sistema interamericano puede concluirse que el control de convencionalidad superó el ámbito primigenio del Poder Judicial para imponerse a todos los órganos del Estado, ejerzan o no una función jurisdiccional. Parece ser que, mientras pueda ponerse en juego la vigencia de un derecho protegido por la Convención, las autoridades públicas deben velar por que las normas internas del mandato de la CorteIDH se adecúen al mencionado tratado internacional y a la interpretación efectuada por ella como su órgano rector.²⁶

3.3 La revisión de la jurisprudencia primitiva de la CSJN. Resquicios y modulaciones para el ejercicio del control de convencionalidad por parte de las autoridades públicas

Una reflexión que despierta esta evolución en la posición de la CorteIDH es que parecería no poder conciliarse con la reseñada doctrina de la CSJN, sentada especialmente en el fallo *San Martín del Tabacal*. Sería, no obstante, anacrónico e infundado mantener esta contradicción vigente. Lo cierto, a mi criterio, es que la jurisprudencia del máximo tribunal local —en el sentido de prohibirle al Poder Ejecutivo el ejercicio del control de constitucionalidad sin tapujos— fue dictada en otra era del derecho. En mi opinión, la CSJN, aunque sin decirlo expresamente aún, fue modulando esa postura y abriendo algunos resquicios para que todas las autoridades públicas puedan velar por la supremacía de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales con igual jerarquía, especialmente cuando está en juego el reconocimiento de derechos humanos.

La primera modulación ocurrió cuando la CSJN receptó del derecho anglo-

26 Una posición interesante es afirmar que, de esta jurisprudencia de la CorteIDH, no se deriva necesariamente una habilitación a los órganos administrativos para ejercer el control de convencionalidad en sentido negativo (i. e., la posibilidad de inaplicar o derogar una norma que consideren inconvencional), sino una obligación de dictar actos que tiendan a compatibilizar el ejercicio de la norma inconvencional con los derechos y principios de la Convención. Ver, en este sentido, Muñoz (2017).

sajón la teoría de las “categorías sospechosas de discriminación”,²⁷ que implica el reconocimiento de que en nuestro ordenamiento jurídico existen normas con presunción de inconstitucionalidad desde su dictado.²⁸

Para explicarla en muy pocas palabras, esta teoría implica que, para asegurar la igualdad prevista en el artículo 16 de la Constitución Nacional, aquellas normas que fijan distinciones basadas en categorías sospechosas de discriminación (i. e., raza, sexo, nacionalidad, religión, etc.) carecen de presunción de legitimidad y se presumen inconstitucionales. La principal consecuencia de esta presunción es la inversión del *onus probandi*, de modo que le corresponde al Estado emisor de la norma (y no al particular afectado) probar su constitucionalidad, la que solo podrá acreditarse luego de un criterio de ponderación más exigente que el de la mera razonabilidad. Este escrutinio estricto solo puede superarse si la norma en cuestión responde al logro de un interés estatal imperioso y se disipa toda duda de que no existirían otras alternativas que pudieran garantizar la finalidad perseguida de un modo menos gravoso para el afectado.²⁹

Al destruir la presunción de legitimidad de estas normas que contienen categorías sospechosas de discriminación (sean reglamentos o leyes³⁰), implícitamente lo que está haciendo es imponerle a la Administración el ejercicio de una especie de control sobre su constitucionalidad. Si una norma se presume inconstitucional, está claro que quien debe aplicarla tiene que abrir un juicio de ponderación que lo llevará a justificar estrictamente su razonabilidad y necesidad o a inaplicar la norma por considerarla contraria a la Constitución Nacional.

La segunda modulación es la línea jurisprudencial que afirma que, en el ejercicio del control de convencionalidad, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que hizo la CorteIDH,

27 Para un análisis de esta teoría en el derecho anglosajón y su posterior adaptación en el derecho argentino, ver Giardelli (2006).

28 Comparte esta opinión Comadira (2019, pp. 20-25). En otro trabajo, el mismo autor elabora una sesuda crítica de la teoría de las categorías sospechosas de discriminación y concluye en la innecesidad de su aplicación en el derecho argentino (Comadira, 2015).

29 La jurisprudencia de la CSJN es profusa en la materia. A los fines de este trabajo, basta decir que la recepción original de la teoría de las categorías sospechosas de discriminación ocurrió en un voto en minoría de los ministros Bacqué y Petracchi en la causa *Repetto* (08/11/1988, Fallos: 311:2272) y luego fue receptada por el Tribunal en varios casos posteriores: *Hooft* (16/11/2004, Fallos: 327:5118), *Gottschau* (08/08/2006, Fallos: 329:2986), *Mantecón Valdés* (12/08/2008, Fallos: 331:1715) y *Pérez Ortega* (21/02/2013, Fallos: 336:131), entre otros. Sobre el tema, ver Cianciardo et al. (2008).

30 V. gr. el ya citado precedente *Pérez Ortega*, en el que la CSJN declaró la inconstitucionalidad de una ley que exigía ser nacional argentino para el ingreso a la Administración pública nacional.

intérprete última de la CADH.³¹ La CSJN mencionó en varios precedentes que las decisiones de la CorteIDH “resultan de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH)”, estableciendo que “en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional”.³² Con posterioridad, manifestó que “la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” porque

[se] trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.³³

Esa postura abre la puerta a que, si se considera una obligación para el Estado argentino que todos sus órganos ejerzan una especie de control de convencionalidad *ex officio* —con la consecuente responsabilidad internacional por su omisión—, la CSJN tenga que reconocer el deber de la Administración pública de, al menos, realizar una interpretación armonizante o, en casos excepcionales, inaplicar aquellas normas que puedan razonablemente reputarse como inconstitucionales por afectar derechos humanos protegidos en la Convención.³⁴

El control de convencionalidad conlleva, por un lado, el deber de prevenir violaciones a los derechos humanos y, por otro, el de solucionar esas violaciones cuando ya hayan ocurrido.³⁵ Si un responsable de aplicar las decisiones internas de un Estado se encuentra en una encrucijada entre una interpretación que pondría al Estado en un conflicto con la CADH y otra que le permitiría cumplir con ella, debe dar prevalencia a esta última, aunque para tal fin sea necesario inaplicar la norma interna.

Como guía de actuación, es interesante también señalar la postura de la

31 Ver especialmente CSJN, 13/07/2007, *Mazzeo, Julio Lilio y otro s/Recurso de Casación*, Fallos: 330:3248; y 31/08/2010, *Videla, Jorge Rafael, Massera Emilio Eduardo s/Recurso de Casación*, Fallos: 333:1657.

32 CSJN, 23/12/2004, *Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal*, Fallos: 327:5668, consid. 6°.

33 CSJN, 13/07/2007, *Mazzeo, Julio Lilio y otro s/Recurso de Casación*, Fallos: 330:3248, consid. 20.

34 En el mismo sentido se expresa Sammartino (2023, pp. 148-149) al indicar que, en situaciones excepcionales, la Administración podrá realizar un control preventivo de convencionalidad absteniéndose de aplicar, de manera concreta, normas portadoras de presunción de invalidez convencional.

35 CorteIDH, 27/08/2020, *Urrutia Laubreaux*, Serie C N° 409, párr. 93.

CSJN que, para ciertos casos excepcionales y no previstos en una normativa general, termina por inaplicar disposiciones jurídicas sin poner en cuestión su validez constitucional intrínseca. Así ocurrió, por ejemplo, en el precedente *C. J. C.*,³⁶ en el que se declaró inaplicable el régimen de ejecución de sentencias de condenas pecuniarias contra el Estado nacional (art. 22 de la Ley 23982) respecto del crédito de una persona mayor de 70 años de edad, discapacitada y con serios problemas de salud, a pesar de que el actor no estaba exceptuado normativamente. Se concluyó que no era razonable ni necesario invalidar globalmente un sistema diseñado por el Congreso para fijar prioridades en la asignación de recursos

si el propio ordenamiento jurídico permite arribar a una solución justa y equitativa mediante la integración con normas análogas. En definitiva, la armonización del interés público con la salvaguarda de las garantías constitucionales impone recordar que la racionalización de los recursos del Estado debe ceder, en casos concretos y singulares, ante la razonabilidad de la decisión judicial. (...) Sujetar, entonces, a una persona que padece un grave y progresivo deterioro funcional a un plazo de espera que, conforme al desenvolvimiento natural de los hechos, implicaría frustrar la sustancia de su derecho, puede encontrar sustento formal en la letra de la ley pero jamás en la impronta humana y realista que exige la Constitución Nacional.³⁷

Esta última postura, que brega por una interpretación armonizadora del ordenamiento jurídico, abre también la puerta a que la Administración, sin necesidad de definir la inconstitucionalidad de una norma, opte por su inaplicabilidad en un caso concreto y en pos de la protección de un derecho humano. En definitiva, quizás esa sea en ciertas situaciones la única manera de hacer realidad el axioma, también y tan bien mencionado por la CSJN: “el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y, en tanto fin en sí mismo, la inviolabilidad de la persona constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”.³⁸

36 CSJN, 30/04/2020, C.J.C. *c/Estado Nacional – Ministerio de Defensa – Ejército s/daños y perjuicios*, Fallos: 343:264.

37 *Ibidem*, consid. 11, *in fine*.

38 CSJN, 06/04/1993, *Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar*, Fallos: 316:479, voto de los Dres. Fayt y Barra; 05/12/2017, *S., J. L. c/Comisión Nac. Asesora para la Int. De Personas Discapac. Y otro s/amparo*, CCF 12922/2006/CA2-CS1, voto del juez Rosatti, y 30/04/2020, C.J.C. *c/Estado Nacional – Ministerio de Defensa – Ejército s/daños y perjuicios*, Fallos: 343:264, consid. 7°.

4. El caso del TFN

Es interesante mencionar aquí el caso del TFN por dos razones. La primera es que es un órgano administrativo que ejerce funciones materialmente jurisdiccionales y, aun así, dos leyes le impiden pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas en los casos que llegan a su análisis. La segunda es que su jurisprudencia sobre la cuestión presenta una evolución receptiva de los precedentes de la CorteIDH, al punto de que algunas salas del TFN comenzaron a autoimponerse una potestad para ejercer el control de convencionalidad de normas, incluso de rango legal.

Como es sabido, tanto el art. 1164 del Código Aduanero como el art. 185 de la Ley de Procedimientos Fiscales 11.683³⁹ establecen que la sentencia del TFN

no podrá contener pronunciamiento respecto de la falta de validez constitucional de las leyes tributarias o aduaneras y sus reglamentaciones, a no ser que la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación haya declarado la inconstitucionalidad de las mismas...⁴⁰

Esta prohibición legislativa de declarar la constitucionalidad de las normas con la sola y única excepción de que existan antecedentes en ese sentido de la CSJN no ha limitado al TFN a pronunciarse introduciendo objeciones de índole constitucional en diversos casos.

Se afirmó, con base en la jurisprudencia del TFN, que la limitación legal es únicamente jurisdiccional y no puede verse como un recorte de la competencia del tribunal. Es decir, la circunstancia de que en principio no pueda declarar la inconstitucionalidad de las normas no le impide que formule las objeciones de índole constitucional pertinentes para resolver los casos en los que interviene (Bertazza, 2019).⁴¹

Es precisamente por esa razón que el solo hecho de que los fundamentos de

39 T.O. según Decreto 821/98.

40 En la faz procedimental, esta prohibición —sumada a la reglamentación del régimen recursivo— generan una seria falla: por un lado, el TFN no puede declarar la invalidez constitucional de una norma, pero, por otro, el recurso de apelación ante la Cámara Contencioso Administrativo Federal, que sí puede efectuar una declaración con esos alcances, carece de efectos suspensivos (art. 194 de la Ley 11683). Al decir de Mairal (2022, p. 845), se configura así una paradoja: cuanto más grave es el vicio (e. g., un impuesto inconstitucional por confiscatorio), menos efectiva es la tutela judicial.

41 Ver especialmente el comentario al art. 185 realizado por Ignacio J. Buitrago (en Bertazza, 2019), con cita de los siguientes precedentes TFN, sala B, 12/7/2004, *Gutiérrez y Belinsky*; sala A, 21/11/2005, *Miguel Pascuzzi*; y sala A, 4/11/2002, *Belgrano Day School SA*.

un recurso radiquen exclusivamente en la inconstitucionalidad de una norma legal no excluye la competencia del TFN.⁴²

Recientemente, parte de la doctrina y alguna jurisprudencia del TFN están mutando hacia aceptar la posibilidad de que el tribunal realice un control de convencionalidad y declare la falta de compatibilidad de una norma reglamentaria o legal con el Pacto de San José de Costa Rica.⁴³ Incluso algunos autores sostienen que la introducción de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos al texto constitucional en virtud del art. 75, inc. 22 implicó que el art. 185 de la Ley de Procedimiento Fiscal y su espejo del Código Aduanero devengan inconstitucionales⁴⁴ o, directamente, provocaron su derogación tácita.⁴⁵

En varios precedentes recientes del TFN, partiendo de la aplicación de la jurisprudencia de la CorteIDH en los casos *Cabrera y García Montiel Flores vs.*

42 TFN, sala C, 23/12/1992, *Libesa SA*; CNFed. Contenciosoadministrativo, sala III, 05/12/1991, *Perkins Argentina*, entre muchos otros. Ya desde 1965, en la Causa *Rotania S.A.* el TFN es muy claro al sostener que “el solo hecho que la defensa se funde en la ilegitimidad o inconstitucionalidad de las normas tributarias no es suficiente para declarar la incompetencia del Tribunal Fiscal, ya que éste podría decidir el caso fundándose en derecho no invocado, por aplicación del principio iura curia novit. Por otra parte, el art. 132 de la ley 11.683 (t. o. 1960, actual art. 164) lo faculta a decidir prescindiendo de lo alegado por las partes”.

43 Se han propuesto incluso la modificación de la Ley de Procedimiento Tributario a efectos que se admita, expresamente, la posibilidad que el TFN pueda expedirse respecto de la inconstitucionalidad de las leyes tributarias, aduaneras y, en su caso, de la seguridad social (Gómez et al., 2018, comentario al art. 185).

44 Ver, en este sentido, la opinión de Pablo Garbarino (2019), uno de los vocales del TFN, y también sus votos como vocal en las causas: Sala E, 31/07/2013, Nº 23.469-A, *La Mercantil Andina Cía. Argentina de Seguros SA c. D.G A. s/apelación*; Sala F, 21/11/2012, *Cargill SACeI c. DGA s/apelación*, entre otros, donde resolvió declarar la inconstitucionalidad del artículo 1164 del Código Aduanero por resultar violatorio del artículo 18 de la CN y de las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos que cuentan con jerarquía constitucional, en cuanto resguardan el derecho fundamental a la tutela administrativa y judicial efectiva.

45 En esta postura se enmarca Corti (2010, pp. 133 y ss.), quien sostiene que la única manera de garantizarles a los contribuyentes el derecho a la doble instancia judicial previsto por la Convención Americana de Derechos Humanos y con el alcance que le dio la CorteIDH es otorgarle al TFN una jurisdicción plena e irrestricta con el mismo alcance que el de la Cámara Nacional de Apelaciones en los Contencioso Administrativo Federal.

Spisso (2014, cap. 2, subcap. 4), por su parte, entiende que el principio de supremacía constitucional le impone al TFN el desafío de desplazar la prohibición establecida en la Ley de Procedimiento Fiscal y en el Código Aduanero para darle preeminencia al texto de la Convención Americana.

En un lúcido análisis sobre el tema elaborado en su tesis para optar por la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Austral, Giuliana Farruggia Valdivieso (2022, pp. 75-76) concluye que, a partir del caso *Gelman* de la CorteIDH las disposiciones en cuestión devinieron en inconventionales y, por consiguiente, inconstitucionales.

El ejercicio de facultades jurisdiccionales por parte del TFN, como explicaba Giuliani Fonrouge (1987, pp. 833-834) hacen que esté obligado a ejercer un control de constitucionalidad sobre las normas sujetas a su revisión y desplazan la prohibición declarada por la Ley 11683.

México y *Gelman vs. Uruguay*, se concluye que el tribunal tiene un deber de ejercer el control de convencionalidad (y, por ende, de constitucionalidad) sobre la normativa a su estudio. Como el TFN ejerce funciones jurisdiccionales, su potestad revisoria debe ser “plena, amplia y efectiva”, de modo de permitirle un adecuado control de las normas cuestionadas en toda su extensión.⁴⁶ Se ha llegado incluso a sostener en algún voto que las normas que impiden el control de constitucionalidad por parte del TFN han devenido derogadas por la Convención Americana, norma de jerarquía constitucional luego de la reforma constitucional de 1994.⁴⁷

Sin embargo, en el reciente plenario de los vocales miembros del TFN con competencia aduanera en la causa *Petroquímica Comodoro Rivadavia*⁴⁸ se resolvió por mayoría que el tribunal no puede declarar la inconstitucionalidad de una ley, en un caso concreto y ante el planteo efectuado por un recurrente. Siendo en extremo simplistas, los medulosos argumentos de la mayoría pueden resumirse en que el TFN no forma parte del Poder Judicial y que, por tanto, efectuar la declaración de inconstitucionalidad de una norma significaría violar el principio republicano de división de poderes por inmiscuirse en una competencia exclusiva de este último.⁴⁹

El problema que inmediatamente surge de esta doctrina es que no es posible revisar la convencionalidad de una norma, tal como lo manda la CorteIDH a todos los órganos del Estado, especialmente a aquellos que ejerzan una función jurisdiccional, sin controlar su constitucionalidad.⁵⁰ Si la ley viola

46 TFN, Sala F, 03/02/2022, *Aseguradora de Créditos y Garantías S.A.*, TR LALEY AR/JUR/10932/2022

47 TFN, Sala F, 07/02/2022, *Bunge Argentina S.A. c/DGAs/Apelación*, TR LALEY AR/JUR/4690/2022.

48 TFN, Plenario de los Vocales con competencia Aduanera, 26/04/2022, *Petroquímica Comodoro Rivadavia*, disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/if-2022-40809437-apn-vo-cixitfn_plenario_del_26-04-2022.pdf.

49 Ver por todos el voto del Dr. Miguel Nathan Licht en el que afirma que: “Desde esta perspectiva, abrevio que el Tribunal Fiscal no puede declarar la inconstitucionalidad de una ley o un reglamento por tratarse de un tribunal que no forma parte del Poder Judicial de la Nación. Admitido lo anterior, no parece que pueda conmovir la originalidad del Tribunal Fiscal respecto de otros órganos administrativos a los que se apodera de competencias materialmente jurisdiccionales. Surge como lógica conclusión que a los tribunales administrativos no se le pueden atribuir prerrogativas que son exclusivas y definitivas de los tribunales integrantes del Poder Judicial más allá de cualquier grado de semejanza” (consid. II). Con esta posición coinciden la mayoría de las Salas de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, órgano judicial con competencia revisora de los fallos del TFN (por todos, ver CNACAF, Sala II, 23/02/2024, *Abbot Laboratories Argentina SA (TFN 91797434-A) c/DGA*, Expte N° 44532/2023; y Sala IV, 10/03/2016, *Aseguradora de Créditos y Garantías S.A. s/recurso directo*, Expte. N° 46.118/2016).

50 Farruggia Valdivieso (2022) lo expone con lucidez: “Si todo órgano del Estado está obligado a realizar control de convencionalidad en el marco de sus competencias, este control presupone el

la Convención, seguramente violará también la Constitución Nacional porque ambas conforman un todo armónico, un bloque indisoluble que debe ser aplicado en conjunto (Manili, 2021, p. 292). El plenario no resuelve esta cuestión, incluso cuando acude a varios precedentes del sistema interamericano para fundar su conclusión.⁵¹

5. La PTN

La PTN en un primer momento sostuvo que el Poder Ejecutivo Nacional debía cumplir una ley inconstitucional y que no estaba facultado ni para derogar leyes ni para declarar su inconstitucionalidad. Para ello, se sostuvo, contaba con las alternativas de plantear la inconstitucionalidad ante el Poder Judicial, ejercer el poder de veto antes de que la ley entrara en vigencia o proponer su derogación ante el Congreso.⁵²

Esta postura fue dejada de lado por Marienhoff cuando fue procurador. En un célebre dictamen, afirmó que el Poder Ejecutivo Nacional, en pos de proteger el orden de prelación normativo establecido por el art. 31 de la Constitución Nacional, tiene facultades para no aplicar una ley que considera inconstitucional *aun cuando no pueda así declararla*.⁵³ Para preservar la supremacía de la Constitución Nacional (art. 31), el Poder Ejecutivo tiene atribuciones para no aplicar una ley que considera inconstitucional.

Esa posición fue luego contorneada en diversos asesoramientos en los que se dijo que la potestad de inaplicar la ley inconstitucional procedía en supuestos de manifiesta e indudable violación legislativa de facultades constitucionales del Poder Ejecutivo Nacional cuando existe un pronunciamiento de CSJN sobre la inconstitucionalidad de la norma en cuestión o cuando media una doctrina judicial reiterada en ese sentido.⁵⁴

Aun cuando esa línea de asesoramientos se haya mantenido en el tiempo, es posible encontrar también algunas excepciones en opiniones posteriores a la

de constitucionalidad, por cuanto aceptar que el TFN deba ejercer control de convencionalidad, al mismo tiempo que se le prohíbe ejercer control de constitucionalidad, es un contrasentido” (p. 76).

51 En rigor de verdad, únicamente voto en disidencia del vocal Christian González Palazzo analiza esta cuestión y concluye que, como el tribunal está obligado a realizar el control de convencionalidad, no puede prescindir de realizar el control de constitucionalidad sobre leyes.

52 Ver especialmente Dictámenes 72:137; 67:189 y 156:450.

53 Dictámenes 82:102.

54 Dictámenes 186:140. Sobre el tema, ver Comadira (2019).

reforma constitucional de 1994, especialmente vinculadas a leyes que creaban impuestos o a la revisión de normas locales.

En el año 2002, al revisar un reclamo administrativo previo de una concesionaria vial que objetaba la creación de impuestos nacionales y normas de poder de policía local, la PTN afirmó que

el control de constitucionalidad de las normas jurídicas federales y locales y la preservación de la supremacía prevista en el artículo 31 de la Constitución Nacional se encuentran en nuestro régimen jurídico-político a cargo del Poder Judicial, y revestir de esa atribución al Poder Ejecutivo nacional implicaría una amenaza para las autonomías provinciales.⁵⁵

Luego, en el año 2007, al analizar la petición de reintegro de una tasa con base en que las normas de su creación ya habían sido declaradas previamente inconstitucionales por la CSJN en un caso concreto⁵⁶, la PTN sostuvo que

a tenor del principio de división de poderes, cualesquiera que sean las facultades del Poder Ejecutivo para dejar sin efecto actos contrarios a las leyes, no le corresponde pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de ellas, por revestir el control de constitucionalidad de las normas emanadas del Poder Legislativo una facultad privativa del Poder Judicial.⁵⁷

La cuestión se complejiza nuevamente cuando tenemos que analizarla con los ojos del Estado constitucional y convencional de derecho. Los principios que como *mandatos de optimización*⁵⁸ se insertan en el bloque constitucional permiten cierta flexibilización para que el intérprete no deba, como única opción posible, inaplicar la norma cuestionada. Frente a una norma que podría resultar contraria a principios convencionales, quien deba aplicarla puede rea-

55 Dictámenes 240:158.

56 Se trataba del célebre precedente dictado en la causa *Selcro* (Fallos: 326:4251), en el que la CSJN declaró la inconstitucionalidad de leyes que delegaban al jefe de Gabinete de la Nación la facultad de fijar elementos esenciales de un tributo.

57 Dictámenes 262:176. Curiosamente, se cita como antecedente para sostener esta doctrina a la opinión sentada en Dictámenes 202:09. Sin embargo, en ese asesoramiento se efectuó un análisis interpretativo de ciertas previsiones de la Ley 21138 y la PTN consideró que “no puede ser tachada de inconstitucional en sede administrativa”

58 Seguimos aquí la postura de Alexy (2007, pp. 67 y ss.), quien, en muy prieta síntesis, afirma que, a diferencia de las reglas que pueden ser o no cumplidas, los principios son mandatos de optimización que mandan a realizarse en la mayor medida de lo posible y teniendo en cuenta las condiciones y posibilidades materiales y jurídicas en el caso concreto.

lizar un control de doble sentido: al primero podemos llamarlo “control de constitucionalidad destructivo”, que es aquel que termina por erradicar una norma del ordenamiento jurídico por ser contraria al reconocimiento de un derecho constitucional (inaplicación lisa y llana); y otro al que podemos llamar “control constructivo”, que a veces se identifica con la interpretación constitucional (Vigo, 2017) y que busca ampliar el alcance de la norma o construir una excepcionalidad en un caso concreto para posibilitar el reconocimiento y el goce de derechos constitucionales.⁵⁹ Esta segunda alternativa pretende que la Administración, en lugar de desplazar una norma por inconvencional, dicte actos con el objetivo de compatibilizarla con el ejercicio y reconocimiento de derechos y principios convencionales⁶⁰ *en la mayor medida de lo posible*.

Estos tipos de ejercicio de control constitucional que parten de técnicas interpretativas dinámicas para incorporar en el ordenamiento local principios y derechos previstos en la CADH o en instrumentos internacionales pueden encontrarse en asesoramientos que propiciaron la derogación de actos administrativos, por un lado, y, por otro, la abstención de aplicar leyes inconstitucionales.

Dentro del primer conjunto (i. e., desplazamiento del orden jurídico de actos administrativos contrarios a principios convencionales) se enmarcan los asesoramientos de Dictámenes 294:36 y 305:12.

En el primer caso, se analizó la legitimidad de una resolución del Ministerio de Seguridad que dispuso el pase a retiro obligatorio de una agente de la Policía Federal Argentina debido a un “trastorno de identidad sexual”. Esa resolución fue dictada con anterioridad a la sanción de la Ley 26743 que positivizó en nuestro ordenamiento el derecho de toda persona al reconocimiento de su identidad de género, al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género y a ser tratada de acuerdo a ésta. Para sostener que la mencionada resolución devino ilegítima, la PTN recordó que la Constitución Nacional no establece derechos, sino que reconoce derechos preexistentes y que, en materia de derechos y garantías no reconocidos expresamente, debe primar una “interpretación dinámica de la Constitución Nacional, conforme a la cual el intérprete debe efectuar toda exégesis normativa privilegiando la adaptación continua del texto constitucional a la evolución y cambios que experimenta la vida social”.

59 Ver esta distinción sobre tipos de control de constitucionalidad en Sagües (2010, pp. 449 y ss.) y en Albarracín (2021).

60 Algunos autores consideran que la Administración solo puede realizar un tipo de control de convencionalidad constructivo dado que la declaración de inconvencionalidad (i. e., control de tipo destructivo) solo está permitida al Poder Judicial (Montilla Zavalía, 2022; Teney, 2018).

Con cita a precedentes de la CorteIDH,⁶¹ añadió que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación debe evolucionar según los tiempos y las condiciones de vida actuales. Desde esa perspectiva, tachó la resolución bajo análisis como ilegítima porque afecta un derecho que debe ser resguardado y protegido, aun cuando en las normas legales locales haya sido reconocido y reglamentado con posterioridad.

Siguiendo esa línea, en Dictámenes 305:12 del 6 abril de 2018, la PTN se pronunció por la inconstitucionalidad de una previsión del Estatuto para el personal del Banco Central de la República Argentina (BCRA) que contenía un privilegio de ingreso a la planta permanente de la institución a familiares primarios de un empleado que muera estando en actividad.⁶²

En el dictamen se afirmó que la previsión estatutaria contenía una categoría sospechosa y, siguiendo la doctrina de la CSJN citada *supra*, debía ser reputada como inconstitucional. Entendió además que una norma que establece un privilegio por razón de nacimiento vulnera el derecho de igualdad y genera una discriminación prohibida por la CADH.⁶³ Los mismos fundamentos volcados por el procurador son directamente aplicables para el caso de leyes que contengan categorías sospechosas y no pueda justificarse el interés estatal urgente preservado con su inclusión, ni la ausencia de alternativas igualmente eficaces aunque menos gravosas para el derecho afectado. Observamos aquí cómo la doctrina de la CSJN comienza a insertarse en los operadores jurídicos de modo de habilitar a la Administración al ejercicio del control de constitucionalidad, al menos para este tipo de normas con una presunción de inconstitucionalidad.

Lamentablemente, en un dictamen propio del ya pretérito Estado legal de derecho, emitido el 31 de marzo de 2022, se afirmó que el BCRA podía restaurar la derogada previsión solo porque el Convenio Colectivo de Trabajo N° 18/75 para los empleados bancarios contenía una disposición similar. Ninguna consideración se hizo sobre la opinión de 2018.⁶⁴

En cuanto al segundo conjunto (i. e., tipo de control constitucional creativo o constructivo al interpretar el normas de rango legal vigentes o inaplicarlas

61 CorteIDH, 24/02/2012, *Atala Riffo y niñas vs. Chile*.

62 Dictámenes 305:12, disponibles en <https://www.ptn.gob.ar/blog/2018/08/27/gen-la-idoneidad/>.

63 Este dictamen en el que el procurador efectúa un control de constitucionalidad sobre un reglamento terminó con la derogación de la disposición en cuestión y con el dictado del Decreto 732/18 por el que el presidente instruyó a la Administración pública centralizada y descentralizada a una revisión de la normativa para disponer la inmediata derogación de las normas internas que establezcan este tipo de privilegios o preferencias.

64 Dictámenes 320:807.

para ampliar derecho personalísimos), pueden encontrarse las opiniones de los Dictámenes 298:301, 309:253 y 319:264.

En el primero de los dictámenes mencionados,⁶⁵ la PTN debió pronunciarse sobre una solicitud de ampliación del beneficio previsto en la Ley 25914 debido a la sustitución de identidad sufrida por una menor luego del asesinato de su padre biológico y la desaparición forzada de su madre en la última dictadura militar. La cuestión a resolver concretamente era si el beneficio incluye solo a aquellos menores apropiados o sustraídos por agentes del Estado o si comprende también a niños cuyas identidades fueron sustituidas como consecuencia de la detención ilegal de sus padres, cualquiera sea el responsable de tal sustitución, e incluso cuando haya sido de buena fe (como ocurrió en el caso). La PTN, luego de afirmar la obligación de los Estados de reparar económicamente las consecuencias de violaciones a los derechos humanos y que tal responsabilidad estatal era objetiva, consideró que solo una interpretación amplia del beneficio reconocido por el art. 1° de la mencionada ley era no solo adecuada a derecho, sino también conteste con el compromiso que asumió el Estado frente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de proveer satisfacción a quienes sufrieron violaciones a sus derechos esenciales durante la dictadura militar.

Posteriormente, en los Dictámenes 309:253 se analizó el reconocimiento de la identidad de género a un particular que no se identificaba con los sexos masculino ni femenino.⁶⁶ Partiendo de una hermenéutica de la Ley de Identidad de Género 26743, el entonces procurador del Tesoro Bernardo Saravia Frías llegó a la conclusión de que ninguna previsión legal obligaba a una categorización binaria en el Documento Nacional de Identidad, aunque tampoco existía una norma que permita acceder a la petición del particular de no ser “identificado” de forma binaria. Este caso administrativo no previsto, según la calificación de Linares (1976), que se configuraba por la incompletitud de la Ley 26743 en su definición de identidad de género, se resolvió acudiendo a una tarea interpretativa de valoración y ponderación guiada por el principio *pro homine* establecido en la CADH y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos para recomendar hacer lugar a la pretensión del particular.

Sobre este último dictamen sin dudas hay mucho para reflexionar. Pero en lo que al tema de esta exposición interesa, solo quiero remarcar que, si se considera a los derechos humanos como principios o “mandatos de optimización”

65 Dictámenes 298:301 del 19 de septiembre de 2016.

66 Dictámenes 309:253 del 28 de junio de 2019.

que deben ser realizados en la mayor medida posible, se exige que el intérprete jurídico (el juez, aunque también en muchos casos la Administración) ejerza un control de las normas o, al menos, goce de discrecionalidad en su interpretación con el firme objetivo de adoptar conductas protectorias y no regresivas del derecho humano en juego.

Finalmente, en los Dictámenes 319:264, la PTN debió expedirse sobre si era jurídicamente viable que una entidad de medicina prepaga (EMP) cobrara un valor diferencial y adicional a la cuota del plan de salud para que una embarazada pudiera acceder a la cobertura médico-asistencial. En concreto, debió establecerse si la Superintendencia de Servicio de Salud (SSS) podía considerar a una situación de embarazo como una enfermedad o situación preexistente que, en los términos del art. 10 de la Ley 26682, autoriza al cobro de valores adicionales para la admisión de nuevos afiliados a las EMP. La PTN empezó por sostener que el embarazo no puede constituir una situación de preexistencia porque una hermenéutica de la ley lleva a considerar que esa situación debe estar necesariamente vinculada a una “enfermedad”. Seguidamente, sostuvo que una interpretación en contrario sería inconstitucional por oponerse a la CADH y a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, ambos tratados de jerarquía constitucional conforme el art. 75, inc. 22 de nuestra Constitución Nacional.

El criterio rector que debe ser guía de toda interpretación de normas que reglamenten derechos humanos es el denominado *pro homine* o *pro persona*, principio que impone acudir a la norma más amplia a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la interpretación más restringida cuando se trate de establecer restricciones al ejercicio de esos derechos.⁶⁷ Con base en ello, la PTN sostuvo que la SSS no podía autorizar a que las EMP cobraran valores adicionales o condicionaran el ingreso de mujeres embarazadas.

Aunque la línea de las opiniones de la PTN sobre la cuestión haya sido un tanto zigzagueante, puede concluirse que en los últimos años ha reconocido mayores potestades para que el Poder Ejecutivo pueda modular los alcances de una norma con el objetivo de garantizar el pleno ejercicio o reconocimiento de derechos humanos y principios previstos en la Constitución y los tratados internacionales con jerarquía constitucional.

67 Dictámenes 3191.264 con cita a Pinto (1997)

6. Opinión personal

Coincido con la PTN y con aquellos autores que admiten la posibilidad de que el Poder Ejecutivo se abstenga de aplicar leyes que manifiestamente sean inconstitucionales, que ya hayan sido declaradas como tales por la CSJN o por consistente jurisprudencia a nivel de cámara, o que puedan presumirse inconstitucionales por contener categorías sospechosas de discriminación según la ya citada jurisprudencia de la CSJN. El presidente tiene también la obligación de modificar o dejar sin efecto aquellos reglamentos que adolezcan del mismo defecto.

Por aplicación del art. 109 de la CN, sin embargo, considero que el Poder Ejecutivo no puede juzgar o considerar inconstitucionales normas legales que no hayan sido así declaradas por el Poder Judicial o que ostenten de presunción de constitucionalidad. Ello no impide que, acudiendo a diferentes técnicas de interpretación, pueda realizar un control de constitucionalidad constructivo para llegar a una aplicación de la norma que la vuelva compatible con todo el ordenamiento jurídico y especialmente con los principios internacionales de derechos humanos, en consonancia con la citada jurisprudencia de la CorteIDH.

Añado dos cuestiones, a mi juicio, esenciales: la primera es que con esta postura no pretendo poner en juego el principio republicano de división de poderes. Entiendo que, desde una visión sistémica, tal principio debe concebirse como un complejo haz de relaciones de control, colaboración y coordinación. La división y armonía de poderes, como enseñaba Joaquín V. González (1991, pp. 309), implica que las distintas funciones puedan ejercerse de forma interrelacionada. Esto supone que, aunque le corresponda al Poder Judicial la última palabra sobre la validez o invalidez constitucional de una norma, el Poder Ejecutivo puede efectuar una interpretación dinámica o creativa para armonizar la norma con el pleno ejercicio de derechos o, en última instancia, evaluar que su aplicación en un caso concreto no se contraponga con la vigencia y el goce de derechos y principios constitucionales. El principio de división de poderes funciona como una garantía para la protección de derechos (Bianchi, 1995) y, como tal, no puede ser un fundamento para restringir una potestad inherente del Poder Ejecutivo que, en situaciones de urgencia impostergable, lo habilita a abstenerse de aplicar leyes que carecen de presunción de constitucionalidad por contener categorías sospechosas de discriminación (Sammartino, 2023, p. 137).

Desde ya que la inaplicabilidad de una ley inconstitucional, en tanto excepcional, debería ser decidida por el presidente siguiendo la opinión del máximo organismo asesor, salvo que existan fallos de CSJN o reiterada jurisprudencia de cámara que declaren la inconstitucionalidad de la norma en cuestión.

La segunda cuestión es que si interesa el contenido de la ley o norma bajo análisis. La actuación del Poder Ejecutivo frente a una ley de dudosa constitucionalidad no responde únicamente a la necesidad de mantener el imperio de la juridicidad y la vigencia del principio de supremacía de la Constitución Nacional. En el Estado constitucional de derecho, esta potestad se funda también en el deber de garantizar “en la mayor medida posible” el goce y reconocimiento de derechos humanos. De allí que el intérprete jurídico, a la hora de evaluar la compatibilidad constitucional, pueda optar tanto por su inaplicabilidad (de modo excepcional y en casos debidamente justificados) o por el dictado de actos que tiendan a armonizarlas con el contenido esencial de los derechos y principios en juego (control de constitucionalidad o interpretación jurídica constructiva).

Entender que los derechos humanos o los principios constitucionales son textos abiertos, como dijo Hart (1963), o dúctiles, como los clasificó Zagrevelsky (1995), es aceptar un rol preponderante del operador jurídico en la configuración de su contenido. Para ello no debemos caer en la tentación utópica e irrealizable de entender que toda necesidad engendra por sí misma un derecho protegido; menos aún generar revoluciones costosas en términos económicos, sociales y culturales para convertir demandas minoritarias (y muchas veces injustificadas) en estandartes de lucha por un interesado y esquivo progresismo. Es indispensable construir sus límites y alcances partiendo de un sano consenso y sobre bases éticas indiscutibles: el centro de todo sistema jurídico debe ser la protección de la persona humana desde su concepción hasta su muerte, entendida esta como un fin en sí misma (Santiago, 2022). Solo así podremos concebir al derecho administrativo como lo que realmente es: un dispositivo imprescindible para el logro de la paz social y, con ella, del bienestar general.

Bibliografía

- Albarracín, A. A. (2021). Fundamentos jurídicos del Control de Convencionalidad y su relación con el Control de Constitucionalidad. Alcance posible del Control de Convencionalidad por la Administración. *La Ley*, 2021-F. TR LALEY AR/DOC/3012/2020.
- Alexy, R. (2017). *Teoría de los derechos fundamentales* (2ª ed.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bertazza, H. J. (Dir.). (2019). *Ley 11.683 de Procedimiento Fiscal comentada*. La Ley.
- Bianchi, A. (1992). *Control de constitucionalidad*. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.

- Bianchi, A. (1995). ¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa? *La Ley*, 1994-A, 397.
- Bidart Campos, G. J. (2000). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino* (Nueva edición ampliada y actualizada a 1999-2000, tomo 1-A). Ediar.
- Bidegain, C. M. (1983). El control de constitucionalidad y la Procuración del Tesoro. En *120 años de la Procuración del Tesoro 1863-1983*. Eudeba.
- Buteler, A. (2015). La interpretación de la Constitución en sede administrativa. *Revista de Investigações Constitucionais*, 2(3), 169-182. 2015. <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44533>.
- Cassagne, J. C. (2011). *Curso de Derecho Administrativo*. La Ley.
- Cianciardo, J., Toller, F. y Giardelli, L. (2008). Los estándares para juzgar normas que realizan distinciones. Paralelismo entre la doctrina de la Corte Suprema estadounidense y del Sistema Interamericano sobre el derecho a la igualdad. *La Ley*, diciembre. TR LALEY AR/DOC/2998/2008.
- Comadira, J. P. (2015). Del escrutinio estricto de la Corte estadounidense a la presunción de inconstitucionalidad en el derecho argentino y su impacto en el derecho administrativo. *Suplemento de Derecho Administrativo, El Derecho*, 2/10/2015, (Número Especial en recuerdo de Julio Rodolfo Comadira), 8 y ss.
- Comadira, J. P. (2019). La Administración Pública frente a la ley inconstitucional o inconvenional en la Argentina. En *Estudios de derecho administrativo* (pp. 3-30). Cathedra Juridica.
- Comadira, J. P., Comadira, F. G., Herrero, M. C. y Comadira, M. V. (2022). El principio de juridicidad cuando es vulnerado y la anulación de oficio del acto administrativo en el pensamiento del profesor Julio Rodolfo Comadira. *Revista de Derecho Administrativo*, (143), 255-291.
- Comadira, J. R. (1989). La posición de la Administración pública frente a la ley inconstitucional. *Revista de Estudios en Derecho Administrativo (REDA)*, (1).
- Comadira, J. R., Escola, H. J. y Comadira, J. P. (2012). *Curso de derecho administrativo* (Tomo 1). Abeledo Perrot.
- Corti, A. (2010). Acerca de la competencia del Tribunal Fiscal de la Nación para declarar la inconstitucionalidad de las leyes. En *Tribunal Fiscal de la Nación. A los 50 años de su creación* (Vol. 2). EDICOM.
- Dromi, J. R. (2015). *Derecho Administrativo* (13ª ed.). Ciudad Argentina.
- Farruggia Valdivieso, G. (2022). *Control de constitucionalidad del Tribunal Fiscal de la Nación* (tesis de maestría en Derecho Administrativo). Universidad Austral (inédita).
- Garbarino, P. (19 de mayo de 2019). Las normas que prohíben al Tribunal Fiscal de la Nación ejercer el control de constitucionalidad son palmariamente inconstitucionales. *Diario DPI*.
- Gelli, M. A. (2006). *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada* (3ª ed.). La Ley.
- Giardelli, L. (2006). El derecho a la igualdad y el sistema de escrutinios (*pro manuscripto*).
- Giuliani Fonrouge, C. M. (1987). *Derecho financiero* (4ª ed. actualizada por S. C. Navarrine y R. O. Azorey, tomo I). Depalma.
- Gómez, T., Folco, C. M. (2018). *Procedimiento tributario. Ley 11.683. Decreto 618/97* (9ª ed.). La Ley.
- González, J. V. (1991). *Manual de la Constitución Argentina* (ed. Actualizada). Editorial Estrada.
- Hart, H. (1963). *El concepto del Derecho*. Abeledo-Perrot.
- Linares, J. F. (1976). *Caso administrativo no previsto*. Astrea.

- Linares, J. F. (1986). *Derecho Administrativo*. Astrea.
- Linares Quintana, S. V. (1985). Fray Mamerto Esquiú, el santo de la Constitución. *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, XIV, 353-420. https://www.ancmyp.org.ar/user/CONTINUACION-ANALES/22_XIV.PDF.
- Mairal, H. A. (2022). *Control judicial de la Administración Pública*. La Ley.
- Manili, P. L. (2021). *Tratado de Derecho Constitucional Argentino y Comparado* (Tomo IV). La Ley.
- Manili, P. L. (2022). Los tribunales administrativos, el control de constitucionalidad y la división de poderes. *La Ley*. TR LALEY AR/DOC/2148/2022.
- Marienhoff, M. S. (2000). *Tratado de Derecho Administrativo* (Tomo I). Abeledo Perrot.
- Monti, L. M. (2023a). La Administración Pública frente a la ley inconstitucional e inconvencional. Reflexiones. Interrogantes. *Boletín Jurídico de la Escuela de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación*, (17). https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2020/12/bj_eca17-23.pdf.
- Monti, L. M. (2023b). La Administración Pública frente a la ley inconstitucional e inconvencional. Reflexiones. Interrogantes. *Revista de Derecho Administrativo* (148), 13-19.
- Montilla Zavalia, F. A. (2022). ¿El Estado litigante puede pedir la declaración de inconstitucionalidad de sus normas? Dilema ético y jurídico. *La Ley*. TR LALEY AR/DOC/1490/2022.
- Muñoz, R. A. (h) (15 de septiembre de 2017). Control de convencionalidad por la administración pública. *La Ley*, 15/09/2017. TR LALEY AR/DOC/2376/2017.
- Pinto, M. (1997). El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. En Abregú, M. (Comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales* (Vol. I, pp. 163-172). Editores del Puerto.
- Quiroga Lavié, H., Benedetti, M. A. y Cenicacelaya, M. N. (2001). *Derecho Constitucional Argentino* (Tomo I). Rubinzal-Culzoni.
- Rabbi-Baldí Cabanillas, R. (2019). *Teoría del Derecho* (5ª ed. corregida, aumentada y actualizada con el Anteproyecto de reformas al Código Civil y Comercial y el Proyecto de reforma al Código Penal de la Nación). Ábaco.
- Sagüés, N. P. (2002). *Derecho Procesal Constitucional* (4ª ed., tomo I). Astrea.
- Sagüés, N. P. (2010). El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano. En Von Bogdandi, A., Ferrer Mac-Gregor, E., Morales Antoniazzi, M. (Coords.), *La Justicia Constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un *ius constitutionale commune* en América Latina?* (Tomo II, pp. 45-68). UNAM/Max Planck Institut.
- Sammartino, P. M. E. (2012). *Amparo y Administración en el Estado constitucional social de Derecho* (Tomo I) Abeledo Perrot.
- Sammartino, P. M. E. (2023). Reflexión sobre el uso de las palabras en el ámbito público. En *Potestades Administrativas y Garantías en el Estado Constitucional contemporáneo*. Escuela de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2023/11/libro_eca_potestades_administrativas-final.pdf.
- Santiago, A. (2020). *Principio de subsidiariedad y margen nacional de apreciación*. Astrea.
- Santiago, A. (2022). *La dignidad de la persona humana. Fundamento del orden jurídico nacional e internacional*. Ábaco.
- Schmitt, C. (1971). *Legalidad y legitimidad*. Aguilar.
- Spisso, R. (2014). *Acciones y recursos en materia tributaria* (4ª ed., tomo I). Abeledo Perrot.

- Tenev, M. J. (2018). ¿Es posible que los órganos de la Administración Pública practiquen el control de convencionalidad? *DPI, Diario Constitucional y Derechos Humanos*, (178).
- Vigo, R. L. (2017). Interpretación y control constitucional: dos caracterizaciones y algunas proyecciones e implicancias. *Jurisprudencia Argentina*, 2017-III, 968.
- Zagrebelsky, Gustavo (1995). *El derecho dúctil*. Trotta.

Jurisprudencia citada

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Almonacid Arellano*, Serie C Nº 154 (2006).
- Atala Riffo y niñas v.s Chile*, Serie C Nº 239 (2012).
- Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Serie C Nº 220 (2010).
- Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, Serie C Nº 227 (2011).
- Fontvecchia y D'Amico vs. Argentina*, Serie C Nº 238 (2011).
- Gelman vs. Uruguay*, Serie C Nº 221 (2011).
- López Mendoza vs. Venezuela*, Serie C Nº 233 (2011).
- Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, Serie C Nº 259 (2012).
- Pavez Pavez vs. Chile*, Serie 449 (2022).
- Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, Serie C Nº 282 (2014).
- Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Serie C Nº 174 (2006).

Corte Suprema de Justicia de la Nación

- Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar*, Fallos: 316:479 (1993).
- Bruno, Raúl Osvaldo s/amparo*, Fallos: 311:460 (1988).
- C.J.C. c/Estado Nacional – Ministerio de Defensa – Ejército s/daños y perjuicios*, Fallos: 343:264 (2020).
- Deledda, Francisco y otros c/Poder Ejecutivo Nacional s/acción de amparo*, Fallos: 311:1313 (1988).
- Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal*, Fallos: 327:5668 (2004).
- Gottschau*, Fallos: 329:2986 (2006).
- Hooft*, Fallos: 327:5118 (2004).
- Ingenio y Ref. San Martín del Tabacal S.A. c/Gobierno de la Provincia (Salta) s/contencioso administrativo*, Fallos: 269:243 (1967).
- Mantecón Valdez*, Fallos: 331:1715 (2008).
- Mazzeo, Julio y otro s/recurso de casación*, Fallos: 330:3248 (2007).
- Mendoza, Gobierno de la Provincia de c/Nación, Gobierno de la s/inconstitucionalidad del decreto nacional Nº 1560/73*, Fallos: 298:511 (1977).
- Pérez Ortega*, Fallos: 336:131 (2013).
- Repetto*, Fallos: 311:2272 (1988).
- S., J. L. c/Comisión Nac. Asesora para la Int. De Personas Discapac. Y otro s/amparo*, CCF 12922/2006/CA2-CS1 (2017).
- Selcro S.A. c/Jefatura de Gabinete M° s/Amparo*, Fallos: 326:4251 (2003).
- Simon, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad*, Fallos: 328:2056 (2005).

Sindicato de la Industria de la Alimentación c/Ministerio de Trabajo, Fallos: 319:1420 (1996).
Videla, Jorge Rafael, Massera Emilio Eduardo s/Recurso de Casación, Fallos: 333:1657 (2010).

Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal

Sala II, *Abbot Laboratories Argentina SA (TFN 91797434-A) c/DGA*, Expte N° 44532/2023 (2024).
Sala IV, 10/03/2016, *Aseguradora de Créditos y Garantías S.A. s/recurso directo*, Expte. N° 46.118/2016 (2016).

LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR LOS DELITOS COMETIDOS POR SUS INTEGRANTES EN PERÚ Y ARGENTINA

Lucas Gabriel Menéndez Conca

Universidad de Zaragoza

lucasmendezconca@hotmail.com

Recibido: 04/04/2024

Aceptado: 22/04/2024

Resumen

Desde hace años, se puede observar una tendencia en el derecho comparado de atribuirles responsabilidad (penal o administrativa) a los entes colectivos por los delitos que han cometido sus integrantes si se cumplen ciertos requisitos. Esta tendencia se ha extendido también en Latinoamérica. En este trabajo, se analiza cómo se regula la responsabilidad de las personas jurídicas en Perú y Argentina. Aunque ambas legislaciones cuentan con aspectos similares, difieren en algunas cuestiones importantes, comenzando por la propia naturaleza jurídica de esta responsabilidad corporativa. Mientras que en Argentina se regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Perú se establece un régimen de responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus miembros.

Palabras clave: personas jurídicas, responsabilidad penal de las personas jurídicas, delincuencia empresarial, *compliance*, programas de cumplimiento normativo.

The Liability of Legal Entities for Crimes Committed by their Members in Peru and Argentina

Abstract

For years there has been a trend in comparative law to attribute liability (criminal or administrative) to collective entities for crimes committed by their members if certain requirements are met. This trend has also spread in Latin America. This paper analyzes how the liability of legal entities is regulated in Peru and Argentina. Although both legislations are similar in some

aspects, they differ on some important issues, starting with the legal nature of this corporate liability. While Argentina regulates the criminal liability of legal entities, Peru establishes a regime of administrative liability of legal entities for crimes committed by their members.

Key words: legal entities, corporate criminal liability, corporate crime, compliance, compliance programs.

1. Introducción

Desde hace años, se puede observar una tendencia en el derecho comparado de atribuir responsabilidad (penal o, en su caso, administrativa) a los entes colectivos por los delitos que han cometido sus dirigentes o empleados si se cumplen ciertos requisitos.¹ La regulación italiana, una de las más precisas y exhaustivas que existen sobre esta materia, ha tenido una gran influencia en otros países que se han sumado a esta tendencia legislativa. El Decreto Legislativo italiano 231/2001, de 8 de junio, regula la responsabilidad administrativa (penal o cuasipenal, a juicio de gran parte de la doctrina) de las personas jurídicas y de las sociedades y asociaciones sin personalidad jurídica por los delitos cometidos por sus dirigentes o empleados. Asimismo, ha servido de modelo para el legislador español, que introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal (CP) en el año 2010 y modificó sustancialmente su regulación en el año 2015. La normativa italiana también ha influido notablemente en los países de Latinoamérica que han previsto la posibilidad de atribuir responsabilidad (penal o, en su caso, administrativa) a las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus integrantes. Se destacan las regulaciones chilena, peruana y argentina sobre esta materia. En este trabajo se examinará cómo se regula la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos cometidos en su seno en la Ley 30424 de Perú y en la Ley 27401 de Argentina.²

-
- 1 Se atribuye responsabilidad penal a las personas jurídicas (y, en su caso, a otros entes sin personalidad jurídica) por los delitos cometidos por sus integrantes, por ejemplo, en el Reino Unido, Estados Unidos, Canadá, Australia, Holanda, Francia, Portugal, España, Austria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Estonia, Finlandia, Hungría, Irlanda, Lituania, Luxemburgo, Malta, Polonia, Rumanía, Suiza, Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, Ecuador, México y Panamá. En cambio, no se reconoce la responsabilidad penal corporativa en otros países como, por ejemplo, Alemania, Italia, Grecia, Bulgaria, Letonia, Suecia, Perú, Colombia, Paraguay y Uruguay.
 - 2 En este trabajo no se analizará la regulación chilena debido a que el 17 de agosto de 2023 fue publicada la Ley 21595 en materia de delitos económicos, que modifica una parte importante de los artículos de la Ley 20393, de 2 de diciembre de 2009, e introduce nuevos preceptos. Dado que, conforme al art. 60.1 de esta ley, sus disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas entrarán en vigor el 1 de septiembre de 2024 y, por tanto, la regulación vigente cambiará sustancialmente en los próximos meses, se ha preferido postergar este estudio para realizarlo a partir

2. Perú

2.1. Naturaleza jurídica de la responsabilidad corporativa

El 17 de marzo de 2016 se aprobó en Perú la Ley 30424, llamada “Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional”.³ Aunque inicialmente iba a entrar en vigor el 1 de julio de 2017, fue modificada por el Decreto Legislativo 1352,⁴ que amplió la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por la comisión de los delitos de cohecho activo genérico, cohecho activo específico, lavado de activos y financiación del terrorismo, entrando finalmente en vigor el 1 de enero de 2018. El Decreto Legislativo 30835⁵ incluyó los delitos de colusión y tráfico de influencias en el ámbito de aplicación de esta ley. Tras dicha modificación, ha pasado a denominarse “Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas”. El 12 de mayo de 2023 se aprobó la Ley 31740, “Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, para fortalecer la normativa anticorrupción referida a las personas jurídicas y promover el buen gobierno corporativo”,⁶ la cual, como veremos a continuación, ha ampliado considerablemente el catálogo de delitos por los que pueden responder las personas jurídicas y ha introducido importantes modificaciones en la Ley 30424.⁷ Con anterioridad a la aprobación de estas normas, el Código Penal peruano de 1991 contaba, como el Código Penal español de 1995 (art. 129), con la posibilidad de imponerles a las personas jurídicas las denominadas “consecuencias accesorias”, previstas en el art. 105.⁸ Al igual que ocurrió en España, la doctrina debatió durante años acerca del fundamento, la naturaleza jurídica

de dicha fecha.

- 3 Texto disponible en: <https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/30424.pdf>.
- 4 Texto disponible en: <https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/DecretosLegislativos/01352.pdf>.
- 5 Texto disponible en: <https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/1676524-1>.
- 6 Texto disponible en: <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/ley-que-modifica-la-ley-30424-ley-que-regula-la-responsabil-ley-n-31740-2177547-1>.
- 7 La Ley 31740 modifica los arts. 1, 2, 3, 5, 7, 12, 17 y 18 de la Ley 30424. Además, incorpora los arts. 19, 20, 21 y 22.
- 8 En su redacción original, el art. 105 del CP disponía que “si el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, el Juez podrá aplicar todas o algunas de las medidas siguientes: 1. Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no excederá de cinco años. 2. Disolución de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité. 3. Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años. 4. Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal

y los presupuestos de aplicación de estas medidas,⁹ las cuales persisten en el Código Penal para los delitos a los que no se les aplica la Ley 30424.

Aunque la Ley 30424 denomina “administrativa” a la responsabilidad en que pueden incurrir las personas jurídicas por ciertos delitos cometidos por sus integrantes,¹⁰ gran parte de la doctrina considera que el legislador ha incurrido en un “fraude de etiquetas”, puesto que realmente se habría introducido un régimen de responsabilidad de las personas jurídicas de naturaleza penal o, al menos, de naturaleza cuasipenal o administrativo-penal. Así, por ejemplo, García Caveró (2016) afirma que

la Ley 30424 no regula una responsabilidad “administrativa” de la persona jurídica, sino que esa responsabilidad es abiertamente penal. La mayor prueba de ello es que las fuentes legislativas de esta ley especial han sido disposiciones legales que regulan expresamente una responsabilidad penal de las personas jurídicas, como sucede en Chile o España. [...] La denominación utilizada no es más que un fraude de etiquetas que oculta la verdadera naturaleza de las sanciones a imponer a las personas jurídicas. (pp. 175-176)¹¹

no será mayor de cinco años. Cuando alguna de estas medidas fuera aplicada, el Juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores”. Actualmente, se añade en el número quinto del art. 105 del CP la posibilidad de imponer una multa (“multa no menor de cinco ni mayor de quinientas unidades impositivas tributarias”). En el art. 105-A, se recogen los criterios para la determinación de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas.

- 9 Pueden verse en detalle, entre otros, Hurtado Pozo y Meini Méndez (2001, pp. 84 y ss.), García Caveró (2008, pp. 73 y ss.), Zúñiga Rodríguez (2009, pp. 473 y ss.) y Caro Coria y Reyna Alfaro (2016, pp. 809 y ss.). La Corte Suprema de Justicia de la República del Perú también se pronunció sobre la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas en su Acuerdo Plenario n.º 7-2009/CJ-116, de 13 de noviembre, calificándolas como “sanciones penales especiales”. Así, la Corte Suprema de Justicia indica que “si bien subsiste un delineado debate en la doctrina nacional sobre el concepto y la naturaleza que corresponde asignar a esta modalidad de las consecuencias accesorias, su estructura, operatividad, presupuestos y efectos permiten calificar a las mismas como sanciones penales especiales [...]. En primer lugar, porque la legitimidad de su aplicación demanda que las personas jurídicas sean declaradas judicialmente como involucradas —desde su actividad, administración u organización— con la ejecución, favorecimiento u ocultamiento de un hecho punible, sobre todo por activos y criminógenos defectos de organización o de deficiente administración de riesgos. Y, en segundo lugar, porque su imposición produce consecuencias negativas que se expresan en la privación o restricción de derechos y facultades de la persona jurídica al extremo que pueden producir su disolución”. En su argumentación sigue, en particular, la postura que mantiene García Caveró (2008) y Zúñiga Rodríguez (2009) en sus obras. El texto de esta resolución de la Corte Suprema de Justicia se encuentra disponible en: <https://bit.ly/3zyVALa>.
- 10 Su art. 1 indica que “la presente ley regula la responsabilidad *administrativa* de las personas jurídicas por los delitos previstos...” (cursiva añadida). Véase el texto actualizado de esta ley en: https://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/docs/mesicic6_per_anex4.pdf.
- 11 En el mismo sentido, Caro Coria (2019) dice que “la Ley está introduciendo en nuestra legislación

Por su parte, Abanto Vázquez (2018) denomina a este modelo como uno de

responsabilidad cuasipenal (o administrativo-penal) para destacar que las sanciones impuestas, aunque autónomas no serían ‘penales’, y que, aunque similares a las existentes en el Derecho administrativo sancionador, se acercan más a las penales por ser impuestas por un juez penal. (p. 46)¹²

En cambio, otros autores niegan que las personas jurídicas puedan tener capacidad de acción, de culpabilidad y de soportar la pena. En este sentido, Alpaca Pérez (2022) advierte que

la entrada en vigor de la Ley n.º 30424 no supone alteración alguna de la vigencia del principio *societas delinquere nec puniri potest*, puesto que, pese a las difundidas propuestas interpretativas de la referida ley, realizadas por los defensores peruanos de una responsabilidad “penal” de la persona jurídica, esta, en realidad, jamás podrá cometer delitos ni mucho menos podrá ser castigada con una pena. La persona jurídica no puede cometer delito alguno, ya que no puede actuar de manera dolosa o imprudente y carece de capacidad de culpabilidad. Además, se encuentra en una permanente situación de incapacidad de percibir y comprender a la pena como una sanción merecida. La responsabilidad de la persona jurídica que regula esta ley es una responsabilidad objetiva y por el hecho ajeno. Por tanto, es de naturaleza civil. (pp. 53 y ss.)¹³

penal una mal llamada *responsabilidad administrativa* de las personas jurídicas, cuando en realidad se trata de una auténtica responsabilidad penal” (p. 1260, cursiva en el original); “no somos pocos los que consideramos que la Ley recurre a una suerte de ‘*fraude de etiqueta*’ al denominar ‘*administrativa*’ a lo que en rigor es una responsabilidad penal corporativa” (p. 1286, cursiva en el original). Asimismo, consideran que se imponen verdaderas penas a las personas jurídicas, entre otros, Fernández Díaz y Chanjan Documet (2016, pp. 350-351), Espinoza Bonifaz (2017, p. 48), Ríos Patio (2018, p. 33), Sánchez Cateriano (2018, p. 84), Zúñiga Díaz y Vilca Ravelo (2020, p. 402), Félix Acosta (2021, pp. 431 y ss.), Sota Sánchez (2021, pp. 48 y ss.), Palomino Ramírez y Madrid Valerio (2021, pp. 28-29), Caro John y Reaño Peschiera (2022, pp. 9 y ss.), Matos Moncada (2022, pp. 9 y ss.) y Palomino Campomanes (2023, pp. 1 y ss.). Este sector doctrinal señala que se ha denominado “administrativa” a esta responsabilidad para evitar el estigma que la pena acarrearía para la reputación de las empresas.

- 12 También Reyna Alfaro (2018, pp. 31-33) considera que la Ley 30424 reconoce una responsabilidad *sui generis* o penal-administrativa.
- 13 Balmaceda Quirós (2017, pp. 24 y ss.) y Carrión Díaz (2020, pp. 279 y ss.), entre otros, estiman que, como dice la ley, se trata de una responsabilidad administrativa.

2.2 Ámbito de aplicación

A diferencia de lo que sucede en otros países cuando se regula la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus integrantes, en los que no se aporta un concepto de *persona jurídica* y tampoco un elenco de los sujetos a los que se designa con tal denominación, el primer párrafo del art. 2 de la Ley 30424 indica que son personas jurídicas “las entidades de Derecho privado, así como las asociaciones, fundaciones, organizaciones no gubernamentales y comités no inscritos, las sociedades irregulares, los entes que administran un patrimonio autónomo y las empresas del Estado peruano o sociedades de economía mixta”.¹⁴ Esta ley se puede aplicar a los partidos políticos, ya que, como indica el art. 1 de la Ley 28094,¹⁵ son “asociaciones de ciudadanos que constituyen personas jurídicas de Derecho privado”, así como a los sindicatos y a las empresas del Estado (Caro Coria, 2019, p. 1291). Solamente quedan excluidos de su ámbito subjetivo de aplicación el Estado y los órganos de la administración pública (Abanto Vásquez, 2018, p. 43). Además, el segundo párrafo del art. 2 de la Ley 30424 establece que “el cambio de nombre, denominación o razón social, reorganización societaria, transformación, escisión, fusión, disolución, liquidación o cualquier acto que pueda afectar la personalidad jurídica de la entidad no impiden la atribución de responsabilidad a la misma”.¹⁶ Esta previsión es acertada porque impide que, a través de estas modificaciones societarias, se pueda eludir la responsabilidad administrativa.¹⁷

Como se ha dicho, aunque en un principio solamente se introdujo la res-

14 Este elenco de personas jurídicas no ha sido modificado por la Ley 31740, pero sí se ha añadido un párrafo relativo a las personas jurídicas extranjeras. El art. 2 de esta ley indica que “en el supuesto de las personas jurídicas extranjeras, será aplicable cuando realicen o desarrollen sus actividades, directa o indirectamente, en el territorio nacional, a través de cualquier modalidad societaria, contractual o empresarial, y se cometa alguno de los delitos previstos en el artículo 1”.

15 Texto disponible en: <https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/28094.pdf>.

16 Continúa indicando este precepto que “en el caso de una fusión o escisión, la persona jurídica absorbente: (i) solo puede ser sancionada con el pago de una multa, que se calcula teniendo en cuenta las reglas establecidas en los artículos 5 o 7, según corresponda, y en función al patrimonio transferido, siempre que el delito haya sido cometido antes de la fusión o escisión, salvo que las personas jurídicas involucradas hayan utilizado estas formas de reorganización societaria con el propósito de eludir una eventual responsabilidad administrativa de la persona jurídica fusionada o escindida, en cuyo caso no opera este supuesto; y, (ii) no incurre en responsabilidad administrativa cuando ha realizado un adecuado proceso de debida diligencia, previo al proceso de fusión o escisión. Se entiende que se cumple con la debida diligencia cuando se verifique la adopción de acciones razonables orientadas a verificar que la persona jurídica fusionada o escindida no ha incurrido en la comisión de cualquiera de los delitos previstos en el artículo 1”.

17 Como ha puesto de manifiesto, por ejemplo, Caro Coria (2019, pp. 1291-1292). Sobre esta cuestión, véase en detalle Sota Sánchez (2021, pp. 66 y ss.).

ponsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional, posteriormente se amplió su ámbito de aplicación a otras infracciones penales. Hasta el año 2023, este sistema de *numerus clausus* incluía, además del delito de cohecho activo transnacional (art. 397-A del CP), los delitos de colusión (art. 384 del CP), cohecho activo genérico (art. 397 del CP), cohecho activo específico (art. 398 del CP), tráfico de influencias (art. 400 del CP), lavado de activos (arts. 1 a 4 del Decreto Legislativo n.º 1106) y financiamiento del terrorismo (art. 4-A del Decreto Ley 25475).¹⁸ La Ley 31740 ha ampliado considerablemente el ámbito de aplicación de la Ley 30424. Tras su aprobación el 12 de mayo de 2023, las personas jurídicas también pueden responder por la comisión de los siguientes delitos: contabilidad paralela (art. 199 del CP), atentados contra monumentos arqueológicos (art. 226 del CP), extracción ilegal de bienes culturales (art. 228 del CP), omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas (art. 5 del Decreto Legislativo n.º 1106), rehusamiento, retardo y falsedad en el suministro de información (art. 6 del Decreto Legislativo n.º 1106), delitos aduaneros (arts. 1 a 10 de la Ley 28008), delitos de defraudación tributaria (arts. 1 a 5-D del Decreto Legislativo n.º 813) y delitos de terrorismo (arts. 2 a 6-B y 8 del Decreto Ley 25475).¹⁹

2.3. Criterios de atribución de responsabilidad

Los criterios de atribución de responsabilidad administrativa a las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus integrantes se recogen en el art. 3 de esta ley.

Art. 3: Las personas jurídicas son responsables administrativamente por los delitos señalados en el artículo 1, cuando estos hayan sido cometidos en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio, directo o indirecto, por:

- a) Sus socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados de la persona jurídica, o de sus filiales o subsidiarias, bajo cualquiera de las modalidades de autoría y participación previstas en el Código Penal.
- b) La persona natural que, estando sometida a la autoridad y control de las

18 Caro Coria (2019, pp. 1261 y 1286) criticaba que no se incluyeran en este catálogo algunos delitos que se pueden cometer con frecuencia en el seno de estas entidades, como, por ejemplo, las estafas y los delitos concursales, fiscales y ambientales.

19 El art. 1 de la Ley 31740 indica que “el régimen de consecuencias accesorias, previsto en el Código Penal, se aplica a las personas jurídicas involucradas en los delitos no comprendidos en el presente artículo”.

personas mencionadas en el literal anterior, haya cometido el delito bajo sus órdenes o autorización.

c) La persona natural señalada en el literal precedente, cuando la comisión del delito haya sido posible porque las personas mencionadas en el literal a) han incumplido sus deberes de supervisión, vigilancia y control sobre la actividad encomendada, en atención a la situación concreta del caso.

Las personas jurídicas que tengan la calidad de matrices serán responsables y sancionadas siempre que las personas naturales de sus filiales o subsidiarias, que incurran en cualquiera de las conductas señaladas en el primer párrafo, hayan actuado bajo sus órdenes, autorización o con su consentimiento.

Las personas jurídicas no son responsables en los casos en que las personas naturales indicadas en el primer párrafo hubiesen cometido los delitos previstos en el artículo 1, exclusivamente en beneficio propio o a favor de un tercero distinto a la persona jurídica.²⁰

Al igual que ocurre en otras legislaciones, se distingue en función del puesto o condición que ostenta la persona física que comete el delito. Así, en la letra a) de este precepto se menciona a los socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados de la persona jurídica, o de sus filiales o subsidiarias, y en las letras b) y c) se alude a las personas que están sometidas a la autoridad y control de aquellos, que han cometido el delito bajo sus órdenes o autorización o debido a un incumplimiento de sus deberes de supervisión, vigilancia y control sobre la actividad encomendada, en atención a la situación concreta del caso. Tras la aprobación de la Ley 31740, las personas jurídicas responden por los delitos cometidos por las personas indicadas en la letra a) del primer párrafo de este precepto “bajo cualquiera de las modalidades de autoría y participación previstas en el Código Penal”. Para poder atribuirle responsabilidad administrativa a la persona jurídica, se requiere que los dirigentes o empleados hayan cometido alguno de los delitos mencionados “en nombre o por cuenta” de la entidad y en su “beneficio directo o indirecto”. Este último requisito no concurre cuando estos sujetos han realizado los hechos “exclusivamente en beneficio propio o a favor de un tercero distinto a la persona jurídica”. El art. 4 de esta ley dispone que “la responsabilidad administrativa de la persona jurídica es autónoma de la responsabilidad penal de la persona natural”, de modo que “las causas que extinguen la acción penal contra la persona natural no enervan la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas”.²¹

20 Este precepto ha sido modificado por la Ley 31740. En concreto, se ha añadido el último inciso de la letra a).

21 Continúa indicando este precepto que “la acción contra la persona jurídica se extingue por pres-

2.4 Medidas administrativas

Como se ha dicho, aunque la Ley 30424 califica como “administrativas” a las medidas que se pueden imponer a las personas jurídicas si concurren los requisitos mencionados, gran parte de la doctrina entiende que, en realidad, son penas. Estas medidas administrativas incluyen la multa, la inhabilitación (comprende la suspensión de actividades sociales, la prohibición de llevar a cabo en el futuro actividades de la misma clase o naturaleza que aquellas en cuya realización se haya cometido, favorecido o encubierto el delito y la inhabilitación para contratar con el Estado), la cancelación de licencias, concesiones, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales, la clausura de sus locales o establecimientos y la disolución (art. 5).²² También se prevé, como medida administrativa complementaria, la posibilidad de que se acuerde la intervención de la persona jurídica cuando sea necesario para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores (art. 6). En el art. 13 se recogen las circunstancias agravantes aplicables a las personas jurídicas²³ y en los arts. 14 y 15 los criterios para la aplicación e individualización de estas medidas administrativas. Además, el art. 16 permite en ciertos casos la suspensión de la ejecución de tales medidas.²⁴

cripción o cosa juzgada. La acción contra la persona jurídica prescribe en el mismo tiempo que el previsto para la persona natural...”.

- 22 Estas medidas administrativas se desarrollan en los arts. 7 a 10 de esta ley. Los arts. 5 y 7 han sido parcialmente modificados por la Ley 31740.
- 23 Art. 13: “Constituye circunstancia agravante la utilización instrumental de la persona jurídica para la comisión de cualquiera de los delitos comprendidos en el artículo 1. Este supuesto se configura cuando se pruebe que la actividad que desarrolla la persona jurídica es predominantemente ilícita. Asimismo, constituye circunstancia agravante cuando la persona jurídica contiene dentro de su estructura un órgano, unidad, equipo o cualquier otra instancia cuya finalidad o actividad es ilícita. La comisión de cualquiera de los delitos comprendidos en el artículo 1, dentro de los cinco años posteriores a la fecha en que se le haya impuesto, mediante sentencia firme, una o más medidas, tiene como efecto que el juez pueda aumentar las medidas establecidas en los literales a), b) y d) del artículo 5, hasta en una mitad por encima del máximo legal establecido”.
- 24 Art. 16: “1. El juez puede disponer mediante resolución debidamente motivada y de modo excepcional, la suspensión de la ejecución de las medidas impuestas y sus efectos por un plazo no menor de seis meses ni mayor de dos años, siempre que la medida a imponerse esté por debajo del tercio inferior conforme a lo establecido en el artículo 15, y no se refiera a la prevista en el primer párrafo del artículo 8, el primer párrafo del artículo 9 o en el artículo 10. 2. El juez al ordenar la suspensión de la ejecución de la medida impuesta y sus efectos impone a la persona jurídica las siguientes reglas: (i) la reparación total del daño y (ii) la obligación de adoptar e implementar un modelo de prevención...”.

2.5. Exención de responsabilidad

Siguiendo el modelo italiano,²⁵ el cual ha sido adoptado también en otros países, la Ley 30424 regula la exención de responsabilidad administrativa de la persona jurídica por la adopción e implementación de un modelo de prevención de delitos (*compliance program*). Tras su modificación en virtud de la Ley 31740, el primer párrafo del art. 12 dispone que

la persona jurídica está exenta de responsabilidad por la comisión de los delitos comprendidos en el artículo 1 si adopta e implementa en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los delitos antes mencionados o para reducir significativamente el riesgo de su comisión.

No obstante, el segundo párrafo de este precepto advierte que la implementación de un *compliance program* no eximirá de responsabilidad administrativa a la persona jurídica cuando el delito ha sido cometido por alguno de los sujetos mencionados en la letra a) del art. 3, es decir, cuando se trata de los socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados con capacidad de control de la persona jurídica. En estos casos, la adopción de medidas de prevención de la delincuencia solo permitirá reducir el importe de la multa que se impondrá, siendo esta la única medida administrativa aplicable.²⁶ Antes de la aprobación de la referida ley en el año 2023, si existía la posibilidad de que la persona jurídica quedara exenta de responsabilidad administrativa por el delito cometido por alguno de sus dirigentes si, con ante-

25 El Decreto Legislativo italiano 231/2001, de 8 de junio, inspirándose en el sistema de Estados Unidos, otorga una gran importancia al hecho de que la dirección de la persona jurídica (o de la sociedad o asociación sin personalidad jurídica) adopte medidas adecuadas para prevenir la delincuencia. Si el modelo de organización y gestión adecuado ha sido implementado y ejecutado eficazmente antes de la comisión del delito, la entidad podrá quedar exenta de responsabilidad administrativa (penal o cuasipenal, a juicio de gran parte de la doctrina) si se cumplen ciertas condiciones, las cuales varían en función de que la infracción penal haya sido cometida por un sujeto “apical” (art. 6) o por un trabajador subordinado (art. 7). Conforme a lo dispuesto en el art. 12.2.b), la adopción y puesta en funcionamiento tras la comisión del delito, pero antes de la declaración de apertura del juicio, de un modelo de organización y gestión adecuado para prevenir delitos de la misma naturaleza del que se había cometido en el caso concreto tendrá relevancia en la atenuación de la sanción aplicable.

26 El segundo párrafo del art. 12, introducido por la Ley 31740, dispone que “es inaplicable la referida eximente cuando el delito es cometido por los socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados, con capacidad de control de la persona jurídica; en este caso, el juez únicamente impone la medida administrativa de multa, la que puede ser reducida hasta en un noventa por ciento”.

rioridad al hecho delictivo, había implementado adecuadamente un modelo de prevención.²⁷ En el art. 12 también se recogen las circunstancias atenuantes de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas.²⁸

El primer apartado del art. 17 indica que la persona jurídica elabora su modelo de prevención “en base a su perfil de riesgo que identifica y evalúa los riesgos inherentes y residuales, conforme a su tamaño, naturaleza, características y complejidad de sus operaciones”. Los elementos mínimos con los que debe contar el modelo de prevención se especifican en el segundo apartado de este precepto:

1. Un encargado de prevención, designado por el máximo órgano de administración de la persona jurídica o quien haga sus veces, según corresponda, que debe ejercer su función con autonomía. Tratándose de las micro, pequeña y mediana empresas, el rol de encargado de prevención puede ser asumido directamente por el órgano de administración.
2. Acciones de mitigación de riesgos identificados.
3. Implementación de procedimientos de denuncia.
4. Difusión y capacitación periódica del modelo de prevención.
5. Evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención.

Además, su tercer apartado señala que

la persona jurídica, en el ejercicio de su autorregulación, puede implementar o incorporar a su modelo de prevención, cualquier otro elemento conforme a su perfil de riesgos y diseñar los mecanismos que resulten necesarios. En el caso de la micro, pequeña y mediana empresa, el modelo de prevención será acotado a su naturaleza y características.²⁹

27 Han criticado esta modificación, por ejemplo, Caro Coria y Ruiz Baltazar (2023, pp. 7-8) y Palomino Campomanes (2023, p. 11).

28 También indica el art. 12 que “son circunstancias atenuantes de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas las siguientes: a) La colaboración objetiva, sustancial y decisiva en el esclarecimiento del hecho delictivo, hasta antes del inicio de la etapa intermedia. b) El impedimento de las consecuencias dañosas del ilícito. c) La reparación total o parcial del daño. d) La adopción e implementación por parte de la persona jurídica, después de la comisión del delito y antes del inicio del juicio oral, de un modelo de prevención. e) La acreditación parcial de los elementos mínimos del modelo de prevención. La confesión, debidamente corroborada, de la comisión del delito, con anterioridad a la formalización de la investigación preparatoria, tiene como efecto que el juez pueda rebajar la medida establecida en los literales a), b) y d) del artículo 5 hasta un tercio por debajo del mínimo legal establecido, cuando se trate de medidas temporales. Este supuesto es inaplicable en caso de flagrancia, irrelevancia de la admisión de los cargos en atención a los elementos probatorios incorporados en el proceso o cuando se haya configurado la reincidencia de acuerdo con el segundo párrafo del artículo 13”.

29 Art. 17.4: “En el caso de las empresas del Estado o sociedades de economía mixta, el modelo de pre-

Con anterioridad a la aprobación de la Ley 31740, para que la persona jurídica pudiera quedar exenta de responsabilidad, no se requería solamente la adopción e implementación adecuada de un modelo de prevención de la delincuencia, sino que era necesario, además, que su dirigente o empleado hubiera cometido el delito eludiendo de forma fraudulenta estas medidas de vigilancia y control (anterior art. 17.4).³⁰ Sin embargo, esta exigencia desaparece en la modificación del año 2023, en la que, como se ha dicho, se excluye la posibilidad de que las personas jurídicas puedan quedar exentas de responsabilidad administrativa por la adopción e implementación de un modelo de prevención cuando el delito ha sido cometido por alguno de sus socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados, con capacidad de control de la persona jurídica. Por otra parte, conforme a la letra d) del art. 12, la adopción e implementación por parte de la persona jurídica —después de la comisión del delito y antes del inicio del juicio oral— de un modelo de prevención permite atenuar su responsabilidad administrativa. Además, con arreglo a lo dispuesto en la letra e) del referido precepto, también tiene eficacia atenuante la “acreditación parcial” de los elementos mínimos del modelo de prevención adoptado e implementado con anterioridad a la comisión del delito.³¹

La Ley 31740 también ha modificado el art. 18 de la Ley 30424, el cual disponía que

vención se ejerce sin perjuicio de las competencias y potestades que corresponden a los órganos conformantes del Sistema Nacional de Control”. Art. 17.5: “El contenido del modelo de prevención se desarrolla en el reglamento de la presente ley”. El contenido del modelo de prevención, atendiendo a las características de la persona jurídica, se desarrolla en el Reglamento de la Ley 30424, el cual tendrá que ser actualizado tras la entrada en vigor de la Ley 31740. Este texto se encuentra disponible en: http://www.oas.org/en/sla/dlc/mesicic/docs/mesicic6_per_anex5.pdf. Puede verse un análisis de estos elementos mínimos con los que debe contar el modelo de prevención en Atahumán Páucar (2018, pp. 153 y ss.), Caro Coria (2019, pp. 1302 y ss.) y Caro John y Reaño Peschiera (2022, pp. 30 y ss.). Véase también el documento “Lineamientos para la implementación y funcionamiento del modelo de prevención” (Superintendencia del Mercado de Valores, 2021, pp. 10 y ss.).

30 Art. 17.4: “Se excluye también la responsabilidad administrativa de la persona jurídica, cuando cualquiera de las personas naturales señaladas en el artículo 3 comete el delito eludiendo de modo fraudulento el modelo de prevención debidamente implementado”.

31 En España, el segundo párrafo del art. 31 bis.2 del CP dispone que en caso de que las circunstancias que permiten eximir de responsabilidad a la persona jurídica —cuando el delito ha sido cometido por alguna de las personas indicadas en la letra a) del art. 31 bis.1 del CP (dirigentes)— “solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena”. La misma atenuación se prevé en el segundo párrafo del art. 31 bis.4 del CP cuando el delito ha sido cometido por los sujetos a los que alude la letra b) del art. 31 bis.1 del CP (empleados). En cambio, en la regulación italiana, que ha inspirado a otras legislaciones en esta materia, no se prevé el efecto atenuante de la “acreditación parcial” de las condiciones que permiten eximir de responsabilidad a la persona jurídica.

el fiscal para formalizar la investigación preparatoria debe contar con un informe técnico de la Superintendencia del Mercado de Valores - SMV que analice la implementación y funcionamiento del modelo de prevención, que tiene valor probatorio de pericia institucional. Si el informe técnico de la SMV establece que la implementación y funcionamiento del modelo de prevención antes de la comisión del delito, es adecuado, el fiscal dispone el archivo de lo actuado, mediante decisión debidamente motivada.

Se trata de un aspecto que diferencia notablemente a la regulación peruana en esta materia de otras legislaciones. Conforme a dicho precepto, para poder formalizar la investigación preparatoria del juicio contra la persona jurídica, la fiscalía debía contar necesariamente con un informe técnico de la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV), organismo técnico especializado adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas del Perú, para que analizara la implementación y funcionamiento del modelo de prevención en esa entidad, teniendo este informe valor probatorio de pericia institucional. Este informe técnico de la SMV era de tal importancia que, si concluía que la implementación y funcionamiento del modelo de prevención antes de la comisión del delito era adecuado, el fiscal debía disponer el archivo de lo actuado mediante decisión debidamente motivada. Es decir, si el informe determinaba que se había adoptado y ejecutado con eficacia un *compliance program* adecuado, se debía archivar la causa contra la entidad (requisito de procedibilidad).³²

No obstante, tras la aprobación de la Ley 31740, para poder formalizar la investigación preparatoria, el art. 18 solamente requiere que la fiscalía solicite

32 Esta novedosa previsión de la Ley 30424 había sido criticada por un importante sector de la doctrina. Así, por ejemplo, Caro Coria (2017) afirmaba que “este requisito de procedibilidad no es acorde con la competencia exclusiva y excluyente del Ministerio Público para perseguir el delito, de modo que el texto reformado de la Ley 30424 parece incorporar un gran candado cuya llave queda en manos de la SMV, es decir bajo custodia del Poder Ejecutivo” (párr. 25). En el mismo sentido, Abanto Vásquez (2018) señalaba que “debe entenderse como defecto de la ley peruana el haber condicionado la persecución penal a la opinión técnica de un órgano administrativo (la Comisión del Mercado de Valores), con lo cual se sigue con la criticada ‘técnica’ legislativa empleada que atenta contra el principio de legalidad procesal” (p. 48). Por su parte, Reyna Alfaro (2018) estimaba que este requisito de procedibilidad parece establecer “una carga probatoria sobre el órgano acusador que debería recaer sobre la persona jurídica que la alega —como es propio de toda circunstancia impeditiva del ejercicio de la acción penal—” (p. 45). También criticaron esta exigencia prevista en el art. 18, entre otros, Balmaceda Quirós (2017, p. 31), Millán Gutiérrez y Castro Lora (2018, p. 131), Ríos Patio (2018, pp. 40-41) y Félix Acosta (2021, pp. 440-441). En su informe “La responsabilidad de la persona jurídica en los delitos de Corrupción” (2019), la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de este país también había considerado “un desacierto el hecho de supeditar la persecución penal del fiscal a la emisión de un informe favorable de la Superintendencia de Mercado de Valores, ello supone una restricción a las facultades de investigación que la Constitución y

el informe técnico de la SMV en caso de que la persona jurídica alegue contar con un modelo de prevención. Así, este precepto dispone que

el fiscal para formalizar la investigación preparatoria, siempre que la persona jurídica alegue contar con un modelo de prevención, debe contar con un informe técnico de la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV) que analice la implementación y funcionamiento del modelo de prevención con relación al delito imputado a la persona natural. El informe técnico tiene la condición de pericia institucional.

Además, el art. 18 señala que “la persona jurídica que alegue contar con un modelo de prevención debe brindar la información y documentación respectiva, así como las facilidades necesarias a la Superintendencia del Mercado de Valores, para que emita el informe técnico”.³³ El informe técnico emitido por la SMV es valorado por el fiscal y el juez junto con los demás elementos probatorios incorporados en la investigación o en el proceso (art. 19).³⁴ Es interesante mencionar también que, aunque no se les impone a las personas jurídicas la obligación de contar con una certificación de sus modelos de prevención,³⁵ su obtención podrá ser valorada positivamente por la SMV en la realización de este informe técnico.³⁶

la Ley le reconocen y asignan al Ministerio Público” (p. 61).

- 33 Continúa indicando este precepto que “al momento de elaborar el informe técnico se tienen en cuenta los estándares internacionales sobre el modelo de prevención y las buenas prácticas en el gobierno corporativo. La Superintendencia del Mercado de Valores emite el informe técnico en el plazo de 90 días, computados desde el día siguiente de la recepción de la solicitud. De manera excepcional, este plazo puede extenderse por un periodo igual en función a la complejidad del caso, tamaño y ubicación de la persona jurídica, u otras condiciones o particularidades”.
- 34 En el art. 20 se prevé la confidencialidad de la información y documentación sobre el modelo de prevención y en los arts. 21 y 22 se regulan las facultades de la Superintendencia del Mercado de Valores y el intercambio de información.
- 35 La Ley 30424, tras su modificación en el año 2023, ni siquiera obliga a las personas jurídicas a adoptar e implementar estos modelos de prevención de delitos. Pueden verse, en este sentido, García Cavero (2016, p. 178), Márquez Cisneros (2018, p. 71), Sánchez Cateriano (2018, p. 86) y Alpaca Pérez (2022, pp. 82-83), entre otros.
- 36 El art. 49 del Reglamento de la Ley 30424 dispone que “la SMV en la emisión del informe técnico adicionalmente puede tener en cuenta la existencia de las certificaciones relacionadas con el sistema de gestión de riesgos, gestión de *Compliance* o sistema de gestión antisoborno, que la persona jurídica hubiese obtenido, en la medida que hayan sido emitidos por parte de entidades especializadas del Perú o del exterior”. Véase, nuevamente, Superintendencia del Mercado de Valores (2021, pp. 53 y ss.). García Cavero (2020) afirma que “de alguna manera, se asume la posición mayoritaria en la doctrina penal que, si bien le niega a la certificación el carácter de una prueba plena, le reconoce, por lo menos, el carácter de un indicio sobre la idoneidad del *criminal compliance*, en especial, si el delito es cometido con cierta cercanía a la expedición de la certificación” (p. 5). Por su parte, Caro

2.6 Modelo de atribución de responsabilidad

Por último, debemos mencionar que, al igual que ocurre en otros países, la doctrina discute acerca de cuál es el modelo que se ha adoptado para atribuir responsabilidad administrativa (penal o cuasipenal, a juicio de un importante sector doctrinal) a las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus integrantes.

Alpaca Pérez (2022), quien niega que la persona jurídica pueda cometer delito alguno, sostiene que el modelo asumido por la Ley 30424 es el de la heteroresponsabilidad. La responsabilidad de la persona jurídica no se sostiene en un hecho propio, sino en un hecho ajeno, por el que es penalmente responsable la persona física. La responsabilidad “autónoma” de la persona jurídica que prevé el art. 4 solo se podría afirmar en sentido procesal, ya que el modelo asumido por la propia ley establece la necesidad de que haya una actuación de una persona física para luego poder afirmar la responsabilidad de la persona jurídica (pp. 71 y ss.).³⁷ Entre los autores que entienden que se trata de una responsabilidad penal, podemos citar, por ejemplo, a Caro Coria (2019), quien considera que los supuestos de atribución de responsabilidad previstos en el art. 3 no responden a un hecho propio de la persona jurídica, sino que tienen como presupuesto básico la comisión de un delito por parte de la persona física, el mismo que será traslado a la persona jurídica. Por ello, dice que la Ley 30424 establece un sistema vicarial de atribución de responsabilidad penal o de responsabilidad penal derivada, pero en modo atenuado, puesto que aunque predomina la necesidad de una conexión entre el individuo responsable y su hecho con la persona jurídica, el ente colectivo puede excluir o atenuar su responsabilidad si ha instaurado un modelo de prevención de actos delictivos (pp. 1292 y ss.).³⁸ Por el contrario, partiendo de un modelo de autorresponsabi-

John y Reaño Peschiera (2022) consideran que “las certificaciones relacionadas con el sistema de gestión de riesgos, gestión de *Compliance*, o sistema de gestión antisoborno, a que hace referencia el Reglamento, desempeñarán sin género de dudas un rol determinante en la construcción del juicio de valoración que luego se verá plasmado en el informe técnico” (p. 20). En este sentido, puede verse también, por ejemplo, Palomino Ramírez y Madrid Valerio (2021, p. 40). La intervención de la SMV se regula en los arts. 46 a 49 del Reglamento de la Ley 30424, si bien se debe advertir que, tras la aprobación de la Ley 31740, se tendrá que actualizar el texto de este reglamento. Sobre los aspectos procesales de esta legislación, véanse, en detalle, Palomino Ramírez y Madrid Valerio (2021, pp. 31 y ss.) y Caro John y Reaño Peschiera (2022, pp. 26 y ss.).

37 En el mismo sentido, véase especialmente Balmaceda Quirós (2017, pp. 25 y ss.). Este autor considera que se trata de una responsabilidad administrativa.

38 Próximos a la postura que mantiene Caro Coria (2019), algunos autores entienden que para atribuirles responsabilidad a las personas jurídicas se ha adoptado un sistema mixto que combina elementos de ambos modelos. En este sentido, véanse, por ejemplo, Fernández Díaz y Chanjan Documet (2016, p. 361) y Félix Acosta (2021, pp. 435-436).

lidad, Abanto Vásquez (2018) estima que la imposición de “sanciones” contra la persona jurídica se basa en un *reproche propio*, consistente en no haberse preocupado suficientemente por tener un sistema de prevención de delitos. Dice que la responsabilidad de la persona jurídica es autónoma (art. 4) y que su “sancionabilidad” depende decisivamente de la implementación de modelos de prevención (art. 17). Por tanto, la responsabilidad propia de la persona jurídica se basa, a juicio de este autor, en el hecho de no haberse organizado correctamente para evitar que su estructura sea usada en la comisión de hechos delictivos (“defecto de organización”) (pp. 41 y ss.).³⁹

3. Argentina

3.1 Naturaleza jurídica de la responsabilidad corporativa

Aunque tradicionalmente en Argentina la doctrina ha estado dividida en torno a la admisión de la capacidad delictiva de las personas jurídicas,⁴⁰ durante años la legislación ha ido aproximándose paulatinamente a la introducción de un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas a través de distintas leyes que permiten imponer sanciones a estas entidades por los delitos de desabastecimiento (Ley 20680), aduaneros (Ley 22415), cambiarios (Ley 19359),

39 En esta línea se han pronunciado también Caro John y Reaño Peschiera (2022), quienes afirman que “el hecho cometido por la persona física ‘en nombre’, ‘por cuenta’, ‘en beneficio directo o indirecto’ de la persona jurídica (art. 3), es solo el presupuesto de conexión con el defecto organizativo de la empresa, mientras que el fundamento de la responsabilidad autónoma radica propiamente en el defecto de organización o defecto estructural de la empresa consistente en la ausencia de medidas de supervisión, vigilancia y control sobre las actividades societarias” (p. 16); “la legislación peruana resulta coherente con los postulados del modelo de autorresponsabilidad estricta de las personas jurídicas, por cuanto —en adición al reconocimiento de efectos eximentes al modelo de prevención— impone al Ministerio Público la obligación de pronunciarse sobre la eficacia del programa de prevención de delitos implementado en la organización, como requisito previo a la formalización de la imputación penal contra la persona jurídica” (pp. 43-44). Pueden verse, en el mismo sentido (aunque con sus correspondientes matices), García Cavero (2016, pp. 177-178), Espinoza Bonifaz (2017, pp. 47 y ss.), Zúñiga Díaz y Vilca Ravelo (2020, pp. 402-403), Palomino Ramírez y Madrid Valerio (2021, pp. 28-29 y 37-38), Carrión Zenteno (2021, pp. 206 y ss.) y Matos Moncada (2022, pp. 9-10), entre otros.

40 Han negado la capacidad delictiva de las personas jurídicas o han rechazado por otros motivos imponer penas a estas entidades, entre otros, Nino (1980, pp. 407 y ss.), Zaffaroni (1981, pp. 55 y ss.), Soler (1992, pp. 329 y ss.), García Vitor (1994, pp. 97 y ss.), Cesano (1998, pp. 33 y ss. y 69 y ss.) y Fontán Balestra (1998, pp. 477-479). En cambio, otros autores se mostraban favorables a la introducción de un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Véanse, entre otros, Martínez Miltos (1956, pp. 153 y ss. y 193 y ss.), Righi (1991, pp. 251 y ss.), Rusconi (1995, pp. 69 y ss.), Baigún (2000, pp. 27 y ss.), Orce (2003, pp. 369 y ss.) y Spolansky (2008, pp. 1631 y ss.). Puede verse una exposición detallada de las distintas posturas mantenidas tradicionalmente sobre esta materia en la doctrina de este país en Aboso y Abraldes (2001, pp. 61 y ss.).

contra el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (Ley 24241), tributarios (Ley 24769) y contra la libre competencia (Ley 25156).⁴¹ También está prevista la posibilidad de imponer sanciones a las personas jurídicas en los arts. 304 y 313 del CP, relativos a los delitos contra el orden económico y financiero (Ley 26683).⁴²

Parece que las dudas que existían acerca de la naturaleza jurídica de estas sanciones⁴³ ha pretendido disiparlas el legislador con la aprobación de la Ley 27401, publicada el 1 de diciembre de 2017,⁴⁴ que establece “el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas” por la comisión de ciertos delitos (art. 1). En efecto, esta ley, que entró en vigor el 1 de marzo de 2018, declara expresamente que las personas jurídicas pueden responder penalmente por determinados delitos cometidos en ciertos casos por sus integrantes o terceros y que, en consecuencia, se les pueden imponer distintas penas, lo

41 Así, por ejemplo, el art. 8 de la Ley 20680, publicada el 25 de junio de 1974, dispone que “cuando las infracciones que se sancionan en esta ley hubieren sido cometidas en beneficio de una persona jurídica, asociación o sociedad, se le dará carácter de parte, sin perjuicio de la responsabilidad personal de los autores. En los casos de condena a una persona jurídica, asociación o sociedad se podrá imponer como sanción complementaria la pérdida de la personería y la caducidad de las prerrogativas que se le hubiesen acordado...”. El texto completo de esta ley se encuentra disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=58603>. El art. 46 de la Ley 25156, publicada el 20 de septiembre de 1999, establece que “las personas físicas o de existencia ideal que no cumplan con las disposiciones de esta ley, serán pasibles de las siguientes sanciones: a) El cese de los actos o conductas previstas en los Capítulos I y II y, en su caso la remoción de sus efectos; b) Los que realicen los actos prohibidos en los Capítulos I y II y en el artículo 13 del Capítulo III, serán sancionados con una multa de diez mil pesos...”. El art. 47 señala que “las personas de existencia ideal son imputables por las conductas realizadas por las personas físicas que hubiesen actuado en nombre, con la ayuda o en beneficio de la persona de existencia ideal, y aun cuando el acto que hubiese servido de fundamento a la representación sea ineficaz”. Puede verse el texto completo de esta ley en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/60016/norma.htm>.

42 Art. 304 del CP: “Cuando los hechos delictivos previstos en el artículo precedente hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se impondrán a la entidad las siguientes sanciones conjunta o alternativamente: 1. Multa de dos (2) a diez (10) veces el valor de los bienes objeto del delito. 2. Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años. 3. Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años. 4. Cancelación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad. 5. Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere. 6. Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica...”. Art. 313 del CP: “Cuando los hechos delictivos previstos en los artículos precedentes hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se aplicarán las disposiciones previstas en el artículo 304 del Código Penal...”.

43 Al respecto, pueden verse, en detalle, Cesano y Fortete (2012, pp. 89 y ss.), Sarrabayrouse (2014, pp. 341 y ss.) y Berrueto (2018, pp. 85 y ss.).

44 Texto disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=296846>.

cual ha llevado a la mayor parte de la doctrina a reconocer que de este modo se introduce un auténtico sistema de responsabilidad penal para las personas jurídicas. En palabras de Cesano (2018),

la Ley de Responsabilidad Penal Empresarial, N.º 27.401, introdujo un verdadero sistema de responsabilidad penal para las personas jurídicas. [...] La conjunción de argumentos lingüísticos, sistemáticos y genéticos, nos permiten afirmar que la ley 27.401 implicó un abandono del viejo principio *Societas delinquere non potest*. (p. 3)

En el mismo sentido, Carranza y Mansilla (2020) indican que

a partir de la sanción de la ley N.º 27.401 podemos afirmar que Argentina introdujo en su plexo normativo un verdadero régimen penal de responsabilidad para las personas jurídicas, reglado de un modo explícito, con determinación de los presupuestos específicos de la misma, y con un catálogo de sanciones posibles y pautas específicas para su determinación. (p. 55)⁴⁵

Por el contrario, un sector de la doctrina niega que la Ley 27401 imponga verdaderas penas a las personas jurídicas. Como dice Donna (2019),

la imputación se hace siempre al sujeto autónomo o libre. A este sujeto autónomo se le exige la consciencia de la ilicitud y la voluntad subjetiva —razón práctica— de dañar la autonomía de otra persona. Ello no ocurre con la persona jurídica, ya que, en rigor de verdad, se trata de un ente al que se les atribuye capacidad a otros efectos, distintos de los penales. Las instituciones no pueden delinquir, los que delinquen son las personas físicas que las integran: hay penas para ellas, sin perjuicio de las medidas administrativas y civiles que se impongan a las personas jurídicas. Esta idea es más que importante y francamente no se entiende qué se pretende con la responsabilidad de las personas jurídicas. (p. 1372)⁴⁶

45 En este sentido también se han pronunciado, entre otros, Papa (2018, pp. 11-12 y 15), Vidal Albarracín (2018, pp. 99-100), Rodríguez Estévez (2020, pp. 900 y ss.), Alveroni (2020, pp. 13 y ss.), González Guerra (2020, p. 85), Montiel y Seitún (2020, pp. 2-3) y Navarro (2020, pp. 539 y 558).

46 Por su parte, Goldman (2018) afirma que “aun cuando se ha caracterizado a dicha responsabilidad como de naturaleza penal, el sistema de la ley no supera las severas objeciones que tradicionalmente se han presentado contra la posibilidad de que las personas jurídicas sean sujeto de sanciones penales. La cuestión relativa a la naturaleza jurídica de las sanciones adquiere, en este sentido, relevancia en un contexto de progresivo cuestionamiento de las categorías tradicionales del Derecho Penal, en el que admitir la deformación de conceptos tales como los de acción, imputabilidad y culpabilidad para adaptarlos a la realidad de las personas jurídicas, contribuiría a vaciarlos de sentido en detrimento de las garantías que amparan a los individuos sometidos a un proceso penal. Sin embargo,

3.2 Ámbito de aplicación

El art. 1, relativo al objeto y alcance de la Ley 27401, indica a qué entidades y delitos se aplica.

Art. 1: La presente ley establece el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, por los siguientes delitos:

- a) Cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional, previstos por los artículos 258 y 258 bis del Código Penal;
- b) Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, previstas por el artículo 265 del Código Penal;
- c) Concusión, prevista por el artículo 268 del Código Penal;
- d) Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, previsto por los artículos 268 (1) y (2) del Código Penal;
- e) Balances e informes falsos agravados, previsto por el artículo 300 bis del Código Penal”.

Están sujetas a esta ley las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal. Al igual que ocurre en otros países, es necesario recurrir a la normativa extrapenal para poder determinar qué colectividades o agrupaciones son consideradas “personas jurídicas privadas”.⁴⁷ En este precepto se hace referencia a las personas jurídicas privadas sin requerir que posean una determinada complejidad estructural y organizativa. Inicialmente, se había excluido del ámbito subjetivo de aplicación de esta ley a las pequeñas y medianas empresas,⁴⁸ sin embargo, posteriormente, se suprimió esta excepción, lo cual ha sido criticado por un sector de la doctrina.⁴⁹ Como

nada obsta a considerar que se trata de un sistema de sanciones de carácter administrativo, aplicadas en sede penal, que tienen su fundamento en la existencia de defectos de organización en el ente ideal que, en virtud de la ausencia o ineficacia de mecanismos de control interno, permite, tolera o incluso promueve la actividad ilícita realizada en su nombre o beneficio” (p. 454).

- 47 Como indica el art. 148 del Código Civil y Comercial de Argentina, “son personas jurídicas privadas: a) las sociedades; b) las asociaciones civiles; c) las simples asociaciones; d) las fundaciones; e) las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas; f) las mutuales; g) las cooperativas; h) el consorcio de propiedad horizontal; i) toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento”.
- 48 Se indicaba anteriormente que “esta última disposición no será aplicable a aquellas personas jurídicas establecidas en los términos de la Ley 25.300, de fomento para la micro, pequeña y mediana empresa, o aquella que la reemplace”.
- 49 Cesano (2020) critica que no haya una previsión de excepción para las pequeñas y medianas empresas, ya que “los contenidos de los programas de integridad que surgen del artículo 23 resultan de difícil viabilidad para este tipo de empresas” (pp. 782-784 y 808). En este sentido, pueden verse también Goldman (2018, pp. 451 y ss.) y Carranza y Mansilla (2020, pp. 60-61), entre otros. En

sucede con carácter general en el derecho comparado, quedan excluidas del ámbito subjetivo de aplicación de esta ley las personas jurídicas públicas.⁵⁰ En el art. 3 se regula la llamada “responsabilidad sucesiva”. En los casos de transformación, fusión, absorción, escisión o cualquier otra modificación societaria, la responsabilidad de la persona jurídica es transmitida a la entidad resultante o absorbente. Esta previsión es acertada porque impide que, a través de estas modificaciones societarias, se pueda eludir la responsabilidad.⁵¹ Además, este precepto advierte que la responsabilidad penal de la persona jurídica subsiste cuando, de manera encubierta o meramente aparente, continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de sus clientes, proveedores y empleados o de la parte más relevante de todos ellos.

La Ley 27401 adopta un sistema de *numerus clausus* de delitos por los que pueden responder penalmente las personas jurídicas.⁵² Con arreglo a lo dispuesto en su art. 1, estas entidades solo pueden ser condenadas por los delitos

cambio, Papa (2018) señala que es razonable que no se excluyan a las pequeñas y medianas empresas del ámbito subjetivo de aplicación de esta ley, puesto que “de otro modo se hubiera reconocido un privilegio en favor de este tipo de entidades, que representan más de un 90% de las compañías locales, y hubiera afectado el principio constitucional de igualdad ante la ley” (p. 14).

- 50 El art. 146 del Código Civil y Comercial dispone que “son personas jurídicas públicas: a) el Estado nacional, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, las entidades autárquicas y las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter; b) los Estados extranjeros, las organizaciones a las que el derecho internacional público reconozca personalidad jurídica y toda otra persona jurídica constituida en el extranjero cuyo carácter público resulte de su derecho aplicable; c) la Iglesia Católica”. Como se indica en la *Guía de Implementación de la Ley 27.401 para Fiscales. Responsabilidad penal de personas jurídicas por hechos de corrupción*, elaborada en el año 2021 por el Centro Virtual de Investigación Aplicada en Derecho Penal (Montiel, 2021), los partidos políticos y los sindicatos no están comprendidos en esta ley porque no se encuentran dentro de la enumeración del art. 148 del Código Civil y Comercial y, además, gozan de una naturaleza jurídica híbrida, en la que el componente público haría desaconsejable perseguir penalmente a estas personas jurídicas. No obstante, se advierte en este documento que “se trata de una cuestión que no se encuentra absolutamente resuelta y que dependerá, en última instancia, del tipo de personería que hayan adoptado para su estructura” (pp. 7-8). Además de indicar que dentro del elenco de personas jurídicas públicas del art. 146 se encuentran las asociaciones sindicales y las asociaciones profesionales, Ceserani (2021, pp. 19 y ss.) afirma que un partido político no es una persona jurídica privada. Según este autor, podría decirse que los partidos políticos son instituciones intermedias, públicas estatales sin participación del Estado, pero nunca podrá sostenerse que los partidos políticos son personas jurídicas privadas. Por tanto, no les resulta de aplicación la Ley 27401.
- 51 Véanse, en este sentido, entre otros, Niño (2019, p. 534), Montiel (2019, pp. 78 y ss.) y Cesano (2020, pp. 784-786). Puede verse también, nuevamente, Montiel (2021, pp. 17 y ss.).
- 52 En la Cámara de Diputados se modificó el art. 1 y se incluyó la posibilidad de atribuirles responsabilidad penal a las personas jurídicas por todos los delitos previstos en el Código Penal (sistema de *numerus apertus*). Sin embargo, en el Senado se volvió a limitar el ámbito de aplicación de esta ley solo a algunos delitos.

de cohecho y tráfico de influencias (nacional y transnacional), negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, concusión, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, y balances e informes falsos agravados.⁵³ Se ha reprochado que no se incluyan en este catálogo otros delitos contra la administración pública y ciertas infracciones penales como, por ejemplo, el lavado de dinero de origen delictivo, la falsificación de documentos o los daños al medio ambiente.⁵⁴

3.3 Criterios de atribución de responsabilidad

Los criterios de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus integrantes se recogen en el art. 2 de la Ley 27401.

Art. 2: Las personas jurídicas son responsables por los delitos previstos en el artículo precedente que hubieren sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio.

También son responsables si quien hubiere actuado en beneficio o interés de la persona jurídica fuere un tercero que careciese de atribuciones para obrar en representación de ella, siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque fuere de manera tácita.

La persona jurídica quedará exenta de responsabilidad sólo si la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella.⁵⁵

Conforme al art. 2 de esta ley, las personas jurídicas responden penalmente por los delitos realizados,⁵⁶ directa o indirectamente, con su intervención o

53 Como se ha indicado, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 27401, las personas jurídicas ya podían ser sancionadas por la comisión de delitos de desabastecimiento, aduaneros, cambiarios, contra el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, tributarios, contra la libre competencia y contra el orden económico y financiero.

54 Véanse, al respecto, Montiel (2018a, p. 139), Niño (2019, p. 533) y Orsi (2021, p. 63).

55 Puede verse un análisis exhaustivo de los distintos criterios de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas previstos en este precepto en Carrió y Reussi (2018, pp. 40 y ss.), Vidal Albarracín (2018, pp. 99 y ss.) y Rodríguez Estévez (2020, pp. 911-912). Véase también, en detalle, Montiel (2021, pp. 14 y ss.).

56 Orsi (2021) señala que “el empleo de la palabra ‘realizados’, en lugar de ‘cometidos’, tiende a suavizar la carga subjetiva de este último término, dado que el giro alude tanto a personas físicas como jurídicas” (p. 64). En este sentido también se pronuncian, por ejemplo, Carrió y Reussi (2018, p. 42). Las personas jurídicas pueden responder penalmente no solo por los delitos consumados, sino también por los cometidos en grado de tentativa. Asimismo, pueden ser condenadas por un delito en el que la persona física ha intervenido a título de partícipe.

en su nombre, interés o beneficio. Estos requisitos están previstos de forma alternativa, de modo que basta con que concurra alguno de ellos para poder atribuir responsabilidad penal a la entidad (Vidal Albarracín, 2018, p. 101). Las personas jurídicas también pueden ser condenadas por los delitos cometidos por terceros que carecen de capacidad de representación, siempre y cuando hayan actuado en beneficio o interés de la persona jurídica y esta hubiese ratificado la gestión, aunque fuera de manera tácita.⁵⁷ De este modo, se permite la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas no solo por los delitos cometidos por sus directivos y empleados, sino también por terceras personas si se cumplen dichas condiciones. Asimismo, este precepto indica que la persona jurídica queda exenta de responsabilidad si el sujeto ha cometido el delito en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella. Aunque es lógico que la persona jurídica no pueda ser condenada en este caso, en realidad, más que una causa de exención de responsabilidad sería una condición que impide atribuir responsabilidad penal a la entidad.⁵⁸

En el art. 6 se declara la independencia de las acciones penales contra la persona física y la persona jurídica, de modo que esta podrá ser condenada aun cuando no haya sido posible identificar o juzgar a la persona física que hubiere intervenido, siempre que las circunstancias del caso permitan establecer que el delito no podría haberse cometido sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica.⁵⁹ La autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica se ve reforzada por el art. 4, en virtud del cual la extinción de la acción penal contra las personas físicas autoras o partícipes del delito no afectará la vigencia de la acción penal contra la persona jurídica.⁶⁰

57 Carrió y Reussi (2018) indican que “en este caso, quien interviene en la comisión de un delito en beneficio o interés de la persona jurídica es un extraño. Esto es, alguien ajeno a la estructura societaria y a sus órganos de administración o gobierno, pero cuya gestión (ilícita) es ratificada por la persona jurídica en un momento posterior. Aun de manera tácita” (p. 49). Al respecto, véanse también Vidal Albarracín (2018, p. 101) y Durrieu (2018, p. 151).

58 Como advierte Orsi (2021), “la cláusula, en su primera parte, resulta poco sistemática, toda vez que el beneficio o el provecho de la persona física no integra la responsabilidad del ente. [...] La forma correcta hubiese sido incluir ese requisito en el sistema de atribución de responsabilidad, y no bajo la forma de exención” (p. 65).

59 Orsi (2021) afirma que “según esta cláusula el ente queda liberado cuando no se haya demostrado que ‘toleró’ la comisión del delito: esto es, cuando lo permitió, aunque no lo haya aprobado expresamente” (p. 66). Por su parte, Cesano (2020) considera que este precepto es “un fuerte componente a favor de un sistema de responsabilidad autónoma” (p. 790).

60 Este precepto indica que la acción penal contra la persona jurídica solo se extinguirá por las causas contempladas en los incisos 2 y 3 del art. 59 del CP, es decir, por amnistía o por prescripción. La prescripción de la acción penal contra la persona jurídica se regula en el art. 5 de esta ley.

3.4 Penas

Las penas aplicables a las personas jurídicas, recogidas en el art. 7, son la multa, la suspensión total o parcial de actividades, la suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, la disolución y liquidación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad, la pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere y la publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica. La graduación de las penas se regula en el art. 8.⁶¹ Cabe destacar que en el art. 16 se prevé la posibilidad de que la persona jurídica y el Ministerio Público Fiscal celebren antes de la citación a juicio un acuerdo de colaboración eficaz, por medio del cual aquella se obliga a cooperar a través de la revelación de información o datos precisos, útiles y comprobables para el esclarecimiento de los hechos, la identificación de sus autores o partícipes o la devolución del producto o las ganancias del delito, así como al cumplimiento de las condiciones que se establezcan en virtud de lo previsto en el art. 18.⁶² Si se rechaza el acuerdo, se reanuda el proceso contra

61 El art. 8 dispone que “para graduar las penas previstas en el artículo 7.º de la presente ley, los jueces tendrán en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos; la cantidad y jerarquía de los funcionarios, empleados y colaboradores involucrados en el delito; la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes; la extensión del daño causado; el monto de dinero involucrado en la comisión del delito; el tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica; la denuncia espontánea a las autoridades por parte de la persona jurídica como consecuencia de una actividad propia de detección o investigación interna; el comportamiento posterior; la disposición para mitigar o reparar el daño y la reincidencia. Se entenderá que hay reincidencia cuando la persona jurídica sea sancionada por un delito cometido dentro de los tres (3) años siguientes a la fecha en que quedara firme una sentencia condenatoria anterior. Cuando fuere indispensable mantener la continuidad operativa de la entidad, o de una obra, o de un servicio en particular, no serán aplicables las sanciones previstas por los incisos 2) y 4) del artículo 7.º de la presente ley. El juez podrá disponer el pago de la multa en forma fraccionada durante un período de hasta cinco (5) años cuando su cuantía y cumplimiento en un único pago pusiere en peligro la supervivencia de la persona jurídica o el mantenimiento de los puestos de trabajo...”. Puede verse un análisis de las penas aplicables a las personas jurídicas y de su graduación en Cesano (2020, pp. 793 y ss.), Carranza y Mansilla (2020, pp. 67 y ss.) y Orsi (2021, pp. 67-69). Véase también Montiel (2021, pp. 21 y ss. y 63 y ss.).

62 La negociación entre la persona jurídica y el Ministerio Público Fiscal es estrictamente confidencial (art. 17) y está sometida a control judicial (art. 19). Conforme al art. 18, “en el acuerdo se identificará el tipo de información, o datos a brindar o pruebas a aportar por la persona jurídica al Ministerio Público Fiscal, bajo las siguientes condiciones: a) Pagar una multa equivalente a la mitad del mínimo establecido en el artículo 7º inciso 1) de la presente ley; b) Restituir las cosas o ganancias que sean el producto o el provecho del delito; y c) Abandonar en favor del Estado los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena; Asimismo, podrán establecerse las siguientes condiciones, sin perjuicio de otras que pudieran acordarse según las circunstancias del caso: d) Realizar las acciones necesarias para reparar el daño causado; e) Prestar un determinado ser-

la persona jurídica,⁶³ pero si prospera, se dicta una sentencia según las condiciones pactadas,⁶⁴ lo que implica una reducción de la pena que se impone a la entidad (Bauzá, 2018, p. 441; González Guerra, 2022, p. 178).⁶⁵

3.5 Exención de responsabilidad

La Ley 27401 permite en su art. 9 que una persona jurídica quede eximida de pena y de responsabilidad administrativa cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias:

- a) Espontáneamente haya denunciado un delito previsto en esta ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna;
- b) Hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los artículos 22 y 23 de esta ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito;
- c) Hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido.

Para que una persona jurídica pueda quedar exenta de responsabilidad penal y administrativa por el delito cometido por uno de sus integrantes o por un

vicio en favor de la comunidad; f) Aplicar medidas disciplinarias contra quienes hayan participado del hecho delictivo; g) Implementar un programa de integridad en los términos de los artículos 22 y 23 de la presente ley o efectuar mejoras o modificaciones en un programa preexistente”.

- 63 Art. 20: “Si el acuerdo de colaboración eficaz no prosperase o fuese rechazado por el juez, la información y las pruebas aportadas por la persona jurídica durante la negociación deberán devolverse o destruirse y no podrán ser empleadas judicialmente, excepto cuando el Ministerio Público Fiscal hubiera tenido conocimiento de ellas de forma independiente o hubiera podido obtenerlas a raíz de un curso de investigación existente en la causa con anterioridad al acuerdo”.
- 64 Art. 21: “Dentro de un plazo no superior a un (1) año, el Ministerio Público Fiscal o el juez corroborarán la verosimilitud y utilidad de la información que hubiera proporcionado la persona jurídica en cumplimiento del acuerdo de colaboración eficaz. Si se corroborare la verosimilitud y utilidad de la información proporcionada, la sentencia deberá respetar las condiciones establecidas en el acuerdo, no pudiendo imponerse otras penas. En caso contrario, el juez dejará sin efecto el acuerdo y el proceso continuará de acuerdo a las reglas generales”.
- 65 Como indica Orsi (2021), en el proyecto de esta ley el acuerdo de colaboración eficaz no implicaba reconocimiento de culpabilidad y suspendía el curso del proceso, derivando, a la postre, en la extinción de la acción penal. Sin embargo, esta solución fue objeto de críticas, ya que se consideró una especie de cheque en blanco que garantizaba la impunidad a las empresas, entre otras cosas, porque la vía permitía deslindar responsabilidades en subordinados (p. 73). Puede verse un análisis de estos acuerdos de colaboración eficaz en Crocioni (2018, pp. 155 y ss.) y Orsi (2021, pp. 72 y ss.). Ha sido especialmente crítico con la regulación de estos acuerdos Donna (2019, pp. 1400-1402). Sobre los aspectos procesales de esta legislación, véanse en detalle Prado (2019, pp. 81 y ss.) y Montiel (2021, pp. 72 y ss.).

tercero (concurriendo los requisitos previstos en el art. 2), es necesario que se cumplan simultáneamente tres requisitos.⁶⁶ En primer lugar, con anterioridad a la comisión de la infracción penal, se debe haber implementado en la entidad un sistema de control y supervisión adecuado, es decir, idóneo para impedir, controlar y detectar la comisión de delitos (Montiel, 2018a, p. 134) en los términos de los arts. 22 y 23 de esta ley⁶⁷ y, además, es necesario que se les haya exigido a los intervinientes en la comisión del delito un esfuerzo para eludir esa supervisión y control.⁶⁸ El art. 22 indica que las personas jurídicas podrán implementar programas de integridad (*compliance programs*) consistentes en el conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos por esta ley. Asimismo, añade que el Programa de Integridad deberá guardar relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, así como con su dimensión y capacidad económica, de conformidad con lo que establezca la reglamentación. El contenido del Programa de Integridad se determina en el art. 23:

-
- 66 Un importante sector de la doctrina sostiene que la legislación argentina regula los factores de exención de la responsabilidad penal (y administrativa) de la persona jurídica como excusa absolutoria, cuya alegación y prueba corresponde a la entidad imputada. En este sentido, pueden verse Durrieu (2018, p. 143), Cesano (2020, pp. 805-806) y Orsi (2021, p. 70), entre otros. Así se indica también en Montiel (2021, pp. 29-30 y 62).
- 67 Se debe aclarar que la Ley 27401 no obliga a las personas jurídicas a implementar estos modelos de prevención de delitos, sino que solamente indica que es uno de los requisitos que han de concurrir para que la entidad quede exenta de responsabilidad. Así lo han puesto de manifiesto, entre otros, Martínez (2018, p. 288), Cesano (2020, pp. 801-802), Navarro (2020, pp. 546-547) y Orsi (2021, p. 82). Aunque no es obligatorio que las personas jurídicas implementen estos programas de integridad, el art. 24 de esta ley advierte que “la existencia de un Programa de Integridad adecuado conforme los artículos 22 y 23, será condición necesaria para poder contratar con el Estado nacional, en el marco de los contratos que: a) Según la normativa vigente, por su monto, deberá ser aprobado por la autoridad competente con rango no menor a Ministro; y b) Se encuentren comprendidos en el artículo 4.º del decreto delegado N.º 1023/01 y/o regidos por las leyes 13.064, 17.520, 27.328 y los contratos de concesión o licencia de servicios públicos”.
- 68 Esta exigencia es similar al requisito recogido en el art. 31 bis.2.3.ª del Código Penal español, aunque en este último precepto no se requiere “un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito”, sino que es preciso que los autores individuales hayan cometido el delito “eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención”. Como se ha indicado, con anterioridad a la aprobación de la Ley 31740, para que la persona jurídica pudiera quedar exenta de responsabilidad en Perú no se requería solamente la adopción e implementación adecuada de un modelo de prevención de la delincuencia, sino que era necesario, además, que su dirigente o empleado hubiera cometido el delito eludiendo de forma fraudulenta estas medidas de vigilancia y control (anterior art. 17.4 de la Ley 30424).

El Programa de Integridad deberá contener, conforme a las pautas establecidas en el segundo párrafo del artículo precedente, al menos los siguientes elementos:

- a) Un código de ética o de conducta, o la existencia de políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los directores, administradores y empleados, independientemente del cargo o función ejercidos, que guíen la planificación y ejecución de sus tareas o labores de forma tal de prevenir la comisión de los delitos contemplados en esta ley;
- b) Reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público;
- c) La realización de capacitaciones periódicas sobre el Programa de Integridad a directores, administradores y empleados.

Asimismo también podrá contener los siguientes elementos:

- I. El análisis periódico de riesgos y la consecuente adaptación del programa de integridad;
- II. El apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia;
- III. Los canales internos de denuncia de irregularidades, abiertos a terceros y adecuadamente difundidos;
- IV. Una política de protección de denunciantes contra represalias;
- V. Un sistema de investigación interna que respete los derechos de los investigados e imponga sanciones efectivas a las violaciones del código de ética o conducta;
- VI. Procedimientos que comprueben la integridad y trayectoria de terceros o socios de negocios, incluyendo proveedores, distribuidores, prestadores de servicios, agentes e intermediarios, al momento de contratar sus servicios durante la relación comercial;
- VII. La debida diligencia durante los procesos de transformación societaria y adquisiciones, para la verificación de irregularidades, de hechos ilícitos o de la existencia de vulnerabilidades en las personas jurídicas involucradas;
- VIII. El monitoreo y evaluación continua de la efectividad del programa de integridad;
- IX. Un responsable interno a cargo del desarrollo, coordinación y supervisión del Programa de Integridad;
- X. El cumplimiento de las exigencias reglamentarias que sobre estos programas dicten las respectivas autoridades del poder de policía nacional, provincial, municipal o comunal que rija la actividad de la persona jurídica.⁶⁹

69 El art. 23 distingue entre elementos necesarios y opcionales del Programa de Integridad. Sin embargo, como dice Montiel (2018a), “el modo en que se regulan estos elementos presupone un grave desconocimiento de la praxis empresarial. Sorprende que resulte obligatorio que los programas de cumplimiento dispongan de un código de ética o de conducta (art. 23, inc. a) y no así la institución de un oficial de cumplimiento o de un sistema de *whistleblowing*. Cualquier persona mínimamente familiarizada con el mundo empresarial sabe que un código de ética es poco más que una ‘carta

Las otras dos circunstancias que han de concurrir para que se exima de responsabilidad a la persona jurídica son posteriores a la actuación delictiva. Se debe denunciar de forma espontánea la comisión de un delito previsto en el art. 1 de esta ley⁷⁰ como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna⁷¹ y, además, es preciso que se devuelva el beneficio indebido obtenido.⁷² En caso de que la persona jurídica no logre que se le exima de responsabilidad penal, la implementación de un programa de integridad podrá ser tenido en cuenta en la graduación de la pena, ya que, conforme a lo dispuesto en el art. 8 de esta ley, para graduar las penas los jueces valorarán,

de buenas intenciones', en la que se expresan los lineamientos éticos generales de la empresa. Así, resulta muy difícil compartir la tesis del legislador de que la existencia de un código de ética es un indicador correcto *per se* de la adecuación del programa de integridad y no así un canal de denuncias o la figura de un oficial de cumplimiento" (p. 135). Pueden verse, en el mismo sentido, entre otros, Carranza y Mansilla (2020, pp. 65-66), González Guerra (2020, pp. 80-81) y Orsi (2021, p. 85). Con arreglo a lo dispuesto en el art. 9, una de las tres circunstancias que tienen que concurrir simultáneamente para que la persona jurídica pueda quedar exenta de responsabilidad consiste en la denuncia de forma espontánea de un delito previsto en esta ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna. Por ello, resulta particularmente llamativo que en el art. 23 la implementación de canales internos de denuncia de irregularidades y de un sistema de investigación interna no sean elementos necesarios del Programa de Integridad. Analizan en detalle el contenido del Programa de Integridad, por ejemplo, Montiel (2018b, pp. 162 y ss.), Navarro (2020, pp. 541 y ss.) y Orsi (2021, pp. 83 y ss.). Véase un estudio del contenido de estos modelos de prevención de la delincuencia en el documento *Lineamientos para la implementación de Programas de Integridad. Ley 27.401. Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas* (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2019a, pp. 19 y ss.). Además, atendiendo a las particularidades que presentan las pequeñas y medianas empresas, ese mismo año la Oficina Anticorrupción proporcionó una *Guía complementaria para la implementación de programas de integridad en PyMEs* (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2019b).

- 70 Como se ha indicado, conforme al art. 1 de esta ley, las personas jurídicas solo pueden responder penalmente por los delitos de cohecho y tráfico de influencias (nacional y transnacional), negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, concusión, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados y balances e informes falsos agravados.
- 71 En la *Guía de Implementación de la Ley N.º 27.401 para Fiscales. Responsabilidad penal de personas jurídicas* por hechos de corrupción se indica que "solamente se perdería la espontaneidad cuando la denuncia se interpone luego de que la persona jurídica toma conocimiento de que existe una investigación formal en marcha por parte de una Fiscalía" (Montiel, 2021, p. 31). Este documento proporciona un análisis detallado de estas tres circunstancias que deben concurrir para que la persona jurídica pueda quedar exenta de responsabilidad (pp. 28 y ss.). Respecto al requisito de la autodenuncia espontánea, véase especialmente Durrieu (2018, pp. 145 y ss.).
- 72 El art. 9 de esta ley dispone que "quedará eximida de pena y responsabilidad administrativa la persona jurídica, cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias...". Por tanto, si concurren simultáneamente las referidas circunstancias, la persona jurídica no solo queda eximida de responsabilidad penal, sino también de responsabilidad administrativa por el delito cometido, lo cual ha sido criticado por algún autor. Así, por ejemplo, Orsi (2021) considera que "la cláusula no resulta apropiada para una norma específicamente orientada al campo penal, y además excesiva: la empresa que comete un delito grave puede tener, en determinados casos, mejores perspectivas que aquella que incurrió en una infracción menor" (p. 71).

entre otras circunstancias, el incumplimiento de reglas y procedimientos internos, la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes, la denuncia espontánea a las autoridades por parte de la persona jurídica como consecuencia de una actividad propia de detección o investigación interna, el comportamiento posterior y la disposición para mitigar o reparar el daño.

3.6 Modelo de atribución de responsabilidad

En Argentina también se discute acerca de cuál es el modelo que se ha adoptado para atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas por los delitos cometidos en su seno. Algún autor considera que la Ley 27401 ha adoptado un modelo de heterorresponsabilidad o vicarial para atribuirles responsabilidad penal a las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus integrantes o terceros si concurren los requisitos previstos en su art. 2. Así, por ejemplo, Orsi (2021) afirma que

el sistema de atribución de responsabilidad fue originalmente pensado desde cierto enfoque general de las relaciones sociales, de notable influencia en el terreno penal: el defecto de organización. Ese motor de ampliación del horizonte punitivo derivó luego en el modelo de responsabilidad vicaria, con la organización como factor de exención y de mensuración de la pena. (pp. 64-66)

Otros autores entienden que rige un modelo de autorresponsabilidad corporativa por “defecto de organización”. Goldman (2018) estima que

la Ley 27.401 se inclina en realidad por un modelo de autorresponsabilidad de la persona jurídica por defecto de organización, en el que el ente ideal es responsable por fallas en el control o supervisión de sus agentes, o por generar un ambiente o cultura organizacional que propicia la comisión de hechos ilícitos. (pp. 433 y ss.)⁷³

No obstante, la mayor parte de la doctrina estima que esta ley ha optado por un sistema mixto, que combina elementos de ambos modelos. En este sentido, Cesano (2018, pp. 131-133) señala que es posible individualizar un fuerte componente en favor de un sistema de responsabilidad autónoma en su art. 6, relativo a la independencia de las acciones penales contra la persona física y la

73 Cabe aclarar que este autor defiende que en esta ley se regula un sistema de sanciones de carácter administrativo.

persona jurídica, así como en su art. 2 cuando requiere que el delito se haya cometido con la “intervención” de la persona jurídica. Dicho ello, advierte que no puede concluirse que, en todos los casos, el sistema de imputación diseñado por esta ley pueda desvincularse del soporte humano de un *hecho de conexión* (art. 2). Además, entiende que en el art. 3 puede observarse un caso de responsabilidad transferida o vicarial en la hipótesis de transformación jurídica de una corporación (pp. 10 y ss.). Por su parte, Montiel (2018a) afirma que, aunque en el tenor literal del art. 2 predominan elementos más asociados al modelo de heterorresponsabilidad, en otros preceptos aparecen elementos propios del modelo de autorresponsabilidad, especialmente en aquellos en los que se plasman las pautas para excluir o atenuar la pena de las personas jurídicas (arts. 8, 9, 22 y 23).⁷⁴

4. Conclusión

Las legislaciones italiana (Decreto Legislativo 231/2001, de 8 de junio), chilena (Ley 20393, de 2 de diciembre de 2009) y española (Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, y Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo) han tenido una gran influencia en las regulaciones peruana y argentina en materia de responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus integrantes. Por ello, es lógico que ambas regulaciones presenten ciertas similitudes. Por ejemplo, en cuanto al ámbito de aplicación de la Ley 30424 (Perú) y de la Ley 27401 (Argentina), ambas se aplican únicamente a aquellas entidades o agrupaciones que poseen personalidad jurídica conforme a la legislación vigente de cada país. Como sucede con carácter general en el derecho comparado, quedan excluidas del ámbito subjetivo de aplicación de estas dos leyes las personas jurídicas públicas. Tanto en Perú como en Argentina, se recoge que una cláusula que impide que las modificaciones societarias que pueda experimentar la persona jurídica le permita eludir la responsabilidad por el delito cometido. En ambos países se establece un sistema de *numerus clausus* de infracciones penales por las que pueden ser condenadas las personas jurídicas. Estas entidades pueden

74 También consideran que se ha adoptado un sistema mixto para atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas, entre otros, Papa (2018, pp. 13-14 y 19), Carrió y Reussi (2018, pp. 40 y 43), Vidal Albarracín (2018, pp. 99 y ss.), Durrieu (2018, pp. 142-143), Zysman Quirós (2018, pp. 318-319), Carranza y Mansilla (2020, pp. 58-59), Alveroni (2020, pp. 13 y ss.), Navarro (2020, pp. 540-542 y 545), Rodríguez Estévez (2020, pp. 910 y ss.) y González Guerra (2022, pp. 175-176). Esta es la postura que también se mantiene en la *Guía de Implementación de la Ley N.º 27.401 para Fiscales. Responsabilidad penal de personas jurídicas por hechos de corrupción* (Montiel, 2021, pp. 11-12).

responder por un mayor número de delitos en Perú, sobre todo tras la modificación de la Ley 30424 en el año 2023.

Las personas jurídicas pueden responder no solo por los delitos cometidos por sus dirigentes o altos cargos, sino también por aquellas infracciones penales en las que incurran sus empleados o trabajadores subordinados si se cumplen ciertos requisitos (delitos cometidos en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en su beneficio, directo o indirecto, en Perú, y delitos realizados, directa o indirectamente, con intervención de la persona jurídica o en su nombre, interés o beneficio, en Argentina). En Argentina, las personas jurídicas también pueden ser condenadas por los delitos cometidos por terceros que carecen de capacidad de representación, siempre y cuando hayan actuado en beneficio o interés de la persona jurídica y esta hubiese ratificado la gestión, aunque fuera de manera tácita.

En estos dos países se concede relevancia en el enjuiciamiento de la persona jurídica al hecho de que se haya implementado y ejecutado eficazmente en esta un adecuado modelo de prevención de delitos (*compliance program*). En Perú, la persona jurídica puede quedar exenta de responsabilidad administrativa si adopta e implementa en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los delitos mencionados en el art. 1 de la Ley 30424 o para reducir significativamente el riesgo de su comisión. No obstante, a diferencia de lo que sucede en Argentina, la implementación y ejecución eficaz de un *compliance program* no permite eximir de responsabilidad a la entidad cuando el delito ha sido cometido por uno de sus dirigentes o altos cargos. En estos casos, la adopción de medidas de prevención de la delincuencia solo permitirá reducir el importe de la multa que se impondrá, siendo esta la única medida administrativa aplicable.

En Argentina, para que la persona jurídica pueda quedar exenta de responsabilidad penal (y administrativa) por el delito cometido en su seno, la Ley 27401 no exige solamente la implementación de un *compliance program* —en concreto, la implementación de un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los artículos 22 y 23 de esta ley— con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación habría exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito, sino que también es necesario que la persona jurídica espontáneamente haya denunciado un delito previsto en esta ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna y que

hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido. Como aspecto que diferencia notablemente a la regulación peruana en esta materia de otras legislaciones, cabe destacar que en este país, si la persona jurídica alega contar con un modelo de prevención, para poder formalizar la investigación preparatoria la fiscalía debe solicitar un informe técnico de la Superintendencia del Mercado de Valores que analice la implementación y funcionamiento del modelo de prevención con relación al delito imputado a la persona física, teniendo este informe técnico la condición de pericia institucional. En caso de que la persona jurídica no logre que se le exima de responsabilidad, tanto en Perú como en Argentina la implementación de un adecuado *compliance program* podrá permitir que se atenúe la medida administrativa o la pena, respectivamente, que se le impondrá por el delito cometido por uno de sus integrantes.

La principal diferencia entre las regulaciones peruana y argentina reside en la propia naturaleza jurídica de esta responsabilidad corporativa. En Argentina, el legislador ha optado por atribuirles responsabilidad penal a las personas jurídicas, siguiendo la tendencia imperante en el derecho comparado, y la mayor parte de la doctrina reconoce que se ha abandonado en este país el principio *societas delinquere non potest*.⁷⁵ En cambio, en Perú se ha regulado un régimen de responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus dirigentes y empleados. No obstante, al igual que sucede en Italia, la mayoría de autores consideran que el legislador ha incurrido en un “fraude de etiquetas”, puesto que se trataría realmente se una responsabilidad de naturaleza penal o, al menos, de naturaleza cuasipenal o administrativo-penal.

Aunque en estos países el *nomen iuris* que utiliza el legislador para denominar a las reacciones jurídicas que se prevén para hacerle frente a la criminalidad corporativa es distinto, las penas que se les imponen a las personas jurídicas en Argentina no difieren demasiado de las medidas administrativas que se aplican en Perú.

75 Se debe aclarar que el principio *societas delinquere non potest* o, expresado también de otro modo, *universitas delinquere nequit*, no es tan antiguo como podría parecer, ya que, en realidad, su formulación no puede remontarse más allá del siglo XVIII o de la primera mitad del siglo XIX, habiendo dominado en los siglos precedentes la idea opuesta *universitas delinquere et puniri potest*. Puede verse, al respecto, Menéndez Conca (2021, pp. 93 y ss.).

Bibliografía

- Abanto Vásquez, M. A. (2018). Responsabilidad penal de las personas jurídicas en Perú: ¿mito o realidad? *Revista Peruana de Ciencias Penales*, (32), 19-57.
- Aboso, G. E. y Abraldes, S. F. (2001). *Responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho penal*. BdeF.
- Alpaca Pérez, A. (2022). Apuntes sobre la responsabilidad (objetiva y por el hecho de otro) de la persona jurídica por los delitos cometidos por personas naturales integradas en su estructura. El caso peruano. *Nuevo Foro Penal*, (99), 53-101.
- Alveroni, A. M. (2020). La responsabilidad de la persona jurídica. Un análisis de derecho comparado entre la legislación argentina y española. En Cesano, J. D. (Dir.), *Cuaderno de Derecho Comparado* (Tomo III, pp. 9-23). IJ Editores.
- Atahuamán Páucar, J. (2018). El desarrollo de los componentes del modelo de prevención para sujetos no obligados: de acuerdo con la Ley 30424. *Advocatus*, (37), 153-161.
- Baigún, D. (2000). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*. Depalma.
- Balmaceda Quirós, J. (2017). Las personas jurídicas y su responsabilidad “administrativa” autónoma para los delitos de corrupción y lavado de activos visto desde el Decreto Legislativo N.º 1352. *Actualidad Penal*, (33), 15-36.
- Bauzá, R. P. (2018). *Liberté, Egalité... et Transparence: la Ley Sapin II y la ley 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. En Durrieu, N. y Saccani, R. R. (Dirs.), *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria* (pp. 435-444). La Ley.
- Berruezo, R. (2018). *Responsabilidad penal en la estructura de la empresa. Imputación jurídico-penal en base a roles*. BdeF.
- Caro Coria, D. C. (2017). *Sobre la llamada responsabilidad “administrativa” de las personas jurídicas*. Asociación Internacional de Compliance. <https://acompliancepe.com/documento/sobre-la-llamada-responsabilidad-administrativa-de-las-personas-juridicas/>.
- Caro Coria, D. C. (2019). La responsabilidad de las personas jurídicas en el Perú y los *criminal compliance programs* como atenuantes y eximentes de la responsabilidad de la persona jurídica. En Gómez Colomer, J. L. (Dir.), *Tratado sobre Compliance penal: Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión* (pp. 1259-1310). Tirant lo Blanch.
- Caro Coria, D. C. y Reyna Alfaro, L. M. (2016). *Derecho Penal Económico. Parte General* (Tomo I). Jurista Editores.
- Caro Coria, D. C. y Ruiz Baltazar, C. E. (2023). La contrarreforma de la ley de responsabilidad penal de la persona jurídica (Perú). *La Ley Compliance Penal* (14).
- Caro John, J. A. y Reaño Peschiera, J. L. (2022). Responsabilidad penal de la empresa y *criminal compliance*. Aspectos sustantivos y procesales. *Forseti. Revista de Derecho*, 11(15), 9-49.
- Carranza, C. F. y Mansilla, M. M. (2020). La responsabilidad penal de la persona jurídica en la Ley N.º 27.401 y el proyecto del Nuevo Código Penal argentino. Un análisis de derecho comparado con la legislación chilena. En Cesano, J. D. (Dir.), *Cuaderno de Derecho Comparado* (Tomo III, pp. 53-74). IJ Editores.
- Carrió, A. y Reussi, M. (2018). La responsabilidad penal de la persona jurídica. Una norma fundamental que deja más dudas que certezas. En Durrieu, N. y Saccani, R. R. (Dirs.), *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria* (pp. 39-52). La Ley.

- Carrión Díaz, J. E. (2020). ¿Responsabilidad penal o administrativa de la persona jurídica?: algunos alcances a partir de la Ley N.º 30424. *Ius Inkarri. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*, (9), 269-284.
- Carrión Zenteno, A. (2021). Responsabilidad penal de la persona jurídica y corrupción: La Ley 30424 entendida desde la teoría de las normas. En Ambos, K., Malarino, E. y Fuchs, M. C. (Eds.), *Corrupción y Derecho penal: prevención, investigación y sanción. Estudio comparado* (pp. 201-218). Tirant lo Blanch.
- Cesano, J. D. (1998). *En torno a la denominada responsabilidad penal de la persona jurídica*. Alveroni Ediciones.
- Cesano, J. D. (2018). La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reciente reforma legislativa argentina. Algunas cuestiones dogmáticas y político criminales de la Ley N.º 27.401. *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad: REEPS*, (2), 1-17.
- Cesano, J. D. (2020). La Ley de Responsabilidad Penal Empresaria de la República Argentina (27.401) y la Responsabilidad de la Persona Jurídica. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 73(1), 779-809.
- Cesano, J. D. y Fortete, C. (2012). *Problemas actuales de Derecho penal económico (aspectos sustantivos y procesales)*. Leyes 26.683, 26.733 y 26.734. Lerner.
- Ceserani, L. (2021). Una visión del *Public compliance* en Argentina, tratando de seguir el modelo español. *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, (26), 16-55.
- Crocioni, F. J. (2018). Aproximación teórica al acuerdo de colaboración eficaz. En Durrieu, N. y Saccani, R. R. (Dir.), *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria* (pp. 155-176). La Ley.
- Donna, E. A. (2019). *Compliance* y la persona jurídica en el Derecho Penal argentino. En Gómez Colomer, J. L. (Dir.), *Tratado sobre Compliance penal: Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión* (pp. 1371-1402). Tirant lo Blanch.
- Durrieu, N. (2018). La autodenuncia y otras exenciones de pena. En Durrieu, N. y Saccani, R. R. (Dir.), *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria* (pp. 141-153). La Ley.
- Espinoza Bonifaz, R. (2017). El programa de cumplimiento como objeto de prueba en el proceso penal contra la persona jurídica. *Vox Juris*, 34(2), 47-57.
- Félix Acosta, F. J. (2021). El *compliance* en la normativa peruana. En De Lacerda da Costa Pinto, F., Lledó Benito, I. y Pereira Coutinho, F. (Dir.), *Compliance y lucha contra la corrupción en España, Portugal e Iberoamérica* (pp. 429-443). Dykinson.
- Fernández Díaz, C. R. y Chanjan Documet, R. H. (2016). La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un estudio comparado entre España y el Perú. *Derecho PUCP*, (77), 349-379.
- Fontán Balestra, C. (1998). *Derecho Penal. Introducción y Parte General*. Abeledo-Perrot.
- García Cavero, P. (2008). *La persona jurídica en el Derecho Penal*. Grijley.
- García Cavero, P. (2016). Sanciones penales para las personas jurídicas. En Hurtado Pozo, J. (Dir.), *Problemas actuales de política criminal. Anuario de Derecho Penal 2015-2016* (pp. 161-179). Pontificia Universidad Católica del Perú.
- García Cavero, P. (2020). Cuestiones básicas sobre la prueba del *criminal compliance* en el proceso penal. *La Ley Compliance Penal*, (3).
- García Vitor, E. (1994). *Planteos Penales*. Universidad Nacional del Litoral.
- Goldman, D. H. (2018). Naturaleza jurídica y sentido económico de la responsabilidad “penal”

- de las personas jurídicas en Argentina. Reflexiones en relación a la Ley N.º 27.401. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 68(272), 423-455.
- González Guerra, C. M. (2020). *Criminal Compliance* en la legislación argentina. Algunas reflexiones sobre el proceso de reforma y las Investigaciones Internas en las empresas. *Ita Ius Esto*, (15), 69-90.
- González Guerra, C. M. (2022). El *Criminal Compliance* en el Derecho argentino. Algunas reflexiones sobre la Ley 27.401, los Lineamientos para la implementación de los Programas de Integridad y el Registro de Integridad y transparencia para empresas y entidades (RITE). En Gómez Martín, V., Bolea Bardón, C., Gallego Soler, J. I., Hortal Ibarra, J. C. y Joshi Jubert, U. (Dir.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo* (pp. 169-182). Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Hurtado Pozo, J. y Meini Méndez, I. (2001). Las personas jurídicas frente al Derecho penal peruano. En Hurtado Pozo, J., Del Rosal Blasco, B. y Simons Vallejo, R. (Dir.), *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada* (pp. 73-107). Tirant lo Blanch.
- Márquez Cisneros, R. (2018). Deber de Vigilancia y Programas de Cumplimiento. *Advocatus*, (37), 63-76.
- Martínez, D. H. (2018). La evaluación de los programas de integridad. La posible interpretación y aplicación de los arts. 22 y 23 de la ley 27.401 en el ámbito del proceso penal. En Durrieu, N. y Sacconi, R. R. (Dir.), *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresarial* (pp. 287-301). La Ley.
- Martínez Miltos, L. (1956). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. América-Sapucaí.
- Matos Moncada, J. A. (2022). Separación de imputaciones y proceso penal de las personas jurídicas. Una crítica a su errónea aplicación en el proceso penal peruano. *Revista Pensamiento Penal*, (447), 1-14.
- Menéndez Conca, L. G. (2021). Antecedentes históricos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Ratio Juris*, 16(32), 93-116.
- Millán Gutiérrez, I. y Castro Lora, A. (2018). Apuntes de análisis comparativo de la legislación chilena y peruana en materia de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. *Advocatus*, (37), 121-133.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2019a). *Lineamientos para la implementación de Programas de Integridad. Ley 27.401. Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas*. Oficina Anticorrupción. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/lineamientos_para_la_implementacion.pdf.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2019b). *Guía complementaria para la implementación de programas de integridad en PyMEs*. Oficina Anticorrupción. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/guia_pymes.pdf.
- Montiel, J. P. (2018a). Apuntes sobre el nuevo régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho argentino. *En Letra: Derecho Penal*, (6), 124-150.
- Montiel, J. P. (2018b). Ley 27.401 y criterios para determinar la idoneidad de los programas de integridad. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, (32), 159-177.
- Montiel, J. P. (2019). Cuestiones problemáticas de la sucesión de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho argentino. *En Letra: Derecho Penal*, (9), 78-102.
- Montiel, J. P. (Dir.). (2021). *Guía de implementación de la Ley N.º 27.401 para fiscales*. Respon-

- sabilidad penal de personas jurídicas por hechos de corrupción en Argentina. Centro Virtual de Investigación Aplicada en Derecho Penal. <https://www.mpfchubut.gov.ar/images/pdf/guia-implementacion-ley-27401.pdf>.
- Montiel, J. P. y Seitún, D. (2020). ¿Qué tan en serio se toma la jurisprudencia argentina los modelos de atribución de responsabilidad penal de personas jurídicas? Un comentario al fallo “Expreso San Isidro” de la Cámara Nacional en lo Penal Económico. *La Ley Compliance Penal*, (3).
- Navarro, N. R. (2020). Responsabilidad penal de la persona jurídica: lineamientos para la exención de la pena. *Estudios de Derecho Empresario*, 21, 535-558.
- Nino, C. S. (1980). *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*. Astrea.
- Niño, L. F. (2019). La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la República Argentina. En Medina Cuenca, A. (Coord.), *Perspectiva multidimensional del conflicto penal: de la política criminal a la concreción normativa “la línea invisible”*. Libro Homenaje a la Profesora Dra. María Acale Sánchez (pp. 524-540). UNIJURIS.
- Orce, G. (2003). Responsabilidad penal de las personas jurídicas. En Montealegre Lynett, E. (Dir.), *El funcionalismo en Derecho penal: Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs* (Tomo II, pp. 367-387). Universidad Externado de Colombia.
- Orsi, O. G. (2021). Argentina. En Rodríguez García, N. (Dir.), *Tratado angloiberoamericano sobre compliance penal* (pp. 59-99). Tirant lo Blanch.
- Palomino Campomanes, D. P. (2023). Los principios penales aplicados a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Perú, a propósito de la Ley N.º 31740. *Revista Científica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas - UNNE*, 2(2), 1-20.
- Palomino Ramírez, W. y Madrid Valerio, C. (2021). Análisis crítico de las reglas procesales existentes para determinar la responsabilidad penal de las personas jurídicas a la luz de la Ley N.º 30424. *Ius Verum. Revista de Derecho*, (1), 23-44.
- Papa, R. G. (2018). Los pilares y elementos estructurales de la ley 27.401. En Durrieu, N. y Sacconi, R. R. (Dir.), *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria* (pp. 9-19). La Ley.
- Prado, C. (2019). Cuestiones procesales de la imputación penal a las personas jurídicas, a propósito de la Ley 27.401. *Cuadernos de Derecho Penal*, (5), 79-92.
- Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción. (2019). *La responsabilidad de la persona jurídica en los delitos de Corrupción*. <https://bit.ly/4bz2Fsm>.
- Reyna Alfaro, L. M. (2018). Implementación de los *Compliance Programs* y sus efectos de exclusión o atenuación de responsabilidad penal de los sujetos obligados. Actualidad a partir de la Ley 30424, el Decreto Legislativo 1352 y el Proyecto de Reglamento de la Ley 30424. *Advocatus*, (37), 29-49.
- Righi, E. (1991). *Derecho penal económico comparado*. Ed. Revista de Derecho Privado.
- Ríos Patio, G. (2018). El criminólogo en la empresa. *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, (20), 26-46.
- Rodríguez Estévez, J. M. (2020). Exigibilidad y reproche penal para la empresa en la Argentina. *Revista Criminalia*, 87, 895-921.
- Rusconi, M. A. (1995). Persona jurídica y sistema penal: ¿hacia un nuevo modelo de imputación? En Maier, J. B. J. y Binder, A. M. (Comps.), *El Derecho penal hoy. Homenaje al Profesor David Baigún* (pp. 69-89). Editores del Puerto.

- Sánchez Cateriano, M. P. (2018). Consideraciones sobre la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas conforme al marco normativo peruano. *Advocatus*, (37), 83-89.
- Sarrabayrouse, E. C. (2014). La evolución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la Argentina. Balance y perspectivas. En Palma Herrera, J. M. (Dir.), *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica* (pp. 331-376). Dykinson.
- Soler, S. (1992). *Derecho penal argentino* (Tomo I). TEA.
- Sota Sánchez, P. A. (2021). *Due diligence de compliance* penal en operaciones de M&A como criterio para evitar la transferencia automática de responsabilidad penal a la persona jurídica adquirente o resultante, en el marco de la Ley N.º 30424. *Ius Inkarrí*, 10(10), 43-88.
- Spolansky, N. E. (2008). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. En García Valdés, C., Valle Mariscal de Gante, M., Cuerda Riezu, A. R., Martínez Escamilla, M. y Alcácer Guirao, R. (Coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat* (Tomo II, pp. 1631-1646). Edisofer.
- Superintendencia del Mercado de Valores (2021). *Lineamientos para la implementación y funcionamiento del modelo de prevención*. <https://bit.ly/3W7K2qO>.
- Vidal Albarracín, G. (2018). La responsabilidad penal de la persona jurídica por hechos de corrupción de terceros: el caso del despachante de aduana. En Durrieu, N. y Saccani, R. R. (Dirs.), *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresarial* (pp. 99-104). La Ley.
- Zaffaroni, E. R. (1981). *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (Tomo III). Ediar.
- Zúñiga Díaz, G. y Vilca Ravelo, L. E. (2020). La implementación de un programa de cumplimiento efectivo como eximente o atenuante de responsabilidad por infracciones administrativas. *Revista Derecho & Sociedad*, (54), 397-412.
- Zúñiga Rodríguez, L. (2009). Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas del art. 105 CP, a más de 15 años de su vigencia. En Hurtado Pozo, J. (Dir.), *Problemas fundamentales de la Parte General del Código Penal* (pp. 473-508). Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Zysman Quirós, D. (2018). *Compliance*, responsabilidad y castigo a las personas jurídicas. Breve genealogía de las reformas a partir de las US Sentencing Guidelines para corporaciones. *Ius Puniendi: Sistema Penal Integral*, (6), 309-333.

LOS DELITOS DE COLUSIÓN Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE SEGÚN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PERUANA: CUATRO CUESTIONES DOGMÁTICAS EN DISCUSIÓN

Ronald Vilchez Chinchayán

Universidad de Piura

ronald.vilchez@udep.edu.pe

Recibido: 27/03/2024

Aceptado: 21/04/2024

Resumen

Los actos de corrupción dentro del marco de la contratación pública, sin importar las condiciones, afectan por igual a todos: tanto a los ciudadanos como a la propia Administración pública. Si lo que se pretende es continuar con la represión a través del derecho penal, su puesta en marcha no debe pasar solo por un aumento de penas o la implementación de nuevas medidas de sanción, sino más bien por la revisión de aquellos elementos que inciden especialmente en la configuración de los tipos penales. Esto es lo que ha resaltado la Corte Suprema de Justicia en recientes fallos sobre los delitos de negociación incompatible y colusión, aunque no sin cierta controversia. Aprovechando este escenario, se propone volver la mirada sobre cuatro aspectos fundamentales sobre esos delitos que afectan a la administración pública: bien jurídico protegido, clasificación como delitos de peligro, posibilidad de la responsabilidad en comisión por omisión y la intervención delictiva.

Palabras clave: funcionario público, corrupción, gestión, delito, peligro, delegación.

The Collusion and Incompatible Negotiation Offenses According to the Peruvian Supreme Court of Justice: Four Dogmatic Topics Under Discussion

Abstract

Acts of public corruption affect everyone equally, regardless of the conditions: both citizens and the public administration itself. If what is intended is to continue with repression through criminal law, its implementation should not only involve an increase in penalties or the

implementation of new ones, but rather a review of those elements that especially affect the configuration of these offenses. This is what the Supreme Court of Justice has highlighted in incompatible negotiation and collusion offenses, although not without some controversy. Against this backdrop, a proposal is made to focus on four essential topics of offenses against the public administration: the legal interest protected, classification as endangerment offenses, possibility of liability in commission by omission, and criminal intervention.

Key words: public officer, corruption, management, offense, danger, delegation.

1. Introducción

Pese a que la referencia a la corrupción, incluso dentro de un estudio científico, suele generar desasosiego —por el gran perjuicio y repetición de las conductas— y, hasta cierto punto, hartazgo —parece que esto es de nunca acabar—, lo cierto es que no siempre son todas malas noticias. Y esto se debe básicamente a que frente a un gran desafío, también grandes son los esfuerzos por superarlos. Es en esta línea en la que se ubica el desarrollo práctico y doctrinal que se viene dando, en estos últimos años, dentro del tratamiento de los delitos contra la Administración pública. No son pocos los fallos de la Corte Suprema peruana, por ejemplo, en los que se han ido solucionando problemas de este grupo de delitos que van desde cuestiones de configuración específica (parte especial) hasta asuntos que inciden en la teoría del delito (parte general). También, por parte de la doctrina, se han publicado distintos trabajos que abordan cuestiones realmente muy interesantes y valiosas (como muestra de esto, puedo señalar los de Guimaray Mori (2021, *passim*) y Núñez Seminario y Caballero Zavala (2024, *passim*)). Sin embargo, en este contexto llaman la atención algunas singularidades que presentan los delitos de gestión (Vélchez Chinchayán, 2021, pp. 197-201), cuyo esquema y desarrollo ya ha sido empleado, por ejemplo, en Corte Suprema, Casación N° 468-2019-Lima, de 25 de noviembre de 2021 y, de modo más específico, los delitos de negociación incompatible y colusión.

Por eso, en este trabajo propongo analizar cuatro temas sobre la base de cuatro sentencias de la Corte Suprema expedidas en 2023 y lo que llevamos de 2024, con la finalidad de volver sobre conceptos, figuras y establecer precisiones al respecto. Específicamente, sobre los argumentos expuestos por la Corte Suprema, Casación N° 1877-2021-Lima, de 19 de diciembre de 2023, deseo volver sobre la problemática alrededor del bien jurídico protegido en los tipos contra la Administración pública, deteniéndome en un detalle concreto (apartado 2) y revisaré la calificación como delitos de peligro (apartado 3). A propósito de las sentencias de la Corte Suprema, Casaciones N° 2587-2021-

Lima Norte, de 26 de abril de 2023 y Nº 3490-2022-Arequipa, de 5 de enero de 2024, abordaré la discusión sobre la comisión por omisión en la colusión (apartado 4). Finalmente, sobre la sentencia de la Corte Suprema, Casación Nº 1584-2021-Callao, de 30 de marzo de 2023, me referiré a la intervención delictiva en el delito de negociación incompatible (apartado 5). Se culminará este trabajo con la presentación de las conclusiones (apartado 6).

2. Bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración pública: ¿el correcto funcionamiento?

En el fundamento jurídico 13 de la Casación Nº 1877-2021-Lima, la Corte Suprema sostiene —siguiendo una amplia línea jurisprudencial— que el bien jurídico protegido en esta clase de delitos es el correcto funcionamiento de la Administración pública. Esto no solo es aceptado por los tribunales, sino también por la doctrina (por ejemplo, con mayores referencias Salinas Siccha (2019, p. 6)), aunque suele complementarse —con mayor o menor fortuna— afirmando que en cada delito hay un “bien jurídico específico” que termina afectado. En mi opinión, la mera referencia al correcto funcionamiento de la Administración pública, si bien tiene un uso frecuente, no por eso convence o es suficiente. Aunque de este asunto ya se ha ocupado la doctrina (Vilchez Chinchayán, 2021, pp. 67-76), me parece conveniente volver a enfatizar un aspecto concreto.

Pienso que no es adecuado el punto de partida que entiende que la Administración pública (o su correcto funcionamiento) es una entidad (objeto) material y que se debe proteger como se hace tradicionalmente con la vida o la integridad física. En este mismo enfoque, creo que tampoco es idónea esa complementación del bien jurídico genérico con el bien específico, no solo porque revela que no se sabe bien qué está en juego, sino porque, tal como está planteada hoy en día, no brinda mayores criterios de delimitación¹ ni de interpretación (si no está determinado por qué se activa el derecho penal, no se sabrá qué se puede hacer ni cómo).

Frente a los puntos que he expuesto, un sector doctrinal podría responder que todo esto es así porque no estamos frente a un bien jurídico “personalí-

1 No se comprende —más allá de una mera decisión legislativa—, por ejemplo, por qué delitos con configuraciones muy particulares que están ubicados en distintas secciones del Código Penal peruano terminan protegiendo el mismo bien jurídico específico. Esto es lo que sucede en el caso del delito de concusión (art. 382), ubicado en la sección 1ª. del capítulo II del Título XVIII, y en el delito de cohecho (art. 393), ubicado en la sección 4ª. del capítulo II del mismo título).

simo”, sino a uno “supraindividual” que exige que se adapte todo a la nueva situación o contexto. La cuestión, sin embargo, no pasa solo por advertir que se trata de un bien jurídico supraindividual o por definirlo, sino por recordar que la puesta en marcha del derecho penal no se hace para proteger un objeto o una cosa (Jakobs, 2012, p. 26), sino para mantener/devolver la vigencia normativa de una expectativa de comportamiento.² En consecuencia con lo expuesto, la referencia al (correcto) funcionamiento de la Administración pública —si es que se quiere mantener esa nomenclatura arraigada y utilizada por la doctrina hispanohablante—, debería partir del reconocimiento como una “condición imprescindible para el ejercicio de distintos derechos y para la satisfacción de una serie de necesidades sociales” (Guimaray Mori, 2021, p. 107) y, como consecuencia, penalmente protegible en tanto forma parte de la identidad normativa de la sociedad. Estoy convencido de que el reconocimiento de la vinculación que se genera entre la institución (Administración pública) y los funcionarios es la base para la puesta en marcha del derecho penal.³ A partir de aquí, y junto con los contextos de prevalimiento y de desobediencia que se propone en la doctrina (Vilchez Chinchayán, 2021, pp. 195 y ss.), pueden superarse los escollos de falta de delimitación y contar con criterios de interpretación.

Con esta precisión respecto al bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración pública, a continuación se dará cuenta de la clasificación como delitos de peligro que reciben la mayoría de los tipos previstos en el Título XVIII del Código Penal peruano (CP): delitos contra la Administración pública, incluidos la negociación incompatible y la colusión.

3. ¿Importa que un delito contra la Administración pública se clasifique como de peligro abstracto o concreto?

Esta pregunta con la que inicio el presente apartado es una que suele encontrarse muchas veces en los trabajos que abordan la materia sobre la anticipación penal.⁴ No puedo negar que esa pregunta volvió a aparecer al profundizar en el estudio de los delitos contra la Administración pública, en tanto no son pocos los que se catalogan como de peligro.

Antes de continuar con el desarrollo de ese punto, es conveniente realizar la

2 Postura ampliamente desarrollada en Perú, por ejemplo, por García Cavero (2019, p. 97).

3 En este sentido, entiendo que se puede ubicar parcialmente el planteamiento de Vásquez-Portomeñe Seijas (2003, pp. 390-391) y su plano procedimental como bien jurídico protegido.

4 Véase, por ejemplo, Vilchez Chinchayán (2018, *passim*).

siguiente precisión. El modelo clásico de intervención y sanción penal ha sido el de la realización de una conducta ilícita y que esta produzca un resultado prohibido. Sin embargo, ese modelo ha ido perdiendo protagonismo ante otro donde se hace posible la sanción con la sola realización de la conducta delictiva (contribuyendo a que el derecho penal adelante su puesta en marcha). Hasta aquí existe acuerdo en la doctrina, pero no en lo concerniente a la manifestación y subclasificación que esta anticipación penal ha traído consigo (Vílchez Chinchayán, 2018, pp. 49-84). Aquí quiero analizar cómo ese segundo modelo ha ido “conquistando territorio”. Concretamente, el grupo de los delitos contra la Administración pública ha sido un espacio que ha ido admitiendo cada vez más la anticipación penal. Esto no sorprende en tanto, en la actualidad, los Estados orientan sus esfuerzos a combatir la corrupción pública utilizando tal recurso de adelantamiento. Sin embargo, sí se ha convertido en un espacio que, en no pocas ocasiones, con la excusa de ser un delito de peligro o, en general, de una forma de intervención penal anticipada, se le atribuyan —tanto por los tribunales como por los autores— ciertas características controvertidas. Así, por ejemplo, en la Cas. N° 1877-2021-Lima se afirma que:

[El delito de negociación incompatible] es uno de peligro abstracto; es decir, el comportamiento descrito en el tipo penal denota una conducta cuya realización, se presume, crea un peligro para el bien jurídico; se sanciona un comportamiento por una valoración ex ante, en cuya virtud el legislador presume, sin prueba en contrario, que la consecuencia de la conducta típica es la afectación del bien jurídico. (f.j. 7)

En este escenario puede verse la dificultad para determinar los límites y características de los delitos de peligro en el contexto del “ataque” a la Administración pública. Dicha dificultad se acentúa no solo por las peculiaridades propias de la redacción legal en un código penal, sino principalmente porque el enfoque doctrinal y de los tribunales que suele acompañar al análisis de los delitos de peligro se concentra —en no pocas ocasiones— en clasificarlos como de peligro concreto o abstracto (o cualquier variante, dentro de esta escala, que se estime conveniente.⁵ Todo esto no tendría ningún inconveniente si no fuera porque dicho ejercicio, en algunos casos, no presenta un desarrollo claro, o sí, pero mínimamente y casi siempre incompleto; en otros casos, no encuentra

5 Basta señalar, por ejemplo, la propuesta de Zieschang (1998, pp. 197 y ss.) o también la sugerente clasificación de Wohlers (2000, pp. 281 y ss.). En nuestro idioma pueden consultarse, con mayores referencias, los trabajos de Mendoza Buergo (2001), Vargas Pinto (2007) y Vílchez Chinchayán (2018).

ni conexión ni repercusión (incluso, ni coherencia) con los argumentos posteriormente presentados que sirven para subsumir los hechos como un delito de peligro contra la Administración pública. Finalmente, no faltan desarrollos que emplean esquemas antiguos ya superados o se asumen no pocas licencias en su configuración. Lamentablemente, esto no parece preocupar ni ser impopular en tanto toda la puesta en marcha del aparato punitivo estatal termine en un castigo penal. La situación, sin embargo, es preocupante, ya que se está poniendo en juego la libertad de una persona. Como no se trata de activar al derecho penal de cualquier forma, se hace necesario volver a revisar la relación con los delitos de peligro y su adaptación al subsistema de los delitos contra la Administración pública.

Hasta aquí, todo lo que se ha señalado en este apartado podría parecerle al lector solo una cuestión doctrinal “sin importancia”, sin embargo, sí la tiene y con mucho peso. Esto, esencialmente porque la Corte Suprema peruana asume la —cuestionada— clasificación dual de los delitos de peligro abstracto y concreto y todo el esquema doctrinal que lleva consigo. Así, por ejemplo, se clasifican como tales la concusión, la colusión “simple” prevista en el art. 384.I (según la Casación N° 661-2016-Piura y la Casación N° 2587-2021-Lima Norte; con matices: la Casación N° 1648-2019-Moquegua), la negociación incompatible, los cohechos y el tráfico de influencias, entre otros. Lo interesante, si cabe, es que los tribunales han ido variando —en no pocas ocasiones— la calificación de los delitos de peligro, pasando de clasificarlos como concretos a abstractos y viceversa. Dicha variación no solo ha significado un relajamiento probatorio, sino también alteraciones en la esencia típica. Todo esto se ha dado principalmente en los delitos de gestión de negociación incompatible y colusión, generando así un escenario propicio para ser visitado.

No desconozco que han sido muchas las líneas que se han desarrollado para superar el binomio de los delitos de peligro y que, pese a todo, ese modelo tradicional vuelve a flote. Precisamente por eso pienso que un enfoque sobre el asunto es necesario, concretando en el grupo de delitos que ahora analizo.

Partiendo de la base de la clasificación de los delitos contra la Administración pública que se presentó un tiempo atrás (Vélchez Chinchayán, 2021, pp. 191-209) —a saber: delitos de abuso (que sancionan conductas de prevalimiento), de gestión y de oportunidad (que sancionan ambas conductas de desobediencia)— y de la revisión de los delitos de peligro que también he analizado,⁶

6 Cuyo resultado fue la propuesta de dos modelos: anticipación y vinculación, de los cuales se derivan los delitos de puesta en peligro y elusión, para el primer modelo, y de desvinculación, para el segun-

creo que existen suficientes elementos para proponer una interpretación coherente y una aplicación que permita no solo tomar en cuenta los conceptos tanto de los delitos de peligro como de los delitos contra la Administración pública, sino también que dé lugar a la predictibilidad del sistema penal (como se propone, por ejemplo, en el caso de la imprescriptibilidad.⁷ En esa línea, estimo conveniente iniciar el análisis rompiendo un paradigma: la Administración pública no se puede poner en peligro.

Si nos remitimos únicamente al peligro, éste se entiende como la probabilidad de lesión.⁸ Y a esta última figura le ha acompañado el sentido de alteración, de destrucción, de menoscabo, de cambio físico (por eso existe peligro para la vida y se castiga, por ejemplo, como un delito la conducción en estado de ebriedad). Si relacionamos ese concepto con el ataque a la Administración pública, no parece adecuado referirse ni a una lesión ni a una puesta en peligro. Si tomamos como válida esta proposición, habría que emplear un término específico y exacto que sirva para describir la esencia del ataque a la Administración pública. En otras palabras, que permita medir la conducta no (solo) en términos cuantitativos, sino (también) cualitativos.

Hace un tiempo atrás se propuso que el término sea “desvinculación” (Vilchez, 2018, p. 243). Trasladando esta figura al contexto de los delitos contra la Administración pública, propongo entender la *desvinculación* como un juicio de constatación sobre conductas que generan un desequilibrio, en tanto representan una forma de neoinstitucionalización porque contradicen precisamente los roles especiales que surgen por una institución social elemental (como es la Administración pública), que relaciona de una manera especial a una persona (a un funcionario público o a un ciudadano con un encargo por parte de la Administración) con otra o con una situación especialmente deseable (que cumpla con sus funciones públicas). De un modo más específico, puedo señalar que se castiga entonces a aquel funcionario que, a través de una conducta de prevalimiento (como la del abuso de autoridad o la concusión) o de desobediencia (como la de colusión o negociación incompatible), manifiesta así un comportamiento que va en contra de aquellas relaciones institucionalizadas básicas para el funcionamiento de la sociedad. Así, se protege una institución cuya desprotección penal daría lugar a reacciones disfuncionales (Vilchez, 2018, p.

do (Vilchez Chinchayán, 2018, pp. 199 y ss.).

7 Al respecto, se puede revisar Vilchez Chinchayán (2023, pp. 129 y ss.).

8 Con mayores precisiones, véase, por ejemplo, Mendoza Buergo (2001, pp. 25 y ss.).

252) en tanto la Administración pública es un instrumento al servicio de los ciudadanos (Ortiz de Urbina, 2021, p. 374). Cuando la sanción recae sobre el ciudadano que, por ejemplo, estorba o usurpa una función pública, el castigo también supone “preservar el necesario respeto que el administrado debe guardar por la función que [el funcionario] está desempeñando [en cumplimiento de sus competencias públicas]” (Villada, 2019, pp. 7-8). Con el castigo penal, se devolvería la vigencia a esa expectativa normativa defraudada, castigando al ciudadano que pone en entredicho la actuación estatal de ese funcionario público que lleva el encargo de la Administración pública.

En este orden de ideas, la puesta en marcha del derecho penal no se da porque haya una destrucción o una puesta en peligro de la Administración pública (aunque no se niega ni se descarta la relevancia que, por la configuración o formulación del propio tipo penal, pueda tener la realización de un perjuicio concreto, como sucede, por ejemplo, al patrimonio estatal), sino por el cuestionamiento que genera ese funcionario público —en lo que aquí interesa, por ahora— al no cumplir con una prestación derivada de sus deberes positivos especiales (genéricos: dar órdenes, dirigir; o específicos: intervenir en la contratación pública, administrar bienes públicos) que tienen relación con el mantenimiento de esa institución que se encuentra preformada, consolidada (no está sometida a la libre configuración que cada individuo le quiera dar) y es “vital para la interrelación entre el Estado y la sociedad” (Villada, 2019, p. 17).

Con la precisión anterior, debe también ajustarse su inclusión dentro de la lista de los delitos de peligro. No creo conveniente mantener un esquema (actual) que solo responda a la idea de peligro (así sea concreto o abstracto, de peligrosidad concreta, de peligro hipotético, de peligro idóneo...) ni tampoco a uno que se construya sobre la base de presunciones de peligrosidad (*iuris et de iure*, para los de peligro abstracto; *iuris tantum*, para los de peligro concreto) o que renuncie a establecer límites (como sería el caso de los *Verhaltensdelikte*, conocidos en nuestro idioma como “delitos de comportamiento” o “de conducta”. Al respecto, puede revisarse a Stratenwerth (2012, pp. 237-247). En cualquiera de estos esquemas, pienso que estaría abierta la puerta para cuestionar seriamente el funcionamiento y la legitimidad de esta clasificación y, con ello, del derecho penal (en tanto, por ejemplo, el uso de las presunciones genera más inseguridades y altera el sistema). Por todo esto, me parece que es recomendable alejarse de la dinámica de los delitos de peligro y reclasificarlos como los delitos que denomino “de desvinculación”, que tienen como pieza central a la figura anteriormente explicada.

Así, nos encontramos frente a un grupo de delitos por los que se sanciona esa conducta del funcionario público que contradice el núcleo de la sociedad, en cuanto crea inestabilidad en el sistema o entorpece el control del Estado debido al rompimiento de la vinculación que existe entre él (como sujeto agente que lleva y permite ejecutar la voluntad pública) y la Administración pública. A partir de esta propuesta, puede añadirse también que los delitos contra la Administración pública son delitos de desvinculación que, a su vez, pueden subclasificarse en delitos de abuso, de gestión y de oportunidad. La desvinculación en los primeros se manifestaría a través del prevalimiento de su cargo mediante el uso de violencia, amenaza, engaño u otras formas de afectar la voluntad de las víctimas (como sucede en el abuso de autoridad). En los delitos de gestión se manifestaría a través de una conducta de desobediencia,⁹ que se materializa en la infracción de deberes positivos especiales específicos que se concretan en la posibilidad de intervenir en la contratación u operaciones públicas (como en la colusión o negociación incompatible) y en la administración de bienes públicos (como en el peculado y la malversación). Finalmente, en los delitos de oportunidad se manifestaría también a través de una conducta de desobediencia, pero en cuanto al no cumplimiento de los deberes positivos especiales genéricos o específicos (distintos a los de gestión), aprovechándose de su posición sin necesidad de violentar o amenazar a las víctimas (como sucede en los cohechos o en el tráfico de influencias). Es más, en no pocas ocasiones contaría con la venia y colaboración de los administrados para perpetrar el hecho ilícito.

4. La comisión por omisión

Con lo expuesto sobre los delitos contra la Administración pública en cuanto al bien jurídico protegido y su clasificación como delitos de desvinculación (de abuso, de gestión y de oportunidad), conviene continuar en el análisis y descender a dos cuestiones que tienen que ver con la configuración típica y la forma de intervención delictiva. En este apartado me ocuparé del primer tema, específicamente de si es posible la comisión por omisión en el acuerdo colusorio (o, en otras palabras, para la concertación requerida en el delito de colusión previsto en el art. 384 del Código Penal peruano), dejando para el último apartado el tratamiento de la participación en el delito de negociación incompatible.

⁹ Que, según Sánchez-Ostiz (2020, p. 53), sería un paradigma de realización de los delitos y que supondría que el “sujeto agente no llev[e] a cabo el comportamiento esperado”.

4.1 Cuestiones previas

Es necesario comenzar reconociendo que el alto tribunal de justicia de Perú sostiene que los delitos contra la Administración pública son —más allá de las particularidades conceptuales que señalan, con razón, por ejemplo, Montoya Vivanco y Rodríguez Vásquez (2018, pp. 90 y ss.)— de infracción de un deber.¹⁰ Seguidamente, también la Corte Suprema ha afirmado que el funcionario público se encuentra en posición de garante y, por eso, la omisión de sus deberes hace posible que se fundamente su responsabilidad en comisión por omisión.¹¹ Dicha solución también ha sido ratificada y desarrollada por la doctrina,¹² aunque hay otro sector que entiende que no es posible la comisión por omisión específicamente ya en el delito de colusión.¹³ Si bien el tratamiento anterior, en cuanto a la calificación de los delitos contra la Administración pública como delitos de infracción de deber y la existencia de la posición de garantía, no es incorrecto, pienso que para valorar la posibilidad de la responsabilidad en comisión por omisión es necesario no olvidar las particularidades que los tipos penales en cuestión presentan. Así, por ejemplo, lo reconoce García Caveró (2019) al señalar que en la configuración de los delitos de infracción de deber no es suficiente la infracción de deber institucional, sino que debe atenderse a la particular estructura del tipo penal, esto es, “debe producirse por medio de una conducta que reúna las exigencias del tipo penal, como el mismo Jakobs lo ha precisado claramente” (pp. 758-759).

En otras palabras, la configuración o no de la omisión exige atender a la estructura de los delitos, en este caso, de gestión. Debo advertir que no se está incurriendo en un error ni defendiendo la diferencia naturalística entre acción y omisión. Ya he señalado que, en mi concepción, lo que interesa es que se tenga en cuenta si el agente (en este caso, el funcionario público) infringe su competencia (ya sea por una modalidad comisiva u omisiva), pero esto no puede llevar a dejar de lado las particularidades que la redacción legal prevé. Así, en opinión de Silva Sánchez (2010, p. 157), puede hablarse de una comisión u omisión perfectamente delimitada solo después de determinar, sobre la base del tipo penal, qué es aquello que se tiene que interpretar.

10 Al respecto, pueden revisarse, solo como una pequeña muestra de lo afirmado, las siguientes sentencias: Cas. N° 753-2022-Callao, Cas. N° 1095-2021-Nacional, Cas. N° 1566-2019-Moquegua, Cas. N° 1135-2019-Huancavelica y Cas. N° 392-2019-Ancash).

11 Por ejemplo, en Cas. N° 2587-2021-Lima Norte y Cas. N° 2981-2021-Cajamarca.

12 Por ejemplo, Guimaray Mori (2021, pp. 312 y ss.) y Martínez Huamán (2019, pp. 200-206).

13 Así, se encuentra García Navarro (2022, p. 702), Álvarez Yaguillo (2021, pp. 118 y ss.) y Rojas Vargas (2021, pp. 566-567).

En lo que sigue se podrá observar cómo es que la Corte Suprema realiza el análisis sobre la comisión por omisión y qué es exactamente lo que dice, aunque —como se verá— no concreta el estudio sobre el tipo penal y la redacción específica, dejando abiertas algunas posibilidades y generando no pocas dudas. Tomaré como referencia dos de las recientes sentencias que he mencionado en la introducción de este trabajo.

4.2 Dos casos de responsabilidad penal en comisión por omisión según la Corte Suprema peruana

En la Casación N° 2587-2021-Lima Norte (2023), se sostiene lo siguiente:

Cabe precisar que los delitos de infracción de deber son la mayoría de [los] delitos que se tipifican en nuestro Código Penal con el título “delitos contra la administración pública”. En esta línea enunciativa, es la infracción al deber, y no el dominio del hecho, lo que marca la pauta para determinar si la conducta atribuida tiene contenido penal; desde esta perspectiva, existen *deberes positivos*, que obligan un actuar de parte del agente al servicio al Estado; en ese caso, la infracción a ese deber puede desplegar una conducta omisiva, un “no hacer” o “no cumplir” el deber a que está obligado; como también *deberes negativos*, que prohíben o impiden al agente al servicio del Estado actuar o hacer un determinado acto; en ese caso, la infracción a este tipo de deberes es comisiva, puesto que, para incumplir la prohibición o el impedimento, el *infraneus* tendrá que desplegar un hacer. Y, por último, existen *deberes mixtos*, que exigen al agente al servicio del Estado tanto un hacer como un no hacer, en ese caso, la infracción a este particular tipo de deberes será al mismo tiempo comisiva por omisión. (f.j. 3)¹⁴

Más adelante, en la misma casación se afirma, corroborando el sentido que la propia doctrina nacional ha reconocido:

[E]l ilícito de colusión es uno de infracción del deber, de esta forma, el funcionario que se encuentra vinculado funcionalmente con la contratación estatal, cuyo deber positivo y general es resguardar los intereses patrimoniales del Estado, en su comportamiento en las diferentes etapas de las modalidades contractuales, es susceptible de incurrir en cualquier delito de infracción del deber expresando una conducta comisiva, omisiva o de comisión por omisión del deber. Ahora bien, para la materialización del tipo penal concreto se tendrá que verificar si además de ello, se configura el verbo rector del delito de que se trate. (f.j. 4)

14 Cursivas en el original.

Todo lo anterior sirve como base para condenar a un gerente municipal que aprobó las bases administrativas de una licitación pública (sin considerar las especificaciones técnicas de los equipos, sin el informe técnico previo requerido y otras irregularidades), habiéndose concertado —siempre en palabras de la Corte Suprema— en comisión por omisión. Sobre esta situación, según la casación que se viene comentando, se tiene que

[...] por medio de un razonamiento indiciario, se acreditó tanto este cúmulo de irregularidades como que el procesado [...] incurrió en infracciones de deber omisivas y comisivas por omisión; además, permiten inferir el pacto colusorio para beneficiar a las empresas y sus representantes, que obtuvieron la buena pro, pese a las irregularidades advertidas, las que no son menores ni meramente administrativas. (f.j. 10)

El razonamiento anterior se mantiene y se desarrolla en Casación N° 3490-2022-Arequipa (2024), aunque con un contexto distinto y específico:

[...] ante una delegación —sin cadena de competencias expresamente contempladas en el acto de delegación [...]— [...] (i) solo corresponde al alcalde como órgano delegante un deber residual de evitación de un desempeño delictivo del órgano delegado (el gerente [m]unicipal) y de sus demás funcionarios subordinados —posición de garante residual y, por tanto, solo puede responder del mismo hecho delictivo en comisión por omisión por no evitar el delito e infringir la vigilancia y control, y nunca por encima de lo tolerable. [...]. (f.j. 5)

Con todo, puede comprobarse cómo es que la máxima instancia de Justicia reconoce que el delito de colusión es uno de infracción de deber, que el funcionario público es garante y que es importante observar lo requerido por el tipo penal (no obstante, vale señalarlo, esta exigencia no siempre se ha cumplido en todos los casos). Adicionalmente, se pueden distinguir al menos dos escenarios. El primero, el de un funcionario público que responde —aunque en la exposición de los hechos en la Cas. N° 2587-2021-Lima Norte no queda claro cómo se dio la concertación— en comisión por omisión por el delito de colusión. El segundo, el del contexto de delegación de competencias y la posibilidad de que el delegante responda en comisión por omisión —aunque lo resuelto en la Cas. N° 3490-2022-Arequipa da cuenta de su absolución por falta de pruebas— por el delito de colusión.

4.3 Ideas clave

En el desarrollo anteriormente expuesto se puede observar cómo el punto de partida que asume la Corte Suprema, siendo en mi opinión correcto, no termina de cerrar en tanto no presenta un esquema que dé cuenta cómo es que el funcionario público puede realizar una concertación en comisión por omisión y, por eso, responder penalmente. No parece que sea convincente, ni suficiente ni legítimo recurrir solo a razones de necesidad de castigo aunque no se cumplan (o no se deje claro el camino) con los elementos típicos. Por eso, es necesario volver a examinar las cuestiones dogmáticas. Específicamente, la comisión por omisión y la configuración de la concertación.

En cuanto a la revisión de los elementos de la comisión por omisión, tenemos que estos son: (a) la posición de garante; (b) la omisión de impedir la realización del hecho punible (en este caso, la concertación defraudando o para defraudar a la Administración pública); y (c) la cláusula de correspondencia.

Para continuar con la línea propuesta en esta contribución, creo conveniente señalar que el art. 13 del CP castiga la conducta omisiva de aquel —en este caso, funcionario público con competencias de gestión— que no impide la producción de un hecho punible,¹⁵ como si ese se hubiera causado de manera comisiva.

El primer requisito (a) para que se pueda configurar la comisión por omisión (dicho esto, de modo general) es que el agente se encuentre en una posición que lo obligue a impedir la realización del hecho punible. Dicha posición se configura, según el art. 13 del CP, de dos modos: ya sea porque el sujeto tiene el deber jurídico de impedir la realización del delito o cuando se crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo. De este primer requisito puedo afirmar que, si bien se diferencian dos casos, el segundo —esto es, la creación de un peligro inminente (que se lo llama “injerencia”)— no es más que un supuesto particular del primero que también da origen a un deber de impedir el delito. En consecuencia, se podría resumir afirmando que la esencia de este primer elemento es que al omitente le alcance el deber de impedir la realización del delito, sin más. A ese deber le corresponde una naturaleza jurídica (García Cavero, 2019, p. 577) y el fundamento jurídico, según la posición dominante,

15 Esto contrasta, de ahí que no pueda trasladarse por completo al sistema peruano el esquema español de comisión por omisión, en tanto el art. 11 del CP español requiere de la producción de un resultado (lesivo). Así también lo desarrolla la doctrina española. Por ejemplo, Mir (2015, p. 338) y Sánchez-Ostiz e Íñigo (2017, p. 110). Expresamente, Silva (2010, p. 439) señala que, en el sistema español, un delito de mera actividad no puede configurarse en comisión por omisión.

de ese deber de impedir la realización de un hecho punible se lo denomina como posición de garante. Es cierto que se debate en la doctrina cuál es el criterio para afirmar dicha posición, sin embargo, en lo que aquí corresponde, se parte de que esa posición no se determina por una asunción fáctica de una posición de dominio, sino por la vinculación formal establecida en función de una institución social específica, como son los deberes estatales de los funcionarios públicos.

El segundo elemento (b) implica que, por un lado, hay que anotar los elementos que configuran el tipo penal y, por otro, la omisión del funcionario público. En cuanto a lo primero, la configuración de la conducta típica prevista en el art. 384 del CP supone que el funcionario público que tiene competencia para intervenir en la contratación pública concierte —según el primer párrafo— con los interesados para defraudar a la Administración pública o concierte —según el segundo párrafo— con los interesados para defraudar patrimonialmente a la Administración pública. En cuanto a lo segundo, supone —según la discusión vigente— que el funcionario público no cumple con evitar que otro funcionario público se concierte. Esta situación, vale reconocerlo desde ahora, es justamente la que desata todo el problema. Sobre esto volveré más adelante.

Finalmente, está claro que no es suficiente la omisión de impedir la realización del hecho punible (c). La omisión del garante debe además corresponderse con la realización del tipo mediante un hacer. A esto se lo conoce como la cláusula de correspondencia. Se trata de la exigencia de una identidad normativa (material) con la realización activa del delito. Esto es, de que la omisión del garante presente los mismos elementos objetivos y subjetivos que normalmente fundamentan la imputación penal en caso de una realización activa del correspondiente tipo penal (García Caveró, 2019, p. 585). Por eso se exige, en cuanto a la imputación objetiva, que se determine si la actuación del omitente ha creado un riesgo penalmente prohibido o, como en el grupo de casos que ahora interesa, que exista una infracción de un deber positivo especial (específico) y, de requerirlo el tipo penal, la materialización de un resultado imputable a la infracción del obligado institucionalmente (por ejemplo, el perjuicio patrimonial que se requiere en la colusión prevista en el art. 384.II del CP). En cuanto a la imputación subjetiva, la exigencia legal es, mayoritariamente, de una conducta dolosa (que entiendo como conocimiento de que está omitiendo cumplir con su deber de ser garante). Como los tipos penales que comentaré solo tienen una modalidad dolosa, dejaré la formulación de la imputación subjetiva aquí.

Sobre la concertación, afirma la doctrina que es el “acuerdo ilegal entre el

particular interesado y el agente público que representa los intereses contractuales del Estado” (Pariona Arana, 2017, p. 42); que se trata de “pactar, ajustar, tratar o acordar un negocio. [...] El acuerdo ilegal puede ser un acto como también un conjunto de actos dirigidos a plasmar una decisión [...]” (Castillo Alva, 2017, p. 231); que es doloso y “generalmente clandestino o subrepticio” (Rojas Vargas, 2021, p. 567); que se trata de “un proceso comunicativo de asertividad o afirmación de peticiones o las pretensiones del funcionario defraudador y del particular interesado” (García Navarro, 2022, pp. 682-683). Así pues, el acto que sirve para configurar el delito de colusión requiere de la convergencia de las voluntades de ambas partes (de los funcionarios que actúan, en razón de su cargo, en la contratación y los particulares interesados) y lo importante es que se haya llegado al acuerdo ilícito. Aunque hay coincidencia doctrinal en que la forma de realizar este acuerdo siempre es uno directo, serio y claro, un sector defiende la posibilidad de que se configure a través de actos concluyentes. Por ejemplo, según Castillo Alva (2017),

[p]ese a que la doctrina y la jurisprudencia peruana —hasta donde alcanzamos a ver— no han abordado aún técnicamente este problema, queda claro que no existe ningún inconveniente dogmático ni político criminal para admitir la posibilidad de concertación por medio de esta clase de actos. (p. 263)

4.4 Escenarios

En este estado de la exposición, puede entenderse que, en general, la situación de un funcionario público que omite cumplir con sus competencias institucionales podría tener responsabilidad penal. El contexto, sin embargo, adquiere unos matices distintos dentro del análisis del delito de colusión y la requerida concertación. Para ordenar la exposición, a continuación presentaré dos escenarios abordados por la doctrina y los tribunales.

El primero es aquel donde un funcionario como miembro de un comité de selección no evita/no hace nada frente a la concertación que conoce y que han realizado los otros dos miembros con los contratistas (A). El segundo escenario es el de un funcionario público que delega sus competencias —por ejemplo, para la contratación pública— en otro funcionario (B). A partir de aquí, surgen tres supuestos: (i) el funcionario delegante coloca al funcionario delegado justamente para que no sea tan evidente que estaba detrás de todo acto ilícito; así, el delegado actúa en coordinación con el delegante, toma la decisión o ejecución del delito; (ii) el funcionario delegante conoce los actos ilícitos (concertar con

los contratistas) que realiza el delegado, pero no hace nada para impedirlo; (iii) el funcionario delegante no conoce los actos ilícitos del delegado.

Sobre los elementos que se encuentran en el escenario (A), señala García (2019) que las competencias del especialmente obligado se determinan “en función de la institución específica que vincula al autor especialmente con otras personas o con cierta situación socialmente deseable” (p. 587) y su infracción se imputa atendiendo a lo dispuesto en el tipo penal concreto. Por eso, en palabras de García Cavero (2020),

[p]ara expresarlo de la mano de un ejemplo más concreto: ¿Puede equipararse la omisión del funcionario público perteneciente al comité de selección que no hace nada ante licitación amañada por otros miembros del comité, a la concertación realizada por este funcionario público con el particular interesado? La respuesta parece ser negativa, pues en dicha omisión no hay nada equiparable a una concertación con los interesados. El funcionario omitente podrá ser hecho responsable por omisión de denuncia u omisión de deberes funcionariales, pero no por un delito de colusión desleal. (p. 185)

En el mismo sentido de negar la posibilidad de una responsabilidad penal en comisión por omisión del funcionario público —en un plano horizontal— que es miembro del comité de selección que no hace nada frente a la concertación de los otros miembros, se encuentran las posturas de Abanto Vásquez (2003): “La ‘concertación’ solamente puede realizarse de manera *comisiva*” (p. 311) y de Salinas Siccha (2019): “El guardar silencio no equivale a concertar, desde el punto de vista normativo y estructural, que exige el tipo penal” (p. 355). También, aunque con una formulación no referida al delito que ahora se analiza, sino a un contexto de la empresa, se encuentra la posición de Robles Planas (2020), pero que pienso se puede trasladar “en la medida en que pueda afirmarse que los miembros se han desvinculado del ámbito especializado, no recaerían sobre ellos deberes de vigilancia con respecto a ese ámbito” (p. 140). Una opinión contraria para el mismo supuesto es defendida por Martínez Huamán (2019): “[Si] a pesar de ello vota a favor o en blanco, de tal forma que permite el otorgamiento de la buena pro, será responsable del delito de colusión, debido a que su conducta se encuentra enmarcada a favorecer dicho pacto” (p. 205). Así también, Rojas Vargas (2021) sostiene que ese escenario hace posible una responsabilidad penal por “el delito de colusión con base en una omisión impropia o comisión por omisión” (p. 536).

En mi opinión, me parece mucho más adecuado sostener que el funcionario

público que nada hace al conocer la conducta ilícita de sus otros compañeros integrantes del comité de selección no debe responder penalmente por el delito de colusión. Como dice Silva (2010),

[...] parece innegable que, si tal inactividad absoluta se produce de forma inconsciente y no controlable por la voluntad, surgirá un supuesto de ausencia de conducta. En cambio, si la citada pasividad es consciente y voluntaria, constituirá un algo “interpretable” al que cabe atribuir un contenido de sentido, también un contenido de sentido típico. (p. 164)

Es claro que esa pasividad consciente y voluntaria del funcionario público que no hace nada es algo interpretable y que puede adquirir un sentido jurídico, pero su pasividad no puede interpretarse como una concertación (no hacer nada o no informar sobre esa conducta de los otros miembros ni siquiera es un acto concluyente de concertación). Alguien podría entender en este desarrollo que, cuando el funcionario votó y, con ello, se logró cerrar la contratación, se tiene una forma de concertar. Sin embargo, pienso que hay que resaltar que, según el derecho positivo peruano, en primer lugar, no es posible abstenerse y, en segundo lugar, aunque sí puede votar en contra (voto discrepante, según el art. 46.1. del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado), aun con ello continuaría el proceso en tanto las decisiones se pueden tomar por mayoría (todo esto, según el art. 46.2.b. del mencionado reglamento) y no por eso se podría considerar que formó parte de la concertación. La situación del funcionario (no concertado) que haya votado en el mismo sentido que los otros funcionarios (sí concertados), aunque dogmáticamente no cumpliría con lo exigencia típica de la concertación, probatoriamente podría generar alguna complicación. Por otro lado, que se descarte la intervención penal por colusión no significa que se excluya también la eventual responsabilidad penal por omisión de denuncia.

Pasando al segundo escenario (B), específicamente al primer supuesto (i) en el que el superior jerárquico (funcionario delegante) interviene en la toma de decisión y ejecución del delito a través del funcionario subordinado, puede afirmarse su responsabilidad a título de autor del delito. Esto, básicamente porque la delegación ha sido simplemente una figura que encubre lo que hay atrás (Guimaray Mori, 2021, p. 378). Este autor asume que el título de intervención para el delegante sería de autor y complicidad primaria para el delegado. Aquí no interesa si no hay una actuación directa (de propia mano), en tanto el funcionario público delegante conoce y actúa junto con el delegado para

producir una conducta de desvinculación a través de la concertación con los contratistas, defraudando a la Administración pública. La responsabilidad penal del “delegante” es posible en tanto esa concertación (esto es, ese acuerdo ilícito) se ha realizado a través del (también responsable penalmente) delegado.

En el segundo supuesto (ii), el superior jerárquico se limita a no impedir la realización que ha decidido y ejecutado su subordinado. Doctrinalmente, esto ha dado pie a que se sostenga, por ejemplo, que el funcionario delegante es autor en comisión por omisión de lo que ha realizado el delegado en tanto ha infringido su deber institucional y conocía lo que estaba pasando.¹⁶

Por esta situación expuesta, no falta razón para afirmar que este es el escenario más controvertido. La clave para llegar a una propuesta de solución no se encuentra en cuestionar o no la posición de garante de los agentes delegantes (que sí tienen esa calidad), sino más bien en revisar las cuestiones referidas a la infracción (omisión) de la competencia especial (y su falta de supervisión) y lo que conoce el agente delegante. Respecto a esto último, la Cas. N° 3490-2022-Arequipa hace la siguiente precisión:

[...] ante una delegación —sin cadena de competencias expresamente contempladas en el acto de delegación [...]— [...] (ii) [...] no se trata de imputar al órgano delegante un conocimiento de determinada irregularidad sino de que conoció la existencia tanto de (1) un concierto entre el funcionario delegado y demás subordinados, como de (2) la comisión de actos fraudulentos en perjuicio del tesoro municipal. (f.j. 5)

Con esto, queda claro que la Corte Suprema peruana se ocupa con detalle sobre el conocimiento imputable al funcionario: si no hay, en el supuesto planteado, duda de que el funcionario delegante sabe que el delegado se ha concertado y comete actos fraudulentos que perjudican a la Administración, entonces se cumple con la exigencia de la imputación subjetiva. La doctrina también defiende esa posición, incluso dando pie a que se afirme la responsabilidad penal en comisión por omisión. Así, Peña Cabrera Freyre (2021) sostiene que “[Hay] una posible perpetración del injusto [en] ‘comisión por omisión’ [...] cuando conocen que otro funcionario está ejecutando actos defraudatorios con los particulares y no hace nada para evitarlo” (p. 382-383). También Guimaray Mori (2021) defiende esta posibilidad y califica como el escenario más común que “el

16 En este sentido, Silva Sánchez (2000) señala que es “aquel en cuya esfera de competencia se hallaba la evitación directa del hecho” (p. 53).

delegado delinca con la anuencia, no acordada previamente, de su delegante” (p. 379), resultando ambos, en ese caso, responsables penalmente: el primero, por la comisión del delito, y el segundo, en comisión por omisión “de un hecho que pudo evitar en virtud de sus superiores facultades de reconfiguración competencial, principalmente, el poder de revocación de la delegación” (p. 379). Aunque también puede encontrarse una posición contraria. Por ejemplo, para García Cavero (2022),

[s]i la inactividad proviene de los funcionarios supervisores o de otros funcionarios concedores de la concertación de los otros funcionarios, se entenderá no como el acto principal de intervención concertadora, sino como el aporte omisivo relevante (complicidad primaria) de no evitar la concertación (facilitar la colusión). En todo caso, la identificación de una posición de garantía institucional sobre la indemnidad de los principios administrativos solo conllevaría a que la inactividad comprometa otros intereses jurídicos de protección y, por ende, se configuren otros delitos, como por ejemplo, la omisión de denuncia [...] o el incumplimiento de funciones [...]. (pp. 702-703)

En el mismo sentido puede enmarcarse también —aunque en un contexto entre privados— la posición de Robles Planas (2003) cuando señala que

el ministro que, habiendo delegado determinadas funciones a un director general, llega a saber (por un conocimiento causal) que el director general va a dictar una resolución injusta en el ámbito de esa competencia delegada, no responde por el delito de prevaricación si no hace nada por impedirlo. (p. 244)

En mi opinión, me parece asumible la idea de tener especial cuidado en cuanto a la imputación del conocimiento que se le hace a ese funcionario delegante. Sin embargo, pienso que es insuficiente para atribuirle responsabilidad por colusión como autor (aun cuando no reasuma la función). Esto, básicamente porque si bien no ha hecho nada pese a saber que el delegado ha realizado un hecho delictivo, la infracción sancionada por el delito de colusión —esto es, la falta a su competencia de gestión que es concertarse— no se ha realizado.¹⁷ Por ello, se puede afirmar que el delito de colusión tiene una clara limitación a una actuación comisiva.

En el tercer supuesto (iii) se abre la puerta para considerar una responsabilidad residual del funcionario delegante por no haber cuidado que la delegación

17 En el mismo sentido, también puede observarse la opinión de García Cavero (2019, p. 490).

sea adecuada (por ejemplo, porque el delegado no contaba con la capacitación, conocimientos o aptitudes) o no facilitar los medios necesarios para realizar la tarea. En este caso, el funcionario delegante responde penalmente, pero no lo hace por el delito de colusión (Guimaray Mori y Rodríguez Vásquez, 2015, p. 295).¹⁸ El punto clave está en que, en el caso de la delegación, rige el contexto de desconfianza (Silva Sánchez, 2016, p. 213). Así incluso lo reconoce la Cas. N° 952-2021-Puno (2022), Corte Suprema de la República (30 de mayo de 2022):

[...] en materia de delegación rige el principio de desconfianza, más aún cuando cada funcionario tiene asignado una competencia determinada y ésta ha de ser cumplida debidamente, [...] cada competencia merece ser observada y establecerse su corrección técnica y legal. (f.j. 5)

Sin embargo, que el delegante establezca y mantenga un proceso de vigilancia (por ejemplo, con inspecciones periódicas) ha llevado a que un sector de la doctrina sostenga que “una vez establecido un procedimiento de vigilancia, la desconfianza pasa a ser reemplazada por la confianza” (Silva Sánchez, 2016, p. 217). Robles Planas (2020) desarrolla esta línea y afirma que

[...] han merecido poca atención por parte de la doctrina las situaciones en las que tras (o mejor: con) la delegación el delegante no conserva una posición de supremacía frente al delegado, sino todo lo contrario: es precisamente el delegado quien tiene mayores capacidades, aptitudes, etc., que el delegante para desempeñar correctamente la actividad. De hecho, puede afirmarse que en multitud de ocasiones el delegado tiene una especial capacidad de la que carece el delegante, de forma que entonces la delegación es precisamente la forma idónea de mantener o disminuir los riesgos en la empresa. La no-delegación constituiría, por el contrario, una forma incorrecta de ejercer las funciones. En tales casos resulta en buena medida extraño afirmar la existencia de deberes de vigilancia y control *específicos* por parte del delegante sobre la actividad del delegado. (p. 137)

En este escenario —de confianza—, el análisis de responsabilidad penal, sostiene Guimaray Mori (2021), “debería concentrarse en el delegado, aparcando totalmente la relevancia del deber vigilar su desempeño” (p. 380). Dicho de otro modo, terminaría con la no sanción penal para el delegante que ha cumplido con su función de vigilar.

18 Para una opinión distinta, puede consultarse Martínez (2019, p. 204).

5. La intervención delictiva: los partícipes

Un último supuesto que deseo abordar es la posibilidad de la participación en los delitos contra la Administración pública. Quisiera concentrar mi atención en el delito de negociación incompatible (art. 399 del CP). Básicamente, porque ha generado en los últimos años un especial interés tanto de los tribunales como de la doctrina. De hecho, la Corte Suprema del Perú, en la Cas. Nº 1584-2021-Callao (2023) se ocupa de este supuesto, pero, en mi opinión, generando más dudas que certezas. Para presentar de un modo idóneo la cuestión, lo que haré será detallar las principales ideas abordadas en dicha sentencia. No obstante, conviene aclarar que me limitaré al uso de los hechos y argumentos tal y como han sido recogidos en la mencionada casación.

En la mencionada casación se discute la acusación de Luis Felipe Polo Gálvez y otros como autores y a Henry Tello Godoy y otros como cómplices en el delito de negociación incompatible. Específicamente, se imputa a Polo Gálvez que habría intervenido en su calidad de jefe del área usuaria y requirente de las necesidades de personal de INDESTA-SUNAT (Administración pública) favoreciendo a los otros sujetos que se investigan. Por otro lado, Tello Godoy sería el interesado en ingresar a INDESTA-SUNAT y por eso, según lo expuesto en la casación,

habría colaborado con Luis Felipe Polo Gálvez para que este se interesara de manera directa en el proceso de contratación de su persona, e incluso intervenga durante el mismo, todo ello con la finalidad de ser favorecidos con su ingreso a la entidad. (f.h. 7.2)

Debo reconocer, en este punto, que tanto la doctrina (Abanto Vásquez, 2003, p. 499) como los tribunales peruanos (R.N. 296-2014-Pasco, f.j. 3.6; R.N. 666-2016-Ancash, f.j. 9; Cas. Nº 18-2017-Junín, f.j. 10) aceptan la participación en los delitos contra la Administración pública, discutiendo principalmente si solo cabe la complicidad o también es posible la instigación (Rosales Artica, 2019, p. 225). Por mi parte, pienso que, previamente, cabe resaltar que se puede diferenciar, dentro del grupo de los delitos contra la Administración pública, entre delitos de infracción de deber que denominaría “puros” y otros delitos de infracción de deber “impropios” o con componentes de dominio. En los primeros, se encontraría que —siguiendo el planteamiento de Robles Planas y Riggi (2014)— la conducta del *extraneus* sería “cualitativamente distinta de la del *intraneus*, razón por la cual debe apartársela de un hipotético injusto común y exigirse su tipificación expresa en la Parte Especial para ser considerada puni-

ble” (p. 80)¹⁹. Dicho de otra forma, en los delitos de infracción de deber (o, en la terminología de Robles Planas (2003, p. 241), delitos especiales de deber) no sería posible establecer la sanción de un partícipe (ni aquel que le “ayuda” a infringir su deber ni aquel que se ve beneficiado con el interés indebido), al menos no sobre la base del mismo tipo penal.²⁰ Podría pensarse, en esa línea, en desarrollar tipos para castigarlos, al igual que se hace en el delito de cohecho. En los segundos, es decir, en los delitos de infracción de deber con componentes de dominio, el autor (en este caso, el funcionario público) no solo infringe un deber institucional, sino que también lleva a cabo una conducta de organización. Es sobre esta que puede vincularse una participación punible (Silva Sánchez, 2014, p. XX). En consecuencia, los delitos de infracción de deber con un elemento de dominio u organización dan lugar a que “se plantee la cuestión de la participación entendida como ‘intervención conjunta’, organización común” (Silva Sánchez, 2005, p. 69).

En mi opinión, el delito de negociación incompatible es uno de infracción de deber con componente de dominio,²¹ en tanto que para su configuración se requiere la existencia de un sujeto con la condición de funcionario público que infrinja su deber institucional (especial específico: con competencias para intervenir en la contratación u otra operación pública) y de actos concretos de organización (cómo es que él se interesa indebidamente). Es en este último elemento en el que entraría la ayuda o facilitación²² de otro.

Habiendo señalado que el delito de negociación incompatible es un delito de infracción de deber con componente de dominio, es posible —reitero— que se dé la participación. En esto concuerdo con lo expuesto en la Corte Suprema peruana (que varía su posición respecto a la Cas. N° 841-2015-Ayacucho, f.j. 33, en donde expresamente la Sala Penal Permanente afirmaba que no era posible la participación en este delito). No obstante, pienso que la máxima instancia de justicia no termina de dar cuenta del problema por completo, al menos no según lo expuesto, pues, según lo descrito, el interesado colabora con el funcionario público. Para mantener la lógica de la participación en el delito de

19 Cursivas en el original.

20 De modo muy contundente, Robles Planas (2003) afirma: “De hecho, ésta debería ser la solución coherente a adoptar por los partidarios de la teoría del delito de infracción de deber” (p. 242).

21 Entiendo que, para Robles Planas (2003), el delito de negociación incompatible sería un delito que denomina “de posición”, “en los que la restricción a ciertos sujetos activos obedece a que se hallan en una posición idónea para lesionar el bien jurídico” (p. 240).

22 Dice la redacción legal que el funcionario público puede interesarse indebidamente de manera indirecta.

negociación incompatible o también llamado “aprovechamiento indebido del cargo”, la colaboración debe darse dentro de una misma parte (por ejemplo, del funcionario público competente que se sirve de otro funcionario no competente o de un particular para mostrar ese interés indebido). Si viene de la otra (el interesado), entonces eso ya no sería negociación incompatible. Esto ya saldría de la lógica de ese delito y configuraría más bien el delito de colusión.

6. Conclusiones

A lo largo de este trabajo me he encargado de dar cuenta de las distintas preocupaciones que surgen alrededor de los delitos contra la Administración pública, específicamente debido a los últimos pronunciamientos de la Corte Suprema peruana sobre los delitos de negociación incompatible y colusión. Pese al tiempo transcurrido y a las cuestiones desarrolladas, siguen apareciendo problemas tanto de la parte general (sobre lo protegido —bien jurídico-penal— y la calificación como delitos de peligro) como de la parte especial (sobre el desarrollo de la responsabilidad en comisión por omisión y la intervención delictiva). Es cierto que la doctrina y los argumentos empleados por los tribunales han avanzado mucho y es digno de destacar el esfuerzo. En lo que aquí corresponde, también he querido sumarme a esos esfuerzos, presentado una propuesta de interpretación sobre aquellos temas.

Utilizando la lógica de la figura de la desvinculación, he propuesto reinterpretar el bien jurídico-penal protegido en los delitos contra la Administración pública, insistiendo en la idea de la necesidad de mantener el nexo entre la Administración y el funcionario en tanto forman parte de ese núcleo o identidad normativa de la sociedad. En consecuencia, esto me llevó a plantear un cambio en la clasificación de los delitos. Dejando de calificarlos como de peligro (abstracto o concreto), es posible avanzar en tanto se consideran como de desvinculación, que se especifican según sea uno que se produce por prevalimiento (como sucede en la concusión, exacción ilegal o abuso de autoridad), o de desobediencia de competencias institucionales especiales específicas para administrar bienes públicos (como en el peculado o la malversación), o intervenir en la contratación pública (como en la negociación incompatible o colusión) o desobediencia de competencias institucionales especiales genéricas o distintas a las mencionadas anteriormente (como en los cohechos, tráfico de influencias o enriquecimiento ilícito). Con esto, los delitos de negociación incompatible y de colusión serían clasificados como delitos de desvinculación por gestión.

Los dos últimos temas tratados incidieron en un desarrollo específico del delito de colusión y de negociación. Así, en cuanto al primero, se abordó la problemática de la posibilidad de configuración en comisión por omisión del acuerdo colusorio. En cuanto al segundo, de la participación en el delito de negociación incompatible. Sobre la comisión por omisión se han distinguido distintos escenarios que permiten dar criterios y formas para la imputación o no de la responsabilidad penal. Sobre la participación en la negociación incompatible, he creído conveniente hacer referencia a los delitos de infracción con componentes de dominio para aclarar confusiones y plantear una solución.

Si he logrado o no sumar en este contexto de desarrollo científico, lo dejo a su consideración, estimado lector.

Bibliografía

- Abanto Vásquez, M. (2003). *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Palestra Editores.
- Álvarez Yaguillo, M. (2021). La conducta omisiva en el delito de colusión. *Revista de Derecho Yachaq*, (12), 107-125.
- Castillo Alva, J. (2017). *El delito de colusión*. Instituto Pacífico.
- García Caveró, P. (2019). *Derecho penal. Parte General* (3ª ed.). Ideas Editores.
- García Caveró, P. (2020). El delito de colusión desleal. En García Caveró, P. y Vilchez Chinchayán, R. (Dirs.), *Delitos contra la Administración pública* (pp. 161-199). Ideas Editores.
- García Caveró, P. (2022). *Derecho penal económico. Parte General* (4ª ed.). Instituto Pacífico.
- García Navarro, E. (2022). *Delitos contra la Administración pública cometidos por funcionarios y servidores públicos*. Editorial Iustitia.
- Guimaray Mori, E. (2021). *Delitos contra la Administración pública y corrupción: Criterios de imputación al superior jerárquico*. Reus Editorial.
- Guimaray Mori, E. y Rodríguez Vásquez, J. (2015). Colusión por comisión por omisión: El caso de los Alcaldes y los Presidentes regionales. *Ius et veritas*, (51), 286-296. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15664>.
- Jakobs, G. (2012). *Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts*. Ferdinand Schöningh.
- Martínez Huamán, R. (2019). *Delito de colusión. Doctrina y Jurisprudencia*. Editores del Centro.
- Mendoza Buergo, B. (2001). *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Editorial Comares.
- Mir Puig, S. (2015). *Derecho penal. Parte General* (10ª ed.). Editorial Reppertor.
- Montoya Vivanco, Y. y Rodríguez Vásquez, J. (2018). ¿Jurisprudencia penal en disputa?: sobre la peligrosa irrupción de una dogmática irracional y desafortunada en la jurisprudencia en materia de corrupción. *Actualidad Penal*, (47), 81-109.

- Núñez Seminario, I. y Caballero Zavala, F. (2024). El verbo “recibir” en el cohecho pasivo y el medio corruptor en el tráfico de influencias. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 175, 265-279.
- Ortiz de Urbina Gimeno, I. (2021). Delitos contra la Administración pública. En Silva Sánchez, J. (Dir.), *Lecciones de derecho penal. Parte Especial* (pp. 373-403). Atelier.
- Pariona Arana, R. (2017). *El delito de colusión*. Instituto Pacífico.
- Peña Cabrera Freyre, A. (2021). *Delitos contra la Administración pública*. Lex & Iuris Grupo Editorial.
- Robles Planas, R. (2003). *La participación en el delito: Fundamentos y límites*. Atelier.
- Robles Planas, R. (2020). Tema 5. Imputación del delito económico a personas físicas (I). Tipo objetivo. En Silva Sánchez, J. (Dir.), *Lecciones de derecho penal económico y de la empresa. Parte General y Especial* (pp. 121-165). Atelier.
- Robles Planas, R. y Riggi, E. (2014). El extraño artículo 65.3 del código penal. En Robles Planas, R. (Dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”. El debate doctrinal en la actualidad* (pp. 59-97). BdeF.
- Rojas Vargas, F. (2021). *Delitos contra la Administración pública* (5ª ed.). Gaceta Jurídica.
- Rosales Artica, D. (2019). El delito de negociación incompatible en la ley penal peruana. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 122, 211-226.
- Sánchez-Ostiz, P. (2020). *A vueltas con la Parte Especial (Estudios de Derecho penal)*. Atelier.
- Sánchez-Ostiz, P. e Íñigo, E. (2017). *Delictum 2.0* (4ª ed.). Editorial Eunsa.
- Salinas Siccha, R. (2019). *Delitos contra la Administración pública* (5ª ed.). Iustitia Editores.
- Silva Sánchez, J. (2000). La responsabilidad penal por contagio hospitalario. *DS*, 8, 47-58.
- Silva Sánchez, J. (2005). *El nuevo escenario del delito fiscal en España*. Atelier.
- Silva Sánchez, J. (2010). *El delito de omisión. Concepto y sistema* (2ª ed.). BdeF.
- Silva Sánchez, J. (2016). *Fundamentos del Derecho penal de la empresa* (2ª ed.). BdeF.
- Stratenwerth, G. (2012). Sobre la legitimación de los “delitos de conducta” (Trad. R. Ragués i Vallès). En Robles Planas, R. (Ed.), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo* (pp. 237-247). Atelier.
- Vargas Pinto, T. (2007). *Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*. Editorial Aranzadi.
- Vásquez-Portomeñe Seijas, F. (2003). *Los delitos contra la Administración pública. Teoría general*. Instituto Nacional de Administración pública.
- Vílchez Chinchayán, R. (2018). *Aproximación a la intervención penal anticipada. Un cambio de perspectiva en el tratamiento de los delitos de peligro*. Palestra Editores.
- Vílchez Chinchayán, R. (2021). *Delitos contra la Administración pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Editores del Centro.
- Vílchez Chinchayán, R. (2023). Los delitos de corrupción pública más graves: una revisión al art. 41 de la Constitución Política del Perú. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 19, 109-136. <https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/ropj/article/view/696/1026>.
- Villada, J. (2019). La protección penal de la función pública. En Basílico R. y Terradillos Basoco, J. (Dirs.), *Delitos contra la Administración pública* (pp. 1-44). BdeF.
- Wohlens, W. (2000). *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – Zur Dogmatik «moderner» Gefährdungsdelikte*. Duncker & Humblot.
- Zieschang, F. (1998). *Die Gefährdungsdelikte*. Duncker & Humblot.

Jurisprudencia citada

- Casación 1095-2021-Nacional (2023, de 27 de marzo). Corte Suprema de Justicia del Perú. <https://bit.ly/4bzsngH>.
- Casación 1135-2019-Huancavelica (2022, de 2 de febrero). Corte Suprema de Justicia del Perú. <https://bit.ly/3xM6SuQ>.
- Casación 1566-2019-Moquegua (2022, de 25 de febrero). Corte Suprema de Justicia del Perú. <https://www.gob.pe/institucion/pj/normas-legales/2910229-1566-2019-moquegua>.
- Casación 1584-2021-Callao (2023, de 30 de marzo). Corte Suprema de Justicia del Perú. <https://bit.ly/3XR9a6x>.
- Casación 1648-2019-Moquegua (2021, de 31 de agosto). Corte Suprema de Justicia del Perú. <https://bit.ly/3zDzDKC>.
- Casación 18-2017-Junín (2019, 24 de julio). Corte Suprema de Justicia del Perú. <https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2020/01/Casación-18-2017-Junín-LP.pdf>.
- Casación 1877-2021-Lima (2023, de 19 de diciembre). Corte Suprema de Justicia del Perú. <https://bit.ly/3xTqc9p>.
- Casación 2587-2021-Lima Norte (2023, de 26 de abril). Corte Suprema de Justicia del Perú. <https://bit.ly/3XM39rP>.
- Casación 2981-2021-Cajamarca (2023, de 3 de febrero). Corte Suprema de Justicia del Perú. <https://bit.ly/3zvaFNH>.
- Casación 3490-2022-Arequipa (2024, de 5 de enero). Corte Suprema de Justicia del Perú. <https://bit.ly/4cL1KGb>.
- Casación 392-2019-Ancash (2020, de 30 de noviembre). Corte Suprema de Justicia del Perú. <https://bit.ly/3XP5tOI>.
- Casación 468-2019-Lima (2021, de 25 de noviembre). Corte Suprema de Justicia del Perú. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/12/Casacion-468-2019-Lima-LPDe-recho.pdf>.
- Casación 661-2016-Piura (2017, 11 de julio). Corte Suprema de Justicia del Perú. https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/10/Cas-661-2016-Piura-Legis.pe_.pdf.
- Casación 753-2022-Callao (2023, de 25 de julio). Corte Suprema de Justicia del Perú. <https://bit.ly/3RWfINg>.
- Casación 841-2015-Ayacucho (2016, 24 de mayo). Corte Suprema de Justicia del Perú. <https://bit.ly/4ePx3l2>.
- Recurso de Nulidad 296-2014-Pasco (2014, 4 de septiembre). Corte Suprema de Justicia del Perú. <https://jurisprudencia.pj.gob.pe/jurisprudenciaweb/faces/page/resultado.xhtml#no-back-button>.
- Recurso de Nulidad 666-2016-Ancash (2017, 29 de mayo). Corte Suprema de Justicia del Perú. https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/12/R.N.-666-2016-Ancash-Legis.pe_.pdf.

LAVADO DE ACTIVOS E IGNORANCIA DELIBERADA

Sandra Guzmán

Universidad Siglo 21

sandramguzman@outlook.com

Sofía Diaz Pucheta

Universidad Siglo 21

sofidiapz@gmail.com

Recibido: 19/02/2024

Aceptado: 21/04/2024

Resumen

La atribución de la responsabilidad penal suele tener limitaciones referidas al error, ya sea de tipo o de prohibición. El crimen organizado —en particular el orientado hacia el blanqueo de capitales—, asesorado por profesionales en la materia, utiliza estos vértices del sistema penal a su favor e intencionalmente se ubica en un estado de ignorancia para evadir su responsabilidad mediante error de tipo, lo que se conoce como casos de *ceguera ante los hechos* y de *ignorancia deliberada*.

La delimitación de estos supuestos es al menos dificultoso; podemos decir que se trata de conductas objetivamente típicas sin una total representación de los elementos de un tipo legal, pero con una sospecha de que se está actuando de manera potencialmente lesiva para algún interés ajeno y donde el sujeto prefiere mantenerse deliberada o conscientemente en una ignorancia prolongada en el tiempo como medio para obtener algún beneficio, sin asumir riesgos propios ni responsabilidades.

En este orden de ideas, atento a que quienes fuerzan este estado de desconocimiento alegan encontrarse en estado de error de tipo, nos referiremos primeramente a esta teoría del error y sus implicancias en el blanqueo de capitales o lavado de activos, para abocarnos luego al desarrollo de la teoría de la ignorancia deliberada, sus críticas y su recepción en Argentina.

Palabras clave: error de tipo, ignorancia deliberada, lavado de activos, dolo eventual, culpa con representación.

Money Laundering and Willful Blindness

Abstract

The attribution of criminal liability usually has limitations related to mistake, either a mistake with respect to an element of the statutory definition of a criminal offense or a mistake as to the wrongfulness of the conduct constituting a criminal offense. Organized crime, particularly the one focused on money laundering and advised by professionals on the field, uses these edges of the criminal system to its advantage, alleging a state of ignorance to evade liability through a mistake with respect to an element of the statutory definition of a criminal offense, which is known as cases of “blindness to the facts” and “willful ignorance”.

The delimitation of these cases is at least difficult. We can say they involve behaviors which are objectively established in the definition of the crime without full representation of the elements of the crime definition, but with a suspicion that is acting in a potentially harmful way to some external interest and where the individual prefers to deliberately or consciously remain in prolonged ignorance as a means of obtaining some benefit without assuming their own risks or responsibilities.

In this train of thought, taking into account that those who force this state of ignorance claim to be in a state of mistake as to the wrongfulness of the conduct constituting a criminal offense, we will first refer to this kind of mistake and its implications in money laundering, then we will then develop the theory of willful blindness, its criticisms and its reception in Argentina.

Key words: mistake of fact, willful blindness, money laundering, eventual fraud, aware recklessness.

1. Introducción

El crimen organizado —en particular el orientado hacia el blanqueo de capitales—, asesorado por profesionales (del derecho, contadores, inversionistas, operadores de activos virtuales, entre otros), utiliza los vértices del sistema penal a su favor. En Manrique (2014) encontramos que es frecuente observar que los autores y partícipes del delito de lavado de activos procuran evadir su responsabilidad esgrimiendo que ignoran que su conducta colaboraba con un proceso de blanqueo.

Un ejemplo clásico de esta situación, como ejemplifica Manrique (2014), es el de un sujeto que se traslada con una maleta cuyo contenido desconoce a cambio de un provecho económico. La maleta contiene dinero proveniente de un hecho ilícito y el sujeto que realiza el traslado evita preguntar sobre su contenido. Paradójicamente, esta situación tiene dos componentes: el desconocimiento y, al mismo tiempo, la intencionalidad de no conocer para evitar la responsabilidad que le implicaría saber que el contenido es ilícito, previendo entonces que podría estar cometiendo un delito. Dicha ignorancia, intencio-

nalmente causada para mantenerse en estado de error, se conoce como *ceguera ante los hechos* o *ignorancia deliberada*.

Quienes se colocan en esta situación y luego son procesados penalmente como parte de su estrategia de defensa suelen alegar hallarse en error de tipo, lo que conlleva que la conducta pueda resultar atípica si el error es de tipo invencible (es decir, inevitable, aun con una conducta diligente) o si es vencible (es decir, superable con un actuar conforme al debido cuidado) y no está previsto el modo culposo.

En el plano doctrinario, surgen interrogantes relacionados con la posibilidad de responsabilizar por dolo eventual al sujeto que se colocó objetivamente en esa situación de ignorancia para poder excusarse y evitar así su responsabilidad, o si sólo es procedente la culpa por negligencia del sujeto (al no adoptar los cuidados que debía en su conducta).

Conforme a ello, ante este tipo de situaciones en delitos de blanqueo de capitales, analizaremos la figura del lavado de activos en el Código Penal argentino y la posibilidad de aplicar el error de tipo. Luego, desarrollaremos la teoría de la ignorancia deliberada junto con sus críticas más importantes, para finalmente abordar su recepción en el derecho y la jurisprudencia argentina, especialmente para casos de blanqueo.

2. El lavado de activos y el error de tipo

2.1 El tipo delictivo del lavado de activos. Nuevas modalidades

Este delito, incorporado en el año 2011 al Código Penal argentino mediante la Ley 26683, está previsto en el art. 303 de la normativa de fondo mencionada y requiere que mediante cualquiera de las modalidades previstas en la norma se consiga el resultado de introducir en el mercado bienes de origen ilícito con el fin de darles apariencia lícita.

Se trata de un tipo penal abierto, ya que, luego de mencionar las acciones típicas, el legislador argentino utiliza una fórmula residual similar a la utilizada en otros delitos, tales como la estafa o el contrabando. Así, la norma indica en su inciso 1:

Art. 303

1. Será reprimido con prisión de tres (3) a diez (10) años y multa de dos (2) a diez (10) veces del monto de la operación, el que convirtiere, transfiriere, administrar, vendiere, gravare, adquiriere, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado, bienes u otros activos provenientes de un ilícito

penal, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito, y siempre que su valor supere la suma de ciento cincuenta (150) salarios mínimos, vitales y móviles al momento de los hechos, sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí.

Si bien el tipo penal establece una condición objetiva de punibilidad (que los bienes en cuestión superen el monto equivalente a la suma de 150 salarios mínimos, vitales y móviles), la norma también prevé un atenuante (inc. 4) para casos que no alcancen ese piso monetario, resultando típicas las conductas que introduzcan bienes de menor valor sin establecer otros condicionantes por el monto.

Cualquiera sea la forma en que se denomine a este delito —blanqueo, lavado o reciclaje de activos o capitales—, consiste en el ocultamiento del origen espurio de los bienes y su vinculación a la vida económica. Blanco Cordero (2015) define el lavado como un “proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita” (p. 101), lo que lleva al plano de la legalidad sumas monetarias de las que no se puede establecer su origen.

Como expresa Cesano (2007), este delito menoscaba la legitimidad y confianza en el sistema financiero y la actividad económica, y consiste en un proceso de reciclaje de bienes en el que pueden distinguirse tres principales fases (cuyas denominaciones varían según el autor): a) colocación u ocultación (*placement*); b) estratificación, control y cobertura o decantación (*layering*); y c) reinversión o integración (*integration*).

Conforme refiere Ponce (2014), la etapa de colocación consiste en la sustitución de bienes provenientes en forma directa del delito (bienes subrogados) por otros bienes (bienes subrogantes) mediante alguna operación que los introduzca en el circuito económico. Esta es la etapa más vulnerable del proceso, atento a que la conexión con el delito y los bienes es cercana, por ejemplo, mediante la compra de inmuebles, vehículos, joyas o el depósito bancario. La segunda fase consiste en ocultar la procedencia de esos bienes mediante múltiples operaciones y transacciones destinadas a dificultar el rastreo de su origen, para lo cual suelen utilizarse sociedades fantasmas o de papel que operan en paraísos fiscales con secreto bancario. La última etapa del proceso, una vez aislado el capital, consiste en invertirlo nuevamente en el sistema financiero y económico mediante transacciones que le dan apariencia de legalidad.

Cabe destacar que no es necesario que se configuren todas estas etapas para que se consuma el delito de blanqueo de capitales, ello dependerá de cada regu-

lación. En Argentina en particular, donde la norma tipifica la mera *introducción* de bienes de origen ilícito con el fin ulterior de darle apariencia de licitud, sin que sea requisito de configuración la obtención de dicho resultado, el lavado se consuma en su primera fase de colocación. No obstante, si tenemos presente el inc. 3 del art. 303, que de forma atenuada también pune a quien “recibiére dinero u otros bienes provenientes de un ilícito penal, con el fin de hacerlos aplicar en una operación de las previstas en el inc. 1”, podemos concluir que la simple receptación de bienes con el fin de introducirlos al circuito económico y darles apariencia lícita es también punible, aunque sin consistir esta conducta técnicamente aun en operaciones de lavado, sino en un adelanto de punición previsto por el legislador para esta variante del delito de encubrimiento relacionado de forma subjetiva con la figura del blanqueo.

No obstante, esta clasificación en etapas (sin ningún valor dogmático) es útil a los fines de visibilizar las mecánicas y operatorias de este complejo delito, que consiste en un proceso en el que no se obtienen resultados de manera inmediata. Cervini (2002, como se citó en Cesano, 2007) explicita una sucesión de operaciones que podríamos llamar *tradicionales de blanqueo*, tales como constitución de sociedades fantasma, adquisición de inmuebles y cambio de divisas. En un proceso de lavado, cada una de estas operaciones se concatena con las otras con el fin de llegar al objetivo de reintegro al sistema económico regular y dificultar su rastreo o prueba.

Un problema actual que facilita la realización de este delito es la globalización, ya que las innovaciones tecnológicas favorecen su internacionalización, agravando la lesión al tráfico económico y financiero. Como podemos advertir en Guzmán et al. (2023), este delito ha mutado de las típicas operaciones comerciales físicas al ciberespacio, utilizándose en la actualidad para su consumación transacciones realizadas en entornos digitales: por ejemplo, mediante compraventa de criptomonedas, operaciones en casinos virtuales y sitios de apuestas, videojuegos, mercados de trabajo, compraventa *online* y medios de pago virtual, entre otros.

Souto (2022) indica que los nuevos sistemas de pago les facilitan a los blanqueadores su actividad criminal, pues son mejores que el dinero en efectivo para trasladar grandes cantidades; asimismo, la velocidad de las transacciones dificulta el control de los bienes, las relaciones de negocios no presenciales favorecen la utilización de testaferreros e identidades falsas y la ausencia de riesgo crediticio.

El desarrollo de la tecnología también ha traído ventajas, tales como la posible verificación de perfiles de usuario, seguridad criptográfica, verificación

de identidad, entre otras, donde las herramientas de aprendizaje automático (como son los algoritmos) permiten la detección de actividades anormales o sospechosas. No obstante, sigue siendo más complejo realizar la identificación en el mundo digital que en el real, porque la misma ingeniería informática permite ocultar la identidad y suplantarla y porque los cambios tecnológicos son vertiginosos, por lo que es posible cuestionar la eficacia del derecho penal y de los métodos de investigación judicial.

Coincidimos con Souto (2022, p. 7) en que, producto de la globalización, los mercados financieros se caracterizan por la movilidad, la desregulación, la transnacionalidad y la informatización, por lo que los sistemas jurídicos deben dar respuestas acordes a esta realidad. Por lo pronto, la normativa penal argentina contempla una cláusula que tiene en cuenta el contexto internacional en el que se produce este delito —el art. 303, inc. 5—, el cual indica que

Las disposiciones de este artículo regirán aun cuando el ilícito penal precedente hubiera sido cometido fuera del ámbito de aplicación espacial de este Código, en tanto el hecho que lo tipificara también hubiera estado sancionado con pena en el lugar de su comisión.

A su vez, en el inc. 1 del art. 303 (ya transcripto) se establece la apertura de medios para cometer este delito mediante la fórmula y *de cualquier otro modo*, lo que permite abarcar las nuevas modalidades delictivas que surgen con el tiempo y el desarrollo de la comunicación y la tecnología y que rápidamente se expanden a todos los territorios mediante la globalización. Así, conforme refiere Vidal Albarracín (2022), se puede decir que “El lavado de activos es un tema de la política criminal internacional, que busca desestimular la actividad de las organizaciones criminales mediante el decomiso de los bienes ilícitos, su no uso y el aislamiento del autor” (p. 474).

2.2 El caso *Bobinas Blancas* y el error de tipo¹

Retomando las características que hacen al lavado de activos, podemos decir que presenta un complejo mecanismo de realización, usualmente mediante una serie de fases sucesivas que van desde la colocación hasta la integración. Suele ocurrir que intermediarios de operaciones de lavado (sobre todo en la etapa de diversificación) argumentan en su defensa, al verse implicados judi-

1 Tribunal Oral Federal Bahía Blanca, 04/11/2021, Rodríguez Córdova, Max y otros s/Infracción Ley 23.737.

cialmente, hallarse en error de tipo por ignorar que su conducta colaboraba con operaciones de blanqueo. Un caso conocido en el que se argumentó de este modo fue la llamada causa *Bobinas Blancas*, en la que una organización criminal utilizó una empresa argentina constituida en la provincia del Chaco para exportar estupefacientes a otra empresa de Barcelona (España) desde el puerto de Campana de la provincia de Buenos Aires, bajo la cobertura del envío de bobinas de láminas de acero, las cuales se preparaban en un depósito de la ciudad de Bahía Blanca, también de la provincia de Buenos Aires. Para hacer esto, una organización narcocriminal que se hallaba en México introducía dinero a la Argentina mediante transferencias de dinero en criptomoneda bitcoin a E. G., el operador de Bitcoins acusado de lavado de activos. A continuación, E. G. entregaba el equivalente en dólares de la suma transferida en bitcoin a los tres imputados mexicanos que se encontraban en Argentina, M. R. C., J. M. C. P. y J. C. M., quienes se encargaban del resto de la operatoria de exportación. De ese modo, la organización operaba fuera del sistema bancario y se garantizaba el anonimato frente a los organismos de control argentinos. En el juicio, E. G. reconoció las operaciones en carácter de intermediario con la banda narcocriminal, pero negó conocer que el dinero involucrado en las transacciones fuera proveniente de hechos ilícitos, alegando que los montos involucrados eran comunes en ese tipo de transacciones y que ignoraba que con su actuar colaboraba con operaciones de lavado de activos, alegando de este modo un desconocimiento de los hechos o error de tipo como estrategia defensiva para eximirse de responsabilidad.

El error de tipo, conforme a Cesano (2007, p. 472), consiste en la falta o falsa representación respecto de los elementos del tipo delictivo en su faz objetiva, pudiendo recaer tanto en elementos descriptivos como normativos.² Dentro de estos elementos podemos enunciar, según Silvestroni (2004, p. 239), la descripción del sujeto activo, de la faz exteriorizada de la acción (el verbo típico) y, en los tipos de resultado, la descripción de éste, de la relación causal que conduce a su producción y los elementos ocasionales que se relacionan con ciertas circunstancias que rodean a la acción (como por ejemplo los medios de realización de esta). A su vez, cuando nos referimos al aspecto subjetivo del tipo, hacemos

2 No se debe confundir con el error de prohibición, que versa en la ignorancia de la existencia o alcance de la norma sin desconocer ningún aspecto de su conducta. Este tipo de error, según Silvestroni (2004), “recae sobre la antijuridicidad del hecho, es la creencia de que se actúa conforme a derecho cuando en realidad se obra en contra de él, o sea, ilícitamente” (p. 360). Así, a diferencia del error de tipo, el de prohibición incide sobre la culpabilidad del autor, ocasionando una disminución de responsabilidad: si el error es invencible, queda excluida, mientras que si es vencible, resulta disminuida.

referencia al requisito interno relevante penalmente en la conducta del sujeto: el dolo o la culpa, actualmente llamada “imprudencia” por algunos autores, el conocimiento que tiene de las circunstancias objetivas del tipo y la voluntad o intención de realizar la acción prohibida, junto con los especiales elementos del tipo subjetivo que pueda incluir el tipo penal (como *maliciosamente*). Se puede afirmar genéricamente³ que en el dolo existiría, por tanto, un componente cognoscitivo y otro volitivo; pero si partimos de la interpretación teleológica y sistemática del tipo penal, es posible que se presenten situaciones en las que la imputación dolosa se funda en el conocimiento del autor y en otras en su voluntad. Podemos decir entonces que, si la representación subjetiva coincide con los elementos objetivos, se puede imputar la conducta como típica. Como corolario de estas distinciones desarrolladas, si nos referimos a Lascano et al. (2015), diremos que el dolo es el conocimiento y la voluntad de realización del tipo penal, por lo que el autor del hecho debe conocer lo que está realizando y debe querer realizarlo. De este modo, las posibles combinaciones entre la cognición y la volición dan lugar a la distinción del dolo directo, indirecto y eventual.

Debemos mencionar que para otros autores, como es el caso de Córdoba (2021), el dolo debe ser definido sólo a través del elemento intelectual o cognitivo, como el conocimiento de los elementos del tipo, reservando el *querer* sólo para la ejecución de la acción, de modo que el dolo se satisface con el conocimiento cierto o incierto que tenga el autor de los elementos del tipo. Consecuentemente, conforme refiere Muñoz Conde (2010), “el autor debe conocer los elementos objetivos del tipo de injusto. Cualquier desconocimiento o error sobre la existencia de algunos de estos elementos repercute en la tipicidad porque excluye el dolo” (p. 275). Así, este error puede consistir en una representación falsa por déficit de conocimiento (se conoce algo diferente de lo real) o en una falta de representación por ignorancia de los elementos que constituyen la faz objetiva del tipo delictivo (es decir que no se conoce la realidad).

La consecuencia jurídica que acarrea este error, conforme refiere Cesano (2014, p. 16), varía según si éste es vencible o invencible, es decir, si mediante una conducta diligente, el sujeto hubiera podido salir del error o igualmente habría recaído en él. Así, si su actuar era invencible e inevitable, no responderá por dolo ni por culpa (porque incluso mediante un actuar diligente no habría podido salir del error). En cambio, si actuando con mayor cuidado el sujeto habría podido salir del error, claramente su conducta fue culposa, pero

3 Existen variadas y extensas teorías del dolo que escapan a las posibilidades de esta obra, por lo que se hace una síntesis que abarca los mayores consensos de la doctrina al respecto.

no dolosa, y no responderá por el tipo que requiere dolo, aunque subsiste su responsabilidad por culpa si el ordenamiento jurídico prevé el tipo culposo de la conducta en cuestión.

En el caso *Bobinas Blancas*, el Tribunal Oral Federal de Bahía Blanca igualmente consideró a E. G. autor de lavado de activos por entender que aportó su conocimiento y experiencia en ese rubro financiero, colaborando de ese modo con la organización criminal. Si bien el Tribunal no explicitó la aplicación en concreto de la teoría de la ignorancia deliberada, consideró que el error de tipo no era procedente y que el sujeto actuó con dolo.

3. La teoría de la ignorancia deliberada

La ignorancia deliberada tiene su origen en el *common law*, en una sentencia inglesa de 1861 en la que, conforme resume Ragués i Vallès (2013), se estableció que “la abstención intencionada de obtener conocimientos, en caso de haberse probado, habría debido merecer la misma respuesta punitiva que el conocimiento efectivo” (p. 13).

Respecto al concepto de ignorancia deliberada, Jakobs (1997), el principal referente del funcionalismo sistémico, establece que consiste en la “imprudencia dirigida a un fin, es aquel desconocimiento que el propio autor no valora como una carencia de su orientación en el mundo porque el ámbito material del objeto desconocido carece de interés para él” (p. 138).

Por otro lado, Ragues i Vallès se distancia de este concepto de Jakobs (que lo considera más propio del ámbito de la culpa con representación), ya que entiende que la ignorancia deliberada requiere mínimamente de un dolo eventual; el término *deliberadamente* así lo hace intuir también. Así, cabe destacar que el autor tomó como base un precedente del Tribunal Supremo Español que, en el año 2000, condenó a un sujeto por el transporte de grandes sumas de dinero en efectivo a un paraíso fiscal, pese a que desconocía que el origen de tales cantidades era el delito de tráfico de estupefacientes. En virtud de ello, el Tribunal concluyó (conforme resume Ragués i Vallès, 2013) que “el sujeto contaba ya con una sólida sospecha inicial [del origen de los bienes] y que su aceptación se deduce del hecho de que no quisiera profundizar o confirmar sus dudas acerca del origen de la cantidad transportada” (p. 21). En esta resolución, se define la ignorancia deliberada como la situación en la que el sujeto no quiere saber aquello que puede y debe conocer, y se establece como requisito que exista un beneficio para el sujeto (económico o de cualquier otro tipo).

Así, Ragués i Vallès (2007) estableció que la ignorancia deliberada requiere que el sujeto actúe con dolo eventual y no con culpa con representación, para lo cual deben estar presentes ciertas condiciones. Así, para el autor, actúa en ignorancia deliberada quien

Realiza una conducta objetivamente típica sin representarse que concurren en ella los concretos elementos de un tipo legal, pero sospechando que está actuando de manera potencialmente lesiva para algún interés ajeno y que pudiendo desistir de tal conducta, prefiere realizarla manteniéndose deliberada o conscientemente en una ignorancia prolongada en el tiempo como medio para obtener algún beneficio, sin asumir riesgos propios ni responsabilidades. (pp. 192-193)

De este modo, erigiéndose como una versión de la *actio libera in causa*⁴ para el ámbito de la tipicidad, la teoría de la ignorancia deliberada considera que la generación intencional del error de tipo, es decir, de ese desconocimiento de los elementos del tipo objetivo por parte del sujeto activo, excluye el error en virtud de que actuó con dolo eventual al prever la probabilidad de que su conducta sea delictiva.

No obstante, cabe tener presente que existen ciertas diferencias entre la ignorancia deliberada y el dolo eventual, como bien señala Manrique (2014, p. 176). En el dolo eventual, la ignorancia del sujeto recae en la concurrencia de un resultado que avizora como probable, pero cuyo acaecimiento depende de las relaciones causales del mundo, sabe exactamente cuál es su conducta y conoce la probabilidad de que se produzca un resultado dañoso a consecuencia de ella (el cual aún no ha ocurrido en el estadio previo de determinación de su conducta), no le falta información sobre lo que está haciendo en ese momento, sino certeza sobre las consecuencias que generará su acción en el futuro. En cambio, en la ignorancia deliberada, la probabilidad que el sujeto avizora como posible es que su conducta ya esté constituyendo un delito; no prevé una probabilidad futura e incierta de su conducta, sino que la conducta en sí podría consistir en una conducta típica y prefiere desconocerlo, es decir, permanecer en la ignorancia, y efectivamente al momento de actuar desconoce si está inserto en el tipo penal o no, aunque sabe que existe una probabilidad de que sí lo esté.

4 “Fenómeno delictivo caracterizado porque, al tiempo del hecho, el autor se encuentra en estado de inimputabilidad o es incapaz de acción, pero esta situación puede referirse a un momento anterior en que era plenamente capaz [...] y se coloca en situación de inimputabilidad o de incapacidad de acción; en este momento no ha comenzado aún a realizar la acción descrita en el tipo” (Alonso Alamo, 1989, p 55).

Pese a estas diferencias, Ragués i Vallès (2007) considera que en los sistemas penales que no definen el dolo, la ignorancia deliberada es pasible de ser incorporada al concepto de dolo y, por ende, puede ser aplicado a los tipos penales dolosos sin mayores complicaciones (no así los que sí lo definen, como el sistema penal colombiano). No obstante, cabe resaltar que los ordenamientos jurídicos sí prevén en general conceptos de culpa o imprudencia, recayendo el dolo en lo que no es culposo. Atento a ello, cabe preguntarse si toda grave indiferencia del autor al riesgo de que su conducta sea delictiva será susceptible de ser considerada dolo eventual o si podría considerarse como una conducta culposa por culpa consciente o con representación.

4. Críticas a la teoría de la ignorancia deliberada. ¿Dolo eventual o imprudencia con representación?

4.1 Consideraciones generales

Para desarrollar este apartado, consideramos relevante la postura de Luis Greco (2013, pp. 67-77), quien coincide con Ragués i Vallès en que gran parte de los casos de ignorancia deliberada son en verdad casos de dolo eventual, pero sostiene que es inaceptable equiparar al dolo los casos de ignorancia deliberada en sentido estricto, la cual en su opinión sólo puede ser considerada imprudencia grave.

El autor acuerda que los casos en los que el sujeto tiene un comportamiento previo con un conocimiento mínimo del riesgo que implica su conducta y toma una decisión en favor de la ignorancia, actúa con dolo eventual, ya que “hace uso de su yo futuro como instrumento que actúa con error excluyente del dolo” (Greco, 2013, p. 69). A su vez, acuerda con Ragués i Vallès en que el legislador penal le da un tratamiento más severo al dolo que a la imprudencia, pero no considera que la razón sea lo que estos tipos comunican respecto a la vigencia de la norma (es decir que los tipos dolosos comunican un enfrentamiento directo o de mayor intensidad con su vigencia), sino que la razón está dada por el peligro que implica para la subsistencia de un bien jurídico que un sujeto actúe con dominio y conocimiento del riesgo que su comportamiento implica y que, aun así, decida usar su libertad en perjuicio de bienes jurídicos, lo que le acarrea una mayor o más severa responsabilidad en relación con quien actuó sin ese conocimiento. Perspectiva propia de un funcionalismo moderado y no sistémico, con la que acordamos, ya que el fundamento expresado por Ragués i Vallès hace referencia sólo al interés social de preservar la norma en general y no a los intereses por los que surge la norma en particular (la protección de un bien jurídico o varios).

A su vez, Greco (2013) critica que Ragués i Vallès (2013), al exigir que el sujeto procure obtener un beneficio para castigar su ignorancia deliberada a título de dolo eventual, confunde la motivación del sujeto con el dolo de su actuar. Para que el sujeto actúe con dolo, debe hacerlo con conocimiento del riesgo en el que coloca al bien jurídico, debiendo ser indistinto —a los fines de configurar el dolo— si el sujeto se beneficia o no de su decisión de mantenerse en la ignorancia (en todo caso, ello podría influir en su mayor reprochabilidad). En este aspecto, se coincide con Greco en que no resulta necesario exigir un beneficio para el autor a los fines de configurar el dolo eventual bajo esta especial modalidad, pudiendo tales motivaciones consistir en meros indicios de su intención de mantenerse en la ignorancia y de la previsibilidad que tiene de las consecuencias posibles de su conducta. Cabe destacar que esta crítica no desvirtúa la posibilidad de considerar como dolo eventual este tipo de conductas y, al contrario, le quita uno de los requisitos añadidos por Ragués i Vallès (2013): la obtención de un beneficio, en lo que se coincide.

Por último, la principal crítica de Greco (2013) consiste en que, como no existe tentativa de delitos imprudentes, sino sólo de dolosos, las conductas de ignorancia deliberada serían pasibles de tentativa, pero advierte que resulta un contrasentido su castigo. Así, el autor cita como ejemplo el caso de un director que difunde una dirección de correo electrónico para la comunicación de irregularidades en el funcionamiento de la empresa, la cual no iba a abrir nunca, de modo que de antemano predeterminó su actuar a ignorar las irregularidades que surjan a futuro, previendo que, en caso de él tomar conocimiento, debería denunciarlas para no incurrir en delito de encubrimiento (en el caso de que se informen hechos de corrupción) o adoptar algún tipo de conducta si tiene un deber de actuar (supongamos que se produce una muerte por desperfectos de una máquina, y que se informó reiteradamente mediante esta dirección de correo destinada a no ser abierta el riesgo que implicaba su utilización en las malas condiciones en que se encontraba). ¿Qué sucede si nunca se envió un correo a esa dirección? ¿La creación de este correo coloca el actuar del sujeto en actos preparatorios o ya está igualmente tentado el delito? Es decir que aquí se evidencia la dificultad de determinar el momento de inicio de la tentativa en este tipo de casos. A su vez, en el caso de un sujeto que recibe dinero para cruzar un automóvil de México a Canadá conociendo que el vehículo tiene una carga en un compartimento secreto, pero desconociendo su contenido (pornografía, estupefacientes, dinero o armas), ¿cómo se determina con base en qué delito se establece la escala de la tentativa?, ya que es necesario establecer el tipo penal tentado, sobre el cual se establece la escala penal.

En el primer ejemplo señalado por el autor, suponiendo que el delito que se desea ignorar en realidad no se comete, podrían aplicarse las reglas del delito imposible y el juez podrá eximir de pena si advierte que la conducta del sujeto no reviste peligrosidad alguna (art. 44, último párrafo del Código Penal Argentino). No consideramos que su actuar consista en actos preparatorios porque el sujeto ya desplegó la conducta por la que luego, de configurarse el condicionante, debería responder, siendo incluso un caso de tentativa acabada.

Respecto al segundo ejemplo, en relación con cómo determinar qué figura penal se está tentando, no lo consideramos un obstáculo, ya que, como se anticipó en el párrafo anterior, para que la conducta no consista en un delito imposible, es necesario que el delito condicionante se cometa o se tiene. El autor de ignorancia deliberada asume el riesgo de que su conducta participe en diversos delitos, y las consecuencias de todos ellos, por lo que, una vez que se configure el condicionante, se determinará la escala aplicable con base en ello. Así, si bien Greco (2013) considera que asimilar la ignorancia deliberada al dolo eventual requiere de una perspectiva *ex post* para determinar la figura aplicable y, por ende, desde una perspectiva *ex ante* sólo puede considerarse que es imprudencia, cabe tener presente que el dolo eventual implica conocer el riesgo que genera una conducta y asumir sus resultados, ya sea que el comportamiento del sujeto genere uno o varios riesgos distintos, en cuyo caso, al proseguir con su actuar, estará asumiendo las consecuencias probables de todos los riesgos que conoce que pueden acaecer; justamente es dolo eventual porque es probable, no hay seguridad.

Por otro lado, Pérez Barberá (2021, p. 93) especifica que, para una parte de la doctrina, no se pueden considerar dolosas estas conductas, sino culposas: por un lado, porque en su configuración falta el conocimiento (entendido también como representación) de un elemento del tipo y, por otro, porque erróneamente el sujeto confía en que el riesgo que prevé (de que su conducta sea delictiva) no se producirá, siendo compatible entonces con una culpa o imprudencia con representación.

Entonces, para responder a esta crítica, cabe precisar los límites entre la culpa con representación y el dolo eventual. Refieren Lascano et al. (2005, pp. 278-279), resumiendo a Ernst Beling, que actúa con dolo eventual quien realiza una conducta con conocimiento de que es probable que se produzca un resultado típico y no deja de actuar por ello. Dentro de esta variante del dolo, existen dos principales corrientes que lo definen con mayor precisión, las cuales aportan distintas soluciones al problema de atribución subjetiva que

plantea la ignorancia deliberada. Así, dice el autor que, desde la *teoría de la voluntad* (defendida por Beling), el dolo eventual exige que el autor se represente el resultado como probable y que en su esfera interna lo haya consentido. Se critica a esta corriente porque requiere captar la actitud interna del autor, algo no habitualmente captable por terceros. Por otro lado, también menciona la *teoría de la probabilidad*, desde la cual se sostiene que el límite entre la culpa o imprudencia con representación y el dolo eventual está dado por el grado de probabilidad de que se produzca el resultado lesivo, riesgo advertido por el autor desde el conocimiento que tiene de la situación objetiva. En virtud de ello, se considera que el agente actúa con dolo eventual si se representó que era sumamente probable que se produzca el resultado y actuó de todos modos sin desistir de su comportamiento, demostrando su conformidad con ese resultado y asumiendo la responsabilidad de que se produzca.

Conforme a lo expuesto, consideramos que la crítica a la teoría de la voluntad puede ser superada atento a que el tipo subjetivo en general implica una esfera interna del sujeto y se está alegando una cuestión de prueba para desvirtuarla. No obstante, para determinar si el sujeto internamente tuvo la intención de asumir ese resultado, resulta dirimente que por lo menos ese resultado sea probable, por lo que entendemos que deben complementarse la teoría de la voluntad con la de la probabilidad para determinar esta cuestión.

A su vez, cabe tener presente algunas consideraciones que hace Pérez Barberá (2021, pp. 99-102) al respecto desde una perspectiva normativista (propia del funcionalismo sistémico de Pawlik y Jakobs, con quienes concuerda). Pawlik (2012, como se citó en Pérez Barberá, 2021) indica que: “En los casos de desconocimiento o de ausencia de representación de circunstancias típicamente relevantes [...] puede haber dolo si esos defectos cognitivos son inexcusables, mientras que habrá a lo sumo imprudencia si son excusables” (p. 99). De alguna manera, el autor trae una antítesis de la teoría del error vencible o invencible para distinguir el límite entre el dolo y la culpa o imprudencia, estableciendo que cuando la ignorancia sea excusable, es decir que caben justificaciones razonables a su desconocimiento, el sujeto sí obrará con imprudencia y no con dolo. Así, desde esta perspectiva se asimila la negligencia grave con el dolo eventual. Desde esta conceptualización se puede decir entonces que el conocimiento que tiene el sujeto es que puede estar cometiendo un delito y es indiferente a esa posibilidad, lo que permite afirmar que asume esa realidad posible junto con sus consecuencias, por las que deberá responder penalmente.

No obstante, como entonces la culpa o imprudencia con representación

sigue siendo una posibilidad argumental (ya que el sujeto también puede alegar que confió en que su actuar no era delictivo), entendemos que allí puede aplicarse la propuesta de Pérez Barberá y tener en cuenta si su ignorancia era excusable o inexcusable según las circunstancias del caso y del autor. No obstante, si bien esta opción es útil al momento de distinguir indicios de reprochabilidad, no nos parece justo asimilar la negligencia grave al dolo eventual sin más, y coincidimos con Ragués i Vallès (2007, pp. 184-192), que agrega —basándose en el fallo *United States vs. Jewell*⁵ que además es necesario que el autor: 1) tenga sospecha previa de la naturaleza ilícita de la conducta; 2) persista a lo largo del tiempo en su decisión de desconocer los hechos (existiendo oportunidades para salir del estado de incertidumbre); 3) tenga por fin (con la ignorancia) evitar responsabilidad y/o asumir riesgos (requisito discutido por fallo posterior *United States vs. Heredia*, 2007); y 4) tenga por fin (con la ignorancia) obtener un beneficio de cualquier tipo. Consideramos que del conjunto de estos requisitos surgen elementos suficientes para considerar que el sujeto decidió mantenerse en la ignorancia como estrategia y no como negligencia, es decir, por intención plena.

4.2 Postura de las autoras

En nuestra opinión, la ignorancia o ceguera se alejará de la imprudencia cuando el beneficio que procura el sujeto con ella es el de evadir su responsabilidad; el agente debe predeterminar su actuar a mantenerse en la ignorancia con el fin de evadir la responsabilidad penal que le implicaría dicho conocimiento; esa es su conducta interna reprochable, la intención que aquí interesa. Consideramos que este requisito es de vital importancia, ya que es el que principalmente justifica que la conducta salga del ámbito de la culpa o imprudencia con representación y se ubique en el plano del dolo eventual. De este modo, que el sujeto persista a lo largo del tiempo o en una circunstancia determinada en mantenerse en ese desconocimiento pese a poder superarlo consistirá no sólo en un indicio que demuestre esta predeterminación de su actuar para evadir su responsabilidad (aportando a los problemas probatorios de esta doctrina), sino también en el elemento objetivo del cual se puede inferir que se representa la posibilidad de un resultado ilícito en su conducta y la intención de permanecer en la ignorancia, asumiendo entonces que dicha posibilidad se concrete al actuar pese a prever dicho resultado.

5 1976, 532 F. 2nd 697, 9° Circ.

Respecto a esto último, cabe precisar que, si bien Ragués i Vallès (2013) ha mencionado como requisito también que el sujeto tenga *sospecha* de la naturaleza ilícita de su conducta, consideramos que este término resulta abstracto, ya que entonces se debe determinar cuál es el grado de sospecha necesario. En virtud de ello, consideramos que resulta más preciso requerir que el sujeto tenga conocimiento de la probabilidad de que su conducta recaiga en un tipo penal, probabilidad que objetivamente debe existir al momento del hecho.

Welzel (1959, como se citó en Ragués i Vallès, 1998a, p. 23) afirma que si la probabilidad de que ocurra el resultado no es elevada, el tipo subjetivo se traslada hacia la imprudencia con representación, no obstante, dicha conclusión se deriva de la dificultad de inferir la intención de asumir las consecuencias de un resultado probable si éste no lo es. El problema de esta afirmación es que no siempre es posible *ex ante* graduar la posibilidad de acaecimiento, sólo se puede prever que el resultado sea probable conforme al habitual acaecer. En todo caso, y siguiendo el razonamiento del autor, se puede afirmar que, a mayor probabilidad del resultado, mayor asunción de sus consecuencias y, por ende, acercamiento de la conducta al dolo eventual y alejamiento de la imprudencia con representación.

No obstante, entendemos que dicha afirmación no es suficiente para diferenciar el dolo eventual de la imprudencia con representación en casos de ignorancia deliberada. Desde nuestra postura, utilizando de forma complementaria la teoría de la probabilidad y la de la voluntad del dolo, podemos afirmar que los casos bajo análisis requieren los siguientes elementos de tipo objetivo y subjetivo para considerar que se actúa con dolo eventual en lugar de con imprudencia con representación:

- Objetivamente requieren una probabilidad de que el resultado se produzca (de que la conducta sea delictiva); además, debe existir en el caso una concreta posibilidad de salir de la ignorancia y que dicha oportunidad de conocer no sea aprovechada de forma inexcusable por el sujeto.
- Subjetivamente se exige que el autor conozca estas posibilidades y oportunidades, que tenga la intención de permanecer en la ignorancia y que tenga el fin específico de evitar responsabilidad y/o de obtener un beneficio. En nuestra opinión, dicha intención implica que su conducta sale del ámbito de la imprudencia con representación y se ubica en el plano del dolo eventual, por lo que el agente debe predeterminar su actuar a mantenerse en la ignorancia con esa finalidad específica.

De este modo, la ignorancia deliberada se presenta en el análisis de la tipicidad de la conducta como una teoría similar a la *actio libera in causa* en el ámbito de la culpabilidad (que excluye de reprochabilidad de la conducta cuando el agente se ocasiona el estado de inculpabilidad para evadir responsabilidad), ya que es la conciencia del riesgo existente y la predeterminación de su ignorancia lo que le acarrea la responsabilidad dolosa. Como bien refiere Greco (2013), el sujeto así actúa como su propio *autor mediato* en relación con su yo futuro y un comportamiento previo que justifica su responsabilidad por dolo eventual y no por simple ignorancia.

5. Recepción y aplicación de la teoría de la ignorancia deliberada en Argentina

5.1 Recepción normativa

A modo de antecedente, Ragués i Vallès (2013) indica que esta teoría se menciona por primera vez en 1899, en una resolución del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en la que se equipara el desconocimiento provocado con el desconocimiento efectivo. Hacia 1970, la doctrina se aplica de manera generalizada en los casos de transporte de droga; a pesar de recibir las críticas de mención, la teoría no ha dejado de aplicarse e incluso se ha ampliado a los delitos ambientales y corporativos.

En relación con los sistemas continentales, este autor entiende que, como en estos sistemas la mayoría de los códigos no define el dolo, la renuncia deliberada a conocer suele resolverse aplicando la forma del dolo eventual, ya que la falta de tipificación de este elemento permite realizar una valoración amplia de su alcance y considerar procedente el dolo eventual cuando el sujeto conoce la probabilidad de que su conducta sea delictiva.

No obstante, existen ordenamientos como el argentino que permiten punir la ignorancia, aunque no establecen si a título de dolo o imprudencia. Ello así, siguiendo a Gabella (2020), atento a que en el art. 34, inc. 1 del Código Penal excluye de punibilidad el actuar del sujeto que al momento del hecho no comprende la criminalidad de su actuar por error o ignorancia *no imputables*. Es decir que sí resultan punibles penalmente aquellos a quienes se les puede *imputar* la ignorancia de que su actuar constituía un hecho típico, ya sea a título de dolo o de imprudencia, siendo admisible imputar la ignorancia a título de dolo eventual en nuestro ordenamiento, siempre que el tipo penal en particular admita dolo eventual, en virtud de lo cual cabe analizar a continuación si en concreto la figura del blanqueo admite esta variante del dolo.

5.2 Aplicación al lavado de activos: admisibilidad del dolo eventual

El tipo delictivo del art. 303 del Código Penal describe una serie de acciones típicas de carácter alternativo. Cualquiera de ellas puede identificarse con el tipo objetivo: convertir, transferir, administrar, vender, por ejemplo. Asimismo, la norma contiene una fórmula genérica: cuando dice “de cualquier otro modo”, admite otras formas siempre que sean materialmente idóneas para lograr el objetivo propuesto, es decir, la posible consecuencia de que los bienes adquieran la apariencia de un origen lícito

A su vez, subjetivamente, el tipo requiere que el autor conozca que los bienes tienen un origen ilícito, la voluntad de querer realizar la conducta típica y un “particular elemento subjetivo del injusto, que dota de sustantividad propia al delito y lo delimita subjetivamente del encubrimiento” (Buompadre, 2021, p. 730), se trata de la finalidad de que tales bienes adquieran una apariencia de legalidad. Con respecto a este aspecto subjetivo, se debe advertir que, así como el citado autor considera que esta conducta sólo es compatible con el dolo directo, otros autores indican la posibilidad del dolo eventual, sobre todo en los partícipes delictivos. Tal es el caso de D’Albora (2011), que, atendiendo a la redacción del tipo delictivo, considera que este admite su realización a través del dolo directo, indirecto o eventual; o de Córdoba (2015), quien también considera que el lavado puede ser realizado con todas las formas de dolo mencionadas. Así se ha expedido también la Cámara de Nacional de Casación Penal en el fallo *Orentrajch* (2018), al considerar que no se requiere la demostración plena del conocimiento por parte del sujeto activo en torno a la ilegal procedencia del dinero que está blanqueando, siendo suficiente a esos efectos el dolo eventual. Cabe puntualizar que la Cámara de Casación entendió que se podían reconocer los indicios que fundaban la existencia del aspecto subjetivo de la figura que se le reprochaba a la encartada (es decir, el lavado de activos), ya que en el contexto en el que se dieron los hechos no puede sostener que desconocía las actividades ilícitas de su exmarido cuando éste le había otorgado un poder amplio de administración y disposición, el cual fue utilizado por ella para realizar operaciones comerciales con fecha posterior a la sentencia de divorcio.

5.3 La jurisprudencia argentina y la teoría de la ignorancia deliberada en casos de lavado de activos

Si bien no existe jurisprudencia unificada sobre la temática, cabe resaltar la sentencia N° 07 del 8 de marzo de 2019 del Tribunal Federal Oral de Chaco,⁶ que de forma aislada reconoció de manera expresa la teoría de la ignorancia deliberada para fundar la condena de los acusados por lavado de activos, siendo un precedente de gran importancia en este aspecto. El Tribunal indicó en la sentencia que, en oportunidad de prestar declaración indagatoria, fue una recurrencia casi constante en cada uno de los imputados la expresión de frases tales como “no sabía”, “no me constaba”. Fue un denominador común a lo largo del debate argüir ajenidad y establecer siempre una distancia con el detalle fino de las maniobras económicas. En primer lugar, el Tribunal se posicionó respecto a la admisión del dolo eventual en el delito de lavado de activos al afirmar que:

En lo que respecta al aspecto subjetivo el delito de lavado de activos es un delito doloso, que abarca el dolo directo de primer grado, dolo directo de segundo grado y dolo eventual. En consecuencia, debe haber voluntad consciente de la producción del resultado, lo que implica ex ante aceptarlo aún como posibilidad. (p. 236)

A su vez, establece específicamente que el inc. 1° del art. 303 del Código Penal admite de manera expresa esta variante del dolo al establecer que las operaciones de lavado se realicen “con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen ilícito”.

Seguidamente, el Tribunal recurrió a la argumentación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español (que admite la ignorancia deliberada como dolo eventual en más de 150 resoluciones) para justificar el elemento subjetivo del tipo en este caso. Conforme sostiene la asentada jurisprudencia,

6 Tribunal Oral en lo Criminal Federal. Resistencia, Chaco 08/03/2019, *Salvatore, Carla Yanina s/ infracción artículo 303, inciso 3, Cód. Penal* (FRE 2021/2014/TO1). La circunstancia de quien se pone en situación de ignorancia por no querer saber aquello que puede y debe saber, es decir, cuando existen indicios de que el sujeto ha sido consciente de determinados elementos en lo que no ha querido profundizar, evidencia una realización objetivamente típica sin que el sujeto haya contado en el momento de realización del hecho con los conocimientos exigidos por el dolo del tipo cometido, pero esa falta de conocimiento sería, simplemente, el resultado de una decisión previa, más o menos consciente, de no querer obtenerlo.

la persona que no quiere voluntariamente conocer el origen de los efectos sobre los que actúa puede afirmarse que conoce ese origen delictivo, dado que con su acto de negar las fuentes de conocimiento se está representando la ilegalidad de su actuación, especialmente en casos con consecuencias económicas y tributarias. (p. 81)

Así, quien se pone en situación de ignorancia por no querer saber lo que puede y debe saber (ceguera ante los hechos), existiendo indicios de que el sujeto ha sido consciente de determinados elementos en los que no ha querido profundizar,

asistimos a una realización objetivamente típica sin que el sujeto haya contado en el momento de realización del hecho con los conocimientos exigidos por el dolo del tipo cometido, debido a que esa falta de conocimiento es el resultado de una decisión previa de no querer obtenerlo. (p. 237)

De este modo, los acusados en el caso deliberadamente no se preguntaron por qué las sociedades eran puestas a su nombre y de dónde provenía el dinero que, en poco tiempo, cobraban en grandes cantidades, el cual era invertido en la compra o creación de nuevas empresas y en la adquisición de vehículos y propiedades, especialmente cuando las empresas eran ficticias o de papel (pues no tenían movimiento comercial ni personal a cargo (pp. 237-238). De ello sólo puede concluirse que, si bien manifestaron desconocer el origen ilícito de los bienes, la realidad contraria era abrumadora. Además, su rol en las empresas implicaba un deber de conocer que impide cerrar los ojos ante la realidad económica en la que estaban inmersos.

6. Conclusiones

La ignorancia deliberada es una variante de dolo eventual, pero no está regulada de manera expresa en nuestro ordenamiento jurídico (de tradición continental) como una forma pasible de atribuir responsabilidad a un sujeto. No obstante, particularmente el sistema penal argentino no la impide, ya que el art. 34, inc. 1 del Código Penal admite la posibilidad de punir el error o la ignorancia *imputable*, restando determinar si esa ignorancia se debe al dolo o a la culpa en el caso concreto. Así, como además nuestro sistema penal no define el dolo, se puede concluir que es la dogmática y la doctrina la que permitirá establecer en qué condiciones es posible atribuir responsabilidad a un sujeto que actuó con ignorancia deliberada como una variante del dolo eventual.

En virtud de ello, consideramos que para atribuirle a una conducta dolo eventual por ignorancia deliberada, objetivamente se requiere:

1. Que la conducta con la que se relaciona la ignorancia del sujeto sea objetivamente típica, para no punir un delito imposible.
2. Una concreta posibilidad de salir de la ignorancia.
3. No aprovechar la posibilidad de salir de la ignorancia de forma inexcusable.

A la vez que subjetivamente se requiere:

1. El conocimiento de la probabilidad de que su conducta recaiga en un tipo penal (en lugar de *sospecha*, como refiere Ragués i Vallès (2013).
2. El fin de evitar responsabilidad y/o de permanecer en la ignorancia, elemento subjetivo del tipo que específicamente distancia el caso de una imprudencia con representación. Coincidimos con Greco en que no es necesario exigir un fin distinto al conocimiento en forma genérica (como la obtención de un beneficio), ya que la motivación específica del autor será cuestión a valorar al momento de analizar su grado de culpabilidad (individualización de la pena).

En virtud de lo expuesto, entendemos que en el ordenamiento jurídico argentino nada obsta la aplicación de la teoría de la ignorancia deliberada como dolo eventual cuando se presentan los requisitos mencionados, siendo aplicable a cualquier figura que admita el dolo eventual.

El lavado de activos, tal como se encuentra contemplado en el Código Penal argentino, se configura con la realización de cualquiera de sus verbos típicos y también se puede consumir cuando el sujeto activo “de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado” bienes de origen ilícito. Además, en cuanto al dolo, este tipo penal sólo exige que el autor conozca y tenga la intención de incorporar al tráfico lícito bienes de origen ilícito, sin exigir el objeto de que estos últimos adquieran apariencia lícita, ya que expresamente establece que la acción típica debe realizarse “con la consecuencia posible” de que dichos bienes adquieran apariencia lícita, resultado eventual que es ajeno a la intención exigida al autor, aunque requiera cierta probabilidad de ocurrencia. De este modo, el tipo no sólo abarca cualquier nueva modalidad que pueda surgir de las innovaciones tecnológicas y la globalización (como serían las transferencias de monedas virtuales), sino que permite admitir la posibilidad de un dolo eventual al no exigir un elemento subjetivo específico distinto del dolo común (como sería la intención de que adquieran apariencia de licitud).

De este modo, considerando que el delito de lavado de activos admite la posibilidad de dolo eventual, se puede concluir que la teoría de la ignorancia deliberada es aplicable a casos de blanqueo de capitales.

Bibliografía

- Alonso Alamo, M. (1989). La acción “libera in causa”. *Boletín Oficial del Estado, España*. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1989-10005500108.
- Bacigalupo, E. (1999). *Principios constitucionales de derecho penal*. Hammurabi.
- Blanco Cordero, I. (2015) *El delito de Blanqueo de capitales*. Thompson Reuters Aranzadi.
- Buompadre, J. (2021). *Derecho penal: parte especial, doctrina y gráficos* (3ª ed.). ConTexto Libros.
- Cesano, J. D. (2007). Error de tipo, criminalidad económica y delito de lavado de activos de origen delictivo: su tratamiento en la dogmática penal argentina. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, LX*, 457-478.
- Cesano, J. D. (2014). *Estudios de derecho penal económico*. Alveroni Ediciones.
- Córdoba, F. (2015). *Delito de lavado de dinero*. Hammurabi.
- Córdoba, F. (2021). *Elementos de la teoría del delito*. Hammurabi.
- D’Albora, F. (H). (2011). *Lavado de dinero* (2ª ed.). Ad-hoc.
- Gabella, M. C. (2020). Ignorancia deliberada, ignorancia no imputable y principio de legalidad. *Revista Discusiones, 25*(2), 261-287 <https://doi.org/10.52292/j.dsc.2020.2389>.
- Greco, L. (2013), Comentario al artículo de Ramón Ragues. *Revista Discusiones, 13*(2), 67-78. <https://doi.org/10.52292/j.dsc.2013.2474>.
- Guzmán, S., Díaz Pucheta, S., Palavecino, P., Lespi, M. y Souad, H. (2023). Nuevas formas del lavado de activos. *Actualidad Jurídica Penal y Procesal Penal, 305*, B 3578 a B 3601.
- Harold Sotelo, L. (2019). El error en el lavado de activos. *Revista Nueva Época, 52*, 69-87.
- Lascano, C. (h), Agostinetti, M., Balcarce, F., Pérez Barberá, G., Buteler, E., Cortez de Arabia, A., Despontin, M., Lucero, Offredi, G., Suárez, M. y Vera Barros, O. (2005). *Derecho Penal-Parte General*. Editorial Advocatus.
- Manrique, M. (2014). Ignorancia deliberada y responsabilidad penal. *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho, 40*, 163-195. <https://doi.org/10.5347/40.2014.102>.
- Mir Puig, S. (2011). *Derecho penal parte general* (9ª ed.). Editorial Reppertor.
- Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2010). *Derecho penal. Parte general* (8ª ed.). Tirant lo Blanch. https://www.derechopenalened.com/libros/Derecho_Penal_Parte_General_Munoz_Conde_Mercedes_Aran.pdf.
- Pérez Barberá, G. (2021). ¿Dolo como indiferencia? Una discusión con Michael Pawlik sobre ceaguera ante los hechos e ignorancia deliberada. *En Letra: Derecho Penal, VI*(11), 99-139. https://www.enletrapenal.com/_files/ugd/9db90b_076f290ed1a044aab50341fd08130650.pdf.
- Ponce, J. (2014). *El delito de lavado de activos*. Ad-Hoc.
- Ragués i Vallès, R. (1998a). *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa* (Tomo I). Universitat Pompeu Fabra.

- Ragués i Vallès, R. (1998b). *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa* (tesis doctoral). Universitat Pompeu Fabra.
- Ragués i Vallès, R. (2013). Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en derecho penal. *Revista Discusiones*, 13(2),11-38. <https://doi.org/10.52292/j.dsc.2013.2472>.
- Silva Sánchez, J. M. (2022). *Riesgo permitido en derecho penal económico*. Atelier.
- Silvestroni, M. (2004). *Teoría constitucional del delito*. Editores del Puerto.
- Souto, M. (2022). COVID-19 y comisión del delito de blanqueo de dinero mediante las nuevas tecnologías. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (24-28). <http://criminet.ugr.es/recpc/24/recpc24-28.pdf>.
- Vidal Albarracín, H. (2022). Lavado de activos: aspectos generales. En Meirovich, G. D. y Beruezo, R. (Dirs.), *Ilícitos económicos y evidencia digital* (pp. 445-455). IJ Editores. <https://www.amfjn.org.ar/wp-content/uploads/2022/12/Illicitos-Economicos-y-Evidencia-Digital.pdf>.

Legislación citada

- Honorable Congreso de la Nación Argentina. (29 de octubre de 1921). Código Penal de la Nación. <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>.

Jurisprudencia citada

- Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, 21/03/2006, ORENTRAJCH, *Pedro y otro S/Recurso de Casación*, causa Nro. 6754, reg. 8622.
- Tribunal Oral en lo Criminal Federal. Resistencia, Chaco, 08/03/2019, *Salvatore, Carla Yanina s/infracción artículo 303, inciso 3, Cód. Penal*. Id SAIJ: FA19530001.
- Tribunal Oral Federal Bahía Blanca, 04/11/2021, *Rodríguez Córdoba, Max y otros s/Infracción Ley 23.737*.

EL DERECHO A LA TRANSPARENCIA ALGORÍTMICA COMO ESTÁNDAR ÉTICO EN UNA DEMOCRACIA LIBERAL

Wilfredo Concha Camacho

Facultad de Derecho, Universidad San Ignacio de Loyola

wilfredo.concha@usil.pe

Recibido: 17/10/2023

Aceptado: 31/05/2024

Resumen

Los algoritmos han transformado la vida de las personas y la relación con el Estado. Cada vez más, los Estados recurren a esta tecnología para desempeñar sus funciones. En este trabajo, sostenemos que el derecho a la transparencia algorítmica es el estándar ético que los Estados deben cumplir al utilizar algoritmos dentro de una democracia liberal.

Para defender esta tesis, en primer lugar, se aborda el tema de la democracia liberal y cuáles son los criterios de un gobierno democrático que promueve la autonomía de los individuos. En segundo lugar, se explica el derecho de acceso a la información como un pilar de la democracia liberal. En tercer lugar, se desarrolla el derecho a la transparencia algorítmica como un derecho derivado del derecho al acceso a la información que tienen los individuos frente al Estado que concreta la autonomía buscada por los individuos.

Palabras clave: autonomía, democracia, derecho al acceso a la información, transparencia algorítmica, transparencia significativa.

The Right to Algorithmic Transparency as an Ethical Standard in a Liberal Democracy

Abstract

Algorithms have transformed people's lives and their relationship with the State. States are increasingly turning to this technology to fulfill their functions. This article argues that the right to algorithmic transparency is the ethical standard that States must adhere to when using algorithms within a liberal democracy.

To defend this claim, first, I address the topic of liberal democracy and what criteria constitute a democratic government that promotes individual autonomy. Second, I explain the right to

access information as a pillar of liberal democracy. Third, I develop the right to algorithmic transparency as a derivative right of access to information that individuals have against the State, thus concretizing the autonomy sought by individuals.

Key words: autonomy, democracy, right to access information, algorithmic transparency, significant transparency.

1. Introducción¹

En 1998, Estados Unidos de América (EE. UU.) comenzó a utilizar un algoritmo para evaluar el riesgo de reincidencia penal de los individuos. El Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions (COMPAS) es una herramienta utilizada por el Estado para determinar la libertad de sujetos procesados por delitos.²

Este algoritmo aceleró la toma de decisiones del sistema judicial al revisar más de un millón de historiales de convictos y determinar su futuro. Sin embargo, en 2016, la Corte Suprema del estado de Wisconsin determinó que COMPAS tomaba decisiones con sesgos de naturaleza racial y de género, lo que generaba inseguridad jurídica y afectaba los derechos de los individuos.³

Los algoritmos representan un avance tecnológico crucial para el procesamiento de datos y la toma de decisiones. De hecho, se han vuelto un recurso indispensable para el desarrollo de nuestras actividades diarias. Sin embargo, a pesar de todos sus beneficios, también conllevan riesgos. En la actualidad, se debate sobre la necesidad de establecer estándares éticos que los Estados deben cumplir al utilizar algoritmos. En una democracia liberal, se busca garantizar ciertos derechos a las personas, buscando así la autonomía de los individuos

1 Gracias por el apoyo al BID Lab, Proyecto Oportunidades de Mercado para las Empresas de Tecnología – Compras Públicas de Algoritmos Responsables, Éticos y Transparentes (ATN/ME-18240-CH).

2 COMPAS fue desarrollado por la empresa privada Northpointe. Según Roa Avella et al. (2022, pp. 282-283), el algoritmo analiza el riesgo de reincidencia general y el riesgo de reincidencia violenta de los sujetos a través de una encuesta de 137 preguntas. Además, cuenta con dos escalas que miden el riesgo dinámico (factores criminógenos) y el riesgo estático (factores históricos).

3 Eric Loomis fue detenido por la policía como sospechoso de un tiroteo en el año 2013. Aceptó su participación en los hechos como conductor, pero no como tirador. La Fiscalía presentó un informe de COMPAS donde se estableció que el sujeto presentaba un alto grado de riesgo de reincidencia. En primera instancia, fue condenado a seis años de prisión. Loomis apeló el fallo, argumentando que se había vulnerado su derecho al debido proceso por tres razones: primero, se violó el derecho a ser sentenciado con base en información precisa; segundo, se violó el derecho a una sentencia individualizada; y tercero, se utilizaron evaluaciones de género de manera indebida en las sentencias (Roa Avella et al., 2022, pp. 287-288).

dentro de este régimen político. Ello implica que estos derechos deben ser respetados en el uso de la tecnología.

Por lo tanto, la pregunta que guía la presente investigación es cuál debe ser el estándar ético que los Estados deben cumplir al utilizar algoritmos dentro de una democracia liberal.

Antes de abordar esta pregunta, es importante delimitar el alcance de la presente investigación. Si bien existen algoritmos desarrollados y en posesión de entidades privadas, como las redes sociales, este trabajo se enfocará exclusivamente en los algoritmos en posesión del Estado. Esto incluye tanto los desarrollados por el Estado como aquellos adquiridos por él para el ejercicio de sus funciones. Esta tecnología emplea la información que el Estado tiene sobre los ciudadanos para operar, lo cual representa un riesgo para la autonomía personal de los individuos.

Asimismo, dado que la definición de *algoritmos* es un tema discutido en la literatura, a los efectos de este trabajo se utilizará la definición base presentada por Mittelstadt et al. (2016, p. 5). Según estos autores, un algoritmo se define como un *procedure or decision process* construido a través de procesos matemáticos diseñados para cumplir tareas específicas. Dentro del concepto de algoritmos que utilizaremos, y considerando una perspectiva amplia, nos referiremos también a las tecnologías de aprendizaje automático, como es el caso del *machine learning*. Todas estas son conocidas como tecnologías de procesamiento de datos para la formulación de predicciones.⁴

La tesis del trabajo sostiene que el derecho a la transparencia algorítmica es el estándar ético que los Estados deben cumplir dentro de una democracia liberal. Esta afirmación se basa en que el derecho a la transparencia algorítmica es un derecho consustancial a la democracia liberal, el cual se deriva del derecho de acceso a la información, que constituye uno de los pilares de un gobierno democrático.

Este trabajo examina tres aspectos fundamentales. En primer lugar, se define la democracia liberal y los criterios que la caracterizan como un sistema gubernamental que fomenta la autonomía ciudadana. En segundo lugar, se analiza el derecho de acceso a la información de los individuos en relación con

4 Es también pertinente considerar la definición de Daly et al. (2019, p. 6), quienes describen los algoritmos como una tecnología que detecta automáticamente patrones de datos y realiza predicciones basadas en ellos. Estos algoritmos realizan un análisis inferencial e identifican correlaciones dentro de conjuntos de datos, elaborando perfiles que sirven como indicadores para clasificar a sujetos como representantes de una categoría o grupo específico.

el Estado, destacando su importancia como requisito esencial en una democracia liberal. En tercer lugar, se introduce el derecho a la transparencia algorítmica como inherente a la democracia liberal y derivado del derecho de acceso a la información. En última instancia, se concluye que este derecho constituye el estándar ético que los Estados deben cumplir en una democracia liberal.

2. La democracia liberal

2.1 La democracia de los modernos

La democracia es una forma de gobierno y organización del Estado (Ross, 2018, p. 65). En este sistema, el pueblo en su totalidad ejerce una influencia decisiva en el ejercicio de la autoridad pública. Por lo tanto, la democracia es un concepto jurídico formal que describe un método para determinar la voluntad política, no sus objetivos, fines o recursos. Se centra en cómo se llevan a cabo las decisiones políticas, no en la sustancia de estas. En este sentido, la democracia se erige como un sistema de control y limitación del poder (Sartori, 2014, p. 167).

Así pues, la democracia se define comúnmente como la forma de gobierno en la cual el poder político (la soberanía) pertenece legalmente a toda la población y no únicamente a una persona individual o a un grupo específico y limitado de personas (Ross, 2018, p. 68). En este sistema, no se actúa de manera discrecional, sino de acuerdo con normas jurídicas establecidas. Esto se conoce como Estado de derecho, donde las normas regulan y limitan el poder que emana de un órgano legislativo elegido por el pueblo y que lo representa. En resumen, un Estado es democrático en la medida en que el poder político reside en el pueblo.

La democracia deliberativa, a diferencia de la democracia directa,⁵ permite el intercambio de razones y la posibilidad de corregirlas e incluso sustituirlas por otras diferentes. En este tipo de democracia, “las preferencias no deben ser fijas, sino flexibles; no pueden ser instantáneas sino meditadas” (Squella, 2020, p. 64). En la democracia moderna y liberal, se entiende que la vida en común no se limita únicamente a vivir en una sociedad unificada por valores

5 La democracia de los modernos (liberal) representa una corrección respecto a la democracia de los antiguos. El sistema representativo busca prevenir la radicalización de los procesos directos. Principalmente, opera como un sistema de control y limitación del poder, liberando un conjunto de energías para fines extrapolíticos que anteriormente absorbían a los antiguos (Sartori, 2014, p. 172). La concepción antigua de la democracia fue colocada como una de las peores. Se le atribuyeron los peores vicios, como la frivolidad, la ignorancia, la incompetencia, la insensatez, la agresividad y la intolerancia (Bobbio, 2009, p. 406).

compartidos, sino que las instituciones tienen la responsabilidad de mediar entre posiciones antagónicas en la sociedad, buscando la coexistencia en lugar del consenso (Sartori, 2014, p. 181).

En democracia, todos los miembros deben ser tratados como si estuvieran igualmente calificados para participar en el proceso de toma de decisiones sobre las políticas a seguir. Por lo tanto, se considera que todos los miembros son políticamente iguales. Además, se establecen los siguientes criterios para determinar la igualdad política en un gobierno democrático (Dahl, 2022, pp. 43-44):

1. Participación activa.
2. Igualdad de voto.
3. Alcanzar una comprensión ilustrada.⁶
4. Ejercitar el control final sobre la agenda.
5. Inclusión de los adultos.

2.2 Autonomía y opinión pública en la democracia liberal

Se considera a la democracia liberal como el sistema político más compatible con el principio de autonomía personal. Como hemos observado, en este sistema, el poder político se distribuye entre todos los individuos en lugar de estar concentrado en una sola persona o grupo selecto. Además, el ejercicio del poder está limitado por el Estado de derecho, lo que impide la arbitrariedad y garantiza el respeto a los derechos individuales. En este contexto, se amplían los espacios de autonomía para que los individuos puedan elegir su propio camino de vida o aspirar a sus propios ideales de excelencia (Nino, 2017, p. 126).⁷ Se reconoce y se respeta la capacidad de las personas para tomar decisiones autónomas sobre su propio destino dentro de los límites establecidos.

La autonomía de los individuos dentro de una democracia liberal se manifiesta en el uso de la opinión pública, entre otras. De manera similar a la autonomía, los individuos necesitan de una esfera amplia y libre, sin control mayoritario, para formar sus opiniones, presuponiendo siempre que la opinión de la minoría puede transformarse en la opinión mayoritaria en cualquier mo-

6 Dahl (2022, p. 44) indica que la comprensión ilustrada establece que todo ciudadano debe tener oportunidades iguales y efectivas para instruirse sobre las políticas alternativas relevantes y sus posibles consecuencias.

7 Raz (1986) señala que la autonomía es la posibilidad de cada individuo para ser autor de su propia vida y controlar, de alguna manera, su propio destino, perfilándolo mediante sucesivas decisiones a lo largo de su vida.

mento (Hayek, 2014, pp. 149-150). Luego, en uso de su autonomía, elegirá su propio ideal de excelencia para guiar su conducta o desarrollar su plan de vida.

La democracia, según sus defensores, implica que el pueblo actúa como gobernante y como gobernado. Sin embargo, ¿cómo es posible esta dualidad de roles? Esta separación se logra a través de las elecciones, que esencialmente representan la expresión de la voluntad colectiva (Sartori, 2014, p. 71). En democracia, la opinión de los gobernados es el fundamento de todo gobierno. Las opiniones deben formarse libremente y sin imposiciones. La democracia se fundamenta en la opinión pública, la cual aborda temas de interés general y bien común, entre otros aspectos de naturaleza pública.

La democracia presupone tres condiciones fundamentales: la libertad de pensamiento, el policentrismo y la libertad de expresión. Estas condiciones están estrechamente vinculadas a la autonomía. A través de la libertad de pensamiento, los individuos analizan su entorno y determinan el rumbo de sus vidas, estableciendo sus propios ideales. Por otro lado, el policentrismo⁸ permite que las personas accedan libremente a diversas fuentes de información, lo que les permite elegir el camino que desean seguir en la vida, ejerciendo así su autonomía.

Por su parte, la libertad de expresión implica garantizar un ambiente seguro para la expresión plural, que va más allá de la protección jurídica y asegura que no haya temor al expresarse. A lo largo de la historia, los Gobiernos han vulnerado esta atmósfera de seguridad. Es posible que la opinión censurada por la autoridad sea verdadera, pero los censores pueden creer lo contrario y restringir el juicio de otras personas. En este sentido, afirman su propia certeza como absoluta y rechazan cualquier debate adicional. Sin embargo, olvidan que los seres humanos pueden corregir sus errores a través del debate y la experiencia (Mill, 2011, p. 32).⁹ Las ideas erróneas pueden ser refutadas con hechos y argumentos que deben ser presentados, por lo tanto, el derecho a la expresión no debe ser limitado. Cualquier limitación que sufra es también una limitación a la autonomía, ya que esta se manifiesta también en el ejercicio de la libertad de expresión, defendiendo y expresando el rumbo de su propio camino de vida libremente elegido.

8 El policentrismo implica que los individuos deben tener acceso libre a todas las fuentes de información para poder verificar la veracidad de lo que reciben (Sartori, 2014, p. 82). En una democracia, no se puede depender de una sola fuente de información para formar opiniones, por lo que es crucial garantizar una pluralidad de fuentes de información.

9 La protección contra la mentira implica la constante invitación a demostrar su falta de verdad (Mill, 2011, p. 33).

2.3 Transparencia y autonomía en la democracia liberal

Como estamos viendo, la democracia es el mejor sistema político que brinda oportunidades a sus ciudadanos para participar informadamente en el proceso político, promoviendo así decisiones razonables (Raz, 2001, p. 129).¹⁰ Además, la democracia implica el ejercicio del poder en público, lo que requiere que se desarrollen mecanismos institucionales que obliguen a los gobernantes a tomar decisiones de manera transparente, permitiéndoles a los gobernados ver cómo y dónde se toman estas decisiones (Bobbio, 2009, p. 418).

Los individuos tienen el derecho a participar directamente en la formación de decisiones colectivas en la democracia, por lo tanto, deben tener acceso a toda la información necesaria para tomar decisiones informadas. Esto genera, en primer lugar, un deber correlativo de transparencia por parte de las autoridades y también cumple, en segundo lugar, con las condiciones para el ejercicio efectivo de la autonomía.

La autonomía requiere tres condiciones para su ejercicio efectivo (Raz, 1986): en primer lugar, la capacidad cognitiva, que permite actuar como un agente racional, comprendiendo y controlando la propia conducta; en segundo lugar, la existencia de diversas opciones entre las cuales elegir; y, en tercer lugar, condiciones que impidan la coacción por parte de otros agentes. Estas tres condiciones configuran la capacidad para la autonomía.

La transparencia busca garantizar la primera y segunda condición para el ejercicio efectivo de la autonomía. Les proporciona a los individuos acceso a toda la información necesaria para comprender y controlar su conducta, lo que les permite formar intenciones de acción informadas y desarrollar planes y proyectos basados en una información adecuada. Además, les facilita conocer todas las opciones disponibles para elegir el rumbo de sus vidas. Por lo tanto, la democracia, al promover la transparencia, se constituye en el régimen político que mejor cumple con las condiciones para el ejercicio de la autonomía.

El libre conocimiento y acceso a fuentes de información son fundamentales para el desarrollo y consolidación de la democracia. Es crucial promover la transparencia en el Estado mediante la institucionalización de la publicidad y la condena del secretismo en los actos de gobierno.¹¹ De esta manera, se establecen reglas que obligan a los Estados a rendir cuentas al público.

10 Según Raz (2001, p. 129), la democracia se justifica en la medida en que es necesaria para el bien de las personas. Además, comparte una estructura general de autoridad y su legitimidad se basa en su capacidad para producir decisiones razonables.

11 Mientras que la democracia fomenta la transparencia, el secreto es inherente al ejercicio del poder (Bobbio, 2009, p. 431).

Según Kant (2018, p. 124), las acciones de los individuos son injustas si no pueden ser sometidas a escrutinio público. Si un Gobierno guarda un secreto y nunca lo hace público, ese mismo acto es evidencia de su falta de legitimidad. Además, la democracia es la forma de gobierno que mejor refleja la transparencia, ya que implica el control popular sobre el gobierno.

Si el sistema democrático se basa en el control del poder por parte de los individuos, es evidente que se necesita transparencia para conocer las medidas que se toman, ya que “no se puede ejercer ningún control sobre medidas de las cuales no se sabe nada” (Bobbio, 2009, p. 446). Aunque los secretos en el Estado son generalmente vistos como perjudiciales, existen casos en los que el secreto puede ser legítimo. En la democracia, la publicidad es la norma y el secreto es la excepción. En la democracia moderna, liberal y representativa, la publicidad se aplica principalmente a la esfera pública y no a la privada.

3. El derecho de acceso a la información

3.1 Justificaciones del derecho de acceso a la información

El derecho de acceso a la información busca que los ciudadanos puedan acceder a la información que posee el Estado, ya sean documentos escritos, fotografías o grabaciones, entre otros. Esta información se considera pública porque las acciones del Estado están regidas por el principio de máxima publicidad. Cualquier denegación de acceso debe estar debidamente fundamentada, ser excepcional y temporal.

Este derecho no tiene una única justificación. En los países democráticos, a través de sus legislaciones y tribunales, se han intentado esbozar algunas de ellas. Por ejemplo, se ha calificado a la información pública como un bien público que debe estar al alcance de los ciudadanos como un medio de control institucional sobre los representantes de la sociedad.¹²

Asimismo, se suele apelar a la libertad de expresión como justificación para el derecho de acceso a la información. Esta es la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Según la Corte,

12 Tribunal Constitucional Peruano, *STC 01797-2002-HD/TC*, párrs. 11-12.

el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión comprende no solo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole.¹³

De esta forma, la libertad de pensamiento y expresión contendría expresamente los derechos a buscar y a recibir información que se tiene bajo el control del Estado.

La justificación se encontraría también en una de las características esenciales de los Estados democráticos: la transparencia de la administración estatal sobre la gestión de los asuntos públicos. Por ello, el derecho de acceso a la información pública es consustancial a un régimen democrático y contribuye a la formación de una opinión pública, libre e informada, teniendo así la condición de libertad preferida.¹⁴ En la misma línea, el sistema democrático exige que los Estados se rijan por los principios de publicidad y transparencia, para que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción puedan ejercer su derecho de participación en el control del poder.¹⁵

3.2 El individuo como portador del derecho de acceso a la información

El derecho de acceso a la información les corresponde a todos los individuos dentro de una democracia liberal. Para ejercer este derecho, no es necesario demostrar un interés directo en la información o una afectación personal (Organización de los Estados Americanos, 2007, párr. 88). De esta manera, el individuo, como titular del derecho, obliga al Estado a proporcionar la información solicitada o a ofrecer una respuesta fundamentada si no se puede entregar.¹⁶

La legitimación activa de este derecho es amplia, por lo tanto, su ejercicio no admite excepciones basadas en la condición migratoria de los individuos y permite incluso la protección de intereses difusos. Esto se debe a que la transparencia es una condición fundamental de los regímenes democráticos. En las democracias liberales, el derecho de acceso a la información en poder del Estado es fundamental. Los funcionarios públicos, como sujetos pasivos, son responsables debido a que la ciudadanía les confió su representación política y la facultad de decidir sobre los asuntos públicos. Se establece la presunción de

13 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Claude Reyes y otros Vs. Chile*, párr. 76.

14 Tribunal Constitucional Peruano, *STC 01797-2002-HD/TC*, párr. 11.

15 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Claude Reyes y otros Vs. Chile*, párr. 86.

16 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Claude Reyes y otros Vs. Chile*, párr. 77.

transparencia en las funciones del Estado y en el carácter público de sus reuniones y documentos fundamentales (Organización de los Estados Americanos, 2007, párr. 144).

Toda la información generada por el ejercicio de las funciones estatales pertenece a las personas a las que esos funcionarios deben rendir cuentas, no a las entidades públicas ni a sus representantes. Por lo tanto, la información sobre la gestión de los asuntos públicos es un bien público. El individuo, al ser portador de este derecho, tiene un medio de control institucional sobre los representantes de la sociedad y sobre aquellos particulares que se encuentran en la capacidad de poder inducir o determinar las conductas de otros particulares, evitando así una posible subordinación.¹⁷

Asimismo, para el adecuado ejercicio de este derecho, es necesario que, al solicitar la información, las personas se identifiquen y detallen con claridad su pedido al Estado. Es más, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA agrega que, si se sabe de una limitación legítima al suministro de la información, el solicitante puede describir el interés que tiene en obtener dicha información o una afectación personal. Así, las autoridades podrán hacer el balance entre el interés expuesto y el posible daño que se ocasionaría con el suministro de la información (Organización de los Estados Americanos, 2007, párr. 92).

3.3 La obligación del Estado a suministrar información

Los individuos son titulares del derecho de acceso a la información, mientras que el Estado es el sujeto obligado a proporcionar esa información o justificar una negativa. Por tanto, el Estado tiene una obligación positiva de suministrar la información solicitada por los ciudadanos o de ofrecer una respuesta fundamentada si decide negarla. La falta de respuesta por parte del Estado es incompatible con los principios de los regímenes democráticos liberales.

Así, se busca que las autoridades públicas establezcan una “administración pública amistosa” (Morón, 2021, p. 550), caracterizada por procedimientos sencillos y un lenguaje accesible para los ciudadanos. El objetivo es reducir la burocracia y facilitar el acceso a la información de manera rápida y eficiente. Todo esto se enmarca en un contexto de transparencia, ya que esta, junto con la información, son requisitos fundamentales para una administración democrática.

17 Tribunal Constitucional Peruano, STC 01797-2002-HD/TC, párr. 11.

El derecho de acceso a la información establece dos obligaciones positivas para el Estado cuando se solicita información: a) proporcionar la información solicitada; o b) dar una respuesta fundamentada en caso de negar la entrega de la información debido a excepciones aplicables (Organización de los Estados Americanos, 2007, párr. 94). La autoridad administrativa encargada de resolver una solicitud debe proporcionar respuestas fundamentadas para asegurar el cumplimiento de su deber correlativo. Por lo tanto, el Estado y las instituciones públicas deben garantizar el acceso a la información, fomentar una cultura de transparencia en la sociedad, identificar a las entidades responsables de proporcionar la información, prevenir negativas infundadas y sancionar a quienes incumplan con esta obligación (Organización de los Estados Americanos, 2007, párrs. 95-96).

El Estado incumple su deber correlativo cuando la información proporcionada no es adecuada, por lo tanto, el derecho de acceso a la información se ve afectado cuando la información entregada es fragmentaria, desactualizada, incompleta, imprecisa, falsa, tardía o errónea.¹⁸ Como se evidencia, se busca erradicar la cultura del secretismo y el silencio ante las solicitudes de la ciudadanía. Cuando el Estado no cumple con su deber al no responder, está incurriendo en una violación del derecho de acceso a la información y muestra una actitud arbitraria. (Organización de los Estados Americanos, 2007, párr. 97).

3.4 Los principios que deben regir el derecho de acceso a la información

Una vez definido el sujeto portador del derecho de acceso a la información, que es cualquier individuo, y el sujeto portador del deber correlativo, que es el Estado, resulta pertinente desarrollar los principios que rigen este derecho. Estos principios incluyen la máxima divulgación, la publicidad y la transparencia como garantías fundamentales de este derecho.

Dado el carácter representativo de la democracia, es indispensable que las autoridades del Estado se rijan por principios de máxima divulgación. Esto implica establecer la presunción de máxima accesibilidad de la información a cargo del poder constituido.¹⁹ La presunción de apertura de las funciones del Estado y el carácter público de reuniones y documentos se basa en que la información en posesión del Estado es de interés público y pertenece a todas las personas (Organización de los Estados Americanos, 2007, párr. 114).

18 Tribunal Constitucional Peruano, *STC 02303-2019-PHD/TC*, párr. 12.

19 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Claude Reyes y otros Vs. Chile*, párr. 92.

Los principios de publicidad y transparencia guían el actuar del Estado y permiten que las personas ejerzan su control democrático sobre el poder público. De igual modo, el acceso a la información facilita la participación en la gestión pública, al posibilitar el control social sobre las decisiones gubernamentales.²⁰

Los principios de máxima divulgación, publicidad y transparencia implican que el Estado debe recolectar, registrar y difundir de oficio su información. A esto se le conoce también como “transparencia activa”, a través de la cual el Estado proporciona información a sus ciudadanos sin que estos la soliciten, reconociendo su interés público y su relevancia para la toma de decisiones. De este modo, el Estado adopta un papel proactivo al compartir información que considera útil para la ciudadanía, sin descuidar las solicitudes específicas de acceso a la información que puedan realizar los ciudadanos. Esto permite que las personas conozcan qué información poseen las instituciones antes de realizar solicitudes formales (Organización de los Estados Americanos, 2007, párr. 116).

3.5 La información pública y sus atributos

Para cumplir con el derecho de acceso a la información, es necesario especificar qué se considera información pública y cuáles son sus atributos. En este sentido, tanto la información producida por el Estado como aquella que se encuentra en su poder, aunque no haya sido elaborada por él, se considera información pública. Esto significa que cualquier ciudadano puede acceder a ella (Castro, 2008, p. 21).

La información pública abarca todo lo que el Estado posee. Además, es razonable ampliar este concepto para incluir toda la documentación entregada por los individuos al poder público (Castro, 2008, p. 22).²¹ Asimismo, el concepto de información pública no se limita a fuentes escritas, sino que comprende todo lo que el Estado posea en diversos formatos, lo que implica un criterio amplio de lo que se considera información pública, incluyendo videos, audios, fotografías, entre otros.

Finalmente, la información a la que se acceda producto de este derecho

20 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Claude Reyes y otros Vs. Chile*, párr. 86.

21 Un tema ampliamente debatido en la literatura sobre acceso a la información es si los individuos tienen derecho a acceder a la información sobre los trabajadores que los empleadores proporcionan al Estado para sus registros, contribuciones sociales y pagos de impuestos. Si bien gran parte de este debate se resuelve mediante el derecho a la intimidad, que limita el acceso a esta información, otros aspectos críticos merecen un análisis más detenido. Sin embargo, dado que el objetivo principal de este trabajo no aborda este tema, no será desarrollado aquí, pero es importante señalar esta discusión.

debe ser veraz, actual y clara. Se vulnera el derecho cuando la información es imprecisa, errónea, falsa, incompleta y no oportuna, por lo que el cumplimiento del deber correlativo por el Estado exige que la información que brinde cumpla con todos los atributos antes descritos. Si la información que da el Estado no cumple con estos atributos, los ciudadanos no podrán ejercer un adecuado control sobre sus gobernantes y estarán expuestos a tomar decisiones erróneas basadas en información inapropiada. Esto afecta tanto a la democracia como a la autonomía personal de los individuos, ya que uno de los requisitos para el ejercicio efectivo de la autonomía es disponer de la información necesaria para elegir el rumbo que deseamos darles a nuestras vidas.

3.6 Excepción al derecho de acceso a la información

El derecho de acceso a la información tiene excepciones para su ejercicio. Por tanto, existe cierto tipo de información que el Estado posee y sobre la cual los ciudadanos no pueden tener acceso. Sin embargo, dado que las excepciones son límites a un derecho, deben ser interpretadas de manera restrictiva. Esto es especialmente relevante considerando que, en principio, toda la información que obra en el Estado se presume pública. Por lo tanto, cuando se enfrenta a una solicitud de acceso a la información que cae dentro de una de las excepciones, el Estado debe responder expresando de manera fundamentada por qué se rechazó la solicitud y bajo qué excepción se encuentra la información solicitada.

El presente trabajo no tiene como objetivo desarrollar las excepciones al derecho de acceso a la información, por lo tanto, no se abordarán todas las excepciones que se argumentan. Sin embargo, es importante señalar que tanto las normativas como la jurisprudencia de las naciones desarrollan las excepciones a este derecho, ya que se entiende que este no es absoluto. Dentro de las excepciones más conocidas se encuentran el derecho a la intimidad y la seguridad pública, entre otros.

4. El derecho a la transparencia algorítmica

4.1 ¿Cuándo estamos frente a un derecho?

El derecho actúa como un término medio entre la anarquía y el despotismo, buscando equilibrar estas dos formas extremas de vida social. Por un lado, para prevenir la anarquía, limita el poder de los individuos y, por otro, restringe el

poder del Estado para evitar el despotismo (Bodenheimer, 1994, p. 28). De esta manera, el derecho se convierte en una barrera contra el ejercicio arbitrario e ilimitado del poder.

Existen dos perspectivas distintas respecto al derecho (Kelsen, 2001, pp. 19-20). La primera lo considera como un hecho, una conducta determinada por los hombres. La segunda lo entiende no como un hecho, sino como una norma que tiene carácter de orden o mandamiento, es decir, algo que debe ser cumplido o no, incluso si en la realidad no se lleva a cabo. Según Kelsen (2001), “[e]l Derecho es norma o, más exactamente, un conjunto de normas, un orden normativo. Es un orden social porque regula la conducta mutua de los hombres” (p. 23). En la misma línea, como sugiere su nombre, las normas son normativas y no descriptivas (Shapiro, 2014, pp. 72-73). Indican lo que debe hacerse o lo que es deseable que se haga. A diferencia de la moral, el derecho implica coerción.

Podemos afirmar que un individuo posee un derecho cuando tiene la capacidad de tener derechos; en circunstancias iguales, un aspecto de su bienestar (un interés) constituye una razón suficiente para obligar a otra persona o personas a asumir un deber (Raz, 1986, p. 166). En este sentido, los derechos fundamentan el deber hacia otros sujetos (Raz, 1986, p. 167).

El interés es la base sobre la cual las personas adquieren deberes. Es parte de la justificación de los derechos, que, a su vez, fundamentan deberes correlativos (Raz, 1986, p. 180). Así, un interés es suficiente para justificar un derecho si y solo si existe un argumento sólido que concluya en la existencia de dicho derecho y si entre las premisas que lo respaldan se encuentra un interés del titular del derecho. Las otras premisas proporcionarán el fundamento para atribuir importancia al derecho, justificando por qué ciertas personas son titulares de ese derecho y no otras. En conjunto, estas premisas establecen la existencia del derecho (Raz, 1986, pp. 181-182). La definición requiere que el derecho sea una razón suficiente para un deber.

Los derechos no protegen intereses en general, sino específicamente los intereses en la libertad, ya que la capacidad de ser libre y de tomar decisiones autónomas sobre nuestras vidas es lo que nos define como seres humanos (Raz, 1986, p. 190). Por lo tanto, el respeto por las personas implica valorar su interés en disfrutar de su autonomía.

Pues bien, el deber correlativo es fundamental en la estructura de los derechos. Como señala Hoffeld (1917, p. 713), todo derecho está necesariamente ligado a un deber correlativo. Si un individuo tiene la obligación jurídica de

actuar de cierta manera, entonces otro individuo tiene un derecho a esa acción. En este sentido, el derecho puede entenderse como un reflejo del deber de otro individuo (Kelsen, 2001, p. 25).

4.2 Transparencia y opacidad algorítmica

Los individuos pueden verse afectados por el diseño y la operación de los algoritmos, que son *softwares* utilizados para procesar grandes volúmenes de datos personales. Esto plantea desafíos éticos, especialmente en términos de transparencia y opacidad de los algoritmos (Mittelstadt et al., 2016, p. 5). La falta de transparencia dificulta el monitoreo, la corrección y el control de los algoritmos opacos.

La transparencia algorítmica se refiere a la capacidad de conocer los datos que un algoritmo utiliza, cómo lo usa, quiénes los emplean, para qué fin y cómo se toman las decisiones. Esto implica que la transparencia puede abarcar tanto el diseño de la plataforma y los mecanismos algorítmicos como, en algunos casos, la lógica subyacente del sistema de *software* (Ananny y Crawford, 2018, p. 975).

Dentro del discurso de la informática, la transparencia se considera deseable porque proporciona conocimiento y ayuda a la gobernanza pública. La transparencia algorítmica brinda herramientas para la toma de decisiones, ofreciendo información para identificar y medir los efectos discriminatorios generados por estos algoritmos, así como para validar su valor para el interés público (Lepri et al., 2021). Además, implica no solo revelar información, sino también implementar, configurar y resistir continuamente plataformas, algoritmos y protocolos de aprendizaje automático que gestionan la visibilidad (Ananny y Crawford, 2018, p. 983).

Cuando se habla de transparencia algorítmica, es crucial prestar atención a la disponibilidad de la información, las condiciones de accesibilidad y la calidad de la información para el proceso de toma de decisiones de los usuarios. Los componentes principales de la transparencia son la accesibilidad y la comprensibilidad de la información (Mittelstadt et al., 2016, p. 5). La transparencia algorítmica se relaciona con la capacidad de los ciudadanos para entender las operaciones que realizan los algoritmos, por lo tanto, está vinculada al conocimiento de las personas al interactuar con los algoritmos, independientemente de que una organización los implemente (Paz y Lapostol, 2021, p. 290).

Por otra parte, la opacidad algorítmica se refiere a la falta de elementos

suficientes para conocer cómo operan los algoritmos o cómo llegan a sus resultados (Garrido et al., 2021). Esta opacidad puede deberse, en primer lugar, a la intención de quienes desarrollan o implementan el algoritmo (Mittelstadt et al., 2016, p. 5); en segundo lugar, a la falta de conocimiento de quienes reciben la información, ya que es una labor de especialistas; y en tercer lugar, a razones intrínsecas dentro del lenguaje matemático en el que se desenvuelven los algoritmos. De esta manera, la opacidad y la transparencia son conceptos interrelacionados.

4.3 Objetivos de la transparencia algorítmica y los momentos para conocer

Los objetos que requieren transparencia son los algoritmos con los que los individuos interactúan y que influyen en su vida cotidiana, los cuales están en poder del Estado. Por lo tanto, al hablar de transparencia algorítmica, es crucial considerar quién debe recibir la información y quién debe solicitarla. Los objetivos que se pueden alcanzar con la transparencia incluyen la verificación, la mejora del sistema, el aprendizaje, el cumplimiento de la legislación y la obtención de licencia social (Garrido et al., 2021).

Cuando se habla de verificación, se busca que con la transparencia se permita examinar el algoritmo para determinar si funciona adecuadamente. Asimismo, la transparencia promueve la mejora del sistema, ya que cualquier avance requiere un conocimiento previo de los elementos esenciales que lo componen. Además, la transparencia abarca la información con la que operan estos sistemas, con la cual se busca evitar sesgos y errores. Solo a través de la transparencia se pueden adaptar los algoritmos al marco legislativo de cada país. La aceptación social y el reconocimiento ciudadano (licencia social) se logra mediante la transparencia.

Respecto a la licencia social, esta no se limita simplemente al cumplimiento de todos los requisitos legales o administrativos (Paz Herмосilla y Lapostol, 2021, p. 290). Su objetivo es que los ciudadanos consideren aceptable el funcionamiento del algoritmo en su sociedad. Por tanto, esta licencia depende de la transparencia, ya que es la manera en que los individuos pueden comprender el funcionamiento de estos sistemas.

Asimismo, la transparencia algorítmica habilita el ejercicio de otros derechos y proporciona el medio para cumplir con otros requisitos éticos. Esto posibilita interacciones más equilibradas entre esta tecnología y los ciudadanos (Garrido et al., 2021). Al corto plazo, esto contribuirá a obtener la licencia social tan importante cuando el Estado emplea algoritmos en el ejercicio de sus funciones.

Los momentos en los que se deben transparentar los algoritmos son dos. El primero son las interacciones *ex ante*, es decir, poner a disposición información relevante sobre el algoritmo antes de la interacción con las personas, incluso cuando dicha información no está diseñada para interactuar con las personas. El segundo momento, *ex post*, ocurre después de la interacción con la persona y cuando ya se han entregado resultados. En este punto, es crucial la capacidad de auditar los algoritmos. Ya sea antes o después de la interacción, las organizaciones responsables del desarrollo e implementación de los algoritmos son las encargadas de transparentar la información y proporcionarla a las entidades correspondientes según los marcos regulatorios establecidos.

4.4 Transparencia algorítmica significativa

Cuando se aborda la cuestión de la transparencia algorítmica, una de las preguntas fundamentales es cuándo y cómo se considera que se ha cumplido con la pretensión de transparencia. La respuesta a estas interrogantes se determina de manera individual en cada caso. Esto se debe a la viabilidad técnica de explicar el algoritmo y a la comprensión que los sujetos puedan tener sobre la explicación que se proporciona (Garrido et. al., 2021).

En cuanto a la transparencia en la explicación del algoritmo, esta puede presentarse de dos maneras extremas. Por un lado, puede ser excesivamente detallada y técnica, lo que la hace comprensible únicamente para un público especializado, resultando inadecuado para la mayoría. Por otro lado, puede ser demasiado breve y concisa, lo que la vuelve insuficiente para el público técnico especializado.

Entonces, ¿cuándo podemos afirmar que se dio por cumplido el requerimiento de transparencia? Cuando la información proporcionada cumple con ciertos criterios mínimos de claridad en la explicación y capacidad de comprensión, adaptándose a las expectativas dentro de un ámbito específico (Garrido et. al., 2021). Este tipo de transparencia se conoce como “transparencia significativa”.

Esta propone un sistema que suministre información de manera anticipada (Garrido et al., 2021), lo cual implica ofrecer detalles sobre el funcionamiento, los resultados y el impacto de la operación antes de que se soliciten de forma proactiva. La información proporcionada deberá estar dirigida a los posibles usuarios, presentando los datos necesarios sin abrumarlos con información superflua.

4.5 La autonomía y la transparencia algorítmica significativa en la democracia

La opacidad de los algoritmos utilizados por el Estado genera preocupación sobre su impacto en la autonomía de los individuos en un régimen democrático. Hasta ahora, la democracia ha sido el sistema que más ha promovido el ideal de autonomía. Sin embargo, la compleja interacción entre los agentes humanos y los algoritmos requiere un mayor estudio (Katzenbach y Ulbricht, 2019, p. 5). Por lo tanto, la transparencia se convierte en un requisito mínimo para estos algoritmos que utiliza el Estado, ya que nos permite comprender mejor esta relación compleja y abordar cualquier problema que pueda surgir.

La transparencia siempre ha sido fundamental en la democracia por su capacidad para ayudar a los ciudadanos en su autodeterminación, proporcionando información sobre sus gobernantes y acciones estatales. Sin embargo, enfrenta un desafío mayor ante la complejidad de los algoritmos. Solo un cierto grado de transparencia sobre estos sistemas de toma de decisiones y sus normas puede abrir los procesos de escrutinio público, deliberación y cambio que exigen los regímenes democráticos (Katzenbach y Ulbricht, 2019, pp. 7-8).²² Además, dado que no se puede impugnar una decisión sin conocer las bases sobre las cuales se tomó, la transparencia y la explicabilidad de una decisión son también requisitos cruciales para la gobernabilidad democrática (Zerilli, 2018).

Por tanto, la transparencia algorítmica se presenta como un mecanismo de observación y conocimiento que promete un control democrático, cumpliendo así con la promesa de la democracia liberal de que la apertura en última instancia conduce a la seguridad y concreta la autonomía personal (Ananny y Crawford, 2018, p. 975). De este modo, la transparencia algorítmica significativa materializa la autonomía buscada por la democracia liberal. Esto implica que la información sea fácilmente discernible y legible, que las audiencias sean competentes, involucradas y capaces de comprender la información visible y que actúen para crear los futuros potenciales que la apertura sugiere posibles (Ananny y Crawford, 2018, p. 975).

22 La perspectiva democrática sobre la rendición de cuentas de los sistemas algorítmicos dentro de los Estados, según Wieringa (2020, p. 6), es una de las perspectivas normativas destacadas. Desde este enfoque, la rendición de cuentas controla y legitima las acciones del Gobierno vinculándolas efectivamente a la cadena democrática de delegación. El éxito de la rendición de cuentas, según esta perspectiva, se evalúa en función de cómo ayuda a evaluar al Poder Ejecutivo y en su capacidad para imponer un mejor comportamiento. En este contexto, la transparencia de los algoritmos se considera el primer paso para una rendición de cuentas democrática.

5. Conclusión

El derecho a la transparencia algorítmica es el estándar ético que deben cumplir los Estados al hacer uso de esta tecnología dentro de una democracia liberal. Por “democracia liberal” se identifica una forma de gobierno y de Estado, donde el poder político pertenece a toda la población y no solo a una persona o un grupo de personas y donde se busca la autonomía de los ciudadanos.

Para argumentar a favor del derecho a la transparencia algorítmica, es crucial considerar que los sistemas democráticos buscan garantizar que los individuos puedan ejercer su autonomía de manera efectiva, por lo tanto, promueven mecanismos para que se concrete ese ideal en este sistema político. Esto se basa en el principio de comprensión ilustrada de un gobierno democrático, el cual sostiene que todos los miembros de la sociedad deben tener igualdad de oportunidades para informarse sobre las políticas alternativas relevantes y sus posibles consecuencias. En este sentido, la democracia reconoce el derecho de acceso a la información como un medio para que los ciudadanos amplíen su conocimiento sobre las acciones del Estado y ejerzan un control adecuado a través de la libertad de expresión.

Esta es fundamental y esencial para la autonomía de los ciudadanos en un gobierno democrático. Las opiniones deben formarse de manera libre y sin restricciones en una democracia, lo cual requiere acceso a información pública. Por lo tanto, el Estado tiene el deber de proporcionar esta información que está en su poder. En este contexto, un Estado democrático debe establecer mecanismos institucionales que garanticen la transparencia de los gobernantes hacia los gobernados. Esto permite que los ciudadanos tengan la información necesaria para tomar decisiones informadas y ejercer medidas de control, lo que, a su vez, concreta su autonomía.

La democracia no se limita a ser un simple procedimiento de gobierno; también es un sistema de derechos fundamentales. En un régimen democrático, los ciudadanos tienen garantizados una serie de derechos que no están disponibles en gobiernos no democráticos. Uno de estos derechos es el acceso a la información, que les permite a los ciudadanos obtener información que posee el Estado. Este derecho es fundamental en una democracia y contribuye a la formación de una opinión pública libre e informada, lo que se considera como una libertad preferida.

La información en posesión del Estado es de interés público y pertenece a los ciudadanos en las democracias. Estos son los titulares del derecho de acceso a la información, mientras que el Estado es el responsable de cumplir

con el deber correlativo. Si bien este derecho tiene excepciones, estas deben ser limitadas. Así, el derecho a la transparencia algorítmica, derivado del derecho de acceso a la información, constituye una restricción al ejercicio arbitrario e ilimitado del poder estatal al utilizar algoritmos.

Los individuos tenemos derecho a la transparencia algorítmica si y solo si un aspecto de nuestro bienestar, como la autonomía personal, constituye una razón suficiente para obligar al Estado a cumplir con este deber. En este sentido, el interés de los individuos por la transparencia algorítmica es suficiente para fundamentar este derecho, lo que implica que el Estado debe garantizar la transparencia de los algoritmos en su poder o utilizados por él.

Por tanto, el Estado debe procurar que los ciudadanos comprendan las operaciones de los algoritmos que influyen en su vida diaria; esto quiere decir que sean transparentes los algoritmos. Ello implica el deber estatal de ofrecer una explicación adecuada y comprensible para las personas sin requerir altas competencias técnicas en áreas tecnológicas. En consecuencia, el Estado debe proporcionar la información necesaria para evaluar el funcionamiento del sistema. De esta forma, el deber del Estado es la transparencia algorítmica significativa.

Bibliografía

- Ananny, M. y Crawford, K. (2018). Seeing without knowing: Limitations of the transparency ideal and its application to algorithmic accountability. *New Media & Society*, 20(3), 973-989. <https://doi.org/10.1177/1461444816676645>.
- Bobbio, N. (2009). *Teoría general de la política*. Editorial Trotta.
- Bodenheimer, E. (1994). *Teoría del Derecho*. Fondo de Cultura Económica.
- Burrell, J. (15 de septiembre de 2015). *How the Machine 'Thinks: Understanding Opacity in Machine Learning Algorithms*. Data & Society Research Institute; University of California. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2660674>.
- Castro, K. (2008). *El acceso a la información pública: Apuntes sobre su desarrollo en el Perú a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Dahl, R. (2022). *La democracia*. Ariel.
- Daly, A., Hagendorff, T., Li, H., Mann, M., Vidushi, M., Wagner, B., Wei Wang, W. y Witeborn, S. (2019). Artificial Intelligence, Governance and Ethics: Global Perspectives. *The Chinese University of Hong Kong, Faculty of Law, Research Paper No. 2019-15*. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3414805>.
- De Laat, P. B. (2018). Algorithmic Decision-Making Based on Machine Learning from Big Data: Can Transparency Restore Accountability? *Philosophy & Technology*, 31, 525-541. <https://doi.org/10.1007/s13347-017-0293-z>.

- Diakopoulos, N. (2015). Algorithmic Accountability. *Digital Journalism*, 3(3), 398-415. <https://doi.org/10.1080/21670811.2014.976411>.
- Diakopoulos, N. y Koliska, M. (2016). Algorithmic Transparency in the News Media. *Digital Journalism*, 5(7). <https://doi.org/10.1080/21670811.2016.1208053>.
- Garrido, R., Lapostol, P. y Hermosilla, M. P. (2021). *Transparencia Algorítmica en el sector público*. Consejo para la Transparencia y GobLab UAI. <https://goblab.uai.cl/wp-content/uploads/2021/11/ESTUDIO-TRANSPARENCIA-ALGORITMICA-EN-EL-SECTOR-PUBLICO-GOBLAB-vf.pdf>.
- Hayek, F. A. (2014). *Los fundamentos de la libertad*. Unión Editorial.
- Hohfeld, W. N. (1917). Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. *The Yale Law Journal*, 26(8), 710-770. <https://doi.org/10.2307/786270>.
- Kant, I. (2018). *Hacia la paz perpetua*. Ediciones Alamanda.
- Katzenbach, C. y Ulbricht, L. (2019). Algorithmic governance. *Internet Policy Review*, 8(4). <https://doi.org/10.14763/2019.4.1424>.
- Kelsen, H. (2001). *Teoría Pura del Derecho*. Universidad Autónoma de México.
- Kemper, J. y Kolkman, D. (2018). Transparent to whom? No algorithmic accountability without a critical audience. *Information, Communication & Society*, 22(14). <https://doi.org/10.1080/1369118X.2018.1477967>.
- Lepri, B., Oliver, N. y Pentland, A. (2021). Ethical machines: The human-centric use of artificial intelligence. *iScience*, 24(3), 102249. <https://doi.org/10.1016/j.isci.2021.102249>.
- Mill, S. (2011). *Ensayos sobre la libertad*. Ediciones Brontes.
- Mittelstadt, B. D., Allo, P., Taddeo, M., Wachter, S. y Floridi, L. (2016). The Ethics of Algorithms: Mapping the Debate. *Big Data & Society*, 3(2). <https://doi.org/10.1177/2053951716679679>.
- Morón, J. C. (2021). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General* (16ª ed., Tomo I). Gaceta Jurídica.
- Nino, C. S. (2017). *Ocho lecciones sobre ética y Derecho. Para pensar la democracia*. Siglo XXI.
- Organización de los Estados Americanos. (2007). *Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información*. Relatoria Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. https://conahcyt.mx/cibiogem/images/cibiogem/normatividad/estandares_dh/docs_estandares_dh/CIDH_Estudio_Especial_sobre_el_derecho_de_Acceso_a_la_Informacion_2007.pdf
- Paz Hermosilla, M. y Lapostol, P. (2021). The limits of algorithmic transparency. En *TIC Governo Eletrônico. Pesquisa sobre o uso das Tecnologias de Informação e Comunicação no setor público brasileiro*. 2021. CETIC.BR|NIC.BR. pp. 289-295. https://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/2/20220725170710/tic_governo_eletronico_2021_livro_eletronico.pdf.
- Rawls, J. (2019). *El liberalismo político*. Crítica.
- Raz, J. (1986). *The Morality of Freedom*. Oxford University Press.
- Raz, J. (2001). *La ética en el ámbito público*. Gedisa.
- Roa Avella, M. P., Sanabria-Moyano, J. E. y Dinas-Hurtado, K. (2022). Uso del algoritmo compas en el proceso penal y los riesgos a los derechos humanos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 8(1), 275-310. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i1.615>.
- Ross, A. (2018). *¿Por qué democracia?* Ediciones Olejnik.
- Sartori, G. (2014). *¿Qué es la democracia?* Taurus.
- Shapiro, S. J. (2014). *Legalidad*. Marcial Pons.

- Squella, A. (2020). *Democracia. ¿Crisis, decadencia o colapso?* Ediciones Valparaíso.
- Wieringa, M. (2020). What to account for when accounting for algorithms: a systematic literature review on algorithmic accountability. En *Proceedings of the 2020 Conference on Fairness, Accountability, and Transparency (FAT* '20)*. Association for Computing Machinery, Nueva York, Estados Unidos. <https://doi.org/10.1145/3351095.3372833>.
- Zerilli, J., Knott, A., Maclaurin, J. y Gavaghan, C. (2019). Transparency in Algorithmic and Human Decision-Making: Is There a Double Standard? *Philosophy & Technology*, 32, 661-683 <https://doi.org/10.1007/s13347-018-0330-6>.

Jurisprudencia citada

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006). *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf.
- Tribunal Constitucional Peruano. (2003). Sentencia N.º 01797-2002-HD/TC. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01797-2002-HD.html>.
- Tribunal Constitucional Peruano. (2003). Sentencia N.º 1480-2003-HD/TC, 2003. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/01480-2003-HD.html>.
- Tribunal Constitucional Peruano. (2004). Sentencia N.º 2579-2003-HD/TC. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02579-2003-HD.html>.
- Tribunal Constitucional Peruano. (2021). Sentencia N.º 02303-2019-PHD/TC. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/02303-2019-HD.pdf>.

CONSTRUYENDO LA DELIMITACIÓN DE LA LEX CRIPTOGRÁFICA

Eduardo Andrés Calderón Marengo

Universidad Cooperativa de Colombia
eduardo.calderon@campusucc.edu.co

Tania del Socorro Rodríguez Palacios

Universidad Americana
tania.rodriguez@uam.edu.ni

Jimmy Enrique Garzón Solano

Universidad Cooperativa de Colombia
jimmy.garzon@campusucc.edu.co

Gabriel Ravelo-Franco

Universidad Continental
gravelo@continental.edu.pe

Recibido: 17/04/2024

Aceptado: 04/06/2024

Resumen

La Lex Criptográfica, que surge en el ámbito de la tecnología *blockchain*, plantea la posibilidad de conferir empoderamiento a las personas a través de la promoción de la libertad individual y la emancipación. El propósito fundamental de la presente investigación radica en llevar a cabo un análisis exhaustivo de los componentes que integran la Lex Criptográfica, con el fin de delimitarla y, de esta manera, lograr una comprensión más precisa de sus efectos y alcances. El método de análisis-síntesis se empleó como enfoque para desglosar sus elementos constituyentes y, posteriormente, sintetizarlos con miras a su definición y demarcación. Los resultados obtenidos revelan que la Lex Criptográfica se compone de aspectos esenciales, a saber: código, contratos inteligentes, *blockchain* y criptografía. Adicionalmente, se advierte que la regulación

de esta estructura es un desafío de envergadura que requiere de un equilibrio entre el poder tecnológico y los valores de las libertades individuales, la democracia y la libertad de expresión. La imperiosa necesidad de adoptar un enfoque legal renovado se vislumbra como la vía para fomentar el crecimiento económico, consolidar las instituciones democráticas y salvaguardar las libertades individuales, al tiempo que se mitigan los riesgos potenciales.

Palabras clave: *blockchain*, *smart contract*, Lex Mercatoria, Lex Informática, Lex Criptográfica.

Building the Boundaries of Lex Cryptographia

Abstract

Lex Cryptographia, emerging within the realm of blockchain technology, presents the possibility of empowering individuals through the promotion of individual freedom and emancipation. The primary purpose of this research lies in conducting a comprehensive analysis of the components that constitute the Lex Cryptographia to delineate it and thus achieve a more precise understanding of its effects and scope. The method of analysis-synthesis was employed as an approach to dissect its constituent elements and subsequently synthesize them with a view to their definition and demarcation. The results obtained reveal that Lex Cryptographia comprises essential components, namely, code, smart contracts, blockchain, and cryptography. Furthermore, it is acknowledged that regulating this structure is a significant challenge that requires striking a balance between technological power and the values of individual freedoms, democracy, and freedom of expression. The urgent need for an updated legal approach emerges as the path to promote economic growth, strengthen democratic institutions, and safeguard individual freedoms while mitigating potential risks.

Key words: blockchain, smart contract, Lex Mercatoria, Lex Informatica, Lex Cryptographia.

1. Introducción

La literatura científica jurídica latinoamericana no se ha preocupado por conocer e investigar acerca de la Lex Criptográfica. Los trabajos más significativos sobre esta temática se encuentran en el espacio anglosajón y europeo. Esto mismo aconteció con la Lex Mercatoria, que incluso hoy en día su adaptación al derecho latinoamericano sigue encontrando serios problemas, por lo que solo puede verse plenamente materializada en el contexto internacional (Garrido Gómez, 2018).

En la era contemporánea, marcada por avances tecnológicos exponenciales y una creciente digitalización de la sociedad, el ámbito del derecho no ha quedado inmune a las transformaciones significativas. Entre las innovaciones que han surgido, la Lex Criptográfica representa un fenómeno legal de creciente

importancia que desafía las concepciones tradicionales del derecho y la regulación (Kubiak Cyrul, 2021). Este concepto, centrado en la tecnología *blockchain* y la criptografía, ha dado lugar a un enfoque único basado en la autorregulación a través de algoritmos y consenso. La Lex Criptográfica promete no solo empoderar a individuos y organizaciones, sino también plantear desafíos considerables a los sistemas legales convencionales y los marcos regulatorios establecidos nacionales e internacionales (Jacobs, 2019).

A medida que avanza la sociedad en esta era digital, en la que la interconexión global se ha vuelto la norma y las transacciones en línea son moneda corriente, el papel del derecho y su adaptación a estos nuevos contextos se vuelven imperativos. La Lex Criptográfica, como un desarrollo de vanguardia en esta evolución, merece una atención especial. En esta investigación de la Lex Criptográfica, el objetivo es analizar en profundidad su naturaleza, alcance y efectos en el ámbito del contexto digital (Cardoso, 2022). Así, se examinarán los elementos esenciales que la componen, desde los contratos inteligentes (*smart contracts*) hasta la tecnología *blockchain* y la criptografía, para arrojar luz sobre cómo estos factores interactúan y dan forma a este nuevo paradigma. Por las razones expuestas, se pretende dar respuesta a la pregunta problema: ¿cuáles son los componentes que conforman la Lex Criptográfica y cómo se manifiestan sus efectos legales a través de la tecnología de cadena de bloques?

A medida que el mundo avanza hacia un futuro digital cada vez más descentralizado y autónomo, la comprensión de la Lex Criptográfica se vuelve esencial para abordar las cuestiones legales y éticas que emergen en este nuevo paradigma del derecho digital (López Rodríguez, 2021). A través de esta investigación, se delimitarán los fundamentos de la Lex Criptográfica, sus implicaciones y el posible camino a seguir en un mundo en constante cambio impulsado por la tecnología.

2. Desarrollo

La Lex Criptográfica se fundamenta en la intersección de la teoría legal y la tecnología, abordando los desafíos legales y éticos asociados con el uso de la criptografía en un mundo digitalizado. En su esencia, se apoya en la premisa de salvaguardar la privacidad, la seguridad y la integridad de la información en un entorno donde la criptografía desempeña un papel fundamental. Este marco teórico se desarrolla en un contexto en constante evolución, adaptándose a los avances tecnológicos y a las demandas cambiantes de la sociedad.

3. De la Lex Mercatoria a la Lex Criptográfica

El avance tecnológico ha propiciado la creación de nuevos entornos para las interacciones entre individuos en diversos ámbitos, incluido el comercio. En la década de 1990, con la irrupción de la esfera electrónica, se inició una transformación significativa en la estructura legal que rige las relaciones comerciales. La forma tradicional de comprar o vender mercancías experimentó una reevaluación que condujo a lo que hoy se conoce como el comercio electrónico.

Históricamente, la actividad comercial ha estado mayormente regulada por las prácticas y costumbres de los comerciantes, lo que se denomina como Lex Mercatoria. Sin embargo, esta normativa se ha tenido que replantear debido a las nuevas pautas y costumbres surgidas con la virtualidad. En otras palabras, el concepto de Lex Mercatoria, que previamente prevalecía en el ámbito comercial, ha evolucionado en el mundo virtual hacia lo que denominamos Lex Criptográfica. Este término aún resulta enigmático para los profesionales del comercio y juristas, especialmente debido a su falta de familiaridad, análogamente a lo que ocurrió con la Lex Mercatoria cuando resurgió en el contexto del comercio internacional, causando incertidumbre entre muchos juristas. En las siguientes líneas, se llevará a cabo un análisis teórico derivado de este concepto con el fin de delimitar sus implicaciones y su interacción con el derecho comercial.

4. Generalidades y antecedentes de la Lex Mercatoria

Cristóbal Carle (2019) sostiene que el origen de la Lex Mercatoria internacional tiene sus raíces en los inicios del siglo XIX, cuando los comerciantes que operaban en el mercado internacional optaron gradualmente por abandonar el contrato de compraventa tradicional con el propósito de aprovechar la autonomía contractual reconocida por el sistema legal. El ejercicio de esta autonomía condujo a la formación de diversas asociaciones de comerciantes, agrupadas por sectores profesionales que comenzaron a adoptar y aplicar prácticas comerciales comunes, la elaboración de contratos estandarizados y la utilización del arbitraje como mecanismo para la resolución de controversias.

Si bien existió desde la edad media, la Lex Mercatoria que actualmente se conoce nace de acuerdo con Garrido Gómez (2018)

... a lo largo del siglo XX, y teniendo como causa el periodo posterior a la II Guerra Mundial, y la implementación del Acuerdo General sobre Aranceles Aduanero y Comercio (GATT), junto al desarrollo del Tratado de Libre Comercio, y el floreciente comercio internacional solicitaba un cambio a la hora de resolver

conflictos lo que fue apoyado por el Convenio de Nueva York del año 1958. En concreto desde 1947 aproximadamente empezaría a tomar fuerza la nueva Lex Mercatoria, si bien sería Schmitthoff quien anunciara su nacimiento en 1957 en aras de las Conferencias celebradas entre 1958 y 1964 organizadas por la International Association of Legal Science. Así la Lex Mercatoria clásica y la nueva nacen para resolver una cuestión similar, es decir, asegurar la libre circulación de los resultados de la producción. Dentro de la nueva Lex Mercatoria quedan diluidas las diferencias entre Civil Law y Common Law. (pp. 98-99)

Dado el proceso de internacionalización de la actividad comercial y los desafíos que este crecimiento conllevaba, surgió de manera espontánea un sistema legal autónomo, es decir, autorregulado, independiente de los Estados y fundamentado en las prácticas y costumbres prevalecientes entre los comerciantes. Este sistema legal representa un derecho privado de naturaleza consuetudinaria, diseñado para abordar una realidad a la cual los órganos legislativos permanecían ajenos y distantes. Posteriormente, tras superar la fase de afirmación soberana de los Estados nacionales y el consiguiente estímulo de sus economías, la labor legislativa se vio compelida a concentrarse en la unificación de los principios legales, la normativa y su aplicación práctica en el contexto del comercio transfronterizo (Cristóbal Carle, 2019).

5. Axioma de la Lex Mercatoria

Valdivieso Ruíz (2020, p. 775) caracteriza la Lex Mercatoria como un cuerpo de normas privadas y no coactivas, cuya adherencia no se impone mediante la fuerza legal, pero que, no obstante, son efectivamente observadas en la práctica. Estas normas son voluntariamente aceptadas y seguidas por los participantes en el ámbito del derecho comercial internacional y son compiladas por entidades internacionales involucradas en actividades mercantiles.

La Lex Mercatoria representa un sistema legal transnacional basado en la costumbre, que incorpora diversas fuentes, tales como los usos y prácticas del comercio internacional, los acuerdos contractuales internacionales, los fallos emitidos por tribunales arbitrales y los principios generales del derecho comercial internacional. En otras palabras, engloba las convenciones, prácticas y tradiciones que surgen en el ámbito del comercio internacional y que los comerciantes adoptan como normas para la resolución de disputas entre ellos, desempeñando un rol análogo al de una legislación procesal internacional destinada a dirimir conflictos en el ámbito del comercio exterior (Pérez Cázares, 2018).

Pese a la evolución de la Lex Mercatoria, se cuestiona si este cuerpo normativo podía regular las relaciones surgidas en las plataformas virtuales, dado que la naturaleza del medio en el que se desarrollan implica la necesidad de realizar cambios en el marco normativo, abriendo la puerta a la propuesta de la Lex Informática.

En consonancia con lo mencionado anteriormente, el comercio electrónico va más allá de su dimensión tecnológica y se extiende al ámbito jurídico. Esto implica la necesidad de adaptar, fusionar y normatizar aspectos tecnológicos, lo que requiere superar las regulaciones y marcos legales existentes para crear uno nuevo y autónomo, conocido como la Lex Criptográfica. Se trata de un sistema de reglas completamente nuevo y autónomo, que se desarrolla a través de las leyes de la criptografía y algoritmos o, en su lugar, la adaptación de antiguos principios del derecho contractual y de obligaciones para acomodar las nuevas realidades tecnológicas a las estructuras legales (Veiga Copo, 2021). Este tema será explorado con mayor detalle en los resultados de la presente investigación.

6. Exposiciones del contenido de la Lex Mercatoria Internacional

Se pueden mencionar ejemplos ilustrativos de la Lex Mercatoria, como los usos y costumbres representados en los Incoterms o términos internacionales de comercio, que constituyen compilaciones de prácticas comerciales globales y el desarrollo de normativas y directrices que tienen como finalidad simplificar el intercambio de bienes. Su cumplimiento es obligatorio cuando las partes involucradas en una transacción internacional así lo acuerdan (Valdivieso Ruíz, 2020).

Por otro lado, existen las condiciones generales de la contratación, que son un conjunto de disposiciones contractuales estandarizadas por lo general elaboradas por una de las partes involucradas en una transacción comercial, típicamente el proveedor o vendedor de bienes o servicios. Estas condiciones generales se ofrecen de manera uniforme a los clientes o compradores y suelen formar parte integral de un contrato.

Los contratos modelo o contratos tipo representan una expresión significativa de estos derechos. Constituyen documentos predefinidos que pueden ser creados por organismos internacionales y que contienen las cláusulas fundamentales para un contrato específico. Su finalidad es simplificar las transacciones comerciales y garantizar la inclusión de un conjunto mínimo de cláusulas, estipulaciones o condiciones apropiadas para cada tipo de contrato. Ejemplos de estos contratos o cláusulas incluyen los Incoterms, que son normas de la Or-

ganización Mundial de Comercio (OMC), o las Condiciones Internacionales de Venta elaboradas por la Comisión Económica para Europa de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) (Alvarado Lemus, 2021).

Un ejemplo esencial que no debe pasarse por alto son los Principios UNIDROIT, que son recopilados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT). Estos principios representan un instrumento de derecho flexible con el propósito de proporcionarles a las partes y a los árbitros un conjunto de reglas aplicables a los contratos internacionales cuando no existen leyes nacionales específicas o cuando las partes, mediante su autonomía, eligen aplicarlos (Punzo, 2023).

Sin lugar a dudas, el arbitraje comercial internacional, a través de los laudos arbitrales, se ha establecido como una de las principales fuentes de la Lex Mercatoria, al resolver disputas en el ámbito internacional y sentar las bases de este conjunto normativo. Por lo tanto, el arbitraje comercial internacional desempeña un papel fundamental en la formación de la Lex Mercatoria, ya que genera normas y reglas que guían las transacciones comerciales internacionales. En este contexto, Pérez Cázares (2018), citando a Labariega (2017), destaca que, en la práctica arbitral recurrente, especialmente a través de los laudos arbitrales, se han establecido principios sólidos que forman parte intrínseca de la Lex Mercatoria.

Por último, pero no menos importante, se encuentran las leyes uniformes, que son normativas ideales estandarizadas redactadas por organismos internacionales con el fin de que los legisladores nacionales las adopten y creen leyes locales con un texto idéntico o similar. Estas leyes uniformes suelen ser objeto de tratados o convenios internacionales destinados a su incorporación en las legislaciones locales, con las adaptaciones que puedan considerarse necesarias. Ejemplos incluyen el UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce y la Ley modelo de UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) relacionada con el arbitraje comercial internacional (Garrido Gómez, 2018).

7. Hacia la Lex Informática

La globalización de los mercados exige una regulación uniforme de las transacciones internacionales, lo que plantea la necesidad de una mayor universalidad en el ámbito legal (Cristóbal Carle, 2019). En respuesta al crecimiento del comercio electrónico, surgen desafíos que representan un dilema para el sistema legal. La tecnología puede generar complicaciones para las instituciones legales de diversas maneras: al no encajar dentro de los campos de especialización o

mandatos legales de las instituciones existentes, al quedar en áreas no reguladas entre distintas instituciones o regímenes o al enfrentar una maraña de regulaciones superpuestas. Además, se presenta lo que se conoce como el “problema de la sincronización”, que normalmente se manifiesta como un dilema sobre cómo incorporar nuevos conocimientos técnicos en el sistema legal o, de manera más amplia, cómo diseñar leyes que sean adaptables con el tiempo, delegando ciertas decisiones en actores más especializados o cercanos en el tiempo (Kaminski, 2021).

Así, la Lex Informática proporcionó un marco conceptual para definir el diseño como una forma de autorregulación. Específicamente, se la ha comparado con la Lex Mercatoria de la Edad Media. Como se mencionó, esta era un conjunto de costumbres y prácticas desarrolladas por comerciantes en el siglo XIII para abordar la falta de un sistema legal unificado entre comerciantes de diferentes jurisdicciones. Al establecer de manera voluntaria su propio marco legal, los comerciantes lograron obtener certeza jurídica y equidad en un entorno que, de otra manera, carecería de leyes. En otras palabras, la Lex Mercatoria era un ejemplo clásico de autorregulación en el cual entidades privadas o individuos, en lugar del soberano, establecían y hacían cumplir las normas de manera voluntaria. Casi quinientos años después, los usuarios de internet, quienes están sujetos a múltiples regulaciones nacionales, se enfrentan a desafíos similares a los de los comerciantes de la Edad Media. Al igual que con la Lex Mercatoria, las reglas fundamentales que rigen internet y muchas de las interacciones en la web no son definidas por un gobernante nacional o sus instituciones públicas. En cambio, se observa un nuevo marco de gobernanza al que se le ha llamado Lex Informática. En el contexto de la Lex Informática, las normas ya no son formuladas por líderes, legisladores o jueces, sino que son moldeadas por las capacidades tecnológicas y las decisiones de diseño del sistema que les brindan a los usuarios la flexibilidad para configurar su experiencia en línea de acuerdo con sus preferencias personales (Elkin-Koren y Chagal-Feferkorn, 2021).

La Lex Informática sostiene de manera afirmativa que la ley debe involucrarse directamente en el diseño tecnológico. Al comparar las nuevas normas sobre el flujo de información con las normas y prácticas de los comerciantes durante la Edad Media, se puede identificar una perspectiva progresista que sugiere que las prácticas que se repiten con frecuencia naturalmente se convierten en costumbres, que, a su vez, evolucionan hacia acuerdos y, en última instancia, se convierten en ley. En otras palabras, existe una cierta inevitabilidad en la formación de la ley (Kaminski, 2021).

Hoy en día, la Lex Informática, también conocida como *networkia*, *electrónica*, *cyberlaw* o *digitalis*, se refiere al conjunto de normas legales que están en proceso de desarrollo y están diseñadas para regular las transacciones transfronterizas en el ámbito informático (Namen Barquero, 2021). Bajo los principios de Lex Informática, las normas ya no son moldeadas por líderes, legisladores o jueces, sino más bien por las capacidades tecnológicas y las elecciones de diseño que les otorgan a los usuarios la flexibilidad para configurar su propia experiencia en línea según sus preferencias.

En resumen, la Lex Informática se define desde dos perspectivas distintas: primero, desde un enfoque tecnológico, se trata del “código” utilizado en la creación de plataformas en línea, desarrollado por expertos técnicos que definen la estructura y la presentación de información en páginas web; segundo, se refiere a un conjunto de reglas para la transferencia de información establecidas por redes tecnológicas y de comunicación. En el ámbito del comercio en línea, esto puede determinar reglas y prácticas comerciales transnacionales que se utilizan en transacciones realizadas por participantes de relaciones comerciales internacionales. Debido a la evolución tecnológica constante y a la expansión de internet, esto también influye en la adaptación del comportamiento de los usuarios en línea. Aunque Lex Informática, según la definición doctrinal, se aplica a reglas en el comercio internacional en línea, actualmente su implementación depende en gran medida del código informático subyacente y de las instrucciones del operador de datos. El legislador ofrece respuestas a desafíos prácticos, pero estas respuestas pueden cambiar significativamente con el tiempo (Serban, 2020).

Desde la década de 1990, y un cuarto de siglo después de los primeros pasos de la Lex Informática, ha surgido una segunda generación de sistemas de gobernanza en línea que hacen uso de la inteligencia artificial y otros algoritmos, conocida como Lex Criptográfica. El desarrollo tecnológico ha avanzado de manera exponencial en este período relativamente corto. Estos nuevos algoritmos, pertenecientes a la inteligencia artificial o al aprendizaje automático, representan esta nueva generación y tienen la capacidad de procesar grandes volúmenes de datos, aprender a resolver tareas de forma autónoma y tomar decisiones. Esto ha conducido, en términos discutibles, a una forma de gobernanza completamente nueva que se denomina Lex Criptográfica. En este contexto, esta investigación se centra en explorar las nuevas manifestaciones que suceden a Lex Mercatoria y Lex Informática en el ámbito de la gobernanza en línea.

8. Definición de la Lex Criptográfica

Para comprender mejor la Lex Criptográfica, primeramente entiéndase que “criptología” deviene del griego *Kryptós lógos* y significa “palabra oculta”. Consiste en el estudio de métodos para ocultar, almacenar, comunicar y revelar información; su principal objetivo es asegurar la comunicación entre remitente y receptor (y potencialmente resguardar el secreto de la comunicación, aunque no es inherente a ella), siendo su principal valor el utilizar técnicas criptológicas para garantizar la seguridad de la información transmitida, para ello, la criptología cuenta con tres componentes: confidencialidad, integridad y disponibilidad (Cardoso, 2022). Por ejemplo, desde años atrás, las criptomonedas se generan y se transfieren de manera descentralizada mediante el uso de técnicas de criptografía para garantizar la integridad, junto con tecnologías de registro o libros de contabilidad que son gestionadas y actualizadas por numerosas computadoras de forma independiente. Esto se hace con el fin de verificar que no haya duplicaciones en su uso (Barroilhet Díez, 2019).

En un primer esfuerzo por definir los límites de la Lex Criptográfica, se evidencia su relación con la programación informática como una vía para dar forma a acuerdos privados con implicaciones legales, como los contratos. En este contexto, surge la idea de que la Lex Criptográfica se desarrolla a través de prácticas y costumbres arraigadas en la comunidad de usuarios del entorno digital. Estas prácticas sientan las bases para la creación de normas comunes, cuya efectividad depende de la formación de lo que se conoce como *opinio iuris*.

La Lex Criptográfica se percibe como una extensión lógica de la Lex Mercatoria, un conjunto de normativas con diferente contenido y origen, concebido por los actores comerciales con el propósito de regular las exigencias del comercio internacional. De manera análoga a la Lex Mercatoria, la Lex Criptográfica se apoya en la autorregulación, aunque su funcionamiento se basa en mecanismos autónomos y organizaciones descentralizadas autoejecutables. Por lo tanto, algunos expertos plantean interrogantes acerca de si los algoritmos eventualmente podrían desplazar al sistema jurídico tradicional y a los jueces, dado que surge un nuevo conjunto de normativas independientes del marco legal estatal (López Rodríguez, 2021).

Si bien muchos de los autores indican que la Lex Criptográfica es una Lex Mercatoria 2.0, Celis Gutiérrez (2022) sostiene que el paradigma actual del criptoderecho se encuentra en la configuración actual de los *smart contracts* desarrollados por el código computacional insertado en el sistema criptográfico. Así, hoy en día, el código criptográfico presente en la tecnología de la

blockchain se erigirá como la única pauta reguladora, al menos en el contexto de las *blockchains* públicas y no permissionadas, para gobernar las interacciones entre los participantes de un criptocontrato. Esta característica de normativa tecnológica, independiente de las disposiciones legales aplicables en el mundo físico, se cimienta en la encriptación y la irreversible naturaleza de las transacciones efectuadas a través de esta tecnología. De hecho, es precisamente esta irreversibilidad la que les otorga a los usuarios la confianza en el sistema en lugar de depender del marco legal tradicional.

Wright (2015, como se citó en Santos Álvarez, 2021, p. 40) define la Lex Criptográfica como un sistema donde las normas incorporadas en los contratos inteligentes y en las organizaciones autónomas descentralizadas (DAO) se ejecutan automáticamente. Este mecanismo sirve tanto para preservar el orden público como para apoyar los intereses privados. A raíz de esta característica, se derivan dos perspectivas principales. La primera cuestiona si la Lex Criptográfica puede operar de manera autónoma sin necesidad de recurrir a instituciones jurídicas tradicionales. La segunda postura argumenta que esta no puede reemplazar completamente a la ley debido a su falta de mecanismos coercitivos.

Por su parte, Quiroz Ruiz (2023) explica que la Lex Criptográfica se compone en gran medida de los contratos inteligentes. Al codificar acuerdos legales en *smart contracts*, las partes involucradas están efectivamente creando una suerte de legislación. Siguiendo a Wright (2015), Quiroz Ruiz explica que las personas podrían tener la capacidad de establecer sus propias normas de gobierno, recaudar impuestos y distribuir la riqueza de la manera que el grupo considere justa. Esto abre la posibilidad de que las comunidades se conviertan en naciones virtuales, sin restricciones geográficas, y sean gobernadas mediante un conjunto de reglas algorítmicas que pueden establecerse mediante mecanismos de votación y *smart contracts*.

Becker (2022) comparte que la llamada Lex Criptográfica está principalmente constituida por la nueva estructura cuasi legal de los contratos inteligentes que se utilizan para regular e iniciar relaciones de dos o más partes en las que no es necesaria la confianza mutua. Dado que estos contratos inteligentes pueden ser establecidos por dos o más partes ubicadas en cualquier parte del mundo, esta ley opera completamente desligada del tradicional tercero, es decir, de las bases culturales y nacionales de legitimidad legal. La Lex Criptográfica es una ley que ya no se legitima mediante un referente simbólico culturalmente establecido, lo cual ya no es necesario, dado que no se requiere reconocimiento ni creencias. Al programar el código, las partes de un contrato inteligente están

creando la ley implícitamente o, mejor dicho, codificando los valores que consideran fundamentales e iniciando la ejecución automática de la ley: la base legal, la escritura de la ley y su aplicación se funden en una sola.

Estas aseveraciones permiten delimitar con claridad la mentada Lex Criptográfica, que sin temor a duda guarda estrecha relación con la Lex Mercatoria y la Lex Informática, empero, puede cobrar su parcela de autonomía por el espacio donde se origina y se desenvuelve.

En suma, la tecnología de la cadena de bloques les brinda a las personas la capacidad de establecer, a través de contratos inteligentes, sus propios sistemas regulatorios privados. En teoría, esto posibilita que los individuos se organicen de manera descentralizada y sin depender de ninguna entidad gubernamental (Quiroz Ruiz, 2023). Igualmente, Arias Torres et al. (2023) agregan que la adopción de soluciones tecnológicas basadas en *blockchain* proporciona una mayor seguridad, capacidad de expansión y descentralización.

Tomando en consideración lo mencionado anteriormente, al emprender un proceso de definición de la Lex Criptográfica, es fundamental comprender que esta siempre se manifestará mediante un código computacional expresado en un lenguaje de programación. Este código se utiliza para crear un contrato inteligente, el cual, a su vez, debe ser insertado de manera encriptada en la tecnología *blockchain*. Por lo tanto, resulta imposible desvincular en la delimitación de esta Lex elementos esenciales como el código, el contrato inteligente, la criptografía y la cadena de bloques.

En otras palabras, la Lex Criptográfica se materializa a través de una sinergia de componentes tecnológicos, donde el código actúa como el lenguaje que define los términos del contrato inteligente. Este se asegura y se registra de manera segura mediante la encriptación de la tecnología *blockchain*, creando así un sistema regulatorio que depende intrínsecamente de estos elementos interconectados. La inseparabilidad de estos componentes es lo que le da forma y fundamento a la Lex Criptográfica.

9. Elementos constitutivos de la Lex Criptográfica

Controlar quién puede acceder y cómo se aplica la encriptación digital implica regular el acceso a diferentes tipos de información. Esto se debe a que el proceso de encriptar la información implica hacerla ilegible para aquellos que no disponen de la clave necesaria para descifrarla. La importancia de la encriptación se ha vuelto más relevante con la aparición de internet. Actualmente, la

encriptación se utiliza en numerosas situaciones cotidianas, como el envío de correos electrónicos, las transacciones con tarjetas de crédito e incluso el uso de controles remotos. La encriptación no solo protege la comunicación y evita el espionaje, sino que también puede servir como una firma digital que verifica el origen de un mensaje. Con la creciente expansión de internet de las cosas, en la que numerosos dispositivos comunes están conectados entre sí, la importancia de la encriptación seguirá aumentando (Monsees, 2019).

Sobre este punto se puede precisar que en muchas ocasiones el problema en internet no es la falta de regulación, sino la superposición excesiva de normativas. Los Estados intentan ejercer su soberanía, pero se enfrentan a desafíos debido a la naturaleza global y descentralizada de la web. Esto crea conflictos jurisdiccionales y normativas que se solapan, lo que resulta en la insuficiencia de las legislaciones estatales para abordar estos problemas. Aunque se han intentado enfoques sectoriales de cooperación internacional, es difícil lograr estándares comunes debido a la diversidad legislativa (Teruel Lozano, 2019). Por estas razones, se voltea la mirada a los usos y costumbres que han desarrollado los usuarios del internet y, dentro de las prácticas surgidas en la virtualidad, la criptografía se ha vuelto ubicua en la tecnología de comunicación, además de considerarse una parte necesaria de la seguridad de la información que, a su vez, ha permitido configurar a través de una tímida doctrina lo que hoy se denomina como *Lex Criptográfica* (Riebe et al., 2022).

Elizondo Araya (2021) describe al derecho informático como una ciencia y una rama independiente del derecho, que se dedica al estudio de normativas, jurisprudencias y doctrinas que se ocupan del control y la regulación de la informática. Este campo aborda cuestiones como la regulación de la expansión y desarrollo del medio informático, así como la utilización adecuada de herramientas informáticas. El derecho informático se enfoca en la protección y regulación de las actividades que afectan tanto a individuos como a entidades legales en el contexto de transacciones tecnológicas que implican interacciones informáticas. Sin embargo, debido a la evolución tecnológica, esta área del derecho enfrenta nuevas discusiones, haciendo esencial debatir la creciente importancia de la *Lex Criptográfica*.

En este punto, es importante aclarar que los contratos inteligentes van más allá de un contrato electrónico, este último, como una transacción constituida por el acuerdo de la voluntad de dos o más personas con respecto a un propósito legal de interés común, celebrado de forma remota, en tiempo real o a través de transacciones sucesivas y mediante medios electrónicos con el obje-

tivo de crear, modificar o terminar una situación legal (Calderón Marengo et al., 2023). A diferencia de los anteriores, las responsabilidades incorporadas en el contrato inteligente pueden ser completamente automatizadas y ejecutarse en la cadena de bloques de manera descentralizada. En otras palabras, los contratos inteligentes funcionan siguiendo un algoritmo incorporado en ellos, sin necesidad de intervención humana, lo que elimina intermediarios y optimiza la eficiencia de los procesos empresariales. Esto se traduce en una reducción del tiempo necesario para completar transacciones financieras y de los costos asociados a la administración de registros. El uso de los contratos inteligentes implica el uso de un lenguaje de alto nivel (código binario compilado) y un *software* especializado que convierte lenguajes como Solidity en instrucciones de máquina expresadas en código de *bytes* (Kubiak Cyrul, 2021).

Resulta fundamental conectar estas prácticas y costumbres con el ámbito de la criptología, dado que esta desempeña un papel crucial en la seguridad de la información. La criptología garantiza la inalterabilidad de los datos, asegura su perdurabilidad, reduce costos y promueve la confianza. En este sentido, la Lex Criptográfica incorpora la seguridad como uno de sus aspectos fundamentales, lo que la convierte en un recurso valioso en el contexto de la certificación (Diago Diago, 2021). Además, es importante destacar que la seguridad se ve ampliamente reforzada por la tecnología *blockchain*, que se reconoce como “una de las tecnologías más relevantes para la protección de la información de las transacciones” (Valencia-Arias et al., 2023, p. 217).

Por otro lado, la sustitución del referente simbólico por código (referido en el apartado de definición) implica, al mismo tiempo, un profundo desplazamiento de la imagería tradicional y las bases simbólicas del derecho. No solo inicia un distanciamiento del referente simbólico tradicional como su legitimidad legal, también disocia el concepto de derecho en general de esas tres dimensiones de la vida humana que son constitutivas para la necesidad de acordar una representación común del mundo, y que son los elementos centrales del marco simbólico e imaginario en el que tradicionalmente se basan el sistema institucional y legal de una sociedad: el territorio, el lenguaje y el cuerpo.

Por otro lado, es importante considerar hasta qué punto el código efectivamente abole las heteronomías institucionales y, sobre todo, analizar de manera crítica el hecho de que el impacto inherente y, en general, heterónimo del código no suele ser percibido como una restricción de la autonomía. En este contexto, a menudo se hace referencia a las bases consensuales de la tecnología *blockchain*. A medida que se observa de cerca la creciente adopción de sus aplicaciones, se

evidencia una expansión mayor de la autonomía asociada a la Lex Criptográfica, la cual, como señala Becker (2022), ya no se limita al ámbito puramente virtual, por lo que se torna fundamental conocer más de cerca sus elementos.

10. El código fuente y la criptografía del *blockchain*: relación con la Lex Criptográfica

Atendiendo lo comentado hasta este punto, cuando se habla de contratos inteligentes es fundamental tener en cuenta que los algoritmos tienen el poder de convertirse en la ley en sí misma (conocida como *code is law*), con la capacidad de hacer cumplir las normativas. Según esta perspectiva, los algoritmos podrían eventualmente reemplazar o desplazar a la ley tradicional y a las instituciones gubernamentales. A este concepto de ley que surge de los algoritmos es lo que se ha venido denominando Lex Criptográfica, que se refiere a un conjunto de reglas que son ejecutadas a través de contratos inteligentes y organizaciones autónomas descentralizadas (Rengifo García, 2021).

En otras palabras, los *smart contracts* son esencialmente códigos criptográficos que funcionan como leyes, habilitando y garantizando la facilitación, ejecución y cumplimiento de un acuerdo a través de la tecnología *blockchain*. Estos contratos son diseñados y operan dentro de las *blockchains*, lo que significa que heredan algunas de las características de esta tecnología. En otras palabras, son validados y existen en el sistema de registro distribuido de la cadena, lo que teóricamente los hace resistentes a intentos de hackeo o alteración maliciosa por parte de un atacante o de una de las partes involucradas (Jacobs, 2019). Hasta el día de hoy, la mayoría de la doctrina solo se centra en enfocar que la Lex Criptográfica es el código computacional con el cual se redactan los contratos inteligentes, no obstante, habrá que hacer mayor delimitación de sus elementos.

En tal sentido, se tiene que el código fuente consiste en un conjunto de directrices escritas en un lenguaje de programación que dirigen la ejecución de un programa. Estas directrices, que son comprensibles para las personas, son generadas por programadores. El código fuente es esencial para la creación de contratos inteligentes en *blockchain*, que se destacan por su seguridad gracias al cifrado de la cadena de bloques, la cual utiliza técnicas criptográficas para salvaguardar la información y establece plazos para asegurar la fortaleza del sistema. La criptografía en *blockchain* elimina intermediarios, tanto desde una perspectiva legal como técnica, al establecer un sistema confiable de intercambio de información sin depender de entidades externas para validar la confianza. Las cadenas de bloques emplean dos categorías de algoritmos criptográficos: los al-

goritmos de clave asimétrica y las funciones *hash*. Estas últimas se utilizan para crear una representación única de la cadena de bloques, que es compartida por todos los participantes (Celis Gutiérrez, 2022).

11. Iniciativas regulatorias relativas a *blockchain*

Nieto y Silvestri (2021) indican que, atendiendo a la revolución informática y a la necesidad de contar con legislaciones uniformes para facilitar las operaciones, la ONU, en referencia al comercio internacional y al *e-commerce*, celebró el Trade Law Forum de 2018 y, en virtud de este, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), una de las organizadoras del Trade Law Forum 2018, puso por primera vez en su agenda a la tecnología *blockchain* y, en consecuencia, se acordó actualizar la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales.

En Mónaco, el Gobierno ha reconocido la importancia de la tecnología *blockchain* y ha trabajado para establecer un marco legal que facilite su adopción y desarrollo, a la vez que protege a los inversores y usuarios. La Ley 1528 (7 de julio de 2022), que modifica diversas disposiciones en materia de digitalización y regula las actividades de los proveedores de servicios sobre activos digitales o criptoactivos, es un importante paso en esta dirección.

Esta norma define claramente lo que se entiende por *blockchain* y distingue entre diferentes tipos: públicas, privadas y de consorcio. Las públicas, como Bitcoin y Ethereum, son completamente descentralizadas y accesibles a cualquier persona sin necesidad de permisos. En contraste, las privadas operan dentro de redes controladas y requieren autorización para participar. Las de consorcio combinan características de ambas, siendo gestionadas por un grupo de entidades preseleccionadas.

Una de las aplicaciones más destacadas de la tecnología *blockchain* es la emisión de *tokens*, conocidos como *initial coin offerings* (ICOs). Estas operaciones, que les permiten a las empresas recaudar fondos directamente del público sin intermediarios financieros tradicionales, han visto un crecimiento exponencial. Sin embargo, presentan riesgos significativos, como la volatilidad de los *tokens* y la posibilidad de fraudes o lavado de dinero.

Para mitigar estos riesgos y fomentar un entorno seguro y transparente para los inversores, la norma analizada exige que todas las emisiones de *tokens* obtengan una autorización administrativa previa. Esta es otorgada por el Ministro de

Estado tras la evaluación de una comisión especializada que verifica la calidad de la información proporcionada a los inversores y las garantías tecnológicas y financieras de la emisión.

La regulación de la tecnología *blockchain* en Mónaco es un ejemplo de que los Gobiernos pueden abordar los desafíos y oportunidades de las nuevas tecnologías. Al establecer un marco legal claro y robusto, se promueve la adopción segura y eficiente de la *blockchain*, se potencia su capacidad para revolucionar diversas industrias y, al mismo tiempo, se protege a los usuarios y se garantiza la integridad del sistema.

Por su parte, la norma europea sobre mercados de criptoactivos, particularmente el Reglamento (UE) 2023/1114 del Parlamento Europeo y del Consejo, establece un marco regulatorio integral y armonizado para los criptoactivos y los servicios asociados en la Unión Europea. Tiene como objetivo fomentar la innovación y la competencia leal, permitiéndoles a los proveedores de servicios de criptoactivos expandir sus negocios a escala transfronteriza.

Se busca así regular el uso de tecnologías innovadoras en el sector financiero, a través de la promoción de la adopción de la tecnología de registro distribuido (TRD) y criptoactivos mientras se asegura la protección de los usuarios y la integridad del mercado. Para tal efecto, clasifica los criptoactivos en tres tipos principales: fichas de dinero electrónico, fichas referenciadas a activos y otros criptoactivos, cada uno sujeto a diferentes requisitos regulatorios basados en los riesgos que presentan.

En la UE, los emisores de criptoactivos deben elaborar un documento detallado (libro blanco) que incluya información sobre el proyecto, los riesgos, la tecnología y el diseño económico del *token*, y deben notificarlo a la autoridad competente antes de su publicación. Mónaco exige un proceso similar, en el cual todas las emisiones de *tokens* deben obtener una autorización administrativa previa, garantizando así la transparencia y la seguridad para los inversores.

Tanto la norma europea como la de Mónaco hacen énfasis en la importancia de proteger a los titulares minoristas de criptoactivos y garantizar la estabilidad del mercado. La regulación europea introduce mecanismos de supervisión y seguimiento para evitar abusos de mercado y delitos financieros, promoviendo la confianza en los criptoactivos. Mónaco, por su parte, también busca mitigar los riesgos relacionados con la volatilidad de los *tokens* y la posibilidad de fraudes, estableciendo requisitos estrictos para las ofertas de *tokens*.

Un aspecto destacado del Reglamento europeo es la consideración de los efectos adversos sobre el clima y el medio ambiente de los mecanismos de con-

senso utilizados en las operaciones con criptoactivos. Esta perspectiva no está explícitamente abordada en la normativa de Mónaco, lo cual podría ser un área a desarrollar para alinearse más estrechamente con los estándares europeos y globales de sostenibilidad.

El Reglamento (UE) 2023/1114 y la Ley 1528 de Mónaco comparten muchos objetivos y enfoques similares para regular los criptoactivos y fomentar la innovación en el sector financiero. Sin embargo, la normativa europea presenta una estructura más detallada y específica en cuanto a la clasificación de criptoactivos y la gestión de sus impactos ambientales.

12. Escenarios de aplicación de la Lex Criptográfica

En el contexto de la implementación de la Lex Criptográfica, es crucial identificar las instancias competentes para abordar situaciones específicas, como errores en el código de programación, insolvencia y la protección de normativas sobre competencia y derechos de los consumidores. Su aplicación puede llevarse a cabo a través de diferentes instancias, dependiendo de la naturaleza del conflicto y los acuerdos contractuales preexistentes.

En primer lugar, los tribunales estatales pueden intervenir en casos donde los conflictos trasciendan las capacidades de resolución autónoma de la Lex Criptográfica, especialmente cuando existen implicaciones legales significativas o violaciones de derechos fundamentales. La jurisdicción estatal ofrece un marco de seguridad jurídica tradicional que puede ser indispensable en ciertos casos.

Por otro lado, el arbitraje descentralizado representa una innovación significativa para resolver disputas derivadas de contratos inteligentes y otras aplicaciones *blockchain*. Este mecanismo permite que las partes involucradas seleccionen árbitros a través de plataformas especializadas, como Kleros, las cuales operan utilizando tecnología *blockchain* para garantizar transparencia, imparcialidad y eficiencia en la resolución de conflictos (Tasende, 2020).

Para garantizar la protección de las normativas sobre competencia y derechos de los consumidores, es necesario un enfoque integral que combine la autorregulación tecnológica con la supervisión legal. En la Unión Europea, por ejemplo, el Reglamento de Mercados en Criptoactivos (MiCA) establece directrices claras para la emisión y operación de criptoactivos, incluyendo la obligación de presentar documentos detallados (libros blancos) y obtener autorizaciones administrativas para proteger a los inversores y consumidores.

En casos de error en el código de programación de contratos inteligentes,

la Lex Criptográfica puede proporcionar mecanismos automáticos de rectificación basados en las condiciones predefinidas del contrato. Sin embargo, cuando estos errores conllevan a disputas significativas o incumplimientos contractuales, es esencial contar con tribunales de arbitraje descentralizado que puedan actuar de manera rápida y eficiente para resolver el conflicto sin necesidad de recurrir a tribunales tradicionales, a menos que sea absolutamente necesario.

Para situaciones de insolvencia, la Lex Criptográfica debe interactuar con las leyes de insolvencia tradicionales. Es vital que los contratos inteligentes incluyan cláusulas que prevean estos escenarios y definan claramente los procedimientos a seguir, ya sea mediante la activación de tribunales de arbitraje descentralizado o la remisión a tribunales estatales competentes.

13. Discusión

Resulta patente que la Lex Mercatoria ha dejado una huella indeleble en el ámbito del comercio tanto a nivel nacional como internacional, al punto de erigirse como un ordenamiento jurídico autónomo, coexistente con el de los Estados nacionales. No obstante, en la actualidad, con el vertiginoso desarrollo de la tecnología y su influencia en las relaciones comerciales privadas, se suscitan nuevos debates en torno a su evolución y transformación hacia lo que se denomina Lex Informática. Desde hace una década, la Lex Informática ha trazado un rumbo definido impulsado por la tecnología *blockchain*, lo que ha permitido la creación de contratos electrónicos generados por medio de códigos computacionales integrados en un sistema cifrado, dando origen a lo que se conoce como Lex Criptográfica.

Así, es indiscutible que actualmente hagan parte de la discusión las futuras reformas a los ordenamientos jurídicos, como aconteció con la Lex Mercatoria. A la par de lo mencionado, es necesario tener en cuenta que los profesionales legales deben prepararse y coordinar sus esfuerzos para asegurarse de que pueden responder a un aumento la utilización de contratos que impliquen su desarrollo a través del código. Como resultado, esto podría facilitar el éxito de la expansión de los contratos inteligentes en lugar de obstaculizarla, empero a la par debe analizarse el contexto legal que se afronta en las leyes nacionales e instrumentos internacionales (Papantoniou, 2020).

La ausencia de normativas adecuadas es un riesgo inherente a todos los avances en el ámbito digital y tecnológico, ya que los Gobiernos y los organismos reguladores a menudo no pueden mantenerse al día con los cambios cons-

tantes. Es esencial prestar una atención especial a la búsqueda de uniformidad en la legislación, ya que contar con un marco regulador internacional se vuelve fundamental para abordar amenazas específicas de seguridad y tratar preocupaciones sociales relacionadas con la internet de las cosas, como la privacidad, la confianza y la libertad de expresión (Porcelli, 2021). Sin embargo, se está observando actualmente un creciente reconocimiento de ciertas aplicaciones de la cadena de bloques, especialmente aquellas que persiguen, de manera cada vez más sofisticada, la emancipación de los tradicionales sistemas legales.

Siguiendo con esta línea de debate, es de conocimiento común que los contratos inteligentes ofrecen diversas ventajas y un gran potencial, pero al mismo tiempo conllevan numerosos desafíos y riesgos que no se ajustan a las regulaciones nacionales, como han señalado Lennart (2021) y Guido et al. (2018). Es relevante destacar que aunque la Lex Criptográfica opera a través de mecanismos ejecutables, la doctrina anglosajona sostiene que no puede reemplazar al derecho tradicional debido a su falta de medios coercitivos para la ejecución *ex post*. Esto se deriva del hecho de que en el sistema de *common law*, la capacidad de un contrato para ser llevado ante los tribunales está intrínsecamente vinculada a su validez (López Rodríguez, 2021).

Por otro lado, no pueden quedar por fuera otras posiciones doctrinales en torno al tema. Por ejemplo, Quiroz Ruiz (2023) plantea que es excesivamente optimista creer que la tecnología *blockchain* sustituirá a los sistemas legales tradicionales. Esto se fundamenta en el hecho de que el código puede contener errores y dar lugar a circunstancias no deseadas que requieren la intervención del sistema legal para su resolución. Además, el Estado de derecho no es tan ineficaz como para ser reemplazado por un sistema gobernado por el código informático, que carece de sólidas garantías democráticas, éticas y constitucionales, siendo preferible considerar su adaptación.

Hasta el momento, no existe un consenso claro sobre el propósito y alcance de los contratos inteligentes, los requisitos para su creación y cumplimiento, su validez, la posibilidad de anularlos, las condiciones de protección legal de los derechos involucrados y su posición en el sistema de obligaciones contractuales. El crecimiento irreversible, rápido y exponencial de las tecnologías digitales y la robótica en la producción, el comercio y el consumo se ha convertido en un factor objetivo que ha reconfigurado la organización y estructura de la actividad económica. Esta transformación de las relaciones económicas ha generado la necesidad de revisar la legislación a nivel nacional e internacional y evaluar su adecuación a las nuevas circunstancias.

Sin embargo, es verdadero que otra parte de la doctrina sostiene que las cuestiones relativas a la interpretación de estos contratos, la determinación de los derechos y obligaciones de las partes, las condiciones y el alcance de la protección podrían resolverse aún con base en las normas generales del derecho contractual. Es cierto que la proliferación de contratos inteligentes simplificará en gran medida la administración de contratos, pero es probable que no altere el significado y contenido del derecho contractual, el cual impone limitaciones a la autonomía de las partes y asegura la protección de los intereses legítimos de quienes están involucrados.

Empero, esta investigación considera que, con el tiempo y la acumulación de experiencia en el ámbito del comercio electrónico y la utilización de contratos inteligentes, podría surgir la necesidad de abordar diferentes marcos legales para los contratos tradicionales y los contratos inteligentes. Dada la complejidad de las relaciones en línea, la regulación normativa de los contratos inteligentes podría representar un desafío arduo y su resolución no será inmediata, como señalan Sinitsyn et al. (2021).

14. Conclusiones

El surgimiento de la Lex Criptográfica plantea un escenario en el cual los principios de libertad individual y emancipación pueden materializarse. La tecnología *blockchain* tiene el potencial de brindarles a las personas acceso a monedas alternativas, mercados globales, sistemas de transacciones automatizadas y descentralizadas, contratos inteligentes que se ejecutan de forma automática y activos y propiedades gestionados mediante criptografía, además de novedosos modelos de gobernanza basados en la transparencia y votaciones libres de corrupción. Estos componentes, en conjunto, pueden ser utilizados para fomentar las libertades individuales y la autonomía del usuario. Sin importar la nacionalidad, las personas podrían acceder de manera igualitaria a infraestructuras digitales básicas como sistemas legales descentralizados, mercados, tribunales y métodos de pago que se puedan adaptar a las necesidades de diferentes países, grupos y personas. Estas instituciones y modelos de gobernanza descentralizados podrían desarrollarse de manera iterativa a través de la implementación y experimentación de aplicaciones basadas en *blockchain*, en lugar de ser impuestos por medio de regulaciones legales centralizadas. Esto podría contribuir de manera significativa al proceso de eliminación de intermediarios que ha caracterizado al entorno en línea.

En línea con la argumentación de esta investigación, después de analizar los elementos de la Lex Criptográfica, se puede concluir que esencialmente consiste en el código informático expresado en un lenguaje de programación, que se utilizará para crear contratos inteligentes ejecutables en la tecnología *blockchain* para aprovechar el sistema criptográfico que esta tecnología proporciona. En otras palabras, se compone de cuatro elementos principales: código, contrato inteligente, *blockchain* y criptografía. En este contexto, es posible que surjan nuevas prácticas y costumbres, de manera similar a lo que ocurrió con la Lex Mercatoria, para definir de manera más precisa el nuevo conjunto de derechos.

No obstante, es importante tener en cuenta que regular esta arquitectura puede ser una tarea arriesgada y, sin una reflexión cuidadosa, existe el riesgo de socavar la considerable interconexión de internet y los conceptos tradicionales de libertad de expresión. Por lo tanto, si queremos preservar las oportunidades ofrecidas por las tecnologías emergentes de *blockchain* en términos de libertades individuales, emancipación, instituciones democráticas y creatividad, al mismo tiempo que minimizamos o evitamos los posibles inconvenientes que puedan surgir en la sociedad, es necesario comenzar a considerar un nuevo enfoque legal que equilibre el poder de la tecnología *blockchain* y los sistemas autónomos emergentes, de manera que promueva el crecimiento económico, la libertad de expresión, las instituciones democráticas y la protección de las libertades individuales.

Por último, la integración de la Lex Criptográfica con instancias de resolución de conflictos tradicionales y descentralizadas ofrecería un marco idóneo para abordar los desafíos de la era digital. Este enfoque dual garantiza la protección de los derechos de los consumidores y la competencia leal, al mismo tiempo que promueve la eficiencia y la transparencia en la resolución de disputas tecnológicas.

Bibliografía

- Alvarado Lemus, J. (2021). *Lex Mercatoria*. Corpolegal. <https://corpolegal.com.gt/2021/02/08/lex-mercatoria/>.
- Arias Torres, J. A., García-Arango, D. A., Echeverri Gutiérrez, C. A., Acosta Agudelo, L. C. y Echeverri Gutiérrez, M. S. (2023). Blockchain aplicada en la innovación de proceso para la integración de servicios de tecnología financiera. *Revista Virtual Universidad Católica Del Norte*, (69), 135-156. <https://doi.org/10.35575/rvucn.n69a6>.
- Barroilhet Díez, A. (2019). Criptomonedas, economía y derecho. *Revista Chilena de derecho y tecnología*, 8(1), 29-67. <http://dx.doi.org/10.5354/0719-2584.2019.51584>.

- Becker, K. (2022). Blockchain Matters—Lex Cryptographia and the Displacement of Legal Symbolics and Imaginaries. *Law Critique*, 33, 113-130. <https://doi.org/10.1007/s10978-021-09317-8>.
- Calderón Marenco, E., Torres Buelvas, J. E., González Rivera, T. V. y Ibarra Rosero, W. D. (2023). Consent in clickwrap agreements: Specifications, limitations and proposals concerning the electronic contracting system. *Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho*, 18(31) 79-119. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9114834>.
- Cardoso, O. V. (2022). Cryptography and Law: The Case of Brazil. *Digital Law Journal*, 3, 8-19. <https://doi.org/10.38044/2686-9136-2022-3-3-8-19>.
- Celis Gutiérrez, E. (2022). *Derechos fundamentales y tecnología blockchain* (Tesis de maestría). Repositorio institucional abierto, Universidad de León. <http://hdl.handle.net/10612/14816>.
- Cristóbal Carle, G. (2019) Regulación legal del comercio exterior: Visión retrospectiva del recurso normativo a la “Nueva Lex Mercatoria Internacional”. *Vlex Internacional*, (44), <https://international.vlex.com/vid/754206593>.
- Diago Diago, M. P. (2021). Ciberactivismo, «Lex» informática, «blockchain» y oráculos: desafíos en la era digital. En Castelló Pastor, J. J., *Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales* (pp. 443-465). <https://www.millenniumdipr.com/archivos/1624954554.pdf>.
- Elizondo Araya, A. (2021). *Derecho Informático y Protección al consumidor* (Tesis de grado). Repositorio institucional Sapiensa, Universidad Hispanoamericana. <http://13.87.204.143/xmlui/handle/123456789/7056>.
- Elkin-Koren, N. y Chagal-Feferkorn, K. A. (2021). Lex ai: revisiting private ordering by design. *Berkeley Technology Law Journal*, 36(3), 915-962. https://btlj.org/wp-content/uploads/2023/01/0003-36-3-ElkinKoren_Web.pdf
- Garrido Gómez, M. (2018). *El Soft Law como fuente del Derecho Extranacional: Lex Mercatoria*. Dykinson.
- Guido, G., Florian, I., Zoran, M., Regis, R., Giovanni, S. y Xiwei, X. (2018). On legal contracts, imperative and declarative smart contracts, and blockchain systems. *Artif Intell Law*, 26, 377-409. <https://doi.org/10.1007/s10506-018-9223-3>.
- Jacobs, B. L. (2019). A cyber-skeptic’s concerns about the state of lex cryptographia: response to marcia weldon’s beyond bitcoin: leveraging blockchain to benefit business and society. *Transactions: The Tennessee Journal of Business Law*, 20(2), 911-926. https://ir.law.utk.edu/utklaw_facpubs/67.
- Kaminski, M. E. (2021). Technological “Disruption” of the Law’s Imagined Scene: Some Lessons from Lex Informatica. *Berkeley Technology Law Journal*, 36(3), 883-914. https://btlj.org/wp-content/uploads/2023/01/0002-36-3-Kaminski_Web.pdf
- Kubiak Cyrul, A. (2021). Challenges of smart contracts in contract law – do algorithmic tools undermine human autonomy? En, Miranda Gonçalves, R. y Partyk, A. (Coords.), *Artificial intelligence and human rights* (pp. 327-339). Dykinson.
- Lennart, A. (2021). Smart Contracts on the Blockchain – A Bibliometric Analysis and Review. *Telematics and Informatics*, 57. <https://doi.org/10.1016/j.tele.2020.101519>.
- López Rodríguez, A. (2021). Ley aplicable a los smart contracts y Lex Cryptographia. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 13(1), 441-459. <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5966>.

- Monsees, L. (2019). *Crypto-Politics: Encryption and Democratic Practices in the Digital Era*. Routledge.
- Namen Barquero, D. (2021). Un recorrido por las fuentes de la lex informática. *DIXI*, 23(1), 1-29. <https://revistas.ucc.edu.co/index.php/di/article/view/4157/3179>.
- Nieto, J. y Silvestri, F. (2021). El camino hacia la última frontera: La Tecnología Blockchain. *Revista Facultad de Derecho*, 4, 92-109. <https://revistas.bibdigital.uccor.edu.ar/index.php/RFD/article/download/4994/3301/4768>.
- Papantoniou, A. (2020). Smart contracts in the new era of contract law. *Digital Law Journal*, 1(4), 8-24. <https://doi.org/10.38044/2686-9136-2020-1-4-8-24>.
- Pérez Cázares, M. (2018). La Lex Mercatoria, una ley procesal global. *Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia*, 3(9), 81-105. <https://doi.org/10.32870/dgedj.v0i9.167>.
- Porcelli, A. M. (2021). Alcances jurídicos, tecnológicos y comerciales de la primera legislación sobre internet de las cosas. *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 9(1), 603-636. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.4001>.
- Punzo, M. (26 de febrero 2023). Principios UNIDROIT y Arbitraje Comercial Internacional. *Arbitraje internacional. Información de arbitraje internacional de Aceris Law LLC*. <https://www.international-arbitration-attorney.com/es/unidroit-principles-and-international-commercial-arbitration/>.
- Quiroz Ruiz, A. I. (2023). *Blockchain: un desafío legal* (Tesis doctoral). Repositorio de la Universidad de Granada. <https://hdl.handle.net/10481/83004>.
- Rengifo García, E. (2021). Reflexiones sobre el contrato inteligente. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, 1(373), 3-55. https://revista.academiacolombianadejurisprudencia.com.co/index.php/revista_acj/article/view/187.
- Riebe, T., Kühn, P., Imperatori, P. y Reuter, C. (2022). U.S. Security Policy: The Dual-Use Regulation of Cryptography and its Effects on Surveillance. *European Journal for Security Research*, 7, 39-65. <https://doi.org/10.1007/s41125-022-00080-0>.
- Santos Álvarez, C. (2021). *Los algoritmos y el Derecho* (Tesis de grado). Universidad de León. <https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/13508/SANTOS%20C%381LVA-REZ%2C%20CLARA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Serban, A. (2020). Lex informatica and the protection of personal data. *Analele Stiintifice Ale Universitatii Alexandru Ioan Cuza Din Iasi Stiinte Juridice*, 66(1), 221-232.
- Sinitsyn, S. A. Sinitsyn, Diakonova, M. O. y Chursina, M. O. (2021). Smart-Contracts in the digital economy: Contractual regulation and dispute resolution. *Digital Law Journal*, 2(4), 40-50. <https://doi.org/10.38044/2686-9136-2021-2-4-40-50>.
- Tasende, I. (2020). Blockchain y arbitraje: un nuevo enfoque en la resolución de disputas. Especial énfasis en smartcontracts y criptodivisas. *Revista de Derecho (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho)*, (22), 138-159. <http://www.scielo.edu.uy/pdf/rd/n22/2393-6193-rd-22-138.pdf>
- Teruel Lozano, G. M. (2019). Fundamental rights in the digital society: towards a constitution for the cyberspace? *Revista chilena de derecho*, 46(1), 301-315. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372019000100301>.
- Valdivieso Ruíz, R. (2020). La Lex Mercatoria como fuente del Derecho y su rol en el Derecho Internacional Privado en Venezuela. *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 13(1), 763-776. <http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2020/05/RVLJ-13-763-776.pdf>.

- Valencia-Arias, A., Echeverri Gutiérrez, C. A., Acosta Agudelo, L. C., Echeverri Gutiérrez, M. S. y Rodríguez Valencia, C. A. (2023). Tendencias investigativas en facturación electrónica a nivel internacional entre 1979 y 2022. *Revista Virtual Universidad Católica del Norte*, (68), 217-254. <https://www.doi.org/10.35575/rvucn.n68a10>.
- Veiga Copo, A. (2021). Inteligencia artificial, riego y seguro. *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, 30(54), 41-86. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris54.iars>.

Legislación citada

- Ley modifica diversas disposiciones en materia de digitalización y regula las actividades de los proveedores de servicios sobre activos digitales o criptoactivos (7 de julio de 2022). Ley 1.528. Dossier Législatif. <https://journaldemonaco.gouv.mc/Journaux/2022/Journal-8600/Loi-n-1.528-du-7-juillet-2022-portant-modification-de-diverses-dispositions-en-matiere-de-numerique-et-reglementation-des-activites-des-prestataires-de-services-sur-actifs-numeriques-ou-sur-crypto-actifs>.
- Reglamento (UE) 2023/1114 del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de mayo de 2023 relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifican los Reglamentos (UE) N.º 1093/2010 y (UE) N.º 1095/2010 y las Directivas 2013/36/UE y (UE) 2019/1937. Diario Oficial de la Unión Europea. <https://www.boe.es/doue/2023/150/L00040-00205.pdf>.

ANÁLISIS, CRÓNICAS Y COMENTARIOS

EL LENGUAJE CLARO EN SEGUNDA INSTANCIA: COMENTARIO AL FALLO *MORÓN, MARIANO OSCAR C. REMAX ARGENTINA SRL Y OTROS S. DAÑOS Y PERJUICIOS*¹

Fermín Olcese

Universidad Austral
folcese@mail.austral.edu.ar

Resumen

El lenguaje jurídico es reconocido por su opacidad y falta de claridad. A diferencia de otros lenguajes de especialidad, no se limita a las comunicaciones internas, pues los textos jurídicos no solo tienen por interlocutores a especialistas. Frente a las patologías del discurso jurídico, la opción por el lenguaje claro presenta la posibilidad de conciliar la claridad con la aspiración a la precisión técnica que exige la especificidad del derecho. La sentencia comentada demuestra la posibilidad de redactar comunicaciones en un lenguaje de especialidad y, al mismo tiempo, facilitar su comprensión a personas no familiarizadas con el derecho. Para eso, se aparta de la tradicional composición de las sentencias en el medio jurídico argentino y emplea técnicas de redacción clara en el enfoque discursivo, la estructura y el diseño, las secuencias textuales, la construcción de los párrafos y las oraciones y la elección del léxico. El resultado final es un fallo redactado de modo novedoso, en el que se alteran los caracteres accesorios de la sentencia, pero se respeta su sustancia y se logra armonizar la rigurosidad conceptual con la claridad suficiente para que se maximicen las probabilidades de que el lector entienda el mensaje que el juez busca transmitir.

Palabras clave: lenguaje claro, géneros discursivos, redacción jurídica, jurisprudencia.

1 Agradezco especialmente al Prof. Mariano Vitetta por introducirme en el estudio del lenguaje claro y por guiarme generosamente en la redacción de este comentario. También agradezco a María Ana Doucet por la lectura del borrador de este artículo y sus sugerencias.

Plain Language at the Appellate Level: Case Comment on *Morón, Mariano Oscar v. REMAX Argentina SRL et al. on claim for damages*

Abstract

Legal language is known for its opacity and lack of clarity. Unlike other specialized languages, it is not limited to internal communications, for legal texts are not only aimed at experts. In light of the pathologies of legal discourse, the option for plain language offers the chance to reconcile clarity with the aspiration for technical precision required by the specificity of law. The case commented here shows the possibility of writing texts using a specialized language while making it easy for people not acquainted with the law to understand them. For that purpose, this decision is not written as traditional Argentine court decisions, but instead uses plain-language techniques in its discursive approach, structure, design, textual sequences, paragraphs, sentences, and vocabulary. The final result is a decision written in a novel way, in which the accidents of the decision are changed, but the substance is preserved. This decision is successful in attaining technical rigor, with enough clarity so that the likelihood of the reader understanding the message which the court is trying to convey is maximized.

Key words: plain language, discourse genres, legal writing, case law.

1. Introducción

La Resolución 2640/2023 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por medio de la cual se aprobaron los “Lineamientos Generales de Sentencias Claras”, renovó el interés por el lenguaje claro en el ámbito jurídico argentino. Fue dictada el 10 de octubre de 2023, menos de dos semanas después del congreso internacional “Conectar culturas: comunicación clara para construir puentes”, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y organizado por Plain Language Association International, una de las principales agrupaciones promotoras del lenguaje claro en el mundo, y el Observatorio de Lenguaje Claro de la Universidad de Buenos Aires.

La resolución de la Corte Suprema no es una composición aislada ni casual. Responde, en cambio, a un tema instalado en la agenda pública del sistema jurídico argentino: la necesidad de lograr claridad en el discurso jurídico (Vittetta, 2023). Sin embargo, la tarea de facilitar la comprensión de comunicaciones redactadas en un lenguaje de especialidad como el lenguaje jurídico no es sencilla. Pese a esta dificultad, existen operadores jurídicos argentinos que se esfuerzan por redactar de tal modo que se maximicen las probabilidades de que el lector entienda el mensaje que buscan transmitir. La sentencia comentada es un ejemplo de que la aplicación de técnicas de redacción clara en textos ju-

rídicos facilita su comprensión y es conciliable con la aspiración a la precisión técnica que exige la especificidad del derecho.

2. El paradigma del lenguaje claro

2.1 El lenguaje jurídico como lenguaje de especialidad

Como lenguaje de especialidad, el lenguaje jurídico se utiliza para la comunicación entre quienes comparten saberes no comunes. Sin embargo, su alcance no se limita a las comunicaciones internas entre los iniciados, pues los textos jurídicos no solo tienen por interlocutores a especialistas. Al contrario, sus destinatarios finales suelen ser personas no familiarizadas con el derecho y, menos aún, con las características del lenguaje jurídico.

El lenguaje jurídico es reconocido por su opacidad y falta de claridad (Cucatto, 2009). Hay quienes califican a los textos jurídicos de fracasos comunicativos (Muños Machado, 2017) como resultado de su “asimetría pragmática”,² que implica la dificultad para un lego de comprender una comunicación diseñada y redactada de modo tal que solo sea accesible para especialistas. En el caso de las sentencias, que constituyen el género discursivo del derecho cuyos textos suelen tener mayor longitud y complejidad (Montolío, 2011), es habitual que el juez no se figure a las partes como destinatarias del texto que pone fin al caso; antes bien, suele dirigirse a sus abogados. Pero el problema no se agota allí. También existe una desconexión entre los distintos segmentos del texto y aun entre los especialistas que, se supone, están familiarizados con el lenguaje jurídico.³ Hay un amaneramiento que “atiende más a la formalidad de la expresión que al equilibrio que requiere todo texto coherente” (Cucatto, 2011, p. 7). En definitiva, la redacción de los textos jurídicos no parece apuntar tanto a que estos sean comprendidos como a que se adecúen a los esquemas incorporados entre los operadores jurídicos.

2 El *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española (2014) define a la pragmática como la “disciplina que estudia el lenguaje en su relación con los hablantes, así como los enunciados que estos profieren y las diversas circunstancias que concurren en la comunicación”. Cuando se plantea que el lenguaje jurídico se caracteriza por la asimetría pragmática, se quiere decir que el acceso por parte de un lego a los textos jurídicos se dificulta en la medida en que su sistema lingüístico es dominado por un grupo reducido de especialistas. Véase Cucatto (2011).

3 Un ejemplo de la desconexión entre el lenguaje jurídico y los especialistas puede verse en Cucatto (2013). Allí se evidencia cómo el verdadero significado de una expresión de uso frecuente entre los operadores jurídicos —“a mayor abundamiento”— es desconocido por la mayoría de los especialistas encuestados.

2.1 La propuesta del lenguaje claro

El lenguaje claro ofrece una alternativa para lograr una redacción clara en el ámbito jurídico. La International Plain Language Federation (s.f.) define al lenguaje claro de este modo: “Una comunicación está en lenguaje claro si su redacción, estructura y diseño tienen la claridad suficiente para permitir a los destinatarios encontrar con facilidad lo que necesitan, comprender lo que encuentran y usar esa información” (s.p.).

El movimiento del lenguaje claro surgió en la década de 1970 en países angloparlantes con el nombre de *plain language* o *plain English*. En un principio, fue impulsado por activistas estadounidenses en defensa de los consumidores, que reclamaban la posibilidad de comprender los contratos y las comunicaciones burocráticas entre usuarios y proveedores (Schriver, 2017). En 1979, con el dictado de la Orden Ejecutiva 12044 en los Estados Unidos, se estableció que las regulaciones del Gobierno debían ser lo más simples y claras posibles. Más tarde, en 2010, el Congreso estadounidense aprobó la Plain Writing Act, por la que se buscó promover la claridad en las comunicaciones gubernamentales, sin limitarse a los documentos jurídicos. La propuesta del lenguaje claro, entonces, no es privativa de un tipo de comunicaciones, sino que busca maximizar las probabilidades de que el lector entienda el mensaje que el escritor intenta transmitir (Blasie, 2022).

En el ámbito jurídico, concretamente en el judicial, la opción por el lenguaje claro implica dar un giro lingüístico hacia el ciudadano y adoptar una prosa basada en el lector (Poblete y Fuenzalida González, 2018). Sin embargo, la aplicación del lenguaje claro en el discurso jurídico es disputada. Autores como Mattila (2006) la consideran una utopía por ser contraria a los usos de los operadores jurídicos, por ser incompatible con la complejidad del derecho y por la imposibilidad de suplantar conceptos técnicos. El ejemplo de la sentencia comentada demuestra que estas consideraciones no son del todo acertadas. Conviene, no obstante, detenerse en la última crítica señalada: que el lenguaje claro relega los conceptos técnicos, es decir, los términos jurídicos. Refutar esta objeción es fundamental para entender las implicancias del uso de técnicas de redacción clara en el ámbito del derecho. Como señala Muñoz Machado (2017), todo lenguaje especializado cuenta, en mayor o menor medida, con cierto “rigor conceptual” que impide reemplazar algunos términos por palabras ordinarias. Pero la tecnicidad no debe considerarse incompatible con la claridad, pues son complementarias.

Un error común entre los detractores de la aplicación del lenguaje claro en

el discurso del derecho surge al momento de definir qué se entiende por “concepto técnico”. Wüster (1979) lo define como “un término que, en un contexto de discurso determinado, solo tiene un significado actual” (p. 140); apunta a la noción de univocidad. Podemos, entonces, preguntarnos hasta qué punto todas las palabras catalogadas como conceptos técnicos son irremplazables. Un término como “prescripción” evidentemente lo es, pero ¿en qué medida expresiones como “alzada”, “foja” o “*a quo*” son insustituibles? En el ámbito jurídico, la propuesta del lenguaje claro no implica relegar los conceptos técnicos, sino preservarlos en un texto que sea fácilmente comprensible incluso para quien los ignore, porque “la opacidad en la expresión jurídica no proviene del uso de términos técnicos” (Chiesa, 2010, p. 4). En pocas palabras, “el conocimiento especializado de la disciplina del derecho será un límite para el lego, pero el lenguaje no debe serlo” (Vitetta, 2020, p. 5).

2.2 La exigencia de claridad en las sentencias

Las normas jurídicas tienen por destinatarios a las personas, y las sentencias, como normas individuales, las involucran directamente. Por lo tanto, los principales interesados en la decisión del juez no son los abogados que intervienen en el litigio, sino las partes que deberán cumplir con el fallo (aunque esta postura no es pacífica).⁴ Ese es el punto de partida para aplicar técnicas de redacción clara en las sentencias: el juez debe tener en cuenta que aquello que escribe tiene por destinatario a un lego. Desde esta perspectiva, la claridad en las comunicaciones de las autoridades estatales deja de considerarse una mera conveniencia para colocarse como una exigencia de la publicidad de los actos de gobierno, propia de la forma republicana de gobierno (Castello, 2021). De este imperativo se ha desprendido el “derecho a comprender” y la posibilidad de tener no solo acceso físico a los textos jurídicos, sino también al mensaje que buscan transmitir. Con el énfasis puesto en el propósito comunicativo de las sentencias, la aplicación del lenguaje claro en el discurso jurídico se vuelve recomendable.

4 Hay quienes sostienen que las sentencias son productos profesionales dirigidos a especialistas y no directamente a las partes. No por eso ignoran las dificultades a las que se enfrenta un lego a la hora de abordar un texto jurídico, pero relegan la redacción clara a comunicaciones distintas de los fallos en sí. Highton de Nolasco (2011) plantea que “aun cuando los términos utilizados en los fallos mantengan un lenguaje técnico propio de los operadores del derecho, es necesario adaptarlos a un lenguaje adecuado a la capacidad intelectual media y, en la oportunidad de comunicarlos, a las condiciones socioculturales del conjunto de la sociedad” (p. 26). Por su parte, Lorenzetti (2014) entiende que “las decisiones [judiciales] son un producto profesional, redactado en un lenguaje judicial y dirigidas a abogados” (p. 40).

3. El género discursivo de la sentencia de segunda instancia

He dicho que las sentencias constituyen el género discursivo más complejo y rico dentro del ámbito jurídico. Hablar de la sentencia como un género discursivo implica aceptar que todas las sentencias comparten un contenido, un estilo y, esencialmente, una estructura similares.⁵ En general, en las sentencias emergen todas las patologías del lenguaje jurídico y también defectos que les son privativos (Montolio, 2011). Uno de sus principales problemas es el del doble destinatario o la dualidad de audiencias a la que se enfrenta el juez al momento de redactar. Como planteé más arriba, debería dirigirse a las partes, pero habitualmente escribe dirigiéndose a los abogados o a una instancia superior que, eventualmente, revisará su decisión.

En el caso puntual de las sentencias de segunda instancia, al problema del doble destinatario se le suma una serie de vicios que dificulta todavía más la redacción clara. Luego de analizar un pequeño corpus de quince sentencias de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil,⁶ identifiqué tres grandes patologías propias de esta clase de fallos. En primer lugar, hay problemas en la coherencia de las secuencias narrativas⁷ que relatan los antecedentes procesales y de hecho. En segundo lugar, hay problemas en la identificación del agente que realiza una acción narrada. Como resultado de los múltiples agravios que pueden dar lugar a una apelación, en las sentencias de segunda instancia una misma persona puede ser identificada indistintamente como “accionante”, “actor”,

5 Sobre el concepto de géneros discursivos, véase Bajtín (1982). Este autor plantea que el uso de la lengua entre quienes participan en cualquier esfera de la praxis humana se lleva a cabo por medio de enunciados orales y escritos que “reflejan las condiciones específicas y el objeto de cada una de las esferas no solo por su contenido (temático) y por su estilo verbal, (...) sino, ante todo, por su composición o estructuración” (p. 248). En tanto que los enunciados de una esfera determinada comparten en alguna medida su contenido, estilo y estructura, se vuelven relativamente estables y configuran los denominados “géneros discursivos”. Así, por ejemplo, incluso cuando una sentencia de primera instancia de un juzgado laboral sea distinta de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, las dos comparten rasgos que permiten agruparlas bajo el género discursivo de las sentencias, como que ambas ponen fin a un litigio, identifican a las partes, relatan los hechos, etcétera. Por supuesto, como señala Bajtín (1982), “la riqueza y diversidad de los géneros discursivos es inmensa, porque las posibilidades de la actividad humana son inagotables” (p. 248). De allí que reconocer el género discursivo de las sentencias no quite la posibilidad de identificar subgéneros, como el de las sentencias de segunda instancia.

6 Las sentencias analizadas fueron dictadas entre 2017 y 2022 por las salas H, I, J, L y M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

7 Las secuencias narrativas en los textos jurídicos apuntan a “elaborar un relato claro que permita al interlocutor hacerse una representación mental, cómoda y verosímil de los hechos relatados. (...) El redactor de la sentencia ha de construir su propio relato, relato que se presentará como el veraz, el ‘real’ y el legitimado, sobre el que se asienta el razonamiento y, por tanto, la resolución final” (Montolio, 2011, p. 30). La secuencia narrativa es un tipo de secuencia textual; para una definición de secuencia textual, ver el apartado 4.3.

“parte actora”, “parte vencida”, “recurrente” o “denunciante”, según se tenga en cuenta su papel sustancial o procesal en cada una de las etapas del proceso. El fenómeno por el que se utilizan diferentes etiquetas para un mismo objeto se conoce como “sinonimia referencial” o “variación elegante” y, en el lenguaje jurídico, se ha transformado en un problema endémico (Ullman, 1992). En tercer lugar, hay problemas de referencia y de recuperación del agente, lo que significa que es difícil y, por momentos, imposible determinar con certeza cuál de los sujetos mencionados en la narración es el que realiza una acción.

3.1 La sustancia y los accidentes de una sentencia

La aplicación jurídica del lenguaje claro implica, para el caso de las sentencias, una transformación integral en el modo de redactar. Presupone la corrección y la rigurosidad conceptual, pero además involucra priorizar la claridad tanto en el estilo como en la forma y en el propósito comunicativo de los fallos. Se abre, entonces, un gran margen de discrecionalidad a la hora de diseñar las sentencias. El riesgo que sigue es que el juez termine por redactar un texto que no cumpla con los requisitos sustanciales de una sentencia. Por eso es importante recordar que los límites a la creatividad de los operadores jurídicos se encuentran en el artículo 163 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN). Allí se enumeran los nueve elementos que toda sentencia debe contener y que ninguna pretensión de claridad puede llevar a omitir: 1) el lugar y la fecha; 2) el nombre y apellido de las partes; 3) la relación sucinta de las cuestiones que constituyen el objeto del juicio; 4) la consideración por separado de esas cuestiones; 5) los fundamentos y la aplicación de la ley; 6) la decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio; 7) el plazo para el cumplimiento de esa decisión; 8) el pronunciamiento sobre costas y la regulación de honorarios; 9) la firma del juez. Si bien el artículo 163 del CPCCN se refiere a los elementos de las sentencias definitivas de primera instancia, el artículo 164 los replica para las de segunda instancia.

Fuera de esos nueve elementos, la composición del resto de la sentencia puede variar. Un fallo no dejará de ser tal por suprimir la división del cuerpo de la decisión en “Autos y vistos”, “Considerando” y “Resuelve”, estructura tradicional en el medio jurídico argentino. El nombre de la causa, los fundamentos de la decisión y la decisión en sí pueden expresarse con otros rótulos. La propuesta del lenguaje claro en el campo judicial apunta a cambiar los caracteres accesorios de la sentencia, pero no pretende alterar su sustancia.

4. La sentencia comentada

La sentencia comentada en este artículo es *Morón, Mariano Oscar c. REMAX Argentina SRL y otros s. daños y perjuicios*,⁸ dictada el 12 de abril de 2022 por la Sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y firmada por los Dres. Guillermo Dante González Zurro, María Isabel Benavente y Carlos Alberto Calvo Costa. Benavente y Calvo Costa adhirieron al voto de González Zurro. Se trata de una sentencia que resuelve la responsabilidad por los daños derivados de la frustración de la operación de compraventa de un inmueble.⁹

A continuación, se analizará cómo se aplicaron las técnicas de redacción clara en el enfoque discursivo, la estructura y el diseño, las secuencias textuales, la construcción de los párrafos y las oraciones y la elección del léxico del fallo.

4.1 Enfoque discursivo

La sentencia comentada es parte del género discursivo de las sentencias de segunda instancia, algunas de cuyas características ya he mencionado. En el estudio de los géneros discursivos, un elemento de análisis es la identificación de la dinámica enunciator-enunciatario, es decir, la relación que se establece entre la figura que se construye en el texto como emisor del mensaje y aquella figura para quien está dirigido ese mensaje (que también es una construcción y no debe confundirse con una persona concreta). Así, por ejemplo, en los artículos de doctrina, quien escribe suele posicionarse como un especialista (el enunciator) que redacta convencido de que se dirige a otro especialista (el enunciatario) (Vitetta, 2022). En el caso de las sentencias, como ya he dicho, la dinámica enunciator-enunciatario se enfrenta con el problema de la dualidad de audiencias: pese a que el juez debería dirigirse a las partes del conflicto que resuelve, suele escribir de tal modo que se figura como enunciatarios a especialistas (sean estos los abogados que intervienen en el litigio, una eventual instancia superior revisora o ambos). En la sentencia comentada, sin embargo, este no es el caso.

A lo largo de la sentencia, hay distintos elementos que indican que el juez es consciente de que se dirige a un lego. Así, por ejemplo, aclara que las siglas “LDC” responden a la “Ley de Defensa del Consumidor”, transcribe algunos artículos de esa ley en el fallo y se detiene a explicar la diferencia entre el “in-

8 Puede verse la sentencia en el [Anexo](#) de este artículo (p. 593).

9 Para un análisis del fondo de la sentencia, véanse *No me des falsas esperanzas* (2022) y *Remax Argentina deberá indemnizar...* (2022).

terés de prestación” y el “interés de protección” a la luz del concepto de la “obligación de seguridad”. Un enunciador que se representara a un enunciatario especialista difícilmente se detendría en explicitar el significado de siglas comunes entre abogados y en transcribir artículos fácilmente accesibles para ellos. Tampoco se molestaría en explicar un concepto elemental como el de “obligación de seguridad”.

Los ejemplos anteriores demuestran que en la sentencia que se comenta se ha construido un “enunciador cooperativo”, es decir, un enunciador consciente de quién es el verdadero interesado en recibir y comprender la comunicación. Tal es el enfoque discursivo que mejor responde a las exigencias del lenguaje claro aplicado a la redacción de sentencias. La elección de un léxico accesible (que analizaré en el apartado 4.5) también demuestra que se tiene conciencia de que el interlocutor principal no es un especialista.

Pese a que es necesario que el juez escriba teniendo en cuenta que su interlocutor principal es un lego, esto no quita que algunas partes de la sentencia solo sean accesibles a los especialistas. Así, si bien en la sentencia comentada se alude a la responsabilidad solidaria, no se desarrollan las particularidades de ese régimen. Sin embargo, en la medida en que entender qué implica la solidaridad entre los autores del daño no es indispensable para comprender el fondo de la sentencia, omitir su explicación no puede tenerse por contrario al uso del lenguaje claro en la redacción de sentencias. Se trata de un concepto jurídico cuya comprensión exige estar formado en la disciplina del derecho y comprender el concepto como parte de un ordenamiento más amplio. Lo mismo ocurre con la excepción de falta de legitimación pasiva, que, nuevamente, no influye en la comprensión del núcleo de la decisión.

4.2 Estructura y diseño

A la hora de analizar la estructura de las sentencias, hay ciertas fórmulas habituales entre los operadores jurídicos que parecen tenerse por obligatorias. Así, es difícil encontrar decisiones que se aparten del esquema de “Autos y vistos-Considerando-Resuelve”, o “Vistos y considerando-Resuelve”. Sin embargo, como he mencionado, nada hay que obligue a apegarse a tales estructuras accidentales fuera de la afectación de los operadores judiciales. Siempre que se respeten los parámetros del art. 163 del CPCCN, el modo de estructurar la sentencia es ampliamente discrecional.

La sentencia comentada cuenta con una estructura inusualmente atractiva.

En vez de dividir su cuerpo en considerandos cuyo contenido solo se puede adivinar, opta por estructurarse a partir de seis apartados con títulos que indican qué cuestiones se desarrollan en ellos: 1. *Sumario*; 2. *Los agravios de REMAX*; 3. *La responsabilidad de REMAX*; 4. *Los agravios de Mariano Morón*; 5. *Las costas*; 6. *Síntesis*. Además, los apartados (y sus subtítulos) están indicados en números arábigos, preferibles a los números romanos que suelen encontrarse en la mayoría de las sentencias. Pese a que la estructura de la sentencia facilita enormemente identificar sus partes y acceder a la información que se busca en ella, carece de un índice, que sería recomendable.

Otro aspecto destacable de la estructura surge del uso de las notas al pie y los hipervínculos. Es común encontrarse con sentencias cuyo cuerpo contiene referencias bibliográficas y jurisprudenciales insertadas en el texto entre paréntesis. Cuando estas referencias son extensas pueden ocupar varios renglones e interrumpir la lectura.¹⁰ Esto puede llevar a la denominada “argumentación intermitente” (Montolío, 2011), en la que largos incisos —en este caso, referencias— dificultan la conexión entre las premisas y la conclusión de una secuencia argumentativa. También contribuyen a este defecto las alusiones a las “fojas” del expediente en las que se encuentran los agravios, dictámenes, informes, etcétera. La sentencia comentada evita el problema de la argumentación intermitente al incluir las referencias en notas al pie y usar hipervínculos para redirigir a los agravios de las partes y al dictamen del fiscal de cámara.

En cuanto al diseño de la sentencia, lo primero que salta a la vista es el tipo de letra, pues se usa la fuente Garamond con tamaño 14, que es mucho más agradable a la lectura que, por ejemplo, la fuente Courier New, utilizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en todas sus resoluciones. Además, es bueno el empleo prudente de recursos diacríticos como la negrita para el nombre de la causa y los títulos de cada sección —que además se destacan por un color distinto al del resto del texto— y de la cursiva para la transcripción de algunos artículos. Sin embargo, es incorrecto el uso de la cursiva y de las comillas al mismo tiempo; debe optarse por una de ellas.¹¹

10 Como ejemplo paradigmático de esta patología en la redacción de sentencias, véase el fallo CNCiv., Sala M, *Muñoz, Aida Raquel c/Banco Ciudad de Buenos Aires y otros s/daños y perjuicios*. En el segundo párrafo de su segundo considerando, de los 27 renglones que componen el párrafo, 17 de ellos están total o parcialmente ocupados por referencias incluidas en el texto entre paréntesis.

11 Véase <https://fundeu.do/cursivas-entre-comillas-redundancia/>.

4.3 Secuencias textuales

Las secuencias textuales son encadenamientos de palabras que comparten una serie de propiedades en su adecuación, coherencia y cohesión (Seseña Gómez, 2023). Las hay de cinco tipos: descriptiva, narrativa, argumentativa, explicativa y dialogal (Adam, 1992). En los textos jurídicos en general, las secuencias textuales más relevantes son las descriptivas, las narrativas y las argumentativas; en las sentencias de segunda instancia en particular, las más importantes son las dedicadas a la narración y la argumentación. Por el alcance limitado de las sentencias de segunda instancia, que tratan cuestiones de derecho antes que de hecho, las descripciones pasan a un segundo plano.

La sentencia comentada logra construir secuencias narrativas claras. Evita un error común entre las sentencias de segunda instancia: la incoherencia en la redacción de los antecedentes de hecho y procesales. Es consistente en el uso del mismo tiempo verbal y acierta en referirse a los involucrados en el caso por sus nombres antes que por expresiones como “parte actora” y “parte demandada”, que pueden prestarse a la confusión en el marco de causas con agravios de ambas partes. En las oportunidades en que utiliza expresiones del estilo de “actor”, sin embargo, es fácil identificar al agente al que se está haciendo referencia. Además, la narración es eficaz en el uso de oraciones breves que le anticipan al lector los principales hechos del caso, explicados sucintamente, pues su desarrollo pormenorizado corresponde a la sentencia de primera instancia. Así, el primer párrafo del sumario comienza del siguiente modo: “Mariano Oscar Morón quería comprar un departamento”; y el segundo párrafo lo hace de esta manera: “La escritura, sin embargo, no pudo realizarse”. La sentencia logra el principal objetivo de las secuencias narrativas: permitirle al lector “hacerse una representación mental cómoda y verosímil, de los hechos relatados” (Montolío, 2011, p. 30).

En cuanto a las secuencias argumentativas, la sentencia comentada logra un orden de argumentación claro, en el que las conclusiones suelen adelantarse a los fundamentos que las sostienen. Así, en el apartado 2.2.1 el juez anticipa su conclusión y luego expone sus argumentos: “No concuerdo¹² con la aplicación del art. 40 en este caso. Veamos”. Del mismo modo, en el título 3 adelanta que “[REMAX ARGENTINA SRL] no responderá por la vía ampliada del art. 40

12 Fuera de que esta oración es útil para ordenar la argumentación, el uso del verbo “concordar” es incorrecto. El *Diccionario...* de la Real Academia Española (2014) lo define del siguiente modo: “Dicho de una cosa: Corresponder con otra”. En el ejemplo de la sentencia, no debe decirse que el juez “no concuerda” con la aplicación de una norma, sino que “no está de acuerdo” con ella.

sino que lo hará en forma *directa*, por aplicación del art. 10 bis LDC, a partir de un triple juego de fundamentos”.

4.4 Párrafo y oración

La construcción de los párrafos y las oraciones en la sentencia comentada es correcta. No hay párrafos ni oraciones excesivamente largos. En general, los párrafos tienen unidad e independencia de sentido, lo que facilita la lectura. Las oraciones siguen el orden lineal de la frase (sujeto-verbo-objeto) y no tienen incisos que interrumpan la argumentación. También se evita el uso de expresiones anafóricas, es decir, de expresiones cuya comprensión depende de un antecedente (como “este”, “estos”, “aquel”, “aquellos”), y de “falsos anafóricos”¹³ (como “el mismo”, “la misma”).

4.5 Léxico

Como señalé en el apartado 3.1, la aplicación del lenguaje claro a las sentencias implica una transformación integral en el modo de redactarlas. Hemos visto cómo la sentencia comentada se adecúa a las exigencias de la claridad en su enfoque discursivo, estructura, diseño, secuencias textuales, párrafos y oraciones. Pero también se destaca por el uso de un léxico comprensible para cualquiera que quiera acceder a su contenido y no solo para especialistas.

En la sentencia no se usan latinismos, arcaísmos ni estructuras impersonales, que son dispositivos de los que suele abusarse en los textos jurídicos (Cucatto, 2011). Además, como adelanté al analizar el enfoque discursivo de la sentencia, se explican algunos de los conceptos técnicos necesarios para que un lego comprenda la sentencia, como “obligación de seguridad” (apartado 2.2.3 de la sentencia), “conexidad contractual” (apartado 3.1) y “daños punitivos” (apartado 4.3).

En general, el uso de verbos y conectores es bueno, aunque algunos de ellos podrían sustituirse por alternativas más simples sin perder su sentido. Así, “por consiguiente” (apartado 3.1) podría reemplazarse por “entonces”; “preludió” (apartado 3.1), por “precedió”; “proseguir” (apartado 3.1), por “continuar”; y “engendrar” (apartado 4.3) por “generar”. Además, si bien la sentencia evita

13 Los “falsos anafóricos” son expresiones que, pese a emplearse como expresiones anafóricas, tienen en realidad una función comparativa. La *Nueva gramática de la lengua española* (Real Academia Española, 2009-2011) recomienda no abusar de estas construcciones.

el uso frecuente de palabras complejas, expresiones como “considerar exigua la cuantía fijada” (apartado 1) son innecesariamente intrincadas y el mismo sentido puede transmitirse con construcciones más simples (en este caso, por ejemplo, “considerar insuficiente la cantidad establecida”).

Otro aspecto mejorable de la sentencia surge del uso de expresiones habituales en la jerga de los operadores jurídicos, pero inaccesibles para legos. Frases como “se pasó a sentencia” (apartado 1) o “en aspecto que está firme” (apartado 4.2) podrían sustituirse por otras como “se determinó que la causa estaba lista para el dictado de la sentencia”¹⁴ o “en un punto que no ha sido impugnado por las partes”, respectivamente.

5. Conclusión

La sentencia comentada demuestra la posibilidad de conciliar la claridad con la especificidad del derecho. Da cuenta de que la aplicación del lenguaje claro en el discurso jurídico no implica descartar los conceptos técnicos, sino preservarlos en un texto que sea fácilmente comprensible incluso para quien los ignore. Los ejemplos que ofrecen fallos como el analizado, sumado al interés manifestado por la Corte Suprema en la redacción clara de sentencias, deberían servir para difundir los beneficios y posibilidades que ofrece el paradigma del lenguaje claro.

Bibliografía

- Adam, J. M. (1992). *Les textes: types et prototypes. Récit, description, argumentation, explication et dialogue*. Nathan.
- Bajtín, M. (1982). *Estética de la creación verbal*. Siglo XXI.
- Black's Law Dictionary*. (s.f.). RIPE FOR JUDGMENT Definition & Legal Meaning <https://thelawdictionary.org/ripe-for-judgment/#:~:text=the%20term%20that%20is%20given,a%20final%20judgement%20is%20made>.
- Blasie, M. A. (2022). The Rise of Plain Language Laws. *University of Miami Law Review*, 76(2), 447-524.

14 Esta opción se inspira en la definición de *ripe for judgment* que ofrece el *Black's Law Dictionary* (s.f.): “The term that is given to a point in the case where everything that should be done is done before a final judgement is made”. Véase: <https://thelawdictionary.org/ripe-for-judgment/#:~:text=the%20term%20that%20is%20given,a%20final%20judgement%20is%20made>.

- Castello, J. D. A. (2021). El lenguaje claro como derecho de fuente republicana. *La Ley*. AR/DOC/2521/2021.
- Chiesa, R. (2010). Artificio y opacidad en el español jurídico de la Argentina. *Segundas jornadas internacionales sobre lengua española*. Fundación Litterae, Universidad de Belgrano.
- Cucatto, M. (2009). La conexión en las sentencias penales de primera instancia: del análisis de textos a la práctica de escritura de sentencias. *Revista de Lengua i Dret*, (51), 135-160.
- Cucatto, M. (2011). Algunas reflexiones sobre el lenguaje jurídico como lenguaje de especialidad: más expresión que verdadera comunicación. *Revista Intercambios*, (15).
- Cucatto, M. (2013). El lenguaje jurídico y su “desconexión” con el lector especialista. El caso de *a mayor abundamiento*. *Letras de Hoje*, 48(1), 127-138.
- Highton de Nolasco, E. (2011). La política comunicacional de la Corte y el Centro de Información Judicial. En Bourdin, M. y Méndez, P. (Comps.), *Justicia argentina online. La mirada de los jueces* (pp. 25-28). Centro de Información Judicial.
- International Plain Language Federation. (s.f.). *Plain Language Definitions*. <https://www.iplfederation.org/plain-language/>.
- Lorenzetti, R. (2014). *El arte de hacer justicia*. Sudamericana.
- Mattila, H. (2006). *Comparative Legal Linguistics*. Ashgate Publishing.
- Montolío, E. (Dir.). (2011). *Estudio de campo: Lenguaje escrito. Comisión para la modernización del lenguaje jurídico*. Ministerio de Justicia, Gobierno de España.
- Muñoz Machado, S. (2017). *Libro de estilo de la Justicia*. Espasa.
- No me des falsas esperanzas*. (18 de abril de 2022). Diario Judicial. <https://www.diariojudicial.com/news-91832-no-me-des-falsas-esperanzas>.
- Poblete, C. A. y Fuenzalida González, P. (2018). Una mirada al uso de lenguaje claro en el ámbito judicial latinoamericano. *Revista de Lengua i Dret, Journal of Language and Law*, (69), 119-138.
- Real Academia Española. (2009-2011). *Nueva gramática de la lengua española*. <https://www.rae.es/gram%C3%A1tica/>.
- Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española*. <https://dle.rae.es/>.
- Remax Argentina deberá indemnizar a una persona por la compra frustrada de un inmueble*. (27 de junio de 2022). Erreius. <https://www.erreius.com/opinion/2/laboral-y-de-la-seguridad-social/pagina-1>.
- Schrifer, K. A. (2017). Plain Language in the US Gains Momentum: 1940-2015. *IEEE Transactions on Professional Communication*, 60(4), 343-383.
- Seseña Gómez, M. (2023). Didáctica de la secuencia textual argumentativa. Análisis y reflexiones metodológicas. *Lingüística en la Red*, (20).
- Ullmann, S. (1992). *Semántica. Introducción a la ciencia del significado*. Taurus.
- Vitetta, M. (2020). El nuevo paradigma de la sentencia en lenguaje claro: comentario al fallo “E., O. V. y otro c. P. Á. y otro s/ daños y perjuicios”. *El Derecho*, 2020-806.
- Vitetta, M. (2022). El lenguaje claro en la doctrina jurídica: conveniencia de su aplicación en un supuesto de comunicación entre especialistas. *Revista Jurídica Austral*, 3(1), 367-390. <https://doi.org/10.26422/RJA.2022.0301.vit>.
- Vitetta, M. (2023). *El lenguaje claro en la Corte Suprema de Justicia de la Nación: Comentario a la Resolución 2640/2023*. Rubinzal-Culzoni Editores. RC D 532/2023.
- Wüster, E. (1979). *Introducción a la teoría general de la terminología y a la lexicografía terminológica*. Instituto Universitario de Lingüística Aplicada, Universidad Pompeu Fabra.

Anexo

Fallo Morón, Mariano Oscar c. REMAX Argentina SRL y otros s. daños y perjuicios



Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA M

ACUERDO

En Buenos Aires, en el mes de abril del año dos mil veintidós, reunidos los señores jueces de la Sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Dres. Guillermo Dante González Zurro, María Isabel Benavente y Carlos Alberto Calvo Costa, a fin de pronunciarse en el expediente n° 94507/2016, “Morón, Mariano Oscar c. REMAX Argentina SRL y otros s. daños y perjuicios”, el Dr. González Zurro dijo:

1. Sumario

Mariano Oscar Morón quería comprar un departamento. A tal fin, ingresó a sitio de internet *remax.com.ar*, donde fue derivado a “Remax Central” (Maxre SRL) y al agente inmobiliario Leonardo M. Acosta. Después de coordinar la visita a la unidad, hizo una oferta de compra y entregó una seña de USD 1000. La propietaria aceptó la oferta; Morón reforzó la seña con USD 5700, oportunidad en que se le informó que la compraventa estaba condicionada a los informes del Registro de la Propiedad Inmueble, para lo que se le solicitaron otros USD 300 más para gestionarlos. Se le comunicó que el resultado de los informes fue negativo y, en consecuencia, el 22 de julio de 2016 firmó el boleto de compraventa junto a los agentes de REMAX Acosta y Gustavo D. Guastello, y la vendedora María Rosa Ghiozzi.

La escritura, sin embargo, no pudo realizarse. Es que al solicitar el escribano Enrique L. Maschwitz el certificado de inhibiciones de la vendedora surgió que estaba inhibida desde el 18 de mayo de 2016. Como consecuencia, se frustró la compraventa y Morón demandó por daño directo, moral y punitivo a Remax Argentina SRL, Maxre SRL, Leonardo Marcelo Acosta y Gustavo Daniel Guastello.

Guastello y Maxre SRL, al contestar demanda, reconocieron el error cometido al solicitar el informe de inhibiciones de la vendedora, como también la suscripción del boleto de compraventa con sello aclaratorio “Remax Central”.

Fecha de firma: 12/04/2022
 Alta en sistema: 13/04/2022
 Firmado por: MARÍA ISABEL BENAVENTE, JUEZ DE CAMARA
 Firmado por: ADRIAN PABLO RICORDI, SECRETARIO INTERINO
 Firmado por: GUILLERMO GONZALEZ ZURRO, JUEZ DE CAMARA
 Firmado por: CARLOS ALBERTO CALVO COSTA, JUEZ DE CAMARA

REMAX Argentina SRL planteó la excepción de falta de legitimación pasiva para obrar. Dijo que comercializa el sistema “RE/MAX” mediante franquicias y que, entre otras, concedió una a Maxre SRL, que opera bajo el nombre de “Remax Central”, según contrato de franquicia celebrado el 1/02/2012. Manifiestó que no ha tenido ninguna vinculación con los supuestos hechos, que la única vinculación invocada por la actora sería a través de la Ley de Defensa del Consumidor (LDC) y que el franquiciante no responde por la obligación del franquiciado (art. 1520 CCCN).

En el pronunciamiento apelado la jueza subrogante encuadró la cuestión como una relación de consumo; sostuvo que al quedar acreditado que la operación de compraventa quedó frustrada por exclusiva responsabilidad de Guastello, Acosta y Maxre SRL (Remax Central) los consideró solidariamente responsables de los daños sufridos por el actor por aplicación del art. 40 LDC.

Con relación a REMAX Argentina SRL rechazó la excepción de falta de legitimación por entender que también estaba comprendida en la relación de consumo. Asimismo, sostuvo que el planteo de la irresponsabilidad del franquiciante frente a las obligaciones del franquiciado sobre la base del art. 1520 inc. a) del CCCN admite como excepción la existencia de disposición legal expresa, considerando tal el art. 40 de la LDC.

La sentencia, así, terminó condenando en forma solidaria a Gustavo D. Guastello, Leonardo M. Acosta, Maxre SRL y a RE/MAX Argentina S.R.L. a pagarle a Mariano Oscar Morón las cantidades de USD 2.129, 20 y \$ 46.719,75, más intereses y costas.

La [sentencia](#) mereció agravios por [la parte actora](#) y por [REMAX Argentina](#). La primera, por considerar exígua la cuantía fijada como daño moral y por el rechazo al daño punitivo. La segunda, por haber sido considerada responsable en los términos de la LDC. Ambos fueron contestados.

El Fiscal de Cámara también presentó su [dictamen](#).

El 10/02/2022 se pasó a sentencia y el 09/03/2022 se integró la Sala con el Dr. Carlos Calvo Costa.

2. Los agravios de REMAX

Remax Argentina cuestionó la aplicación al caso de la LDC, cuyo art. 2 excluye a las profesiones liberales y aquí el daño se originó en el ejercicio profesional.

También consideró inaplicable el art. 40 de la citada ley. Manifestó que no hubo daño generado por la publicidad, solo por el error del corredor inmobiliario. Expresó que la sentencia determinó que existió un único hecho generador de daño y lo atribuyó a la oficina inmobiliaria, al corredor y a su colaborador, pero no a REMAX, a quien condena por el art. 40 LDC. Asimismo, se agravó de que hubo una errónea valoración de las defensas planteadas y de la prueba producida, que el daño es ajeno a REMAX y que también fue errónea la presunción en su contra por no aportar el contrato de franquicia, dado que está amparada por la ley 24766.

Pidió que haga lugar a la falta de legitimación pasiva planteada o, en subsidio, se la exonere de responsabilidad.

2. 1. Preliminar

Dentro de lo que es materia de revisión, el tribunal de apelaciones asume la plenitud de la jurisdicción y se encuentra en la misma situación en que se encontraba el juzgado de primera instancia respecto de lo que ha sido materia de recurso. Esto implica, entre otras cosas, que el juez de la apelación puede utilizar distintos fundamentos de derecho a los invocados por las partes y por el juez de primera instancia¹.

2.2. La cuestión del art. 40 LDC

2.2.1. La jueza admitió que Remax Argentina era franquiciante y que, si bien el art. 1520 inc. a) del CCCN dice que aquel “no responde por las obligaciones del franquiciado, excepto disposición legal expresa”, consideró que el art. 40 de la LDC encuadraba en tal excepción y, de este modo, le extendió la condena.

No concuerdo con la aplicación del art. 40 a este caso. Veamos.

El art. 40 de la LDC dispone:

Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El

¹ CN Civ. esta Sala, expediente n° 35275/2014, “Yanelli, Stella Maris y otros c. Moderna Construcciones S.A. s/ daños y perjuicios”, del 05/07/21; Roberto Loutayf Ranea, *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*, Buenos Aires, Astrea, 2009, tomo 1, pág. 84 y jurisprudencia citada bajo n° 8.

transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio.

La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.

2.2.2. En primer lugar, teniendo en cuenta las palabras de la ley (art. 2, CCCN), el análisis sintáctico de la norma desautoriza la interpretación de la anterior instancia. En efecto, tal como está redactada la primera parte de la oración, la base o núcleo es el “vicio o riesgo”. Al no haber coma hasta *servicio* significa que el núcleo tiene dos modificadores indirectos o determinantes que especifican los sustantivos “vicio o riesgo”: 1) la cosa; 2) la prestación del servicio. La explicación es que al no haber coma entre “cosa” y “o”, los términos “cosa” y “servicio” van necesariamente juntos. La ausencia de coma lo que indica es que “cosa” y “prestación de servicios” son construcciones sintácticamente equivalentes que modifican a “vicio o riesgo”. Es útil recordar que la función básica de la coma es separar². Si la “prestación de servicio” fuese un término independiente, debería estar aislado sintácticamente, es decir, llevaría una coma antes de la “o”; ante su ausencia, se supone que modifica también a “vicio o riesgo”.

Por lo tanto, la sintaxis del texto legal indica que la prestación de servicio también debe ser viciosa o riesgosa. Desde este análisis gramatical, entonces, es evidente que toda la actividad desplegada en este caso no responde a una prestación de servicio con *vicio o riesgo* y, por lo tanto, queda excluida del art. 40 de la LDC.

2.2.3. En segundo lugar, estamos frente a un incumplimiento contractual, que tuvo su origen en un error del corredor inmobiliario sobre la inhibición que pesaba sobre la vendedora, error a partir del cual Morón demandó el resarcimiento de los daños ocasionados. La cuestión fue calificada como “relación de consumo” por la magistrada.

A partir de este marco normativo, se configuraría un supuesto de responsabilidad por daños derivados de lesión al *interés de prestación* del consumidor. La falta provino del servicio objeto de la contratación (correteaje inmobiliario), que derivó

² García Negroni, María M. *Para escribir bien en español. Claves para una corrección de estilo*, 3ª ed., Buenos Aires, Waldhuter, 2016, pág. 104.

en la frustración del interés que el acreedor procuraba satisfacer a través de la prestación (compra de un departamento)³.

Ahora bien, ese *interés de prestación* no debe confundirse con el *interés de protección*, que responde a la obligación expresa de seguridad y garantía, y por la que se le impone al proveedor prestar el servicio sin causar daños ni en la persona ni en los bienes del usuario⁴. Esta responsabilidad por incumplimiento de la obligación de seguridad es la que está determinada en los arts. 5, 6 y 40 de la LDC y se encuentra alcanzada en todos los casos por un factor objetivo de atribución, como el riesgo creado⁵.

Entonces, para extender en el régimen de la responsabilidad solidaria por la prestación de un servicio en los términos del art. 40 de la LDC a quien no tuvo participación, el daño tuvo que haber afectado la persona o bienes del damnificado –distintos del objeto contratado, al no resultar derivación del incumplimiento típico del negocio–, y además debió provenir del riesgo o vicio del servicio prestado⁶.

En el caso, los daños operados por el incumplimiento de la obligación no afectaron, por cierto, ni la integridad física ni ningún otro bien del actor por fuera del círculo indemnizatorio de la obligación primaria sino que quedaron limitados

³ Pizarro, Ramón, en Stiglitz-Hernández, *Tratado de Derecho del Consumidor*, tomo III, Buenos Aires, La Ley, 2015, pág. 352.

⁴ Pizarro, Ramón, en Stiglitz-Hernández, *Tratado de Derecho del Consumidor*, tomo III, Buenos Aires, La Ley, 2015, pág. 353 y nota 39; Boragina Juan C.- Meza, Jorge A. “Responsabilidad por daños causados por productos elaborados defectuosos”, *Revista Jurídica* (UCES), n° 10, 2006; Jahl, Julián E., *Indemnizaciones derivadas de daños y perjuicios*, tomo 1, Buenos Aires, Hammurabi, 2020, pp. 219/220.

⁵ Pizarro, Ramón, en Stiglitz-Hernández, *Tratado de Derecho del Consumidor*, tomo III, Buenos Aires, La Ley, 2015, pp. 354 y 355; Jahl, Julián E., *Indemnizaciones derivadas de daños y perjuicios*, tomo 1, Buenos Aires, Hammurabi, 2020, pp. 219/220; en igual sentido ver CNCiv., Sala A, “Cereijo, Joaquín y otro c. Administración Gómez Vidal SA y otros s. daños y perjuicios” del 23/11/2021, primer voto de mi distinguido colega, Dr. Carlos Calvo Costa, en TR LALEY AR/JUR/184382/2021 con comentario de José Fernando Márquez.

⁶ Pizarro, Ramón, en Stiglitz-Hernández, *Tratado de Derecho del Consumidor*, tomo III, Buenos Aires, La Ley, 2015, pág. 356; Hernández, Carlos A.- Frustagli, Sandra A. en: Picasso-Vazquez Freyre, *Ley de Defensa del Consumidor, comentada y anotada*, tomo I, Buenos Aires, La Ley, 2009, pp. 499 y 503; Mossot Iturraspe, Jorge-Piedecasas, M., *Responsabilidad contractual*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007, pág. 260; Sáenz, Luis, “La responsabilidad por productos y el artículo 40 de la ley de defensa del consumidor”, *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal-Culzoni, 2017-2, Responsabilidad objetiva - II, pág. 225; Boragina Juan C.- Meza, Jorge A. “Responsabilidad por daños causados por productos elaborados defectuosos”, *Revista Jurídica* (UCES), n° 10, 2006; Méndez Acosta, Segundo J., “Aspectos interesantes de un fallo sobre daños al consumidor”, TR LALEY AR/DOC/101872022; id., “Certezas y fábulas de la responsabilidad por productos”, TR LALEY AR/DOC/1694/2021, IX.3; CNCiv., Sala A, “N.C.L.B. y otro c. Edificio Seguí 4653 S.A. y otros s. vicios redhibitorios”, del 20/02/2014, voto del Dr. Sebastián Picasso y sus citas; TR LALEY AR/JUR/5724/2014; id., “Cereijo, Joaquín y otro c. Administración Gómez Vidal SA y otros s. daños y perjuicios” del 23/11/2021, voto del Dr. Carlos Calvo Costa, citado en nota precedente.

a los generados por la frustración del contrato de compraventa (daño directo, daño moral y daño punitivo). Del mismo modo, no es posible aquí hablar del corretaje inmobiliario como una actividad riesgosa según el alcance aceptado uniformemente por la doctrina y la jurisprudencia.

Desde esta interpretación jurídica, entonces, el régimen de responsabilidad previsto en el art. 40 de la LDC tampoco es aplicable a la situación planteada.

2.2.4. Las explicaciones que anteceden me conducen a concluir que el art. 40 de la LDC no es aplicable a este caso.

3. La responsabilidad de REMAX

3.1. Que el art. 40 de la LDC sea inaplicable no significa, sin embargo, que REMAX ARGENTINA SRL carezca de responsabilidad en el presente caso. Solo que no responderá por la vía ampliada del art. 40 sino que lo hará en forma *directa*, por aplicación del art. 10 bis LDC, a partir de un triple juego de fundamentos:

- a) su calidad de proveedor, ya que aunque el servicio de profesionales liberales no está incluido de la LDC, sí lo está la publicidad que se haga de su ofrecimiento (art. 2 LDC).
- b) la noción de conexidad contractual (art. 1073 CCCN), pues supone la existencia de un negocio cuya realización requiere de diferentes contratos que en su conjunto conforman un sistema⁷. Es evidente aquí la conformación de una “aparencia” de unidad empresaria, la que a su vez potencia la “protección de la confianza” que el cliente deposita en la “marca”⁸ (arg. art. 1067 CCCN).
- c) el incumplimiento al deber de información, integrado en la publicidad del portal (arts. 1100 y conc. CCCN; arts. 4, 8 y conc. de la LDC).

Me explicaré.

Mariano Morón ingresó a la dirección de internet *remax.com.ar*, donde se aloja el portal que publicaba el ofrecimiento del departamento que el actor decidió comprar. La publicación contenía diversa información sobre el bien, para la que evidentemente el operador del mercado electrónico prestó un papel activo,

⁷ Di Chiazza, Ivan G. “Concesión comercial y contratos conexos. Análisis de la responsabilidad del concedente”, comentario al fallo “Vázquez c. Fiat” de la Sala A de la Cámara Comercial; TR LALEY AR/DOC/3591/2009; Waintraub, Javier, “La conexidad contractual en el derecho del consumidor”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni, 2007-2, pág. 225.

⁸ Di Chiazza, art. cit.

adquiriendo el conocimiento y control de los datos allí almacenados⁹. Es decir, Remax intervino de forma activa en la fase inicial que prelude la comercialización, al habilitar el acceso del usuario a través del portal y teniendo – o debiendo tener– un conocimiento efectivo de los datos relativos a la oferta promovida¹⁰, lo que le permitió al actor proseguir con la operación inmobiliaria. La segunda parte de la operación, ya con Remax Central (repárese en el nombre de fantasía), si bien fue en este tramo donde se descubrió el error, ello no quita la conexión entre las intervinientes, lo que demuestra una coordinación de actividades entre ellas. Desde la perspectiva de la conexidad contractual la cuestión publicitaria es un elemento determinante para acreditar la existencia de una operación económica¹¹.

En www.remax.com.ar, entonces, fue publicitada una propiedad que **no estaba en condiciones de ser vendida** y que le generó falsas expectativas a Mariano Morón. Por consiguiente, REMAX ARGENTINA SRL incumplió con la exigencias de la LDC: *el proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización* (art. 4)¹². Asimismo, debe hacerse cargo de los efectos de la publicidad, según los arts. 8 (“las precisiones formuladas en la publicidad obligan al oferente”) y 19 LDC (“quienes presten servicios de cualquier naturaleza están obligados a respetar los términos, plazos, condiciones, modalidades, reservas y demás circunstancias conforme a los cuales hayan sido ofrecidos, publicitados o convenidos”). Tan importante es este deber que la ley hasta faculta al consumidor a pedir la nulidad si se trasgrede (art. 37 LDC).

Por consiguiente, no era necesario acudir en el caso al art. 40 citado sino que bastaba con incluir en la relación de consumo, como consecuencia de la errónea información publicitada en internet, al proveedor REMAX Argentina.

⁹ CNCom., Sala D, “Kosten, Esteban c. Mercado Libre”, del 22/03/2018; TR LALEY AR/JUR/1780/2018.

¹⁰ Antón Juárez, Isabel, “Infracción de un derecho de marca en plataformas de ecommerce: la actuación de la plataforma y el impacto en su responsabilidad”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Madrid, octubre de 2020, Vol. 12, N° 2, pág. 69, n° 55; acceso: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5602>.

¹¹ Wajntraub, Javier, “La conexidad contractual en el derecho del consumidor”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni, 2007-2, pp. 231/232.

¹² Stiglitz, R. en Stiglitz, G.- Hernández, C., *Tratado de Derecho del Consumidor*, tomo I, Buenos Aires, La Ley, 2015, pág. 585.

3.2. En tales condiciones, REMAX deberá responder por su incumplimiento de acuerdo al art. 10 bis de la LDC (“sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan”), en forma concurrente con los demás demandados.

3.3. Por estos fundamentos, propongo confirmar la sentencia apelada en este aspecto.

4. Los agravios de Mariano Morón

4.1. El actor se agravió del monto otorgado por daño moral (\$ 30.000) y del rechazo del daño punitivo.

4.2. Con relación a la primer queja, entiendo que la suma fijada debe calcularse con la adición de los intereses según la tasa activa desde la firma del boleto de compraventa (punto VIII de la sentencia, en aspecto que está firme). De todos modos, dadas las consecuencias no patrimoniales del daño evaluadas según las declaraciones de los testigos Sciorra y Lavaggi (pp. 285 y 286), y ponderando las satisfacciones sustitutivas del art. 1741 del CCCN, la suma otorgada parece algo reducida, por lo que propongo elevarla a \$ 50.000.

4.3. En cuanto al daño punitivo, el art. 52 bis de la LDC faculta a aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso.

Sin desconocer la polémica que genera, desde su literalidad, la aplicación automática del último artículo citado, comparto la posición que interpreta que el presupuesto de hecho es de una extrema laxitud y se encuentra en pugna con todos los antecedentes de la figura en el derecho comparado¹³.

La norma dispone su procedencia con relación al proveedor que no cumpla con sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, sin exigir ningún otro requisito, lo cual es absolutamente excesivo. No cualquier ilícito debería ser apto para engendrar una sanción tan grave, sin riesgo de un completo desquiciamiento del sistema. Existe consenso dominante en el derecho comparado en el sentido

¹³ Pizarro, Ramón D. Stiglitz, Rubén S., “Reformas a la ley de defensa del consumidor”, TR La Ley, Cita Online: AR/DOC/1219/2009

de que los daños punitivos solo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva. En esta misma línea interpretativa se ha pronunciado la mayoría de las Salas de este fuero¹⁴.

En cambio, no caben dudas que la naturaleza de la figura no es resarcitoria sino sancionatoria, aunque también tiene una función disuasoria y preventiva, que apunta a la finalidad de evitar la repetición de la conducta desaprobada por la sociedad¹⁵. La aplicación de la pena es excepcional y debe ser aplicada con extrema prudencia¹⁶.

Lo expuesto significa que no basta el mero incumplimiento de obligaciones legales o contractuales para habilitar la sanción¹⁷, sino que está reservada para supuestos de real gravedad¹⁸.

Sobre la base de esta interpretación, dada la índole del incumplimiento, no comparto la entidad que la actora pretende asignar al hecho para imponer el daño punitivo, ni entiendo acreditado el elemento subjetivo agravado, por lo que propongo a mis distinguidos colegas desestimar este agravio y confirmar la sentencia en este aspecto.

¹⁴ CNCiv., esta Sala, expte. 39.093/2017, “White, T. J. c. Fundación Universidad de Belgrano Dr. Avelino Porto s daños y perjuicios”, del 10/08/2021, TR LA LEY AR/JUR/119549/2021; id., id., 35421/2014, “A., C. c/Fundación Educar s/daños y perjuicios” del 1/7/20; id., Sala F, Cañadas Pérez, M. c/Bank Boston, del 18/11/2009, en La Ley, Cita Online AR/JUR/45423/2009; id., Sala K, M., M. B. c/Compañía Financiera S.A., del 22/8/14; id., Sala B, B., M.S. c/S.N.J. del 7/2/14; id., Sala D, Ramos, José Antonio c/Compañía Financiera Argentina S.A., del 22/09/2010, en RCyS 2011-IV-149; id., Sala H, S. M., M. L. c/Telecentro S.A., del 10/12/12, en RCyS 2013-VI, 148 La Ley Cita Online AR/JUR/74009/2012; id., sala E, C. c/Fundación Universidad de la Marina Mercante, del 26/10/12; id., Sala L, Soto, Karina Paola c/Confira S.A. s/daños y perjuicios, del 15/11/2012, La Ley Cita Online AR/JUR/69382/2012; id. Sala G, G., L. B. C/ Club Atlético San Lorenzo de Almagro s/daños y perjuicios, del 27/4/2015.

¹⁵ CNCiv., esta Sala, expte. 35421/2014, “A., C. c/Fundación Educar s/daños y perjuicios” del 1/7/20, voto de la Dra. Benavente y sus citas.

¹⁶ López Herrera, Edgardo, *Los daños punitivos. Naturaleza. Tipos. Jurisprudencia comparada. Análisis económico. Aplicación del derecho al consumidor*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, pág. 17

¹⁷ Mosses Iturraspe, Jorge-Wajtraub, Javier, *Ley de Defensa del Consumidor*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2010

¹⁸ CNCiv., esta Sala, expte. 39.093/2017, “White, T. J. c. Fundación Universidad de Belgrano Dr. Avelino Porto s daños y perjuicios”, del 10/08/2021, TR LA LEY AR/JUR/119549/2021 y sus citas.

5. Las costas

Las costas de segunda instancia se imponen a la demandada, sustancialmente vencida (art. 68 CPCCN).

6. Síntesis

Propongo a mis distinguidos colegas:

- a) Elevar la cantidad fijada en concepto de daño moral a la suma de \$ 50.000.
- b) Confirmar, por los fundamentos explicitados, la sentencia apelada en todo lo demás que decidió.
- c) Imponer las costas de segunda instancia a la demandada vencida.

La Dra. María Isabel Benavente dijo:

Adhiero por análogas consideraciones al voto del Dr. González Zurro.

El Dr. Carlos A. Calvo Costa dijo:

Por compartir la solución a la que ha arribado, adhiero al voto de mi distinguido colega de sala Dr. Guillermo González Zurro.

Con lo que terminó el acto, firmando electrónicamente los señores jueces. Fdo.: Guillermo D. González Zurro, María Isabel Benavente y Carlos A. Calvo Costa. Doy fe, Adrián Pablo Ricordi (Secretario interino).

ADRIAN PABLO RICORDI

Buenos Aires, de abril de 2022

Y VISTO:

Lo deliberado y las conclusiones establecidas en el acuerdo precedente, el Tribunal **RESUELVE:**

1. Elevar la cantidad fijada en concepto de daño moral a la suma de \$ 50.000.
2. Confirmar, por los fundamentos explicitados, la sentencia apelada en todo lo demás que decidió.
3. Imponer las costas de segunda instancia a la demandada vencida (art. 68 CPCCN).

4. Diferir la regulación de honorarios por los trabajos realizados en esta instancia para una vez que se encuentren determinados los correspondientes a la instancia anterior (art. 14 del Arancel).
5. Regístrese, notifíquese y devuélvase.

GUILLERMO D. GONZALEZ ZURRO

MARIA I. BENAVENTE

CARLOS A. CALVO COSTA

ADRIAN PABLO RICORDI

SECRETARIO

ANÁLISIS DE LA LEY 26659 SOBRE CONDICIONES PARA LA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS EN LA PLATAFORMA CONTINENTAL ARGENTINA

Carlos Sánchez Mas

Foro de Abogados de San Juan. Red Federal de Estudios sobre Malvinas (ReFEM 2065)

carlossanchezmas@gmail.com

Resumen

La Ley 26659 sobre condiciones para la exploración y explotación de hidrocarburos en la plataforma continental argentina fue sancionada para proteger los recursos de petróleo y gas presentes en dicha zona y reafirmar la soberanía argentina sobre las islas Malvinas, Georgias del Sur (San Pedro), Sándwich del Sur y los espacios marítimos circundantes. La disputa de soberanía con el Reino Unido de Gran Bretaña incide directamente en la aplicación e interpretación de esta norma. Mediante este trabajo, se pretende explicar sus aspectos jurídicos de derecho constitucional, administrativo, penal, civil, ambiental e internacional.

Palabras clave: hidrocarburos, condiciones de exploración y explotación, plataforma continental argentina, cuestión de las islas Malvinas.

An Analysis of Law No. 26659 on Requirements for the Exploration and Exploitation of Hydrocarbons on the Argentine Continental Shelf

Abstract

Law 26659, regarding conditions for the exploration and exploitation of hydrocarbons in the Argentine continental shelf, was enacted to protect the oil and gas resources in this zone and reassert the Argentine sovereignty over the Malvinas, South Georgias (San Pedro), and South Sandwich Islands and the surrounding maritime areas. The struggle for sovereignty with the United Kingdom of Great Britain has a direct impact on the implementation and interpretation of this piece of legislation. This article aims to explain the legal aspects from the point of view of constitutional, administrative, criminal, civil, environmental, and international law.

Key words: hydrocarbons, requirements for exploration and exploitation, Argentine continental shelf, question of the Malvinas Islands.

1. Introducción: la regulación de las condiciones para el ejercicio de la actividad hidrocarburífera en un área en disputa de soberanía

La Ley 26659, publicada en el Boletín Oficial el 13 de abril de 2011 y modificada por Ley 26915, regula las condiciones para la exploración y explotación de hidrocarburos en la Plataforma Continental Argentina. Forma parte del subsistema que encabeza la Ley 17319 y suplementan las leyes 26197, 26741, 27007 y demás normas modificatorias y complementarias. Encuentra su antecedente en la Resolución 407/2007, emitida el 13 de marzo de 2007 por la Secretaría de Energía, dependiente en aquel entonces del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, fundándose, entre otras motivaciones, en la necesidad de perfeccionar las medidas del Estado nacional para impedir la explotación de hidrocarburos en la Plataforma Continental sin las legítimas habilitaciones de la autoridad competente.

Sin perjuicio del proceso de transición energética, la importancia de los hidrocarburos es actual debido a su gran valor económico por sus muchos usos para la industria. En tal sentido Novoa y Novoa (1998) han expresado que

al advertirse la importancia del petróleo como recurso energético y conocerse paulatinamente sus múltiples aplicaciones en la agricultura, industria, química y petroquímica, se inició una verdadera lucha entre los Estados por obtener el control de dicha sustancia, sea en su etapa de producción, comercialización o transporte. (p. 218)

En este sentido, el Congreso de la Nación dictó la Ley 26741 (BO 07/05/2012), la cual declaró “de interés público nacional y como objetivo prioritario de la República Argentina el logro del autoabastecimiento de hidrocarburos, así como la exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de hidrocarburos”. Aunque pueden resultar discutibles los medios que el Título III la ley dispuso para cumplimentar su objeto, este es jurídicamente coherente con la ley en análisis.

La relación entre las leyes 26659 y 17319 se manifiesta desde sus primeros artículos. Así, el artículo 1° de la Ley 17319 declara el dominio inalienable e imprescriptible del Estado nacional o provincial de “los yacimientos de hidrocarburos líquidos y gaseosos situados en el territorio de la República Argentina y en su plataforma continental”, al tiempo que el artículo 1° de la Ley 26659 establece coherentemente que “la exploración y explotación de hidrocarburos en la Plataforma Continental Argentina sólo podrán realizarse observando las condiciones establecidas por la presente ley, las leyes y los reglamentos vigentes”.

El área geográfica de aplicación de la Ley 26659 se extiende a todo el sector

marítimo, que, como extensión sumergida del continente, está referido en sus límites en las leyes 23968 y 27557, con sus Anexos, es decir, la Plataforma Continental Argentina. Así, el art. 6° de la Ley 23968 declara la soberanía argentina sobre su plataforma continental. En igual sentido, la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR) reconoce derechos soberanos a los Estados sobre su plataforma continental. La República Argentina, al ratificar dicha convención, emitió una declaración interpretativa dedicada a su soberanía imprescriptible e irrenunciable sobre las islas Malvinas, Georgias del Sur (San Pedro) y Sándwich del Sur (Ley 24543, art. 2°, inc. d).

En tal sentido, para comprender el objeto de la Ley 26659, se debe decir que una gran extensión de dicha área se encuentra bajo ilegítima ocupación colonial desde el 3 de enero de 1833 por parte del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, como espacio circundante al territorio colonial de las islas Malvinas, Georgias del Sur (San Pedro) y Sándwich del Sur. Esto ha derivado en un conflicto internacional denominado “Cuestión de las islas Malvinas”, es decir, la disputa entre los Gobiernos de la República Argentina y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte acerca de la soberanía sobre tales archipiélagos, según lo expresa la Resolución N° 2065 (XX) de la Asamblea General de Naciones Unidas del 16 de diciembre de 1965. Este conflicto ha sido incluido en el régimen de descolonización de la Organización de Naciones Unidas, según la Resolución N° 1514 (XV) de la Asamblea General.

La norma objeto de este estudio se encuentra fuertemente relacionada con la Cuestión de las islas Malvinas, como lo demuestra el debate parlamentario que precedió a su sanción. El objetivo de los legisladores fue la defensa de la soberanía argentina sobre las áreas insulares y marítimas en disputa. Por ello, la interpretación y aplicación de la Ley 26659 debe realizarse tanto en el marco de las normas referidas a la exploración y explotación de hidrocarburos como a las dictadas en torno a la Cuestión de las islas Malvinas.

Un aspecto de interés es el referido a la protección ambiental. La exploración y explotación de hidrocarburos en áreas marinas conlleva riesgo de daño ambiental debido a los métodos de exploración sísmica, uso de sustancias químicas y la eventual contingencia de accidentes o derrames. La cuestión ambiental está presente en el marco jurídico de hidrocarburos a través de la Ley 27007, por ello, también debe ser considerada una *condición*, pese a no estar contemplada en la Ley 26.559. La protección ambiental demuestra su transversalidad al comprobarse que es una exigencia ínsita del proceso de exploración y explotación. Debido a ello, se incorpora un apartado dedicado al tema.

En dicho apartado, y siguiendo tales lineamientos, este trabajo plantea que, por su significación económica, su relación con el reclamo de soberanía y las implicancias ambientales, las actividades reguladas por la Ley 26659 deberían lograr cuatro objetivos esenciales: 1) resguardar la soberanía argentina sobre las islas Malvinas y los demás espacios correspondientes; 2) proporcionar riquezas para el Estado; 3) mejorar la calidad de vida de la población; y 4) proteger el ambiente. El primer objetivo es una obligación jurídica que se funda en la norma contenida en la Disposición Transitoria Primera de la Constitución Nacional argentina y en el objeto explícito de la ley. Así, toda política pública sobre los recursos naturales hidrocarburíferos en la Plataforma Continental Argentina, realizada por el Estado o un tercero, debe tener presente el objetivo de la recuperación de los territorios usurpados como “objetivo irrenunciable del pueblo argentino”, tal como establece el precepto constitucional. Los objetivos siguientes se basan en el paradigma del desarrollo sustentable, contemplado en el artículo 41 de la Constitución Nacional y en el principio de soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales.

Afirma Sánchez (1996, p. 7) que el Estado precisa disponer de herramientas jurídicas idóneas para el logro del bien común. Ello es así pues no es posible alcanzarlo fuera del paradigma del Estado de derecho. Las normas de todo tipo y jerarquía que se dicten en búsqueda de aquel deben poseer una técnica legislativa apta y eficiente para conseguirlo. En este sentido, el presente ensayo se pretende aportar la conocimiento de la Ley 26659, sus objetivos, su relación con las demás leyes de hidrocarburos, la influencia de la Cuestión Malvinas en su interpretación y aplicación, la determinación del bien jurídico protegido de los tipos penales creados, las potestades de la autoridad de aplicación, la competencia del Ministerio Público, la relación entre los tipos penales y las sanciones administrativas, los aspectos relacionados con la protección ambiental y la reglamentación de la norma y su ejecución, entre otros aspectos relevantes, contribuyendo a su entendimiento para el logro de la integridad del territorio nacional como una manifestación del bien común.

2. Autoridad de aplicación. Incidencia de las leyes 27671 y 27558

La autoridad de aplicación es la Secretaría de Energía de la Nación, según dispone el artículo 6° de la Ley 26659, dependiente del Ministerio de Economía de la Nación. Ello es coherente con el art. 97 de la Ley 17319. Como tal, es la encargada de tramitar los procesos administrativos por infracción al artículo

2°. Debe también confeccionar una nómina compuesta por las personas físicas y jurídicas que desarrollan actividades hidrocarburíferas en la Plataforma Continental Argentina sin debida licencia emitida por la autoridad competente argentina (sobre lo cual se amplía en el punto 10).

Además de las que taxativamente establece la norma, también deben considerarse incluidas todas aquellas competencias administrativas implícitas que resulten necesarias para ejecutar el objeto de la ley. En este sentido, afirma Comadira (2007, p. 26 y 27), fundado en la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación,¹ que el alcance de la competencia del órgano administrativo debe determinarse del texto expreso de la norma que la otorga, de su contenido razonablemente implícito y de los poderes inherentes a la naturaleza del ente según la doctrina de la especialidad, es decir, la relación del acto con los fines para los que el ente fue creado. Por ello, puede afirmarse que la Secretaría de Energía posee competencia para llevar adelante toda acción administrativa que tenga por finalidad la protección de los recursos hidrocarburíferos en la Plataforma Continental y la defensa de la soberanía argentina en dicha área, en tanto tal defensa se relacione con la exploración y explotación de hidrocarburos.

Dado que la Cuestión de las islas Malvinas es el antecedente que le da fundamento a la Ley 26659, debe tenerse presente la necesidad de contemplar las disposiciones de la Ley 27671 de capacitación obligatoria, periódica y permanente sobre la Cuestión de las islas Malvinas. Puede afirmarse que existe una obligación jurídica del Poder Ejecutivo Nacional, a través del Ministerio de Economía, en la formación y capacitación de los agentes de la Secretaría de Energía en la Cuestión de las islas Malvinas para la mejor y óptima ejecución de la Ley 26659, conforme con el artículo 8 de la Ley 27671. Tal capacitación ayudaría a entender las consecuencias de las sanciones que eventualmente se apliquen y las acciones que se lleven a cabo en el contexto del conflicto de soberanía, es decir, entendidas no solo como infracciones al régimen de exploración y explotación de hidrocarburos, sino también como parte del diferendo de soberanía por las islas Malvinas en el marco del proceso internacional de descolonización regulado por la Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

La autoridad de aplicación debe discernir la oportunidad, mérito y conveniencia de la intervención del Consejo Nacional de Asuntos relativos a las islas

1 Comadira (2007) cita los Dictámenes de la Procuración del Tesoro 154:196 y 164:165 en apoyo de su afirmación.

Malvinas,² creado por la Ley 27558, dadas sus funciones en relación con la Cuestión de las islas Malvinas. El artículo 2° de dicha ley enumera las competencias del Consejo en cinco incisos. Estas son de carácter consultivo, no vinculante, esencialmente colaborativo y sin funciones ejecutivas específicas. La hipotética intervención de este Consejo en torno a la Ley 26659 puede enmarcarse en el inciso d), que establece: “Colaborar en la elaboración del sustento de la posición argentina en la disputa de soberanía en sus aspectos geográficos, ambientales, históricos, jurídicos y políticos”. Aunque estrictamente este Consejo no posee ninguna función directamente relacionada con la Ley 26659, por su competencia específica nada impide que pueda ser llamado oficiosamente a emitir dictámenes o informes no vinculantes que ayuden a formar la voluntad administrativa en relación con una investigación particular relacionada con la aplicación de la norma, conforme a la Ley 19549, artículo 1°, inciso f) 2).

3. Prohibiciones

Las prohibiciones están contenidas en los artículos 2° y 5°. Están comprendidas en ellas personas físicas y personas jurídicas tanto públicas cuanto privadas. Ambos artículos individualizan el contenido de la prohibición y los sujetos alcanzados, siempre en el ámbito geográfico de la Plataforma Continental Argentina.

Los tres incisos del artículo 2° determinan las siguientes prohibiciones:

Inciso 1: desarrollar actividades hidrocarburíferas en la Plataforma Continental Argentina sin licencia emitida por autoridad argentina.

“Desarrollar” es tanto como realizar o llevar a cabo un proceso determinado, por lo tanto, la prohibición es amplia y consiste en realizar o hacer cualquier tipo de actividad relacionada con la explotación y/o exploración de petróleo o gas, comercial, científica, gratuita u onerosa, que puede ser la prospección, exploración, explotación, transporte, reparación y mantenimiento de equipos, uso de equipos remotos, etcétera.

Inciso 2: tener participación en sociedades que realicen actividades hidrocarburíferas sin licencia argentina; o prestar servicios para su desarrollo.

2 Su nombre completo es “Consejo Nacional de Asuntos Relativos a las Islas Malvinas, Georgias del Sur, Sándwich del Sur y los Espacios Marítimos e Insulares Correspondientes” (art. 1°, Ley 27558).

El inciso expresamente establece que la “participación”, es decir, la posición mediante la cual se toma parte en el resultado del giro comercial, puede ser directa o indirecta sin fijar un porcentaje. Se entiende por “prestar servicios” a toda actividad rentada o no que permita directa o indirectamente llevar adelante la búsqueda, extracción, traslado, etc. del petróleo o gas. Puede consistir en servicios logísticos de todo tipo: asistencia médica, psicológica, provisión de alimentos, entretenimiento y capacitación del personal embarcado o en plataforma; la prestación de servicios técnicos, la provisión de elementos de cualquier tipo; de recursos humanos; la facilitación de recursos financieros, etcétera.

Inciso 3: contratar, efectuar actividades hidrocarburíferas, transacciones, actos de comercio, operaciones económicas, financieras, logísticas, técnicas, actividades de consultoría y/o de asesoría con personas jurídicas con la finalidad de explorar y/o explotar hidrocarburos sin licencia argentina.

Las acciones del inciso denotan la intención de vedar cualquier posible acuerdo o acto jurídico, oneroso o gratuito, con sujetos cuya pretensión sea la exploración y/o explotación de hidrocarburos. Es decir, la intención de efectuar actividades hidrocarburíferas debe existir en al menos una parte del contrato, no necesariamente en ambas. En este caso, la sanción correspondería a ambas partes. Caso contrario, una de ellas podría alegar que su intención no era una actividad relacionada con hidrocarburos, sino, por ejemplo, la provisión de insumos médicos, víveres, combustibles, servicios de transporte, etc., frustrando o defraudando así el objeto de la norma. “Contratar” debe entenderse como cualquier acto en el sentido del artículo 957 del Código Civil y Comercial de la Nación, cualquiera sea su objeto. La norma guarda relación con su antecedente: el art. 1.7.3 de la Disposición 407/2007 de la Secretaría de Energía.

Los incisos 2 y 3 complementan al inciso 1 de modo tal que permiten incluir en la prohibición actividades que podrían no ser consideradas “desarrollos de la actividad hidrocarburífera”. Los sujetos de la prohibición son las personas humanas o las personas jurídicas, incluyendo sus accionistas, que realicen actividades en el país o se encuentren autorizadas para ello.

El artículo 5° establece una especial prohibición al Estado nacional, a las provincias y a los municipios. Se les impide contratar con cualquier persona humana o jurídica que realice actividades hidrocarburíferas sin licencia argentina. La prohibición es amplia: cualquier tipo de contrato, tanto civil, comercial o administrativo. Se extiende, además, a los accionistas y sociedades controlantes de la persona jurídica. Aunque el artículo no la nombre, también debe

incluirse a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires u otra ciudad declarada como capital de la nación, dado que lo contrario confrontaría directamente con el objeto de la norma.

La aclaración en todos los casos respecto de que la ejecución de los actos prohibidos debe realizarse sin licencia de la autoridad argentina obedece a que los sujetos alcanzados pueden contar con licencia expedida, ilegítimamente, por la autoridad colonial británica, como en efecto ha ocurrido en los casos tramitados y sancionados por ante la Secretaría de Energía de la Nación.

4. Las sanciones administrativas

En opinión de Sánchez (1996), la potestad sancionadora del Estado puede definirse como “la facultad que le compete a la Administración Pública para imponer correcciones a los ciudadanos, por los desvíos de sus conductas que puedan haberse materializado con relación a la legislación vigente” (p. 11). Tal definición debe ampliarse en cuanto a los destinatarios de las sanciones dispuestas por la Ley 26659, dado que su artículo 3° permite sancionar tanto a ciudadanos argentinos como a extranjeros, como así también a personas jurídicas, que estén o no radicadas en el país.

El objeto de las sanciones es el logro efectivo de los cometidos de la Administración Pública. Así, Sánchez (1996) expresa que

si existen cometidos que debe cumplir la Administración en orden al bien común, es absolutamente lógico que la misma Administración pueda obligar al cumplimiento de ciertas reglas imprescindibles para dicho fin y a sancionar el incumplimiento de esas reglas. De lo contrario el cumplimiento acabado de la función que le compete sería ilusorio y utópico. (pp. 1-12)

La ley en estudio contempla dos sanciones en el artículo 3° que deben imponerse conjuntamente por violación del artículo 2°. Ellas son la inhabilitación y la reversión de concesiones. La primera es amplia y comprende la imposibilidad de desarrollar actividades de cualquier tipo en el país, no solo las referidas a la exploración o explotación de hidrocarburos. Valga como ejemplo la Resolución 481/2013 de la Secretaría de Energía que inhabilitó a la empresa Premier Oil PLC “para desarrollar actividades en la República Argentina, por llevar a cabo actividades hidrocarburíferas en la Plataforma Continental Argentina, en zonas próximas a las islas Malvinas, sin haber obtenido la habilitación pertinente emitida por autoridad competente de la República Argentina”.

El artículo dispone que si el sujeto sancionado hubiere obtenido legalmente cualquier concesión para la actividad hidrocarburífera en territorio argentino, esta caducará por el solo efecto de la sanción y volverá a la jurisdicción nacional o provincial, según quien la hubiere otorgado, pudiendo otorgarse a otro concesionario. Si el sujeto sancionado obtuvo una concesión para una explotación distinta a la explotación de hidrocarburos, esta no revertirá al Estado, pero tampoco podrá ejercerse debido a la inhabilitación impuesta.

El artículo 4° agrega dos sanciones administrativas a imponerse conjuntamente con la inhabilitación y la reversión de concesiones contempladas en el artículo 3°. Se trata de la inclusión de un registro de infractores y la pérdida de beneficios impositivos o previsionales relacionados o no con la exploración y explotación de hidrocarburos, de tal modo que los saldos pendientes se tornarán exigibles desde que quede firme la sanción.

Las empresas sancionadas hasta la actualidad, según datos proporcionados vía correo electrónico por la Secretaría de Energía, dependiente del Ministerio de Economía de la Nación en marzo de 2024, son las siguientes:

Empresa	Resolución	Resolución
Falkland Oil And Gas Limited	128/2012	459/2013
Argos Resources LTD	129/2012	458/2013
Desire Petroleum PLC	130/2012	457/2013
Rockhopper Exploration PLC	131/2012	476/2013
Borders And Southern Petroleum PLC	133/2012	456/2013
Premier Oil PLC	260/2013	481/2013
Noble Energy Falklads Limited	859/2015	
Noble Energy INC	860/2015	
Edison International SPA	872/2015	
Navitas Petroleum LP	240/2022	

Tabla 1. Fuente: Secretaría de Energía de la Nación.

5. Régimen penal

Está contemplado en los artículos 7°, 8° y 9°. El artículo 7° crea los siguientes tipos penales:

- Exploración ilegal de hidrocarburos en la Plataforma Continental Argentina: se pena la conducta de quién “sin autorización de la autoridad competente, encargare o realizare, por cuenta propia o de terceros, cualquier actividad de búsqueda de hidrocarburos mediante la exploración en el lecho o en el subsuelo del mar territorial o en la plataforma continental argentinos”. La conducta típica es “encargar” o “realizar” la búsqueda de hidrocarburos mediante la exploración sin autorización legítima. El tipo se configura cuando el sujeto activo “encarga”, es decir, solicita a otro la realización del acto punible o cuando “realiza”, es decir, cuando lleva adelante la acción por sus propios medios. El encargo o realización debe referirse a cualquier tipo y forma de búsqueda, o sea, una actividad destinada al hallazgo de hidrocarburos presentes en el lecho o subsuelo del mar territorial o en la Plataforma Continental, sean modos sofisticados o rudimentarios, presenciales o remotos, onerosos o gratuitos con fines comerciales, científicos u otro distinto, continuados o realizados por única vez o en un único acto. Ambas conductas pueden deberse a un acto por cuenta propia o de terceras personas. La realización o encargo de exploración deben tener por fin el hallazgo de hidrocarburos, por lo que no configura el tipo penal la exploración de nódulos polimetalicos u otros recursos naturales de la Plataforma Continental Argentina. El sujeto pasivo es la Administración pública nacional o provincial, pues la consumación del tipo perjudica los recursos del dominio de la nación o de las provincias. Sujeto activo puede ser cualquier persona humana o jurídica.

La pena prevista es de prisión de 5 a 10 años y conjuntamente: a) multa equivalente al valor de 20000 a 100000 barriles de petróleo crudo según el índice West Texas Intermediate (WTI) con capacidad de 42 galones estadounidenses, equivalentes a 159 litros; b) inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena para realizar cualquier actividad comercial. La inhabilitación se impone para cualquier tipo de actividad comercial en territorio argentino, no solo la referida a la búsqueda y extracción de hidrocarburos. Tal extensión puede llamar la atención acerca de la razonabilidad de la sanción en razón de un potencial exceso de punición.

- Explotación ilegal de hidrocarburos en la Plataforma Continental Argentina: el tipo penal castiga la conducta de quien: “sin autorización de la autoridad competente, encargare o realizare, por cuenta propia o de terceros, cualquier

actividad de extracción de hidrocarburos de yacimientos situados en alguna de las áreas marítimas indicadas en el inciso precedente, o su transporte o almacenamiento”. La conducta típica de “encargar” o “realizar” debe estar encaminada a: a) “extraer” hidrocarburos situados en el lecho o el subsuelo del mar territorial o de la Plataforma Continental, es decir, quitarlos de su depósito natural; b) “transportar”, es decir, conducir el hidrocarburo mediante tuberías, cisternas, etc.; y c) “almacenar”, lo que significa estacionar el producto en un recinto. Con ello quedan contempladas, en ambos tipos penales, las áreas en las que se divide la actividad hidrocarburífera: el *upstream*, *midstream* y *downstream*. Valen acá las consideraciones hechas para el tipo anterior. La pena prevista para esta figura es de prisión de 10 a 15 años y además: a) multa equivalente al valor de 150000 a 1500000 barriles de petróleo crudo (WTI) con capacidad de 42 galones estadounidenses, equivalentes a 159 litros; y b) inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena para realizar cualquier actividad comercial.

5.1 El bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido define el objeto de protección del tipo penal y circunscribe su aplicación y eventual imposición de la sanción prevista. Borinsky et al. (2012, p. 24) explican que el bien jurídico tutelado por la norma penal es uno o varios valores o intereses vitales de la sociedad que, formando una parte sustancial de las normas de cooperación social, merecen una protección reforzada a través del ejercicio del poder punitivo del Estado (*ius puniendi*).

Surge del resultado de una encuesta realizada en la cátedra de Derecho Internacional Público de la Universidad Nacional de San Juan en el año 2023 que los Dres. Marcos Conca³ y Nicolás Ayestarán⁴ consideraron que el bien jurídico tutelado de los tipos contemplados en el artículo 7° de la Ley 26659 es la integridad del recurso natural hidrocarburífero. En tanto, el Dr. Claudio Gómez⁵ consideró que el bien jurídico tutelado por estos tipos penales es la soberanía nacional sobre los territorios en disputa.

3 Profesor de Derecho Internacional Público de la carrera de Abogacía (Universidad Nacional de San Juan).

4 Profesor de Derecho Internacional Público y de Derecho Procesal Penal de la carrera de Abogacía (Universidad Nacional de San Juan).

5 Profesor adscripto de Derecho Internacional Público de la carrera de Abogacía (Facultad de Ciencias Sociales, Universidad Nacional de San Juan).

No puede soslayarse la impronta que impone a toda la ley la defensa de la soberanía argentina sobre las islas Malvinas y demás territorios marítimos e insulares. Aunque los tipos penales de la Ley 26659 parecen defender directamente el recurso natural y, a través de ellos, la soberanía nacional en torno a la Cuestión de las islas Malvinas, nada impediría entender y considerar como bienes jurídicos tutelados tanto la integridad de los recursos naturales hidrocarburíferos de la Plataforma Continental Argentina como la soberanía argentina sobre los territorios marítimos e insulares en disputa en el Atlántico Sur.

Borinsky et al. (2012) expresan que “se exige por algunos autores que el bien jurídico o el valor o los valores deben estar al menos implícitamente reconocidos por la Constitución, lo que justificaría la activación del Derecho Penal” (p. 24). En este sentido, si se considera bien jurídico tutelado la integridad del recurso hidrocarburífero, ello se basa en los artículos 41 y 124 de la Constitución Nacional, en tanto que la defensa de la soberanía nacional sobre los territorios enmarcados en la Cuestión de las islas Malvinas se respalda en la Disposición Transitoria Primera. Sería la primera vez que un tipo penal tiene por bien jurídico tutelado proteger la soberanía argentina sobre las islas Malvinas y demás territorios en disputa de soberanía.

5.2 Personas jurídicas

Dado que la exploración y explotación de hidrocarburos necesita grandes inversiones, equipo especial y numeroso personal capacitado, su consecución se realizará probablemente por una persona jurídica que pueda afrontar estas erogaciones. Por ello, el artículo 8° prevé, dentro del régimen penal de la ley, que cuando los actos típicos fueren ejecutados en nombre, con la colaboración o en favor de una persona jurídica —formalmente constituida o de hecho—, o bien un ente sin calidad de sujeto de derecho, pero obligado a los efectos fiscales según las normas impositivas, la pena de prisión prevista se impondrá a: directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios, representantes o autorizados que hubiesen intervenido en el hecho punible. La clase de intervención no está especificada. Podría pensarse en una intervención por omisión o por accionar culposo. La norma no lo aclara.

5.3 Penas accesorias

La condena por los delitos analizados acarreará también las penas accesorias contempladas en el inciso 3 del artículo 7°. Si el tipo fuere cometido en nombre, con la intervención o en beneficio de una persona de existencia jurídica, se le impondrá las accesorias contempladas en el artículo 9°.

Artículo 7°, inciso 3:

- a) decomiso de los equipos y materiales empleados en la ejecución de los actos ilícitos y de los hidrocarburos que se hubiesen extraído;
- b) extinción de todo permiso de exploración o concesión de explotación o de transporte hidrocarburífera o minera;
- c) extinción de toda concesión o licencia originada en cualquier tipo de contrato otorgado o aprobado por el Estado Nacional o por algún Estado Provincial;
- d) caducidad de los beneficios impositivos o previsionales que hubieren sido acordados en beneficio del autor del hecho.

Artículo 9°:

1. Multa equivalente al valor de 100.000 a 1.000.000 o de 150.000 a 1.500.000 barriles de petróleo crudo (WTI) con capacidad de 42 galones estadounidenses, equivalentes a 159 litros, según se trate de una infracción al inciso 1) o 2) del artículo 7, respectivamente;
2. Suspensión total o parcial de actividades, por hasta 10 años;
3. Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, por hasta 10 años;
4. Cancelación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad;
5. Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica o del ente que resulte responsable a los efectos fiscales conforme las leyes en dicha materia.

Las penas accesorias poseen gran extensión, pues podrían afectar contratos, actos y concesiones de cualquier provincia argentina. La pena busca que el condenado no pueda ejercer actividad comercial alguna en territorio argentino vinculada con el Estado. Tal fuerza se comprende en la necesidad responder a la impronta que impone la Cuestión de las islas Malvinas en la ley como tema de política de Estado preponderante.

6. Relación entre los tipos penales y las sanciones administrativas

La doctrina y la jurisprudencia argentina han establecido las relaciones entre las sanciones administrativas y los tipos penales determinando los alcances, la naturaleza y los principios de cada régimen sancionatorio. Este desarrollo es importante tanto para la autoridad de aplicación como para el profesional liberal que intente la defensa de un sujeto incurso de alguna sanción prevista en la Ley 26659, para una correcta interpretación y aplicación de las sanciones administrativas (de naturaleza disciplinaria) y penales (de naturaleza represiva).

Si bien los principios del derecho penal son de aplicación a las sanciones administrativas, no deben aplicarse según una interpretación estricta. Cassagne (2006, p. 587) afirma la unidad de los regímenes represivos y las garantías del Estado de derecho y que

si bien la mayor parte de estos principios provienen directamente del Código Penal, su base radica en los preceptos y garantías constitucionales (...) Su aplicación se produce, por lo general, en forma supletoria o directa, aun cuando en ciertos supuestos nada impide acudir a la técnica de la analogía a condición de que ella opere a favor del administrado. (p. 587)

En forma contundente, la Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal (Sala II) afirma en sentencia del 1 de abril de 2022, en los autos *Jarque Gabriel Dario c/EN ministerio Público de la Defensa y otro s/proceso de Conocimiento*, considerando VIII.3 que

las sanciones aplicadas por organismos administrativos tienen carácter disciplinario y no participan de la naturaleza de las medidas represivas del Cód. Procesal (Fallos: 241:419; 251:343; 268:98; 275:265; 303:1776; 305:2130; esta Sala, “Eteira SRL c. Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable s/ Conservación de la fauna - Ley 22.421 - art. 29”, causa N° 16.906/14, del 07/07/2015; “Banco Santander Río SA y otros c. CNV s/ Mercado de capitales - Ley 26.831 - art. 143”, causa N° 50.335/15, del 09/03/2017; “Banco de la Provincia de Buenos Aires c. UIF s/ Código Penal - Ley 25.246 - Dto. 290/2007 - art. 25”, causa N° 380/16, del 20/09/2016). Como ha sostenido desde antaño la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “no se trata de la jurisdicción criminal propiamente dicha, ni del poder ordinario de imponer penas (Fallos: 19:231; 281:211)”.

El fallo señala que no puede convalidarse la aplicación lisa y llana de los principios y las reglas propios de la materia penal, teniendo en cuenta las particularidades del bien jurídico protegido por la normativa específica, reafirmado por

la naturaleza preventiva del derecho administrativo sancionador, en contraposición con la represiva del derecho penal (Fallos: 330:1855). Finaliza el considerando VIII.3 del fallo afirmando que el carácter administrativo de una sanción impide la aplicación acrítica y en bloque de la normativa y principios de la materia criminal, por lo que no puede convalidarse su aplicación indiscriminada.

En concordancia con el precedente citado, puede afirmarse que, ante la rigidez de los principios penales, las sanciones administrativas de la Ley 26659 pueden funcionar como un recurso eficiente y expedito para disuadir o impedir la exploración o explotación de hidrocarburos en el Mar Atlántico Sur, en el marco del debido proceso administrativo regido por la Ley 19549, las leyes modificatorias y su decreto reglamentario.

7. La jurisdicción federal

La jurisdicción para la instrucción y juzgamiento de los hechos descritos en la norma corresponde a los Tribunales Federales, según lo dispone el artículo 10. Enseña Bidart Campos (2001) que “las leyes federales son aplicadas judicialmente en todo el país por tribunales federales” (p. 167). Puede afirmarse, entonces, que es una ley de carácter federal en razón del lugar. En tal sentido, Guastavino (como se citó en Bidart Campos, 2001) dice que el derecho federal “es el sancionado por el legislador nacional tendiente a la consecución, de un modo inmediato, de todos los fines que se atribuyen al Congreso y al gobierno federal por el preámbulo y los preceptos constitucionales” (p. 166). Aun así, la norma podría haber establecido que el juzgamiento de las conductas típicas ejecutadas dentro de las 12 millas marinas corresponda a la jurisdicción provincial, en coherencia con el artículo 1° de la Ley 26197, aunque ciertamente el supuesto es improbable. Esta diferenciación aparece en el artículo 3° de la ley al tratar la sanción de reversión de concesiones.

Según el artículo 3° de la Ley 27148, el Ministerio Público Fiscal

tiene a su cargo fijar la política de persecución penal y ejercer la acción penal pública, conforme lo establece el Código Procesal Penal de la Nación y las leyes complementarias, en todos los delitos federales y en aquellos delitos ordinarios cometidos en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires mientras su competencia no haya sido transferida a la jurisdicción local.

A fin de propender a la “defensa de la Constitución y los intereses generales de la sociedad”, el Ministerio Público Fiscal carga con una serie de deberes con-

templados en el artículo 2° de la Ley 27148. Estos justifican su intervención en la persecución de las figuras penales de la Ley 26659 por los siguientes motivos: la estrecha relación entre ella y la Disposición Transitoria Primera de la Constitución Nacional (Ley 27148, artículo 2°, inc. a); porque la Cuestión de las islas Malvinas es una política pública trascendente (Ley 27148, artículo 2°, inc. d) y además porque la Corte Suprema de Justicia de la Nación puede requerir de aquel su intervención (Ley 27.148, artículo 2°, inc. b).

Al Ministerio Público, como a la autoridad de aplicación de la Ley 26659, le son aplicables las consideraciones hechas acerca de la aplicación de Ley 27671 de capacitación obligatoria, periódica y permanente sobre la Cuestión de las islas Malvinas.

8. Consideración del orden público en la ley

El artículo 14 de la Ley 26659 declara: “la presente ley es de orden público”. El orden público, en cuanto realidad social,⁶ es un concepto jurídico vigente, aunque variable. Las leyes de orden público “son aquellas cuya observancia es necesaria para el mantenimiento de un mínimo de condiciones indispensables para la normal convivencia” (Torré, 1965, p. 458) y que expresan los valores y principios que la sociedad considera fundamentales y trascendentes.

Aunque existen tesis que niegan o relativizan el orden público, destacada doctrina nacional —consecuentemente con la legislación civil— ha mantenido a lo largo de los años su consideración acerca de la realidad jurídica y los efectos del orden público en nuestro derecho. Así, Torré (1965, p. 458), Borda (1999, p. 42)⁷ y Tobias (2018, p. 73) expresan dos importantes consecuencias de las leyes de orden público: la imposibilidad de dejar sin efecto sus disposiciones por convenciones particulares y constituir un límite a la aplicación de las normas extranjeras. Estas consecuencias surgen actualmente de los artículos 12 y 2600 del Código Civil y Comercial de la Nación. Antes de la Ley 26994, resultaban de los artículos 14 y 21 del Código Civil derogado. La continuidad de tales normas indica la trascendencia e importancia del orden público en el Estado de derecho argentino.

6 La expresión corresponde a Abelardo Torré (1965).

7 Borda (1999) negaba el efecto de la inaplicabilidad del derecho extranjero frente a las leyes de orden público. Refiriéndose al Código Civil derogado, decía que “ninguna disposición del Código Civil habla de ley de orden público con relación a esta materia” (p. 43). Debido a que hoy el Código Civil y Comercial de la Nación incorporó el artículo 2600, se puede decir, con todo respeto, que el Dr. Guillermo Borda afirmaría la existencia de este efecto por derivarse directa y claramente de un artículo del Código de fondo.

La Ley 26659 implica una limitación a la autonomía de la voluntad por un motivo de interés superior de orden público. Este interés superior es la política de Estado, cuyo objetivo es la recuperación de la soberanía efectiva sobre las islas Malvinas y demás espacios marítimos e insulares del Mar Atlántico Sur. Ello ha sido incorporado como mandato constitucional en la Disposición Transitoria Primera de la Constitución Nacional. Esta norma constitucional impone condiciones en cuanto a los modos de lograr la plena soberanía argentina sobre los territorios en disputa. Tales son: la aplicación del derecho internacional, el respeto a los intereses y modo de vida isleño, el cumplimiento del paradigma de la paz y el ejercicio pleno de la soberanía. Estas condiciones constitucionales deben ser tenidas en cuenta en la aplicación de la Ley 26659 en consideración a la mayor jerarquía de aquellas.

El Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023 del Poder Ejecutivo Nacional, rechazado por el Senado de la Nación el 14 de marzo de 2023, pretendió realizar una amplia reforma legislativa para propiciar la libertad de mercado retrayendo la intervención estatal.⁸ Sin embargo, no modificó la ley bajo análisis. Como es cierto que el orden público “varía en razón del tiempo y del espacio pues las ideas dominantes de una sociedad se transforman incesantemente” (Torré, 1965, p. 458), aquello puede ser interpretado como la voluntad de gobierno de mantener, a través de la Ley 26659, una política de Estado constante, consecuyente y regular en relación a la Cuestión de las islas Malvinas.

No cabe dudar del carácter de orden público de la Ley 26659. Esta consideración será una constante en la aplicación e interpretación de la ley en relación con contratos (arts. 958, 1004 y 1014 del Código Civil y Comercial), y otros actos jurídicos (arts. 279 y 386 del Código Civil y Comercial), incluyendo los casos de aplicación del derecho extranjero (art. 2600 del Código Civil y Comercial).

9. Objetivos de la exploración y explotación de hidrocarburos en la Plataforma Continental Argentina no previstos en la norma, pero implícitos.

La cuestión ambiental

Dado que la norma establece condiciones, es decir, requisitos, y teniendo en cuenta el sistema jurídico nacional de protección ambiental y el alto impacto que la actividad hidrocarburífera en el mar supone para los ecosistemas marinos y costeros (Berardi y Cherini, 2021, p. 2), el análisis de la Ley 26659 no puede considerarse completo sin la consideración ambiental.

8 En esta idea abrogó el Decreto 1060/2000 sobre plazos máximos de duración para los contratos de abastecimiento exclusivo de combustibles.

En efecto, el artículo 1 de la ley establece que la exploración y explotación de hidrocarburos “sólo podrán realizarse observando las condiciones establecidas por la presente ley”, a lo que agrega: pero no solo cumpliendo las condiciones de la ley, sino también “las leyes y los reglamentos vigentes”, entre las que se encuentran las normas de orden ambiental.

La Ley 26659 no regula expresamente las condiciones de protección del ambiente. Ello obedece, quizás, a que el debate parlamentario centró el objeto de la norma en la defensa de la soberanía argentina sobre las islas Malvinas y demás áreas marítimas e insulares en disputa de soberanía y en la protección de los recursos hidrocarburíferos, como patrimonio del Estado, existentes en la Plataforma Continental Argentina.

Dado que la ley analizada debe entenderse como parte del subsistema de leyes que regulan la exploración y explotación de hidrocarburos, hay que considerar que existe una norma en ese subsistema que ordena cubrir el aspecto ambiental: el artículo 23 de la Ley 27007. Esta norma dispone que el Estado nacional y los Estados provinciales propenderán la sanción de una ley de presupuestos mínimos de protección ambiental para la exploración y explotación de hidrocarburos, conforme con el artículo 41 de la Constitución Nacional y con el artículo 6 de la Ley 25675. La norma es innecesaria, dado que ordena sancionar aquello que ya está ordenado por la Constitución Nacional, artículo 41 y la Ley 25676 (Ley General del Ambiente). La Ley 27007 no debía recordar lo ya normado, sino legislar en consecuencia al mandato constitucional y a las normas internacionales vinculantes de protección ambiental.

Se comparte la afirmación de Siano (2016) según la cual aquel artículo 23 no es una norma de presupuestos mínimos de protección ambiental de acuerdo al artículo 41 de la Constitución Nacional. Ello es así debido a: 1) su insuficiente extensión, que no alcanza a regular ni en un “umbral mínimo” la protección ambiental de la industria del petróleo y el gas, según exige el paradigma del desarrollo sustentable del artículo 41 de la Constitución Nacional; 2) su carácter meramente programático, dado que solo dispone que una norma de presupuestos mínimos sea dictada (utiliza expresiones como “propenderán al establecimiento de una legislación...”; “tendrá como objetivo prioritario...”, etc.); y 3) el hecho de no cumplir con los recaudos del artículo 6° de la Ley 26675 y las disposiciones del COFEMA sobre normas de presupuestos mínimos. Además, en vista de las doce leyes de presupuestos mínimos dictadas hasta ahora, difícilmente podría considerarse al artículo 23 de la Ley 27007 como una norma de esta índole. En conclusión, todo ello parece indicar que una norma de pre-

supuestos mínimos de protección ambiental para la actividad de exploración, explotación, conducción, refinamiento y comercialización de hidrocarburos en el mar o en tierra está aún pendiente de discusión por parte de la sociedad argentina y de debate y sanción por parte del Congreso de la Nación.

No obstante tal la situación de anomia, el subsistema de leyes ambientales de nuestro país otorga cobertura jurídica ambiental en todas las etapas de producción de hidrocarburos en la Plataforma Continental Argentina a través del artículo 41 de la Constitución Nacional, de la Ley 25675 Y del “Acuerdo de Escazú”, entre otras. Ello coincide con los actuales paradigmas internacionales de protección ambiental que han sido fuente de normas y principios jurídicos para la protección de los ecosistemas y las medidas de amortiguación de los daños ambientales. En este sentido, Díaz (2008) ha expresado que “hoy en día el paradigma ambiental hegemónico es el del desarrollo sustentable” (p. 28). La misma autora explica que el paradigma del desarrollo sustentable se erige en tres postulados fundamentales: la equidad social, el crecimiento económico y la sustentabilidad ambiental, y agrega: “solo es posible alcanzar un desarrollo con sustentabilidad cuando se persiguen estos tres objetivos al mismo tiempo” (p. 28).

Tomando como base lo anterior, se puede afirmar que la aplicación integral de la Ley 26659 debe apuntar al cumplimiento de cuatro objetivos: proporcionar riquezas para el Estado, mejorar la calidad de vida de la población, proteger el ambiente marino y costero y resguardar la soberanía argentina sobre las islas Malvinas y demás espacios marítimo e insulares en disputa. Estos objetivos se desprenden del paradigma del desarrollo sustentable contenido en el artículo 41 de la Constitución Nacional, en la Ley 25675, artículo 1º y en el Acuerdo de Escazú, artículo 1º y artículo 3º, inciso i) (principio de soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales), entre otras normas. También, de un modo indirecto, en el artículo 69 incisos a) y f) de la Ley 17319. Además, en cuanto a la cuestión de soberanía, en la Disposición Transitoria Primera de la Constitución Nacional argentina y en el espíritu de la ley.

Debe mencionarse una limitación especial por motivos de protección ambiental de espacios marinos como parte de las condiciones ambientales no escritas de la Ley 26659. Se trata del Área Marina Protegida “Namuncurá/Banco Burdwood”, ubicado al sur de las islas Malvinas, con una superficie de 32336,3 km², la cual ha merecido una protección particular mediante las leyes 26875 y 27490. La primera divide el espacio protegido en tres zonas: “núcleo”, “de amortiguación” y “de transición”. En cada una se establecen las actividades científicas o económicas permitidas, resultando así una limitación a la ac-

tividad hidrocarburífera. La Ley 27490 creó el Área Marina Protegida “Yaganes”, ubicada al sur de la provincia de Tierra del Fuego, con una extensión de 68834,31 km².

La cuestión ambiental de la industria hidrocarburífera plantea tensiones jurídicas entre el logro de dos paradigmas: la soberanía energética y el desarrollo sustentable. En ocasión de los planteos judiciales al proyecto “Campaña de Adquisición sísmica *offshore* argentina: Cuenca Argentina Norte (Áreas CAN 108, CAN 100 y CAN 114)” Tito (2023) se posicionó en dicha tensión opinando que

se espera que el desarrollo del complejo hidrocarburífero, pueda contribuir no sólo a la transición energética sino también a aumentar los niveles de exportación a la región, contribuyendo a mejorar la performance de la economía argentina con generación de divisas y reduciendo la vulnerabilidad externa. (p. 1)

En tesis diversa, según informa el sitio web Cronista Comercial (2023), algunas organizaciones como Greenpeace Argentina, Fundación Patagonia Natural y Asociación de Abogados Ambientalistas, entre otras, llevaron el asunto ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante recurso extraordinario, que fue desestimado (*Empresas de EE. UU. celebraron...*, 2023).

Esta tensión jurídica no está ausente en la interpretación de la Ley 26659 y debe resolverse teniendo en vista el logro de los cuatro objetivos planteados.

10. Reglamentación

El artículo 12 de la Ley 26659 determina que “el Poder Ejecutivo nacional dictará la reglamentación de la presente ley en un plazo máximo de SESENTA (60) días desde su publicación en el Boletín Oficial”. El cumplimiento de tal deber, conforme con el artículo 99, inciso 2 de la Constitución Nacional, se realizó mediante las resoluciones de la Secretaría de Energía de la Nación 74/2020 (modificatoria de la Disposición 337/2019 de la Subsecretaría de Hidrocarburos) y 385/2021 (abrogatoria de la Resolución 29/2010 de la Secretaría de Energía de la Nación). El decreto reglamentario de la máxima autoridad del Poder Ejecutivo de la Nación aún no ha sido emitido.

Cabe preguntarse si la actual reglamentación es suficiente. Al respecto, debe expresarse que, por ejemplo, el Poder Ejecutivo Nacional no ha reglamentado el registro del artículo 4 en el cual se ordena incardinar a las personas inhabilitadas (sin perjuicio de los respectivos registros provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires). Existen aspectos a reglamentar como la posibilidad de solicitar

la exclusión del registro o el cambio de persona jurídica bajo las mismas personas físicas para eludir sanciones. Tampoco está reglamentado el modo de realizar la nómina de empresas sancionadas que dispone el artículo 6. Según información brindada por la Secretaría de Energía de la Nación, esta nómina es confeccionada en conjunto entre esa repartición de la Secretaría de Malvinas, Antártida y Política Oceánica, dependiente del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto.

Acerca de la obligatoriedad de reglamentar las leyes de la nación Nolzco (2022) expresa que

en nuestro diseño constitucional de separación de poderes con frenos y contrapesos, la falta de reglamentación de un mandato expreso del legislador deriva en inconstitucionalidad por omisión, donde el Poder Judicial no solo tiene la potestad, sino también el deber controlar dicha omisión. (p. 827)

En el caso particular no se trataría de ausencia de reglamentación, sino de reglamentación insuficiente. Si la insuficiencia de reglamentación obsta al eficaz cumplimiento del objeto de la norma, sería posible considerar esa falencia como defecto de inconstitucionalidad.

Aunque la solicitud de información realizada ante la Secretaría de Energía (marzo de 2024) fue respondida rápidamente y se brindó toda la información solicitada, es notorio el faltante de medios de información de acceso abierto, tal como un sitio web o una sección de biblioteca de consulta pública. Este paso en la publicidad de la información generada a partir de la Ley 26659 posibilitaría la aplicación de los principios de transparencia y máxima divulgación, de máximo acceso y de apertura contenidos en la Ley 27275 (Ley de acceso a la información pública). La sola publicación en el Boletín Oficial de la Nación no satisface los principios de la ley mencionada.

La recuperación de la soberanía efectiva de la República Argentina sobre los archipiélagos del Atlántico Sur es una construcción colectiva que precisa de acción ciudadana comprometida y responsable. De ahí deriva la importancia de acceder a la información pública del caso. Como señalan Pérez et al. (2019),

el acceso a la información pública brinda (...) la posibilidad de contar con elementos suficientes para ejercer el necesario control sobre los actos de gobierno y participar activamente de los procesos de toma de decisiones, proteger el ejercicio de otros Derechos y prevenir abusos por parte del Estado como la corrupción y el autoritarismo. (p. 13)

Finalmente, puede agregarse, siguiendo a Bidart Campos (2001), que “conforme a la jurisprudencia de la Corte las normas reglamentarias, si bien subordinadas a la ley, la completan regulando los detalles indispensables para asegurar no solo su cumplimiento, sino también los fines que se propuso el legislador” (p. 242). Aparece entonces como imprescindible reglamentar estos aspectos de la ley que permitan cumplir eficazmente su objeto.

10.1 Resolución 70/2020

La Resolución 70/2020 se fundó en la necesidad de adaptar los requisitos para el Registro de Empresas Petroleras a las exigencias de la Ley 26659, según se consigna en el considerando séptimo. Además, en que

la Disposición N° 337/19 de la ex Subsecretaría de Hidrocarburos y Combustibles contempla condiciones más restrictivas que las previstas en la Ley N° 26.659 en cuanto imposibilita la inscripción o sanciona a aquellas empresas cuya vinculación o participación con el desarrollo de actividades hidrocarburíferas en las referidas condiciones de ilegalidad, no sólo sea actual, sino que también alcanza a las que se hayan concretado en el pasado. (Considerando sexto)

Así, la resolución modificó las condiciones para el Registro de Empresas Petroleras, sección Productoras, contenidas en el Anexo I, artículo 18.1 y 18.2 de la Disposición 337/2019, del siguiente modo:

18.1. Se prohíbe la inscripción en el Registro de Empresas Petroleras, Sección Productoras, de aquellas empresas que, en forma directa o indirecta, fueran titulares, accionistas o contratistas de, o mantengan una relación de beneficio con:

- a) Empresas que desarrollen actividades de exploración, explotación o transporte de hidrocarburos en la Plataforma Continental Argentina, sin haber obtenido la autorización correspondiente emitida por autoridad competente argentina.
- b) Empresas que presten servicios hidrocarburíferos a las indicadas en el inciso anterior.

Las empresas que, al momento de solicitar su inscripción en el citado registro, hubieran mantenido en el pasado algún tipo de vínculo o participación en dichas actividades o servicios hidrocarburíferos, en los términos que se describen en el presente Punto 18.1, deberán informar de manera fehaciente a la Autoridad de Aplicación, con carácter de declaración jurada, sobre la inexistencia actual de tales vínculos y su voluntad irrevocable de sujetarse a las previsiones de la presente disposición.

La Autoridad de Aplicación podrá requerir al interesado la información y do-

cumentación complementaria que estimara necesaria a fin de corroborar dicha situación, como asimismo recabar toda aquella que pudiera obrar en otros organismos o entidades, a los mismos fines.

18.2. Se prohíbe a las empresas titulares de permisos de exploración o concesiones de explotación o de transporte de hidrocarburos, otorgados por autoridad competente argentina, sus empresas controlantes, controladas y sus accionistas, así como aquellas con las que mantengan una relación de beneficio:

a) Tener participación directa o indirecta en actividades de exploración, explotación o transporte de hidrocarburos en la Plataforma Continental Argentina que no hayan sido autorizadas por autoridad competente argentina, o en empresas que presten servicios hidrocarburíferos en beneficio de dichas actividades.

b) Prestar apoyo comercial, logístico o técnico a empresas que realicen las actividades o que presten los servicios a que se refiere el inciso anterior.

c) Contratar, efectuar transacciones o actos de comercio u operaciones económicas, financieras, logísticas, técnicas, de consultoría y/o asesoría, con terceros, para el desarrollo de actividades de exploración, explotación o transporte de hidrocarburos en la Plataforma Continental Argentina que no hayan sido autorizadas por la autoridad competente argentina.

En el caso que se verifique el incumplimiento de lo dispuesto el presente Punto 18.2, y sin perjuicio de las demás acciones administrativas y judiciales que correspondan, la Autoridad de Aplicación promoverá ante la Autoridad Concedente, la caducidad de los permisos y concesiones de que se trate, de conformidad con lo que dispone la última parte del Artículo 3º de la Ley Nº 26.659 y su modificatoria.

10.2 Resolución 385/2021

La Resolución 385/2021 reglamenta las condiciones para el ingreso al Registro Nacional de Empresas Transportistas de Hidrocarburos Líquidos por Ductos a través de Terminales Marítimas, creado mediante el Decreto 5906/1967. Fue motivada en la necesidad de obtener información acerca de la conformación accionaria de las empresas, sus controlantes y controladas a fin de conocer y vigilar la existencia de personas jurídicas inhabilitadas por la autoridad competente para la realización de actividades hidrocarburíferas en la Plataforma Continental argentina (considerando séptimo).

Para lograrlo, el artículo 5, inciso b) establece que las empresas inscriptas en el registro deberán acreditar a modo de declaración jurada el cumplimiento de las normas prohibitivas de la Ley 26659, según el formulario del Anexo II.

11. La Ley 26659 en el marco del Mercosur

La Cuestión de las islas Malvinas es un tema presente en el ámbito del Mercosur. Por ello, corresponde analizar la incidencia del bloque mercosureño en la aplicación de la norma en análisis. El bloque regional ha brindado apoyo político expreso al logro de la plena integridad territorial argentina y a la solución del diferendo de soberanía por medios pacíficos. Se ha estudiado si las prácticas realizadas en el Mercosur en relación con el conflicto de Malvinas también son parte del derecho interno de las relaciones exteriores del Mercosur, es decir, la estructura jurídica creada para encarar las relaciones exteriores de derecho con la comunidad internacional, según la definición de Roldan Barbero (2020 p. 301).

El conflicto de soberanía ha determinado la creación de prácticas internas del Mercosur en su relación con los demás sujetos del derecho internacional, en busca de una solución pacífica al conflicto de soberanía respetando los intereses de la población isleña y la integridad territorial argentina. Tales prácticas se han manifestado, por ejemplo, en la XLII Reunión del Consejo del Mercado Común y Cumbre de Presidentes del Mercosur, (Montevideo, Uruguay, 2011) y en la reunión del 21 de diciembre de 2015 de jefes de Estado del Mercosur en ocasión de operaciones ilegales de exploración y explotación de hidrocarburos en la Plataforma Continental Argentina, en la que manifestaron la reafirmación del Comunicado Especial sobre explotación hidrocarburífera de la Cumbre de la Unidad de América Latina y el Caribe (Cancún, México, 2010), ratificando el derecho de la República Argentina a imponer sanciones penales y administrativas. También se reafirmó el compromiso de impedir el arribo de buques con bandera ilegal de islas Malvinas a puertos del bloque.

Si se considera que tales prácticas han derivado en normativa comunitaria, dejaría expedita la competencia al Parlamento del Mercosur, a los Estados parte, sus Superiores Tribunales de Justicia y Tribunales Inferiores para solicitar opinión consultiva al Tribunal Permanente de Revisión. Así, la Decisión 02/2007, artículo 4º, inciso “c” (Reglamento del Procedimiento para la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de revisión por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados parte del Mercosur, modificado por las Decisiones 15/2010 y 07/2020) establece que la solicitud de opiniones consultivas debe contener la “indicación precisa de la normativa Mercosur en cuestión”. Pero, además, el artículo dispone otro requisito esencial:

Las opiniones consultivas solicitadas se referirán exclusivamente a la interpretación jurídica del Tratado de Asunción, del Protocolo de Ouro Preto, de los

protocolos y acuerdos celebrados en el ámbito del Tratado de Asunción, de las Decisiones del CMC, de las Resoluciones de GMC y de las Directivas del CCM.

Se debe determinar entonces si la práctica comunitaria de reafirmación de los derechos soberanos de Argentina —por ejemplo, la Declaración de Potrero de los Funes (25 de junio de 1996) o la Declaración de Asunción (15 de junio de 1999), por las cuales los Estados parte del Mercosur manifestaron su apoyo expreso a los derechos argentinos sobre las islas australes— pueden ser consideradas “acuerdos celebrados en el ámbito del Tratado de Asunción”.

Es deseable una norma expresa de derecho derivado del Mercosur, como ser un protocolo adicional al Tratado de Asunción, con similar contenido a los objetivos de la Ley 26675 o, más precisamente, a la Disposición Transitoria Primera de la Constitución Nacional argentina, a fin de despejar toda duda acerca de la aplicación de la Decisión CMC 02/2007 en relación a la Cuestión de las islas Malvinas. Para ello, Argentina debería ofrecerse como un socio confiable tanto para fortalecer las relaciones comerciales como para profundizar el proceso de integración, temática que excede el presente trabajo.

En relación con la Decisión 06/2022 del Consejo del Mercado Común (Reglamento del Procedimiento para la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión por el Parlamento del Mercosur), pueden hacerse similares consideraciones. El artículo 2° de la norma determina similares requisitos a los establecidos en el artículo 4° de la Decisión CMC 02/2007, agregándose que la petición necesariamente deberá estar vinculada a los temas de competencia del Parlamento del Mercosur. Igualmente, la Acordada 13/2008 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Reglas para el trámite interno previo a la remisión de las solicitudes de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur) impone idénticos requisitos en los artículos 1° y 2°.

Resulta clara la aplicación del Protocolo de Las Leñas sobre cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa entre los Estados Parte del Mercosur y los Estados asociados, aprobado por la Ley 24578. Mediante exhortos regulados por los artículos 1°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8° y siguientes, sería posible solicitar cooperación en relación con las medidas no penales realizadas en ejecución de la Ley 26659. La asistencia jurisdiccional, regulada por el Protocolo, se extiende a los procedimientos administrativos en los que se admitan recursos ante los tribunales (artículo 1°).

12. El “Comunicado Conjunto Foradori-Duncan” entre la República Argentina y el Reino Unido de Gran Bretaña

El 13 de septiembre de 2016, la Cancillería argentina publicó mediante la Información para la prensa N° 304/16 el llamado “Comunicado Conjunto Foradori-Duncan” por el funcionario de la Cancillería argentina, Carlos Foradori, y el del Foreign Office británico, Allan Duncan. Su intención fue llevar adelante una serie de medidas bilaterales entre nuestro país y el Reino Unido de Gran Bretaña relacionadas con inversiones, cooperación económica y política, intercambio cultural y cooperación humanitaria, entre otras.

En lo que importa a la comprensión de la Ley 26659, mediante el Comunicado Conjunto

se acordó adoptar las medidas apropiadas para remover todos los obstáculos que limitan el crecimiento económico y el desarrollo sustentable de las islas Malvinas, incluyendo comercio, pesca, navegación e “hidrocarburos”. Ambas Partes enfatizaron los beneficios de la cooperación y de un compromiso positivo de todos los involucrados.

Los obstáculos a los que refiere el Comunicado Conjunto son, entre otros, los de orden legal que, como la Ley 26659, imponen sanciones a empresas que operan ilegítimamente, es decir, sin autorización del Gobierno argentino en la Plataforma Continental Argentina.

Pese a que este acuerdo bilateral no tuvo entrada en el Congreso de la Nación según el trámite constitucional de rigor y que es este el procedimiento deseable por su mayor compatibilidad con el sistema democrático y el paradigma del Estado de derecho, no debe descartarse su naturaleza de tratado internacional, nacido mediante un trámite simplificado. De ahí que el Gobierno argentino discernió la necesidad de comunicar formalmente su intención a la contraparte de darlo por finalizado en fecha 2 de marzo de 2023. Su naturaleza de tratado se deriva del artículo 2, inciso 1, a) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Ello incorpora el problema de su jerarquía: según el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, los tratados y los Concordatos con la Santa Sede tienen jerarquía superior a las leyes.

Las intenciones manifestadas por las partes en el Comunicado Conjunto implicaban en los hechos incumplir la Ley 26659. Según informó el sitio web notitdf.com.ar (2022),

lo firmado por Foradori en 2016 y refrendado por la entonces canciller Susana Malcorra, y el propio Macri implicaba en los hechos la derogación de las leyes argentinas que aplicaban sanciones (económicas) a las empresas que actúan ilegalmente en Malvinas autorizadas por el gobierno británico en las actividades hidrocarburíferas y pesqueras.

Acerca de la constitucionalidad del Comunicado Conjunto, se debe destacar que la Ley 26659 encuentra su base jurídica en la Disposición Transitoria Primera de la Constitución Nacional, es decir, una norma que establece un principio de derecho público constitucional, en el sentido del artículo 27 de la Constitución.

13. Algunas características de la ley

Se puede decir que la Ley 26659:

- pertenece al subsistema de normas que conforman el régimen de exploración y explotación de hidrocarburos;
- es una ley de orden público;
- su objeto es la defensa de la soberanía argentina sobre las islas Malvinas, Georgias del Sur (San Pedro) y Sándwich del Sur y la protección de los recursos naturales hidrocarburíferos presentes en la Plataforma Continental Argentina;
- entre las condiciones de exploración y explotación de la ley no figuran las de tipo ambiental;
- su reglamentación, aún insuficiente, no ha derivado directamente del Poder Ejecutivo Nacional sino de sus Secretarías.

14. Conclusiones

La Ley 26659 es un importante instrumento jurídico para la reafirmación de la soberanía argentina en la Plataforma Continental Argentina.

La norma se ha aplicado efectivamente, imponiendo sanciones administrativas, con niveles altos desde su sanción hasta el año 2015, con un solo caso registrado en 2022.

Las sanciones administrativas y los tipos penales tienen por finalidad tanto la protección de los recursos hidrocarburíferos como la reafirmación y defensa de la soberanía argentina sobre los territorios marítimos e insulares en disputa.

La norma incluye condiciones referidas a la protección ambiental, las cuales

deben buscarse en el sistema de leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental y los tratados de protección ambiental en los que la nación Argentina sea parte.

La incidencia de la norma en el ámbito Mercosur es de interpretación restrictiva hasta que el bloque dicte una norma de derecho derivado con un contenido similar, como por ejemplo una decisión del Consejo del Mercado Común o un protocolo anexo al Tratado de Asunción.

Bibliografía

- Berardi, L. y Cherini, O. (2021). Malvinas: un caso relevante para el análisis de los hidrocarburos y la cuestión ambiental. *Nueva Serie Documentos de Trabajo*, (24). <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/15892>
- Bidart Campos, G. (2001). *Manual de la Constitución Reformada* (Tomo III). EDIAR.
- Borda, G. (1999). *Manual de Derecho Civil. Parte General*. Abeledo Perrot.
- Borinsky, M. H., Galván, J. P., López Biscayart, J., Turano, P. N. (2012). *Régimen Penal Tributario y Previsional. Ley 24.769 con las reformas de la ley 26.735*. Rubinzal-Culzoni.
- Cassagne, J. C. (2006). *Derecho Administrativo* (8ª ed., Tomo II). Abeledo Perrot.
- Comadira, J. C. (2007). *El Acto Administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*. La Ley.
- Díaz, M. V. (2008). *Política Ambiental en Argentina. Un acercamiento a su génesis y devenir en las últimas tres décadas*. Editorial Fundación Universidad Nacional de San Juan.
- El acuerdo Foradori-Duncan solo reflejó el "interés británico" por Malvinas*. (29 de abril de 2022). Notitdf. <https://www.notitdf.com/el-acuerdo-foradori-duncan-solo-reflejo-el-interes-britanico-por-malvinas/>.
- Empresas de EE.UU. celebraron el fallo de la Corte a favor de la exploración offshore en Mar del Plata*. (3 de noviembre de 2023). El Cronista. <https://www.cronista.com/economia-politica/exploracion-petrolera-en-mar-del-plata-la-corte-rechazo-planteos-de-ambientalistas-y-avalo-los-trabajos-offshore/>.
- Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. (2016). *Información para la Prensa N° 304/16*.
- Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. (s.f.). *Mercosur*. <https://ealem.cancilleria.gob.ar/es/node/3695#:~:text=El%2025%20de%20junio%20de,-Sur%20y%20los%20espacios%20mar%C3%ADtimos>.
- Nolazco, M. (2022). Inconstitucionalidad por omisión reglamentaria. Análisis del fallo de la Corte Suprema en Etcheverry y propuesta de ley sobre la reglamentación de las leyes. *Revista Jurídica Austral*, 3(2), 819-846. <https://doi.org/10.26422/RJA.2022.0302.nol>.
- Novoa, M. y Novoa, M. (1998). *Manual de Derecho Minero*. Abeledo Perrot.

- Pérez, A., Schreiber, B. y Araujo, M. F. (2019). *Ley de Acceso a la Información Pública: ley 27.275*. Eudeba.
- Roldan Barbero, J. (2020). Derecho Español de las Relaciones Exteriores: un tertium genus? *Revista Española de Derecho Internacional*, 72(2).
- Sánchez, A. (1996). *El sumario administrativo en la Provincia de San Juan*. Editorial Fundación Universidad Nacional de San Juan.
- Siano, J. M. (2016). ¿Es el artículo 23 de la ley 27.007 una norma de presupuestos mínimos de protección ambiental de acuerdo al artículo 41 de la Constitución Nacional? *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería*, (10), 1-29.
- Tito, V. (2023). *Novedades alentadoras en el Off Shore Argentino*. Abogados.com.ar. https://abogados.com.ar/novedades-alentadoras-en-el-off-shore-argentino/31982#_ftn4.
- Tobias, J. (2018). *Tratado de Derecho Civil. Parte General* (Tomo I). La Ley.
- Torré, A. (1965). *Introducción al Derecho*. Editorial Perrot.

AUMENTOS DE LA MEDICINA PREPAGA SOBRE EL COLECTIVO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD: UNA LECTURA DESDE LAS FINANCIAS PÚBLICAS Y EL DERECHO TRIBUTARIO ARGENTINO

Ludmila Viar

Universidad Católica Argentina

ludmilaviar@gmail.com

Resumen

El Decreto 70/2023 ha traído en materia de acceso a la salud privada una serie de conflictos vinculados con la razonabilidad de los aumentos de las cuotas mensuales que abonan los adherentes voluntarios. La consecuencia inmediata ha sido una inagotable cantidad de recursos de amparo que se han presentado, especialmente de amparistas con discapacidad, para frenar el aumento de las cuotas.

Sin embargo, en las resoluciones interlocutorias no firmes que hacen lugar a la pretensión de limitar los aumentos de las cuotas del plan de salud existe una carencia argumentativa específica que se concentra en la cuestión de las finanzas públicas. Como contracara de ello, existe además un defecto en el Decreto 70/2023 vinculado con un tributo encubierto que se coloca sobre las prepagas para financiar el Fondo Solidario de Redistribución, pero omite que esta carga es trasladada al adherente voluntario de la prepaga.

Este trabajo se concentra en describir de manera objetiva la situación jurídica del Decreto 70/2023 frente a los aumentos de los planes de salud y en relación con el sistema de normas vigentes con incidencia directa en la cuestión. De esta forma, se invita al lector a sacar sus conclusiones con una visión que se coloca desde el punto de vista de los adherentes voluntarios, especialmente de los que tienen algún tipo de discapacidad, y también desde los recursos públicos con los que cuentan estas empresas de medicina privada. Estas conclusiones se plasman con los parámetros convencionales de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que cuenta con un aspecto que impacta sobre lo económico-patrimonial.

Palabras clave: sistema de salud, prepagas, financiamiento público, Decreto 70/2023, principio de igualdad tributaria.

Increase of Health Insurance on People with Disability: A Reading from the Point of View of Public Finances and Tax Law

Abstract

Decree 70/2023 has brought a series of conflicts related to access to private healthcare based on the unreasonable increases in monthly fees paid by the clients. The immediate consequence has been an inexhaustible amount of cases of *amparo* for constitutional protection that have been filed, especially from people with disabilities, in order to stop the increases in the fees.

However, in the non-final interlocutory resolutions allowing the claim to limit increases in health plan contributions, there is a specific argumentative deficiency that focuses on the issue of public finances. Surprisingly, this rationale has a flaw based on Decree No. 70/2023 itself, since it has created a hidden tax that charges the healthcare companies to finance the Solidarity Redistribution Fund. These companies are transferring the tax burden directly to their clients. This article focuses on objectively describing the legal situation of Decree No. 70/2023 regarding increases in health plans and the legislative system directly applicable to this issue. Thus, the reader is invited to draw their conclusions with a vision that is placed from the point of view of the clients, especially those who have some type of disability, and also from the public financial resources that benefit private medicine companies. These conclusions are studied with the lens of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, which specially includes an economic aspect relevant to this topic.

Key words: health system, health insurance, public financing, Decree No. 70/2023, principle of equitable taxation.

1. Introducción

El trabajo que se desarrolla a continuación tiene como objetivo identificar las consecuencias jurídicas del Decreto 70/2023 en el ámbito de las finanzas públicas y el derecho tributario respecto de la problemática social que esto ha acarreado.

Para ello, se aborda, desde el aspecto normativo, la constitución del plan de financiamiento del sistema de salud, específicamente de las empresas de medicina prepaga en relación con el Fondo Solidario de Redistribución.¹

En segundo lugar, se analiza la cuestión específica respecto a la aplicación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, la CDPD), a la luz de las resoluciones interlocutorias no firmes que se encuentran publicadas a la fecha en el sitio web del Ministerio Público de la

1 También me referiré a este indistintamente como “fondo solidario”.

Defensa.² Esto, con el objetivo de interrelacionar la cuestión financiera y económica, cuya fuente deviene de la propia ley y que demanda una interpretación armónica conjunta con la CDPD para resolver el problema del acceso a la salud prepaga, sin olvidar también el posicionamiento de estas empresas frente a la ley y a la realidad jurídica.

Por último, se elabora una conclusión que tiene en miras el principio de razonabilidad o proporcionalidad jurídica para solucionar la aparente colisión de derechos dentro del marco de un debate social, en donde el pensamiento actual está intentando redirigirse al liberalismo, en una acepción más bien conservadora de dicha filosofía política, pero que repercute normativamente en el tema que se investiga. Aunque la mirada de quien escribe siempre esta apalancada en las normas y especialmente en su interpretación, primero literal y luego teleológica de acuerdo con lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente *Saguir y Dib*.³

2. Financiamiento de las entidades de medicina prepaga a partir del Decreto 70/2023. Incidencia desde el punto de vista de las finanzas públicas y el derecho tributario

Al abordar este tema, resulta necesario examinar el mecanismo de financiamiento de las obras sociales que se encuentra establecido en la Ley 23661. Esto resulta relevante, ya que, si bien el art., 5 inc. a dice que esta ley se aplica a los beneficiarios de la Ley de obras sociales, es decir la Ley 23660, a través del art. 270 del Decreto 70/2023 se incorporó a la medicina prepaga bajo este concepto. De modo que, a la fecha, las empresas de salud de medicina prepaga se ven beneficiadas con el Fondo de Redistribución Solidaria.

Previo a ingresar al análisis de la cuestión, cabe señalar que las prepagas fueron incluidas dentro de la Ley 23660 y, por lo tanto, de la Ley 23661. Por el contrario, en materia estrictamente tributaria, no han sido equiparadas. Por ello, las obras sociales se encuentran exentas, así como sus beneficiarios “obligatorios”,⁴ del pago del Impuesto al Valor Agregado (IVA); no así las prepagas y

2 Ver en: <https://repositorio.mpd.gov.ar/jspui/handle/123456789/2>.

3 Fallos: 302:1284.

4 Coloco este término entre comillas, ya que el Decreto 70/2023 amplía la libertad de derivación de aportes a los distintos entes de salud. No obstante, en materia tributaria únicamente se encuentran exentos del pago de IVA en el art. 7 ap. h inc. 7, los afiliados directos o los matriculados, estos últimos para el caso de las cajas profesionales.

sus adherentes, que continúan grabados al 10,5% previsto en art. 28, inc. i de la ley de IVA.⁵ Esta misma tesitura se aplica en el caso de los adherentes voluntarios a las obras sociales.

Regresando al Fondo Solidario de Redistribución y a la incorporación de las prepagas como sus beneficiarias, el Decreto 70/2023 incorporó en el art. 19 bis de la Ley 23660 la obligación de aquellas de abonar el 20% de los recursos que perciben —y que no provengan de aportes y contribuciones de los trabajadores y empleadores— a dicho Fondo. De modo que esto, *prima facie*, afecta de manera directa a las prepagas y a las empresas mixtas. No obstante, el art. 23 de la Ley 26682 no fue derogado por el Decreto 70/2023, el que actualmente dice:

Planes de Adhesión y Fondo Solidario de Redistribución. Por los planes de adhesión voluntaria o planes superadores o complementarios por mayores servicios que comercialicen los Agentes del Seguro de Salud no se realizarán aportes al Fondo Solidario de Redistribución ni se recibirán reintegros ni otro tipo de aportes por parte de la Administración de Programas Especiales.

De modo que habría un pago del 20% si se armonizara la lectura de ambas normas. En tal caso, habría una observación sobre la técnica legislativa que podría acarrear conflictos de interpretación, los cuales redundarían en una afectación en los montos objeto de financiamiento y, al mismo tiempo, el traslado al precio que abonan los clientes de las prepagas.

En relación con lo expuesto hasta aquí, la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, con gran claridad, explicó cómo funciona el sistema de salud en Argentina.

El sistema de salud de la República Argentina está compuesto por tres subsistemas: el subsistema público, que presta atención gratuita a toda persona que lo demande, en general personas sin seguridad social ni capacidad de pago, el mismo se financia con recursos fiscales y posee prestadores estatales. Luego se encuentra el subsistema de seguro social obligatorio que se organiza en torno a las obras sociales, cubre a los trabajadores asalariados y sus familias, aquí la afiliación es compulsiva, y se financia con aportes y contribuciones de los empleados, empleadores y el fondo solidario de redistribución. Por último, tenemos el subsistema privado que distingue dos grandes sectores, el de empresas de medicina Prepaga, seguros de salud, y la atención prestada por médicos particulares e individualmente; la afiliación en este subsistema es voluntaria por cada afiliado. Vale destacar que muchas empresas de medicina Prepaga han comenzado a prestar

5 Ley 23349 (BO 25/08/1986) y modificaciones. Texto ordenado por Decreto 280/1997 y modificaciones.

servicios a obras sociales porque éstas tienen organizado el servicio propio de la prestación, y las obras sociales la población cautiva. **En este complejo sistema debemos añadir las denominadas empresas mixtas, en la que se encuentra OSDE que funciona como obra social y también como Prepaga por ofrecer planes de cobertura superadores y poseer afiliados de adhesión voluntaria.** En este caso, cuenta con todas las prerrogativas que tienen las obras sociales (no pagar IVA, no pagar impuesto a las ganancias, contar con los recuperos del fondo solidario, etc.) percibiendo un doble financiamiento de aportes de los trabajadores y empleadores (como integrante del subsistema del seguro social) y aportes privados como integrante del subsistema privado.⁶

Para abonar a esta explicación, en el año 2017 se publicó en el Boletín Oficial un acuerdo que hizo el Ministerio de Salud y la empresa Obra Social de Ejecutivos y del Personal de Dirección de Empresas (OSDE) por un reclamo respecto de los aportes que aquella debió ingresar al Fondo Solidario de Redistribución. La Resolución 1641-E/2017 del Ministerio de Salud relata en sus consideraciones que, desde el año 1998, existe un juicio iniciado por la Superintendencia de Servicios de Salud contra OSDE, cuyo objeto era el “cobro de aportes”. El número del expediente es el 36.667/98 y tramita en el Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social Nº 5.

El reclamo de la Superintendencia era el pago del 15% que establece el art. 22, inc. a de la Ley 23661, aún vigente. Específicamente, la Resolución del Ministerio de Salud dice que el reclamo se concreta en:

(...) la suma que resulte en concepto de aportes y contribuciones, con más sus recargos e intereses, adeudados por el porcentaje de las cuotas correspondientes a los **afiliados voluntarios** —y dentro de éstos los **adherentes u optativos**— con destino al Fondo Solidario de Redistribución.⁷

Cabe aclarar que no se refiere al derecho de la libre elección dentro de las obras sociales nacionales, sino a quienes voluntariamente contratan el servicio de OSDE. Esto fue especificado en la Resolución del EX -INOS Nº 490/90. Allí se detalla que para que una obra social pueda recibir afiliados adherentes voluntarios que son los no afiliados directos, la obra social debe presentar un programa para su incorporación, lo que además debe ser aprobado por la Su-

6 Suprema Corte de la Provincia de Mendoza; *EN J° 627/52729 M. A. F. y otros. c/Organización de Servicios Directos Empresarios s/daños y perjuicios p/ recurso extraordinario provincial*; 26-dic-2018; MJ-JU-M-116956-AR | MJJ116956 | MJJ116956. El destacado me pertenece.

7 El destacado me pertenece.

perintendencia. Ahora bien, esta resolución —en el art. 4, inc. B— determina que por aquellos se debe abonar el aporte establecido en el art. 22, inc. a de la Ley 23661. Desde el punto de vista técnico y conceptual, ya no se habla de aportes y contribuciones, sino de pago de cuota.

En este punto, hago un breve paréntesis para señalar otro impacto impositivo que tiene aquella Resolución EX -INOS N° 490/90 y que se vinculará más adelante con la fijación de aportes al Fondo Solidario. Existe un planteo constitucional que simplemente mencionaré y no profundizaré para evitar desviar el objeto central de este trabajo. El art. 22, inc. a específicamente habla de aportes y contribuciones, no menciona la palabra “cuota”. Esto es importante, ya que esta contribución, como veremos más adelante, y así literalmente tomado el concepto, aborda una terminología que proviene del ámbito del derecho tributario.⁸ Las contribuciones son un tipo de tributo en la clasificación impositiva, por lo tanto, la base imponible de esta contribución son los aportes y contribuciones que surgen de manera literal de la Ley 23661 y bajo el amparo del principio de legalidad o reserva de ley previsto en los arts. 4, 17 y 75 de la Constitución Nacional.⁹ Por eso, una resolución inferior, como la Resolución EX -INOS N° 490/90, emitida por un organismo dentro de la órbita del Poder Ejecutivo, no puede ampliar esa base imponible, pues ello implicaría una violación del principio mencionado y una intervención de aquél en una función que no posee y que pertenece a la esfera constitucional del Poder Legislativo.

Ahora bien, de la Resolución 1641-E/2017 del Ministerio de Salud surge que finalmente OSDE acuerda integrar un monto a la Superintendencia a fin de finalizar el proceso judicial en trámite, lo que es aceptado y homologado por el Ministerio de Salud. Esos fondos se asignan específicamente a un Fideicomiso de administración: “Asignense los fondos a percibirse en el marco del ofrecimiento de pago aceptado mediante el artículo 1° de la presente, al FIDELCOMISO DE ADMINISTRACIÓN dispuesto por el artículo 4° del Decreto N° 908/2016”. Este Decreto ordenó la afectación por única vez de una suma acumulada en aquel momento del Fondo Solidario de Redistribución a la Cobertura Universal de Salud (CUS). La forma de administrarla fue a través de un fideicomiso de administración, así detallado en el mismo decreto:

ARTÍCULO 6° – Dispónese la afectación, por única vez, de los recursos del FONDO SOLIDARIO DE REDISTRIBUCIÓN la suma de PESOS CUATRO

8 Ver García Vizcaino (2020).

9 Ver Fallos: 321:1888 y Fallos: 312:912.

MIL QUINIENTOS MILLONES (\$ 4.500.000.000) con destino a la conformación del FONDO DE EMERGENCIA Y ASISTENCIA de los agentes del seguro de salud descriptos en el artículo 1° de la Ley Nº 23.660 y sus modificatorios. Este Fondo, que deberá ser depositado en el BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA en una cuenta a nombre de la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD, será de inmediata y permanente disposición de la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD, organismo descentralizado en la órbita del MINISTERIO DE SALUD. Los fondos serán destinados a los objetivos y finalidades indicados en el ANEXO II del presente Decreto. ARTÍCULO 7° – Dispónese que por el saldo remanente, que a la fecha indicada en el artículo 1° del presente asciende a la suma de PESOS CATORCE MIL DOSCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS TRECE MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y CINCO CON NOVENTA Y SEIS CENTAVOS (\$ 14.267.913.875,96), se deberán suscribir a valor de mercado “BONOS DE LA NACIÓN ARGENTINA EN PESOS 2020”, a cuyos fines se faculta al Órgano Responsable de la Coordinación de los Sistemas que integran la Administración Financiera del Sector Público Nacional a emitir con cargo al presente decreto los títulos correspondientes. Dichos bonos permanecerán hasta su total amortización en custodia del BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA, en una cuenta a nombre de la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD.

La finalidad del CUS fue fortalecer el financiamiento de la salud pública,¹⁰ por lo que también existe una libre disponibilidad, incluso mediante decreto, de los fondos públicos que se acumularon.

Como contrapartida de esta situación tributaria, el Decreto 70/2023 derogó el art. 25, inc. a de la Ley 26682, de modo que se desfinanció lo que era el Ministerio de Salud. Aquel artículo establecía una matrícula que debían abonar las prepagas. Esto obedece seguramente a que el 18 de febrero de 2020, en Fallos: 343:86, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, siguiendo el dictamen de la Procuración, confirmó la sentencia de primera y segunda instancia que declaraba la inconstitucionalidad de este artículo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en Fallos: 343:86, consideró que, bajo el principio del realismo jurídico, dicha “matrícula” —así denominada por la norma en cuestión— en verdad era una tasa. Además, la alícuota fijada se establecía a través de la Resolución 1769/14 de la Superintendencia de Servicios de Salud, por lo que existía una flagrante violación al principio de legalidad y reserva de ley en materia tributaria.

En lo que interesa a dicho principio, el Procurador menciona que

10 Ver Ministerio de Salud. Presidencia de la Nación. (s.f.).

(...) la Corte ha señalado que ese valladar inmueble que supone el principio de reserva de ley en materia tributaria tampoco cede en caso de que se actúe mediante el mecanismo de delegación legislativa previsto por el art. 76 de la Constitución. Así, ese tribunal sostuvo que `no pueden caber dudas en cuanto a que los aspectos sustanciales del derecho tributario no tienen cabida en las materias respecto de las cuales la Constitución Nacional (art. 76), autoriza, como excepción y bajo determinadas condiciones, la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo.¹¹

Ahora bien, siguiendo la resolución de este caso y la posterior derogación de este tributo encubierto, se puede afirmar que estamos frente a un problema de similares características en la imposición del aporte del 20% que deben efectuar las prepagas al Fondo.

Si se parte de la base de que el art. 99, inc. 3 de la CN prohíbe expresamente que se trate materia tributaria en un decreto de necesidad y urgencia (DNU) y considerando lo resuelto por la Corte en Fallos: 343:86, se puede afirmar que podría existir una inconstitucionalidad en puertas sobre el aporte del 20% a las prepagas. Aporte que, por otro lado, como se dijo, se traslada al costo del plan de salud, por lo que el contribuyente de hecho termina siendo quien contrata el servicio de la medicina prepaga. Ahora bien, sin el aporte del 20% por parte de las prepagas al Fondo Solidario, también se produciría una serie de consecuencias que, por lo menos, violarían el principio de igualdad.

La primera, es la diferencia de trato y gravamen entre las prepagas y las obras sociales, ya que las primeras no aportarían al Fondo, mientras que las segundas sí. Sin embargo, las prepagas se beneficiarían de este aporte y una serie de contribuyentes cautivos deberían sostener las prestaciones de discapacidad o de alta complejidad de otro grupo de personas.

Por otra parte, en materia de IVA, ya se señaló que existe un tratamiento diferenciado a la hora de eximir a las obras sociales y sus afiliados directos y gravar a las prepagas con una alícuota reducida del 10,5%, lo que fue incluso confirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Famyl*.¹² Asimismo, nótese que para el caso de trabajadores autónomos se exige un porcentaje menor de aporte al Fondo, que es del 10% del componente social; así lo ordena la Ley 24977, art. 39, inc. b. Sin embargo, esto tampoco ha sido objeto de inconstitucionalidad en lo que podría interesar al principio de igualdad.

En este contexto, es importante recordar la doctrina de la Corte Suprema

11 Fallos: 326:4251.

12 Fallos: 323:2256.

de Justicia de la Nación sobre el principio de igualdad tributaria. Desde aquella construcción de precedentes, se puede afirmar que pueden existir distintas alícuotas por contribuyente, siempre y cuando esto tenga un fundamento de razonabilidad y exista proporcionalidad en la medida. La Corte lo expresa en estos términos en el caso *Suárez, Mariano H. F s/sucesión*,¹³

La regla no prescribe, añade más adelante, una rígida igualdad, y entrega a la discreción y sabiduría de los gobiernos una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación, pero a su vez el mero hecho de la clasificación no es bastante por sí solo para declarar que una ley no ha violado la garantía del art. 16, es indispensable, además demostrar que aquella se ha basado en alguna diferencia razonable y no en una selección puramente arbitraria. (Considerando 3º del voto de la mayoría)

De modo que la objeción más fuerte a la fecha es el trámite formal constitucional y el debate de fondo, sustancial, respecto al tipo de alícuota, su traslación al precio y la manutención del gravamen del 10,5% del IVA en el caso de las prepagas.

Como consecuencia de lo mencionado en el párrafo anterior, y a los fines de colocar y observar todas las piezas de este rompecabezas, no resulta menor considerar que, además, el art. 22 de la Ley 23661, cuando enlista los recursos que componen el Fondo Solidaria, no se restringe únicamente a las contribuciones que provienen de los entes de salud, sino también a los aportes que se determinan en el Presupuesto General de la Nación. Por lo tanto, dicho Fondo incluso cuenta con aportes de todo el universo de los argentinos, cuando específicamente el art. 23, inc. h de la Ley 23661 dice: “Los aportes que se establezcan en el Presupuesto General de la Nación, según lo indicado en los incisos b) y c) del artículo 21 de la presente ley; (...)”.

De este modo, existe un grueso aporte al Fondo Solidario que financia las prestaciones de las obras sociales y de las prepagas, e incluso ha llegado a financiar y sostener a la salud pública en el marco del CUS. En este último supuesto, de este Fondo Solidario se ha constituido una caja que ha permitido financiar a la salud pública.

Ahora bien, como ya mencioné, el Fondo Solidario financia y cubre económicamente prestaciones por discapacidad y de alta complejidad. El art. 2 del a Ley 23661 ya establece desde el inicio que

13 Fallos: 176:339 del 14/12/1936.

El seguro tendrá como objetivo fundamental proveer el otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación en base a un criterio de justicia distributiva (...).

Asimismo, la Resolución 887-E/2017 ha determinado el sistema de pago y reintegro a los entes de salud que se benefician del Fondo. En este sentido, cabe señalar que existe una demora en el reintegro de estos pagos que se concentran en coberturas de salud de personas con discapacidad y en prestaciones de salud de alto costo. La resolución habilita el ingreso de facturas de hasta tres periodos:

A tal efecto, en este servicio se habilitará una carpeta identificada por año/mes, que se corresponderá con el período de cobertura hasta el que se podrá informar la facturación recibida. Asimismo, en el archivo que se incorpore en la carpeta vigente se podrá incluir facturación de período de cobertura de hasta TRES (3) meses anteriores.

Por eso, si bien puede existir una demora en el pago —que implica un desfinanciamiento menor en función del contexto económico actual—, lo cierto también es que de la cuenta Discapacidad deben abonarse directamente al prestador los fondos transferidos por la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP). Sin embargo, existe la posibilidad de reintegro por otra vía cuando es debidamente justificado. Este sería el caso en el que la obra social o prepaga debe depositar o transferir fondos a la cuenta Discapacidad para poder transferirle al prestador, que podría ser, por ejemplo, un dispositivo geriátrico o el pago de una cirugía o tratamiento. Luego, esto es informado al organismo, quien hace la devolución de los fondos. Este sistema de burocracia busca tener un control de los fondos que se destinan a cubrir y financiar estos gastos.

Hasta aquí se ha expuesto el funcionamiento del sistema de financiamiento de las prepagas en función del Fondo Solidario y desde las leyes y normas que reglamentan su implementación.

Resulta interesante que las sumas que el Fondo ha reintegrado pueden ser visualizadas a través de la página de argentina.gob.ar.¹⁴ Es importante señalar que estos reintegros pueden abarcar el 100% de las prestaciones que debe brin-

14 https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2019/04/2024_serie_sur_0.pdf

dar, incluso la prepaga. Un ejemplo de aquello se observa en el caso de una internación en hogar geriátrico que resulte inferior o igual al valor de referencia del nomenclador previsto por la Resolución 428/99. Además, de la Resolución 887-E/2017 surge:

Por otra parte, los importes tope de referencia se obtendrán de multiplicar el valor unitario vigente al momento de la prestación (según normativa vigente aplicada por la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD) por la cantidad informada, más el adicional por dependencia del 35% si se informó y si correspondiere la prestación, más el 20% por zona desfavorable si se indicó la provincia.

El escollo que se podría encontrar en este punto es la falta de actualización o que esta no sea adecuada al contexto inflacionario de los parámetros que establece la Resolución 428/99. Sin embargo, hasta el momento, las actualizaciones han respetado la inflación informada por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC), lo que quedó plasmado en la Resolución Conjunta del Ministerio de Salud y la Agencia Nacional de Discapacidad N° 1/2024 y en la subsiguiente resolución para el mes de marzo 2024.

En este contexto, otro hecho relevante que ha devenido es la resolución interlocutoria no firme dictada en *Superintendencia de Servicios de Salud c/OSDE y otros s/Amparo*.¹⁵ Aquí existe un factor de política económica sobre defensa de la competencia en relación con la sanción de la cartelización. Pues inicialmente existiría una connivencia en los aumentos pactados por ciertas prepagas. En este contexto, el juez interviniente hizo suyos los argumentos sostenidos por el órgano del Poder Ejecutivo y, además, los utilizó para fundar la verosimilitud del derecho del caso. Así, el secretario de Industria y Comercio consideró

(...) Que, si bien los servicios en cuestión son relativamente homogéneos, estos no serían fácilmente sustituibles para una parte significativa de los usuarios, en particular para los adultos mayores, o aquellos con enfermedades preexistentes, que no cuentan con la posibilidad de contratar a otra empresa o solo podrían hacerlo pagando un precio muy elevado (...) En relación a la conducta denunciada que dio origen al presente, cabe remarcar que los acuerdos de precios constituyen una de las conductas más graves de la normativa de defensa de la competencia. (...) En caso de comprobarse, el daño sufrido por el consumidor no podrá ser reparado por las empresas investigadas. En este sentido, no sólo

15 Juzgado Civil y Comercial Federal N° 3, Secretaría N° 6, *Superintendencia de Servicios de Salud c/OSDE y otros s/Amparo*, (Expte. N° 9610/2024).

existe una posible transferencia de recursos entre clientes y empresas de medicina Prepaga, sino que existen clientes que dejarán de serlo por el aumento de los precios. Estos casos, perderán tratamientos, atención especializada y demás prestaciones por el posible acuerdo investigado (...) el peligro en la demora se vería configurado por el riesgo inminente a que la prolongación en el tiempo de tal conducta, devenga en la imposibilidad por parte de la población usuaria de servicios de medicina Prepaga de mantener dicho servicio ante los aumentos sucedidos, y la imposibilidad de acceder a un servicio sustituto, encontrándose en juego la preservación de la salud y la vida de las personas, ambos derechos de raigambre constitucional. (...).¹⁶

Hasta aquí se ha descrito el panorama y los pormenores que existen respecto a la realidad jurídica y económica de las prepagas y empresas mixtas con el Fondo Solidario y las incidencias económicas y financieras que repercuten sobre estas empresas.

En el próximo apartado, se abordará la cuestión de manera específica sobre el colectivo de las personas con discapacidad, de modo que lo expuesto ayude al lector a trasladar lo investigado a este grupo de carácter vulnerable, así determinado técnicamente para el derecho constitucional y convencional.

3. Incidencia de dentro del colectivo de personas con discapacidad en función de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Como correlato de lo desarrollado en el apartado anterior, se puede evidenciar un importante impacto en el colectivo de las personas con discapacidad. En este punto, aclaro que dentro de este universo se encuentran las plurivulnerabilidades reconocidas convencional y constitucionalmente por Argentina. De modo que, al hacer referencia a dicho colectivo, también se incluye la interseccionalidad con vejez y niñez, cuyas convenciones específicas son la Convención Interamericana para la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (Ley 27360, BO 31/05/2017, y la Ley 27700, BO 09/11/2022) y la Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 23849, BO 27/10/1990)

Esta primera apreciación sirve para simplemente señalar que Argentina reconoce la vulnerabilidad de estos grupos y, en consecuencia, brinda una tutela particular por la asimetría de posición que ellos pudieran llegar a padecer al toparse con ciertas barreras que demanden de la aplicación de las convenciones citadas.

16 Ver el desarrollo de los considerandos.

En este sentido, la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que

los discapacitados, a más de la especial atención que merecen de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda, siendo que la consideración primordial del interés del incapaz, viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento de estos casos.¹⁷

A esto debe sumarse también el hecho de que el encuadre de estas cuestiones que involucran a los derechos humanos debe realizarse de manera precisa y no con referencias genéricas a los instrumentos de derecho internacional. De lo contrario, se carecería de cualquier técnica y argumentación jurídica adecuada. Un claro ejemplo de correcto y elaborado encuadre jurídico fue el caso *González Victorica*,¹⁸ en donde remite al Dictamen de la Procuración que hace un análisis íntegro de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y señala el articulado aplicable al caso concreto respecto del acceso a la libre circulación a través de franquicias impositivas para la compra de un automotor. Por lo tanto, este tipo de cuestiones deben ser tratadas con el rigor científico que merece el asunto, sin caer en generalidades estériles.

Por ello, si bien al momento de realizar este trabajo no contamos con sentencias firmes respecto de los numerosos recursos de amparo que se han iniciado contra el Decreto 70/2023, específicamente por lo que los peticionantes han considerado un aumento irrazonable en los precios de las prepagas, sí se pueden estudiar algunos aspectos y argumentos de estas resoluciones interlocutorias cautelares que se han publicado en la página del Ministerio de la Defensa.

Si se toma el universo de casos allí plasmado, se puede advertir que si bien existen algunas acciones colectivas que han buscado concentrar estos reclamos, como en el caso *MFI c. OSDE (Causa N° 1461)*¹⁹ y *Brauchli c. Sociedad Italiana (Causa N° 94)*²⁰ han requerido que quienes suscriban de manera expresa la adhesión a ese proceso cumplan con las características que requiere dicho expediente para considerarse un legitimado activo en esos términos.

En síntesis, se exige algún tipo de vulnerabilidad y la acreditación de los

17 *Lifschitz, Graciela Beatriz y otros c/Estado Nacional*, Fallos: 327:2413.

18 Fallos: 341:1625.

19 Con trámite en el Juzgado Federal de Concepción del Uruguay N° 2.

20 Con trámite en el Juzgado Federal en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo de San

ingresos —por ejemplo, haberes jubilatorios— o bien el salario familiar para el caso de niños con discapacidad. En un trabajo realizado para las Jornadas sobre Discapacidad en la Universidad de Buenos Aires 2024, que con motivo del paro del 9 de mayo no pudieron llevarse a cabo, analicé de manera específica y en un cuadro de doble entrada los expedientes completos a los que se puede acceder a través del sistema público del PJN y publicados en la página del Ministerio Público de la Defensa.

Una de las falencias más importantes fue que, en los inicios de las acciones, se peticiona en su mayoría la inconstitucionalidad del Decreto 70/2023, que al menos en esta materia no resulta *per se* inconstitucional, ya que respeta el art. 99, inc. 3 de la CN y, a la fecha, no cuenta con el rechazo de ambas cámaras del Congreso Nacional. Por eso, y como el pedido de inconstitucionalidad es la última ratio del sistema, se requiere de un pedido específico en los artículos que efectivamente vulneran garantías constitucionales y convencionales en el caso concreto. Recordemos que las leyes inicialmente se rigen por el principio de generalidad.

Esto mismo no ocurre en el caso del aporte del 20% de las prepagas al Fondo Solidario, ya señalado más arriba, puesto que aquello sí es materia prohibida según el art. 99, inc. 3 de la CN por pertenecer al ámbito tributario. Por más que no lleve el mote de tributo, el realismo jurídico asentado en Fallos: 343:86 reconoce la naturaleza de dicha imposición. Hago la salvedad de que esto no excluye a empresas mixtas como OSDE, que previo a este decreto de todas formas tenían la obligación de aportar al Fondo, como se explicó más arriba.

En segundo lugar, ninguna de las resoluciones publicadas ha declarado de manera expresa la inconstitucionalidad del decreto, sino que, por el contrario, han buscado evadir el tema o lo han dejado supeditado al caso *Wilson*. A fin de no citar absolutamente todos los fallos a los que el lector puede acceder en el enlace referido del Ministerio Público de la Defensa,²¹ especialmente en su Boletín de Jurisprudencia de marzo 2024 de la Escuela de la Defensa Pública, en el caso que inició la Superintendencia de Servicio de Salud, el juez interviniente dijo en la resolución cautelar no firme que ordena retrotraer los aumentos para el universo de afiliados sin distinción de vulnerabilidades:

De este modo, cabe aclarar que en atención a los fundamentos que a continuación serán desarrollados, en la decisión cautelar que aquí se toma, en modo alguno implica expedirse sobre los planteos de inconstitucionalidad efectuados

Martín N° 2.

21 Ver nota al pie 2.

en las múltiples causas judiciales en trámite ante los juzgados actualmente a mi cargo, cuyo eventual análisis queda vinculado a la tramitación particular de cada una de ellas. Ello así, máxime si se considera que los hechos y fundamentos jurídicos son diversos y absolutamente independientes.

Más adelante, hace referencia al caso N° 19506/2023 *Wilson, Eduardo Santiago c/Estado nacional s/Amparo*, que persigue justamente la inconstitucionalidad en materia de salud sobre el Decreto 70/2023, pero que a la fecha no ha sido resuelto.

En tercer lugar, ninguna de estas resoluciones interlocutorias ha plasmado o señalado el argumento financiero y económico que se desarrolló en el apartado anterior.

Esto no resulta menor, ya que por algún motivo difícil de desentrañar, el total de los jueces federales ha decidido no tocar este punto, salvo el caso iniciado por la Superintendencia de Servicios de Salud, en donde la justicia remite a los argumentos sostenidos por la Defensa de la Competencia. Sin embargo, cuando se ingresa a la cuestión de vulnerabilidad —especialmente discapacidad—, este paso resulta obligatorio, ya que quienes se benefician específicamente del Fondo Solidario es este colectivo.

La constitución de este Fondo Solidario de ayuda deja fuera cualquier teoría de libre mercado sobre las prepagas, ya que efectivamente hace que cuenten con un rescate, una cobertura, cuando sus afiliados poseen el certificado de discapacidad. Dicha cobertura, además, se financia con el aporte de todos, ya que cualquier incremento en este sentido de hecho se traslada al contribuyente. Si bien el Decreto 70/2023 derogó la posibilidad de la revisión de los costos, esto no excluye que los jueces, para efectuar una valoración probatoria, pudieran pedir como una medida de mejora proveer una auditoría, incluso con intervención de la Superintendencia (esta función se conservó en el art. 15 de la Ley 23660, modificado por el Decreto 70/2023), a pesar de que dicha carga recaerá sobre ella, generando seguramente un impacto presupuestario en su partida. Así, se podrían evaluar y estudiar elementos centrales para la toma de decisiones fundadas, por ejemplo, en cuántos beneficiarios efectivamente padecen algún tipo de discapacidad, cuáles son las sumas reintegradas por el Fondo y cuánto es lo efectivamente abonado por ese concepto de lo percibido por las prepagas en el cobro del universo de afiliados totales.

Otro punto central es el fundamento o argumento de derecho. En primer lugar, y como ya se señaló al inicio de este apartado, Argentina asumió un compromiso en la eliminación de barreras, la aplicación de ajustes razonables y el acceso al mejor nivel de salud posible a un precio asequible (art. 25). De allí

surge de manera específica y literal la obligación convencional y constitucional que tienen los tres poderes del Estado, e incluso los privados que viven en el Estado argentino, para que se garantice el acceso a la salud a un precio razonable. Dice el art. 25 mencionado:

Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud. En particular, los Estados Partes: a) Proporcionarán a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y programas de salud pública dirigidos a la población; (...).

Para el caso de niños con discapacidad o adultos mayores que dependen de sus hijos, por ejemplo, es importante recordar que el Preámbulo de aquella especialmente extiende su tutela a las familias de las personas con discapacidad:

x) Convencidos de que la familia es la unidad colectiva natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a recibir protección de ésta y del Estado, y de que las personas con discapacidad y sus familiares deben recibir la protección y la asistencia necesarias para que las familias puedan contribuir a que las personas con discapacidad gocen de sus derechos plenamente y en igualdad de condiciones (...)

Por eso, se esté o no de acuerdo, parezca o no injusto, la Convención imparte una regla de derecho que no requiere más interpretación que su propia literalidad.

De los fallos publicados por el Ministerio Público de la Defensa, solo se encuentra en el caso *RNS c. Galeno s/Amparo Ley 16.986*,²² que tramitó en el Juzgado Federal de Primera Instancia de Junín una resolución interlocutoria cautelar que explícitamente aplicó los arts. 25 y 26 de la CDPD para resolver en sentido favorable a los amparistas.

El estudio de todo el sistema normativo vigente, sus consecuencias y la aplicación de la Convención son elementos que debieran estar previstos en las resoluciones judiciales para poder hacer un análisis más completo del panorama actual.

Hasta aquí se advierte que no queda duda de que existe una norma clara —como

22 Expte. N° 1192/2024.

el art. 25 de la CDPD— para garantizar la accesibilidad económica al mejor nivel de salud posible. Ahora bien, esta regla requiere de un análisis de otros supuestos como, por ejemplo, la capacidad económica del amparista con discapacidad, la necesidad probatoria de sus ingresos. Como contrapartida de ello, también debería estar la misma exigencia del otro lado, sobre todo cuando existe una relación asimétrica entre el consumidor con discapacidad y la prepaga que presta el servicio.

Consecuentemente con lo señalado en el párrafo anterior, se encuentra la cuestión de la protección del colectivo en una medida razonable contra el alegado derecho de libre comercio y propiedad de las prepagas. Sin embargo, quedó señalado que el sistema financiero y económico, para el caso de la discapacidad, constituye un resguardo económico en el Fondo Solidario.

4. Conclusión

De lo expuesto hasta aquí se puede concluir que, efectivamente, el colectivo de las personas con discapacidad y sus familias cuentan con una especial protección de índole económica en lo que interesa al acceso a la salud. Esto se plasma en el art. 25 de la CDPD.

Específicamente, este dice: “Prohibirán la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida cuando éstos estén permitidos en la legislación nacional, y velarán por que esos seguros se presten de manera justa y razonable; (...)”. Mientras que, por otro lado, se desprende de este mismo artículo la aplicación del principio de razonabilidad que, a su vez, también encuentra sustento en los arts. 28 y 33 de la CN. Por lo tanto, esta tutela requiere de una delimitación razonable en función de todo el contexto de relevancia jurídica que hace a la cuestión.

Como consecuencia de lo sostenido en el párrafo anterior, se requiere también un estudio de los ingresos y costos de las prepagas, ya que, como se desarrolló más arriba, no cuentan con un mercado de libre competencia sin intervención del Estado, por el contrario, cuentan con el Fondo Solidario de Redistribución. Así es que surgen algunas preguntas sobre la cantidad de afiliados con discapacidad, cuántos de ellos hacen uso de las prestaciones, el total de prestaciones reintegradas por el Fondo Solidario, el total de afiliados que no usan de manera asidua el servicio de salud, entre otros. Estas preguntas podrían ser contestadas por una pericia contable y económica sobre el estado de cuentas y flujo de fondos de estos entes de salud. Estos parámetros cognoscibles permitirían abordar de manera más completa el fondo de la cuestión.

Lo anterior también nos exige señalar, para evitar un análisis sesgado, que la imposición del 20% es un gravamen y que su materia está prohibida en los términos del art 99, inc. 3 de la CN. Sin embargo, como ocurrió con el caso OSDE, la mayoría de estas empresas son mixtas y, por lo tanto, de manera inevitable terminan beneficiándose del uso de este Fondo Solidario, aunque aquello no exime a la norma del control que ejerce el principio de legalidad tributaria. Aquí se advierte una contradicción o desorden normativo bien claro que no aparece solo con el Decreto 70/2023, sino que también inicia con el caso *Superintendencia de Salud c/OSDE* y la avenencia de un acuerdo en 2017, por lo que esto proviene de larga data.

Todos estos puntos permiten afirmar que se requiere de una elaboración un poco más acabada en materia judicial sobre la cuestión, puesto que existen una serie de circunstancias de índole económica y financiera que exigen otro tipo de elaboración argumental. Sobre todo, cuando del otro lado, las categorías de protección de vulnerabilidad deben ser determinadas y razonables. Esto resulta central cuando se encuentra en juego el derecho a la accesibilidad a la salud en un contexto de exaltación social y sobre un grupo de indudable vulnerabilidad. El fondo del proceso de amparo es el momento oportuno para que el mismo juzgado de primera instancia, como director y ordenador del proceso, solicite la producción de esta prueba informativa y pericial dentro de las facultades que tiene sobre las medidas de mejor proveer.

Por último, se advierte que la masividad de casos provoca un agotamiento de los recursos judiciales, expectantes de una resolución del tribunal superior que podría apaciguar el tema. La posibilidad de elección de la jurisdicción, ya que existen procesos colectivos con atracción de fueros voluntarios, y la divergencia de criterios judiciales en las resoluciones de los casos individuales devienen, de manera inevitable, en una situación de recargo del sistema judicial. Esto provoca menos tiempo para dedicarle al análisis más profundo y objetivo de la cuestión, como el propuesto en este artículo, y, en consecuencia, se advierte una inseguridad jurídica reflejada en la diferencia de criterio judicial a la hora de dictar la solución del caso. Sin embargo, para hacer un buen uso de la aplicación del principio de razonabilidad referida, resulta imperante, previo a su aplicación, que el juez se inmiscuya en el aspecto económico y financiero del asunto con una perspectiva puesta en la CDPD.

Bibliografía

- Corti, H. (2019). La Políticas Fiscal en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Presupuesto Público, Tributos y los Máximos Recursos Disponibles. *Revista Institucional de la Defensa Pública*, (17), 227 a 229.
- Escuela de la Defensa Pública. (marzo de 2024). *Boletín de Jurisprudencia*. <https://repositorio.mpd.gov.ar/jspui/handle/123456789/2>.
- García Vizcaino, C. (2020). *Manual de Derecho Tributario*. Abeledo Perrot.
- Ministerio de Salud. (s.f.). *Cobertura Universal de Salud. Plan de Implementación 2017-2019*. Presidencia de la Nación. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/la_rioja_-_anexo_i_presentacion_cus_ministro.pdf.
- O'Donnel, A. (2021). Comentario al fallo 'González Victorica'. La interpretación de beneficios tributarios a la luz de los tratados internacionales de Derechos Humanos. *Revista Constitución Financiera*, (3), 15-24.
- Superintendencia de Servicios de Salud. (s.f.). *Transferencia por Sistema Único de Reintegros*. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2019/04/2024_serie_sur_0.pdf.
- Urresti, P. E. y Gamberg, G. (2024). Mecanismos tributarios para la tutela de las personas con discapacidad. *Revista Debates de Derecho Tributario y Financiero, Principios de Derechos Humanos y Política Fiscal*, (10), 198-232.
- Viar, L. A. (2024). Implicancias en las finanzas públicas y el derecho tributario del decreto 70/2023 sobre el derecho a la salud en grupos vulnerables. *Revista Debates de Derecho Tributario y Financiero, Principios de Derechos Humanos y Política Fiscal*, (10), 233/249.

Legislación citada

- Resolución 428/99, Ministerio de Salud y Acción Social, BO 24/04/2000.
- Resolución 887-E/2017, Superintendencia de Servicios de Salud, BO 27/10/2017.
- Resolución 1641-E/2017, Ministerio de Salud, BO 03/10/2017.
- Resolución 1769/14, Superintendencia de Servicios de Salud, BO 07/12/2015.
- Resolución del EX-INOS Nº 490/90, Instituto Nacional de Obras Sociales, BO 14/09/1990.

Jurisprudencia citada

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Famyl S.A. c/Estado Nacional s/Acción de Amparo*. Fallos: 323:2256, 29/08/2000.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Lifschitz, Graciela Beatriz y otros c/Estado Nacional*. Fallos: 327:2413, 15/06/2004.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Swiss Medical S.A. c/EN - SSS s/amparo ley 16.986*. Fallos: 343:86, 18/02/2020.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Suárez, Mariano H. F s/sucesión*. Fallos: 176:339, 14/12/1936.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Saguir y Dib*. Fallos: 302:1284, 1980.
- Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, EN J° 627/52729 M. A. F. y otros. *c/Organización de Servicios Directos Empresarios s/daños y perjuicios p/recurso extraordinario provincial*; 26-dic-2018; MJJU-M-116956-AR | MJJ116956 | MJJ116956.

Juzgado Civil y Comercial Federal N° 3, Secretaría N° 6, *Superintendencia de Servicios de Salud c/ OSDE y otros s/Amparo*, Expte. N° 9610/2024 (resolución interlocutoria no firme).

Juzgado Federal de Primera Instancia de Junín, RNS c. *Galeno s/Amparo Ley 16.986*, Expte. N° 1192/2024 (resolución interlocutoria no firme).

Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social N° 5, *Superintendencia de Servicios de Salud c/la Obra Social de Ejecutivos y del Personal de Dirección de Empresas s/cobro de aportes*, N° Expediente 36.667/98.

Juzgado Nacional Civil y Comercial Federal N° 3, *Wilson, Eduardo Santiago c/Estado nacional s/Amparo*, Expte. N° 19506/2023 (expediente en trámite).

SOBRE LOS AUTORES

Manuel Alderete

Abogado (2016) y magister en Derecho Administrativo con diploma de honor y tesis distinguida por la Universidad Austral (2018). Profesor de Derecho Administrativo en grado y posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Jefe de Gabinete en la Procuración del Tesoro de la Nación (2018-2019) y actualmente abogado senior en el estudio Saravia Frías Abogados.

Correo electrónico: salderete@ius.austral.edu.ar

Libia Arenal Lora

Licenciada en Derecho (Universidad Complutense de Madrid). Magister Universitario en Desarrollo y Cooperación (Universidad Complutense de Madrid). Diploma de Estudios Avanzados (Universidad Pablo de Olavide). Doctora en Derecho (Derecho Internacional Público, Universidad de Sevilla). Directora de la Fundación para la Cooperación APY-Solidaridad (Sevilla, España). Profesora asociada de Derecho Internacional Público (Universidad de Sevilla).

Correo electrónico: marenal@us.es

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7218-414X>

Alberto B. Bianchi

Abogado (UCA). Doctor en Derecho (UBA) con tesis recomendada al Premio Facultad. Miembro titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Miembro titular de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires. Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires (1991). Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (2012). Premio Konex en el área Derecho Constitucional (2016). Profesor de Derecho Constitucional Profundizado (Universidad Austral), (UCA). Autor de 19 libros y más de 400 artículos sobre temas de derecho administrativo y derecho constitucional.

Correo electrónico: ab@bqcv.com.ar

Eduardo Andrés Calderón Marengo

Licenciado en Derecho (Universidad Centroamericana, UCA). Especialista en Derecho Económico. Máster en Derecho de los Negocios Internacionales (Universidad Iberoamericana de la Ciudad de México). Doctor en Derecho (UCA y Universidad Externado de Colombia mediante el programa de cotutela). Investigación posdoctoral en la Universidad Pública de Navarra (España). Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas, Políticas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia (CIFAD). Docente y tutor de trabajos de investigación de la Maestría en Derecho de la Universidad de Guadalajara. Docente del Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Americana (Nicaragua) y docente de las materias de Derecho Mercantil y Comercio Electrónico de la Universidad Americana (Nicaragua). Coordinador del programa de cotutela de Doctorado en Derecho de la Universidad Americana y la Universidad Pública de Navarra. Evaluador de artículos científicos de revistas indizadas. Miembro del comité editorial de la *Revista Vox Juris* (Universidad San Martín de Porres, Perú) y de la *Revista Aportes al Derecho* (Universidad de Flores, Argentina). Codirector y editor de la *Revista de Científica de Estudios Sociales* (Universidad Americana). Investigador junior del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación - SNCTeI de Colombia. Coordinador general de la Red Iberoamericana Interdisciplinaria de Investigadores e Investigadoras. Nodo Socio Jurídico. Autor y colaborador de diversas publicaciones.

Correo electrónico: <mailto:heduardo.calderon@campusucc.edu.co>%09

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7840-6495>

Wilfredo Concha Camacho

Abogado (Universidad Andina del Cusco). Magister en Filosofía Política y Ética (Universidad Adolfo Ibáñez). Docente a tiempo completo de la Facultad de Derecho (Universidad San Ignacio de Loyola).

Correo electrónico: wilfredo.concha@usil.pe
ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-2446-7454>

Sofía Díaz Pucheta

Abogada-Procuradora (UNC). Especialista en Derecho Penal Económico (UBP). Doctoranda (UNC) y profesora experta en las materias Derecho Penal Económico y Derecho Penal parte general (Universidad Siglo 21). Adscripta en las materias Derecho Penal 1 y Derecho Penal 2 (UNC). Codirectora del proyecto de investigación “Nuevas formas del lavado de activos de origen delictivo” (Universidad Siglo 21). Poder Judicial de la provincia de Córdoba: desde julio de 2022 Prosecretaria Letrada Fiscalía de Instrucción en Violencia de Género y Familiar Nº 6; hasta junio de 2022: Escribiente Fiscalía de Instrucción en lo Penal Económico Nº 2.

Correo electrónico: sofidiazp@gmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-9291-8217>

Jimmy Enrique Garzón Solano

Ingeniero de Sistemas. Magíster en Gestión de TI especializado en redes de telecomunicaciones con altos conocimientos en aplicación de metodologías a proyectos y la seguridad de la información Profesor Universitario, imparte cursos bajo el modelo por competencias en asignaturas de gestión de proyectos y redes de telecomunicaciones, labores administrativas en la gestión de la investigación de la Facultad de Ingenierías y Representante de la red de Semilleros de Investigación REDCOLSI.

Correo electrónico: jimmy.garzon@campusucc.edu.co
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6937-5906>

Pasquale Gianniti

Es magistrado desde 1990. Ha sido juez del Tribunal Civil y Penal de diversas ciudades de Italia. Desde 2015 es Consigliere de la Corte Suprema di Cassazione, con sede en Roma. Es autor de diversas monografías y trabajos relacionados con su especialidad, además de director de obras colectivas. Correo electrónico: pasquale.gianniti@gmail.com

Sandra Guzmán

Abogada-Procuradora (UNC). Diplomada en Innovación Educativa (Universidad Siglo 21). Maestranda en Innovación Educativa (Universidad Siglo 21). Profesora titular de Derecho Penal Económico y Derecho Penal parte general (Universidad Siglo 21). Profesora experta en las materias Derecho Penal parte especial y Derecho Procesal penal. Directora del proyecto de investigación “Nuevas formas del lavado de activos de origen delictivo” (Universidad Siglo 21). Integrante de la Comisión académica de evaluación de los Trabajos Finales de Grado de la carrera de Abogacía (Universidad Siglo 21).

Correo electrónico: sandramguzman@outlook.com
ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-4527-8152>

Jerónimo Lau Alberdi

Abogado (Universidad Austral), LL.M. (Law Center, Georgetown University) y LL.M. en Derecho Constitucional (Universidad Austral). S.J.D. Candidate (School of Law, University of Virginia). Profesor de Derecho Constitucional (Universidad Austral). Correo electrónico: JLauAlberdi@austral.edu.ar

Franco Andrés Melchiori

Abogado por la Universidad Austral (Argentina), Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), Maestría en Teología Bíblica por la Universidad de Navarra (España). Profesor Asociado de la Universidad Austral en materias de Derecho Civil y materias de Derecho

Ambiental, tanto en grado como en posgrado. Profesor invitado de Posgrado la Universidad Mayor de San Andrés (La Paz, Bolivia). Investigador del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Austral. Autor y coautor de libros de Derecho Privado, de capítulos de libro en obras colectivas y de artículos de doctrina en revistas de Argentina, Chile, Colombia, Perú y Francia.

Correo electrónico: fmelchiori@austral.edu.ar

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0495-2514>

Lucas Gabriel Menéndez Conca

Graduado en Derecho (Universidad Nacional de Educación a Distancia, UNED). Máster universitario en Abogacía (Universidad de Zaragoza) y máster en Cumplimiento Normativo en Materia Penal (Universidad de Castilla-La Mancha). Doctorado en Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (Universidad de Zaragoza) (sobresaliente *cum laude*). Autor de diversos artículos científicos publicados en revistas indexadas de España y Colombia y de varios capítulos en obras colectivas. Participación como ponente y comunicante en un importante número de congresos y seminarios de ámbito nacional e internacional. Miembro de distintas asociaciones de investigación y docencia en derecho penal.

Correo electrónico: lucasmenendezconca@hotmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8562-1487>

Fermín Olcese

Ayudante de cátedra de Derecho Constitucional I (Facultad de Derecho de la Universidad Austral, cátedra del Prof. Alfonso Santiago). Miembro del Observatorio de Decretos sujetos a Control Legislativo (a cargo de los Profs. Alfonso Santiago, Santiago Castro Videla y Luis Vivacqua).

Correo electrónico: folcese@mail.austral.edu.ar

ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-2836-0865>

Mario Martín Pereira Garmendia

Graduado en Abogacía (Universitario de Punta del Este, Uruguay). Magíster en Derecho Penal (Universitat de Barcelona - Universitat Pompeu Fabra). Magíster en Criminología i Sociologia Jurídico-Penal (Universitat de Barcelona). Doctor en Derecho (Universitat Pompeu Fabra). Profesor contratado doctor, profesor ayudante doctor en la Facultad de Derecho y Relaciones Internacionales de la Universidad de Navarra.

Correo electrónico: mpereirag@unav.es

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7997-4697>

Gabriel Ravelo-Franco

Abogado y maestro en Derecho Penal con diploma de especialización en asesoría de tesis y con estudios en curso de doctorado en Derecho. Es profesor a tiempo completo en la línea de investigación en la Facultad de Derecho de la Universidad Continental, de la que también es integrante del Comité de Acreditación para la Calidad. Es investigador de la Red Interdisciplinaria Iberoamericana de Investigadores e Investigadoras Nodo Socio-Jurídico. Profesor de la Maestría en Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Técnica Particular de Loja (Ecuador). Ponente internacional en diversas universidades latinoamericanas. Forma parte del Comité Editorial de la *Revista Ius et Tribunalis*.

Correo electrónico: gravelo@continental.edu.pe

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0212-312X>

Tania del Socorro Rodríguez Palacios

Licenciada en Derecho con mención en Derecho Económico (Universidad Centroamericana (UCA), 2010). Graduada *Maxima Cum Laude*. Máster en Derecho de Empresas con especialización

en Asesoría Jurídica (UCA). Doctoranda en Derecho (UCA en cotutela con la Universidad Pública de Navarra). Abogada y notaria pública autorizada por la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua. Árbitro del Centro de Mediación Arbitraje (UAM). Directora General del Semillero Internacional de Investigación de la Red Iberoamericana de Investigadores e Investigadoras, Nodo Socio Jurídico. Correo electrónico: tania.rodriguez@uam.edu.ni
 ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1814-5497>

Luciano Ulises Ruhl

Abogado (Universidad de Concepción del Uruguay). Maestría en Magistratura y Derecho Judicial (Universidad Austral). Maestría en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales (Universidad Nacional de Tres de Febrero). Maestría en Derecho (LL.M.) (Universidad Austral). Secretario de la Cámara de Apelaciones - Sala del Trabajo, Poder Judicial de Entre Ríos (Argentina). Correo electrónico: lruhl@ius.austral.edu.ar
 ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4944-0026>

Carlos Sánchez Mas

Abogado (Universidad Nacional de San Juan). Diplomado en Derecho Ambiental (Universidad de Buenos Aires) y en Derecho de Aguas y Ecosistemas (Universidad Nacional del Nordeste). Experto en Aplicación del Derecho Internacional en perspectiva comparada (Universidad de Mendoza/ Universidad Autónoma de Madrid). Curso: Malvinas y Antártida (Universidad de Buenos Aires). Asesor del Colegio de Psicólogos de San Juan. Abogado independiente. Profesor Adscripto de la cátedra Derecho Internacional Público (2022-2023, Universidad Nacional de San Juan). Asesor del Ministerio de Educación de San Juan (2016-2018 y 2023, Gobierno de San Juan). Correo electrónico: carlossanchezmas@gmail.com
 ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5666-491X>

Gregorio José Urriburu

Abogado por la Pontificia Universidad Católica Argentina, graduado con medalla de oro (2017). Premio Corte Suprema de Justicia de la Nación (2018). Especialista en derecho penal (2020) y maestrando en Derecho Penal por la Universidad de Buenos Aires. Correo electrónico: gregoriourriburu@hotmail.com

Ludmila Viar

Abogada (Pontificia Universidad Católica Argentina, UCA). Máster en Derecho Financiero y Tributario (UCA). Carrera docente en Educación (Universidad de Buenos Aires, UBA). Doctora en Derecho Financiero y Tributario (UBA). Profesora por concurso de Finanzas Públicas y Derecho Tributario (UBA). Docente a cargo de Taller de escritura jurídica y uso de las fuentes (UCA). Conductora de Apoderados (UCA). Profesora adjunta del Taller de oratoria y de Análisis de Jurisprudencia (UCA). Correo electrónico: ludmilaviar@gmail.com

Ronald Vílchez Chinchayán

Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra (España). Máster en Derecho por la Universidad de Navarra (España). Abogado por la Universidad de Piura (UDEP). Fue becario del Banco Santander; del Servicio alemán de intercambio académico (DAAD) para realizar una estancia de investigación doctoral en Alemania en la Universidad de Bonn; de la Fundación Carolina para realizar una estancia de investigación posdoctoral en la Universidad de Navarra en 2021. Ha sido colaborador desde 2011 hasta el 2015 en el Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Navarra. Es profesor de grado, maestría y doctorado en la Universidad de Piura. Es autor de tres monografías y diversos artículos sobre derecho penal (de parte general y especial) publicados en revistas nacionales y extranjeras. Actualmente es director de departamento y profesor de Penal en UDEP.

Correo electrónico: ronald.vilchez@udep.edu.pe
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9468-6669>

Diego Alberto Zapata Gonzales

Licenciado en Relaciones Internacionales (Universidad San Ignacio de Loyola, USIL). Doctorando en Derecho (Universidad de Navarra, España). Máster en Derechos Humanos (UNAV). Fue director y profesor de la Carrera de Relaciones Internacionales en la USIL. Actualmente es gerente general del Investigation Center of International Relations (ICIR).

Correo electrónico: dzapata@alumni.unav.es
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4010-3488>

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.

Periodicidad y formato

La Revista Jurídica Austral se publica semestralmente (enero-junio/julio-diciembre) en formato electrónico y en soporte papel. En la primera modalidad, la entidad editora adhiere a la política de acceso abierto (open access), la cual permite descargar, distribuir, copiar e imprimir el material publicado sin ninguna restricción. De esta manera, se garantiza el acceso libre e irrestricto a la información sin ningún tipo de limitación o barrera económica, técnica o legal para todos los lectores, realizando una significativa contribución académica que se traduce en aportes concretos al conocimiento científico.

Las investigaciones, que deben ser originales e inéditas, se reciben en forma continua, sin perjuicio de las convocatorias puntuales que se realicen en los periodos que disponga el Consejo Editorial. En todos los casos, los interesados en remitir sus trabajos deberán ajustar o adaptar los manuscritos a las instrucciones y normas de redacción previstas para los autores.

La RJA se edita en español, por lo cual se recibirán artículos solo en este idioma.

Selección de los manuscritos

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.

El primer control se aplica al recibir el artículo, con una lectura realizada por miembros del Consejo Editorial y una primera verificación sobre otras publicaciones del (de los) autor(es), permitiendo detectar todas aquellas conductas inapropiadas o reprochables desde el punto de vista ético.

Asimismo, los manuscritos son revisados a través del software antiplagio Compilatio Magister+, el cual detecta similitudes en los textos, contenidos potencialmente plagiados una vez traducidos, textos generados por inteligencia artificial (ChatGPT, Gemini, YouChat) y reformulaciones o intentos de alterar el texto para que no se vea a simple vista.

Posteriormente, los árbitros revisores realizan controles particularizados, para lo cual la revista les suministra guías e indicaciones prácticas para revisar el artículo y detectar posibles plagios. En la etapa de corrección y edición de estilo se aplican controles adicionales sobre el artículo.

Si se envía una nueva versión de un artículo publicado anteriormente, el (los) autor(es) deberá(n)

dejar constancia en la primera nota al pie y la nueva versión deberá estar justificada (incluye novedades o recupera un artículo valioso, publicado en un idioma que no forma parte de los idiomas de la revista, u otra razón).

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.

Las reseñaciones 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 (<https://publicationethics.org/core-practices>), 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

Exención de responsabilidad

El contenido de los trabajos se le atribuye directamente al autor o remitente de los trabajos. La Universidad Austral o sus unidades académicas no se hacen responsables en ningún caso de la autenticidad, integridad y credibilidad de los artículos publicados.

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, RESEÑA, 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 y brinde un enlace a la licencia. 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.

Políticas de preservación digital

La entidad editora de la Revista Jurídica Austral (Universidad Austral) emplea diferentes políticas de preservación digital, con el propósito de asegurar el acceso continuo y permanente a los contenidos publicados tanto por parte de los lectores como de los autores. Una de esas políticas consiste en el uso de servidores propios mediante la utilización del Repositorio Institucional de la Universidad Austral, el cual tiene por objetivo fundamental garantizar la accesibilidad, legibilidad y preservación digital por tiempo indefinido de todas las obras que alberga. Para poder cumplir con esta misión, el autor le concede al repositorio la licencia de depósito. Dentro de las tareas regulares que se cumplen en el repositorio pueden mencionarse:

- * Backups periódicos en servidores externos.
- * Vigilancia y conversión de formatos de archivo.
- * Actualización del software que sustenta al repositorio.
- * Comprobaciones periódicas de la integridad de los archivos para asegurar que la obra no haya sufrido alteraciones.
- * Comprobaciones periódicas de la accesibilidad de la obra.
- * Inclusión de una URL persistente Handle.net para la identificación y localización inequívoca de la obra.

El aseguramiento de los contenidos se logra también mediante el empleo o utilización de metadatos que facilitan la gestión dentro del sistema de preservación, como así también el recurso a sistemas colaborativos independientes (LOCKSS).

Asimismo, la revista se archiva en Dialnet.

Directrices para autores

Los trabajos deberán ajustarse a las directrices que a continuación se detallan sin excepción. Aquellos que no se ajusten a las recomendaciones editoriales serán devueltos para su adecuación antes de ser considerados por el Consejo Editorial para su revisión.

Los originales deberán estar concluidos cuando se entreguen para publicar; no se podrán introducir modificaciones que no estén debidamente justificadas y autorizadas por el Consejo Editorial. Se recomienda a los autores la lectura y revisión crítica del texto, en particular su redacción, sintaxis y ortografía en nombres, siglas y datos bibliográficos.

Instrucciones generales

Se aceptan trabajos en versión electrónica en formato Microsoft Word (no se aceptarán archivos en formato PDF).

Los artículos deben ser originales e inéditos y escritos en español. Deberán enviarse sin consignar el nombre o la firma del autor o autores, anonimizando el manuscrito de modo tal que se preserve su identidad en todo el proceso de revisión.

Asimismo, deberán adjuntarse los datos personales del autor o autores, pertenencia institucional, un breve curriculum que no exceda las diez líneas, dirección de correo electrónico y perfil ORCID.

Los trabajos se recibirán por medio del sistema Open Journal System, al cual se accede a través de este portal. El envío debe contener todos los requisitos que solicita el sistema.

Para asegurar la integridad de las evaluaciones anónimas por pares de los envíos, se hará todo lo posible para impedir que los autores conozcan la identidad de los revisores y viceversa. Para ello, se deben comprobar que se han seguido los siguientes pasos relacionados con el texto y con las propiedades del archivo:

* Los autores del documento han borrado sus nombres del texto y han evitado autorreferenciarse.

* En el caso de los documentos de Microsoft Office, también deberá quitarse la identificación del autor de las propiedades del archivo haciendo clic en las opciones que se indican a continuación. Empezar con Archivo en el menú principal de la aplicación de Microsoft: Archivo > Guardar como > Herramientas (u Opciones en Mac) > Seguridad > Eliminar información personal de las propiedades del archivo al guardar > Guardar.

Artículos

Se publicarán artículos de investigación originales e inéditos, de todas las ramas del derecho, nacional y comparado, los cuales deben ofrecer aportes significativos al desarrollo de las distintas disciplinas jurídicas, proporcionando criterios de análisis e interpretación del derecho que resulten válidos y útiles para los lectores. Se aceptarán trabajos solo en español.

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. Se aceptarán trabajos solo en español.

Deberán incluir un resumen en español de entre 100 y 200 palabras y de 4 a 8 palabras clave, todo tanto en español como en inglés.

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. Se aceptarán trabajos solo en español.

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>.
 - Apellido, N. (año). Título del artículo. *Nombre de la revista, volumen*(número), número de las páginas xx-xx. <https://www.url.com>.
 - * Trabajos sin identificación del autor
 - Título del trabajo*. (año). Fuente.
 - * Artículo en periódico
 - Apellido, N. (día, mes, año). Título del artículo. *Nombre del periódico*, número de página.
 - Apellido, N. (día, mes, año). Título del artículo. *Nombre del periódico*. <https://www.url.com>.
 - * Artículo en periódico sin identificación del autor
 - Título del artículo*. (día, mes, año). Nombre del periódico, número de página.
 - Título del artículo*. (día, mes, año). Nombre del periódico. <https://www.url.com>.
 - * Diccionarios o enciclopedias
 - Apellido Autor o Editor, N. (Ed., cuando es editor). (Año). *Nombre del diccionario o enciclopedia* (xx ed., Vol. xx). Ciudad: Editorial.
 - * Tesis y doctorados
 - Apellido, N. (año). *Título de la tesis* (Tesis de pregrado, maestría o doctoral). Nombre de la institución, Ciudad.
 - Apellido, N. (año). *Título de la tesis* (Tesis de pregrado, maestría o doctoral). Nombre de la institución, Ciudad. <https://www.url.com>.
 - * Referencia a páginas webs
 - Apellido, N. (s.f.). *Nombre de la página*. <https://www.url.com>.
 - Apellido, N. (s.f.). *Título del artículo*. Nombre de la página. <https://www.url.com>.
 - Nombre de la página o institución. (s.f.). *Título del artículo*. <https://www.url.com>.
 - * Ponencias y conferencias
 - Apellido, N. (año). *Título de la ponencia o conferencia*. Nombre de las jornadas o simposio donde se presentó. Ciudad, País, fecha.
 - * Informes de instituciones
 - Nombre completo de la institución. (año). *Título del informe*. Editorial.
 - Nombre completo de la institución. (año). *Título del informe*. <https://www.url.com>.

Citas de legislación y jurisprudencia

Las referencias a la legislación y jurisprudencia citadas se colocarán en nota al pie (cuando sean citadas en el texto) o luego de la bibliografía, de acuerdo a la siguiente clasificación:

Legislación

- * Normas internacionales (pactos, convenios, declaraciones)
- * Normativa comunitaria
- * Leyes ratificadoras de tratados internacionales
- * Constituciones
- * Códigos
- * Leyes

Normas editoriales

- * 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.