



ISSN 2684-057X

Revista Jurídica Austral

Publicación científica de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral

Volumen 6. Número 1. Junio de 2025

Buenos Aires
Argentina



ISSN 2684-057X

Revista Jurídica Austral

Publicación científica de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral

Volumen 6. Número 1. Junio de 2025

Buenos Aires

Argentina

Equipo editorial

Director

Alfonso Santiago (Universidad Austral, Argentina)

Directores ejecutivos

Luciano Ruhl (Universidad Austral, Argentina)

Miguel A. Rapela (Universidad Austral, Argentina)

Consejo editorial

Manuel José García-Mansilla (Universidad Austral, Argentina)

Miriam M. Ivanega (Universidad Austral, Argentina)

María Valentina Acega (Universidad Austral, Argentina)

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

Andrés Sánchez Herrero (Universidad Austral, Argentina)

Juan B. Etcheverry (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 Ruiz Gálvez (Universidad de Valencia, España)

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

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

Eduardo Sodero (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)

Secretaría

Maria Gabriela Simonelli

Revista Jurídica Austral

ISSN 2684-0537

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

revistajuridicaustral@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

Nos complace, una vez más, presentarles a nuestros lectores una nueva edición de la Revista Jurídica Austral, que, con renovado compromiso, sostiene su propósito fundacional: ofrecer un espacio riguroso, plural y dinámico para la reflexión y producción académica en el campo del derecho.

Este nuevo número, como cada entrega semestral, es fruto de un sostenido esfuerzo colectivo que involucra a investigadores, evaluadores, miembros de nuestro Consejo Editorial, equipo técnico y, desde luego, a los lectores que legitiman con su interés y fidelidad este proyecto editorial en constante expansión. A todos ellos, nuestro más sincero agradecimiento.

Seis años después de la publicación de nuestro primer volumen, y tras haber consolidado una cadencia regular, un método editorial transparente y un prestigio creciente en la comunidad académica nacional e internacional, reafirmamos nuestra convicción de que el pensamiento jurídico no solo se forja en las aulas y en los tribunales, sino también en las páginas de las revistas que, como esta, promueven el análisis crítico, el diálogo fecundo y la circulación abierta del conocimiento.

Cada nuevo número no constituye apenas una continuidad cuantitativa, sino una reafirmación cualitativa del ideal que nos guía: contribuir al perfeccionamiento del derecho, al fortalecimiento de las instituciones y a la formación de una comunidad académica jurídica arraigada en el respeto por la dignidad humana, la libertad y el orden constitucional.

Esperamos que esta nueva edición invite a la lectura atenta, al debate respetuoso y a la inspiración intelectual, y que cada trabajo publicado no solo exprese una idea, sino también una contribución al derecho vivo, ese que se proyecta desde la academia hacia los estrados, los escritorios y, sobre todo, hacia la comunidad a la que el derecho debe servir.

En este número que nos toca presentar, les compartimos los trabajos de investigación de los doctores: Jorge Alberto Diegues (Universidad de Buenos Aires, Universidad Austral): “La competencia constitucional de la cámara de origen para insistir disposiciones suprimidas por la revisora en el proceso de formación de las leyes”, Agustín Ulivarri Rodi (Universidad Católica de Salta): “El recurso de casación en la investigación penal preparatoria: la apertura de la instancia a partir del fallo Chacón”, Jaime Alcalde Silva (Pontificia Universidad Católica de Chile): “En busca de un régimen general para las ‘acciones reivindicatorias especiales’ en el derecho chileno”, Martín Ariel Ugalde (Universidad Austral): “La balanza de la justicia y la prueba: la arbitrariedad fáctica en la Corte de Rosenkrantz-Rosatti”, Gerardo Fiol (Universidad Católica Argentina): “La responsabilidad extracontractual de las sociedades anónimas integra-

das total o mayoritariamente por el Estado”, Raúl Gutiérrez Canales (Universidad de Lima): “El valor de la constitución en la formación y práctica de la ética profesional del abogado: apuntes en torno al caso peruano”, María Paz Arzola (Centro de Estudios Libertad y Desarrollo) y Cristián Rettig (Universidad Adolfo Ibáñez): “Dos concepciones de los derechos humanos: un análisis desde la perspectiva del razonamiento práctico” y Leandro Baltar (Universidad Siglo 21): “Autonomía de la voluntad conflictual en el divorcio internacional: más allá de las fronteras tradicionales”.

En la sección Análisis, crónicas y comentarios, destacamos las contribuciones de Erman Tejeda (Universidad Austral): “Dignidad, justicia y legalidad. Desafíos a la objetividad de la argumentación jurídica en un contexto de fragmentación moral. Entrevista a la Dra. Pilar Zambrano” y de Agustina Vazquez (Universidad Argentina de la Empresa), Christian G. Sommer (Universidad Católica de Córdoba) y Luis F. Castillo Argañarás (Universidad Argentina de la Empresa): “La prohibición de la reelección indefinida en Formosa: análisis desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”.

En la última sección (Recensiones e In memoriam), podrán acceder a la recensión de Sergio Díaz Ricci (Universidad Nacional de Tucumán) sobre *Lecciones de derecho constitucional. Teoría de la Constitución y Organización del Estado. Tomo II. El Estado constitucional argentino* de Alfonso Santiago con contribuciones de María Verónica Nolazco, María del Pilar Basilici y Bernardo Braunstein (Universidad Austral Ediciones, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2025); así como a la de John A. Carlin Sánchez (Universidad de Buenos Aires, Universidad de Génova) en torno a *L'incanto del mondo. Un'introduzione al pluralismo* de Mauro Giuseppe Barberis. Cerramos esta edición con el emotivo homenaje a Federico María Camusso, a cargo de Francisco Tomás Rizzi (Universidad Austral).

Los invitamos a disfrutar de la lectura de estas destacadas investigaciones y trabajos.

Buenos Aires, junio de 2025

Académico Dr. Alfonso Santiago
Director

Mag. Luciano Ruhl
Director ejecutivo

Dr. Miguel A. Rapela
Director ejecutivo

ÍNDICE

Artículos de investigación

- 9 La competencia constitucional de la cámara de origen para insistir disposiciones suprimidas por la revisora en el proceso de formación de las leyes
Jorge Alberto Diegues
- 117 El recurso de casación en la investigación penal preparatoria: la apertura de la instancia a partir del fallo Chacón
Agustín Ulivarri Rodi
- 165 En busca de un régimen general para las “acciones reivindicatorias especiales” en el derecho chileno
Jaime Alcalde Silva
- 207 La balanza de la justicia y la prueba: la arbitrariedad fáctica en la Corte de Rosenkrantz-Rosatti
Martín Ariel Ugalde
- 259 La responsabilidad extracontractual de las sociedades anónimas integradas total o mayoritariamente por el Estado
Gerardo Fiol
- 289 El valor de la constitución en la formación y práctica de la ética profesional del abogado: apuntes en torno al caso peruano
Raúl Gutiérrez Canales
- 323 Dos concepciones de los derechos humanos: un análisis desde la perspectiva del razonamiento práctico
María Paz Arzola - Cristián Rettig
- 343 Autonomía de la voluntad conflictual en el divorcio internacional: más allá de las fronteras tradicionales
Leandro Baltar

Análisis, crónicas y comentarios

- 385 Dignidad, justicia y legalidad. Desafíos a la objetividad de la argumentación jurídica en un contexto de fragmentación moral. Entrevista a la Dra. Pilar Zambrano
Erman Tejeda
- 403 La prohibición de la reelección indefinida en Formosa: análisis desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos
Agustina N. Vazquez - Christian G. Sommer - Luis F. Castillo Argañarás

Recensiones

- 421 *Lecciones de derecho constitucional. Teoría de la Constitución y Organización del Estado.*
 Tomo II. El Estado constitucional argentino
 de Alfonso Santiago
 Sergio Díaz Ricci
- 429 *L'incanto del mondo. Un'introduzione al pluralismo*
 de Mauro Giuseppe Barberis
 John A. Carlin Sánchez

In memoriam

- 437 Homenaje a Federico María Camusso
 Francisco Tomás Rizzi

Sobre los autores

439

Normas editoriales

443

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

LA COMPETENCIA CONSTITUCIONAL DE LA CÁMARA DE ORIGEN PARA INSISTIR DISPOSICIONES SUPRIMIDAS POR LA REVISORA EN EL PROCESO DE FORMACIÓN DE LAS LEYES*

Jorge Alberto Diegues

Universidad de Buenos Aires. Universidad Austral

dieguesj@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0001-6262-5768>

DOI: <https://doi.org/10.26422/RJA.2025.0601.die>

Recibido: 22/01/2025

Aceptado: 19/05/2025

Resumen

Con esta investigación me propongo comprobar que en el proceso de formación y sanción de las leyes, regulado por la Constitución argentina, la cámara que inició el estudio de un proyecto de ley se encuentra habilitada para insistir sobre disposiciones suprimidas por la cámara revisora. Para comprobar esta hipótesis, se consideró necesario indagar cómo resolvieron sus desacuerdos parlamentarios las dos cámaras del antiguo Parlamento de Inglaterra y del Congreso de los Estados Unidos, los dos modelos generales que, en materia parlamentaria, precedieron e influyeron sobre la Constitución Nacional. La investigación continúa con un estudio exegético del artículo 81 de la Constitución argentina, indagando sus raíces constitucionales, demarcando sus alcances y, por fin, abordando sus principales problemas interpretativos. Prosigue con un minucioso estudio de la Constitución Política de la República de Chile del año 1833 y su práctica parlamentaria sobre esta materia. Se encara, asimismo, un relevamiento de los sistemas comparados de solución de desacuerdos parlamentarios y la práctica constitucional europea,

* El autor desea extender un especial agradecimiento a la Dirección de Información Parlamentaria de la Cámara de Diputados de la Nación y al Enquiry Service de la Cámara de los Lores del Parlamento del Reino Unido, quienes, con su valiosa asistencia parlamentaria, contribuyeron en sus respectivos ámbitos al mejor desarrollo de esta investigación.

para concluir finalmente con un examen de la práctica parlamentaria construida por el Congreso de la Nación. La investigación culmina con las conclusiones finales precedidas de un examen crítico al sistema constitucional vigente sobre la materia y una propuesta superadora de conciliación de las diferencias entre las cámaras dentro de los límites constitucionales que permite el ordenamiento actual.

Palabras clave: ley, formación de la ley, derecho parlamentario, procedimiento parlamentario, rechazo parcial, proyecto de ley, insistencia.

The Constitutional Competence of the Initial House to Insist on Provisions Rejected by the Reviewing House in the Lawmaking Process

Abstract

With this paper I intend to prove that in the lawmaking process provided by the argentine Constitution, the house of Congress where a Bill originates is empowered to insist on provisions of a Bill suppressed by the revision house. To prove this hypothesis, it was considered necessary to investigate how the both houses of the old Parliament of England and the United States Congress, the two general models that, in parliamentary matters, preceded and influenced the national Constitution, resolved their parliamentary disagreements. The research continues with an exegetical investigation about article 81 of the argentine Constitution, investigating its constitutional roots, demarcating its scope and, finally, addressing the main interpretative problems. It continues with a detailed study of the Political Constitution of the Republic of Chile of 1833 and its parliamentary practice on this matter. The investigation is carried out on a comparative study of parliamentary dispute resolution systems and European constitutional practice, and finally concludes with a survey of the parliamentary practice constructed by the argentine Congress. The research ends with the final conclusions of the paper preceded by a critical examination of the current constitutional system on the matter and a proposal to overcome the differences between the houses, within the constitutional limits allowed by the current order.

Key words: act, lawmaking process, parliamentary law, parliamentary procedure, partial refusal, bill, insistence.

1. Exordio

Se sabe bien que la formación de la ley es un proceso complejo en el que se exige la concurrencia de distintos órganos que contribuyen a la formación de un texto final. Siguiendo la estela marcada por su par norteamericana, y a tono con la tendencia de su tiempo, la Constitución argentina abrazó la idea de un

Poder Legislativo bicameral.¹ De esta forma, las leyes se sancionan por definidas mayorías para ser consideradas como la expresión exacta de la soberanía nacional integrada por los dos elementos históricos que se encuentran contenidos en aquéllas: el pueblo, representado en la Cámara de Diputados; y las provincias, en el Senado de la Nación.

Para que un proyecto pueda convertirse en ley, necesita, entonces, por regla el consentimiento expreso de las dos cámaras del Congreso.² Cuando resulta aprobado por la cámara que inició su estudio —la “cámara de origen”— pasa a la otra para su revisión —la “cámara revisora”—. Esta última, a su vez, cuenta con cuatro alternativas posibles: aprobar el proyecto, rechazarlo, no tratarlo o aprobarlo con modificaciones.

Cuando la cámara revisora aprueba sin modificaciones el texto venido de la de origen, el proyecto se convierte en ley y pasa al Poder Ejecutivo, que decide si lo promulga o lo veta.³ Esto es lo que en derecho parlamentario se conoce como el “trámite normal” de sanción de las leyes (Pitt Villegas, 2021, p. 458). Sin embargo, cuando considera que el proyecto aprobado por la de origen no debe convertirse en ley, la cámara revisora cuenta con tres opciones: tratarlo y rechazarlo expresamente; no darle tratamiento alguno hasta que, pasado un tiempo, caduca en los términos establecidos por la Ley 13640; o bien introducirle modificaciones. Si la cámara revisora aprueba con modificaciones un proyecto de ley venido de la de origen, la Constitución Nacional exige reenviarlo para que sean examinadas por esta.⁴ Esta última situación configura técnicamente un desacuerdo parcial entre las cámaras y conduce necesariamente a examinar con qué alcances la ley fundamental resuelve el conflicto de opiniones entre las dos cámaras del Congreso en el trámite de la ley.

El artículo 81 de la Constitución Nacional dispone que un proyecto de ley desecharido totalmente por una cámara queda automáticamente impedido de tratamiento hasta las sesiones del próximo año legislativo. A su vez, autoriza los desacuerdos parciales, habilitando a la cámara revisora a introducir modificaciones a un proyecto de ley aprobado por la de origen; y a esta, para rechazarlas e insistir en su versión original. Sin embargo, en este último caso, el alcance de la habilitación constitucional de la cámara revisora para hacer modificaciones

1 Artículo 44 de la Constitución Nacional (en adelante, CN).

2 Arts. 78 y 82 de la CN.

3 Art. 78 de la CN.

4 Verbigracia, esto fue lo que sucedió con la Ley 27743 de Medidas Fiscales Paliativas y Relevantes, conocida como “paquete fiscal”.

está sujeto a una terminología constitucional específica: introduciendo “adiciones o correcciones”. Se abre así un interrogante en torno a un aspecto crucial del proceso de formación y sanción de las leyes: ¿puede la cámara de origen insistir sobre las disposiciones de un proyecto de ley “rechazadas” por la cámara revisora?

En vista, pues, de la necesidad de encarar este interrogante, para comprender mejor nuestro texto, razones de orden metodológico imponen arrancar el estudio escrutando las soluciones implementadas para conciliar los desacuerdos entre sus cámaras por los dos modelos parlamentarios que precedieron y, en mayor o menor medida, influyeron sobre las constituciones de la época: el Parlamento de Inglaterra y el Congreso de los Estados Unidos. El curso de la investigación proseguirá con una exégesis del artículo 81 de la Constitución Nacional y sus principales interrogantes asociados a la materia en estudio. Seguidamente, se expondrá el procedimiento diseñado por la Constitución chilena de 1833, los sistemas comparados de solución de desacuerdos parlamentarios y la práctica constitucional europea, para concluir finalmente con un relevamiento de la práctica parlamentaria construida por el Congreso de la Nación y las conclusiones finales de la investigación. Esto constituirá, consiguientemente, el contenido de este trabajo.

2. El antiguo Parlamento de Inglaterra

William Blackstone (1765) afirmó con todo rigor que el origen del Parlamento de Inglaterra “es uno de esos temas que yacen tan ocultos en las edades oscuras de la antigüedad, que rastrearlo es una tarea tan difícil como incierta” (p. 143). Los registros históricos fragmentarios de la Inglaterra medieval hacen imposible ubicar con certeza un punto de arranque de esta institución. Pero se conoce bien que, al menos desde el siglo XIV y hasta la actualidad, la cuna del parlamentarismo moderno se organizó en dos cámaras,⁵ pudiendo afirmarse a justo título que la institución de la doble asamblea legislativa fue concebida en el país de Winston Churchill (Loewenstein, 2018, p. 246).

El antiguo Parlamento de Inglaterra exigió desde siempre la conformidad de los tres estados del Parlamento⁶ en todas y cada una de las partes del texto

5 La única excepción temporal tuvo lugar entre 1649 y 1657, cuando la revolucionaria Cámara de los Comunes de Oliver Cromwell pretendió abolir la Cámara de los Lores. En esta franja temporal, el Parlamento funcionó únicamente con una sola cámara.

6 Los tres estados del Parlamento fueron los lores, espirituales —conformados por los arzobispos y

de un proyecto de ley. Desde antiguo, no hay ley del Parlamento sin el triple consentimiento de los lores, los comunes y el rey (Coke, 1644, p. 24). Como resultado de esa exigencia, el Parlamento inglés adoptó el sistema de conferencia para saldar las diferencias entre sus dos cámaras en el trámite legislativo en particular. El origen de esta práctica se remonta a la consolidación del sistema de legislación estatutaria hacia el siglo XVI⁷ y a la separación⁸ de la Cámara de los Lores⁹ y la Cámara de los Comunes,¹⁰ cuya consolidación puede ubicarse en el

obispos— y temporales, los comunes y el rey. Estos últimos estaban conformados por los caballeros del condado (*knights of the shire*), los ciudadanos representantes de las ciudades y los burgueses representantes de los burgos. Junto al rey, constituyan el cuerpo político del reino (Coke, 1644, p. I; Blackstone, 1765, p. 149). Los lores temporales comprenden, en orden de precedencia, después del príncipe de Gales —a partir del año 1302—, a los duques —desde 1337—, a los marqueses —desde 1385—, a los condes, vizcondes y barones. En la actualidad, otros miembros de la familia real con derecho a ocupar un escaño son el duque de Edimburgo, el duque de Gloucester, el duque de Kent y el duque de York (Barnett, 2002, p. 518, nota 5).

- 7 El surgimiento del sistema de conferencia debe rastrearse, más que en los orígenes del bicameralismo tras la separación del Parlamento en dos cámaras, en el momento de consolidación del sistema de legislación estatutaria. El sistema de legislación por “estatuto” (*Statute*), tal como lo conocemos en la actualidad, no comenzó a ser implementado de manera habitual en Inglaterra sino hasta fines del reinado de Enrique VI.

Aunque la separación de los comunes y los lores tiene lugar en el siglo XIV, siendo este bicameralismo un presupuesto imprescindible para el tema en estudio, el origen de los desacuerdos parlamentarios no puede estudiarse antes del siglo XV. (Continúa en la página 113).

- 8 Originariamente, los tres estados del parlamento sesionaron juntos en un mismo recinto. Pero no está claro que hayan participado conjuntamente en las deliberaciones y votaciones. Mientras que algunos autores lo afirman, otros como Erskine May (1883, p. 24) lo controvertían, señalando que difícilmente se pueda sostener que, luego de la incorporación de los ciudadanos y burgueses, los comunes se mezclaran con los lores en sus votaciones como una sola asamblea.

- 9 La Cámara de los Lores fue conocida con ese nombre a partir del siglo XVI (Barnett, 2002, p. 518).

- 10 Los comunes constituían el llamado “tercer estado” dentro del Parlamento —los otros dos, como más arriba se mencionó, eran los lores temporales y espirituales y el rey— y eran en esencia la representación popular. En sentido jurídico, se designaba bajo el nombre de “comunes” a los arrendatarios y propietarios libres de cada condado (Coke, 1644, p. I) que surgieron como consecuencia de la caída del sistema feudal puro experimentada en el siglo XIII, que les permitió a los comerciantes y profesionales el acceso a la tierra y la acumulación de riquezas (Alder, 2002, p. 210). Estaban conformados, a su vez, por tres estratos sociales: los caballeros de los condados (*knights of the shire*), los representantes de las ciudades —ciudadanos— y los burgueses —representantes de los burgos—. Los primeros eran los miembros más prominentes de la cámara baja y estaban conformados por los barones menores que, si bien miembros de la nobleza, fueron diferenciados de los grandes barones para integrar la Cámara de los Lores y resultaron convocados al Parlamento juntamente con los propietarios y arrendatarios libres de las ciudades y los burgos. Los condados son divisiones territoriales administrativas de todo el reino para su mejor gobierno (Coke, 1628, Sec. 164, p. 109b). Hacia el siglo XVII, había 41 condados en Inglaterra y 12 en Gales. Por otra parte, antiguamente las ciudades eran llamadas “burgos”, en donde se reunía cierta parte de la población. Los burgos eran las ciudades más antiguas que estaban dentro de Inglaterra. Cada ciudad, así, era un burgo, pero no todo burgo era una ciudad (Coke, 1628, Sec. 162). De esta forma, la ciudad era un burgo incorporado al reino que tuviera o hubiese tenido un obispo (Coke, 1628, Secc. 164, pp. 109b-110). (Continúa en la página 115).

año 1341.¹¹ De esa práctica parlamentaria dan cuenta los más antiguos autores del derecho inglés, como William Blackstone¹² y Thomas Erskine May, aunque

-
- 11 El bicameralismo comienza a formarse desde que los caballeros de los condados y los representantes de las ciudades y los burgos deliberaron separadamente de los lores temporales y espirituales. La fecha de separación formal es un dato controvertido entre los juristas e historiadores británicos. Mientras que algunas fuentes indican que las cámaras ya se encontraban separadas hacia el año 1265 (Court of the King's Bench, 1811, *Burdett v. Abbot*, voto de Lord Ellenborough, 104 E.C. 501, p. 553) otros ubican la separación en 1344 (Carte, como se citó en Erskine May, 1883, p. 25). Edward Coke (1644, p. 1) estima que el momento preciso de la separación tuvo lugar cuando los comunes comenzaron a tener un Speaker permanente. El primer Speaker regular que tuvo la Cámara de los Comunes fue Thomas Hungerford, elegido en 1377 (House of Commons Information Office, 2010, p. 2). Por su parte, Erskine May (1883, p. 25) se niega a dar una fecha precisa, observando que, como los comunes se reunían y deliberaban por separado aun antes de la separación formal, ninguno de los acontecimientos descriptos puede determinar un momento preciso. En la doctrina constitucional argentina, Estrada (1927, p. 181) parece coincidir con Coke al ubicar la separación hacia el final del siglo XIV bajo el reinado de Ricardo II.
- En el anárquico contexto apuntado, la mención más antigua en los archivos del Parlamento de una sesión separada se remonta al año 1332 (Cobbet, 1806, p. 90; *The Parliamentary or constitutional history of England*, 1762, pp. 231-232). En su relevamiento por los antiguos rollos del Parlamento, William Cobbet (1806) registra ese año una reunión que tuvo lugar el 13 de marzo de 1332 en donde los lores temporales, por un lado, y los comunes, por el otro, deliberaron por separado para aconsejar al rey en la decisión que terminó pronunciándose por primera vez respecto al nombramiento de jueces de paz para el reino. El registro expresa lo siguiente: "Después de que terminaron estos discursos, el arzobispo de Canterbury se puso de pie y dijo que no pertenecía propiamente a su función estar presente en debates criminales y con la condición de reservar sus derechos aún para ellos y sus sucesores se retiró con los procuradores del clero para consultar por sí mismos. Los condes, barones y otros lores [Grandees] también deliberaron por separado del mismo modo que los representantes de los comunes, ya que en ese momento no contaban con un Speaker. El resultado de esas deliberaciones separadas fue que los lores y los importantes hombres regresaron a la presencia del rey y por boca de sir Henry Beaumont, a quien habían elegido como su vocero, declararon que su consejo al rey era que debía ordenar jueces en cada condado del reino para la conservación de la paz contra los infractores con poder para castigarlos y reprimirlos" (p. 90). Tras el mencionado antecedente, las fuentes concluyen en indicar que la separación formal se produjo en 1341, cuando los comunes se escindieron definitivamente de los lores constituyendo una cámara aparte dentro del Parlamento (Anson, 1897, p. 238; House of Commons Information Office, 2010, p. 2; Macy, 1903, p. 184; Rotuli Parliamentorum, 1767, T. II, p. 127, como se citó en Stubbs, 1875, p. 377). Los comunes comenzaron a sesionar separadamente en la sala capitular de la Abadía de Westminster, desde donde continuaron después de su separación formal (Coke, 1644, p. 1; Erskine May, 1883, p. 25; Rotuli Parliamentorum, 1767, T. II, p. 289, núm. 7). Quedaba así adoptado el tradicional sistema bicameralista inglés que, con modificaciones estructurales en la cámara alta, se trasladó a los Estados Unidos.
- 12 Cuando cualquiera de las cámaras, explicaba este autor, practicaba enmiendas al Bill aprobado por la otra, estas eran remitidas a la cámara de origen junto al proyecto para su aprobación. Si la cámara no estaba de acuerdo con las enmiendas, entraba a jugar el sistema de conferencia entre miembros designados por ambas cámaras (Blackstone, 1765, p. 177). Este autor agregaba que el procedimiento de conferencia era efectivo y, usualmente, conducía a un acuerdo entre las cámaras. Pero cuando los representantes de las cámaras se tornaban inflexibles, el Bill no podía convertirse en ley y era retirado (p. 177). El proceso de formación y sanción de las leyes en el Reino Unido durante el siglo XVIII es explicado por Blackstone (1765) en las páginas 174 a 179.

ninguno de ellos fue capaz de identificar el primer precedente parlamentario en donde se aplicó el sistema de conferencia.

El Parlamento contó desde antiguo entre sus posibilidades con la de aprobar, rechazar totalmente¹³ o bien modificar parcialmente los proyectos de ley (*Bills*) a través de enmiendas.¹⁴ Cuando el *Bill* era devuelto modificado por la cámara revisora, las enmiendas debían contar con la aprobación de la cámara de origen, a menos que sean desistidas por la revisora, de lo contrario, el proyecto de ley fracasaba (Erskine May, 1883, p. 587). Por ello, cuando las cámaras no se ponían de acuerdo con relación a las modificaciones practicadas por la otra y decidían insistir en sus respectivas versiones del *Bill*, existían cuatro cursos de acción posibles: a) abandonar el proyecto; b) diferir la consideración de las enmiendas por un período de entre tres y seis meses; c) que la cámara envíe un mensaje explicando las razones del desacuerdo con las enmiendas propuestas por la otra; o d) solicitar una conferencia con la otra cámara. De todas estas alternativas, las más practicadas para resolver las diferencias fueron el mensaje y la conferencia. Las dos primeras opciones sólo tenían lugar cuando el proyecto afectaba los privilegios de una de las cámaras o bien cuando se estimaba que no existía ninguna chance de un acuerdo final entre ellas (Erskine May, 1883, p. 589). Los diarios de sesiones (*Journals*) de la Cámara de los Lores —el más antiguo de ambas cámaras— contienen registros de solicitudes de conferencia desde el 14 de febrero de 1515¹⁵ (*Journals of the House of Lords*, Vol. 1, años 1509-1577,

13 Ademá de introducirle enmiendas, un *Bill* también podía ser rechazado totalmente. Hasta fines del siglo XVIII, el rechazo total fue una práctica habitual en el Parlamento de Inglaterra, especialmente por la Cámara de los Lores. Como parte de esta práctica, el rechazo conllevaba un tratamiento desdénoso para con el mismo *Bill*. Así, el 23 de enero de 1563 —durante el reinado de Isabel I—, tras ser rechazado un *Bill*, se ordenó que fuera destruido (1 *Commons Journal* 63). Con el mismo temperamento, el 17 de enero de 1620 sir Edward Coke propuso la destrucción de un *Bill* luego de ser rechazado en la cámara (Erskine May, 1883, p. 560). Más aún, el 3 de junio de 1772, tras rechazarse el proyecto de ley sobre el maíz en la Cámara de los Comunes, el Speaker arrojó el *Bill* sobre la mesa y varios miembros de ambos partidos lo patearon al salir (p. 550). El rechazo total pasó a convertirse en una práctica parlamentaria poco frecuente a partir del siglo XIX, a punto tal que, en medio siglo, sólo se registraron dos casos en la Cámara de los Comunes (p. 550).

14 En el derecho anglosajón, la expresión *Bill* designa un proyecto de ley que aún no ha sido sancionado. Después de recibir sanción y convertirse en ley, pasa a llamarse *Act*.

15 El siguiente pedido de conferencia que registra el diario de sesiones de la Cámara de los Lores tuvo lugar el 5 de marzo de 1543 (1 *Lords Journal* 243). En la Cámara de los Comunes, el primer registro que hay es del 29 de noviembre de 1554 (1 *Commons Journal* 38). El 31 de enero de 1542, Enrique VIII se dirigió a los miembros del Parlamento advirtiéndoles la necesidad de que “los Lores y los Comunes se pongan de acuerdo, se reúnan a menudo y hablen de los asuntos actuales y de los proyectos de Estatutos o de Ley, como se les llama; de lo contrario sucedería lo que Su Majestad había escuchado y tomado en serio en el pasado de modo que algunos de ellos rechazarían proyectos de ley ajenos, por considerarlos completamente inútiles e inconvenientes para la República, sólo por

p. 23).¹⁶ Pero, ya en esa época, la conferencia estaba establecida como un medio común de comunicación entre las dos cámaras,¹⁷ por lo que el procedimiento venía aplicándose aun con anterioridad.¹⁸

El 8 de mayo de 1851, la Cámara de los Lores aprobó mociones —refrendadas también por la Cámara de los Comunes— resolviendo introducir el sistema de mensaje como vía previa a la conferencia para toda clase de asuntos. De esta forma, la comunicación de los desacuerdos de una de las cámaras con relación a las enmiendas propuestas por la otra, o bien la intención de insistir en una modificación propuesta por una de ellas, debía formalizarse por vía de mensaje sin necesidad de convocar a conferencia, a menos que esta sea expresamente solicitada por la cámara disidente (*106 Commons Journal* 210). Así, cuando la cámara revisora introducía enmiendas, devolvía el Bill a la de origen mediante mensaje que, en el caso de la Cámara de los Lores, expresaba: “Los Lores han aprobado el proyecto, con algunas enmiendas, a las que solicitan su aprobación” (*71 Lords Journal* 218). Si la cámara revisora encontraba satisfactorias las razones presentadas por la de origen en el mensaje para rechazar la enmienda e insistir en su texto original, le comunicaba por vía de mensaje su decisión de no insistir en la enmienda propuesta y el Bill se remitía a la Cámara de los Lores,¹⁹ que tenía a su cargo pasarlo a la Corona para su promulgación (*Royal Assent*).²⁰

esta razón, sin conocer por sí mismos las razones y fundamentos de tales proyectos ni quienes los rechazan son dignos de mezclar sermones, por otra parte, para que puedan ver las razones y sentidos de todos, mediante los cuales les sería posible obtener el vigor de un proyecto de ley muy bueno; que ahora se proponen en vano, mientras cada parte busca que las Leyes sean sancionadas por sí misma, y no se digna comunicar sus sentidos a la otra parte” (*1 Lords Journal* 172).

- 16 En adelante, los *Journals of the House of Lords* se citarán: *1 Lords Journal* 23 (volumen/título/página). De igual manera se citarán los *Journals of the House of Commons* (*1 Commons Journal* 38) y los *Annals of Congress* (*1 Annals of Congress* 20).
- 17 Esta cita corresponde al informe que, vía correo electrónico, el 7 de noviembre de 2024 remitió al autor de esta investigación el Enquiry Service de la Cámara de los Lores del Parlamento Británico.
- 18 Las cámaras del Parlamento comenzaron a tener registros de sus sesiones desde antiguo. Se considera al segundo parlamento de Enrique III, reunido en Londres el 28 de enero de 1242, como el primer caso en el que tuvo lugar el primer registro autorizado de un debate parlamentario (Barnett Smith, 1892, p. 120). En un primer momento, los asientos se hacían a través de los “Rollo del Parlamento”, que eran los únicos registros oficiales de las reuniones y leyes sancionadas por el Parlamento de Inglaterra hasta la creación de los diarios de sesiones. Concomitantemente con la llegada al trono de Enrique VIII, en 1509 comenzó a editarse el diario de sesiones de la Cámara de los Lores —escrito principalmente en latín— y en 1547 se editó el de la Cámara de los Comunes —escrito en inglés—.
- 19 Todo proyecto que resulta aprobado queda siempre en la Cámara de los Lores —sea que haya tenido origen en esta o en los comunes—, siendo esa cámara “el lugar de custodia de los Bills antes de la sanción real” (Erskine May, 1883, p. 585).
- 20 Las leyes debían tratarse y aprobarse en un mismo Parlamento. Antiguamente, se consideraba que una reunión del Parlamento equivalía a una única sesión por más que se extendiera durante varios

Recién en caso de encontrar insatisfactorias las razones expresadas e insistir en su enmienda, se activaba el procedimiento de conferencia.

Por una costumbre parlamentaria introducida por la Cámara de los Comunes el 13 de marzo de 1575,²¹ la conferencia únicamente podía solicitarla la cámara que tuviera a su cargo el estudio del *Bill*. Consecuentemente, cuando una cámara no estaba de acuerdo con las enmiendas practicadas por la otra, se procedía a redactar por escrito las razones del desacuerdo y se solicitaba una conferencia para hacer entrega de los documentos que fundaban las discrepancias o, como se explicó anteriormente, se enviaba por mensaje. Una vez aceptada la conferencia, era la Cámara de los Lores quien elegía el momento y lugar en el que tendría lugar, sea que la reunión hubiere sido solicitada por ella o por los comunes (1 *Commons Journal* 154).²² Posteriormente, cada una de las cámaras procedía a nombrar a sus delegados (*managers*) para representarla en la conferencia, siendo una antigua costumbre parlamentaria que la Cámara de los Comunes nombrase el doble de representantes al de la Cámara de los Lores (1 *Commons Journal* 154). La conferencia se celebraba en un salón especialmente asignado para tal objeto dentro del Palacio de Westminster: la *Painted Chamber*. Por una disposición conjunta del 16 de enero de 1702, la reunión se llevaba a cabo a puertas cerradas, de modo que únicamente los delegados de ambas cámaras podían estar presentes (Erskine May, 1883, p. 495, nota 3).

El procedimiento parlamentario inglés contemplaba dos clases de conferencias: la ordinaria y la libre. En la primera, que era la más empleada, se tenían escritas las razones de la cámara que la solicitaba y los *managers* se limitaban a leer y entregar sin debate a los enviados de la otra cámara (Jefferson, 1826, p. 115). La costumbre parlamentaria sólo permitía hasta dos conferencias ordinarias en el trámite del *Bill*, de modo que, agotada la vía ordinaria, podía solici-

días o meses. Las leyes que no alcanzaban a contar con el asentimiento real antes de la finalización del Parlamento (prórroga) debían volver a debatirse (Coke, 1644, p. 27). En la actualidad, los *Bills* que no han sido promulgados antes de la prórroga del Parlamento también caducan; pero se permite evitar esta consecuencia con una moción de prorrogación aprobada por el Parlamento. En estos casos, la vigencia de lo actuado se extiende, por única vez, durante doce meses contados desde la primera lectura del *Bill* en la Cámara de los Comunes.

- 21 En esa oportunidad, en respuesta a una solicitud de conferencia hecha por los lores con respecto a un *Bill* en trámite, los comunes declararon que “con arreglo a antiguos privilegios de esta Cámara, la conferencia debe solicitarla aquella cámara que, al momento de hacerlo, esté en posesión del *Bill*” (1 *Commons Journal* 114).
- 22 Se lee en la página citada: “Por una antigua regla de la Cámara, el número de los comunes en cualquier conferencia siempre debe ser el doble al de los Lores; y el tiempo y lugar de la conferencia debe ser fijado por los Lores”.

tarse una conferencia libre. A diferencia de la primera, en la conferencia libre los delegados de ambas cámaras contaban con amplia libertad para defender el proyecto e intercambiar ideas y persuadirse entre sí para la aprobación del proyecto (Erskine May, 1883, p. 495). Si después de la conferencia libre el desacuerdo persistía, o las cámaras se allanaban a la versión propuesta por la otra o insistían en su postura, el Bill terminaba fracasando.

A pesar de mostrarse *a priori* como un mecanismo más ventajoso para lograr un acuerdo debido a su flexibilidad, Erskine May (1883) explica que pocas veces se usó el sistema de conferencia libre y, en su lugar, siempre se optó por el ordinario. La conferencia libre comenzó a declinar a partir del siglo XVIII. Así, refiere este autor que la última conferencia libre se celebró en 1836 con motivo del tratamiento de la ley de municipalidades, apuntando asimismo que, hasta ese entonces, el Parlamento no había recurrido a ella desde el año 1740 (Erskine May, 1883, p. 495).

Se debe observar que en el proceso de conferencia la discusión se limitaba exclusivamente a las partes controvertidas del Bill. Ninguna de las cámaras podía eliminar parte alguna del texto que hubiera obtenido la aprobación de ambas. Tampoco podía eliminar las disposiciones que hubieran sido aprobadas por ella misma, a menos que dicha enmienda resultara necesaria para poner en práctica otra modificación aceptada por ambas cámaras (Erskine May, 1883, p. 487). Este es un criterio que fijaron los comunes en 1678 (*9 Commons Journal*, 547) y, desde allí, se incorporó al procedimiento parlamentario.²³

Una reseña ilustrativa del procedimiento de conferencia puede verse con las modificaciones incorporadas por los comunes al proyecto que derogaba parcialmente la suspensión de nombramientos del personal eclesiástico. La introducción de una de las enmiendas dio origen a una solicitud de conferencia

23 Este criterio fue fijado en la sesión del 25 de noviembre de 1678 a propuesta de sir Edward Deering, quien la fundamentó en los términos siguientes: “Resulta contrario al método y procedimiento parlamentario eliminar algo en un Bill que ha sido totalmente acordado y aprobado por ambas Cámaras, y haría interminable el trabajo y podría tener consecuencias peligrosas si se desviara y cambiara ese método”. Sin embargo, en circunstancias especiales encontró excepciones en su aplicación. Durante el tratamiento del proyecto de ley de policía de Bolton, el 26 de agosto de 1839 la Cámara de los Lores practicó enmiendas a disposiciones del Bill aprobadas por ambas cámaras en anteriores lecturas. Con todo, los lores expresamente dejaron registro en el diario de sesiones que “el citado procedimiento no deberá considerarse como precedente para el futuro”. Más aún, cinco lores muy influyentes de la época –lord Wellington, lord Redesdale, lord Canterbury, lord Brougham y lord Hawarden– firmaron una disidencia contra la aceptación sosteniendo que la modificación no guardaba “ninguna relación con el tema de la enmienda hecha por esta cámara”, a la vez que resultaba “inconsistente con las prácticas habituales en relación con la enmienda de proyectos de ley establecidos entre las dos cámaras del Parlamento” (*71 Lords Journal* 643).

por parte de los lores el 6 de mayo de 1842. El trámite quedó registrado de la siguiente manera:

Se resolvió enviar un mensaje a la Cámara de los Comunes a fin de mantener una conferencia en la Sala No. 5 de la Cámara de los Lores, relativa a la enmienda introducida por aquellos al proyecto de ley titulado “Una ley para derogar parcialmente otra de la última sesión del Parlamento titulada ‘Una ley suspendiendo hasta el primero de agosto de 1839, y hasta el final de esa sesión el nombramiento de ciertos dignatarios y oficiales en la Catedral e iglesias colegiadas y rectorías sinecuras’” con la que los Lores disienten.

Los mensajeros regresaron e informaron “que los Comunes accedieron a la conferencia, tal como lo solicitaron los Lores”.

Fueron designados los siguientes Lores como *Managers* para la conferencia: Lord Bp. *Ripon*, Lord *Poltimore*, Lord *Portman*, el Lord del Sello Privado, E. *Shaftesbury*, E. *Clarendon*, E. *Innes*.

Se informó a la Cámara “que los *Managers* de los Comunes debían estar listos para la conferencia en la Sala No. 5 de la Cámara de los Lores”.

Se informó los nombres de los *Managers* por esa Cámara;

Y la Cámara pasó a cuarto intermedio hasta que los Lores concurrieron a la conferencia;

La cual, una vez concluida, se reanudó la sesión;

El Lord del Sello Privado informó, “que los *Managers* de los Lores conferenciaron con los de los Comunes, conformados por Lord John Russell y otros, y conversaron sobre las razones de los Lores para disentir con la cláusula ‘A’ adicionada por los Comunes al proyecto, el cual les fue devuelto juntamente con las enmiendas introducidas” (71 *Lords Journal* 246-247).²⁴

Con toda la información apuntada, se puede afirmar con rigor que, desde sus inicios, el Parlamento inglés adoptó un bicameralismo perfecto en donde nunca se resignó la idea de que un proyecto de ley debía contar con el acuerdo de ambas cámaras en todas y cada una de las partes de su texto. El sistema de conferencia se erigió así como una herramienta de conciliación parlamentaria nacida en el antiguo derecho parlamentario inglés desde la consolidación del sistema de legislación estatutaria. Se trata, pues, de una práctica antiquísima que impregnó el procedimiento parlamentario, que, como tal, se trasladó al sistema norteamericano como herencia de las instituciones británicas.

Este fue el sistema que gobernó exclusivamente el proceso de resolución de desacuerdos intraparlamentarios en el Parlamento de Inglaterra —y, ulteriormente,

²⁴ Las bastardillas en los apellidos corresponden al original.

riormente, en el Reino Unido— hasta la reforma parlamentaria de 1911, a la que me referiré más adelante.

El procedimiento de conferencia estuvo formalmente vigente hasta 1954, año en el que, durante una revisión del reglamento interno (*Standing Orders*) de la Cámara de los Lores, se derogaron las disposiciones relacionadas con las conferencias por resultar “obsoletas o innecesarias”.²⁵

3. El Congreso de los Estados Unidos

Siguiendo el modelo del antiguo Parlamento inglés, y también el de las legislaturas coloniales,²⁶ la Constitución de los Estados Unidos organizó el Poder Legislativo en un Congreso bicameral. Sin embargo, no reguló el proceso de formación y sanción de las leyes. En su lugar, se limitó tan sólo a consignar ciertas estipulaciones puntuales relativas a la iniciativa parlamentaria y a la última parte del proceso legislativo. En lo tocante al tema en estudio, se ciñó a exigir que un proyecto de ley debía contar con la aprobación de ambas cámaras antes de pasar al Poder Ejecutivo.²⁷ Por consiguiente, no existe una disposición constitucional que reglamente el procedimiento a seguir en caso de desacuerdos parlamentarios. Empero, al otorgarle el derecho a dictar sus propias reglas de procedimiento,²⁸ las cámaras quedaron facultadas a elegir los métodos para resolver sus desacuerdos (Bidegain, 1950, pp. 493-494).

Continuando entonces con las tradiciones parlamentarias de su madre patria, en los Estados Unidos se entendió siempre como un hecho natural que ningún proyecto de ley puede pasar al Poder Ejecutivo sin la conformidad de ambas cámaras sobre la totalidad del texto sancionado.²⁹ En consecuencia, y aunque sin una cláusula constitucional expresa, las cámaras del Congreso adoptaron el sistema de conferencia para conciliar sus desacuerdos en el trám-

25 Esta cita corresponde al informe que, vía correo electrónico, el 7 de noviembre de 2024 remitió al autor de esta investigación el Enquiry Service de la Cámara de los Lores del Parlamento Británico.

26 Con excepción de New York y New Jersey, que tenían legislaturas unicamerales.

27 Artículo I, sección 7, cláusula segunda de la Constitución de los Estados Unidos.

28 *Ibidem*, art. I, secc. 5, cláusula segunda.

29 Es preciso observar que, siguiendo el modelo inglés, en el Congreso federal de los Estados Unidos se conciben dos clases de proyectos: los privados y los públicos. Los *Private Bills* son los que disponen beneficios para una o más personas especificadas individualmente. Los *Public Bills* son los que se relacionan con asuntos de naturaleza pública y que se aplican a individuos y no a personas particulares, o aquellos que, otorgando beneficios individuales, incluyen disposiciones de legislación general (Bidegain, 1950, p. 494). Los proyectos públicos y privados poseen una diferente tramitación. El procedimiento parlamentario que aquí se describe corresponde a los proyectos públicos.

te de un *Bill*. El 15 de abril de 1789 –41 días después de su inauguración–, el Senado y la Cámara de Representantes suscribieron una resolución conjunta regulando el trámite de sus desacuerdos. La disposición se encuentra redactada en los términos siguientes:

Se resuelve que, en todos los casos de enmienda a un proyecto de ley que haya sido acordado en una Cámara y rechazado en la otra, si una de las Cámaras solicita una conferencia y designa un comité para ese fin, y la otra designa también un comité para conferenciar, los comités se reunirán en la sala de conferencias en el momento oportuno que designe su presidente, y se expondrán verbalmente o por escrito, según lo elijan, las razones de sus respectivas Cámaras a favor y en contra de la enmienda, y conferenciarán libremente sobre ella. (1 *Annals of Congress* 20)

Como puede colegirse, el primer Congreso norteamericano adoptó el sistema de conferencia libre flexibilizando así las formalidades para alcanzar un acuerdo. Se apartó parcialmente del sistema británico, en donde, como se explicó anteriormente, la regla era la conferencia ordinaria.

La disposición de 1789 se consolidó el 3 de enero de 1820 cuando las cámaras dictaron las primeras *Joint Rules*.³⁰ Entre las quince reglas que la componían, y en lo que aquí interesa, se estipuló que, cuando un *Bill* aprobado por una cámara resultara rechazado en la otra, no podía introducirse en la misma sesión, sino con un previo aviso de diez días y con los dos tercios de los votos de sus miembros.³¹ Asimismo, se dispuso expresamente que, en caso de existir enmiendas y que cada cámara adhiera a su versión del proyecto, el *Bill* fracasaba³² (*Joint Rules and Orders of the two Houses*, en 35 *Annals of Congress*, 53-54).³³

30 Inauguradas las sesiones del Congreso de los Estados Unidos el 4 de marzo de 1789, cada una de las cámaras se aprestó a sancionar su reglamento interno. La Cámara de Representantes sancionó su primer reglamento el 7 de abril de 1789 y el Senado lo hizo el 16 de abril (1 *Annals of Congress*, 98-101 y 20-21, respectivamente). Pero las cámaras no tuvieron un reglamento conjunto sino hasta el 3 de enero de 1820. Adicionalmente, corresponde señalar que, en toda su historia, el Reglamento del Senado sufrió siete reformas integrales desde 1789 a la fecha: 26 de marzo de 1806, 3 de enero de 1820, 14 de febrero de 1828, 25 de marzo de 1868, 17 de enero de 1877, 11 de enero de 1884 y 14 de noviembre de 1979. El texto completo del Reglamento de la Cámara de Representantes en vigencia puede consultarse en: <https://rules.house.gov/sites/evo-subsites/rules.house.gov/files/documents/houserules119thupdated.pdf>

31 Regla 13.

32 Regla 15.

33 Una versión en español de las *Joint Rules*, aunque con una deficiente traducción, puede verse en Jefferson (1826, pp. 174-177).

En la actualidad, las comisiones de conferencia cuentan con anclaje legal en los reglamentos de ambas cámaras. La cámara de origen acepta las modificaciones propuestas por la revisora cuando son de estilo; excepcionalmente acepta también las modificaciones de importancia. Cuando las cámaras presentan diferencias significativas y ninguna quiere ceder su versión del proyecto, se activa entonces el llamado Congressional Conference Committee, el cual queda sujeto al siguiente trámite parlamentario, reseñado con precisión por Rotunda y Nowak (2012, pp. 166-171):

- a. Ambas cámaras acuerdan la necesidad de convocar a conferencia para intentar resolver sus desacuerdos sobre un *Bill*, debiendo prestar cada una de ellas expresa conformidad para la convocatoria.
- b. Aprobada la convocatoria, se procede a conformar una comisión bicameral con representantes (*managers*) de ambas cámaras elegidos por los presidentes de cada una a propuesta del presidente de la comisión que tuvo a su cargo el estudio del proyecto. Los integrantes del comité varían de acuerdo con la ocasión, pudiendo ir desde los tres a los veinte miembros por cada cámara.
- c. Una vez conformado el comité, los representantes de cada cámara en la comisión no están obligados a defender el texto aprobado por la cámara a la que pertenecen.
- d. El comité de conferencia únicamente puede abordar los textos sobre los que existen discrepancias; las disposiciones que obtuvieron la aprobación de ambas cámaras no pueden ser eliminadas ni modificadas. Tampoco puede practicar modificaciones diferentes a las efectuadas en alguna de las versiones del proyecto de las dos cámaras. Sin embargo, el comité puede introducir modificaciones menores o de estilo no previstas en ninguna de las dos versiones.³⁴
- e. En caso de que la comisión de conferencia no alcance un acuerdo sobre un texto unificado, sus miembros pueden volver a sus respectivas cámaras para solicitar nuevas instrucciones o bien, directamente, emitir dictamen informando que no se llegó a consenso alguno. Al igual que en el procedimiento parlamentario inglés, cada cámara puede insistir indefinidamente en sostener su enmienda o impugnarla. En la práctica parlamentaria, las cámaras mantienen al menos dos conferencias antes de adherir a su postura (Jefferson, 1826, pp. 111-112).

34 A diferencia del sistema argentino, la cámara de origen puede enmendar en todas sus intervenciones las modificaciones introducidas por la cámara revisora. En la Argentina, sólo se limita a aprobarlas o desecharlas (art. 81, segunda oración de la CN).

- f. El comité termina su trabajo emitiendo sus conclusiones a través de un proyecto de ley unificado con las explicaciones de cada una de las propuestas en un dictamen de comisión (*conference report*). El dictamen, que debe estar firmado por al menos la mayoría de los miembros del comité, es remitido a cada cámara para su estudio y consideración. De acuerdo con el Reglamento de la Cámara de Representantes (*House Rules*), los *managers* designados para integrar el comité de conferencia cuentan con veinte días corridos desde su nombramiento para entregar el dictamen a la Cámara, aunque en la práctica se toleran demoras.
- g. El dictamen del comité debe ser considerado y aprobado por el plenario de cada una de las cámaras y su tratamiento tiene preferencia en el orden de consideración con respecto a otros asuntos. Su tratamiento se inicia por la cámara que no solicitó la conferencia y, de ser aprobado, pasa a la otra.
- h. El *Bill* ofrecido por el comité de conferencia no puede ser modificado por ninguna de las cámaras y sólo puede ser aprobado o rechazado en su totalidad, con excepción de modificaciones menores o de estilo. En este último caso, estas modificaciones deben debatirse por separado durante cuarenta minutos en cada cámara.
- i. En caso de que una cámara rechace al menos una de estas modificaciones, se rechaza la totalidad del proyecto. Pero la Cámara de Representantes puede solicitar el tratamiento del resto del dictamen eliminando la enmienda rechazada y, de resultar aprobado, el dictamen es girado al Senado, que puede aprobarlo o, en su defecto, solicitar la convocatoria a una segunda conferencia.
- j. Si las dos cámaras insisten en sus respectivas versiones de sus proyectos y ninguna de ellas pide conferencia, el *Bill* fracasa (Hinds, 1907, p. 603).³⁵

³⁵ En su importante obra de precedentes parlamentarios de la Cámara de Representantes del Congreso de los Estados Unidos, el exsecretario parlamentario de esa cámara (1895-1911) Asher Hinds da cuenta de dos situaciones ilustrativas al respecto. La primera tuvo lugar el 11 de mayo de 1820 con el proyecto de ley para proveer vestimenta al Ejército de los Estados Unidos con manufacturas nacionales, en donde las cámaras no lograron ponerse de acuerdo con respecto a una de las enmiendas practicadas por la cámara baja luego de ser rechazada por el Senado. La Cámara de Representantes votó por insistir en dicha enmienda y no solicitó conferencia, y el 10 de mayo el Senado hizo lo propio con su versión del proyecto. Al día siguiente, la cámara mantuvo su insistencia, rechazó una moción para posponer el tratamiento del proyecto y este quedó sobre la mesa de entradas, con lo que terminó fracasando (Hinds, 1907, p. 620). Lo mismo sucedió en 1879 con el proyecto de asignaciones para el Ejército. Tras dos conferencias ineficaces, las cámaras no pudieron ponerse de acuerdo con respecto al empleo de tropas del ejército durante las elecciones. A propuesta de uno de sus *managers*, la Cámara de Representantes insistió en su versión del proyecto sin solicitar una nueva

Cabe señalar, para concluir este asunto, que, en virtud de una tradición histórica, los proyectos deben aprobarse por ambas cámaras dentro de los dos años parlamentarios. Fuera de ese período, el *Bill* se considera caducado (Rotunda y Nowak, 2012, p. 170) y pierde estado parlamentario. El plazo no incluye al acto de promulgación de la ley por parte del Poder Ejecutivo (p. 171).

Hasta 1950, sólo el diez por ciento de todos los *Bills* considerados por ambas cámaras se resolvían por vía de conferencia, aunque dentro de esa nómina se hallaban siempre las leyes de mayor trascendencia (Bidegain, 1950, p. 632).

4. El régimen constitucional argentino

En una de las pocas materias en donde lo hizo, y que es útil mencionar para comprobar que la Constitución argentina no es, como vulgarmente se piensa, una réplica de la de los Estados Unidos, nuestra ley fundamental se apartó³⁶ de su modelo norteamericano regulando minuciosamente el proceso de formación y sanción de las leyes. Así, entre otras disposiciones, incorporó un procedimiento de resolución de desacuerdos entre las cámaras durante el trámite de la ley. La reglamentación del procedimiento parlamentario por la Constitución argentina, explica Perfecto Araya (1911, p. 177), es consistente con el plan armónico al que se han ajustado los poderes que concurren a la elaboración de la ley que de ningún modo podría sostenerse sin un conjunto de reglas de procedimiento tendientes a dar solución a los conflictos que puedan ocurrir entre las cámaras.

La solución ofrecida se encuentra regulada por el artículo 81 de la Constitución Nacional, el cual está redactado en los términos siguientes:

Ningún proyecto de ley desechará totalmente por una de las Cámaras podrá repetirse en las sesiones de aquel año. Ninguna de las Cámaras puede desechar totalmente un proyecto que hubiera tenido origen en ella y luego hubiese sido adiconado o enmendado por la Cámara revisora. Si el proyecto fuere objeto de adiciones o correcciones por la Cámara revisora, deberá indicarse el resultado de la votación a fin de establecer si tales adiciones o correcciones fueron realizadas

conferencia. Notificado de la decisión, el Senado insistió en su versión y se abstuvo de solicitar una conferencia, por lo que el *Bill* fracasó (p. 632).

36 En este punto, se equivoca Florentino González (1871, p. 223) al afirmar que los trámites establecidos por los artículos 69 a 73 de la Constitución argentina —numeración de 1860— son “idénticos” a lo prescripto por el artículo I, sección séptima de la Constitución norteamericana para la formación de las leyes.

por mayoría absoluta de los presentes o por las dos terceras partes de los presentes. La Cámara de origen podrá por mayoría absoluta de los presentes aprobar el proyecto con las adiciones o correcciones introducidas o insistir en la redacción originaria, a menos que las adiciones o correcciones las haya realizado la revisora por dos terceras partes de los presentes. En este último caso, el proyecto pasará al Poder Ejecutivo con las adiciones o correcciones de la Cámara revisora, salvo que la Cámara de origen insista en su redacción originaria con el voto de las dos terceras partes de los presentes. La Cámara de origen no podrá introducir nuevas adiciones o correcciones a las realizadas por la Cámara revisora.

Esta cláusula, vigente en la actualidad con importantes modificaciones practicadas por la reforma constitucional de 1994,³⁷ es originaria de 1853. Se aprobó el 29 de abril de ese año, ocupando el artículo 68 en la numeración de entonces (Ravignani, 1937, p. 532). Sin embargo, ni en el seno de la Convención ni en el informe de la Comisión de Negocios Constitucionales emitido el 18 de abril de 1853 se ofrece una explicación concreta sobre ella (Ravignani, 1939, pp. 779-782). La única referencia que aparece en el último de los documentos mencionados es la siguiente:

Para que la Confederación obedezca a una ley del Congreso, es indispensable que concurra la sanción de ambas Cámaras, y el Proyecto ha deslindado las atribuciones que corresponden a una y a otra, tratando de asegurar la madurez de las deliberaciones y el acierto de ellas en el sentido del bien general. (Ravignani, 1939, p. 779)

Frente a los antecedentes descriptos y para formarnos una opinión más exacta acerca de este interesante asunto, se torna imperativo desentrañar el sentido de la cláusula en estudio, identificando su origen y acudiendo a las reglas de interpretación constitucional aplicables.

³⁷ La reforma constitucional de 1994 introdujo cinco modificaciones al entonces artículo 71 de la Constitución de 1853/60, cuya numeración se trasladó al 81: 1) incorporó una oración por la que le prohibió a la cámara de origen rechazar totalmente un proyecto de ley aprobado por ella (art. 81, segunda oración); 2) estipuló expresamente el modo de computar las votaciones cuando se introducen modificaciones al proyecto precisando las mayorías alcanzadas (art. 81, tercera oración); 3) unificó el criterio como base de las mayorías necesarias para llevar adelante las modificaciones estipulando su cómputo sobre los miembros presentes (art. 81, tercera, cuarta y quinta oración); 4) suprimió dos reenvíos —uno a la cámara revisora y otro a la de origen—, reduciendo de cinco a tres lecturas el trámite del proyecto (art. 81, cuarta y quinta oración); y 5) le prohibió a la cámara iniciadora introducir nuevas modificaciones al proyecto de ley en segunda revisión (art. 81, sexta oración).

4.1 Origen del artículo 81 de la Constitución Nacional

El cotejo de todos los documentos que conforman los antecedentes constitucionales que precedieron a la Constitución de 1853 ofrece seis caracterizaciones principales con respecto al tema en estudio:

- a. Con tres excepciones, todos los proyectos constitucionales patrios regularon el proceso de formación y sanción de las leyes.³⁸
- b. Con excepción del reglamento de división de poderes de 1811,³⁹ todos diseñaron un Poder Legislativo bicameral.⁴⁰
- c. Todos siguieron un mismo patrón en caso de acuerdo total de las cámaras.
- d. Con ligeras variantes, todos prohibieron reeditar temporalmente el tratamiento de un proyecto rechazado por una de las cámaras.⁴¹
- e. Con excepción del Estatuto Provisional de 1815,⁴² el Proyecto de Constitución

38 Las tres excepciones fueron el Estatuto Provisional de 1816, el Reglamento Provisorio de 1817 y la Ley Fundamental de 1825.

39 Que instituyó un poder legislativo unicameral en la “Junta Conservadora” (sección primera, artículo 1).

40 Proyecto de Constitución de 1813 (art. 66), Proyecto de Constitución de 1813 de la comisión *ad hoc* (capítulo 8, art. 1), Proyecto de Constitución de 1813 de la Sociedad Patriótica (art. 79), Proyecto de Constitución federal de 1813 (art. 6), Proyecto de Constitución monárquica de 1815 (art. 9), Proyecto de Constitución de 1818 (art. 3), Constitución de 1819 (art. III), Constitución de 1826 (art. 9), Proyecto de Pedro de Angelis (art. 23), Proyecto de Alberdi (art. 40), Proyecto de Gorostiaga (capítulo 5, arts. 34 a 39). Inexplicablemente, frente a estos antecedentes, Estrada (1927, p. 192) afirma que hasta 1815 ninguno de los proyectos de Constitución aceptó el bicameralismo.

Ni los estatutos provisionales de 1815 y 1816, ni el Reglamento Provisorio de 1817 ni la Ley Fundamental de 1825 regularon un Poder Legislativo permanente. El primero de ellos se limitó a señalar que el Poder Legislativo reside en los pueblos y que hasta la instalación del Congreso las disposiciones legales recaerán en una “Junta de Observación” (Sección Segunda, Capítulo único, artículo único). Ésta tenía una función legislativa provisional hasta la instalación del Congreso de las Provincias Unidas. A la Cámara de Diputados, algunos proyectos la denominaron Sala de Representantes (cfr. proyecto de Constitución de 1813 –art. 66–, proyecto de la comisión *ad hoc* de 1813 –art. 1, cap. 8–, proyecto de la Sociedad Patriótica de 1813 –art. 79–, proyecto de Constitución federal de 1813 –art. 6–, proyecto de Constitución de 1818 –art. 3–, Constitución de 1819 –art. III– y Constitución de 1826 –art. 9–).

41 Proyecto de Constitución de 1813 (art. 90); Proyecto de Constitución de 1813 de la comisión *ad hoc* (capítulo 15, art. 11); Proyecto de Constitución de 1813 de la Sociedad Patriótica (art. 84), aunque aquí la sanción se daba en un segundo reenvío; Proyecto de Constitución monárquica de 1815, aunque se estipulaba que el proyecto rechazado no podía tratarse “hasta otra sesión” (art. 9); Proyecto de Constitución de 1818 (art. 50); Constitución de 1819 (art. LI); Constitución de 1826 (art. 62); Proyecto de Pedro de Angelis, que impedía el tratamiento “hasta la siguiente sesión” (art. 50); Proyecto de Alberdi (art. 74); y Proyecto de Gorostiaga (art. 37). El Proyecto de Constitución federal de 1813 no contempló la posibilidad de desacuerdos entre las cámaras, sólo se limitó a regular el proceso de aprobación y, eventualmente, el voto (“desacuerdo”) del Poder Ejecutivo (arts. 25 y 26).

42 Estatuto Provisional de la Junta de Observación, art. 9.

tución de 1818,⁴³ la Constitución de 1819,⁴⁴ el proyecto de Alberdi⁴⁵ y el borrador de Constitución preparado por Gorostiaga,⁴⁶ la posibilidad de introducir modificaciones a un proyecto de ley venido en revisión no fue aceptada por la mayoría de los antecedentes constitucionales previos a la Constitución de 1853 que regularon el proceso de formación de las leyes.⁴⁷ En esos documentos, la cámara revisora únicamente podía limitarse a aceptar o a rechazar la versión de la de origen, pudiendo en algunos casos —como en el proyecto de Alberdi— devolverlo con sus objeciones.

- f. Entre los antecedentes constitucionales que admitieron la posibilidad de discrepancias parciales entre las cámaras legislativas, ninguno le confirió a alguna de ellas un privilegio de última instancia para decidir la versión final de la ley.

Al organizar las soluciones para los desacuerdos parlamentarios en el trámite de la ley, la Constitución de 1853 se apartó considerablemente del cuadro descripto en los antecedentes nacionales, otorgando un origen híbrido a la cláusula constitucional en estudio. La primera parte,⁴⁸ que regula los efectos del rechazo total del proyecto de ley por una de las cámaras, encuentra su origen en el proyecto de Constitución de 1818 —reproducida por la Constitución de 1819 y, con variantes, por la de 1826— y en el proyecto de Constitución de Alberdi de 1852. Según se ha expuesto con anterioridad, fue el resultado de la tradición seguida por casi todos los proyectos constitucionales patrios que precedieron al de 1853.⁴⁹ Pero no sucede lo mismo con el procedimiento para los desacuerdos

⁴³ Artículo 49.

⁴⁴ Artículo XLIX.

⁴⁵ Artículo 75.

⁴⁶ Artículo 38.

⁴⁷ Proyecto de Constitución de 1813 (art. 90), Proyecto de Constitución de 1813 de la comisión *ad hoc* (Capítulo 15), Proyecto de Constitución de 1813 de la Sociedad Patriótica (art. 84), Proyecto de Constitución federal de 1813 (arts. 25 y 26), Proyecto de Constitución monárquica de 1815 (art. 9), Constitución de 1826 (art. 61). El proyecto de Pedro de Angelis le permitía a la cámara revisora desechar un proyecto de ley —aunque no aclaraba si el rechazo era total o parcial—, regresándolo con sus observaciones a la de origen, que podía insistir con dos tercios, pero luego tenía que ser aprobado por la revisora también con dos tercios (art. 54).

⁴⁸ Artículo 81, primera oración.

⁴⁹ El origen más remoto de la primera oración del artículos 81 podría ubicarse en la Constitución de Cádiz de 1812, cuyo artículo 140 se encuentra redactado en los términos siguientes: “Si las Cortes desecharan un proyecto de ley en cualquier estado de su examen, o resolvieren que no debe procederse a la votación, no podrá volver a proponerse en el mismo año”.

parciales que, regulado en la segunda parte de la disposición en estudio,⁵⁰ no encuentra antecedentes constitucionales previos a 1853 en el país ni se halla tampoco en la Constitución de los Estados Unidos. Para resolver este tema, los constituyentes de 1853 posaron su mirada sobre el sistema chileno, vigente en su época, de cuya consideración me ocuparé seguidamente.

Con los antecedentes apuntados, corresponde examinar las principales características del sistema de solución de desacuerdos parciales diseñado por la Constitución argentina.

4.2 El privilegio de la cámara de origen

En el sistema constitucional argentino, la cámara de origen juega un papel fundamental como árbitro final de la voluntad legislativa. Como en el derecho anglosajón, se exige un acuerdo total de voluntades de ambas cámaras para la sanción de una ley. Empero, en el procedimiento parlamentario argentino, el bicameralismo puro e inflexible se encuentra circunscripto al concepto general de la ley.⁵¹ En lo que respecta a las consideraciones de detalle, en lugar de disponer el naufragio del proyecto ante desacuerdos puntuales sobre disposiciones que no puedan conciliarse, el sistema permite bajo ciertas condiciones la prevalencia de la voluntad de una de las cámaras por sobre otra autorizándola a insistir con su redacción originaria del proyecto. Se explicó así:

Sin desechar como un indicio de sensatez y de verdad, la superioridad *numérica*, nuestra Constitución concede valor de severo juicio al *pensamiento de cuerpo*. Combinando esos dos elementos, así ella da prioridad en los casos de divergencia, a la cámara que con manifiesta uniformidad ha engendrado el proyecto. De esa manera es como conserva la igualdad y equilibrio entre ambas asambleas. (Araya, 1911, p. 182)⁵²

50 Artículo 81, tercera a sexta oración.

51 Al explicar las consecuencias del rechazo total de un proyecto estipuladas en la primera parte del artículo 81 de la Constitución Nacional, Bidart Campos (1967, p. 361) refiere que ese es el momento en donde se advierte la igualdad de las cámaras. En sentido análogo, González Calderón (1978, p. 372) observa que la sanción estipulada por la primera parte de la disposición en estudio es consecuente con la naturaleza y finalidad del sistema bicameralista. Yendo un poco más allá, Colautti (1998, p. 177) entiende que la Constitución no exige una coincidencia de ambas cámaras sobre el texto sancionado, sino sólo el tratamiento del proyecto por ambas.

52 Las bastardillas corresponden al original.

Así entonces, el constituyente adjudicó autoritativamente la prerrogativa a la cámara iniciadora de decidir, bajo ciertas condiciones, la versión definitiva de la ley y enviarla al Poder Ejecutivo, a pesar de existir manifestaciones formales de desacuerdo de la otra cámara.

El artículo 81 de la Constitución adopta con toda precisión lo que se conoce como una de las variantes del sistema de *navette*, esto es, un sistema de reenvíos recíprocos entre las cámaras con decisión final de una de ellas. Estipula así en su cuarta y quinta oración:

La Cámara de origen podrá por mayoría absoluta de los presentes aprobar el proyecto con las adiciones o correcciones introducidas o *insistir en la redacción originaria*, a menos que las adiciones o correcciones las haya realizado la revisora por dos terceras partes de los presentes. En este último caso, el proyecto pasará al Poder Ejecutivo con las adiciones o correcciones de la Cámara revisora, salvo que la Cámara de origen *insista en su redacción originaria* con el voto de las dos terceras partes de los presentes.⁵³

La disposición reseñada representa el corazón del sistema de resolución de desacuerdos intraparlamentarios adoptado por la Constitución argentina. Según ella, la cámara que estudió primero el proyecto cuenta con el privilegio de decidir la versión definitiva de la ley en caso de desacuerdo con la otra y que se hubiere votado con la misma mayoría en ambas. En otros términos: a igualdad de mayorías, prevalece el proyecto de la cámara iniciadora. Esto es lo que se conoce como el “privilegio de la cámara de origen”. Se trata de una prerrogativa que, a diferencia de otros sistemas, en el argentino no es inherente a una cámara en particular, sino que le es atribuible a cualquiera de las dos cámaras legislativas por el sólo hecho de haber iniciado el estudio del proyecto.

La cláusula parece ser lo suficientemente clara al respecto en tanto habilita a la cámara de origen a “insistir en su redacción original” sin ninguna cortapisa ni excepción. Tan sólo condiciona esta potestad a un juego de mayorías especiales entre la iniciadora y la revisora para contrarrestar la influencia de la otra. En lugar del bicameralismo perfecto del sistema anglosajón, la Constitución argentina se inclinó entonces por prevenir la posibilidad de graves choques y resentimientos entre las dos cámaras del Congreso a partir de una serie interminable de enmiendas y reenvíos recíprocos entre ellas (González, 2001, núm. 497, p. 465). Por ello es que la autorización constitucional otorgada a la cámara

53 Las bastardillas son propias.

iniciadora para insistir en su versión del proyecto sin más reparos que las mayorías constitucionales previstas lleva implícita la posibilidad de reponer todas las disposiciones que sufrieron modificaciones en la cámara revisora.

4.3 El concepto constitucional de correcciones

Un fugaz criterio doctrinario comenzó a abrirse camino en los últimos tiempos sosteniendo que el reconocido privilegio acordado por la Constitución a la cámara de origen para insistir en su versión del proyecto no es ilimitado, basándose en el lenguaje constitucional. Según esta doctrina, tratándose de un desacuerdo parcial la posibilidad de insistir acordada a la cámara iniciadora —además de la exigencia de igualar la mayoría—, se encuentra limitada únicamente a las disposiciones “adicionadas o corregidas” por la revisora, pero no a las suprimidas (Arballo, 2024a, párr. 10; Benente, 2024, punto 3; Benente et al., 2024, como se citó en Gil Domínguez, 2024a, párr. 3; Gil Domínguez, 2024b, párr. 6; Ibarra, 2024, punto 14; Nazareno, 2024, párr. 11). Desde una interpretación al parecer gramatical, y guarecida bajo la sombra de un bicameralismo republicano, se explica que la Constitución habilita únicamente a practicar “adiciones y correcciones” como condición para que el proyecto regrese a la cámara iniciadora. Consiguientemente, le abre la puerta a la insistencia sobre la versión original únicamente cuando hubo adiciones o cambios puntuales, pero se considera en cambio que el rechazo “impide cerrar el circuito del doble conforme [pues] es inconciliable el sí de una cámara con el no quiero de otra” (Arballo, 2024a, párr. 10). Al recibir el proyecto, la insistencia estaría limitada a la facultad de elegir entre las disposiciones originales que no sufrieron adiciones o correcciones o bien entre las adicionadas y corregidas. Como consecuencia de lo expuesto, los artículos, capítulos y/o títulos del proyecto que resulten completamente rechazados por la cámara revisora, por no constituir ni “adiciones” ni tampoco “correcciones”, quedarían excluidos de la posibilidad de ser insistidos por la de origen. Varias consideraciones nos previenen contra esta propuesta interpretativa.

Los argumentos que sustentan el planteo descartan *in limine* cualquier posibilidad de encuadrar el caso como una “adición”, pero obligan en cambio a considerar si el “rechazo” o “supresión” de disposiciones completas de un proyecto de ley pueden guarecerse semánticamente bajo el concepto de “corrección” empleado por el artículo 81 de la Constitución Nacional.

Encontrándose en disputa el lenguaje de la Constitución, la regla de in-

terpretación que, por su neutralidad y especialidad en el campo semántico, se presenta como más confiable para dilucidar el alcance de un término es el textualismo. De acuerdo con este enfoque, las palabras de una Constitución deben ser entendidas en el sentido en el que son empleadas popularmente, a menos que el contexto o la propia naturaleza del término indique lo contrario (Badeni, 2010, p. 140; Cooley, 1903, pp. 92-93; Escriche, 1875, p. 401; Gorsuch, 2019, p. 131; Linares Quintana, 2007, p. 309; Sedgwick, 1874, p. 224; Von Holst, 1887, p. 55; Willoughby, 1929, p. 52). El textualismo excede a la interpretación gramatical; consiste en interpretar un texto legal según el significado normal y habitual de sus palabras (Gorsuch, 2019, p. 131) al momento de su sanción (Willoughby, 1929, p. 52).⁵⁴ El juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos Neil Gorsuch (2019) explica así los alcances de esta regla de interpretación:

Al interpretar las leyes [el textualismo] les pide a los jueces que disciernan (sólo) lo que un hablante común (...) familiarizado con los usos de la ley habría entendido que significaba el texto legal en el momento de su sanción. En lugar de comenzar con la historia legislativa o hacer hipótesis económicas sobre las consecuencias sociales, un textualista comienza con definiciones de diccionario, reglas gramaticales y el contexto histórico en el que se adoptó una ley para ver qué significaba su lenguaje para quienes la adoptaron. Así, el textualismo ofrece una metodología conocida y cognoscible para que los jueces determinen imparcialmente y fijen lo que es la ley en lugar de declarar lo que debería ser: un método para discernir el contenido de la ley escrita sin juicios de valor extraños sobre personas o políticas. (p. 131)

Este mecanismo de interpretación de la Constitución encontró recepción jurisprudencial en la Corte Suprema argentina, que, tomándola de su par norteamericana,⁵⁵ en no pocos precedentes sostuvo que constituye una adecuada

54 Algunos textualistas extienden el alcance del significado de las palabras explicando que no solamente deben limitarse a su entendimiento común o profano. Dependiendo del contexto del caso, se afirma también que puede tomarse el significado público atribuido por el que hubiera entendido un lector razonable e informado de la época (McGinnis y Rappaport, 2024, párr. 4). El tratamiento pormenorizado de este tema excede al objeto de esta investigación.

55 La Suprema Corte de los Estados Unidos adoptó desde sus orígenes esta regla de interpretación. En *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1 (1824), John Marshall escribió: “Como los hombres, cuyas intenciones no requieren disimulo, generalmente emplean las palabras que expresan más directa y adecuadamente las ideas que pretenden transmitir, debe entenderse que los patriotas ilustrados que redactaron nuestra Constitución y el pueblo que la adoptó emplearon las palabras en su sentido natural y que tenían la intención de decir lo que dijeron” (p. 188). Otros fallos en sentido análogo: *Tennessee v. Whitworth*, 117 U.S. 139 (1886), donde sostuvo que “las palabras de una Constitución, tanto como

hermenéutica la que conduce a dar a las palabras de la ley el significado que tienen en el lenguaje común, en la vida diaria, o bien el sentido más obvio al entendimiento común.⁵⁶ Remarcó también que cada palabra de la Constitución debe tener su fuerza y su significado propio, no debiendo suponerse que ella ha sido inútilmente usada o agregada o rechazarse como superflua o sin sentido.⁵⁷

La Constitución no emplea el vocablo “corrección” sino únicamente en el artículo 81, y lo hace en seis oportunidades. La posibilidad de establecer modificaciones al trámite de un proyecto de ley bajo la expresión de “adiciones o correcciones”, como fórmula legislativa, se usó por primera vez en el país en el Estatuto Provisional de 1815 y, más específicamente, en el artículo 8 del Estatuto Provisional de la Junta de Observación para referirse a las modificaciones a las leyes vigentes. Se trata de una expresión de uso común de la época que, con sinonimias, acompañó a buena parte de las constituciones sudamericanas más o menos contemporáneas a la argentina de 1853⁵⁸ y fue

las de la ley, siempre deben ser entendidas en su significado ordinario, a menos que existan fuertes razones para lo contrario” (p. 147); *Knowlton v. More*, 178 U.S. 41 (1900), donde sostuvo que un canon elemental de interpretación es dar efecto a cada palabra de la Constitución (p. 87); *United States v. Sprague*, 282 U.S. 716 (1931), donde señaló que “la Constitución fue escrita para ser entendida por los votantes; sus palabras y frases se emplearon en el sentido normal y ordinario para distinguirse del significado técnico” (p. 731). Más acá en el tiempo, al fallar el caso *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008, pp. 576-577), con voto del juez Scalia, se replicó la doctrina de Sprague y, asimismo, se señaló que el significado normal de las palabras puede admitir giros idiomáticos, pero excluye significados técnicos o secretos que no puedan ser conocidos por ciudadanos comunes al momento de sanción de la norma.

56 Casos YPF c. Administración Nacional de Aduanas, Fallos: 345:1249 (2022); Chehadi, Fallos: 345:849 (2022); Alianza Vamos Mendocinos, Fallos: 344:2339 (2021); Badoza, Fallos: 344:1635 (2021); Rosenzvit, Fallos: 338:386 (2015); Toso, Fallos: 325:2500 (2002); A.F.I.P. c. Povolo, Fallos: 324:3345 (2001); Xu Zichi, Fallos: 324:2603 (2001); Georgalos, Fallos: 324:291 (2001); Saneamiento y Urbanización, Fallos: 321:153 (1998); Sigra, Fallos: 320:1962 (1997); Rodríguez, Fallos: 320:389 (1997); Juez de Foz de Iguazú, Fallos: 318:595 (1995); Segovia, Fallos: 316:2695 (1993); A. Gas S.A., Fallos: 316:2561 (1993); Lodi, Fallos: 315:1256 (1992); Unión Cívica Radical de la Provincia de Buenos Aires, Fallos: 308:1745 (1986); Mambrini de Fernández, Fallos: 295:376 (1976); A.P. Green, Argentina, Fallos: 262:60 (1965); Puloil, Fallos: 258:75 (1964); Bianchi y Cía., Fallos: 248:111 (1960); Martínez, Fallos: 200:165 (1944); Macri 200:165 (1944); y De Oro, Fallos: 7:464 (1869), entre otros.

57 Casos De Benedetti, Fallos: 346:25 (2023); YPF c. Administración Nacional de Aduanas, Fallos: 345:1249 (2022); Alianza Vamos Mendocinos, Fallos: 344:2339 (2021); Astra, Fallos: 331:2550 (2008); Consultatio S.A., Fallos: 328:456 (2005); Bratti, Fallos: 327:769 (2004); Alianza Frente por Nuevo País, Fallos: 326:1778 (2003); Lodi, Fallos: 315: 1256 (1992); Martínez, Fallos: 200:165 (1944); Macri 200:165 (1944); Geddes, Fallos: 95:327 (1902), consid. tercero, entre otros.

58 La Constitución de Bolivia del 21 de septiembre de 1851 habilitaba al Congreso a reconsiderar los proyectos de ley aprobados por ambas cámaras con “adiciones o modificaciones” (art. 50, inc. 9); la uruguaya de 1830 autorizaba a la cámara revisora para adicionar, reformar o desechar el proyecto (art. 60); la Constitución peruana del 10 de noviembre de 1839 sólo habilitó adiciones al proyecto (art. 63); las constituciones venezolana del 24 de septiembre de 1830 y ecuatoriana del 6 de septiem-

mantenida hasta la actualidad en el país por todas las reformas constitucionales, incluida la de 1949.⁵⁹

Por elementales cuestiones de técnica legislativa, la introducción de modificaciones a un proyecto puede presentar tres características posibles: que se le inserten textos (adiciones), que se elimine texto (supresiones) o bien que se rectifique (correcciones). El diccionario de la lengua española explica que el sustantivo “corrección” —en su quinta acepción— designa la “alteración o cambio que se hace en las obras escritas (...), para quitarles defectos o errores, o para darles mayor perfección” (Real Academia Española, 2001, p. 663). A su vez, estipula que “alterar” es cambiar la forma o esencia de algo (p. 124, primera acepción). Desde una interpretación puramente gramatical, entonces, las correcciones a las que está sujeto un proyecto de ley incluyen las “quitas de defectos o errores”, pues la supresión de texto importa un cambio en la forma de la ley que, como tal, encuadra lingüísticamente dentro de una “corrección”.

Sobre lo expuesto es preciso señalar que lo que exige la Constitución es una definida concordancia de voluntades de las dos cámaras sobre un mismo proyecto. Por ello, las correcciones se practican sobre el proyecto de ley como un todo y no quedan circumscripciones a los cambios puntuales de su articulado, como son los artículos, capítulos o títulos que no constituyen unidades conceptuales susceptibles de consideración constitucional autónoma (Oyhanarte, 2024, párr. 3). Esto es lo que semánticamente expresa con toda claridad el artículo 81 en su tercera, cuarta y quinta oración, que revela que los cambios designados bajo la expresión “adiciones o correcciones” constituyen el predicado de un único sujeto: el proyecto de ley. Se expresa textualmente:

Si el proyecto fuere objeto de adiciones o correcciones por la Cámara revisora... [tercera oración] La Cámara de origen podrá por mayoría absoluta de los presentes aprobar el proyecto con las adiciones o correcciones introducidas... [cuarta

bre de 1852 facultaron a la cámara revisora a oponer “reparos, adiciones o modificaciones” (arts. 92 y 44 respectivamente); la Constitución de la República de Nueva Granada (Colombia) del 8 de mayo de 1843 autorizó “alteraciones y variaciones” (art. 72).

59 El artículo 72 de la Constitución de 1949 estaba redactado en los términos siguientes: “Ningún proyecto de ley, desecharon totalmente por una de las Cámaras, podrá repetirse en las sesiones de aquel año. Pero si sólo fuese adicionado o corregido por la Cámara revisora, volverá a la de su origen; y si en ésta se aprobasen las adiciones o correcciones por mayoría absoluta de los miembros presentes, pasará al Poder Ejecutivo de la Nación. Si las adiciones o correcciones fueren rechazadas, volverá por segunda vez el proyecto a la Cámara revisora, y si aquí fueren nuevamente sancionadas por una mayoría de las dos terceras partes de sus miembros presentes, pasará el proyecto a la otra Cámara, y no se entenderá que ésta repreba dichas adiciones o correcciones si no concurre para ello el voto de las dos terceras partes de sus miembros presentes”.

oración] [...] el proyecto pasará al Poder Ejecutivo con las adiciones o correcciones de la Cámara revisora. [quinta oración]

El sentido asignado concuerda también con lo estipulado por los reglamentos de ambas cámaras del Congreso de la Nación. Tanto el Reglamento de la Cámara de Diputados (en adelante, RCDN) como el del Senado (en adelante, RCSN) precisan que, durante la discusión en particular de un “proyecto”, podrán presentarse otros artículos que “o sustituyan totalmente al que se está discutiendo, o modifiquen, adicionen o supriman algo de él”.⁶⁰ En las condiciones descriptas, no cabe duda de que las eliminaciones de texto que se practican dentro de un proyecto de ley quedan guarecidas en el concepto de corrección.

Sería el colmo de la fatuidad pensar que el constituyente habilitó adiciones y modificaciones al texto y, en cambio, no previó la situación de las supresiones, dejando una laguna constitucional que equivaldría a desatender todas las máximas de la política y de la prudencia. La hermenéutica constitucional impide considerar seriamente semejante hipótesis que, además de absurda, resultaría conculatoria de una de las más elementales reglas de interpretación consagradas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde su primer año de vida constitucional, según la cual la inconsecuencia o falta de previsión no se suponen en el legislador al dictar las leyes.⁶¹

En otro orden, adquiere también una importancia decisiva un aporte grammatical efectuado en esta materia por la reforma constitucional de 1994 (Die-

60 Artículos 161 del RCDN y 174 del RCSN.

61 Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos *Calvete*, Fallos: 1:297 (1864); *Ramos*, Fallos: 278:62 (1970); *Fernández de González*, Fallos: 297:142 (1977); *Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación*, Fallos: 327:2423 (2004); *Villalba*, Fallos: 327:5091 (2004); *Asociación Civil Jockey Club*, Fallos: 327:5614 (2004); *Pesquera Alenfish*, Fallos: 328:2627 (2005); *Narváez*, Fallos: 329:21 (2006); *Montiel*, Fallos: 329:3082 (2006); *Buteler Oliva*, Fallos: 329:3564 (2006); *Club 20 de Febrero*, Fallos: 329:4007 (2006); *Municipalidad de Crespo c. Provincia de Entre Ríos*, Fallos: 329:5826 (2006); *Organización Veraz*, Fallos: 330:304 (2007); *Ramos*, Fallos: 330:1910 (2007); *Magoia*, causa M. 426. XXXVIII. REX del 08/05/2007; *Ceballos*, Fallos: 330:4713 (2007); *Mendoza*, Fallos: 331:866 (2008); *P. A. c. Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas Discapacitadas*, Fallos: 338:488 (2015); *Boggiano*, Fallos: 339:323 (2016); *Pirelli*, Fallos: 340:644 (2017); *Benoist*, Fallos: 341:631 (2018); *Bernardes*, Fallos: 343:140 (2020); *Copparoni S.A.*, Fallos: 343:498 (2020); *Rodríguez Buela*, Fallos: 343:1434 (2020); *Club Ferrocarril Oeste*, Fallos: 343:1772 (2020); *Lencina*, Fallos: 344:5 (2021); *Frente Cambiamos La Pampa*, Fallos: 344:2513 (2021); *Estado Nacional c. CEPIS*, Fallos: 344:3289 (2021); *Breard*, Fallos: 345:1 (2022); *Castelli*, Fallos: 345:244 (2022); *Sicopre S.R.L.*, Fallos: 345:838 (2022); *Chehadi*, Fallos: 345:849 (2022); *A. B.R. c. Swiss Medical*, Fallos: 345:938 (2022); *C. H. c. Swiss Medical*, Fallos: 345:945 (2022); *Funez Lopez*, Fallos: 345:1086 (2022); *YPF c. Administración Nacional de Aduanas*, Fallos: 345:1249 (2022); *De Benedetti*, Fallos: 346:25 (2023); *Vicentín S.A.I.C.*, Fallos: 346:441 (2023); *Morales*, Fallos: 346:634 (2023); *Natusur S.A.*, Fallos: 347:1128 (2024); *Engel*, Fallos: 347:1191 (2024) y *Equimac*, Fallos: 347:1313 (2024), entre muchos otros.

gues, 2024b, párr. 4). En esa oportunidad, se incorporó una segunda oración al artículo 81 prohibiendo a la cámara de origen rechazar totalmente un proyecto originado en ella después de haber sido adicionado o “enmendado” por la cámara revisora. Este último vocablo, que no figuraba en el texto original de 1853, complementó decisivamente al término “corrección” (párr. 4). Como sustantivo femenino, “enmienda” designa toda “propuesta de variante, adición o reemplazo de un proyecto, dictamen, informe o documento análogo” (Real Academia Española, 2001, p. 921, segunda acepción). Parlamentariamente, se define como “el derecho a pedir modificaciones en los textos propuestos” a discusión y votación del Parlamento (Duverger, 1970, p. 184). El derecho comparado ofrece pruebas que validan el sentido apuntado a partir de diversas leyes de carácter interpretativo existentes en la actualidad. Se puede citar en este sentido la General Interpretation Act de Malawi de 1966, que, a los efectos legales en ese país, prescribe que el término “enmienda” incluye las “derogaciones, adiciones, variaciones y sustituciones”.⁶² En sentido análogo lo hace la Interpretation of Laws and General Provisions Act del año 2006 de Sudán del Sur, que, a los efectos interpretativos, estipula que el término “enmendar” incluye “derogar, revocar, rescindir, cancelar, reemplazar, adicionar o variar una disposición de una ley o instrumento escrito”.⁶³ En el mismo sentido, el sistema de enmienda es el procedimiento elegido por los Estados Unidos de entre los dos mecanismos constitucionales autorizados para reformar su Constitución histórica. Para ilustrar sus alcances parlamentarios, bastará con describir el proceso de inserción y eliminación de la llamada “ley seca”, que rigió en ese país entre 1920 y 1933. La medida se instrumentó a través de la decimoctava enmienda, aprobada y ratificada en 1919, que se “adicionó” a la Constitución. De igual grado, se modificó a fines de 1933 por la vigesimoprimera enmienda, que, en el primero de sus tres artículos, dispuso “suprimir” la enmienda anterior.

Partiendo de la base de que en las reformas parciales practicadas a la Constitución, además de conservar la coherencia y homogeneidad del texto, los constituyentes deben mantener el estilo entre los preceptos anteriores y los nuevos (Linares Quintana, 2007, p. 335), el texto actual del artículo 81 consigue una perfecta homogeneidad en sus términos para describir las modificaciones prac-

62 General Interpretation Act 1966 (Malawi), artículo 2, inc. 1, <https://malawilii.org/akn/mw/act/1966/36/eng@2014-12-31>

63 Interpretation of Laws and General Provisions Act 2006 (Sudán del Sur), artículo 4, <https://mofp.gov.ss/laws/InterpretationoflawsAct2006.pdf>

ticadas en un proyecto de ley señalándolas como “enmiendas”, las cuales, semánticamente, alcanzan una sinonimia con el término “corrección”.⁶⁴

Con pocas excepciones, la doctrina constitucional no trabajó en profundidad la problemática en estudio. Sin embargo, la mayoría de los autores describieron a la expresión “adiciones o correcciones” indistintamente como “modificaciones” (Araya, 1911, p. 182; Armagnague, 2009, p. 274; Arosemena, 1888, p. 140; Badeni, 2010, p. 353; Baeza, 1998, pp. 255-256; Barrera Buteler, 2019, pp. 759 y 765; Cayuso, 2020, p. 491; Manili, 2021, pp. 101-102; Montes de Oca, 1917, pp. 270-271; Rosatti, 2017, p. 337; Ruiz, 1997, p. 417; Sagüés, 2007, p. 331, 2017, p. 322; Sánchez Maríncolo, 1998, punto 5.2; Schinelli, 2021, p. 977; Sola, 2014, pp. 162-163), “enmiendas” (Colautti, 1998, p. 177; Ekmekdján, 2016, p. 711 y 2011, p. 432; García Lema, 1994a, p. 410; González, 2001, núm. 497, p. 465; Guidi, 2019, pp. 589-592; Mayón, 2021, p. 305; Menem, 2012, pp. 325-326; Menem y Dromi, 1994, p. 289; Pizzolo, 2004, p. 624; Recalde, 2020, p. 215; Rodríguez y Galetta de Rodríguez, 2008, p. 342; Sabsay, 2016, p. 496) o “variantes” (Matienzo, 1926, p. 344).⁶⁵ Con todo, hubo tres autores que —aunque someramente— lograron captar el planteo y, a partir de ello, se pronunciaron uniformemente sobre la cuestión. El primero fue Bielsa (1959), quien incluyó las supresiones entre las alternativas posibles a las modificaciones de un proyecto de ley. Afirmando que “los proyectos aprobados por una Cámara pueden ser rechazados u objetados por la otra”, agregó que “[l]as enmiendas pueden no implicar adición ni supresión, sino simples correcciones” (p. 540). En sentido análogo, Ziulu (2014) aceptó las “quitas” entre las opciones posibles de una corrección practicada por la cámara revisora. Refiriéndose al desacuerdo parcial de las cámaras, explicó que el procedimiento “tiene que ser utilizado en aquellos casos en que la Cámara revisora, luego de estudiar el proyecto previamente aprobado por la Cámara de origen, decide efectuarle

64 Este criterio parece encontrar expresa recepción por cierta parte de la doctrina. Al explicar la segunda oración del artículo 81, Sagüés (2017) dice “que ninguna de las cámaras puede desechar totalmente un proyecto que hubiese tenido origen en ella y que luego hubiese sido adicionado o corregido por la cámara revisora (art. 81, párr. 2º)” (p. 323). En los mismos términos lo hacen María Angélica Gelli (2018, p. 367) y Colautti (1998, pp. 177-178). Se puede observar con nitidez cómo ambos autores emplean el vocablo “corregido” como sinónimo de “enmendado”, que es el que, en rigor, usa la Constitución.

65 Otros, en cambio, se limitaron a describirlas reproduciendo el lenguaje de la propia Constitución (Bidart Campos, 1967, p. 362, 2004, pp. 162-163, 2005, pp. 219-220; Estrada, 1927, p. 260; Florio, 2019, p. 429; Gelli, 2018, pp. 366-368; González Calderón, 1931, p. 23; Haro, 2011, pp. 469-470; Linares Quintana, 1987, p. 304; Midón, 2004, p. 689; Natale, 1995, p. 82; Pitt Villegas, 2021, pp. 458-459; Vedia, 1907, p. 384).

correcciones que pueden implicar, agregados, quitas o modificaciones respecto del texto anterior” (p. 732). Finalmente, luego de observar que el artículo 81, tras la reforma de 1994, mantuvo el criterio de la Constitución histórica, en el sentido de que las modificaciones pueden ser adiciones o correcciones, Quiroga Lavié (2012) expresó que aunque “[n]o se habla de supresiones (...) deben considerarse comprendidas en las correcciones” (p. 546).

En las condiciones descriptas, se puede concluir que las supresiones al texto original de un proyecto de ley acordadas por la cámara revisora se cuentan como “correcciones” o “enmiendas” en el lenguaje constitucional empleado por el artículo 81 de la Constitución Nacional (Diegues, 2024a, punto 18, 2024b, párr. 4; Ferreyra Rubio, 2024, párr. 12; Menem, 2024, párr. 6; Oyharnarte, 2024, párr. 4; Ramírez Calvo, 2024, párrs. 12-14; Tunessi, 2024, párr. 12). En términos parlamentarios, todos los agregados, supresiones o variantes practicados a un proyecto en cualquiera de sus etapas parlamentarias constituyen técnicamente modificaciones. De esta forma, en el lenguaje constitucional argentino las adiciones o correcciones importan todas “las modificaciones y enmiendas que no llegan a causar la repulsión absoluta de la proposición recibida” (Schinelli, 2021, p. 977).

Las consideraciones expuestas refutan la hipótesis de que el derecho de insistencia de la cámara de origen se encuentra limitado a las adiciones o rectificaciones de texto acordadas por la cámara revisora. Antes bien, resulta claro del texto transcripto que, cuando el proyecto vuelve a la cámara iniciadora, la Constitución le confiere el poder de decidir finalmente la versión definitiva de la ley escogiendo entre el texto original aprobado por ella o el aprobado con modificaciones por la cámara revisora.

La imposibilidad de la cámara de origen de insistir disposiciones del proyecto suprimidas por la revisora invertiría la ecuación constitucional trasladando a la revisora el privilegio que la Constitución acordó a la iniciadora. Con semejante interpretación, sería la cámara revisora y no la de origen la que contaría con la posibilidad de decidir en última instancia qué disposiciones del proyecto pierden vigencia y, así, recortar la potestad de insistencia de la primera (Menem, 2024, párr. 5).

Se puede todavía agregar, para concluir, que marginar las disposiciones rechazadas de la posibilidad de insistencia basándose en razones puramente gramaticales, además de desvirtuar el lenguaje de la Constitución, se revela como una técnica autocontradicatoria. El artículo 81 es claro cuando habilita a la cámara iniciadora a “insistir en su redacción original”. No establece

ninguna cortapisa ni excepción a la posibilidad de escoger la redacción original. El único recaudo que le fija para insistir es igualar la votación con las mismas mayorías a las de la cámara revisora. Si la interpretación literal de la Constitución ciñe la posibilidad de elección únicamente a las disposiciones “adicionadas o corregidas” en un sentido restrictivo, elementales razones de coherencia argumental obligarían a quienes enarbolan esa teoría a reconocer que la cámara de origen cuenta con la opción constitucional de insistir en “la redacción originaria” como lo expresa textualmente la disposición en estudio sin ninguna otra limitación. Sería inconsiguiente, entonces, apelar a una interpretación gramatical para excluir las supresiones –interpretación que, como se explicó, no es tal– y soslayarla para otra.

4.4 Imposibilidad de extrapolar los efectos del rechazo total

La consideración como correcciones o enmiendas de las partes de un proyecto de ley rechazadas por la cámara revisora se muestra congruente también con una interpretación sistemática de la Constitución. En su primera parte, el artículo 81 dispone que “[n]ingún proyecto de ley desecharido totalmente por una de las Cámaras podrá repetirse en las sesiones de aquel año”.⁶⁶ La norma ofrece así únicamente dos encuadres posibles para las disposiciones suprimidas de un proyecto: subsumirlas dentro de la primera parte,⁶⁷ y así privar de tratamiento al texto suprimido hasta el siguiente año parlamentario, o bien sujetarlas a la segunda parte⁶⁸ tratándolas como una modificación.

Partiendo de la base de que la Constitución no contempló la situación en estudio, se afirmó recientemente que, entre las dos opciones reseñadas, las disposiciones del proyecto desecharadas por la cámara revisora deben encuadrarse dentro de la normativa prevista para el rechazo total. La conclusión trató de fundarse con el siguiente razonamiento:

Cuando el art. 81 se refiere al rechazo total de un proyecto de ley por una de las Cámaras se refiere al género (total) que incluye a la especie (parcial). De lo contrario, el rechazo parcial se convertiría en aprobación, no aceptar lo ofrecido se transformaría en mejorar lo existente o agregar a lo propuesto y el juego de

66 La solución adoptada por la Constitución Nacional mereció la aprobación de toda la doctrina que se refirió a ella, con excepción de Agustín de Vedia (1907, pp. 383-384), que la criticó como una regla inflexible y riesgosa por el peligro potencial de paralización de la acción legislativa.

67 Artículo 81, primera y segunda oración.

68 Artículo 81, tercera a sexta oración.

la bicameralidad afirmativa discurriría hacia los confines de lo evanescente. (Gil Domínguez, 2024b, párr. 9)⁶⁹

Pero la idea de que las disposiciones de un proyecto de ley rechazadas por una sola cámara queden sujetas a la primera parte del artículo 81, en la Constitución vigente, es simplemente inverosímil. La redacción actual de la primera parte de la citada disposición estaba contemplada expresamente por el artículo 75 del proyecto de Alberdi, el cual disponía que, en caso de que ambas cámaras difirieran sobre las objeciones tras un primer reenvío, el proyecto quedaba “para las sesiones del año venidero”. En la Constitución actual, en cambio, la sanción contenida en esta parte se halla condicionada a la concurrencia de tres presupuestos: que se trate de un proyecto de ley, que el proyecto haya sido rechazado por una de las cámaras y que el rechazo sea total. Tal es la regla que fluye de la disposición en estudio.

El criterio rector para distinguir con mayor nitidez en términos parlamentarios el rechazo total del desacuerdo parcial de un proyecto ha sido expuesto de manera inmejorable por Montes de Oca (1917). El rechazo total, como explica este autor,

supone una desinteligencia sustancial de opiniones entre las dos ramas del poder legislativo, y pronunciándose una radicalmente en contra de la otra, la Constitución no ve la conveniencia de que se adopte inmediatamente la medida, y estatuye, sabiamente sin duda, que se suspenda su consideración hasta las sesiones del año venidero. (pp. 270-271)

En el desacuerdo parcial, en cambio, se entiende que ambas cámaras concuerdan en la esencia del proyecto, pero discrepan “sólo en las modalidades o detalles” que deben tenerse en vista para su sanción (Montes de Oca, 1917, p. 271). Si bien se podría pensar que la distinción entre ambos escenarios es una cuestión a evaluarse en cada caso, la mecánica parlamentaria que preside el trámite de formación de la ley proporciona a cada una de las cámaras dos momentos procedimentales para elegir el camino a seguir.

Siguiendo una tradición parlamentaria antiquísima, recogida por todas las disposiciones desde el primer Reglamento de la Sala de Representantes de Bue-

69 En sentido análogo, se ha dicho que los títulos de un proyecto desecharados por una de las cámaras deben reputarse rechazados y excluidos de la iniciativa legislativa del presidente y, así, no podrá repetirse su tratamiento en el mismo año (Ferreira, 2024, párr. 6).

nos Aires del 26 de julio de 1822 (Ravignani, 1939, p. 1050),⁷⁰ los proyectos de ley se aprueban en al menos dos lecturas por cada cámara. En la primera —el llamado “tratamiento en general”— se discute la idea general del proyecto. En caso de resultar aceptado, se pasa a discutir los detalles a través de cada una de las disposiciones que lo conforman, dando lugar al “tratamiento en particular”.⁷¹ La primera parte del artículo 81 contiene un precepto intergiversable: el proyecto debe ser “desechado totalmente” y el momento parlamentario para ello tiene lugar cuando no se alcanza la mayoría constitucional durante su tratamiento en general (Diegues, 2024b, párr. 5). La aprobación del proyecto durante su consideración en general importa una declaración de la cámara considerando que el proyecto debe transformarse en ley (Mayón, 2021, p. 302). No puede ampliarse, por tanto, esta regla establecida especialmente para los casos de desacuerdo total⁷² ni proveerse con ella a la solución en un caso muy diverso.

Aplicar extensivamente los efectos del rechazo total a las disposiciones particulares del proyecto rechazadas equivale a extender una consecuencia constitucional a un supuesto no previsto por el constituyente (Ramírez Calvo, 2024, párr. 5). A su vez, importa conceder a la cámara revisora mayores poderes de los que le otorga el texto de la Constitución que reserva la imposibilidad de tratamiento durante el año parlamentario únicamente para aquellos proyectos rechazados en su totalidad.

Además de presentarse como una interpretación armónicamente inconsistente, la propuesta argumental en estudio encuentra un escollo adicional. La Corte Suprema tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el tema el 3 de marzo de 1937 al resolver el caso *Mariconi*.⁷³ Haciendo suyo el dictamen del procu-

70 Artículos 69 a 71 del Reglamento de la Sala de Representantes de Buenos Aires del 26 de julio de 1822.

71 Corresponde observar que la práctica parlamentaria contiene precedentes de proyectos que han sido tratados en general y en particular en una sola lectura. Se pueden citar en este sentido la Ley 26571 de Democratización de la Representación Política, la Transparencia y la Equidad Electoral, donde, a moción de la diputada Fadel, la Cámara de Diputados resolvió votar el proyecto en general y en particular en una única instancia (*Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 2009, p. 170). Lo mismo sucedió con la Ley 27155 de Ejercicio profesional de los Guardavidas, que se consideró en general y en particular en una única votación tanto en la Cámara de Diputados (*Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 2013, p. 412, numeración de gacetilla) como en el Senado (*Diario de sesiones de la Cámara de Senadores*, 2014, p. 111, numeración de gacetilla). Lo mismo sucedió con la Ley 25036, que se aprobó en una única votación en general y en particular en la Cámara de Diputados (*Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1998, p. 5 de la versión taquigráfica provisional).

72 Artículo 81, primera oración, Constitución Nacional. Esta sanción también está establecida para los casos de fracaso de la insistencia ante un veto del Poder Ejecutivo (Artículo 83 *in fine*, Constitución Nacional).

73 Fallos: 177:120 (1937).

rador general, el máximo tribunal sostuvo que “por importante que sean las correcciones hechas por una Cámara a la sanción de la otra, no ha de confundírselas con el rechazo total a que dicho artículo [el entonces 71] se refiere” (p. 121). De esta forma, se ha afirmado con razón que, cuando la Constitución expresa que el rechazo total impide el tratamiento del proyecto, no resuelve otra cosa que la cuestión del rechazo total (Arballo, 2024a, párr. 17). Precisamente por tratarse de disposiciones particulares, las consecuencias del rechazo de disposiciones puntuales de un proyecto por parte de una cámara no pueden assimilarse al desacuerdo total. Es por todo lo expuesto que, al regular únicamente el rechazo total y el desacuerdo parcial, la Constitución ofrece una solución binaria para los desacuerdos entre las cámaras: o el rechazo total del proyecto o el desacuerdo parcial con modificaciones; no existe el *tertium genus* del rechazo parcial (Diegues, 2024b, párr. 5).

5. Problemas constitucionales específicos

Con el marco teórico apuntado, la exégesis descripta del artículo 81 de la Constitución Nacional exige encarar algunos interrogantes con respecto a aspectos puntuales del procedimiento parlamentario.

Preliminarmente, interesa observar que el plan de solución de desacuerdos intercamerales escogido por la Constitución no exige una coordinación absolutamente armónica y prolja entre ambas cámaras. Antes bien, admite la existencia de desprolijidades en el trámite de la ley, considerando su complejidad. Únicamente marca un piso: que esas desprolijidades no perforen el umbral mínimo exigido para la creación de la ley. Esto último, en concreto, significa que es una cuestión que ha de dirimirse casuísticamente, dejando en caso de duda la presunción a favor del Congreso. Esta es la doctrina constitucional de la Corte Suprema en la materia.⁷⁴

Entre los interrogantes más destacados, corresponde evaluar cuatro situaciones.

5.1 Las disposiciones suprimidas con anterioridad a la discusión en particular

Una vez que el proyecto de ley es girado a la cámara revisora la introducción de supresiones a, por caso, algunos artículos, puede tener lugar en tres diferentes

74 Ver nota 176.

momentos: cuando el artículo no haya sido incluido en el dictamen de comisión, cuando haya sido retirado de la votación o, finalmente, cuando fuese rechazado durante la discusión en particular. Encontrándose habilitada para modificar el proyecto recibido de la de origen, el artículo 81 de la Constitución Nacional —conforme la redacción impuesta por la reforma de 1994— obliga a la cámara revisora a dejar expreso registro de con qué mayorías se votaron. El registro de las modificaciones, como las mayorías con que se llevaron a cabo, se inscriben en el acta de la votación en particular,⁷⁵ en el diario de sesiones⁷⁶ y, fundamentalmente, en la minuta de comunicación de sanción del proyecto.⁷⁷ Empero, existe una ventana de tiempo en el trámite parlamentario —y su uso es una práctica bastante frecuente— en donde los cambios pueden introducirse con anterioridad a la discusión en particular.

Cuando las modificaciones importan adiciones o rectificaciones sobre una disposición pasan siempre a la discusión en particular en el plenario —siempre que el proyecto de ley sea aprobado en general—. En esa instancia resultan aceptadas o rechazadas y queda constancia del resultado de la votación, como también de las mayorías con las que se adoptó la decisión. Pero no sucede lo

75 Artículos 191 del RCDN y 209 del RCSN.

76 Artículo 191 del RCDN.

77 Artículos 177, tercer párrafo, RCSN y 2 Acta Conjunta del 26 de octubre de 1995 suscripta por los presidentes de ambas cámaras (*Diario de sesiones de la Cámara de Senadores*, 1995, p. 5082).

El tratamiento en particular se agrupa en función de la relevancia y/o autonomía normativa de los contenidos. Como criterio general, en el procedimiento parlamentario argentino nacional se realiza abordando artículo por artículo, a menos que la cámara o la comisión de labor parlamentaria lo acuerde de otra manera (arts. 207 y 171 RCSN y 192 RCDN). En este último caso, puede llevarse a cabo por títulos, capítulos o, más genéricamente, por partes. Los artículos 171 y 183 del Reglamento del Senado expresan textualmente que la discusión en particular puede hacerse “por artículo, período o parte” (Reglamento de la Cámara de Senadores de la Nación, Res. D.R. 1.388/02 del 18 de diciembre de 2002 y sus modificatorias, <https://www.senado.gob.ar/reglamento>) lo cual habilitó la aceptación de la discusión por títulos y capítulos a pesar de no estar prescripto taxativamente en esta cámara (Pitt Villegas, 2019, p. 511). Por su parte, el Reglamento de la Cámara de Diputados estipula que la discusión se hace “en detalle, artículo por artículo, capítulo por capítulo o título por título” (art. 157) y más adelante explica que la discusión en particular “tendrá por objeto cada uno de los distintos artículos o períodos del proyecto pendiente” (art. 146). Reglamento de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación (Argentina. Res. 2019/96 de la Presidencia de la HCDN. Edición del 23 de diciembre de 2019), <https://www.diputados.gov.ar/institucional/reglamento/index.html>. Concluido el tratamiento en particular se levanta el acta de votación en donde se consigna el resultado de cada uno de los artículos del proyecto —o título, capítulo, inciso o fragmento, si se hubiere decidido que el tratamiento en particular se haga por títulos o capítulos—. En función de esa acta, el presidente de la cámara levanta una minuta de comunicación dirigida a la otra cámara en donde se le comunica la aprobación del proyecto juntamente con el texto del mismo. Es en esta minuta de comunicación donde se procede a dar cumplimiento con lo exigido por el artículo 81 de la CN dejando constancia cuando un artículo ha sido aprobado con los dos tercios de los presentes.

mismo cuando los cambios consisten en supresiones o retiros de artículos, capítulos o títulos enteros practicados en comisión y no se reemplazan.⁷⁸ Esto es así porque la discusión en particular se realiza sobre los artículos proyectados⁷⁹ y no sobre los suprimidos. De esta forma, el único registro de las supresiones, entre los tres momentos del proceso señalado, es el que tiene lugar como consecuencia del rechazo de una disposición durante la discusión en particular. De las disposiciones suprimidas o retiradas antes de llegar al recinto no queda ninguna constancia. Del mismo modo, la minuta de comunicación de sanción del proyecto suscripta por el presidente de la cámara revisora por la que le comunica al presidente de la de origen el texto aprobado en aquella no consigna las disposiciones del proyecto original que resultaron suprimidas.⁸⁰ Antes bien, únicamente se limita a adjuntar el proyecto de ley con los cambios practicados y registra las mayorías tanto de la votación en general y en particular del proyecto como también los cambios en las disposiciones adicionadas, enmendadas o rechazadas. Ningún apunte queda respecto de aquellos artículos, capítulos o títulos que no llegaron a la discusión en particular. En tales condiciones, cabe preguntarse ¿cuál es la mayoría que debe computarse a los efectos del artículo

78 Además del tratamiento por títulos, capítulos, artículos o partes, hay algunos registros de tratamientos por incisos de proyectos de ley durante la discusión en particular. Los inicios de esta práctica se remontan a los tiempos de la Confederación, cuando el Congreso analizó por incisos varias disposiciones. Se puede mencionar en este sentido el tratamiento en particular de la Ley 85, que fija las escalas salariales para el personal eclesiástico, donde se discutió por incisos el artículo 2 durante el tratamiento en particular (Cámara de Senadores, 1856, p. 77). Idéntica modalidad se aplicó durante el tratamiento en particular de la Ley 97, que aprobó la Constitución de Corrientes en 1856, cuando la Cámara de Diputados encaró separadamente la discusión de los incisos 25, 27 y 29 del artículo 25 (*Actas de las sesiones de la Cámara de Diputados*, 1854-1855-1856, pp. 239-240). También el trámite de la Ley 1597 en 1884 durante la discusión en particular, cuando, a propuesta del presidente del cuerpo, la Cámara de Diputados aceptó discutir por incisos el artículo 1 del proyecto que tenía siete incisos en total (*Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1884, pp. 122-123). El debate de los incisos 3, 5 y 7 del artículo 1 llegó a hacerse inclusivo por fragmentos (pp. 134, 145 y 159 respectivamente). Más recientemente, la Cámara de Diputados efectuó el tratamiento por incisos durante la primera consideración del proyecto de “ley de bases”. En esa oportunidad, hizo lugar a la moción de orden del diputado Rodrigo de Loreda, que propuso el tratamiento por incisos de los artículos 4 y 5 del proyecto (*Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 2024, pp. 61-62, numeración provisional). Aparte de los casos anteriormente reseñados —cuya ubicación son de mi autoría—, pueden verse otros en Schinelli (2021, núm. 266, p. 398).

79 Artículos 171, 183 y 207 del RCSN y 146, 157 y 192 del RCDN.

80 Antiguamente, en la comunicación de sanción del proyecto efectuada por la cámara revisora se incluían las disposiciones suprimidas. En este sentido, puede consultarse el tratamiento de la ley de demandas contra la Nación en 1900 en donde el Senado suprimió el artículo 6 del proyecto aprobado en la Cámara de Diputados. El texto completo de la comunicación de la sanción de la ley por el Senado a la Cámara de diputados puede verse en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados* (1900, p. 1144).

81 de la Constitución Nacional sobre las disposiciones del proyecto original suprimidas o retiradas en la cámara revisora con anterioridad a la discusión en particular? En otros términos, ¿contra qué mayorías podría insistir la cámara de origen —si quisiese hacerlo— las disposiciones aprobadas por ella, pero suprimidas por la revisora o retiradas antes de llegar al plenario?

Algunos legisladores afirmaron que las disposiciones suprimidas o retiradas con anterioridad a la discusión en general no forman parte del proyecto.⁸¹ Según este criterio, al no haber sido aprobadas ni rechazadas en el pleno, no le resulta legalmente posible a la cámara de origen insistir respecto de algo que no obtuvo tratamiento. De esta forma, para que esta pueda insistir disposiciones del proyecto originalmente aprobadas por ella, es necesario que hayan obtenido consideración en las dos cámaras. Cuando el proyecto es recibido en la cámara revisora y alguna disposición resulta retirada o suprimida con anterioridad al tratamiento en particular, se entiende que no alcanzó a ser considerada. Así, el derecho de insistencia de la cámara de origen supone que la disposición a insistir haya tenido consideración por parte de la revisora. Este razonamiento trae como consecuencia que las únicas supresiones susceptibles de ser insistidas son las que han sido acordadas durante la discusión en particular en la cámara revisora, la cual determina la consideración y también el registro de las mayorías con que fueron acordadas.

El criterio apuntado parte de una premisa falsa. Toda decisión que importe una modificación del proyecto venido en revisión requiere siempre el aval del

81 Se puede ilustrar este criterio con la opinión de los diputados nacionales Miguel Ángel Pichetto y Margarita Stolbizer durante el tratamiento de la Ley 27742 de Bases y puntos de partida para la libertad de los argentinos. En esa oportunidad, la Cámara de Diputados aprobó en el anexo al artículo 7 un listado de nueve empresas a privatizar y/o concesionar (Senado Argentina, s.f., p. 330, folio 174). Girado el proyecto al Senado, en un primer momento el dictamen conjunto de las comisiones de Legislación General, Presupuesto y Hacienda y Asuntos Constitucionales firmado el 29 de mayo de 2024 ratificó las empresas a privatizar (p. 155). Pero durante el tratamiento en el pleno del Senado, el miembro informante anunció que la comisión había decidido retirar del listado a las empresas Aerolíneas Argentinas, Correo Argentino y Radio y Televisión Argentina (Senado Argentina, 2024, pp. 21-22). Cuando el proyecto volvió a la Cámara de Diputados, se optó por no insistir sobre esta modificación. Sin embargo, Margarita Stolbizer y Miguel Ángel Pichetto sostuvieron que la cámara de origen tenía vedada legalmente la insistencia porque la inclusión de dichas empresas no había sido tratada por el Senado (Stolbizer, 2024, párr. 4). En sentido concordante, el diputado Miguel Ángel Pichetto observó: “Hay que analizar bien el Diario de Sesiones del Senado. El senador Abdala, presidente provisional y miembro informante del proyecto de Ley Bases, con anticipación a votar en general, retiró del proyecto la privatización de Aerolíneas Argentinas, del Correo Argentino y de Radio y Televisión Argentina. ¿Qué quiere decir esto? Que indudablemente no podemos insistir...” (*Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 2024, p. 230). Adviértase que el razonamiento apuntado se aplicó en el marco de una disposición que, como el anexo al artículo 7, sufrió supresiones parciales.

plenario y, por consiguiente, directa o indirectamente, siempre obtiene consideración. Las supresiones acordadas por la comisión o el retiro de un artículo con anterioridad a la discusión en particular no escapan a esta regla. Todos los cambios dispuestos en esa etapa, de una u otra forma, resultan siempre considerados por el plenario. Por ello es que es falso sostener que el tratamiento se adquiere recién durante la consideración en particular. Si bien es cierto que, por práctica parlamentaria, no queda registro de las mayorías con las que se resolvieron las supresiones de artículos completos en la comisión o su retiro previo a la votación —algo que podría remediar—, la consideración de estas modificaciones y la consiguiente mayoría que las avala se encuentra en la decisión de la cámara en pleno cuando aprueba en general el proyecto de ley. Cuando el plenario aprueba el proyecto en general, está aprobando el dictamen de la comisión que lo pone a su consideración, el cual conlleva la autorización para avalar la supresión o retiro de la cláusula y, consiguientemente, todos los cambios practicados. Este es el criterio que ha recogido la práctica parlamentaria y el que, según uno de los constituyentes de 1994, debiera aplicarse en los casos de proyectos aprobados en particular en la cámara revisora en comisión por delegación de la cámara en los términos del artículo 79 de la Constitución Nacional.⁸² Bajo esta última modalidad, cuando la comisión le introduce modificaciones, según el autor citado,⁸³ las mayorías que debieran tomarse a los efectos de efectuar la comparación con las de la cámara de origen son las que se alcanzaron durante la votación en general (García Lema, 1994a, p. 410).⁸⁴ Por ello es que las disposiciones no incluidas en el dictamen de comisión o retiradas antes de la votación son también modificaciones del proyecto aprobado por

82 Este mecanismo de aprobación de leyes en general en plenario y en particular en comisión fue introducido por la reforma constitucional de 1994 a propuesta de la comisión de juristas del partido justicialista (García Lema, 1994b, p. 210).

83 Aunque García Lema admite la posibilidad de que esta cuestión sea resuelta en definitiva por los reglamentos de ambas cámaras. En contra del criterio apuntado se pronunció Guidi (2019) observando que, en estos casos, a la cámara de origen le bastará reunir siempre una mayoría simple aun cuando la votación en general del proyecto efectuada en la revisora hubiera alcanzado los dos tercios. Para así razonar, entiende este autor que las mayorías exigidas por el artículo 81 se computan al momento de votar las modificaciones practicadas al proyecto y, teniendo lugar estas en comisión, no habría forma de alcanzar una mayoría calificada de dos tercios (p. 592).

84 La práctica parlamentaria sobre este tema es casi inexistente, por lo que no es posible ofrecer una respuesta conclusiva a partir de ella. Hasta el año 2019, no ha existido en la Cámara de Diputados ninguna delegación de tratamiento de un proyecto de ley en particular en sus comisiones en los términos del artículo 79 de la Constitución Nacional (Schinelli, 2021, p. 465). En el Senado, al 22 de octubre de 2024 hay un sólo registro: la ley sobre programas de computación 25036 (Dirección de Información Parlamentaria, 2024b, p. 1). Este proyecto tenía cinco artículos que introducían mo-

la cámara de origen y, consiguientemente, están sujetas a ser insistidas por esta, siendo la votación en general la que determina el cómputo a los efectos de las mayorías requeridas por el artículo 81 de la Constitución Nacional.

5.2 Los proyectos con diversidad temática y la unidad conceptual de la ley

Una práctica parlamentaria no poco habitual suele incorporar en un mismo proyecto de ley disposiciones legislativas que, además de poseer autonomía normativa, abordan temáticas disímiles. En ciertos casos, el método se hace por pura elección; en otros, es una consecuencia necesaria del formato de legislación. En esta situación se encuentran principalmente los códigos y las llamadas “leyes ómnibus”.

El sistema de *navette* con prevalencia de una de las cámaras, como se explicó, asienta su legitimidad en la idea de que ambas cámaras concuerdan en torno a una idea conceptual general del proyecto y sólo discrepan en consideraciones de detalle. Pero como en estos casos la temática es diversa, y hasta a veces completamente distante, no es fácil identificar la unidad conceptual de la ley. Tales circunstancias ponen en crisis la legitimidad del sistema, a la vez que dificultan el criterio rector para reconocer un acuerdo general sobre un mismo proyecto.

La desordenada profusión de reglas existentes, sumada a la necesidad de facilitar la comprensión del derecho, posicionó a la codificación como un método aceptable de legislación. Aunque hunde sus raíces en lo más profundo de

dificaciones a la ley de propiedad intelectual. En esta oportunidad, actuando como cámara revisora, el Senado aprobó en general el proyecto. Ante la falta de acuerdo en torno a la redacción de algunos de sus artículos, a propuesta del presidente de la comisión de Legislación General, se delegó en esta el tratamiento en particular con el voto de la mayoría absoluta del cuerpo (*Diario de sesiones de la Cámara de Senadores*, 1998, p. 1670). La discusión en particular del proyecto por parte de la comisión de Legislación General del Senado tuvo lugar el 14 de abril de 1998 y fue dirigida por el presidente de la comisión con la asistencia del secretario parlamentario de la cámara; se permitió la intervención de todos los senadores asistentes, aunque sólo se les concedió derecho a voto a los miembros de la comisión. El tratamiento en comisión presenta aspectos confusos. El presidente de la comisión hizo saber el criterio que cada uno de los artículos debían votarse con mayoría absoluta, lo que equivalía a siete votos (p. 1719). Sin embargo, la supresión del artículo 2 del proyecto se sancionó por cinco votos contra tres. Asimismo, se dijo que los cuatro artículos restantes se sancionaron por unanimidad a pesar que alcanzaron nueve y ocho votos, siendo que la comisión de Legislación General estaba integrada por trece miembros, con lo que, al parecer, las mayorías se computaron sobre los presentes y no sobre el total. El tratamiento en particular en comisión del proyecto puede verse en *Diario de sesiones de la Cámara de Senadores* (1998, pp. 1707-1719). Finalmente, las modificaciones impuestas por el Senado quedaron sin efecto, ya que, al volver el proyecto a la cámara de origen, diputados logró insistir en su versión el proyecto (*Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1998, p. 5 de la versión taquigráfica provisional).

la antigüedad, en sus distintos grados⁸⁵ la codificación moderna es una práctica legislativa casi universal que viene implementándose desde el siglo XVIII. Un código constituye la reunión orgánica en un cuerpo único de toda la legislación vigente en un país, preferentemente a una rama del derecho. Se caracteriza principalmente por la unidad, la sistematicidad y la exclusividad. Entre sus ventajas, se puede mencionar que confiere unidad y coherencia al ordenamiento jurídico ofreciendo el conocimiento del derecho a través de un texto único y de fácil acceso. Aunque esta situación sería susceptible de cumplir con la exigencia de una unidad general de materia, desde el punto de vista parlamentario se podría pensar que las disposiciones contenidas en un código —sobre todo en los de fondo— presentan algún problema de compatibilidad con el criterio general de aprobación de las leyes que supone el sistema argentino. Un Código Civil puede regular aspectos que van desde la locación hasta el matrimonio, el condominio, las sucesiones y, por caso, la mayoría de edad. Con ese cuadro, no existe necesariamente una unidad conceptual que se extienda más allá de la pertinencia común a una misma rama del derecho. Lo único que tiene en común la adopción con el derecho real de superficie es su pertinencia a una misma rama del derecho. Pero si una cámara aprueba la adopción y la otra lo rechaza, y viceversa, es difícil deslindar la línea entre lo “sustancial” y los “detalles”. Un ejemplo palpable que ofrece la práctica parlamentaria con las leyes de contenido amplio fue lo que sucedió con la inclusión de la pena capital en el Código Penal argentino en 1921. El proyecto de ley que sancionó el Código Penal tuvo a diputados como cámara de origen. Aprobado en esta última cámara, el Senado decidió introducir una serie de modificaciones, entre las que figuraba como una de las más destacadas la introducción de la pena de muerte. Girado el proyecto nuevamente a la cámara de origen, diputados no aceptó la incorporación, pero, en segunda revisión, el Senado insistió en su incorporación. Devuelto para la quinta y última lectura, y haciendo uso del privilegio constitucional como cámara iniciadora, la Cámara de Diputados insistió finalmente en el rechazo y el Código Penal se sancionó como ley sin la pena de muerte propuesta por el Senado.

Las leyes ómnibus constituyen un caso todavía más problemático. A diferencia de los códigos, ni siquiera guardan pertenencia a una misma rama del derecho. Un proyecto de tales características puede legislar desde la disolución del matrimonio hasta la inembargabilidad de bienes, como sucedió con la Ley

⁸⁵ Entre las distintas formas de codificación se encuentran las recopilaciones, las compilaciones, las consolidaciones y la codificación propiamente dicha.

14394 en 1954. Es un formato empleado usualmente por los Gobiernos para introducir reformas generales en la legislación congruentes con su programa de gobierno. Esto último fue lo que tuvo lugar con la Ley de reforma tributaria 25239, instrumentada por el Gobierno de Fernando de la Rúa, y con la Ley 27743, conocida como “paquete fiscal”, del Gobierno de Javier Milei. En esta última oportunidad, el Senado rechazó cincuenta de los ciento trece artículos del proyecto de ley ómnibus aprobado en diputados, entre las que se encontraban dos títulos enteros: el III, que establecía modificaciones al impuesto a los bienes personales, y el V, que disponía modificaciones al impuesto a las ganancias, y contaban con autonomía temática respecto al resto de las disposiciones del proyecto. En el contexto descripto, cabe preguntarse hasta qué punto se puede afirmar que las dos cámaras discreparon sobre una consideración de detalle. Tratándose de una práctica parlamentaria habitual en el sistema argentino, trae consigo un desafío al espíritu del bicameralismo tradicional y su legitimidad exige responder algunos interrogantes.

Planteado el problema en los términos expuestos, la primera observación que cabe hacer es que la Constitución argentina no adoptó para la sanción de las leyes el sistema de unidad de materia, sino de unidad de proyecto. Ello se ve refrendado principalmente con lo establecido por el artículo 80 y, muy especialmente, por el 75, inc. 12. Esta última disposición autoriza al Congreso a dictar los códigos de fondo, dejando a las provincias los de forma. Por su parte, el artículo 80 faculta al Poder Ejecutivo a promulgar parcialmente una ley si las partes promulgadas “tienen autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso”. Precisamente por los problemas mencionados para esta forma de legislar, está receptando la diversidad de materias contenidas en una unidad de proyecto. Lo expuesto parece verse refrendado por la reforma de 1994 cuando autorizó el dictado de los códigos de fondo “en cuerpos unificados o separados”. Esta incorporación, criticada como innecesaria por cierta parte de la doctrina (Ekmekdjián, 2011, p. 441), resulta de alta importancia para el tema en estudio, toda vez que valida la exclusión de una unidad de materia como condición indispensable de creación de la ley.

A pesar de los interrogantes y reservas que pueda despertar esta modalidad de legislación, la sola habilitación para legislar de manera codificada, sumada a las disposiciones relevadas, comprueban que la Constitución argentina autoriza la sanción de leyes con contenidos disímiles, tales como los códigos de fondo o las leyes ómnibus, que, aunque resulten desaconsejables desde el

punto de vista parlamentario, no son por ello repugnantes a la Constitución (Ramírez Calvo, 2024, párr. 10). La consecuencia de permitir esta práctica parlamentaria, especialmente en las leyes ómnibus, pueden ser en muchos casos negativas. En primer lugar, porque terminan favoreciendo al Poder Ejecutivo al incentivar la legislación “paquetizadamente” (Arballo, 2024a, párr. 18), de modo de permitirle al Gobierno remitir el proyecto a la cámara donde posee mayorías parlamentarias que, haciendo uso de su privilegio como cámara de origen, termine formando la voluntad legislativa con la versión del proyecto aprobada por una cámara. Con todo, en el sistema de prevalencia de la cámara de origen escogido por la Constitución argentina, la cámara revisora tiene poco por hacer frente a tales iniciativas. Cuando la medida despierte reservas importantes sobre disposiciones particulares del proyecto entre sus miembros, deberá negociar su votación asegurándose de que el proyecto sancionado contenga las disposiciones que más le interese. En última instancia, tendrá que sopesar sus ventajas e inconvenientes. Y si estos últimos superan a las primeras, deberá inclinarse por rechazar el proyecto durante su consideración en general. Esta y no otra es la solución ofrecida por la Constitución argentina.

5.3 Los proyectos de un sólo artículo aprobados en general y desecharados en particular

Un tercer interrogante que presenta el procedimiento parlamentario en estos casos es el encuadre que corresponde otorgar a aquellos proyectos que, teniendo un sólo artículo, resulten aprobados en general por la cámara revisora, pero rechazados durante el tratamiento en particular.

Preliminarmente, no es ocioso observar que la tarea parlamentaria no escapa a las exigencias de coherencia y previsión exigibles a los legisladores, de quienes no puede esperarse sensatamente que presten su conformidad en la votación en general con un proyecto cuya única disposición no comparten. Cada cámara tiene la responsabilidad de ser consecuente con sus resoluciones. En tal sentido, no es ocioso mencionar que, desde el 10 de diciembre de 1983 al 24 de octubre de 2024, no existe ningún registro en el Congreso de la Nación de un proyecto de ley de un sólo artículo aprobado en general y ulteriormente rechazado por alguna de las cámaras durante el tratamiento en particular (Dirección de Información Parlamentaria, 2024b, p. 2).

Podría pensarse en una situación de tales características en la inteligencia que quienes votaron en general el proyecto coincidían con partes distintas de

él. Así y todo, corresponde preguntarse: si la votación en particular arrojase un rechazo en todos y cada uno de los artículos, ¿podría insistir la cámara de origen?, ¿cuál sería la “corrección” practicada a un proyecto rechazado en particular en todos y cada uno de los artículos?, ¿cuál sería el texto que analizaría la cámara de origen para decidir entre aceptar la “corrección” de la revisora o “insistir” con su texto?

La respuesta al interrogante es menos compleja de lo que aparenta. En primer lugar, no existe desde el punto de vista estrictamente parlamentario ningún proyecto de ley de un artículo. La sola observancia de la cláusula de forma inserta al final de toda ley –la obligación de comunicarle al Poder Ejecutivo la sanción de la ley en los términos del artículo 78 de la CN⁸⁶ hace, desde el inicio, que todo proyecto contenga al menos dos disposiciones, siendo una de ellas la de forma, que se inserta en un artículo propio. Consiguientemente, la votación en particular nunca podría arrojar el rechazo de todos los artículos, ya que, en el peor de los escenarios, siempre se alcanzaría la aprobación del artículo de forma como consecuencia de la aprobación en general. En cualquier caso, cuando la cámara revisora aprueba el proyecto en general, está habilitando el reenvío a la cámara iniciadora y, así, le otorga la autorización para insistir con el texto original. Si, por el contrario, la cámara revisora no hubiera querido habilitar esta opción, debería haber desechado de plano el proyecto durante la consideración en general. Cuando, cualquiera fuese el motivo, decide no hacerlo, el proyecto se considera aprobado y debe pasar a la cámara de origen para su consideración. Ese es el sistema de la Constitución.

Un precedente interesante vinculado a este tema tuvo lugar en los albores del Congreso de la Confederación con motivo del proyecto de decreto regulando el modo del sorteo de los diputados que debían salir en el primer bienio de la legislatura para dar cumplimiento a la disposición transitoria inserta en el artículo 38 de la Constitución de 1853.⁸⁷ El 31 de octubre de 1854, la Cámara de Diputados se dispuso a sancionar el proyecto de decreto para proceder al sorteo constitucional. El proyecto resultó aprobado en general, pero se trabó durante la discusión en particular ya que no hubo acuerdo en torno al momento en que

86 En las primeras dos leyes de la Confederación, la cláusula de forma estaba redactada en los términos siguientes: “Comuníquese al Poder Ejecutivo a los efectos consiguientes”. Así se redactaron las leyes 1, 2, 4, 5, 6, 7 y 8. A partir de la Ley 9, la fórmula habitual pasó a ser “Comuníquese al Poder Ejecutivo”. Como anomalía, merece citarse la Ley 11, que no llevó cláusula de forma. En la actualidad, la fórmula consolidada es “Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional”.

87 Es necesario observar que, precisamente por tratarse de un decreto de la Cámara de Diputados, el proyecto no tenía un trámite bicameral.

debía efectuarse el sorteo. El proyecto tenía un sólo artículo y estipulaba que el sorteo de los diputados que saldrían en el primer bienio debía llevarse a cabo luego de que la cámara tuviese noticia oficial de los nombramientos hechos por las provincias. Algunos diputados cuestionaron el momento elegido y propusieron que el sorteo debía tener lugar una vez que todos los diputados hubieran aceptado el cargo; otros reclamaron que debía hacerse cuando, además de la aceptación, la cámara hubiere aceptado el diploma; y otro grupo, siguiendo la redacción literal del artículo 38 de la Constitución, entendió que debía hacerse cuando estén todos los diputados reunidos. Como se puede colegir, los diputados estaban contestes con la idea general del proyecto, que era llevar a cabo el sorteo, pero disentían en una consideración de detalle: el momento oportuno para llevarlo a efecto. El diputado por Salta Pedro Uriuru señaló que, no constando de más de un sólo artículo, el proyecto no podía desecharse en particular luego de haber sido aprobado en general. El diputado por Córdoba Manuel Lucero confrontó ese pensamiento, observando que ninguna disposición reglamentaria impedía rechazar en particular un proyecto votado en general. Ante la falta de acuerdo en torno al momento en que debía efectuarse el sorteo, se sometió a votación el artículo propuesto por la comisión y resultó rechazado por once votos contra nueve (*Actas de las sesiones de la Cámara de Diputados, 1854-1855-1856*, p. 15) dando lugar a la votación de los otros artículos propuestos. Finalmente, en la sesión siguiente se resolvió aplazar el sorteo “hasta que la cámara crea oportuno verificarlo” (*Actas de las sesiones de la Cámara de Diputados, 1854-1855-1856*, p. 18).⁸⁸

En definitiva, aunque el proyecto contenga un sólo artículo de fondo, cualquier rechazo producido durante el tratamiento en particular siempre es un desacuerdo parcial y, como tal, puede volver a la cámara de origen para su consideración.

En las últimas décadas, y aunque los reglamentos no lo autorizan expresamente, el problema en estudio se resolvió unificando en un sola votación la consideración en general y en particular del proyecto de ley. Esto fue, por ejemplo, lo que hizo la Cámara de Diputados al votar la Ley 25601, que incorporó como inciso 8 al artículo 80 del Código Penal calificando el homicidio contra miembros de las fuerzas de seguridad. Con el asentimiento del cuerpo,

88 El sorteo terminó llevándose a cabo recién el año siguiente. El 13 de julio de 1855, la comisión presentó un nuevo proyecto ya con siete artículos y la cámara lo aprobó por unanimidad, procediendo a hacer el sorteo en esa misma sesión (*Actas de las sesiones de la Cámara de Diputados, 1854-1855-1856*, p. 103-104).

el presidente de la Cámara de Diputados unificó la votación en general y en particular en una única votación (*Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, p. 613).⁸⁹ El criterio apuntado se extendió también a otros proyectos con mayor cantidad de artículos.

5.4 Facultad de la cámara de origen para aceptar parcialmente las modificaciones de la otra

Introducidas modificaciones al proyecto de ley por parte de la cámara revisora, en su redacción original de 1853/60, los artículos 68/71 de la Constitución habilitaban a la cámara de origen a reprobar las modificaciones, debiendo en tal caso regresar hasta dos veces el proyecto a la revisora. Con mayor claridad conceptual, la reforma constitucional de 1994 precisó la redacción autorizando a la cámara de origen a “aprobar el proyecto con las adiciones o correcciones introducidas o insistir en la redacción originaria”. Asimismo, incorporó una oración final prohibiendo a esta última “introducir nuevas adiciones o correcciones a las realizadas por la Cámara revisora”.

Desde su redacción original, la disposición en estudio fue objeto de intensos debates parlamentarios, los cuales vinieron sucediéndose desde el año 1857 y, aunque con menor intensidad, se podría decir que, hasta cierto punto, subsisten en la actualidad. Se colige con toda nitidez de la redacción vigente que las modificaciones introducidas por la cámara revisora pueden ser aceptadas o no por la de origen. Empero ¿debe aceptar el proyecto con la totalidad de las modificaciones? En otros términos: ¿la cámara de origen debe limitarse a optar entre insistir en su versión del proyecto o aceptar la versión modificada por la revisora? ¿O cuenta también, como tercera opción, con la facultad de aceptar algunas modificaciones y rechazar otras?

La costumbre parlamentaria sobre esta materia por parte de las dos cámaras fue someter a votación en forma particular e individualizada cada una de las modificaciones introducidas por la cámara revisora.⁹⁰ Como resultado, se avaló la facultad de la cámara iniciadora de aceptar algunas modificaciones y descartar

89 El criterio apuntado no se replicó en el Senado (*Diario de sesiones de la Cámara de Senadores*, 2002, p. 2554).

90 En algunos casos, se optó también por someter a consideración en bloque las modificaciones hechas por la cámara revisora que serían aceptadas y, en forma separada, las disposiciones del proyecto de la cámara de origen que serían insistidas en lugar de las modificaciones introducidas por la cámara revisora.

otras. Esta fue la práctica inaugurada con la Ley 51 de la Confederación, donde, el 25 de septiembre de 1855, en segunda revisión, el Senado aceptó parcialmente las adiciones contenidas en el artículo 2 del proyecto de ley aprobatorio de la Constitución de Jujuy,⁹¹ excluyendo algunas normas contenidas dentro de esa disposición y aceptando otras (Cámara de Senadores, 1855, p. 262).⁹² Desde entonces, el Senado hizo lo propio con las leyes 73 y 145 —numeración de la Confederación—, 15, 280, 483, 581, 583, 1130, 1144, 1597,⁹³ 1893, 2216, 11718, 12825, 12921, 12962, 13661 y 14473, entre otras. Análogo criterio observó la Cámara de Diputados como cámara de origen tomando en segunda y tercera revisión algunas modificaciones del Senado y rechazando otras en los proyectos que se convirtieron en las leyes 207 —numeración de la Confederación—, 103, 346, 733, 750 ½, 787, 800, 1150, 1388, 1612, 2870, 3013, 3053, 3064, 3507, 3727, 8121, 8130, 8172, 8889, 9129, 10223, 10894, 11006, 11014, 11024, 11173, 11278, 11281, 11386, 12578, 12709, 12771, 12778, 12815 y 14499, entre otras (Ghioldi, 1965, pp. 8672-8760). La práctica apuntada se prolongó más allá de la reforma de 1994. Así, entre el 22 de agosto de 1994 y el 22 de octubre de 2024, se han sancionado diecinueve leyes con modificaciones introducidas por la cámara revisora que fueron aceptadas parcialmente por la cámara de origen. La nómina es la siguiente: leyes 25239, 25344, 25345, 25401, 25505, 25563, 25600, 25743, 25891, 26045, 26053, 26093, 26281, 26363, 26369, 26396, 26413, 26529 y 27743 (Dirección de Información Parlamentaria, 2024, pp. 1-28).

91 Conviene recordar que, por la Constitución de 1853, las constituciones provinciales debían ser aprobadas por el Congreso antes de su entrada en vigencia. El Congreso debía “reprobarlas si no estuviesen conformes con los principios y disposiciones de esta Constitución” (artículo 64, inciso 28). Esta disposición fue eliminada con la reforma constitucional de 1860.

92 En su primera revisión, la Cámara de Diputados convino en la necesidad de excluir de la Constitución jujeña algunas disposiciones que no aceptó aprobar. De esta forma, adicionó al proyecto de ley aprobatorio de la Constitución un segundo artículo en donde listó diez normas que debían excluirse de la aprobación. Cuando el proyecto volvió al Senado en segunda revisión, a propuesta de las comisiones de Interior y Asuntos Constitucionales, se aceptó excluir nueve de las disposiciones de la Constitución provincial propuestas por diputados. Sin embargo, entendió que debía insistir en una de ellas: el artículo 38, inciso 25, que, regulando las facultades del Senado, le acordaba a la cámara alta la facultad de suspender preventivamente al gobernador en los casos de juicio político. Finalmente, el 27 de septiembre la Cámara de Diputados terminó aceptando la exclusión hecha por el Senado (Cámara de Senadores, 1855, p. 278). Esta disposición fue la primera ley aprobada en cuatro lecturas por el Congreso de la Confederación.

93 En esa oportunidad, de las siete modificaciones introducidas por la Cámara de Diputados al proyecto iniciado en el Senado —seis correcciones a los incisos 2, 3, 4, 5, 6, y 7 del artículo 1 y una incorporación de un artículo al proyecto—, la Cámara de Senadores aceptó cinco de ellas —las modificaciones a los incisos 2, 3, 4, 6 y 7 y la adición del artículo 3 del proyecto—, pero decidió insistir en una de ellas —la del inciso 5 del artículo 1— (*Diario de sesiones de la Cámara de Senadores*, 1886, pp. 31-33).

No obstante tratarse de un uso constante y prolongado, el procedimiento no estuvo exento de controversias. A diferencia de lo que sucede con la facultad de la cámara de origen para insistir disposiciones rechazadas por la revisora —práctica que, hasta la discusión de la Ley 27743, en junio de 2024, nunca fue objeto de controversia—, la potestad para aceptar algunas modificaciones y descartar otras motivó opiniones encontradas dentro del ámbito parlamentario. Entre la nómina de legisladores históricos que avalaron este procedimiento se puede citar a Mariano Acosta —en su carácter de vicepresidente de la nación y presidente nato del Senado—, Adolfo Alsina, Daniel Aráoz, Antonio de Tomaso, Uladislao Frías, Osvaldo Magnasco, Carlos Melo, Manuel Augusto Montes de Oca, Gerardo Morales, Pastor Obligado, Miguel Ángel Pichetto, Federico Pinedo, Manuel Quintana, Carlos Sánchez Viamonte, Ernesto Sanz, José Evaristo Uriburu y José María Zuviría. Entre aquellos que se mostraron contrarios a esta práctica se puede citar a Mario Cimadevilla, Rufino de Elizalde, Eduardo Fellner, Nicolás Fernández, Horacio Lores, Ángel Navarro, Juan Carlos Pugliese, Emilio Ravignani, Matías Sánchez Sorondo, Carlos Tomasella Cima y Marcelino Ugarte (padre).⁹⁴

La cuestión quedó normativamente zanjada el 26 de octubre de 1995, cuando, por iniciativa común, los presidentes de ambas cámaras suscribieron un acta conjunta de carácter interpretativo del artículo 81 de la Constitución. El documento completo es el siguiente:

En dependencias del Congreso de la Nación, el día 26 de octubre de 1995 se reúnen las autoridades de ambas Cámaras que firman al pie, a efectos de compatibilizar la interpretación del procedimiento previsto en el artículo 81 de la Constitución Nacional y al respecto se acuerda:

- 1) Cuando un proyecto de ley vuelve a la Cámara de origen con adiciones o correcciones introducidas por la Cámara Revisora, podrá aquella aprobar o desechar la totalidad de dichas adiciones o correcciones, o aprobar algunas y desechar otras, no pudiendo en ningún caso introducir otras modificaciones que las realizadas por la Cámara Revisora.
- 2) Las comunicaciones de las sanciones de la revisora cuando el proyecto de ley vuelve a la de origen, deberán indicar el resultado de la votación que correspondió en particular a cada artículo, a fin de establecer si las adiciones o correcciones fueron realizadas por mayoría absoluta de los presentes o por las dos terceras partes de los presentes.

94 Las posiciones expresadas se encuentran reseñadas en Ghioldi (1965, pp. 8672-8760). El criterio de los senadores Cimadevilla, Morales, Pichetto, Pinedo, Sanz, Fernández, Lores y Fellner fue el expuesto durante el tratamiento de la ley de glaciares (cfr. parágrafo 5.4.1 de este trabajo). El criterio de los diputados Tomasella Cima y Pugliese puede verse en Schinelli (2021, p. 367).

Se eleva la presente a los respectivos Plenarios de Labor Parlamentaria, a efectos de darle el tratamiento legislativo que se estime corresponder. Firma: Alberto R. PIERRI- Carlos F. RUCKAUF. Esther H. Pereyra Arandía de Pérez Pardo- Edgardo R. Piuzzi.

El acta fue aprobada por la Cámara de Diputados y por la Cámara de Senadores el 1º de noviembre de 1995 (*Diario de sesiones de la Cámara de Senadores*, 1995, p. 5082). Asimismo, sus disposiciones se incorporaron parcialmente al reglamento del Senado —no así en diputados— en la reforma del año 2002. El segundo párrafo del artículo 177 de este último expresa textualmente desde entonces:

Cuando un proyecto de ley vuelve al Senado como Cámara de origen con adiciones o correcciones, ésta puede aprobar o desechar la totalidad de dichas adiciones o correcciones, o aprobar algunas y desechar otras, no pudiendo en ningún caso introducir otras modificaciones que las realizadas por la Cámara revisora. En tal caso se omitirá la votación en general.

A pesar de la práctica parlamentaria apuntada y su respaldo normativo, las disposiciones transcriptas han sido cuestionadas por buena parte de la doctrina constitucional. Fundándose en el artículo 81 *in fine* de la Constitución Nacional, se sostiene que esta norma confiere únicamente dos opciones a la cámara de origen: optar entre aprobar el proyecto con todas las modificaciones introducidas por la cámara revisora o bien insistir en su sanción original. Aceptar parte de las modificaciones y descartar otras, según este criterio, importa una nueva modificación. Se observó así:

La interpretación que sostiene el Acta permite sancionar un texto distinto al que efectivamente trataron ambas Cámaras, compuesto por artículos extraídos de uno u otro texto, pero que en su conjunto nunca fueron considerados por ambas Cámaras. Se sanciona una ley como se arma un “mosaico” sin que sea producto de un proceso de deliberación democrática donde quienes deciden conocen el asunto y han podido participar en todas las instancias de debate. (Svetaz, 2010, p. 333)

En sentido análogo se pronunciaron Ekmekdjián (2016, pp. 712-713), Sánchez Maríncolo (1998, punto 7), Schinelli (2010, p. 270 y 2021, p. 367) y Quiroga Lavié (2012, p. 548). Otros autores se inclinaron por validar esta facultad (Bidegain, 2003, p. 120; Pérez Bourbon, 2022, ED-III-CCVI-297).

No obstante las críticas reseñadas, el procedimiento parlamentario de aceptación parcial de modificaciones obtuvo el *exequáatur* de la Corte Suprema en 2019.

5.4.1 El caso Barrick

En el año 2010, el Congreso sancionó la Ley 26639, que, conocida como “ley de glaciares”, estableció los presupuestos mínimos para la protección de glaciares y del ambiente periglaciado (*Boletín Oficial de la República Argentina*, 2010, pp. 7-8). La ley se inició en el Senado y obtuvo media sanción el 21 de octubre de 2009. Girado el proyecto, la Cámara de Diputados le introdujo once modificaciones, diez de las cuales consistieron en cambios de redacción. Pero le adicionó asimismo un artículo —el 17— prohibiendo la realización de nuevas actividades en las áreas potencialmente protegidas hasta tanto se haga un inventario y se definan los sistemas a proteger.

Devuelto a la cámara iniciadora para su tercera y última lectura, el 30 de septiembre de 2010 el Senado aceptó todas las modificaciones introducidas por diputados. Pero, haciendo uso de su privilegio como cámara de origen, rechazó el artículo 17 (*Diario de sesiones de la Cámara de Senadores*, 2010, p. 182, numeración de gacetilla), con lo que el proyecto se convirtió en ley sin esa disposición.

Durante el debate en la cámara alta, los senadores Horacio Lores, Eduardo Fellner, Mario Cimadevilla y Nicolás Fernández objetaron la potestad de la cámara para suprimir el artículo 17. Para así argumentar, consideraron que el artículo 81 de la Constitución sólo autoriza a la cámara de origen en segunda revisión a optar entre su proyecto o el aprobado por la revisora (*Diario de sesiones de la Cámara de Senadores*, 2010, pp. 104, 105, 122 y 174). Disponiéndose el Senado a aceptar la versión aprobada por diputados, debía tomar el proyecto *in totum*. Suprimir una disposición y aceptar el resto de las correcciones, según el criterio de los senadores mencionados, importaba introducir una nueva modificación expresamente vedada por la última parte del artículo 81 de la Constitución Nacional. La postura fue replicada por el secretario parlamentario de la cámara y por los senadores Miguel Ángel Pichetto, Ernesto Sanz y Gerardo Morales, quienes invocaron el acta conjunta del año 1995, el artículo 177 del Reglamento del Senado y la práctica parlamentaria sobre la materia (pp. 180-181).

Promulgada en los términos descriptos, dos empresas mineras iniciaron una acción declarativa de certeza solicitando la nulidad de la ley y, subsidiariamente, plantearon la inconstitucionalidad de seis artículos. En lo que al tema en

estudio concierne, las mineras esgrimieron el mismo argumento que los senadores de la minoría. Al suprimir el Senado en segunda lectura el artículo 17 y aceptar el resto de las modificaciones practicadas por la Cámara de Diputados como cámara revisora, se violó el artículo 81 *in fine* de la Constitución, que le prohíbe a la cámara de origen introducir nuevas modificaciones a las realizadas por la cámara revisora. La circunstancia descripta, según el criterio de las demandantes, traía como consecuencia la nulidad de toda la ley.

Radicado el caso en instancia originaria,⁹⁵ con la firma de los jueces Ricardo Lorenzetti, Juan Carlos Maqueda, Horacio Rosatti, Carlos Rosenkrantz y Elena Highton de Nolasco —estos dos últimos, con votos concurrentes e individuales—, el 4 de junio de 2019 la Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazó la demanda.⁹⁶

A diferencia de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco, que —correctamente— iniciaron el estudio del caso a través de la verificación de las condiciones de admisibilidad de la acción declarativa, el voto de mayoría, suscripto por Lorenzetti, Maqueda y Rosatti, se pronunció sobre el planteo de nulidad y, de esta forma, ingresó a estudiar el procedimiento legislativo. Tras recalcar los criterios constitucionales generales respecto al alcance del control judicial sobre el proceso de formación de la ley, la mayoría afirmó que el art. 81 *in fine* le prohíbe a la cámara de origen la introducción de “nuevas adiciones o correcciones”, pero nada afirma con respecto a las “supresiones o eliminaciones”. A partir de ello, juzgó que, en los términos en los que se hallaba redactada, la disposición constitucional habilitaba dos lecturas posibles. Desde una exégesis literal, permitiría incluir las eliminaciones dentro de la prohibición de nuevas correcciones; desde otra exégesis, más contextual, basada en una interpretación sistemática y finalista, permitiría considerarlas como una exclusión razonable basada en la interpretación de las cámaras.⁹⁷

Ante el cuadro descripto, la Corte agregó que la interpretación auténtica efectuada por ambas cámaras del Congreso, en tanto se haga con razonabilidad, constituía una herramienta valiosa para desentrañar la interpretación de

95 La causa tuvo una breve radicación en primera instancia, oportunidad en la que el 2 de noviembre de 2010 el juzgado federal número 1 de San Juan dictó una medida cautelar suspendiendo la vigencia de seis artículos de la ley. La cautelar terminó siendo revocada por la Corte Suprema.

96 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*, Fallos: 342:917 (2019).

97 Ídem, consid. 3.

una ley.⁹⁸ De esta forma, juzgó que la existencia de una reglamentación específica como el acta conjunta de 1995 y la práctica parlamentaria convalidatoria del procedimiento impugnado configuraban elementos que, al margen de su acierto o error, otorgaban razonabilidad a la decisión parlamentaria adoptada. En las condiciones descriptas, concluyó que la eliminación realizada por la cámara de origen a un artículo introducido por la revisora no constituía un vicio de suficiente entidad como para comprometer la concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley de acuerdo con el estándar fijado en 1963 en el caso *Soria de Guerrero*.⁹⁹

Personalmente entiendo que la aceptación parcial de los cambios de la otra cámara no constituyen “nuevas” modificaciones, sino, antes bien, una edición sobre un material legislativo ya existente. La regla del artículo 81 *in fine* de la Constitución, a mi criterio, está dirigida a prohibir la introducción de nuevos contenidos que obliguen a reenviar el proyecto, dando así lugar a una cadena interminable de reenvíos. Mas cuando la cámara elige una parte de lo aprobado por la otra, no crea nuevo contenido, sino que termina de dar forma a uno preexistente que alcanzó la voluntad afirmativa de ambas cámaras, que no es lo mismo (Pérez Bourbon, 2022, ED-III-CCVI-297).

A pesar que la doctrina de un caso no puede extenderse mecánicamente a otro cuando presenta una diferente plataforma fáctica (Garay, 2013, p. 76), que es lo que sucede con *Barrick* (Arballo, 2024b, punto 3; Gil Domínguez, 2024c, párr. 5), se puede concluir de todo lo expuesto que, con el mecanismo avalado por la Corte, es posible sancionar una ley con disposiciones insistidas por la cámara de origen y rechazadas por la revisora. Si bien en el caso se trató del rechazo de una disposición incorporada y no hubo una insistencia posterior, lo que en definitiva terminó avalándose fue el procedimiento de aceptación parcial de modificaciones. Entre sus diferentes opciones, este sistema incluye la posibilidad que la cámara revisora introduzca varias modificaciones que contemplen cambios de redacción como supresiones de artículos y la ulterior aceptación parcial por parte de la cámara de origen, admitiendo parte de ellas e insistiendo en otras, entre las que pueden encontrarse las suprimidas. Habilitar a la cámara de origen a aceptar parcialmente las modificaciones introducidas por la revisora implica lógicamente facultarla para rechazar una parte de aquellas. Luego, se abre la posibilidad cierta de encontrar una ley con disposiciones

98 Ídem, consid. 4.

99 Ídem, consid. 5.

puntuales que, a pesar de haber sido rechazadas por una cámara, terminaron sancionadas con la voluntad afirmativa de la otra. En tales condiciones, esta práctica se muestra como una prueba decisiva para avalar la hipótesis que sustenta la presente investigación.

Esclarecida la exégesis del artículo 81 y respondidos sus principales interrogantes, corresponde continuar el estudio del tema examinando el alcance de esta disposición en el país que le dio origen.

6. La Constitución chilena de 1833 y su interpretación

El modelo constitucional de solución de desacuerdos entre las cámaras ideado por la Constitución Política de Chile de 1833 alcanzó una decisiva influencia en el pensamiento de los constituyentes argentinos de 1853.

Como se puede colegir del repaso de los antecedentes parlamentarios anglosajones y de los proyectos constitucionales patrios previos a 1853, los constituyentes argentinos acuñaron una nueva fórmula de conciliación que no tenía antecedentes en el país ni tampoco en los Estados Unidos ni en el Reino Unido, trasladando en su lugar el molde de la Constitución trasandina. Así es que la segunda parte del artículo 81 encuentra su origen en el artículo 51 de la Constitución chilena de 1833,¹⁰⁰ el cual –con excepción de una sola palabra– fue literalmente copiado por los constituyentes argentinos para resolver los desacuerdos parciales entre las cámaras. En vista de tales antecedentes, se torna imperativo integrar a esta investigación el tratamiento acordado a esta cláusula por las fuentes chilenas que tuvieron oportunidad de interpretarla.

6.1 Antecedentes

El artículo 51 de la Constitución de 1833, que, con ligeros cambios de estilo, estuvo vigente hasta la sanción de la última Constitución de 1980¹⁰¹ y se inspi-

100 Comparten esta conclusión: González Calderón (1931, p. 22), Montes de Oca (1917, p. 272), Rama Illa (1986, p. 688), Bidegain (2003, p. 118) y Schinelli (2010, p. 253).

101 La Constitución de 1833 estuvo vigente hasta 1924, cuando fue dejada sin efecto por el golpe de Estado acaecido en ese país el 18 de septiembre de aquel año, el cual culminó con la sanción de una nueva Constitución en 1925. Sin embargo, los artículos 50 y 51 de la Constitución de 1833 se reprodujeron casi idénticamente en la de 1925, cuyos artículos 49 y 50, respectivamente, estipulaban: “Artículo 49.- El proyecto que fuere desecharlo en su totalidad por la Cámara revisora, volverá a la de su origen, donde se tomará nuevamente en consideración y, si fuere en ella aprobado por las dos terceras partes de sus miembros presentes, pasará por segunda vez a la que lo desechará. Se entenderá que ésta lo reprueba, si concurren para ello las dos terceras partes de sus miembros presentes.”

ró en los artículos 58, 59, 61, 62 y 63 de la Constitución mexicana de 1824,¹⁰² estaba redactado en los términos siguientes:

El proyecto de ley que fuere adicionado o corregido por la Cámara revisora, volverá a la de su origen, y si en ésta fueren aprobadas las adiciones o correcciones por la mayoría absoluta de sus miembros presentes, pasará al Presidente de la República. Pero si las adiciones o correcciones fuesen reprobadas, volverá el proyecto segunda vez a la Cámara revisora, donde si fuesen nuevamente aprobadas las adiciones o correcciones por una mayoría de las dos terceras partes de sus miembros presentes, volverá el proyecto a la otra Cámara, y no se entenderá que esta reprueba las adiciones o correcciones, si no concurre para ello el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes.

Preliminarmente, corresponde observar que el proyecto oficial de Constitución presentado el 25 de octubre de 1832 por la comisión de siete miembros designada por la llamada “Gran Convención” para redactar la Constitución no contempló el sistema de prevalencia. Siguiendo lo estipulado por dos de los tres

Artículo 50.- El proyecto que fuere adicionado o corregido por la Cámara revisora, volverá a la de su origen; y en ésta se entenderán aprobadas las adiciones o correcciones con el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes. Pero, si las adiciones o correcciones fueren reprobadas, volverá el proyecto por segunda vez a la Cámara Revisora; de donde, si fueren nuevamente aprobadas las adiciones o correcciones por una mayoría de las dos terceras partes de sus miembros presentes, volverá el proyecto a la otra Cámara. Se entenderá que ésta reprueba las adiciones o correcciones, si concurren para ello las dos terceras partes de los miembros presentes”. En la Constitución vigente continúa empleándose el término “adiciones o correcciones” (art. 69). Asimismo, el proyecto rechazado en general en la cámara de origen no puede volver a tratarse ese año a menos que lo solicite el presidente (art. 69). En caso de desacuerdos parciales, se instituye el sistema de conferencia, con ciertas particularidades (art. 71).

102 Los artículos citados estaban redactados en los términos siguientes: “Artículo 58. Los proyectos de ley o decreto desecharados por primera vez en su totalidad por la cámara revisora, volverán con las observaciones de ésta a la de su origen. Si examinados en ella fueren aprobados por el voto de los dos tercios de sus individuos presentes, pasarán segunda vez a la cámara que los desechó, y no se entenderá que ésta los reprueba, si no concurre para ello el voto de los dos tercios de sus miembros presentes. Artículo 59.. Los proyectos de ley o decreto que en la segunda revisión fueron aprobados por los dos tercios de los individuos de la cámara de su origen, y no desecharados por las dos terceras partes de los miembros de la revisora, pasarán al presidente, quien deberá firmarlos y circularlos, o devolverlos dentro de diez días útiles con sus observaciones a la cámara en que tuvieron su origen. Artículo 61. En el caso de la reprobación por segunda vez de la cámara revisora, según el Artículo 58 se tendrán los proyectos por desecharados, no pudiéndose volver a tomar en consideración, sino hasta el año siguiente. Artículo 62. En las adiciones que haga la cámara revisora a los proyectos de ley o decreto se observarán las mismas formalidades que se requieren en los proyectos para que puedan pasarse al presidente. Artículo 63. Las partes que de un proyecto de ley o decreto reprobare por primera vez la cámara revisora, tendrán los mismos trámites que los proyectos desecharados por primera vez en su totalidad por ésta”.

proyectos preparados por los integrantes de la comisión,¹⁰³ en él sólo se autorizó a la cámara revisora a introducir “adiciones o correcciones”, las cuales devolvían el proyecto a la de origen, la cual, en caso de no aceptarlas, provocaba el naufragio del proyecto y la imposibilidad de tratamiento hasta las sesiones del próximo año (Letelier, 1901, p. 51). Pero la convención terminó apartándose en esta materia del proyecto oficial y, en su lugar, recogió la propuesta de Mariano Egaña en el artículo 91 de su propio proyecto que presentó a la Convención el 12 de mayo de 1832.¹⁰⁴ Esta disposición estaba redactada en los términos siguientes:

El proyecto de ley que fuere adicionado o corregido por la cámara revisora, volverá a la de su origen; y si en esta fueren aprobadas las adiciones o correcciones por la mayoría absoluta de sus miembros presentes, pasará al Presidente de la república.

Pero, si las adiciones o correcciones fueren reprobadas, volverá el proyecto segunda vez a la Cámara revisora, donde, si fueren nuevamente aprobadas las adiciones y correcciones por una mayoría de las dos terceras partes de los miembros presentes, volverá el proyecto a la otra Cámara, y no se entenderá que esta repreuba las adiciones y correcciones, si no concurre para ello el voto de las dos tercera partes de sus miembros presentes. (Letelier, 1901, p. 77)

Las constancias existentes de sus papeles de trabajo acreditan que, en un primer momento, Egaña consideró seriamente proponer el sistema de conferencia como mecanismo de solución final para los desacuerdos parlamentarios. Así, el segundo de sus tres borradores de trabajo de su proyecto de Constitución¹⁰⁵ contiene una anotación marginal al artículo 90 con las siguientes consideraciones:

Teniéndose como seguro que en Chile en muchos años será demasiado frecuente que cada Cámara modifique las leyes que se le pasen, y, por consiguiente, se suspendan o se haga interminable su aprobación, tal vez sería buen tempe-

¹⁰³ La comisión de siete miembros estuvo integrada por Gabriel José de Tocornal, Mariano Egaña, Santiago Echeverz, Fernando Antonio Elizalde, Agustín Vial Santelices, Juan Francisco Meneses y Manuel José Gendarillas. Tres de estos integrantes presentaron borradores de trabajo: Meneses, Gendarillas y Egaña. Tanto en el borrador de Meneses (Letelier, 1901, p. 60) como el atribuido a Gendarillas (p. 66) se redactó el artículo en estudio igual que como fue receptado por el proyecto oficial.

¹⁰⁴ El proyecto de Egaña influyó de tal manera en el texto final de la Constitución de 1833 que el proyecto oficial de Constitución tomó de él las tres cuartas partes de sus disposiciones.

¹⁰⁵ Según lo que surge de los documentos de la Convención, Egaña construyó su proyecto de Constitución con base en tres borradores de trabajo previos, los cuales se fueron reemplazando uno a uno a medida que iba progresando en su texto final. Las observaciones al artículo 91 y su inclinación por el sistema de conferencia aparece en el segundo de los borradores.

ramento establecer que si la Cámara revisora no desecha enteramente la ley sino que propusiese modificaciones, se formase un Comité de doce miembros de cada Cámara, y allí se organizase nuevamente la ley con consideración a las modificaciones propuestas; y que este proyecto de ley se apruebe o reprobase íntegramente por el sí o el no, sin alguna modificación, en una reunión de ambas Cámaras. (Letelier, 1901, pp. 107-108)

Como puede colegirse, Egaña advirtió la necesidad de establecer un mecanismo de solución de última instancia que ponga fin en algún momento al sistema de reenvíos recíprocos entre las cámaras para saldar la cuestión. Como lo acredita la anotación transcripta, el engranaje que pensó en un primer momento no fue otorgarle la prevalencia a una de las cámaras, sino al sistema de conferencia. Así entonces, el mecanismo de solución de última instancia acompañó el pensamiento de Egaña, pero el sistema de conferencia pensado en un primer momento resultó finalmente descartado. En su lugar, se inclinó por el modelo de prevalencia de la cámara de origen, el cual terminó siendo aprobado sin discusión por la Gran Convención en la sesión del 15 de marzo de 1833 (Letelier, 1901, p. 274).

Con los antecedentes relevados, se puede afirmar que, con excepción de las modificaciones incorporadas por la reforma de 1994, el autor de la segunda parte del artículo 81 de la Constitución argentina fue el constitucionalista chileno Mariano Egaña.¹⁰⁶

La Constitución de 1833 diseñó un sistema de prevalencia absoluto de una cámara por sobre la otra, toda vez que, además de proyectar esa solución para los desacuerdos parciales, autorizó también la prevalencia en los casos de desacuerdos totales, precedente anómalo del cual, por fortuna, se apartaron los Constituyentes de 1853. En este sentido, el artículo 50, que reguló los casos de desacuerdos totales, habilitó a la cámara de origen a insistir aun sobre los proyectos de leyes desechados totalmente por la cámara revisora, siempre que la insistencia se hiciese con una mayoría agravada de dos tercios de sus miembros, decisión que sólo podía quebrarse con un nuevo rechazo por parte de la cámara revisora adoptado con idéntica mayoría.¹⁰⁷ De esta última solución fue

106 Además de integrar la Convención constituyente de 1833, Mariano Egaña tuvo una dilatada trayectoria política previa. Fue embajador en Londres, secretario de Gobierno, ministro del Interior, de Relaciones Exteriores, de Hacienda y de Justicia e Instrucción Pública de Chile. Concluida su labor constituyente, fue senador nacional y el primer decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

107 La disposición se hallaba redactada en los términos siguientes: “El proyecto de ley que aprobado por una Cámara fuere desecharlo en su totalidad por la otra, volverá a la de su origen, donde se tomará

la que se apartó la Constitución argentina, considerando prudente atenuar el esquema chileno. En su lugar, se limitó a aceptar la solución de prevalencia de la cámara de origen, pero únicamente circunscripta a los casos de desacuerdos parciales.¹⁰⁸ Para el supuesto de desacuerdo total, los constituyentes argentinos optaron por seguir la solución propiciada por los antecedentes constitucionales patrios, según la cual el rechazo total de una de las cámaras provocaba el fracaso del proyecto.

6.2 Doctrina constitucional y práctica parlamentaria

Comprobada la influencia chilena sobre la cláusula argentina, ¿cómo se juzgaron en el país trasandino los desacuerdos parciales efectuados por la cámara revisora a la luz del artículo 51 de la Constitución de 1833?

Como lo hace la Constitución argentina, la disposición chilena habla también de “adiciones y correcciones” en una redacción casi idéntica. Así es que, mientras que algunos publicistas chilenos más o menos contemporáneos a la Constitución del 33 guardaron silencio sobre el tema en estudio (Carrasco Albano, 1858, pp. 115-117; Lastarria, 1856, pp. 82-85; *Derecho constitucional chileno...*, 1871, pp. 71-78),¹⁰⁹ otra parte de la doctrina constitucional de ese país se pronunció considerando a las supresiones parciales del proyecto de ley como una categoría equivalente a las “correcciones”.

En su comentario a la Constitución, el entonces Presidente de la Cámara de Diputados¹¹⁰ y constitucionalista chileno Jorge Huneeus (1879) observa que,

nuevamente en consideración, y si fuere en ella aprobado por una mayoría de las dos terceras partes de sus miembros presentes, pasará segunda vez a la Cámara que lo desechará, y no se entenderá que ésta lo reprueba, si no concurre para ello el voto de las dos terceras partes de sus miembros presentes”.

108 Con justa razón, el jurista panameño Justo Arosemena (1888) formuló una acerba censura al explicar la solución chilena, señalando: “Si sólo se hubiera establecido el principio respecto de las modificaciones introducidas en un proyecto, como lo ha hecho la constitución argentina en su art. 71, acaso no habríamos expresado disentimiento. Aplicado al caso de negativa absoluta de un proyecto por la cámara revisora, en el cual insiste la cámara de su origen, es mucho más grave, y no tiene nuestra aprobación. Equivale a sancionar la ley por una sola cámara, con tal que la originaria del proyecto le dé dos tercios de sus votos, y la otra no pueda reunir para desecharlo sino mayoría absoluta. ¡Por qué fingir que se aprueba por la cámara revisora cuando su mayoría absoluta lo desecha?” (pp. 140-141).

109 Aunque en el último de los trabajos mencionados las adiciones o correcciones son descriptas como “modificaciones” (*Derecho constitucional chileno...*, 1871, pp. 73 y 74).

110 Además de presidente de la Cámara de Diputados entre 1882 y 1885, Huneeus fue diputado nacional durante quince años, senador nacional, ministro de Justicia, profesor de derecho constitucional

aunque esta cuestión jamás se había discutido en su país, la práctica parlamentaria encuadró las supresiones dentro de las “correcciones” (pp. 294-295). En sentido análogo, y no sin reservas, se pronunció Joaquín Larraín Zañartu (1897), señalando:

Pero el art. 50 se ha puesto en el caso de que el proyecto de ley aprobado por una cámara sea desecharlo *en su totalidad* por la otra, lo que rarísima vez habrá de ocurrir. Mas él no expresa qué suerte corre el proyecto cuando es aprobado *en parte* y *en parte desecharo* por la Cámara revisora. Este segundo caso, que es frecuente, no lo decide el art. 50. En la práctica se ha entendido siempre que cuando la cámara revisora aprueba ciertas disposiciones de las que contiene un proyecto de ley aprobado por la cámara de origen, y *desecha otras, suprimiéndolas* como medio de negarles su aprobación la cuestión debe resolverse aplicando las reglas contenidas en el art. 51 para el caso de las *adiciones* o *correcciones* que aquella tiene facultad de introducir en el proyecto. Se ha entendido, pues, que suprimir disposiciones de un proyecto es algo idéntico a *adicionarlo* o *corregirlo*; y como la *supresión* de una *parte* del proyecto importa desecharlo parcialmente, y el art. 50 se refiere únicamente a la *desaprobación total*, se ha buscado el medio de decidir la dificultad en el art. 51, cuyo estudio nos suministrará oportunidad de volver sobre esta cuestión. (p. 255)¹¹¹

A pesar de la práctica parlamentaria y la reseña doctrinaria apuntada, no corresponde omitir mencionar que tanto Huneeus como Larraín Zañartu declararon doctrinariamente sus reservas con la solución apuntada. En una elaborada argumentación, el primero de los autores expresó:

Entender que las supresiones de una o mas (sic) disposiciones de un proyecto de ley, que no son en realidad sino rechazos parciales, se rijen (sic) por las reglas del art. 51 y no por las del 50, que prevee (sic) el caso de un rechazo total del proyecto, nos parece algo que ofrece graves inconvenientes. Dando a la palabra corrección de que se sirve el art. 51, un alcance que ni aun gramaticalmente tiene, se aplica a un caso no previsto en la Constitución una regla dictada para otro que es bien diferente. (...)

Si el caso de reprobación parcial de un proyecto no está previsto expresamente en la Constitución, ¿no sería más natural, cuando esa reprobación parcial no implica el fracaso de todo el proyecto, aplicarle, por analogía, las reglas que el art. 50 establece para el caso de reprobación total, en cuanto le fueran aplicables, en lugar de resolverlo conforme al art. 51, dictado para situaciones diferentes? (...)

y administrativo y rector de la Universidad de Chile.

111 Las bastardillas corresponden al original.

No se confunda la corrección con la reprobación, atribuyendo una importancia casi pueril a la eventualidad fortuita y ocasional de encontrarse escritos en un sólo pedazo de papel dos o cien proyectos de ley, verdaderamente distintos e independientes los unos respecto de los otros, y olvidando las únicas reglas que deben aplicarse para considerar aprobados o desecharlos definitivamente cada uno de ellos.

Lo que constituye la unidad de una ley no es la voluntad del que escribe mil ítems de un presupuesto, o mil artículos de un Código en un sólo cuaderno conjuntamente. No: esa unidad la constituye únicamente la relación íntima que existe entre todas las disposiciones de un proyecto, cuando faltando una o varias carecerían de base las demás. Pero cuando esto no sucede, cada disposición debe mirarse como un proyecto de ley especial, que si es desecharo por la Cámara revisora, tiene que ser reconsiderado por la de origen y no se entenderá aprobado nuevamente por esta, si para ello no concurrieren los votos de los dos tercios de los miembros presentes, conforme a lo dispuesto en el art. 50.

Y es por esto que aun cuando se rechacen uno o más ítem de un proyecto de presupuesto, uno o más artículos de un proyecto de Código, ni fracasa todo el presupuesto, ni fracasa el Código entero. La razón es obvia: cada artículo de un Código es una ley, aunque esté promulgado con mil otros conjuntamente; cada ítem del presupuesto debe ser también reputado como una ley especial, según lo hemos manifestado en lugar conveniente, aun cuando se promulgue con otros quinientos.

Repetimos, sin embargo, que la práctica no es conforme con nuestra manera de apreciar esta cuestión. (...)

Acatando mucho los precedentes, cuando son fundados en buenas razones, abrigamos dudas serias en cuanto a la bondad de los que hemos citado y de los que pudieran citarse con referencia a la cuestión que acabamos de examinar. (Huneeus, 1879, pp. 295-297)¹¹²

El criterio doctrinario apuntado —no obstante las reservas transcriptas— se vio refrendado por una práctica parlamentaria uniforme en el mismo sentido en ese país de la cual cabe ilustrar con dos casos: la ley de presupuesto de 1877 y el proyecto de recorte de gastos de 1878.

Primero. Durante el tratamiento en 1876 de la ley de presupuesto para el año siguiente, el Senado chileno introdujo un ítem al proyecto acordando un aumento del dieciséis por ciento de sus sueldos a los empleados públicos. Girado el proyecto a la Cámara de Diputados, se decidió rechazar el aumento suprimiendo ese artículo. Devuelto al Senado, a pesar de haber sido suprimida, el 13 de diciembre de 1876 la cámara alta sometió a consideración si aceptaba o no

112 Análogos argumentos escribió Larraín Zañartu (1897, pp. 267-270).

la supresión y votó por aceptarla, por lo que el proyecto terminó convirtiéndose en ley con dicha disposición.

Segundo. Hacia fines de 1878, el Congreso se dispuso a tratar un proyecto de ajuste en las cuentas públicas. Como consecuencia de ello, la Cámara de Diputados incorporó al proyecto un artículo disponiendo la supresión de los sueldos de los decanos de las universidades y la eliminación de una serie de subsidios a los seminarios de las ciudades de Valparaíso y Talca. Girado el proyecto al Senado, este decidió reconsiderar ese recorte de gastos hecho por diputados y, así, suprimir del proyecto el artículo que establecía el recorte (*Boletín de las sesiones ordinarias de la Cámara de Senadores de Chile*, 1878, p. 58). Devuelto el proyecto, el 4 de junio de 1878 la Cámara de Diputados encuadró como “correcciones” la supresión dispuesta por el Senado y, de esta forma, terminó aceptando la supresión hecha por el Senado.

Tras la reseña hasta aquí efectuada, resulta pertinente concluir el estudio del tema acudiendo al pensamiento de Montes de Oca. Parece evidente, explica este autor,

que si se copia un texto constitucional, sin aducir razones de ningún género, que importen una modificación; si se le copia por hombres que lo hayan visto practicar en el mismo país en que ha estado en vigencia después de veinte años continuos de práctica constitucional, se copia ese precepto con su verdadera hermenéutica y con el alcance que le da la experiencia tradicional del país del cual se toma. (*Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1911, p. 1038)

Resta encarar un interrogante final. La exégesis hasta aquí reseñada, que emerge de una interpretación teleológica, semántica y sistemática de la Constitución, ¿no resiente el sistema bicameral rompiendo el esquema de unidad de la ley?

7. Los sistemas bicamerales comparados

Los principios del bicameralismo estimularon la inventiva de cierta parte de la doctrina constitucional argentina, más consecuente con la teoría abstracta que con la naturaleza eminentemente práctica de todo Gobierno, conduciéndola a transpolar al derecho parlamentario un nuevo principio constitucional para el trámite de la ley. Pomposamente bautizado con el nombre de “doble conforme”, se pretendió con él enunciar un bicameralismo imaginario cuyos fundamentos quedarían asentados a partir de la siguiente línea argumental:

Si bien hay un privilegio (que como tal, debemos entender excepcional y limitado) de la cámara iniciadora, nuestro sistema de sanción de leyes es bicameral. Presupone sin excepción que haya un “doble conforme” entre las Cámaras como condición necesaria para la validez de la sanción. Esto tiene que ver con principios no secundarios sino estructurales del sistema: una Cámara federal y otra de extracción popular, etc. Aceptar que el rechazo de una Cámara es irrelevante —mucho más en temas tributarios— parece incompatible con nuestro sistema republicano de gobierno. (Arballo, 2024a, párr. 13)

El argumento, que brilla más por su palabra que por su doctrina jurídica, carece de fundamentos serios y verdaderos. Pero su refutación reclama abrir un examen de los principales sistemas bicamerales comparados.

7.1 Características generales

La división de la legislatura en dos asambleas era, cuanto más, un mecanismo poco conocido en las costumbres políticas de la antigüedad. Únicamente en épocas modernas, por vía de consecuencia, es cuando podremos hallar ejemplos instructivos. En los orígenes del constitucionalismo moderno, el bicameralismo fue concebido como un control intraórgano (Loewenstein, 2018, p. 246) destinado a limitar el poder del Congreso. Así fue como se justificó en *El Federalista* la división en dos ramas del Poder Legislativo:

En el gobierno republicano predomina necesariamente la autoridad legislativa. El remedio de este inconveniente consiste en dividir la legislatura en ramas diferentes, procurando por medio de diferentes sistemas de elección y de diferentes principios de acción, que estén tan poco relacionadas entre sí como lo permita la naturaleza común de sus funciones y su común dependencia de la sociedad. (Hamilton et al., 1957, p. 221)

La existencia de una segunda cámara fue concebida por la Constitución de los Estados Unidos en la necesidad de constituirse como un “saludable freno” contra “actos legislativos inconvenientes” (Hamilton, 1957, p. 263; Story, 1888, p. 389), contra la “facilidad y el exceso de legislación”, contra la propensión de las asambleas únicas a obrar con “pasiones súbitas y violentas” (Hamilton et al., 1957, pp. 263-264), como un mecanismo de reducción de errores en la tarea legislativa (p. 264), como un contrapeso contra las pasiones transitorias de las

mayorías populares (p. 268; Story, 1888, p. 397)¹¹³ y, en definitiva, como una garantía contra la usurpación de los derechos constitucionales y las libertades del pueblo frente a la influencia predominante de una facción o intereses particulares (Story, 1888, p. 393). Con todo, Alexander Hamilton y James Madison no dejaron de observar la preponderancia política de la cámara con representación popular:

A pesar de la autoridad igual que ha de existir entre ambas cámaras en todos los asuntos legislativos, excepto por lo que se refiere a la iniciación de las leyes sobre impuestos, no puede dudarse de que la cámara compuesta de mayor número de miembros gozará de una ventaja nada despreciable en una cuestión que dependerá de la firmeza relativa de ambos cuerpos, si está apoyada por los Estados más fuertes y si expresa la opinión cierta y conocida de la mayoría del pueblo.

Ha de aumentar esta ventaja la convicción, en uno de los lados, de sentirse apoyada en sus demandas por el derecho, la razón y la Constitución, y la conciencia, en el lado opuesto, de luchar contra la fuerza de todas estas graves consideraciones. (Hamilton et al., 1957, p. 248)

Pero los sistemas bicamerales están lejos de ser rígidos y el equilibrio de poderes de las cámaras no es uniforme. Antes bien, presentan disímiles particularidades en su regulación de modo que autorizan la aprobación de las leyes con distinto protagonismo a cada una de las cámaras legislativas. Mientras que en algunos países poseen las mismas competencias generales, en otros sus poderes son más reducidos (Duverger, 1970, p. 190). Más aún, existen casos en donde, directamente, una cámara se impone sobre la otra.

Precisamente la diferencia de competencias condujo a la ciencia política a la necesidad de acuñar una clasificación que recoja tales divergencias agrupando los sistemas bicamerales, principalmente, en simétricos y asimétricos con base en las competencias constitucionales atribuidas a cada una de ellas. Los sistemas simétricos son aquellos con cámaras con poderes constitucionales y legitimidad democrática iguales o “moderadamente iguales”. Por el contrario, el

113 “En todos los Gobiernos [expresa Story] y especialmente en todos los Gobiernos libres, la opinión tranquila y reflexiva de la comunidad, debe prevalecer en la mira de los gobernantes, pero hay momentos en los negocios públicos, en que, el pueblo excitado por alguna pasión desarreglada, o por algún beneficio ilícito, o seducido por los consejos artificiosos de hombres interesados, provoca medidas que él mismo poco después, siente y condena. En estos momentos críticos, cuan saludable será la intervención de un cuerpo compuesto de ciudadanos respetables elegidos, fuera de las causas de excitación, para contener el extravío de la opinión pública hasta que la razón, la justicia y la verdad hayan vuelto a tomar su imperio sobre los espíritus!” (Story, 1888, p. 397).

bicameralismo asimétrico se caracteriza por una marcada diferenciación de poderes constitucionales de una de las dos cámaras. Generalmente, esta diferencia se traduce en la concesión de un poder de voto suspensivo en la toma de decisiones legislativas acordado a la segunda cámara que, con mayores o menores recaudos, puede terminar siendo anulado por la cámara baja. El bicameralismo simétrico suele estar presente en los países con cámaras con similar legitimidad democrática, como sucede con los sistemas federales en donde confluyen el interés y la voluntad de los Estados como entidades autónomas y el interés de la nación como cuerpo homogéneo. Por el contrario, la asimetría es una característica predominante en los sistemas con menor legitimidad democrática de su cámara alta, sea por su composición aristocrática —v. gr., la Cámara de los Lores en Inglaterra o el Senado francés en la Carta Constitucional de 1814— o bien por la representación de sus miembros.

7.2 Los sistemas comparados de solución de desacuerdos parlamentarios

Difícilmente las cámaras legislativas cuentan con poderes gemelos aun en los sistemas bicamerales simétricos. Su característica definitoria más precisa es que poseen competencias “similares”, pero no idénticas. Con todo, enfrentan un mayor riesgo de bloqueo en la toma de decisiones porque cuentan muchas veces con intereses contrapuestos que terminan paralizando la acción de gobierno. Ante el riesgo tangible de un bloqueo parlamentario al que se ven expuestos los bicameralismos modernos, se han acuñado técnicas parlamentarias para prevenir esa situación.

De acuerdo con datos ofrecidos por el Institute for Democracy and Electoral Assistance (2021, pp. 25-28), de un relevamiento comparado de los sistemas bicamerales contemporáneos existen siete mecanismos de arreglo de desacuerdos intraparlamentarios:

Primero: el sistema de *navette*. Establece reenvíos recíprocos entre las cámaras hasta lograr un acuerdo final sobre un texto idéntico. En algunas subvariantes se concede en última instancia la decisión final a una de las cámaras. Este es el sistema argentino y, como se explicará, el de buena parte de las constituciones europeas.

Segundo: el sistema de conferencia. Es el método creado por el Parlamento de Inglaterra y adoptado, entre otros países, por el Reino Unido, los Estados Unidos, Suiza, Bosnia y Herzegovina, Kazajistán, Alemania, la Federación Rusa, Bielorrusia y la Unión Europea. Sus características funcionales se expli-

caron al reseñar el trabajo del antiguo Parlamento de Inglaterra y el Congreso de los Estados Unidos.

Tercero: el bicameralismo puramente asimétrico. En este sistema se conceden poderes limitados a la cámara alta, como sucede en Inglaterra con la Cámara de los Lores y en Eslovenia con el Consejo Nacional.

Cuarto: el sistema de sesiones conjuntas. Resuelve los desacuerdos mediante votación conjunta de las cámaras donde se decide el texto final de la ley. Este fue el procedimiento escogido por la Constitución uruguaya de 1830 y la de la Provincia de Buenos Aires de 1854.

Quinto: sistema de *referéndum*. Resuelve los desacuerdos parlamentarios mediante la celebración de una consulta popular.

Sexto: sistema de veto con poderes limitados. Concede poderes limitados de legislación a la cámara alta, pero se le asigna también poder de veto sobre cierto tipo de legislación. Se encuentra vigente en los Países Bajos y se aplica para el Senado neerlandés (*Eerste Kamer*).

Séptimo: sistema bicameral con procedimiento legislativo especial para legislación financiera. Permite la sanción en última instancia de leyes impositivas, de deuda y gastos que hacen al funcionamiento del Gobierno con la sola sanción de la cámara baja. Este es el modelo que se implementa en Irlanda, en el Reino Unido tras la reforma de 1911 y en Austria.

Los procedimientos descriptos, a su vez, aparecen no pocas veces combinados entre sí.

Con sus variantes específicas, la mayor parte de los modelos bicamerales modernos se inclinan por el sistema de *navette*. Así, el privilegio de una de las cámaras en el proceso legislativo no es una creación *ad hoc* o exótica del derecho argentino; constituye, por el contrario, un mecanismo de resolución de desacuerdos parlamentarios para sistemas bicamerales que cuenta con bastante aceptación en el derecho constitucional comparado y, muy especialmente, en la casi totalidad de las constituciones europeas sobre las que conviene detenerse.

7.3 La legislación constitucional europea

Como previo a todo, no es ocioso observar que de los 51 Estados que conforman el continente europeo —esta nómina incluye los países euroasiáticos—, sólo 18 cuentan con parlamentos bicamerales.¹¹⁴ El resto son principalmente

114 La nómina de países con parlamentos bicamerales es: Alemania, Austria, Bélgica, Bielorrusia, Bosnia y Herzegovina, Chequia, Eslovenia, España, Francia, Irlanda, Italia, Kazajistán, Países Bajos,

unicamerales¹¹⁵ o bien presentan particularidades específicas, como la ciudad Estado de El Vaticano, que es una monarquía absoluta.¹¹⁶ Las constituciones europeas que minoritariamente aceptan el bicameralismo colocan el ejercicio de la función legislativa en ambas cámaras; empero, de una forma u otra, con pocas excepciones conceden la decisión final a la cámara con representación popular. Así, España le otorga al Congreso de los Diputados la potestad de aceptar o rechazar por simple mayoría las enmiendas propuestas por el Senado a un proyecto de ley.¹¹⁷ Francia autoriza en última instancia a aprobar la versión de la ley propuesta por la Asamblea Nacional, por encima del Senado.¹¹⁸ Bélgica le otorga a la Cámara de Representantes la decisión final sobre un proyecto de ley, habilitándola a aceptar o rechazar las modificaciones hechas por el Senado.¹¹⁹ Alemania recoge como regla el procedimiento de reenvío intercameral con prevalencia en última instancia de la cámara con representación popular (el Bundestag).¹²⁰ Bielorrusia le confiere la decisión final a la Cámara de Representantes —que, por disposición constitucional, es por regla cámara de origen en todos los proyectos de ley—, aunque exige el voto de los dos tercios de sus miembros para oponerse al rechazo hecho por el Consejo de la República.¹²¹ Irlanda le asigna prevalencia final a la Cámara de Representantes (Dáil Éireann) en todos los proyectos de leyes rechazados total o parcialmente por el Senado (Seanad Éireann) sin ninguna otra exigencia que la voluntad de insistir en su

Polonia, Rumania, Suiza, Reino Unido y Rusia.

- 115 La nómina de Estados europeos con parlamentos unicamerales es: Albania, Andorra, Armenia, Azerbaiyán, Bulgaria, Croacia, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Estonia, Finlandia, Georgia, Grecia, Hungría, Islandia, Kosovo, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Macedonia, Malta, Moldavia, Mónaco, Montenegro, Noruega, Portugal, San Marino, Serbia, Suecia, Turquía y Ucrania.
- 116 Aunque por la Ley Fundamental es el papa quien gobierna con la suma del poder público (art. 1), la función legislativa es ejercida por la “Comisión Pontificia del Estado de la Ciudad del Vaticano” en nombre del sumo pontífice y con excepción de los casos que este se reserve para sí (art. 7). La Comisión Pontificia, integrada por cardenales y otros miembros que permanecen cinco años en sus funciones y son designados por el sumo pontífice (art. 8), sanciona las leyes cuya vigencia está condicionada a la previa aprobación de éste (art. 10). Cfr. Ley Fundamental del Estado de la Ciudad del Vaticano del 13 de mayo de 2023, disponible en: https://www.vatican.va/content/francesco/it/motu_proprio/documents/20230513-legge-fond-scv.html
- 117 Artículo 90.2, Constitución de 1978.
- 118 Arts. 45, cuarto párrafo y 46, Constitución de 1958. La única excepción que fija son las leyes orgánicas relativas al funcionamiento del Senado, las cuales deben aprobarse por ambas cámaras y “en los mismos términos” (art. 46, cuarto párrafo).
- 119 Artículo 78, parágrafo 2 *in fine*, Constitución belga de 1831.
- 120 Artículo 77.4, Ley Fundamental de Bonn de 1949.
- 121 Artículo 100, párrafos quinto y sexto, Constitución bielorrusa de 1994.

aprobación.¹²² Polonia le otorga a la Cámara de Diputados (el Sejm) la facultad de reprobar en última instancia el rechazo total del proyecto o las enmiendas hechas por el Senado.¹²³ Chequia le concede a la Cámara de Diputados el poder para insistir en su versión con el voto de la mayoría absoluta de sus miembros en caso de que el Senado rechace total o parcialmente el proyecto.¹²⁴ Rumania le confiere decisión final a la cámara de origen que, en un procedimiento de urgencia, puede aceptar o rechazar las disposiciones devueltas por la revisora.¹²⁵ Austria le otorga al Consejo Nacional (Nationalrat) la decisión final, permitiéndole confirmar su versión aprobada y desestimar las objeciones fundadas del Consejo Federal (el Bundesrat).¹²⁶ Eslovenia le da a la Asamblea Nacional (Državni zbor) la sanción definitiva de una ley reservando únicamente al Consejo Nacional (Državni svet), que carece de derecho de enmienda, la facultad de exigir una reconsideración del proyecto previo a su promulgación.¹²⁷ Aun cuando concede en última instancia la prevalencia al Consejo de la Federación, Rusia le permite a la Duma superar el rechazo del proyecto en una segunda votación adoptada por los dos tercios de sus miembros.¹²⁸ Por su parte, aunque instituye obligatoriamente el sistema de conferencia para resolver las diferencias entre las cámaras,¹²⁹ Kazajistán le permite a la Asamblea (Mazhilis), que por la Constitución es cámara de origen en todos los proyectos de ley,¹³⁰ insistir en una segunda votación en la versión original del proyecto aprobado por ella¹³¹ en caso de no aceptar el texto unificado propuesto por la comisión

122 Artículo 23.1.1º, Constitución irlandesa de 1937. En las leyes vinculadas a temas financieros e impositivos (*money bills*), el Senado ni siquiera cuenta con el poder formal de oposición, siendo esta tomada tan sólo como una recomendación a ser considerada por la Cámara de Representantes (art. 21.2.1º).

123 Artículo 121, inc. 3, Constitución polaca de 1997.

124 Artículo 47, incs. 1 y 3, Constitución de 1993.

125 Artículo 75, inc. 4, Constitución rumana de 1991.

126 Artículo 42, inc. 4, ley constitucional federal de 1920 con las reformas de 1929. Es importante añadir que el inciso 5 del artículo 42 excluye al Senado en los proyectos de leyes que regulen la formación de la ley marco de finanzas federales, la ley federal de finanzas, la ley federal de finanzas del hogar de la Federación, una disposición temporal conforme al artículo 51a, párrafo 4, o a una disposición de bienes federales, a la asunción o conversión de una obligación federal, a la contracción o conversión de una deuda monetaria federal y a la sanción de una cuenta final del presupuesto federal.

127 Artículos 91 y 97, Constitución eslovena de 1991.

128 Artículo 105, incs. 4 y 5, Constitución de la Federación Rusa de 1993.

129 Artículo 61, inc. 5, Constitución kazaja de 1995.

130 *Ibidem*, artículo 61, inc. 4.

131 *Ibidem*, artículo 61, inc. 5, párrafo quinto.

de conciliación. Finalmente, pese a que Países Bajos exige la aprobación del Senado (Eerste Kamer), le otorga prevalencia a la Cámara de Representantes (Tweede Kamer) en el trámite de las leyes al colocarla como cámara de origen¹³² y concederle en forma exclusiva el derecho de enmienda, limitando al Senado a la opción de aprobar o rechazar *in totum* el proyecto como le llegó de la Cámara de Representantes.¹³³

El bicameralismo perfecto, que desde la consolidación del sistema estatutario¹³⁴ en el siglo XVI dominó durante cuatro siglos la práctica parlamentaria del Reino Unido, sufrió una importante reestructuración a principios del siglo XX. La reforma constitucional de 1911 permitió la promulgación de proyectos de ley sin el consentimiento de la cámara alta, marcando así el declive de la supremacía política de la Cámara de los Lores. Aunque sea mínimamente, vale la pena reseñar este proceso.

En 1909, la Cámara de los Lores decidió rechazar el proyecto de presupuesto del Gobierno liberal conocido como People's Budget, sumiendo al Reino Unido en una crisis constitucional.¹³⁵ Tras varias victorias electorales, el Gobierno

132 Constitución de Países Bajos de 1814 —texto consolidado a 2018—, artículo 83.

133 Al regular la fórmula de comunicación a la Cámara de Representantes como al rey, los artículos 118 y 119 del Reglamento del Senado de los Estados Generales estipulan las palabras con las que debe efectuarse la comunicación cuando el proyecto haya sido aprobado (art. 118) o rechazado por el Senado (art. 119). Cfr. Reglamento del Senado de los Estados Generales del 11 de junio de 2019, disponible en: https://www.eerstekamer.nl/id/vl5pk6laxyqx/document_extern/rules_of_procedure_of_the_senate_of/f=vl5pk90sfdrp.

134 En el derecho anglosajón, el sistema estatutario es el que se rige por la ley escrita (*statute*) para diferenciarse del *common law*. La expresión *statute* se emplea como sinónimo de *act* o *law*.

135 Desde el comienzo del período posrevolucionario, ambas cámaras parecieron aceptar que los lores no debían vetar la legislación relativa a la recaudación de ingresos del Gobierno. Las fuentes originales de esta interpretación convencional se remontan a una resolución adoptada por la Cámara de los Comunes el 3 de julio de 1678. En esa oportunidad, los comunes resolvieron que “todas las ayudas y suministros, y las ayudas a Su Majestad en el Parlamento, constituyen una prerrogativa exclusiva de los Comunes, y todos los proyectos de ley para la concesión de tales ayudas y suministros deben comenzar con los Comunes, y que es el indudable y único derecho de los Comunes a dirigir, limitar y designar, en tales proyectos de ley, los fines, propósitos, consideraciones, condiciones, limitaciones y calificaciones de tales concesiones, los cuales no deben ser cambiados ni alterados por la Cámara de los Lores” (9 Commons Journal, 509). En 1900 se consolidó la costumbre parlamentaria según la cual los lores no bloquearían los proyectos de ley aprobados por la Cámara de los Comunes a menos que pareciera que esta promovía medidas que no podían contar con el apoyo popular (Loveland, 2012, p. 159). De allí que, en su condición de cámara electa popularmente, se le reconocía a los comunes la última palabra en las medidas financieras. Pero esto no era nada más que una costumbre (Barnett, 2002, p. 535).

En 1906, los liberales llegaron al poder tras obtener una mayoría de 357 escaños. Empero, el equilibrio de partidos en la Cámara de los Lores era muy diferente: los conservadores tenían una mayoría de 391 asientos. Entre 1906 y 1909, el Gobierno liberal promovió varios programas de política social

liberal de Herbert Asquith logró convencer al rey Jorge V de realizar una profunda ampliación de la Cámara de los Lores. Gracias a ella, el 18 de agosto de 1911 pudo pasar la Parliamentary Act, 1911. Además de reducir la vida del Parlamento de siete años –prevista desde 1715– a cinco,¹³⁶ esta ley introdujo dos cambios constitucionales significativos para el proceso de formación de las leyes. Por un lado, habilitó la sanción de proyectos de ley públicos de carácter financiero (*money bills*) únicamente con la aprobación de la Cámara de los Comunes. Estos *bills* son definidos como tales por el *Speaker* de la Cámara de Representantes;¹³⁷ se inician siempre en la Cámara de los Comunes y deben

radical. Aunque la mayoría conservadora estaba en clara minoría en la Cámara de los Comunes, el líder del partido Arthur Balfour pudo efectivamente bloquear o enmendar sustancialmente los proyectos de ley del Gobierno movilizando la mayoría conservadora de la Cámara de los Lores. Fue así que, en 1909, los lores decidieron romper con la costumbre descripta y rechazaron el *People's Budget* de Lloyd George, que, entre otras medidas, contenía un impuesto dirigido a gravar las propiedades de los ricos terratenientes. La reforma propuesta, que había formado parte de la plataforma de campaña, despertó una furiosa oposición en los conservadores. Sir Edward Carson la calificó como “el principio del fin de todos los derechos de propiedad”; Lord Lansdowne –líder de los lores conservadores– como “un monumento a las finanzas temerarias e imprudentes”; y Lord Roseberry, como un proyecto “inquisitorial, tiránico y socialista”. Como resultado de la furiosa oposición, el proyecto naufragó en la Cámara de los Lores dominada por los conservadores. Tras declarar que el bloqueo de los lores constituía una violación de la Constitución, en diciembre de 1909 el primer ministro Asquith solicitó la disolución del Parlamento y la consiguiente convocatoria a elecciones. En las elecciones de enero de 1910, que tuvieron como eje central el *People's Budget*, los liberales lograron una mayoría efectiva sustancial –aunque reducida– y propusieron un proyecto de ley parlamentario que reducía en gran medida los poderes de veto de los lores. Si bien estos aceptaron posteriormente el proyecto de presupuesto, se negaron a aprobar el proyecto que reducía sus propios poderes legales. El rey Eduardo VII también se mostró hostil a esta última medida. Con la asunción del nuevo monarca el 6 de junio de 1910, el primer ministro Asquith decidió solicitar la creación de un número suficiente de lores –unos cuatrocientos en total– para producir una mayoría general a favor de la reforma. Jorge V accedió a hacerlo con la condición de que el Gobierno liberal pudiera conseguir un apoyo electoral directo para sus propuestas. En consecuencia, se celebraron otras elecciones generales en diciembre de 1910 centradas en la cuestión de la reforma constitucional para frenar el poder de los lores. Los liberales volvieron a ganar las elecciones que persuadieron al rey a crear suficientes nuevos lores para forzar la aprobación del proyecto de ley en ambas cámaras. El aparente apoyo público a una reducción de sus poderes, sumado a la amenaza de la creación de un gran número de lores con simpatías liberales, erradicando así su mayoría conservadora permanente, condujo a la Cámara de los Lores a cortar por lo sano y terminó apoyando la Parliamentary Act de 1911 (Loveland, 2012, pp. 160-162). Así fue como tuvo lugar el cambio constitucional.

136 La doctrina constitucional británica afirma que con esta disposición la Cámara de los Lores conserva el papel constitucional clave de impedir que un Gobierno evite una elección, prolongando su propia vida (Alder, 2002, p. 273).

137 Los *money bills* son los proyectos de leyes públicos que regulan exclusivamente impuestos, préstamos o gastos del Gobierno central. El artículo 2, inc. 2 de la Parliamentary Act de 1911 los caracterizó como aquellos *bills* que, excluyendo las finanzas locales, “contienen únicamente disposiciones que tratan de todos o alguno de los siguientes temas, a saber, la imposición, derogación, condonación, alteración o regulación de impuestos; la imposición para el pago de deudas u otros fines financieros

recibir la sanción real a más tardar un mes después de ser presentados en la Cámara de los Lores —incluso si esta última no los ha aprobado— sin que estos puedan introducir enmiendas (UK Parliament, s.f.b, párr. 8).¹³⁸ Con relación al resto de los *bills* públicos que no contengan carácter financiero,¹³⁹ la reforma les quitó el derecho a los lores de rechazar la legislación aprobada por los comunes, concediéndoles en su lugar un poder de veto limitado por el que sólo se le permite retrasar los proyectos de ley durante un período máximo de dos años repartidos en tres sesiones parlamentarias.¹⁴⁰ Este voto suspensivo se res-

de cargas sobre el Fondo Consolidado, o sobre dinero provisto por el Parlamento, o la variación o derogación de dichas cargas; el suministro; la apropiación, recepción, custodia, emisión o auditoría de cuentas de dinero público; la obtención o garantía de cualquier préstamo o el reembolso del mismo; o asuntos subordinados incidentales a esos temas o a cualquiera de ellos". Pero quien tiene la última palabra sobre la calificación de estos proyectos es el Speaker de la Cámara de los Comunes. La ley le confirió el poder de certificar como *money bills* los proyectos de ley con su sólo criterio (art. 1, inc. 3) y dispuso asimismo que dicha certificación no podría estar sujeta a control judicial (art. 3). Con todo, esta potestad se emplea con suma prudencia, siendo interpretada tan estrictamente que muchos proyectos de leyes de finanzas anuales no han sido respaldados con el certificado del Speaker (Bradley y Edwin, 2007, p. 204).

- 138 Esta prerrogativa está sujeta a cinco condiciones fijadas en la misma ley: a) que se trate de un *bill* de carácter público; b) que haya ingresado en la Cámara de los Lores en el último mes de sesiones (art. 1, inc. 1); c) que no haya sido aprobado por la Cámara de los Lores dentro del mes siguiente a la aprobación del proyecto en la Cámara de los Comunes —el proyecto se considera aprobado cuando la Cámara de los Lores no le introduce enmiendas— (Bradley y Edwin, 2007, p. 204); d) que la Cámara de los Comunes no exija expresamente la conformidad de los Lores para ese proyecto (p. 204); y e) que el Speaker certifique el carácter financiero del proyecto (art. 1, inc. 3).
- 139 En el derecho parlamentario inglés, los proyectos de ley se dividen en cuatro categorías: públicos, privados, híbridos y financieros (Barnett, 2002, p. 472). Hilaire Barnett (2002) explica que un proyecto de ley público es aquel que tiene aplicación general para todos los miembros de la sociedad, exemplificando como tal las leyes de tráfico por rutas, las leyes de protección del medio ambiente y las leyes del Servicio Nacional de Salud. Por su parte, el proyecto de ley privado es aquel que afecta únicamente a un individuo o a organismos de la sociedad como las autoridades locales. Un proyecto de ley híbrido es un proyecto de aplicación general —es decir, un proyecto de ley público— que también afecta a intereses privados particulares de una manera diferente a los intereses privados de otras personas u organismos de la misma categoría o clase. Un ejemplo de esta clase lo constituye el *bill* que regula el desarrollo del túnel del Canal de la Mancha que afectaba los derechos privados de los propietarios de cuyas tierras serían compradas obligatoriamente. Finalmente, como se explicó, los *money bills* son aquellos proyectos de contenido exclusivo financiero y que son certificados como tales por el Speaker de la Cámara de los Comunes. (Barnett, 2002). Otros autores como Alex Carroll (2009, p. 138) los agrupan en públicos, de miembros privados, privados e híbridos; Alberto Bianchi (2021, pp. 123-124) los clasifica en públicos, privados e híbridos. En la Cámara de los Lores puede presentarse cualquier proyecto de ley público con excepción de los *money bills*, que siempre tienen a los comunes como cámara de origen (Alder, 2002, p. 273). La mayoría de los *bills* que involucran asuntos importantes se presentan por convención en la Cámara de los Comunes (Carroll, 2009, p. 138), en tanto que en los lores se inician mayoritariamente los proyectos de reforma legislativa (Barnett, 2002, p. 495).
- 140 El artículo 2 de la Parliament Act permite la sanción de leyes aprobadas solamente por la Cámara de

tringiría aún más en 1949, cuando, por la nueva reforma de Clement Atlee –la Parliamentary Act, 1949– se redujo de tres sesiones en dos años a dos sesiones en un año.¹⁴¹ Como resultado de las reformas de 1911 y 1949, la Cámara de los Lores puede proponer enmiendas al proyecto o retrasar la mayoría de las leyes sólo durante dos sesiones sucesivas, es decir, durante aproximadamente un año. Tras la segunda sesión, el proyecto puede recibir la sanción real sin el consentimiento de los lores (Alder, 2002, p. 273).

Desde un punto de vista formal, las Parliaments Acts de 1911 y 1949 no des- truyeron la práctica parlamentaria general, ya que la autorrestricción empleada por ambas cámaras en la mayoría de los casos terminó excluyendo la necesidad de afirmación legal de la supremacía de los comunes.¹⁴² Las leyes continúan

los Comunes sujeto a diez condiciones: a) que se trate de un *bill* público (art. 2, inc. 1); b) el *bill* debe obtener tres aprobaciones en la Cámara de los Comunes en tres sesiones sucesivas –la Parliament Act de 1949 redujo este requisito a dos sesiones–; c) debe haberse remitido a la Cámara de los Lores al menos un mes antes del cierre de sesiones; d) el *bill* debe ser idéntico al aprobado por los Comunes –o, en su caso, al enmendado por los lores– el año anterior (art. 2, inc. 4); e) debe contar con tres rechazos por la Cámara de los Lores en tres sesiones sucesivas –la Parliament Act de 1949 redujo este requisito a dos rechazos en dos sesiones sucesivas– (art. 2, inc. 1), pero se considera rechazado cuando esta no lo aprueba ni le introduce enmiendas o bien cuando no aprueba las enmiendas introducidas por los Comunes; f) que, reunidos todos los requisitos para hacerlo, la Cámara de los Comunes decida no sancionar el proyecto (art. 2, inc. 1); g) debe haber transcurrido un plazo mínimo de un año entre la primera aprobación del proyecto –en segunda lectura– y la tercera (art. 2, inc. 1); g) que no se trate de un proyecto destinado a prorrogar el mandato del Parlamento (art. 2, inc. 1); h) que no se trate de un proyecto destinado a confirmar una orden provisional (art. 5); i) que cuente con la certificación del Speaker del cumplimiento de todos estos requisitos (art. 2, inc. 2). El texto completo de la ley puede consultarse en <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/1-2/13/enacted/data.pdf>. Ver especialmente los artículos 1 y 2.

141 Aunque el Parlamento tiene una duración de cinco años, se divide en sesiones anuales que, por lo general, van de julio a noviembre de cada año. El Parlamento entra en receso (*prorogue*) por decisión del rey en virtud de su prerrogativa real. Cada año, se realiza una ceremonia de receso para dar por finalizada cada sesión. Los *bills* públicos que no obtienen sanción de ambas cámaras al final de una sesión caducan (Alder, 2002, p. 272; Barnett, 2002, p. 532; Carroll, 2009, p. 143), a menos que se acuerde una moción de suspensión, en cuyo caso podrá continuar su tramitación en la siguiente sesión parlamentaria, aunque esto no parece ser el trámite habitual. El constitucionalista británico Alex Carroll (2009, p. 144) explica que entre 2002 y 2007 sólo pudieron traspasarse trece *bills*. Por ello, es propio simplificar la explicación señalando que, tras la reforma de 1949, la Cámara de los Lores sólo puede dilatar el tratamiento de una ley durante un año.

142 El Parlamento del Reino Unido cuenta con una muy arraigada práctica consensual. Los comunes siempre buscan alcanzar acuerdos. Así, las enmiendas que proponen los lores resultan aceptadas en la mayoría de los casos en la Cámara de los Comunes, principalmente para no demorar la sanción del proyecto. Paralelamente, los lores no insisten en sus enmiendas una vez que los comunes las rechazan. Esta última práctica se puede ilustrar señalando que, de 359 proyectos gubernamentales sometidos a consideración del Parlamento entre 1970 y 1990, 160 fueron enmendados por la Cámara de los Lores (Shell, 1992, p. 144). Y, más aún, desde 1979 los lores no han insistido en una de sus enmiendas una vez que la Cámara de los Comunes las revocó (Loveland, 2012, p. 177). A todo esto corresponde adunar la vigencia de la llamada Convención de Salisbury, que, enunciada por

formalmente sancionándose con el consentimiento de ambas cámaras.¹⁴³ Sin embargo, la reforma de 1911 otorgó un reaseguro a la cámara electa popularmente, de modo que, en última instancia, cuenta con la potestad de imponer la versión final de la ley.

Se puede observar a partir del relevamiento efectuado que, con mayores o menores recaudos, las cámaras legislativas de los sistemas bicamerales europeos no cuentan con poderes idénticos aun en los modelos de bicameralismo simétrico. Las tres únicas excepciones en el viejo continente a la regla descripta son la Federación Suiza, Italia y Bosnia y Herzegovina.

Como sucede en el sistema norteamericano, Suiza exige la conformidad total de las dos cámaras de la Asamblea Federal (el Consejo Nacional y el Consejo de los Estados) para la aprobación de un proyecto de ley.¹⁴⁴ En caso de discre-

lord Salisbury en 1964 —en honor al quinto marqués de Salisbury, entonces líder de los lores conservadores—, creó la costumbre parlamentaria según la cual los lores no bloquearán ninguna medida del Gobierno que hubiera formado parte de su plataforma electoral (Barnett, 2002, p. 533). Como resultado de todo lo expuesto, los Parliaments Acts sólo se aplican como último recurso, lo que termina en la mayoría de los casos por excluir la necesidad de la afirmación legal de la supremacía de los comunes. Se puede ilustrar esto último señalando que, desde 1911, el Parlamento sólo ha recurrido a ellas en siete oportunidades (Fenwick y Phillipson, 2009, p. 139).

143 Existen seis casos que, por expresa definición legal, quedan excluidos de las Parliaments Acts: los proyectos de leyes locales, los proyectos de leyes privados, los proyectos que confirman órdenes provisionales, los proyectos originados en la Cámara de los Lores, los proyectos destinados a prolongar la vida del Parlamento más allá de los cinco años y la legislación delegada. En este último caso, los poderes formales de los lores dependerán de si la ley original les faculta expresamente para aprobar o desaprobar la legislación delegada en cuestión (Bradley y Edwin, 2003, p. 205; Carroll, 2009, p. 191). En todos los casos en donde no se recurre a las Parliaments Acts, las comunicaciones entre las cámaras funcionan a través del sistema de mensajes, donde los secretarios transmiten el mensaje entre cada Cámara. En muchos sentidos, esto es similar a cómo funcionaban las conferencias simples, aunque en la actualidad son los secretarios de cada cámara y no los propios *managers* quienes entregan los mensajes. A partir de allí, forzosamente se produce lo que los británicos caracterizan como un “ping pong” parlamentario. Cuando un *bill* ha pasado por ambas Cámaras, si hay diferencias con el proyecto aprobado por la cámara iniciadora, la revisora envía su versión del *bill* de vuelta a la de origen en un mensaje entregado por un secretario. La cámara de origen en su conjunto —en lugar de hacerlo a través de los *managers*, como sucedía con el sistema de conferencia— considerará las enmiendas de la cámara revisora antes de enviar el proyecto de ley de vuelta a esta última, pudiendo aceptar las enmiendas, rechazarlas u ofrecer otra en su lugar. Idéntico procedimiento se aplica en la cámara revisora, por lo que el proyecto vuelve a pasar entre las cámaras —a través del procedimiento de mensaje— hasta que acuerden un texto unificado. No hay límite para la cantidad de reenvíos (información remitida vía correo electrónico el 7 de noviembre de 2024 por el Enquiry Service de la Cámara de los Lores del Parlamento Británico al autor de esta investigación). Como sucedía en la antigüedad, las cámaras cuentan aquí con mecanismos de negociación para resolver sus desacuerdos (Barnett, 2002, pp. 537-538). Empero, como se expresó, el procedimiento de conferencia ya no está vigente debido a que ha sido reemplazado por el envío de mensajes (Erskine May, 2019, p. 194).

144 Artículo 156, inc. 2, Constitución Federal de la Confederación Suiza de 1999.

pancias, la ley no puede salir “hasta que se llegue a un acuerdo entre ellas”.¹⁴⁵ Cuando las diferencias persisten después de una tercera lectura, se recurre al sistema de conferencia –“conferencia de conciliación”–,¹⁴⁶ que se encuentra regulado en los artículos 89 a 95 de la Ley del Parlamento.

El artículo 70 de la Constitución italiana de 1947 estipula que la función legislativa “será ejercida colectivamente por ambas cámaras”. Como consecuencia de esta disposición, se entiende en ese país que las dos cámaras del Parlamento deben ponerse de acuerdo sobre un texto idéntico. En el caso de que una de ellas modifique el texto aprobado por la otra, esta última tendrá que deliberar nuevamente sobre las partes modificadas y sobre el proyecto en su conjunto hasta que ambas concuerden sobre un texto perfectamente idéntico (Camera dei Deputati, 2008-2013, párr. 12).¹⁴⁷

La Constitución de Bosnia y Herzegovina de 1995 estipula que “toda legislación exige la aprobación de ambas cámaras” del Parlamento¹⁴⁸ (la Cámara de Representantes y la Cámara de los Pueblos) y no contempla la posibilidad de desacuerdos entre ellas. En cinco artículos idénticos, reproducidos por los reglamentos de cada cámara, se estipula que un proyecto de ley “se considera aprobado cuando ambas Cámaras del Parlamento de Bosnia y Herzegovina lo adoptan en un texto idéntico”¹⁴⁹ Cuando la cámara revisora introduce modificaciones al proyecto de la de origen, se prevé el sistema de conferencia. El procedimiento obliga al presidente de la cámara revisora a convocar una comisión bicameral “de armonización”¹⁵⁰ integrada por tres miembros de cada una, cuyo objetivo es llegar a un acuerdo para alcanzar “un texto idéntico”¹⁵¹ en diez días mediante un dictamen que debe ser refrendado por ambas cámaras. Si la pro-

145 Artículo 89.1 de la Ley del Parlamento –Loi sur l’Assemblée fédérale–, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2003/510/fr>

146 *Ibidem*, art. 91.

147 En la XVI Legislatura italiana, que funcionó entre 2008 y 2013, de las 391 leyes sancionadas, 301 se aprobaron en trámite simple. De las 90 leyes aprobadas en trámite complejo, 75 se sancionaron en tres lecturas, 12 en cuatro lecturas, 2 en más de cuatro y 1 en siete lecturas (Borsi, 2013, pp. 1-3).

148 Artículo IV, inc. 3.c).

149 Artículo 127 de las Reglas de Procedimiento de la Cámara de Representantes y 118 del Reglamento de la Cámara de los Pueblos. El Reglamento de la Cámara de Representantes de 2014 en vigencia puede consultarse en: <https://www.parlament.ba/data/dokumenti/pdf/Poslovnik%20PD%20bs.pdf>. Por su parte, el Reglamento de la Cámara de los Pueblos, también sancionado en 2014, puede consultarse en: <https://www.parlament.ba/data/dokumenti/pdf/Poslovnik%20doma%20naroda%20bs.pdf>. Ambos textos se encuentran en idioma bosnio.

150 *Ibidem*, arts. 128, inc. 2 y 119, inc. 2, respectivamente.

151 *Ibidem*, arts. 129, inc. 2 y 120, inc. 2, respectivamente.

puesta de armonización resulta desaprobada por al menos una de las cámaras, el proyecto de ley se considera rechazado.¹⁵²

El sistema de conferencia es también el método de solución de desacuerdos de la Unión Europea en el procedimiento legislativo ordinario. El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹⁵³ establece un sistema bicameral de sanción de actos legislativos conformado por el Parlamento Europeo y el Consejo.¹⁵⁴ Los actos legislativos vinculantes, que pueden ser reglamentos, directivas y decisiones,¹⁵⁵ se inician a instancia de la Comisión europea¹⁵⁶ ante el Parlamento, que reviste siempre la condición de cámara de origen. Si el proyecto es aprobado, pasa al Consejo, y, en caso de obtener también su aprobación, se convierte en acto legislativo.¹⁵⁷ Pero para el supuesto de que el Consejo presente objeciones, vuelve al Parlamento, el cual cuenta con cuatro alternativas posibles a seguir dentro de un plazo de tres meses: guardar silencio, recoger las objeciones del Consejo, rechazarlas o introducir enmiendas al proyecto.¹⁵⁸ En caso de silencio o aprobación expresa a las reformas propuestas por el Consejo, el proyecto se convierte en acto legislativo. Si resulta rechazado por el Parlamento, el proyecto fracasa. Pero si, en cambio, decide introducirle enmiendas, vuelve al Consejo para que las acepte o no. En este último supuesto se activa el procedimiento de conferencia convocando a un “comité de conciliación”.¹⁵⁹ El comité está conformado por representantes del Parlamento y del Consejo en partes iguales y debe presentar en un plazo de seis semanas una propuesta de texto unificado para someterse a consideración de ambas cámaras.¹⁶⁰ Para que el proyecto resulte aprobado en el comité de conciliación, debe recibir el voto de la mayoría absoluta de los delegados del Parlamento en la comisión y de una mayoría calificada de los del Consejo.¹⁶¹ El texto propuesto por el comité de conciliación podrá convertirse finalmente en acto legislativo cuando obtenga

152 *Ibidem*, arts. 129, inc. 4 y 120, inc. 4, respectivamente.

153 Como segunda alternativa, se contempla un procedimiento legislativo “especial” que prevé las sanciones de actos legislativos con arreglo a procedimientos específicos previstos en los tratados asociados al sistema comunitario (art. 289, inc. 2, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

154 *Ibidem*, artículo 289, inc. 1.

155 *Ibidem*, artículo 289, inc. 3.

156 *Ibidem*, artículo 294, inc. 2.

157 *Ibidem*, artículo 294, inc. 4.

158 *Ibidem*, artículo 294, inc. 7.

159 *Ibidem*, artículo 294, inc. 8, punto b.

160 *Ibidem*, artículo 294, inc. 12.

161 *Ibidem*, artículo 294, inc. 10.

la aprobación en el pleno del Parlamento —con el voto de la mayoría de sus miembros— y del Consejo —en este caso, se exige mayoría calificada— dentro de las seis semanas,¹⁶² plazo que puede prorrogarse a ocho.¹⁶³

Merece observarse que, paralelamente al criterio de prevalencia apuntado, Alemania, Rusia y Bielorrusia incorporan el sistema de conferencia habilitando a las cámaras a resolver sus desacuerdos en el trámite de las leyes mediante comisiones bicamerales de armonización.¹⁶⁴ Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en los Estados Unidos, Italia, Suiza y Bosnia, el proceso tiene carácter facultativo.

7.4 El bicameralismo en los sistemas federales

Para un análisis final, no es posible soslayar en el contexto que nos ocupa que, aunque se ha mantenido en los sistemas federales (Loewenstein, 2018, pp. 358 y 523), como lo observó Duverger (1970, p. 190), en el último tercio del siglo pasado el bicameralismo es un sistema en vías de desaparición. Todavía retumba desde el fondo de la historia la amarga advertencia de François Buzot, quien, tras haber sido condenado por la Asamblea Nacional francesa en 1793, exclamó: “No es Robespierre quien me mata, es la falta de una segunda cámara” (Laboulaye, 1869, p. 30).¹⁶⁵ Pero Buzot no fue sino víctima del vendaval que él mismo desató cuando, como miembro de la misma Asamblea, condenó a Luis XVI con la misma injusticia que sufriría seis meses más tarde. Con todo, los países parecen haber vuelto a encandilarse bajo la influencia deslumbradora del modelo unicameral que Francia esparció sobre el mundo a fines del siglo XVIII.¹⁶⁶ De acuerdo con datos ofrecidos por la Inter-Parliamentary Union

162 *Ibidem*, artículo 294, inc. 13.

163 *Ibidem*, artículo 294, inc. 14.

164 Artículos 77.2 y 77.3 de la Ley Fundamental de Bonn; 105, incs. 4 y 5 de la Constitución de la Federación Rusa de 1993; y 100 de la Constitución bielorrusa de 1994.

165 La expresión completa es: “No es Robespierre quien ha muerto a nuestros amigos como tampoco es Robespierre quien nos mata; morimos, porque en Francia no hay dos cámaras, porque la Convención no tiene quien pueda enfrenar su despotismo”.

166 Sieyés (como se citó en Magnasco, 1906) defendió en 1789 el modelo unicameral francés en los términos siguientes: “La ley es la voluntad del pueblo; un pueblo no puede a la vez tener dos voluntades diferentes sobre un mismo objeto, luego, el cuerpo legislativo que representa al pueblo debe ser esencialmente uno. ¿Para qué dos cámaras? Si se hallan de acuerdo una de ellas está de más; si se hallan divididas ha de haber una que no sea la expresión de la voluntad popular pero que le prohíbe prevalecer: es una confiscación de la soberanía” (pp. 100-101). En contraste con las ideas de Sieyés, noventa años después, el constitucionalista francés Édouard Laboulaye (1869) observó: “Con una

(2024, párr. 1) al mes de septiembre de 2024, de 190 países relevados, 112 cuentan con legislaturas unicamerales, mientras que sólo 78 Estados poseen un Poder Legislativo bicameral. Frente a este panorama, mal puede asociarse al bicameralismo como un elemento constitutivo del sistema republicano, considerando su escasa receptividad en el constitucionalismo comparado. En su hipótesis más favorable, podría cumplir un papel importante como elemento constitutivo del federalismo (Loewenstein, 2018, p. 247), aspecto sobre el cual conviene detenerse.

El control intraórgano que, como se expresó anteriormente, constituye la principal función constitucional del bicameralismo se ve complementado en los sistemas federales por una función adicional. La segunda cámara cumple un rol constitucional de “representación”, garantizando la participación de los estados locales en el proceso legislativo federal (Rosatti, 2017, p. 265; Sánchez Viamonte, 1958, p. 255). Sin embargo, como lo comprueba la legislación constitucional comparada, la representación local es posible de ser mantenida también en parlamentos unicamerales. De los veintiséis Estados federales que existen en la actualidad,¹⁶⁷ seis de ellos cuentan con legislaturas unicamerales:

sola cámara se corre el peligro de que esta se deje arrebatar por sus pasiones y vaya más allá de lo que interesa al bien público. ¿Qué es una asamblea única? Un poder que puede hacer y deshacer las leyes, votar hoy un impuesto y mañana otro, que puede verse arrastrada a declarar la guerra por una reducida mayoría, comprometida por el capricho de un diputado de dudosa moralidad. Una sola cámara es la arbitrariedad sin límites. Un hombre investido del poder soberano comprende que no lo puede hacer todo. Se expone a soliviantar pasiones que lo derribarán, hay razones que pueden obligarle a moderar su despotismo, piensa en la historia y a su responsabilidad en el porvenir. Pero el miembro de una asamblea ¿qué responsabilidad contrae, qué temor puede abrigar por causa del voto que deposita en la urna? Es, pues, una de las peores formas del despotismo el gobierno de una cámara única” (p. 30).

167 Alemania (art. 20, inc. 1, Ley Fundamental de Bonn de 1949), Argentina (art. 1, Constitución de 1853), Australia (Constitución de 1900), Austria (art. 2, inc. 1, Constitución de 1920), Bélgica (art. 1, Constitución de 1831), Bosnia y Herzegovina (art. 3, Constitución de 1995), Brasil (art. 1, Constitución de 1988), Canadá (art. 3, Constitución de 1867), Comoras (art. 99, Constitución de 2001), Emiratos Árabes Unidos (art. 1, Constitución de 1971), Estados Federados de Micronesia (art. I, Secc. I, Constitución de 1979), Estados Unidos de América (Constitución de 1787), Etiopía (art. 1, Constitución de 1994), India (art. 1, inc. 1, Constitución de 1949), Irak (art. 1, Constitución de 2005), Malasia (art. 1, Constitución de 1957), México (art. 40, Constitución de 1917), Myanmar (capítulo I, Carta Democrática Federal de 2021), Nigeria (art. 2, inc. 2, Constitución de 1999), Pakistán (art. 1, inc. 1, Constitución de 1973), Rusia (art. 1, inc. 1, Constitución de 1993), San Cristóbal y Nieves (art. 1, inc. 1, Constitución de 1983), Somalia (art. 1, inc. 1, Constitución provisional de 2012), Suiza (art. 3, Constitución de 1874), Sudán (art. 4, inc. 1, Constitución provisional de 2019), Sudán del Sur (art. 47, Constitución de 2011) y Venezuela (art. 4, Constitución de 1999).

Comoras,¹⁶⁸ Emiratos Árabes Unidos,¹⁶⁹ los Estados Federados de Micronesia,¹⁷⁰ San Cristóbal y Nieves,¹⁷¹ Sudán¹⁷² y Venezuela.¹⁷³ Esta circunstancia comueba que, aunque el sistema bicameral es el que mejor armoniza con la forma federal de Estado, el federalismo no resulta ontológicamente incompatible con la unicameralidad. En varios de estos Estados la participación local en el Gobierno federal se alcanza mediante la elección de delegados que se integran junto a los representantes del pueblo en una asamblea única.

El sistema constitucional argentino se cuidó muy bien de observar el federalismo en el diseño del Poder Legislativo. Así, a diferencia de lo que sucede con otras constituciones, se asignó —con pocas excepciones— la posibilidad de actuar como cámara de origen a cualquiera de las dos cámaras del Congreso. De esta forma, el privilegio constitucional de última instancia para decidir la versión final de la ley puede recaer tanto en la cámara con representación popular como en la representación de las provincias, preservándose así el delicado equilibrio entre los dos elementos constitutivos de la federación.

El principal riesgo que trae consigo el bicameralismo es el peligro latente de un bloqueo del proceso político con motivo de un desacuerdo entre las cámaras que termine trabando la acción legislativa. Este riesgo, como afirma Loewenstein (2018, p. 248), es evidentemente mayor cuando ambas cámaras poseen las mismas facultades. De esta forma, explica este autor:

Para que la maquinaria estatal siga funcionando, una de ambas cámaras tendrá que ceder (...) La disposición más corriente suele ser que la resistencia de la cámara alta puede ser vencida por mayoría cualificada de la cámara baja. Esto aparece como un control intraórgano suficiente frente a la omnipotencia legis-

168 Artículo 66, Constitución de 2018. Se hace necesario observar que, si bien el artículo 1 de la Constitución habla de un Estado unitario, la propia Constitución en su art. 99 señala que las islas que lo conforman gozan de personalidad jurídica propia, libre administración y autonomía de gestión y son dirigidas por un gobernador y un consejo consultivo electos por los ciudadanos de cada una de sus tres islas.

169 Artículo 68, Constitución de 1971.

170 Artículo IX, sección 1, Constitución de 1978.

171 Artículo 26, incisos 1 y 2, Constitución de 1983. Aunque su órgano legislativo es unicameral, está conformado por representantes y senadores. Los representantes son elegidos en distritos uninominales y los senadores nombrados por el gobernador general (art. 30) que, junto con los representantes, conforman una cámara única.

172 Artículo 4, inciso 1 y 24, inciso 1, Constitución provisional de 2019.

173 Artículos 4 y 186, Constitución de 1999. Aunque se señala que la mayoría de los diputados se eligen por sufragio directo, cada entidad federal elige también tres diputados, quienes, junto al resto, conforman una cámara única.

lativa de la cámara baja. Otras técnicas para ajustar las diferencias o conflictos entre ambas ramas del parlamento consisten en la posibilidad de recurrir a comisiones mediadoras, constituidas por igual número de miembros de ambas cámaras, así como la intervención del electorado como árbitro, bien por medio de un referéndum, o por la necesaria disolución de la cámara baja o de ambas cámaras; finalmente, habría que citar la posibilidad de sesión plenaria de ambas cámaras, en la cual la cámara alta, dado su número menor de miembros, tendrá que perder, a no ser que consiga el apoyo necesario entre los miembros de la otra cámara. (...) De cualquier manera que esté conformada la situación política concreta, se deberán incorporar a la constitución estudiados mecanismos para solucionar los posibles conflictos entre ambas cámaras (...) Si bien no cabe negar que discutir dos veces el material legislativo a través de dos cámaras separadas no es, frecuentemente, sino un gasto inútil, no hay duda alguna que el requisito de mayorías cualificadas para vencer la resistencia de la otra cámara puede evitar precipitadas decisiones políticas, o por lo menos movilizar de tal manera la atención de la opinión pública que la decisión final corresponda de hecho a la voluntad de la mayoría del pueblo. (Loewenstein, 2018, pp. 248-250)

En lugar de resolver el conflicto parlamentario en favor de la cámara electiva como lo hacen la mayor parte de los países europeos, los constituyentes de 1853 eligieron el sistema chileno, que otorga la prevalencia final a la cámara que inició el tratamiento del proyecto. Esto es, con sus virtudes y defectos, el fundamento constitucional del privilegio otorgado por la Constitución a la cámara de origen.

7.5 Corolario

La experiencia comparada comprueba de manera indubitable que no existe un bicameralismo perfecto ni tampoco un único modelo de organización de los sistemas bicamerales. A su vez, contribuye decisivamente a legitimar el modelo argentino, el cual está conforme con la naturaleza y finalidad de la doble cámara.

El método de prevalencia de una de las cámaras se encuentra presente en casi todas partes, se ha conciliado con las instituciones monárquicas, aristocráticas y republicanas, se armoniza con los principios que presiden la organización constitucional de un Estado soberano y con los que regulan la organización de los Estados cuasisoberanos o simplemente autónomos y lo mismo se explica en un Estado unitario que en un Estado federal. En toda nación que haya alcanzado algún desarrollo democrático, ha sido implantado sin ninguna dificultad, como lo ha demostrado la práctica universal del sistema bicameral en los países organizados en consecuencia de antecedentes análogos.

8. Precedentes parlamentarios

Si, como observaba Juan Bautista Alberdi, la historia es una escuela de gobierno, se puede completar este examen con la práctica parlamentaria del Congreso de la Nación argentina iniciada en 1854.¹⁷⁴

Además de constituir una interpretación auténtica —cuanto menos en lo tocante a la aplicación de los reglamentos—, se puede afirmar verosímilmente que los precedentes parlamentarios en esta materia, cuando son uniformes y prolongados, cuentan con un estatus jurisprudencial análogo a los fallos de la Corte Suprema.

Conforme la jurisprudencia del máximo tribunal, en resguardo del equilibrio de poderes y de la independencia del Poder Legislativo, el Congreso tiene la potestad exclusiva para interpretar la Constitución en el ejercicio de sus propias atribuciones, habilitando de esta manera la deferencia al criterio interpretativo que adoptan las cámaras. La práctica parlamentaria se posiciona entonces como un mecanismo de creación de derecho, siendo reconocida por la Corte como un parámetro de razonabilidad para sostener la interpretación auténtica adoptada por el Congreso en la sanción de sus propias leyes.¹⁷⁵ Así entonces, las potestades jurisdiccionales del Poder Judicial no alcanzan como regla al examen del procedimiento adoptado en la formación y sanción de las leyes, por lo que debe estarse a lo que resulta de la práctica legislativa, salvo arbitrariedad muy manifiesta que únicamente puede configurarse probando la falta de concurrencia de los “requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley”.¹⁷⁶ Dado, entonces, que la Corte Suprema no admite

174 Se ha afirmado que no existe “ni un antecedente parlamentario sostenido por leyes oportunamente sancionadas” (Gil Domínguez, 2024b, párr. 3), “ningún acuerdo parlamentario entre ambas Cámaras” ni “tampoco una práctica parlamentaria reiterada” (Gil Domínguez, 2024c, párr. 5) que ofrezca una respuesta concreta cuando una parte de un proyecto de ley es rechazado por la cámara revisora. La nómina de precedentes que se consignan en el presente párrafo contribuyen decisivamente a refutar esa afirmación.

175 Casos Vidal, Fallos: 344:3156 (2021); Barrick, Fallos: 342:917 (2019), consid. 4; Hidalgo Garzón, Fallos: 341:1768 (2018); Montalvo, Fallos: 313:1333 (1990) y Municipalidad de Córdoba, Fallos: 114:298 (1911), entre otros.

176 La nómina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de una u otra forma vinculada al procedimiento legislativo, incluida la etapa de promulgación y publicación de la ley, es cronológicamente la siguiente: Honoré y Bowen, Fallos: 31:307 (1887); Cullen c. Llerena, Fallos: 53:420 (1893); Azucarera Tucumana, Fallos: 141:271 (1924); Azucarera Concepción, Fallos: 143:131 (1925); Mariconi, Fallos: 177:120 (1937); Giulitta, Fallos: 189:156 (1941); Petrus, Fallos: 210:855 (1948); Soria de Guerrero, Fallos: 256:556 (1963); Colella, Fallos: 268:352 (1967); Carracedo Núñez, Fallos: 279:215 (1971); Nobleza Piccardo, Fallos: 321:3487 (1998); Famyl, Fallos: 323:2256 (2000); Nobleza Piccardo, Fallos: 327:4023 (2004); Binotti, Fallos: 330:2222 (2007); Ministerio de Cultura y Educación, Fallos: 331:1123 (2008); Thomas, Fallos: 333:1023 (2010); Barrick, Fallos: 342:917 (2019) y Fernández de

la judicialidad del procedimiento legislativo, le corresponde al Congreso dirigir los conflictos interpretativos en cada caso.¹⁷⁷

El primer desacuerdo parcial que enfrentaron las cámaras del Congreso de la Nación en el trámite de un proyecto de ley tuvo lugar el 20 de noviembre de 1854 durante el tratamiento de la ley número 5 de la Confederación, que autorizó al Poder Ejecutivo a “consultar la seguridad e integridad del territorio de la Confederación”. Cuando el Gobierno nacional tomó conocimiento que tropas de Buenos Aires —separada por ese entonces de la Confederación— habían llegado a San Nicolás para invadir el territorio federal,¹⁷⁸ mediante un proyecto de ley ingresado el 18 de noviembre de 1854 Urquiza solicitó al Congreso autorización para proteger la seguridad e integridad del territorio, empleando “todos los medios que las circunstancias aconsejan”. El proyecto resultó aprobado por la Cámara de Diputados sin modificación alguna el 19 de noviembre.¹⁷⁹ Sin embargo, a propuesta de la Comisión de Negocios Constitucionales, al día siguiente el Senado le adicionó una frase al artículo 1, de modo que la autorización de defensa de la Confederación debía hacerse por todos los medios que las circunstancias aconsejen “según la ley”. Con esta adición se buscó evitar que se interprete que el Congreso estuviese confiriendo facultades extraordinarias al Poder Ejecutivo (Cámara de Senadores, 1854, p. 78). Devuelto el proyecto, diputados rechazó la adición efectuada por el Senado (*Actas de las sesiones de*

Kirchner (Presidenta del Senado), *Fallos*: 343:195 (2020).

En una primera etapa, que corre desde 1863 hasta 1963, la Corte sentó una deferencia absoluta al Poder Legislativo: el proceso de creación de la ley constituía una cuestión política no justiciable. A partir de 1963, con el caso *Soria de Guerrero*, puso límites abriendo la puerta para un control judicial, con carácter excepcional, cuando se acredice la falta de las condiciones mínimas exigidas por la Constitución para la creación de la ley. Aplicando este criterio, ingresó a controlar el proceso parlamentario en *Colella, Carracedo Núñez, Nobleza Piccardo de 1998, Famyl, Binotti y Barrick*.

- 177 El plan de solución de desacuerdos intercamerales escogido por la Constitución no exige una coordinación absolutamente armónica y prolíja entre ambas cámaras. Antes bien, admite la existencia de desprolijidades en el trámite de la ley, considerando su complejidad. Únicamente marca un piso: que esas desprolijidades no perforen el umbral mínimo exigido para la creación de la ley. Esto último, en concreto, significa que es una cuestión que ha de dirimirse casuísticamente, dejando en caso de duda la presunción a favor del Congreso. Esta es la doctrina constitucional de la Corte Suprema en la materia.
- 178 Informe del ministro del Interior José Benjamín Gorostiaga explicando el proyecto ante la Cámara de Diputados (*Actas de las sesiones de la Cámara de Diputados, 1854-1855-1856*, 1854, p. 39).
- 179 La comisión que había estudiado el proyecto en la Cámara de Diputados le adicionó al artículo 1 la expresión que la protección de la seguridad e integridad debía llevarse a cabo “dentro de los límites de la Constitución”. Sin embargo, el pleno de la Cámara rechazó esa adición por catorce votos contra seis, aprobando el proyecto original del Poder Ejecutivo por doce votos contra ocho (*Actas de las sesiones de la Cámara de Diputados, 1854-1855-1856*, p. 40).

la Cámara de Diputados, 1854-1855-1856, p. 41) y, tras un cuarto intermedio, a propuesta del ministro del Interior José Benjamín Gorostiaga —presente en la sesión y tomando parte activa en el debate de la ley—, decidió reformular la redacción del artículo 1. La modificación mantuvo la autorización de velar por la seguridad e integridad del territorio confederado; empero, en lugar de estipular que se haría usando “todos los medios que las circunstancias aconsejan según la ley”, ello tendría lugar “haciendo la paz o la guerra según lo aconsejen las circunstancias”, agregando que “al efecto podrá usar de todas las atribuciones para cuyo ejercicio necesita autorización el Congreso” (p. 42).¹⁸⁰

A partir de este primer antecedente, se sucedieron numerosos casos más donde, explícitamente, se incluyen insistencias de la cámara de origen sobre disposiciones rechazadas por la revisora. Entre el 22 de agosto de 1994 y el 22 de octubre de 2024, el Congreso de la Nación registra 271 leyes sancionadas con tres lecturas, donde 56 de estas fueron insistidas total o parcialmente por la cámara de origen. Tales fueron las leyes 24410, 24447, 24485, 24490, 24540, 24573, 24588, 25036, 25239, 25344, 25345, 25370, 25401, 25430, 25446, 25456, 25505, 25543, 25544, 25563, 25600, 25602, 25711, 25713, 25730, 25732, 25743, 25750, 25759, 25876, 25891, 25928, 26028, 26043, 26045, 26047, 26052, 26053, 26086, 26093, 26281, 26363, 26369, 26370, 26396, 26413, 26529, 26579, 26791, 26799, 26845, 26904, 27275, 27347, 27454 y 27743 (Dirección de Información Parlamentaria, 2024a, p. 1). Naturalmente que los límites de este trabajo no me permiten listar la totalidad de los casos, pero conceden espacio suficiente para reseñar a modo de casos testigo doce precedentes a lo largo de los tres siglos de actuación del Congreso.

Primero: Ley 82 de la Confederación

El primer registro parlamentario de insistencia por parte de la cámara de ori-

180 Es interesante reseñar que, durante el trámite de este proyecto, tuvo lugar el primer debate constitucional en torno al alcance de la cláusula que regula los desacuerdos parciales contenida entonces en el artículo 68 de la Constitución. El cambio de redacción propuesto por Gorostiaga fue objetado por varios diputados. Uno de ellos fue José María Zuviria —convencional constituyente de 1853—, observando que, como cámara de origen, diputados carecía de facultades para introducir nuevas modificaciones al proyecto de ley y que su función estaba limitada a aprobar o desechar las introducidas por la cámara revisora. Gorostiaga controvirtió esa interpretación y sostuvo que “en modo alguno se faltaba al artículo constitucional con sustituir una adición por otra”, agregando “que este proceder era muy común y de práctica parlamentaria” (*Actas de las sesiones de la Cámara de Diputados, 1854-1855-1856*, p. 42). Finalmente, la propuesta del ministro del Interior terminó imponiéndose por doce votos contra ocho en la Cámara de Diputados y fue aceptada por unanimidad por el Senado (Cámara de Senadores, 1854, p. 85). Este procedimiento fue precisamente el que abolió la reforma constitucional de 1994 con la inserción de la última oración del artículo 81.

gen sobre una disposición suprimida en la revisora tuvo lugar el 6 de agosto de 1856 en el Congreso de la Confederación con motivo del tratamiento de la Ley 82, regulatoria de la escala salarial para el personal diplomático.

El proyecto se inició en el Senado a instancia del Poder Ejecutivo el 17 de junio de 1856; obtuvo tratamiento el 2 y 4 de julio y, en esta última fecha, alcanzó la media sanción. Girado para su revisión, el 28 de julio la Cámara de Diputados decidió suprimir el artículo 11 del proyecto aprobado por el Senado, el cual disponía que “[l]os Cónsules Generales y particulares y demás agentes de comercio, no gozarán otro sueldo que el producto de los emolumentos de sus empleos respectivos” (*Actas de las sesiones de la Cámara de Diputados, 1854-1855-1856*, pp. 366-367). Devuelto el proyecto a la cámara de origen, el 6 de agosto el Senado decidió por unanimidad insistir en la sanción del artículo suprimido (*Cámara de Senadores, 1856*, pp. 180-181)¹⁸¹ y el proyecto se convirtió en ley con un artículo aprobado únicamente por el Senado.

Segundo: Ley 83 de la Confederación

Un segundo precedente tuvo lugar el mismo 6 de agosto de 1856 durante el tratamiento de la Ley 83 de supresión de la escribanía de registro de la Administración de Rentas de Rosario.

El proyecto ingresó en la Cámara de Diputados el 27 de agosto de 1855 y se aprobó el 3 de septiembre. Girado a la cámara revisora, el 17 de junio de 1856 el Senado lo sustituyó completamente por uno nuevo.¹⁸² Devuelto a la cámara de origen para su tercera lectura, diputados aceptó la reestructuración total del proyecto propuesta por el Senado. Empero, entre otras modificaciones, procedió a suprimir el artículo 4 que obligaba a los escribanos a usar el papel sellado nacional en todos los actos que otorguen en el marco de esa ley.¹⁸³ Girado nuevamente al Senado para su cuarta lectura, el 2 de agosto la Comisión de Hacienda recomendó insistir en la sanción del artículo 4, pese a que había sido suprimido por diputados. El dictamen está firmado por uno de los constituyentes de 1853, el senador por Mendoza Martín Zapata.

181 Finalmente, el artículo 11 terminó siendo sancionado, ya que el 16 de agosto la Cámara de Diputados aceptó la insistencia del Senado (*Actas de las sesiones de la Cámara de Diputados, 1854-1855-1856*, p. 424).

182 Diputados había sancionado un proyecto que fijaba los distintos aranceles para los escribanos de registro y hacienda y el Senado lo reemplazó por otro suprimiendo la escribanía de registro. Ambas versiones pueden verse en *Cámara de Senadores (1856, p. 62)*.

183 La supresión se instrumentó durante la discusión en particular a propuesta del diputado cordobés Luis Cáceres, considerando inútil la obligación de usar papel sellado dispuesta en la norma, toda vez

Finalmente, el 6 de agosto de 1856 el Senado de la Confederación decidió insistir el artículo suprimido por diputados (Cámara de Senadores, año 1856, 33º sesión ordinaria del 6 de agosto de 1856, p. 181).¹⁸⁴

Tercero: Ley electoral 140 de la Confederación

Un tercer precedente tuvo lugar el 16 de septiembre de 1857 al sancionarse la primera ley electoral nacional argentina, en la época de la Confederación.

La ley se inició en el Senado a instancia del proyecto del senador Marcos Paz el 23 de junio de 1856. Tras diecisiete sesiones de consideración, el Senado le dio media sanción el 14 de julio de 1857. Girado el proyecto a la cámara revisora, diputados le introdujo trece modificaciones, que incluyeron cambios de redacción en los artículos 2, 4, 19, 21, 23, 42, 62, 63 y 66. Asimismo, le practicó cuatro supresiones, eliminando el inciso 2 del artículo 8 y los artículos 49, 59 y 65 (*Actas de las sesiones de la Cámara de Diputados, 1857-1858*, pp. 223-225). Devuelto el proyecto, el Senado aceptó la supresión del inciso 2 del artículo 8 y la totalidad del artículo 49, pero sostuvo los artículos 59 y 65 (Cámara de Senadores, 1857, pp. 295-297). Recibido el proyecto para segunda revisión, la Cámara de Diputados aceptó la inclusión del artículo 59 –por dieciséis votos contra doce–, pero insistió en la supresión del artículo 65 (*Actas de las sesiones de la Cámara de Diputados, 1857-1858*, pp. 292-293).¹⁸⁵ Finalmente, haciendo uso de su privilegio como cámara de origen, el Senado sostuvo el artículo 65 (Cámara de Senadores, 1857, p. 342).

Como resultado del trámite descripto, el proyecto se convirtió en ley con un artículo aprobado únicamente por la Cámara de Senadores.

Cuarto: Reglamento del Senado vigente desde fines del siglo XIX

Ni el primer Reglamento del Senado de la Confederación de 1855¹⁸⁶ ni el que

que ya se encontraba en curso de sanción la ley general de papel sellado que así lo disponía (*Actas de las sesiones de la Cámara de Diputados, 1854-1855-1856*, p. 353).

184 Finalmente, en su quinta y última lectura, el 16 de agosto de 1856 la Cámara de Diputados aceptó la insistencia del Senado y la ley quedó sancionada con el artículo 4 propuesto por el Senado (*Actas de las sesiones de la Cámara de Diputados, 1854-1855-1856*, p. 424).

185 El artículo 65 en discusión facultaba a los Gobiernos provinciales a actuar como autoridad de aplicación de la ley electoral evacuando todas las dudas que se generaran en sus respectivos distritos sin perjuicio de la obligación de comunicar a las autoridades nacionales las decisiones que adopten en esa función.

186 El primer reglamento del Senado de la Confederación se sancionó el 5 de junio de 1855. Su texto puede consultarse en Cámara de Senadores (1855, pp. 380-386). Se encuentra también *online* en <https://www.senado.gob.ar/bundles/senadoportal/webNueva/pdf/reglamento/1855.pdf>

le sucedió en 1862 tras la unificación del Estado argentino¹⁸⁷ regularon la actuación de la cámara ante disidencias parciales con la otra. Sin embargo, siendo —como se expresó— una práctica parlamentaria consolidada que la cámara de origen insistiera en textos eliminados por la revisora, esta situación se incluyó de manera expresa entre las primeras reformas al reglamento del Senado a fines del siglo XIX. Así, el artículo 145 expresaba textualmente:

Cuando la resolución sea aprobando totalmente un proyecto remitido por la Cámara de Diputados, además de comunicarse al Poder Ejecutivo, se avisará en respuesta a la mencionada Cámara. Cuando, como iniciador, vuelve al Senado un proyecto revisado por la Cámara de Diputados y en el cual esta hubiese desechado o modificado uno o más de sus artículos puede el Senado insistir en ellos, o en alguno o algunos de ellos, en la totalidad de la redacción o parte de ella.

Esta disposición fue mencionada por Aristóbulo del Valle durante el debate en el Senado de la Ley 1420 de educación común en 1883. En esa oportunidad, señaló el constitucionalista y senador por la provincia de Buenos Aires:

No es necesario para demostrarlo, más que leer esta prescripción de nuestro reglamento: “Cuando, como cámara iniciadora, vuelva al Senado un proyecto revisado por la Cámara de Diputados y, en el cual éste hubiese desecharo o modificado uno o más artículos, puede el Senado insistir en ellos, o en alguno o algunos de ellos, en la totalidad de relación o en parte de ella”.¹⁸⁸

Queda claro, como puede colegirse de la disposición transcripta, que, en su condición de cámara de origen, el Senado se encontraba expresamente autorizado por su reglamento a insistir artículos revisados por la cámara de diputados, incluyendo expresamente las disposiciones rechazadas.

Quinto: Ley 3952 de demandas contra la nación

Ya en el siglo XX, se puede reseñar un quinto precedente sobre la materia que tuvo lugar con la insistencia del Senado sobre el artículo 6 de la ley de demandas contra la nación el 27 de septiembre de 1900.

La Ley 3952, que, a groso modo, habilitó a los particulares a demandar al

187 El reglamento del Senado de la Nación sancionado el 7 de junio de 1862 puede consultarse en <https://www.senado.gob.ar/bundles/senadoportal/webNueva/pdf/reglamento/1862.pdf>

188 Intervención del Senador Aristóbulo del Valle (*Diario de sesiones de la Cámara de Senadores*, 1883, pp. 509-510).

Estado sin la venia previa del Congreso, se inició en el Senado en el año 1900 y fue considerada por primera vez por esa cámara el 18 de agosto de ese año.¹⁸⁹ El 18 de septiembre, la Cámara de Diputados aprobó el proyecto con modificaciones (*Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1900, p. 1276). Ese mismo día, el presidente de la Cámara de Diputados —Marco Avellaneda— giró el proyecto al Senado informando que lo aprobó con dos “modificaciones”. La segunda de ellas fue la “[s]upresión total del artículo 6º” de la ley (*Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1900, p. 291). Recibido el proyecto en el Senado, Bartolomé Mitre —que presidía la sesión como presidente provisional del cuerpo— puso a votación “si acepta o no las modificaciones” introducidas por la Cámara de Diputados. El Senado las rechazó mostrando que, como cámara de origen, insistió sobre un artículo rechazado por la revisora (p. 292).

El 26 de septiembre de 1900, el proyecto regresó a la cámara revisora y diputados decidió insistir en su versión original (*Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1900, p. 1449). Finalmente, el Senado no se dio por vencido y, al día siguiente, a solicitud del senador nacional por la provincia de Córdoba, José Figueroa Alcorta, decidió sostener el artículo 6 que había aprobado originalmente (*Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1900, p. 292).

Como resultado del trámite descripto, el proyecto obtuvo sanción definitiva con uno de sus artículos aprobado por una sola cámara.¹⁹⁰

Sexto: Ley 5075 de presupuesto para 1907

Otro precedente se registra el 28 de enero de 1907 con motivo del tratamiento de la ley de presupuesto para ese año.

La Ley 5075 se inició en la Cámara de Diputados, que inició su tratamiento el 7 de enero de 1907 y le dio media sanción el 15 de ese mes. Como es de práctica en las leyes de presupuesto, además del tratamiento en general y de cada artículo en particular, el proyecto fue considerado por anexos —desagregados, a su vez, en incisos e ítems— en donde constan las partidas presupuestarias de cada una de las dependencias estatales a los que se le practicaron cuantiosos agregados, rectificaciones y supresiones. Revisada la media sanción durante el tratamiento en particular del articulado, además de las modificaciones ya men-

189 El texto completo de la comunicación de sanción de la ley por el Senado a la Cámara de Diputados puede consultarse en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados* (1900, p. 1270).

190 La versión completa de la Ley 3952 sancionada con el artículo 6 que, por el juego de mayorías y reenvíos reciprocos, terminó siendo aprobado por una sola cámara puede consultarse en: Registro Nacional de la República Argentina, 1900, pp. 288-289.

cionadas en cada uno de los anexos durante las cuatro sesiones que insumió el tratamiento del proyecto en la cámara alta, el 25 de enero el Senado suprimió cinco de los veintiún artículos del proyecto aprobado por diputados: los artículos 8, 16, 18, 19 y 20 (*Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1906, pp. 1616-1617). Devuelto a diputados para una segunda revisión, el 26 de enero la cámara baja decidió aceptar las supresiones de los artículos 8, 16, 19 y 20, pero sostuvo el artículo 18 por el cual se autorizaba al Poder Ejecutivo para reducir o suprimir los derechos de importación sobre el café, la yerba mate y el tabaco proveniente de Brasil y Paraguay siempre que existan condiciones de reciprocidad (*Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1906, p. 1064). Al día siguiente, el Senado insistió en la supresión del artículo 18 (*Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1906, p. 1645). Finalmente, en su tercera y última revisión, el 28 de enero la Cámara de Diputados impuso su privilegio como cámara de origen y volvió a sostener la disposición (*Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1906, p. 1091).

Como resultado del trámite parlamentario descripto, el proyecto de presupuesto se convirtió en ley con un artículo aprobado únicamente por la Cámara de Diputados.

Séptimo: Dictamen de las comisiones del Senado en la Ley 24937

Más cerca en el tiempo, se puede citar el criterio observado por las comisiones de asuntos constitucionales, justicia, legislación general, legislación penal y presupuesto y hacienda del Senado de la Nación en 1997 durante el tratamiento de la primera ley del Consejo de la Magistratura.

La Ley 24937 se inició en el Senado de la Nación, que le dio media sanción el 7 de marzo de 1996. Girado el proyecto a la Cámara de Diputados, entre las cuantiosas modificaciones que introdujo, suprimió el artículo 35 y los incisos 3, 8, 14, 15, 16 y 17 del artículo 8 del proyecto aprobado por el Senado.¹⁹¹ Devuelto a la cámara alta, el 23 de abril de 1997 se firmó un dictamen conjunto de las cinco comisiones que tenían a cargo el tema. Lo relevante del caso es que las comisiones insistieron en la redacción de 31 artículos de la versión aprobada por el Senado, entre los que se encontraban el artículo 35 y los seis incisos del artículo 8, que, como se explicó, habían sido “eliminados” por diputados en su condición de cámara revisora. El dictamen conjunto de las comisiones de

¹⁹¹ Las diferencias entre ambos textos pueden verse comparando la comunicación de la sanción del Senado (*Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1997, pp. 644-648) y la de la Cámara de Diputados (*Diario de sesiones de la Cámara de Senadores*, 1997, pp. 6558-6563).

asuntos constitucionales, justicia, legislación general, legislación penal y presupuesto está firmado por veintitrés senadores, es decir, por casi un tercio del Senado (*Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1997, p. 1897).¹⁹²

Octavo: Ley 25344 de emergencia económico-financiera

Ingresando al siglo XXI, un nuevo precedente se registra con la ley de emergencia económico-financiera del Gobierno de Fernando de la Rúa en el año 2000.

El proyecto se inició en la Cámara de Diputados, donde obtuvo media sanción el 23 de marzo de 2000. Considerada entre los días 6 a 8 de septiembre de ese año, el Senado de la Nación le introdujo dieciocho modificaciones,¹⁹³ entre las cuales procedió a suprimir el capítulo III del proyecto aprobado por diputados que autorizaba al Poder Ejecutivo a reubicar al personal de la administración pública nacional (*Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 2000, p. 5313).¹⁹⁴ Al apoyar la propuesta de supresión, en nombre de la Comisión de

192 Aunque se sometió a consideración, el dictamen no llegó a ser aprobado, ya que fue retirado.

193 El texto completo de la media sanción del Senado puede verse en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados* (2000, pp. 4955-4961). La propuesta de supresión de este capítulo provino del senador nacional por la provincia de Jujuy Alberto Tell (*Diario de sesiones de la Cámara de Senadores*, 2000, p. 5312). Resultó aceptada por el ministro de Economía José Luis Machinea, presente en el debate, y por el presidente de la Comisión de Presupuesto Carlos Verna (p. 5313).

194 Es interesante reseñar dos momentos del debate en particular de la ley en el Senado. El senador Jorge Yoma había adoptado la posición de oponerse a la sanción de la emergencia que estaba proyectada en el artículo 1 de la ley. Sabiendo que el Senado no contaría con el privilegio de la cámara de origen y, de esta forma, que la Cámara de Diputados podría terminar imponiendo la versión aprobada del artículo 1, el 6 de septiembre de 2000 Yoma optó directamente por proponer el rechazo del artículo en lugar de introducirle modificaciones. Al fundar su propuesta señaló: “Entonces, señor presidente, si es que el cuerpo decide, en su momento, por mayoría —lo que lamentaría profundamente—, apoyar este proyecto de ley en general, voy a insistir para que, en el tratamiento en particular, el artículo 1º sea expresamente rechazado por la Cámara. ¿Por qué expresamente rechazado? Porque si el artículo 1º es rechazado, Diputados no va a poder insistir, porque el proyecto habrá sido rechazado parcialmente en los términos del artículo 81 de la Constitución (...) Quiero recordar que, por estar en revisión este proyecto de ley, artículo que se rechace en el Senado no podrá ser materia de insistencia en la Cámara de Diputados, salvo que aquí se modifique. En este caso la Cámara de Diputados podrá insistir en su sanción” (*Diario de sesiones de la Cámara de Senadores*, 2000, pp. 5233-5234). Sin embargo, en la sesión del día siguiente, el senador Yoma rectificó ese criterio afirmando: “De todos modos, señor presidente, debo decir que ayer tenía una mala interpretación del artículo 81 de la Constitución Nacional. En realidad, el rechazo de este artículo no implica, por sí sólo, quitarle a la Cámara de Diputados la posibilidad de insistir en su sanción. Lo que dice el artículo 81 es que el rechazo parcial de una ley por la Cámara revisora debe hacerse con los dos tercios de los votos para que la Cámara de origen deba reunir también dos tercios para insistir en su sanción original. Por lo tanto, aunque nosotros lo rechazáramos hoy, la Cámara de Diputados podría insistir con mayoría simple en su sanción, logrando la declaración de emergencia económica en la Argentina y la convocatoria jurídica de los decretos de necesidad y urgencia” (pp. 5309-5310). Llama la atención que, con estos antecedentes, recientemente Yoma haya explicado durante el tratamiento de la ley 27743 que la

Presupuesto y Hacienda y como miembro informante de la ley, el senador por la provincia de La Pampa Carlos Verna ofreció la interpretación del Senado del artículo 81 de la Constitución. Consultado por el jefe del bloque del Partido Justicialista —Augusto Alasino— si la Cámara de Diputados podría incorporar los artículos 4 y 5 del proyecto cuya eliminación iba a votar el Senado en esa sesión, Verna respondió:

Toda modificación que haga el Senado puede no ser aceptada por la Cámara de Diputados si no reunimos los dos tercios. Si Diputados consigue los dos tercios, puede modificar incluso el dictamen. Por supuesto que ellos pueden volver a incorporar su sanción original. (*Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 2000, p. 5313)

Finalmente, el 19 de octubre de 2000 la Cámara de Diputados aceptó algunas modificaciones hechas por el Senado, pero decidió sostener el capítulo III y el proyecto terminó convirtiéndose en ley con un capítulo entero sancionado por una sola cámara.¹⁹⁵

Noveno: Ley 26529 de derechos del paciente

Al precedente citado le siguió la llamada Ley 26529 de derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado, sancionada en 2009. En esta oportunidad, fue el Senado quien insistió en tres artículos suprimidos por la Cámara de Diputados.

De las veinte modificaciones practicadas al revisar la media sanción aprobada por el Senado, la Cámara de Diputados suprimió los artículos 11 —sobre directivas anticipadas—, 18 —historia clínica informatizada—, 21 —sanciones por incumplimiento de la ley— y 24 —fijando el plazo de reglamentación—.¹⁹⁶

Recibido finalmente el proyecto el 21 de octubre de 2009, el Senado aceptó la supresión del artículo 18, pero decidió insistir en la vigencia de los artículos

cámara de origen no puede “resucitar” su media sanción, ignorando el rol constitucional del Senado como cámara revisora, agregando asimismo que la cámara de origen sólo puede expedirse por “sí” o por “no” sobre lo que le comunicó la cámara revisora (Yoma, 2024, párr. 2).

195 Los fundamentos de la insistencia del capítulo III fueron dados por el diputado Raúl Baglini como miembro informante de la ley en la Cámara de Diputados (*Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 2000, p. 74, numeración provisional correspondiente al boletín de la sesión).

196 Los textos sancionados por la Cámara de Diputados y el Senado —en primera vuelta— pueden consultarse en el *Diario de sesiones de la Cámara de Senadores* (2009, pp. 17-25 y 26-34, respectivamente); la numeración corresponde al archivo PDF contenido en la versión del debate de la ley proporcionada por la Dirección de Información Parlamentaria de la Cámara de Diputados.

11, 21 y 24 suprimidos por diputados (orden del día 486/2009, *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 2009, p. 9).¹⁹⁷

Como corolario, los artículos 11, 21 y 24 de la Ley 26529, suprimidos por la Cámara de Diputados, pero sostenidos por el Senado, pasaron al texto final de la ley con la voluntad afirmativa de una sola cámara y se encuentran actualmente vigentes (Boletín Oficial, 2009, pp. 1-3).

Décimo: Ley 27275 de acceso a la información pública

Un décimo precedente en donde la cámara de origen insistió disposiciones suprimidas por la revisora tuvo lugar con la Ley 27275 de acceso a la información pública, sancionada en 2016. Aquí fue la Cámara de Diputados la que sostuvo un inciso suprimido por el Senado, el cual originó los mayores debates en toda la ley.

La ley de acceso a la información se inició en la Cámara de Diputados, que le dio media sanción el 18 de mayo de 2016. Durante el tratamiento en particular, el miembro informante, Pablo Tonelli, propuso excluir a las Sociedades Anónimas sujetas al régimen de oferta pública de la obligación de brindar información pública. La propuesta se cristalizó con la incorporación de un nuevo inciso al artículo 8 de la ley —el “m” — terminó siendo aprobada por la Cámara de Diputados y el proyecto fue girado a la cámara alta para su revisión (*Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 2016, p. 63).

El 7 de septiembre de 2016, el Senado de la Nación aprobó la media sanciónvenida en revisión de diputados. Empero, a propuesta del peronismo, el inciso “m” del artículo 8 se suprimió (*Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 2016, p. 94).

Finalmente, el 14 de septiembre de 2016 la Cámara de Diputados le dio sanción definitiva sosteniendo el inciso suprimido por el Senado (*Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 2016, p. 8).

Como resultado del trámite parlamentario reseñado, la ley se promulgó y se publicó con la incorporación propuesta en la Cámara de Diputados y rechazada por el Senado (Boletín Oficial, 2016, p. 2).

Undécimo: Ley 27743 de medidas fiscales paliativas y relevantes

El último precedente parlamentario a la fecha de conclusión de esta investigación se registra el 27 de junio de 2024 con motivo de la sanción de la Ley 27743, conocida como “paquete fiscal”.

197 Una situación especial se dio con relación al artículo 11. Como esta disposición tenía dos párrafos, el Senado insistió en la vigencia del primero, pero aceptó la eliminación del segundo, practicada por diputados.

La ley de “medidas fiscales paliativas y relevantes” se inició a instancias del Poder Ejecutivo el 17 de abril de 2024. Ingresó por la Cámara de Diputados, que le dio media sanción el 29 de ese mes. Girado el proyecto a la cámara alta, de los 113 artículos aprobados por diputados, el 13 de junio el Senado le introdujo tres adiciones,¹⁹⁸ una corrección,¹⁹⁹ catorce correcciones de estilo²⁰⁰ y cincuenta supresiones. Entre las 69 modificaciones, suprimió el artículo 19, el inciso 8 del artículo 25, el inciso 8 del artículo 28, los artículos 35 a 40 —votados por unanimidad—, el título III entero —que establecía modificaciones al impuesto a los bienes personales y abarcaba los artículos 52 a 73—, el título V completo —que establecía modificaciones al impuesto a las ganancias y comprendía los artículos 75 a 91, rechazado por 41 votos contra 31—²⁰¹ y los artículos 100 —rechazado por 40 votos contra 32 abstenciones— y 111 del proyecto, este último con dos tercios de los votos (Senado Argentina, 2024, pp. 306, 307, 321, 324 y 328).²⁰²

Devuelto para su última lectura, y haciendo uso de su privilegio como cámara de origen, el 27 de junio la Cámara de Diputados logró insistir los títulos III y V del proyecto (*Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 2024, pp. 251-252), no alcanzó los votos para sostener el artículo 111 (p. 250) y aceptó el resto de las modificaciones practicadas por el Senado (p. 253-254).

Como consecuencia del trámite parlamentario descripto, el proyecto terminó convirtiéndose en ley con 37 de sus 105 artículos aprobados únicamente por la Cámara de Diputados.

Duodécimo: proyectos completamente reemplazados en la cámara revisora

Las supresiones parciales practicadas por cada una de las cámaras se extendieron hasta tal punto que, en numerosas oportunidades, el Congreso admitió la sustitución completa de un proyecto de ley por otro. Esto fue lo que sucedió en 1856 con la ya mencionada Ley 83 de la Confederación, de supresión de

198 Introdujo adiciones al artículo 48, al 50 y agregó como nuevo artículo el 64.

199 Al artículo 25.

200 A los artículos 21, 22, 23, 25, 26, 30, 31, 32, 33, 35, 37, 40, 56 y 58.

201 El título V fue rechazado por 41 votos contra 31. Sin embargo, se trattaron separadamente los artículos 77, 78 bis, 79 bis y 88, que, a propuesta de una moción del senador Mayans, se consideraron abstractos por ubicarse dentro de un título que había sido rechazado. Esta moción se votó a mano alzada (Senado Argentina, 2024, p. 321).

202 El texto completo sancionado por el Senado puede verse en la comunicación de sanción del Senado a la Cámara de Diputados en <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/parlamentaria/105276/Sanci%C3%B3n%20HSN%20con%20modificaci%C3%B3n%20-%2038/descargarPdfParla>

la escribanía de la Administración de Rentas de Rosario. A ese precedente le siguieron muchos más: en 1859, con la Ley 224 de responsabilidad del Estado; en 1911, con la Ley 8883 de presupuesto para 1912; en 1920, con las leyes de emergencia locativa 11156 y 11157 –donde el Senado rechazó el proyecto votado por diputados y lo reemplazó por otro distinto, de autoría del senador Leopoldo Melo–; en 1923, con la Ley 11281 de aduanas, donde el Senado sustituyó el proyecto de diputados; ese mismo año, con la Ley 11283 de impuesto a los pasajes; el 23 de octubre de ese año, con la Ley 11287 de impuesto a la herencia; el 19 de octubre, con la Ley 11290 de papel sellado; en 1926, con la Ley 11333 de presupuesto para 1926; el 30 de septiembre de 1939, con la Ley 12637 de estabilidad y escalafón de empleados bancarios–en la que el Senado reformó completamente el texto de diputados–; y el 1º de julio de 1942, con la Ley 12814 de estado de sitio –donde la Cámara de Diputados sustituyó el proyecto del Senado que aprobaba el decreto del Poder Ejecutivo que declaraba el estado de sitio y, en su lugar, instó su levantamiento–, entre otras. Todos estos casos se consideraron parlamentariamente como correcciones en los términos del artículo 81 de la Constitución Nacional.

He creído oportuno realizar un minucioso tratamiento de estos interesantes precedentes, por cuanto resumen de manera luminosa la práctica parlamentaria argentina observada en todas sus épocas y contribuyen a disipar en forma efectiva las falsas impresiones que pudiera causar la mala inteligencia del artículo 81 de la Constitución. A partir de allí, resulta oportuno mencionar la jurisprudencia de la Corte Suprema, según la cual,

cuando una interpretación ha sido aceptada como correcta y especialmente cuando esta ha sido dada contemporáneamente con la adopción de la Constitución y por aquellos que tuvieron oportunidad de comprender la intención del instrumento, existen poderosas presunciones a favor de tal interpretación.²⁰³

Los antecedentes reseñados, como casos testigo, representan una sucesión de decisiones concordantes que configuran una práctica parlamentaria inveterada a lo largo de 170 años. Esta práctica nunca objetada revela, asimismo, una conciencia de obligatoriedad de parte de los distintos integrantes del Congreso en todas sus épocas. Como tal, configura una costumbre parlamentaria creadora de reglas jurídicas para el derecho parlamentario (Ubertone, 2010, p. 244). Se ha observado con razón que

203 Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso *Orellana*, Fallos: 128: 175-231, consid. 10.

[l]as costumbres parlamentarias (...) han sido la base sobre la que se ha elaborado buena parte del Derecho escrito, hasta el punto de que, en numerosos puntos, éste no es más que el reflejo o consagración formal de anteriores costumbres. De ahí la considerable extensión de la costumbre en el Derecho Parlamentario, que contrasta con su carácter residual en otras ramas jurídicas. (Santaolalla López, 1984, p. 30, como se citó en Ubertone, 2010, p. 244)

Esta y no otra ha sido la verdad histórica del asunto.

9. Consideraciones finales

El largo recorrido por las fuentes del derecho practicado a lo largo de esta investigación comprueba sin hesitación la competencia de la cámara de origen para insistir disposiciones rechazadas por la cámara revisora. Empero, al mismo tiempo, deja al descubierto las falencias del sistema escogido por los constituyentes del '53.

Ninguno de los sistemas de solución de desacuerdos parlamentarios está exento de carencias. Todos presentan virtudes y defectos a la vez. Entre los dos procedimientos principales, el de conferencia se presenta como el más fiel al espíritu de la bicameralidad, toda vez que fuerza un acuerdo total de las cámaras en la redacción del proyecto y no admite normas sancionadas con discrepancias parciales en alguna parte de su texto (Diegues, 2024b, párr. 6). Pero esa misma inflexibilidad trae consigo el riesgo palpable de paralización del proceso legislativo a causa de un desacuerdo indefinido entre las cámaras que, por una cuestión menor, termine trabando la ley (Diegues, 2024a, punto 32). En el otro extremo, el sistema de prevalencia presenta ventajas palpables previniendo la posibilidad de graves choques y resentimientos entre las dos cámaras del Congreso a partir de prolongados desacuerdos originados en una interminable serie de modificaciones y reenvíos recíprocos (González, 2001, núm. 497, p. 465). De igual manera, exhibe también sus inconvenientes. Como observó parte de la doctrina constitucional, al expresar sus reservas contra este mecanismo, el procedimiento da lugar a la sanción de leyes que tienen en contra la opinión de una de las cámaras con respecto a puntos fundamentales introducidos por vía de enmienda en la otra (Arballo, 2024a, párr. 14; Ferreyra, 2024, párr. 3; Gil Domínguez, 2024b, párr. 9; Matienzo, 1926, pp. 244-245). Se permite así, en casos puntuales, optar por la imposición de una cámara en lugar de ser la ley el fruto de una decisión conjunta (Bianchi, 2021, p. 309 y nota 1412; Sola, 2014, p. 163) atacando en cierta manera las conclusiones férreas, rígidas, regulares

y absolutas de un régimen bicameral llevado a su exageración. Por otra parte, favorece una cierta preeminencia del Poder Ejecutivo en la sanción de las leyes, el cual cuenta con la posibilidad de elegir dónde iniciar el proyecto y, de esta forma, sancionarlo con la voluntad de la cámara en donde cuente con más adeptos (Bianchi, 2021, p. 309 y nota 1411; Sola, 2014, p. 163) merced a una mayoría acomodaticia que le facilite sus propósitos.

Por muy justas que puedan resultar las observaciones que se dirijan contra el procedimiento argentino de solución de controversias parlamentarias, esto es, sin embargo, lo que ofrece el cuadro normativo vigente. Este fue el procedimiento escogido por los constituyentes de 1853 y ratificado pocas décadas atrás por los de 1994. En esta oportunidad, siguiendo el antecedente del Consejo para la Consolidación de la Democracia,²⁰⁴ se simplificó el trámite legislativo, acentuándose el privilegio de la cámara de origen en la versión final de la ley. Así, mediante un paquete de reformas se fijó un límite a los reenvíos, confinando a tres las intervenciones posibles de las cámaras en el trámite de la ley, se computó sobre los presentes las mayorías requeridas para las votaciones, se extendió el período de sesiones ordinarias del Congreso y se habilitó la posibilidad de aprobación en comisión de los proyectos de ley una vez aprobados en ge-

204 En su segundo dictamen de reforma constitucional de 1987, el Consejo para la Consolidación de la Democracia propuso reformas en el mecanismo de sanción de las leyes con el objetivo central de agilizar el trámite en la formación de la ley, aunque incrementando significativamente el poder de la Cámara de Diputados. De esta forma, mantuvo el sistema de reenvíos intercameral con privilegio final a la cámara de origen. Empero, por un lado, le asignó a la Cámara de Diputados el rol de iniciadora en todos los proyectos de ley con excepción de unos contados temas vinculados a las provincias, que se dejaron a la iniciativa del Senado. También habilitó la sanción ficta, proyectando un plazo de caducidad de sesenta días para el tratamiento de un proyecto por parte de la cámara revisora, de modo que, si en ese plazo no se pronunciaba, el proyecto se considera automáticamente sancionado. En caso de sufrir modificaciones, el proyecto debía volver a la cámara de origen, que contaría con treinta días para ratificarlas o no y, en caso de silencio, el proyecto quedaría sancionado con las modificaciones introducidas por la revisora. La reforma en esta materia se sostuvo en los términos siguientes: “En cuanto al proceso de formación y sanción de leyes se considera oportuno modificar el actual juego de sistema bicameral de modo que se agilice su funcionamiento. En efecto, el sistema bicameral de tipo perfecto establecido en la Constitución tuvo en mira dos elementos principales: por un lado, la discusión y reconsideración de un proyecto de ley previo a su sanción con el fin de obtener leyes sabias y eficaces mediante la existencia de dos Cámaras y un complejo procedimiento de aprobación entre ellas. Por otro lado, da solución a la necesidad de que haya una representación equitativa de las provincias en el gobierno de la Nación. La oportunidad de la reforma constitucional nos presenta la posibilidad de reformular el bicameralismo en su actual concepción para hacer posible un sistema más dinámico conforme a los objetivos propuestos en la Constitución vigente. Se aconseja avanzar hacia una mayor diferenciación en las funciones de cada Cámara; pasando así a un ‘bicameralismo diferenciado’” (Consejo para la Consolidación de la Democracia, 1987, p. 45).

neral (*Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente*, 1994, p. 2219).²⁰⁵ Para así proceder, en el seno de la Convención Constituyente de 1994 se justificó la reforma en la necesidad de “agilización del trámite parlamentario” y de corregir “la lentitud del procedimiento de sanción de leyes” (p. 2731).²⁰⁶

No es posible ignorar que el sistema elegido por la Constitución y, como se acreditó, refrendado por una práctica parlamentaria centenaria puede en casos puntuales poner en crisis la pureza de la bicameralidad a través de formatos tales como las llamadas “leyes ómnibus”. Esto puede tener lugar cuando las modificaciones efectuadas por la cámara revisora con mayoría calificada —dos tercios de los votos de los miembros presentes— no alcancen a ser rechazadas por la cámara de origen con la misma mayoría, cuando la cámara revisora introduzca modificaciones sin mayoría calificada y la de origen termine insistiendo en su redacción original, o bien cuando la cámara de origen acepta en parte las modificaciones introducidas por la cámara revisora. Es que el privilegio de la cámara de origen concedido por la Constitución se pensó para superar desacuerdos menores en el trámite de la ley (Diegues, 2024b, párr. 9). Ante la posibilidad de una cámara de insistir en su versión original del proyecto, suprimida por la otra, podríamos encontrarnos con una ley dentro de otra ley cuyas disposiciones cuenten con la voluntad afirmativa de una sola de las cámaras del Congreso. La práctica parlamentaria argentina confirmó como una posibilidad real esta hipótesis. Pero la Constitución no puede ser inconstitucional y, como decía Juan Bautista Alberdi, no puede violarse a sí misma. Es ella quien fija sus reglas y, al mismo tiempo, los límites que las sustentan. Quienes cuestionan la posibilidad de la cámara de origen para insistir disposiciones rechazadas por la revisora en el fondo dirigen sus críticas contra el sistema de resolución de desacuerdos parlamentarios escogido por la Constitución. No está mal hacerlo. Pero deben aceptar que ante ese escenario la solución es cambiar la Constitución o proponer disposiciones legales intermedias que no resulten contrarias al texto. Las falencias del sistema en este caso no pueden salvarse por vía de interpretación.

205 Intervención del convencional Alberto García Lema explicando las modificaciones como miembro informante.

206 Intervención del convencional Raúl Alfonsín explicando el núcleo de coincidencias básicas. En sentido análogo lo explica García Lema (1994b, p. 207) en una obra posterior. En otra obra, el convencional constituyente Alberto Natale (1995, p. 83) pronosticó que la reforma en esta materia no produciría los resultados buscados por la Convención, pues la rapidez del trámite parlamentario no depende de los mecanismos que prevea la Constitución, sino de la voluntad política que exista para aprobar la ley. En el mismo sentido lo hizo Midón (2004, p. 690). A treinta años de la reforma, es seguro concluir que el acotamiento del sistema de reenvíos coadyuvó considerablemente a la agilización del proceso parlamentario.

Al investigar el sentido de una disposición normativa, la tarea asignada al intérprete es determinar qué dice la ley. No indagamos su sabiduría, sólo nos proponemos determinar su significado con honestidad intelectual aunque no sea el que nos guste. Como explicó el juez Antonin Scalia, aquel que quiera ser un buen y fiel intérprete del derecho debe resignarse al hecho de que no siempre le gustarán las conclusiones a las que arribe; cuando el intérprete se encuentra todo el tiempo con el resultado que le gusta, definitivamente estará haciendo algo mal (Scalia, como se citó en Gorsuch, 2019, p. 49). Tales casos, por cierto excepcionales, bien pueden prevenirse a partir de una práctica parlamentaria responsable del Congreso procurando evitar posiciones irreductibles que terminan por filtrar disposiciones normativas en una ley sin la conformidad de las dos cámaras. Frente a situaciones como estas, y muy especialmente en cuestiones en donde se torna primordial el resguardo del principio de legalidad, como sucede con las leyes fiscales y penales, comarto la necesidad de procurar un tratamiento legislativo autónomo para estos asuntos, de modo de respetar la autonomía normativa que, por sí mismas, traen consigo estas materias (Ferreyra, 2024, párr. 5).

Deviene oportuno aquí proponer al Congreso que evalúe la posibilidad de instrumentar el procedimiento de “conferencia” al que pueda recurrirse en trámites complejos. Este sistema constituye una beneficiosa práctica parlamentaria, ha sido reclamado por buena parte de la doctrina especializada sobre la materia (González Calderón, 1931, p. 22; Goretti, 1991, 701; Menem, 2012, p. 223; Quiroga Lavié, 2012, p. 547)²⁰⁷ y fue implementado en algunas oportunidades por el Congreso de la Nación, como lo comprueba la práctica argentina.²⁰⁸ La experiencia de Inglaterra y los Estados Unidos nos brinda un

207 Montes de Oca (1917), en cambio, presentó sus reservas contra este sistema, juzgándolo como obstrutivo del proceso legislativo por meras consideraciones de detalle. Señaló así este autor: “A pesar del gran favor con que se mira este sistema, tiene el inconveniente, no despreciable, de que estando las dos ramas del parlamento acordes en la conveniencia de adoptar un temperamento que salve una situación difícil, si discrepan en modalidades de detalle, no es posible llegar a ese objetivo. Aun cuando las dos cámaras del parlamento inglés piensen que una ley es de trascendental conveniencia para el país, no puede llegar a convertirse en regla obligatoria, si difieren en la apreciación de uno de sus artículos que una de las cámaras pretende insertar y la otra pugna por repudiar” (p. 274).

208 Así sucedió en 1946 con motivo del tratamiento de la Ley 12886 de locaciones urbanas. Como ambas cámaras deseaban insistir en sus respectivas versiones del proyecto, al mismo tiempo discrepaban en la interpretación de las mayorías constitucionales exigidas por el entonces artículo 71 de la Constitución. Hasta la reforma de 1994, la Constitución había estipulado que la insistencia podía llevarse a cabo por mayoría absoluta o de dos tercios, pero no aclaraba si debían computarse sobre los presentes o sobre el total de los miembros de cada cámara. El Senado —que en este proyecto actuaba como cámara revisora— entendía que la insistencia de la Cámara de Diputados, para ser

comentario conspicuo de las bondades de esta institución. El modelo de conferencia fue también recomendado por la Ley 24309, que declaró la necesidad de la reforma constitucional en 1993. Al recoger el núcleo de coincidencias básicas,²⁰⁹ se invitó a la convención reformadora a considerar un procedimiento para “la compatibilización de las posiciones de las Cámaras por comisiones de enlace bicameral”,²¹⁰ aunque no alcanzó a plasmarse en la Constitución reformada. Por lo demás, el procedimiento puede instrumentarse perfectamente a partir de una decisión conjunta de las cámaras sin necesidad de recurrir a ninguna reforma constitucional siempre que se emplee como un mecanismo de resolución previo a la instancia de reenvío y no lo sustituya.²¹¹ Entretanto, habrá que recordar que, además de un instrumento de gobierno y un símbolo de la unión nacional, la Constitución es ante todo un documento jurídico que no se modifica por vía de cambios en la jurisprudencia, ni los jueces a título de interpretar las leyes pueden invadir la potestad legislativa. Como tal, debemos respetarla como es y no necesariamente como nos gustaría que fuese. Porque, como escribió el gran constitucionalista norteamericano Thomas Cooley (1903, p. 88) –el jurista extranjero más citado por la Corte Suprema argentina

válida, debía computarse sobre el total de sus miembros; pero la Cámara de Diputados sostuvo que bastaba con que se hiciera sobre los presentes y, de esta forma, consideró válida su insistencia, con lo que el proyecto quedó trabado. Por disposición de ambas cámaras, el 2 de octubre de 1946 se conformó una comisión bicameral *ad hoc* de tres senadores y tres diputados “para arbitrar el procedimiento que haga viable la sanción de la ley de prórroga de arrendamientos, estancada con motivo de la distinta interpretación ofrecida por cada una de las Cámaras al artículo 71 de la Constitución”. Ese mismo día, la comisión, que estaba presidida por el Senador –y profesor de derecho constitucional– Pablo Ramella e integrada, entre otros, por el diputado Emilio Ravignani, emitió dictamen invitando al Senado a sancionar la insistencia en su versión del proyecto con los dos tercios “sin perjuicio de dejar a salvo su interpretación en lo que a las sanciones legislativas concierne, con respecto al quórum establecido en el artículo 71” (*Diario de sesiones de la Cámara de Senadores*, 1946, p. 349). El 13 de noviembre, el Senado insistió en su sanción por unanimidad de los presentes (*Diario de sesiones de la Cámara de Senadores*, 1946, p. 356), contando de esa manera el proyecto con el voto de 21 de los 28 senadores y, de esta forma, alcanzando los dos tercios del total como lo interpretaba la Cámara de Diputados.

209 Núcleo de Coincidencias Básicas, punto “G”, inciso “f”.

210 Artículo 2, inc. “d”, Ley 24309.

211 Alguna parte de la doctrina observa que la reducción a tres reenvíos en el trámite de la ley instrumentada por la reforma constitucional de 1994 “cerró camino a la posibilidad de una instancia distinta de conciliación entre Cámaras” (Svetaz, 2010, p. 331). Personalmente, entiendo que el procedimiento de conferencia no es incompatible con el de prevalencia de la cámara de origen otorgado por el artículo 81 si se lo instrumenta como un mecanismo complementario. Insertado como una instancia previa y voluntaria, no existe ningún obstáculo constitucional para su puesta en práctica, toda vez que, en última instancia, la cámara de origen contará con la posibilidad de hacer uso de su privilegio constitucional disponiendo la versión final de la ley. Este es también el criterio de González Calderón (1931, p. 22).

de las tres primeras décadas del siglo XX—, una Constitución no significa una cosa en un tiempo y otra distinta en un tiempo subsiguiente.

10. Conclusiones

El relevamiento de las fuentes legislativas, jurisprudenciales, doctrinarias y parlamentarias vinculadas al objeto de estudio permite formular diez puntos conclusivos que, a modo de síntesis final, resumen los aspectos centrales de esta investigación:

- 1) La Constitución argentina adoptó dos mecanismos diferenciados para la solución de desacuerdos parlamentarios en el trámite de la ley entre las dos cámaras del Congreso. Por un lado, autorizó el rechazo total del proyecto a cualquiera de las cámaras; alternativamente, habilitó la introducción de modificaciones parciales con distintas consecuencias constitucionales en cada caso.
- 2) El criterio de deslinde entre los desacuerdos totales y parciales entre las cámaras en el trámite de un proyecto de ley se ciñe a distinguir entre diferencias sustanciales y discordancias de detalle. La interpretación de qué constituye cada cosa es una función reservada por regla a cada una de las cámaras del Congreso de la Nación que se instrumenta en las instancias procesales previstas en los reglamentos de cada cámara. No es susceptible de control judicial a menos que, en el caso concreto, el criterio empleado revele una transgresión a los aspectos constitutivos del proceso legislativo lo suficientemente sustancial como para comprometer los requisitos mínimos e indispensables establecidos para la creación de la ley.
- 3) Al otorgarle a la cámara de origen el privilegio de decidir la versión definitiva de la ley, la Constitución de 1853 adoptó un modelo novedoso y singular de solución de desacuerdos parciales entre sus cámaras legislativas. Apartándose del sistema anglosajón y de todos los antecedentes constitucionales patrios que precedieron al texto de 1853, se inclinó por el modelo vigente en la República de Chile, adoptado allí desde 1833 por la Constitución política de ese país.
- 4) Las disposiciones aplicables al rechazo total de un proyecto de ley se rigen por la primera oración del artículo 81 de la Constitución Nacional, son de interpretación restrictiva y no pueden extenderse a otros supuestos no contemplados en la norma. Consiguientemente, no alcanzan al rechazo de disposiciones puntuales dentro de un proyecto de ley por parte de una de las cámaras tales como títulos, capítulos o artículos insertos dentro de este.
- 5) La legislación constitucional comparada comprueba que los sistemas bicame-

rales no ofrecen un equilibrio simétrico entre sus cámaras legislativas. Mientras que en algunos países poseen competencias similares, pero no idénticas, en otros, una de las cámaras cuenta directamente con el poder de prevalencia sobre la otra.

6) El sistema bicameral argentino exige por regla la voluntad afirmativa de ambas cámaras en la tramitación de un proyecto de ley. Empero, al igual que buena parte de los sistemas bicamerales comparados, autoriza la prevalencia de una de las cámaras sobre otra en la sanción de disposiciones puntuales dentro del proyecto expresamente autorizadas por la Constitución.

7) Las supresiones y cambios de redacción practicados a un proyecto de ley por cada una de las cámaras constituyen parlamentariamente modificaciones que, como tales, quedan guarecidas bajo el concepto constitucional de “correcciones” estipulado por el artículo 81 de la Constitución Nacional.

8) Contrastadas bajo una interpretación finalista, sistemática y semántica de la Constitución, como también con la experiencia constitucional comparada y la práctica parlamentaria uniforme construida por el Congreso argentino desde 1856 sobre la materia, se comprueba que la cámara de origen cuenta con competencias constitucionales para insistir disposiciones de un proyecto de ley que resultaron desechadas por la cámara revisora.

9) Aunque no constituye una obligación constitucional, sería de buena práctica que el Congreso procure brindar un trámite parlamentario autónomo a los proyectos de leyes que involucren materias legislativas donde se hace esencial robustecer el principio de legalidad, de modo que las cuestiones sancionadas cuenten con la voluntad afirmativa de ambas cámaras sobre un texto idéntico.

10) Resulta recomendable que el Congreso evalúe la posibilidad de instrumentar el procedimiento de conferencia para trámites legislativos complejos como una instancia previa y complementaria al derecho de la cámara de origen a decidir la versión final de la ley.

Bibliografía

Actas de las sesiones de la Cámara de Diputados. (1854-1855-1856a). 3º sesión, 31 de octubre de 1854.

Actas de las sesiones de la Cámara de Diputados. (1854-1855-1856b). 4º sesión, 2 de noviembre de 1854.

Actas de las sesiones de la Cámara de Diputados. (1854-1855-1856c). 14º sesión, 18 de noviembre de 1854.

- Actas de las sesiones de la Cámara de Diputados.* (1854-1855-1856d). 15° sesión, 19 de noviembre de 1854.
- Actas de las sesiones de la Cámara de Diputados.* (1854-1855-1856e). 16° sesión, 20 de noviembre de 1854.
- Actas de las sesiones de la Cámara de Diputados.* (1854-1855-1856f). 19° sesión ordinaria, 13 de julio de 1855.
- Actas de las sesiones de la Cámara de Diputados.* (1854-1855-1856g). 17° sesión ordinaria, 20 de junio de 1856.
- Actas de las sesiones de la Cámara de Diputados.* (1854-1855-1856h). 39° sesión ordinaria, 23 de julio de 1856.
- Actas de las sesiones de la Cámara de Diputados.* (1854-1855-1856i). 31° sesión ordinaria, 28 de julio de 1856.
- Actas de las sesiones de la Cámara de Diputados.* (1857-1858a). 41°-42° sesión ordinaria, 21-22 de agosto de 1857.
- Actas de las sesiones de la Cámara de Diputados.* (1857-1858b). 59° sesión ordinaria, 14 de septiembre de 1857.
- Alder, J. (2002). *General Principles of Constitutional and Administrative Law* (4^a ed.). Palgrave Macmillan.
- Annals of the Congress of the United States.* (1789-1790). Vol. 1.
- Annals of the Congress of the United States.* (1819-1820). Vol. 35.
- Anson, W. R. (1897). *The law and custom of the Constitution* (3^a ed., Tomo I). Clarendon Press.
- Araya, P. (1911). *Comentario a la Constitución de la Nación Argentina* (Tomo II). Librería La Facultad.
- Arballo, G. (2024a). *Sobre el doble conforme legislativo en proyectos de ley que tienen cambios en la Cámara Revisora.* Saber leyes no es saber derecho. <http://www.saberderecho.com/2024/06/sobre-el-doble-conforme-legislativo-en.html>
- Arballo, G. [@GustArballo] (21 de junio de 2024b). *Hago addenda al peculiar debate sobre el art. 81 C.N....* [Posteo]. X. <https://x.com/GustArballo/status/1804235473151299967>
- Armagnague, J. F. (2009). *Curso de Derecho Constitucional Argentino y Comparado.* La Ley.
- Arosemena, J. (1888). *Estudios constitucionales sobre los gobiernos de la América Latina* (2^a ed., Tomo I). A. Roger y F. Chernoviz editores.
- Badeni, G. (2010). *Tratado de Derecho Constitucional* (3^a ed., Tomo III). La Ley.
- Baeza, C. R. (1998). *Exégesis de la Constitución argentina* (Tomo 2). Ábaco.
- Barnett, H. (2002). *Constitutional and Administrative Law* (4^a ed.). Cavendish Publishing.
- Barnett Smith, G. (1892). *History of the English Parliament* (Tomo I). Ward, Lock, Bowden & Co.
- Barrera Buteler, G. E. (2019). *Derecho constitucional* (3^a ed.). Advocatus.
- Benente, M. [@MauroBenente] (18 de junio de 2024). *1. De acuerdo con el art. 78 de la CN...* [Posteo]. X. <https://x.com/MauroBenente/status/1803143381561876838>
- Bianchi, A. B. (2021). *El Parlamento del Reino Unido.* Cathedra Jurídica.
- Bidart Campos, G. J. (1967). *El derecho constitucional del poder* (Tomo II). EDIAR.
- Bidart Campos, G. J. (2004). *Manual de la Constitución reformada* (Tomo III). EDIAR.
- Bidart Campos, G. J. (2005). *Tratado elemental de derecho constitucional argentino* (Tomo II-B). EDIAR.

- Bidegain, C. M. (1950). *El Congreso de los Estados Unidos*. Depalma.
- Bidegain, C. M. (2003). *Curso de derecho constitucional* (Tomo IV). Abeledo Perrot.
- Bielsa, R. (1959). *Derecho Constitucional* (3^a ed.). Depalma.
- Blackstone, W. (1765). *Commentaries on the Laws of England* (Tomo I). Clarendon Press.
- Boletín de las sesiones ordinarias de la Cámara de Senadores de Chile. (1878). 7^º sesión ordinaria, 28 de junio de 1878.
- Boletín Oficial de la República Argentina. (2009). Nro. 31.785, 20 de noviembre de 2009. <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/9462284/20091120?busqueda=1>
- Boletín Oficial de la República Argentina. (2010). Nro. 32.016, 28 de octubre de 2010. <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/9694976/20101028?busqueda=1>
- Boletín Oficial de la República Argentina. (2016). Nro. 33.472, 29 de septiembre de 2016. <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/151503/20160929?busqueda=1>
- Borsi, L. (10 de junio de 2013). Bicameralismo e navette: i dati. *Servizio studi del Senato*, (10). <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00739686.pdf>
- Bradley, A. W. y Edwin, K. D. (2007). *Constitutional and administrative law* (14^a ed.). Pearson Education Limited.
- Camera dei Deputati. (2008-2013). *Il percorso di una legge*. <https://leg16.camera.it/14?conoscerelacamera=205>
- Cámara de Senadores. (1854a). *Actas de las sesiones del Paraná*. 14^º sesión ordinaria, 20 de noviembre de 1854.
- Cámara de Senadores. (1854b). *Actas de las sesiones del Paraná*. 15^º sesión ordinaria, 21 de noviembre de 1854.
- Cámara de Senadores. (1855a). *Actas de las sesiones del Paraná*. Sesión ordinaria, 25 de septiembre de 1855 –de la tarde–.
- Cámara de Senadores. (1855b). *Actas de las sesiones del Paraná*. Sesión ordinaria, 28 de septiembre de 1855.
- Cámara de Senadores. (1856a). *Actas de las sesiones del Paraná*. 16^º sesión ordinaria, 23 de junio de 1856.
- Cámara de Senadores. (1856b). *Actas de las sesiones del Paraná*. 33^º sesión ordinaria, 6 de agosto de 1856.
- Cámara de Senadores. (1857a). *Actas de las sesiones del Paraná*. 51^º sesión ordinaria, 3 de septiembre de 1857.
- Cámara de Senadores. (1857b). *Actas de las sesiones del Paraná*. 60^º sesión ordinaria, 16 de septiembre de 1857.
- Carrasco Albano, M. (1858). *Comentarios sobre la Constitución política de 1833*. Imprenta y Librería del Mercurio.
- Carroll, A. (2009). *Constitutional and Administrative Law* (5^a ed.). Pearson Education Limited.
- Cayuso, S. G. (2020). *Constitución de la Nación Argentina comentada* (2^a ed.). La Ley.
- Cobbet, W. (1806). *Parliamentary History of England. From the norman conquest, in 1066 to the year, 1803* (Tomo I). T. Curson Hansard.
- Coke, E. (1628). *The first part of the Institutes of the Laws of England*. Printed for the Société of Stationers.
- Coke, E. (1644). *The fourth part of the Institutes of the Laws of England*. M. Flesher.

- Coke, E. (1727). *The Eighth part of the Reports of Sir Edward Coke*. https://irlaw.umkc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=coke_reports
- Colautti, C. (1998). *Derecho Constitucional* (2^a ed.). Editorial Universidad.
- Consejo para la Consolidación de la Democracia. (1987). *Segundo Dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia*. Eudeba.
- Cooley, T. M. (1903). *A Treatise on the Constitutional Limitations* (7^a ed. actualizada por V. H. Lane). Little, Brown and Company.
- Derecho constitucional chileno. *Texto adaptado a la enseñanza del ramo*. (1871). Imprenta de la libertad.
- Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados. (1884a). 8^º sesión ordinaria, 23 de mayo de 1884.
- Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados. (1884b). 9^º sesión ordinaria, 26 de mayo de 1884.
- Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados. (1900a, Tomo I). 41^º sesión ordinaria, 18 de septiembre de 1900.
- Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados. (1900b, Tomo I). 64^º reunión, 46^º sesión ordinaria, 26 de septiembre de 1900.
- Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados. (1906a, Tomo II). 63^º reunión, 9^º sesión extraordinaria —continuación—, 26 de enero de 1907.
- Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados. (1906b, Tomo II). 9^º sesión extraordinaria, 28 de enero de 1907.
- Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados. (1911, Tomo IV). 96^º reunión, 6 de marzo de 1912.
- Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados. (1997). 3^º reunión, 2^º sesión ordinaria, 12-13 de marzo de 1997.
- Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados. (1998). 33^º reunión, 12^º sesión ordinaria, 14 de octubre de 1998.
- Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados. (2000, Tomo V). 33^º reunión, 17^º sesión ordinaria, 19 de octubre de 2000.
- Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados. (2002). 7^º reunión, 2^º sesión ordinaria —continuación—, 24 de abril de 2002.
- Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados. (2009). 18^º reunión, 12^º sesión ordinaria, 18 de noviembre de 2009.
- Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados. (2013). 12^º reunión, 10^º sesión ordinaria, 27 de noviembre de 2013.
- Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados. (2016a). 6^º reunión, 5^º sesión ordinaria, 18 de mayo de 2016.
- Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados. (2016b). 14^º reunión, 3^º sesión ordinaria, 14 de septiembre de 2016.
- Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados. (2024a). 15^º reunión, 1^º sesión extraordinaria especial, 4 de febrero de 2024.
- Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados. (2024b). 6^º reunión, 4^º sesión ordinaria especial, 27 de junio de 2024.
- Diario de sesiones de la Cámara de Senadores. (1883). 41^º sesión ordinaria, 28 de agosto de 1883.
- Diario de sesiones de la Cámara de Senadores. (1886). 10^º reunión, 8^º sesión ordinaria, 30 de mayo de 1886.
- Diario de sesiones de la Cámara de Senadores. (1900a). 41^º reunión, 39^º sesión ordinaria, 25 de septiembre de 1900.

- Diario de sesiones de la Cámara de Senadores.* (1900b). 43º reunión, 39º sesión ordinaria –continuación–, 27 de septiembre de 1900.
- Diario de sesiones de la Cámara de Senadores.* (1906a, Tomo II). 19º sesión extraordinaria, 25 de enero de 1907.
- Diario de sesiones de la Cámara de Senadores.* (1906a, Tomo II). 20º sesión extraordinaria, 27 de enero de 1907.
- Diario de sesiones de la Cámara de Senadores.* (1946a, Tomo III). 66º reunión, 4º sesión extraordinaria, 8 de noviembre de 1946.
- Diario de sesiones de la Cámara de Senadores.* (1946b, Tomo III). 67º reunión, 5º sesión extraordinaria, 13 de noviembre de 1946.
- Diario de sesiones de la Cámara de Senadores.* (1995, Tomo 8). 50º Reunión, 30º sesión ordinaria, 1º de noviembre de 1995.
- Diario de sesiones de la Cámara de Senadores.* (1997a, Tomo III). 22º reunión, 8º sesión ordinaria, 30 de abril de 1997.
- Diario de sesiones de la Cámara de Senadores.* (1997b). 107º reunión, 29º sesión ordinaria, 9 de diciembre de 1997.
- Diario de sesiones de la Cámara de Senadores.* (1998). 6º reunión, 5º sesión ordinaria, 1º de abril de 1998.
- Diario de sesiones de la Cámara de Senadores.* (2000). 50º reunión, 18º sesión ordinaria –continuación–, 7 de septiembre de 2000.
- Diario de sesiones de la Cámara de Senadores.* (2002). 11º reunión, 6º sesión ordinaria, 23 de mayo de 2002.
- Diario de sesiones de la Cámara de Senadores.* (2009). 14º reunión, 10º sesión ordinaria, 21 de octubre de 2009.
- Diario de sesiones de la Cámara de Senadores.* (2010). 18º reunión, 13º sesión ordinaria, 29-30 de septiembre de 2010.
- Diario de sesiones de la Cámara de Senadores.* (2014). 21º reunión, 11º sesión ordinaria, 10 de diciembre de 2014.
- Diario de sesiones de la Cámara de Senadores.* (2016). 13º reunión, 5º sesión ordinaria, 7 de septiembre de 2016.
- Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente.* (1994, Tomo II). 18º reunión, 3º sesión ordinaria –continuación–, 27 de julio de 1994.
- Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente.* (1994, Tomo III). 21º reunión, 3º sesión ordinaria –continuación–, 1º de agosto de 1994.
- Diegues, J. A. [JADIEGUES] (24 de junio de 2024a). *1. El miércoles pasado el Senado aprobó el "paquete fiscal"...* [Posteo]. X. <https://x.com/JADIEGUES/status/1805424053160735223>
- Diegues, J. A. (27 de junio de 2024b). La competencia constitucional de la cámara de origen para insistir disposiciones suprimidas por la revisora en el proceso de formación de las leyes. *Infobae.* <https://surl.li/eghoeo>
- Dirección de Información Parlamentaria. (2024a). *Trabajo Especial 804. Leyes sancionadas según artículo 81 CN (22 de agosto de 1994-22 de octubre de 2024)*, pp. 1-28. Inédito.
- Dirección de Información Parlamentaria. (2024b). *Trabajo Especial 804. Información solicitada sobre artículos de la Constitución Nacional.* Inédito.
- Duverger, M. (1970). *Instituciones políticas y derecho constitucional* (3ª ed. española). Ariel.

- Ekmekdjián, M. A. (2011). *Manual de la Constitución Argentina* (6^a ed.). Abeledo Perrot.
- Ekmekdjián, M. A. (2016). *Tratado de Derecho Constitucional* (3^a ed., Tomo IV). Abeledo Perrot.
- Erskine May, T. (1883). *A treatise on the law, privileges, proceedings and usage of Parliament* (9^a ed.). Butterworths Law Publishers.
- Erskine May, T. (2019). *Parliamentary practice* (25^a ed.). LexisNexis Butterworths.
- Escríche, J. (1875). *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* (Tomo III). Imprenta de Eduardo Cuesta.
- Estrada, J. M. (1927). *Curso de Derecho Constitucional* (2^a ed., Tomo III). Editorial científica y literaria argentina.
- Fenwick, H. y Phillipson, G. (2009). *Constitutional and Administrative Law*. Routledge-Cavendish.
- Ferreira, R. G. (2024). *Las iniciativas sobre "Ganancias" y "Bienes Personales" fueron "desechadas"*. Palabras del Derecho. <https://palabradelderecho.com.ar/articulo/5143/www.digitalbuho.com>
- Ferreira Rubio, D. (26 de junio de 2024). El paquete fiscal y la Ley de Bases, ¿final de la discusión? Clarín. https://www.clarin.com/opinion/paquete-fiscal-ley-bases-final-discusion_0_NdtzwfNVWf.html
- Florio, E. R. (Dir.). (2019). *Manual de derecho constitucional argentino*. Ediciones del País.
- Garay, A. (2013). *La doctrina del precedente en la Corte Suprema*. Abeledo Perrot.
- García Lema, A. M. (1994a). Decretos de necesidad y urgencia. Delegación legislativa. Agilización del trámite de discusión y sanción de las leyes. En Rosatti, H. D., Barra, R. C., García Lema, A. M., Masnatta, H., Paixão, E. y Quiroga Lavié, H., *La reforma de la Constitución. Explicada por miembros de la comisión de redacción* (pp. 381-410). Rubinzal Culzoni.
- García Lema, A. M. (1994b). *La reforma por dentro*. Planeta.
- Gelli, M. A. (2018). *Constitución de la Nación argentina* (5^a ed., Tomo II). La Ley.
- Ghioldi, A. (1965). El trámite de proyectos entre ambas Cámaras del Congreso Nacional (interpretación del artículo 71 de la Constitución Nacional). *Diario de sesiones de la Cámara de Diputados*, 1964-65, pp. 8672-8760.
- Gil Domínguez, A. [@agildominguez] (18 de junio de 2024a). *Paquete fiscal: la Cámara de Diputados no puede insistir sobre los artículos desecharados por la Cámara de Senadores*. [Posteo]. X. <https://x.com/agildominguez/status/1803074212598362149>
- Gil Domínguez, A. (22 de junio de 2024b). Paquete fiscal: Diputados no puede insistir con lo rechazado por el Senado. Infobae. <https://www.infobae.com/opinion/2024/06/22/paquete-fiscal-diputados-no-puede-insistir-con-lo-rechazado-por-el-senado/>
- Gil Domínguez, A. (2024c). *El artículo 81 de la Constitución Argentina y la Corte Suprema de Justicia*. Palabras del Derecho. <https://palabradelderecho.com.ar/articulo/5165/El-articulo-81-de-la-Constitucion-Argentina-y-la-Corte-Suprema-de-Justicia>
- González, F. (1871). *Lecciones de Derecho Constitucional* (2^a ed.). Librería de Rosa y Bouret.
- González, J. V. (2001). *Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)* (ed. actualizada por H. Quiroga Lavié con referencia a la Constitución de 1994). La Ley.
- González Calderón, J. A. (1931). *Derecho Constitucional argentino* (3^a ed., Tomo III). J. Lajouane & Cía.
- González Calderón, J. A. (1978). *Curso de Derecho Constitucional* (6^a ed.). Depalma.
- Goretti, M. (1991). Cámara de Diputados: procedimientos y eficiencia legislativa. Algunas propuestas de reforma. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 1991 (B), 693.
- Gorsuch, N. (2019). *A republic, if you can keep it*. Crown Forum.

- Guidi, S. (2019). Art. 81. Comentario por Sebastián Guidi. En Gargarella, R. y Guidi, S. (Dirs.). *Constitución de la Nación Argentina* (Tomo II, pp. 589-592). La Ley.
- Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J. (1957). *El Federalista* (3^a ed.). Fondo de Cultura Económica.
- Haro, R. (2011). *Manual de Derecho Constitucional*. Advocatus.
- Hinds, A. (1907). *Hinds' precedents of the House of Representatives of the United States* (Tomo V). Government Printing Office.
- House of Commons Information Office. (agosto de 2010). *A Brief Chronology of the House of Commons*. <https://www.parliament.uk/globalassets/documents/commons-information-office/g03.pdf>
- Huneeus, J. (1879). *La Constitución ante el Congreso. O sea comentario positivo de la Constitución chilena* (Tomo I). Imprenta de "Los Tiempos".
- Ibarra, V. [@Vilmalibarra] (22 de junio de 2024). [Posteo]. *Qué debe tratar la Cámara de Diputados...* X. <https://x.com/VilmaIbarraL/status/1804559744746561575>
- Institute for Democracy and Electoral Assistance. (2021). *Bicameralismo. Guía Introductoria 2 para la Elaboración Constitucional*. <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/bicameralismo.pdf>
- Inter-Parliamentary Union. (2024). *National Parliaments*. <https://www.ipu.org/national-parliaments>
- Jefferson, T. (1826). *Manual de práctica parlamentaria para el uso del Senado de los Estados Unidos* (Trad. F. Varela). Enrique Newton.
- Journals of the House of Commons*. (1547-1628). Vol. 1.
- Journals of the House of Commons*. (1667-1687). Vol. 9.
- Journals of the House of Commons*. (1851). Vol. 106.
- Journals of the House of Lords*. (1509-1577). Vol. 1.
- Journals of the House of Lords*. (1839). Vol. 71.
- Laboulaye, E. (1869). *Estudios sobre la Constitución de los Estados Unidos* (Tomo I). E. Perié y Compañía.
- Larraín Zañartu, J. J. (1897). *Derecho parlamentario chileno* (Tomo II). Imprenta Nacional.
- Lastarria, J. V. (1856). *La Constitución política de la República de Chile comentada*. Imprenta del Comercio.
- Lastarria, J. V. (1865). *Elementos de derecho público constitucional y teórico, positivo y político* (3^a ed.). Imprenta de Eug. Vanderhaeghen.
- Letelier, V. (1901). *Sesiones de los cuerpos legislativos de la República de Chile. 1811 a 1845* (Tomo XXI). Imprenta Cervantes.
- Linares Quintana, S. V. (1987). *Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional* (Tomo 9). Plus Ultra.
- Linares Quintana, S. V. (2007). *Tratado de interpretación constitucional* (2^a ed., Tomo I). Abeledo Perrot.
- Loewenstein, K. (2018). *Teoría de la Constitución*. Ariel.
- Loveland, I. (2012). *Constitutional Law, Administrative Law and Human Rights* (6^a ed.). Oxford University Press.
- Macy, J. (1903). *The English Constitution*. Macmillan & Co.
- Magnasco, S. (1906). *Breves nociones de derecho constitucional*. Cabaut y Cía.
- Manili, P. L. (2021). *Tratado de derecho constitucional argentino y comparado* (Tomo V). La Ley.
- Matienzo, J. N. (1926). *Lecciones de Derecho Constitucional* (2^a ed.). Librería "La Facultad".
- Mayón, C. A. (2021). *Derecho Constitucional Argentino* (Tomo IV). Edit. Haber.
- McGinnis, J. O. y Rappaport, M. (12 de septiembre de 2024). What is Original Public Me-

- aning? *Law & Liberty*. https://lawliberty.org/what-is-original-public-meaning/?mc_cid=0d-09f970a0&mc_eid=e9bbd54cbe
- Menem, E. (2012). *Derecho procesal parlamentario*. La Ley.
- Menem, E. (22 de junio de 2024). Ley Bases: los privilegios de la Cámara de origen. *Infobae*. <https://www.infobae.com/opinion/2024/06/22/ley-bases-los-privilegios-de-la-camara-de-origen/>
- Menem, E. y Dromi, R. (1994). *La Constitución reformada*. Ciudad Argentina.
- Midón, M. A. R. (2004). *Manual de Derecho Constitucional Argentino* (2^a ed.). La Ley.
- Montes de Oca, M. A. (1917). *Lecciones de Derecho Constitucional* (Tomo II). Tipo Litografía “La Buenos Aires”.
- Natale, A. (1995). *Comentarios sobre la Constitución. La reforma de 1994*. Depalma.
- Nazareno, P. (23 de junio de 2024). Adhesionistas contra Recortistas. *Revista Seúl*. <https://seul.ar/ley-bases-camara-origen-revisora/>
- Oyhanarte, M. (20 de junio de 2024). Ley Bases: Diputados puede insistir con el proyecto original. *La Nación*. <https://www.lanacion.com.ar/politica/ley-bases-diputados-puede-insistir-con-el-proyecto-original-nid20062024/>
- Pérez Bourbon, H. (2022). *Revista El Derecho Constitucional*, número 6, ED-III-CCVI-297
- Pitt Villegas, J. (2019). *Reglas del Reglamento de la Cámara de Senadores de la Nación argentina*. Dunken.
- Pizzolo, C. (2004). *Constitución Nacional*. Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Quiroga Lavié, H. (2012). *Constitución de la Nación Argentina* (5^a ed.). Zavalía.
- Ramella, P. A. (1986). *Derecho Constitucional* (3^a ed.). Depalma.
- Ramírez Calvo, R. (2024). *El procedimiento de formación y sanción de las leyes y la insistencia de la cámara de origen*. En Disidencia. <https://endisidencia.com/2024/06/el-procedimiento-de-formacion-y-sancion-de-las-leyes-y-la-insistencia-de-la-camara-de-origen/>
- Ravignani, E. (Ed.) (1937). *Asambleas Constituyentes Argentinas 1813-1898* (Tomo IV). Casa Jacobo Peuser.
- Ravignani, E. (Ed.) (1939). *Asambleas Constituyentes Argentinas 1813-1898* (Tomo VI-II). Casa Jacobo Peuser.
- Real Academia Española. (2001). *Diccionario de la lengua española* (22^a ed.). Espasa Calpe.
- Recalde, M. C. (2020). *Comentarios a nuestra Constitución Nacional*. ConTexto.
- Registro Nacional de la República Argentina*. (1900). Tercer cuatrimestre.
- Rennela, M. P. y Loira, V. (Comps.). *El poder legislativo: cuestiones de organización y funcionamiento* (pp. 329-346). Fabián J. Di Plácido.
- Rodríguez, A. W. y Galetta de Rodríguez, B. (2008). *Constitución Nacional comentada, concordada anotada con jurisprudencia*. García Alonso.
- Rosatti, H. (2017). *Tratado de Derecho Constitucional* (2^a ed., Tomo II). Rubinzel Culzoni.
- Rotuli Parliamentorum. (1767). Royal Commission on Historical Monuments (Tomo II).
- Rotuli Parliamentorum. (1771). Royal Commission on Historical Monuments (Tomo IV).
- Rotunda, R. D. y Nowak, J. E. (2012). *Treatise on Constitutional Law: Substance and Procedure* (5^a ed., Tomo 2). West-Thomson Reuters.
- Ruiz, M. V. de (1997). *Manual de la Constitución Nacional*. Heliasta.
- Sabsay, D. A. (2016). *Manual de Derecho Constitucional*. La Ley.
- Sagüés, N. P. (2007). *Manual de Derecho Constitucional*. Astrea.

- Sagüés, N. P. (2017). *Derecho Constitucional* (Tomo 2). Astrea.
- Sánchez Maríncolo, M. A. (1998). El artículo 81 de la Constitución Nacional y el sistema de reenvíos entre las Cámaras del Poder Legislativo. La posible incidencia del sistema sobre los proyectos de ley del “Consejo de la Magistratura”. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 1998 (B), 974.
- Sánchez Viamonte, C. (1958). *Manual de Derecho Constitucional* (3^a ed.). Kapelusz.
- Schinelli, G. C. (2010). La cámara de origen en los proyectos sobre contribuciones. En Rennela, M. P. y Loira, V. (Comps.), *El poder legislativo: cuestiones de organización y funcionamiento* (pp. 251-270). Fabián J. Di Plácido.
- Schinelli, G. C. (2021). *La Cámara de Diputados de la Nación y su reglamento, comentado*, 1983-2019. Secretaría parlamentaria.
- Sedgwick, T. (1874). *The interpretation and construction of Statutory and Constitutional Law* (2^a ed.). Baker, Voorhis & Co.
- Senado Argentina. (s.f.). *Comunicación de sanción del proyecto de la Cámara de Senadores, dictamen conjunto de las comisiones de Legislación General, Presupuesto y Hacienda y Asuntos Constitucionales del Senado- Orden del día 37/24 N.* <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/parlamentaria/ordenDelDiaResultadoLink/2024/37>
- Senado Argentina. (2024). *Diario de Sesiones Digital*. Período 142°, 5^o reunión, 2^o Sesión especial, 12-13 de junio de 2024.
- Shell, D. (1992). *The House of Lords*. Prentice-Hall.
- Sola, J. V. (2014). *Manual de Derecho Constitucional*. La Ley.
- Stolbizer, M. [@Stolbizer] (28 de junio de 2024). Hoy no se vota la Ley Bases... [Posteo]. X. <https://x.com/Stolbizer/status/1806530003703591030>
- Story, J. (1888). *Comentario sobre la Constitución federal de los Estados Unidos* (4^a ed., Tomo I). La Universidad.
- Stubbs, W. (1875). *The Constitutional History of England* (Tomo II). Clarendon Press.
- Svetaz, M. A. (2010). Procedimiento legislativo en el Congreso Nacional. En Rennela, M. P. y Loira, V. (Comps.). *El poder legislativo: cuestiones de organización y funcionamiento* (pp. 329-346). Fabián J. Di Plácido.
- The Parliamentary or constitutional history of England*. (1762). (2^a ed., Tomo I). J. and R. Tonson, A Millar and W. Sandby.
- Tunessi, J. P. (22 de junio de 2024). Las facultades de la Cámara de Diputados al volver a tratar la Ley Bases y el paquete fiscal. *La Nación*. <https://www.lanacion.com.ar/politica/las-facultades-de-la-camara-de-diputados-al-volver-a-tratar-la-ley-bases-y-el-paquete-fiscal-nid22062024/>
- Ubertone, F. P. (2010). La costumbre como fuente del derecho parlamentario. En Rennela, M. P. y Loira, V. (Comps.). *El poder legislativo: cuestiones de organización y funcionamiento* (pp. 329-346). Fabián J. Di Plácido.
- UK Parliament. (s.f-a). *Consideration of amendments*. <https://www.parliament.uk/about/how/laws/passage-bill/commons/coms-consideration-of-amendments/>
- UK. Parliament. (s.f-b). *The Parliament Acts*. <https://www.parliament.uk/about/how/laws/parliamentacts/>
- Vedia, A. de (1907). *Constitución Argentina*. Coni hermanos.
- Von Holst, H. (1887). *The constitutional law of the United States of America*. Callaghan & Company.

- Willoughby, W. W. (1929). *The constitutional law of the United States* (2^a ed., Tomo I). Baker Voorhis and Company.
- Yoma, J. [@NegroYoma] (21 de junio de 2024). No podes “resucitar” la 1/2 sanción de Diputados, ignorando el rol constitucional del Senado como Cámara Revisora. [Posteo]. X. <https://x.com/NegroYoma/status/1804286785243213869>
- Ziulu, A. G. (2014). *Derecho Constitucional*. Abeledo Perrot.

Jurisprudencia citada

Corte Suprema de Justicia de la Nación

- Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad, 04/06/2019, Fallos: 342:917.
- Binotti, Julio César c/ E.N. - Honorable Senado de la Nación (mensaje 1412/02) s/ amparo ley 16.986, 15/05/2007, Fallos: 330:2222.
- Carracedo Nuñez, José Agustín c/ Gobierno de la Nación s/ demanda contenciosa, 26/04/1971, Fallos: 279:215.
- Colella, Ciriaco c/ Fevre y Bassett S.A. y/u otro s/ despido, 09/08/1967, Fallos: 268:352.
- Famyl S.A. c/ Estado Nacional s/ acción de amparo, 29/08/2000, Fallos: 323:2256.
- Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/acción declarativa de certeza., 24/04/2020, Fallos: 343:195.
- Geddes Hnos., y otros, contra la Provincia de Buenos Aires sobre inconstitucionalidad del impuesto de guías., 17/07/1902, Fallos: 95:327.
- Honoré y Bowen c/ Provincia de Buenos Aires s/ escrituración de un contrato, 31/05/1887, Fallos: 31:307.
- Joaquín M. Cullen, por el Gobierno Provisional de la Provincia de Santa Fé c/ Baldomero Llerena, s/ inconstitucionalidad de la ley Nacional de Intervención en la Provincia de Santa Fé y nulidad de los actos del interventor, 07/09/1893, Fallos: 53:420.
- Mariconi, Alesio c/ Caja de Jubilaciones y Pensiones Ferroviarias, 03/03/1937, Fallos: 177:120.
- Ministerio de Cultura y Educación - Estado Nacional s/ art. 34 de la ley 24.521, 06/05/2008, Fallos: 331:1123.
- Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. c/ Estado Nacional - Dirección General Impositiva s/ repetición D.G.I., 15/12/1998, Fallos: 321:3487.
- Nobleza Piccardo S.A.I.C. c/ Estado Nacional s/ Dirección General Impositiva, 05/10/2004, Fallos: 327:4023.
- Orcio A. Giullitta y otros v. Nación Argentina por devolución de una suma de dinero, 28/03/1941, Fallos: 189:156.
- Petrus S.A. de Minas v. Nación Argentina s/ devolución de impuestos, 28/04/1948, Fallos: 210:855.
- Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Guerrero, Juana Ana Soria de c/ Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos. S.A.', 20/09/1963, Fallos: 256:556.
- Sociedad Anónima “Compañía Azucarera Tucumana” c/ Provincia de Tucumán s/ devolución de sumas de dinero e inconstitucionalidad de ley, sobre competencia, 03/09/1924, Fallos: 141:271.
- Sociedad Anónima Azucarera Concepción c/ Provincia de Tucumán s/ cobro de pesos, 22/04/1925, Fallos: 143:131.

Thomas, Enrique c/ ENA s/ amparo, 15/06/2010, Fallos: 333:1023.

Tribunales internacionales

Court of the King's Bench (Reino Unido), *Burdett v. Abbott*, 01/01/1811, 104 E.C. 501 (1811),
<http://www.commonlii.org/uk/cases/EngR/1811/83.pdf>

England and Wales High Court (Chancery Division, Inglaterra), *The Prince's Case*, 11/01/1606,
The Eighth part of the Reports of Sir Edward Coke. 1727. https://irlaw.umkc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=coke_reports

Suprema Corte de los Estados Unidos, *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008).

Suprema Corte de los Estados Unidos, *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1 (1824).

Suprema Corte de los Estados Unidos, *Knowlton v. More*, 178 U.S. 41 (1900).

Suprema Corte de los Estados Unidos, *Tennessee v. Whitworth*, 117 U.S. 139 (1886).

Suprema Corte de los Estados Unidos, *United States v. Sprague*, 282 U.S. 716 (1931).

(Continuación nota al pie 7)

Originariamente, el modelo legislativo inglés fue gobernado por la costumbre. Los poderes públicos sólo intervenían procediendo a dictar normas escritas cuando era necesario complementar o aclarar los alcances de una práctica (Linares Quintana, 1987, p. 65). La legislación escrita procedía del rey con el consejo y consentimiento de un cuerpo de asesores *ad hoc* constituido de diversas maneras. En una primera etapa, el sistema de legislación escrita fue por petición (Coke, 1644, p. 25) y se instrumentaba mediante “ordenanza”. La ordenanza era un acto del rey, o del rey en consejo, con carácter legislativo, temporal y revocable a voluntad del soberano instrumentado por escrito a través de cartas patentes y no se incluía dentro del registro legislativo (Anson, 1897, pp. 234-236). Con la consolidación del Parlamento y la incorporación de los comunes, comenzó a abrirse camino un nuevo sistema de legislación escrita que, en sus primeros años, coexistió junto al sistema de petición: la legislación estatutaria. El *Statute* es el acto de carácter legislativo emanado de la Corona, los lores y los comunes destinado a ser una incorporación permanente a la legislación del país. Sólo podía ser revocado por el mismo órgano que lo sancionó y en la misma forma (p. 236). El primer registro de una legislación estatutaria, si se excluye a la carta magna, fue el estatuto de Merton, promulgado en el año 1235. Con el afianzamiento de los poderes del Parlamento, la legislación quedó totalmente en sus manos y se abrazó al modelo estatutario.

De acuerdo con el sistema de petición, los miembros del Parlamento no legislaban en sentido estricto, sino que votaban peticiones dirigidas a la Corona. Las peticiones se basaban en agravios y eran presentadas por los comunes generalmente en forma previa a la decisión de conceder recursos financieros solicitados por la Corona en cumplimiento de lo estipulado por la carta magna. Así, las cámaras le solicitaban al rey la reparación de agravios públicos del mismo modo en que una persona interesada concurría a solicitar la reparación de un agravio privado e individual. Las peticiones y las concesiones posteriores pasaban de los comunes a los lores y recibían el asentimiento real en palabras que todavía se usan, se convertían en ley y se plasmaban en un estatuto escrito. Si la petición revestía una importancia temporal, se regulaba mediante ordenanza (Anson, 1897, pp. 239-240). Lo relevante de este sistema era que, una vez promulgada la ley, era la Corona quien, con el auxilio del consejo real, redactaba el documento escrito (*Statute*) de acuerdo con los términos de la petición y la ley se incluía en el Registro de Estatutos. Este fue el procedimiento legislativo que rigió en Inglaterra entre los siglos XIII y XVI. Como resultado de la convivencia temporal entre las ordenanzas y los estatutos, las leyes presentaban distintas formalidades en su confección, lo que llevó a los tribunales ingleses a sostener en 1606 que bastaba con que una ley tuviera el consentimiento real y del Parlamento para ser tal, con independencia de que tuviera o no forma estatutaria (*England and Wales High Court, Chancery Division*, 1606, *The Prince's Case*, Coke, 1727, pp. 20-20b).

Aun cuando el rey accedía a conceder las peticiones de los comunes, muchas veces el instrumento escrito no reflejaba con exactitud el contenido de las peticiones. De esta forma, la legislación ter-

minaba redactándose sin seguir los términos de la petición. En otros casos, la redacción era satisfactoria, pero iba acompañada de cláusulas de salvaguardia que le permitían al rey suspenderla por un tiempo o prescindir de su funcionamiento en ciertas situaciones (Anson, 1897, p. 240). A los problemas apuntados se sumaba que las Acts nunca eran redactadas sino con posterioridad a la disolución del Parlamento que las había peticionado. Con lo cual, frente a discrepancias entre el texto de la ley y lo peticionado, los comunes no tenían forma de reclamar. Los inconvenientes descriptos fueron abriendo el camino para el reemplazo del sistema de legislación por petición por un sistema propiamente de legislación estatutaria. Los comunes intentaron de muchas maneras asegurar que, cuando se respondían afirmativamente, sus peticiones se convirtieran en estatutos que reflejen la verdadera finalidad de la petición y sin cláusulas de suspensión o revocación. Comenzaron entonces a solicitar que las respuestas del rey a las peticiones se establecieran por escrito y se sellaran de modo de asegurarse una correspondencia entre la respuesta y la petición. En 1327 se insertaron condiciones en los instrumentos de concesión de recursos financieros estipulando que las peticiones presentadas por los lores y los comunes debían plasmarse en la forma en que habían recibido el asentimiento real. Como resultado de todo lo expuesto, Edward Coke (1644, p. 27) refiere que en el año 1341 comenzaron a registrarse precedentes en donde los comunes y los lores formalizaron sus peticiones en forma de ley (*Statute*), la sometieron a aprobación de ambas cámaras y lograron el asentimiento real. Esta práctica se profundizó sensiblemente en el siglo XV. Durante el reinado de Enrique V, a petición de los comunes, el monarca dispuso que no se promulgara ninguna legislación estatutaria sin el consentimiento de aquellos, declarando textualmente: “[E]l rey, en su gracia concede especialmente que de ahora en adelante nada se promulgue con relación a las peticiones de los Comunes que sea contrario a ellas por la cual deban estar obligados sin su asentimiento. Se deja a salvo la prerrogativa real de conceder y denegar lo que deseé con relación a las peticiones antes mencionadas” (Rotuli Parliamentorum, 1771, p. 22). Así fue como se inició el cambio del sistema de legislación. Desde entonces, en lugar de enviar una petición al monarca, se remitía la petición mediante un escrito redactado en el propio Parlamento (*Bill*), de modo que, una vez sancionado, el rey contaba únicamente con la opción de aprobarlo o desecharlo. Este procedimiento se consolidó hacia el final del reinado de Enrique VI (1470-1471) y se convirtió en la práctica parlamentaria habitual durante el reinado de Enrique VIII (1509-1547). Así fue como surgió el sistema de legislación actual originado en *Bills* debatidos en ambas cámaras con posibilidad de introducir modificaciones. Con respecto al procedimiento parlamentario de tres lecturas y sus reenvíos recíprocos entre las cámaras, los historiadores británicos no pueden establecer con precisión el momento exacto en que el Parlamento comenzó a seguir el procedimiento parlamentario vigente para la formación y sanción de las leyes. Sin embargo, existe consenso en que los rudimentos del procedimiento moderno se pueden encontrar en el siglo XIV, cuando las peticiones y las concesiones posteriores pasaban de los comunes a los lores y recibían el asentimiento real. Ya para inicios del reinado de Enrique VII –año 1485–, las leyes se sancionaban habitualmente conforme al procedimiento actual de tres lecturas vigente en el Reino Unido (Anson, 1897, p. 242). Cabe adunar que las leyes se redactaban en francés o en latín, costumbre que perduró hasta el inicio del reinado de Enrique VII (Coke, 1644, p. 26) y, hasta 1849, se plasmaban en rollos de pergamino.

William Anson (1897) observó agudamente que “la forma de legislación mediante *Bill* presentado para la aceptación o rechazo de la Corona hizo mucho más que ayudar a formular el procedimiento parlamentario o asegurar el debido efecto del asentimiento real a una petición. Estableció la distinción entre el Ejecutivo y Legislativo, [y], en realidad sentó las bases para la omnipotencia del Parlamento. (...) [C]uando las Cámaras del Parlamento tomaron en sus manos la redacción de las leyes, sus demandas de legislación se volvieron definitivas y urgentes; las leyes que deseaban ver hechas no podían modificarse, posponerse o anularse. Ya no pedían al Rey que diera su consentimiento para la elaboración de una ley sobre un tema determinado y luego que hiciera otra, sino que le pedían que dijera sí o no a la aprobación de una ley redactada en la forma en que deseaban que se aprobara y que ya no admitiera enmiendas. Cuando la Corona ya no podía controlar la legislación excepto negando el asentimiento a las leyes elaboradas y presentadas para su aceptación o rechazo, había surgido claramente un nuevo poder legislativo fuera del ejecutivo. Las Cámaras y la Corona habían

cambiado de lugar; hasta entonces, se había requerido el asentimiento de las primeras para las medidas generalmente iniciadas por ellas, pero siempre elaboradas por la Corona. De ahí en adelante, el asentimiento o el rechazo era todo lo que le quedaba a la Corona para tratar” (pp. 236-244). Una última observación corresponde formular con respecto a la promulgación. En la actualidad, en virtud de la Royal Assent Act de 1967, la promulgación de la ley la anuncia el Speaker de la Cámara de los Comunes, el Lord Chancellor de la Cámara de los Lores o cualquier miembro de esta última designado como Comisionado de la Cámara de los Lores por el monarca con el fin de dar su sanción a uno o varios proyectos de ley (Carroll, 2009, p. 143). La fórmula de promulgación se pronuncia en francés normando (Barnett, 2002, p. 495). Cuando la Corona accede a promulgar las leyes sancionadas por el Parlamento, lo expresa bajo una fórmula ritual: *Le Roi le veult*, que textualmente significa “El rey así lo quiere”. El veto de la Corona se expresa también con otra fórmula ritual: *Le Roy s'avisera*, esto es: “El Rey lo considerará”. El origen de ambas fórmulas, al parecer, se ubica en el reinado de Enrique VIII. Por disposición del Lord Chancellor, el 23 de febrero de 1510, tal como lo registra el diario de sesiones de la Cámara de los Lores, se dispuso lo siguiente: “Royal Assent to Bills. Hec responsio nostre Seigneur Le Roy, &c. imponenda est immediate post tenorem cuius cunque subsidii. Item in quibusdam solet dici ‘Soit fait come il est desyre’. Quod facile attendes, viso orig. Quo facto, idem Dominus Cancellarius Acta omnia in presenti Parliamente pro bono publico edita et facta, ex Mandato Domini Regis, recitari et publicari jussit, quibus ex ordine (ut moris erat) per Clericum Corone per initia recitatis et lectis, et singulis per Clericum Parliamenti responsione secundum annotationes Regie voluntatis Declarationem a dorso scripta, facta per hec verba ‘Le Roy le vult’; ‘Le Roy se avisera’; ‘Soit fait come il est desire’” (1 Lords Journal pp. 8-9). La fórmula completa de promulgación reza: “Habiendo sido leída y comprendida plenamente por el Rey, con el consejo y consentimiento de los lores espirituales y temporales, y de los comunes en el citado Parlamento, y por la autoridad del mismo Parlamento, se envió la siguiente respuesta: ‘Le Roy le vult’”. Un ejemplo completo de cómo se instrumentaba la promulgación y denegación del asentimiento real en la Edad Media puede consultarse en 1 Lords Journal 163. Según una estadística británica, hasta el año 1858 la Corona no había negado el asentimiento real a ninguna ley desde el año 1682 (González Calderón, 1931, p. 24; Story, como se citó en Carrasco Albano, 1858, p. 117).

(Continuación [nota al pie 10](#))

La distinción entre ciudadanos y burgueses obedece puramente a razones históricas. No obstante, tanto los caballeros del condado como las ciudades y los burgos elegían separadamente representantes al Parlamento para confluir en la cámara de los comunes.

No existe consenso entre los historiadores en torno a una fecha exacta en la que los comunes fueron admitidos al Parlamento. Originariamente, el Parlamento comenzó como un consejo de asesoramiento real —el *shire-gemót*, más tarde como el *witenagemót* y, tras la conquista normanda, se lo conoció como la *curia regis*— conformado íntegramente por miembros de la nobleza y el clero. Paulatinamente, fue ganando atribuciones hasta conseguir el voto deliberativo. Con el paso del tiempo, se fueron sumando miembros del pueblo a las diferentes convocatorias reales al Parlamento. Mientras que algunos autores remontan su participación en la deliberación de los actos de gobierno al período sajón, otros no los ubican en los asuntos públicos sino hasta mucho tiempo después de la Conquista normanda del año 1066. Los datos precisos que informa la oficina del Parlamento, y compartidos por parte de la doctrina constitucional, fue que en 1254 comenzaron a participar los representantes de los condados —los *knight of the shire*— (House of Commons Information Office, 2010, p. 2) convocados por el rey con mayor frecuencia para brindar apoyo en sus continuas disputas con la nobleza (Alder, 2002, p. 210). Respecto a los ciudadanos y burgueses, aunque existen documentos anteriores que dan indicios de una práctica preexistente, el consenso generalizado ubica su reconocimiento indubitable con el Parlamento de Montford de 1265, el cual es recordado como el antecedente más nítido de convocatoria a un Parlamento electivo (Erskine May, 1883, p. 21; Stubbs, 1875, p. 93). En esa oportunidad, Simón de Montford —conde de Leicester—, en nombre del rey Enrique III, ordenó el 14 de diciembre de 1264 la citación a dos ciudadanos o burgueses por ciudad o distrito para, juntamente con los lores, abades y caballeros del condado, reunirse en

el Parlamento que tendría lugar en la ciudad de Westminster entre el 20 de enero y el 20 de marzo de ese año, aunque sus sesiones concluirían con anterioridad y terminaría disolviéndose el 15 de febrero. La novedad del caso fue que la citación de Montford incluyó por primera vez a los ciudadanos y burgueses para representar a las ciudades y burgos los cuales fueron elegidos directamente por sus conciudadanos. Esta convocatoria fue la que fijó el carácter representativo del Parlamento. A su vez, demarcó la fisonomía definitiva de los comunes y se constituyó como el primer esquema tomado en 1295 por Eduardo I para conformar el que se conoce como el “Parlamento Modelo”, considerado como la primera asamblea parlamentaria consolidada de Inglaterra. Con la llegada al trono de Eduardo III en 1327, los representantes de los condados, las ciudades y los burgos pasaron a formar parte permanente del Parlamento.

Roles de autoría y conflicto de intereses

El autor declara haber desempeñado todos los roles de autoría del presente artículo y que no posee conflicto de interés alguno con el tema en estudio.

EL RECURSO DE CASACIÓN EN LA INVESTIGACIÓN PENAL PREPARATORIA: LA APERTURA DE LA INSTANCIA A PARTIR DEL FALLO *CHACÓN*

Agustín Ulivarri Rodi

Universidad Católica de Salta

agustinulivarri@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0001-8686-6259>

DOI: <https://doi.org/10.26422/RJA.2025.0601.ul>

Recibido: 05/04/2025

Aceptado: 12/05/2025

Resumen

Este artículo aborda las modificaciones introducidas al sistema recursivo en el ámbito de la investigación penal preparatoria (o etapa preparatoria) del Código Procesal Penal Federal (CPPF) por el reciente precedente *Chacón*, dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Mediante este fallo, el máximo tribunal declaró la inconstitucionalidad del tercer párrafo del artículo 350 de ese código, el cual atribuía a las cámaras federales de apelaciones la calidad de tribunal superior de la causa a los fines del recurso extraordinario federal. Esta decisión habilita la intervención de la Cámara Federal de Casación Penal como tribunal intermedio para que agote su jurisdicción en las decisiones definitivas o a ella equiparables adoptadas por los jueces del artículo 53 del CPPF en las que se debata una cuestión federal.

En este sentido, el presente trabajo examina el régimen impugnativo vigente en el nuevo código procesal con anterioridad al caso *Chacón*. Posteriormente, se analizan las razones esgrimidas por la Corte Suprema y los precedentes jurisprudenciales en los que sustentó su decisión invalidante. Asimismo, se exploran las consecuencias prácticas derivadas de la incorporación de esta nueva vía recursiva adicional en la etapa preparatoria del proceso, prestando especial atención a su articulación con el control horizontal implementado para asegurar el doble conforme del imputado, la prohibición de reenvío y el límite máximo de impugnaciones habilitadas a los acusadores en el CPPF. Finalmente, se identifican los desafíos vinculados con las reglas y principios aplicables a este novedoso recurso, proponiendo un criterio de admisibilidad restrictiva que preserve el sentido y propósitos de la reforma procesal emprendida por el legislador.

Palabras clave: Código Procesal Penal Federal, Casación, *Chacón*, recurso, impugnación, control horizontal, investigación penal preparatoria, tribunal superior de la causa.

The Cassation Appeal in the Preliminary Criminal Investigation: Opening the Instance Following the *Chacón* Ruling

Abstract

This article examines the modifications introduced to the appeal system within the scope of the preliminary criminal investigation (or preparatory stage) of the Argentine Federal Code of Criminal Procedure, based on the recent *Chacón* precedent established by the Supreme Court of Justice of the Nation. Through this ruling, the highest court declared the unconstitutionality of the third paragraph of Article 350 of said Code, which attributed to the Federal Courts of Appeals the status of the court of last resort for the purposes of the federal extraordinary appeal. This decision enables the intervention of the Federal Chamber of Criminal Cassation as an intermediate court, allowing it to exhaust its jurisdiction in the final decisions or those equated thereto adopted by the judges of Article 53 of the CPPF in which a federal issue is debated.

Accordingly, this paper examines the appeal regime in force in the new procedural code prior to the *Chacón* case. Subsequently, the arguments put forth by the Supreme Court and the case law precedents on which it based its decision to invalidate are analyzed. Furthermore, the practical consequences derived from the incorporation of this new additional appeal channel in the preparatory stage of the proceedings are explored, paying particular attention to its articulation with the horizontal control mechanism implemented to ensure the double confirmation, the prohibition of remittal, and the maximum limit of appeals allowed to the prosecutors in the CPPF. Finally, the challenges related to the rules and principles applicable to this novel appeal are identified, proposing a restrictive admissibility criterion that preserves the meaning and purposes of the procedural reform undertaken by the legislator.

Key words: Argentine Federal Criminal Procedure Code, Cassation, *Chacón*, appeal, challenge, horizontal review, preliminary criminal investigation, court of last resort.

1. Introducción

“Las leyes se obedecen, pero no se cumplen”¹ fue una fórmula jurídica empleada por los funcionarios indios en las colonias españolas americanas para resistir la aplicación de normas dictadas por el soberano cuando las consideraban injustas o inconvenientes, pero aun reconociendo la autoridad legislativa de quien emanaban (Zorraquín Becú, 1978). Esta práctica derivó, a lo largo de la historia hispanoamericana, en numerosos incumplimientos de leyes que implicaron cambios paradigmáticos en distintas materias, como los derechos laborales y la protección sanitaria de los pueblos indígenas en el contexto del sistema de encomiendas (Tau Anzoátegui y Martiré, 2012).

Este fenómeno colonial permite trazar un paralelismo con la actualidad, cuando las reformas emprendidas por el legislador enfrentan, ocasionalmente, resistencias institucionales: algunas, fundadas y lógicas; y otras, motivadas por factores conservadores que privilegian las estructuras probadas durante décadas. Así, mediante determinados mecanismos —y sin desconocer el carácter soberano de la autoridad legislativa de la cual emanan las disposiciones cuestionadas— puede conseguirse su inaplicabilidad o invalidez bajo argumentos que, en esencia, esconden juicios de conveniencia, facultad ajena a la competencia constitucional del Poder Judicial en un sistema republicano de división de poderes.

El 10 de junio de 2019, como parte de un programa de implementación gradual en todo el país, entró en vigor el Código Procesal Penal Federal (CPPF),² instaurando el modelo acusatorio adversarial en reemplazo del sistema mixto contemplado en el Código Procesal Penal de la Nación (CPPN). Esta reforma implicó transformaciones sustanciales que representaron un cambio de paradigma cultural, institucional y organizacional en el Poder Judicial de la Nación, reestructurando profundamente el proceso penal y redefiniendo el rol de sus protagonistas. Entre estas modificaciones, se reformuló el sistema recursivo de la etapa preparatoria (la antigua instrucción penal), con el propósito de esta-

1 Conocido como el “recurso de suplicación de leyes de Indias”, fue ampliamente difundido en América. Les permitía a los funcionarios indios suspender la ejecución de disposiciones emanadas de autoridades superiores con sede en España (Rey o Consejo Real y Supremo de Indias) cuando éstas hubieran sido dictadas con base en informes falsos o incompletos, o cuando consideraban que su aplicación resultaba injusta o inconveniente para determinado territorio. La fórmula “obedezco, pero no cumulo” expresaba simultáneamente la reverencia hacia el soberano y el reconocimiento de su potestad legislativa, exigiendo que cualquier inaplicación fuera debidamente fundamentada por el funcionario americano.

2 La primera jurisdicción en aplicar el CPPF como plan piloto fue la de la Cámara Federal de Apelaciones Salta, comprensiva de las provincias de Salta y Jujuy.

blecer un esquema más simple y desburocratizado en favor de la celeridad y progresividad de la investigación.

En ese marco, en el presente artículo se aborda la decisión adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo *Chacón*³ del 15 de octubre de 2024, mediante la cual declaró la inconstitucionalidad del tercer párrafo del art. 350 del CPPF y modificó el nuevo esquema recursivo diseñado por el legislador para la etapa previa al juicio oral, al restaurar pretorianamente el recurso de casación y la intervención de la Cámara Federal de Casación Penal como instancia revisora intermedia entre las cámaras de apelaciones y el máximo tribunal.

Si bien el CPPF establece una diferenciación técnica entre las distintas fases previas al debate, para los propósitos de este trabajo se considerará indistintamente como “investigación penal preparatoria” (IPP) o “etapa preparatoria” a todo el período procesal anterior al juicio que abarca desde la fase preliminar hasta el control de acusación. El análisis se centra, por tanto, en el recurso de casación como nueva vía de impugnación en el estadio previo al juicio.

Bajo esta delimitación conceptual, se examina el régimen impugnativo vigente en el nuevo código procesal con anterioridad al caso *Chacón*; los fundamentos esgrimidos por la Corte Suprema y los precedentes en los que sustentó su decisión invalidante; las consecuencias prácticas de la incorporación de la nueva vía recursiva adicional, particularmente su articulación con el control horizontal implementado por el CPPF; y finalmente los desafíos vinculados con las reglas y principios aplicables a este recurso.

2. El régimen impugnativo del CPPF en la etapa preparatoria

El CPPF introduce un innovador enfoque funcional en materia de impugnaciones que se distancia del modelo tradicional. En lugar de tipificar recursos específicos con sus condiciones particulares de admisibilidad y procedencia (v. gr., apelación o casación), el nuevo sistema delimita taxativamente las decisiones objetivamente impugnables y la legitimación para recurrir en cada supuesto.

De este modo, en el Libro III de la segunda parte se establece un régimen general e innominado de control de las decisiones jurisdiccionales aplicable al proceso común de conocimiento, que unifica los principios y el trámite para todas las impugnaciones suscitadas durante la investigación penal preparatoria

³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Chacón, Luis Gustavo s/ audiencia de sustanciación de impugnación*, 15/10/2024, Fallos: 347:1434.

(incluida la audiencia de control de acusación) y la etapa de juicio. Las excepciones la constituyen las revisiones inmediatas que se prevén en materia de medidas de coerción en lo tocante a los plazos (arts. 223 y 226 del CPPF) y el procedimiento de flagrancia (arts. 328 y subsiguientes del CPPF). Adicionalmente, en la etapa de ejecución de la pena, también se contempla un esquema autónomo para las impugnaciones que en ese marco se dicten (art. 381 del CPPF).

En este contexto normativo, debe aclararse que el recurso de casación como tal no se encuentra regulado nominativamente en el código, pese a que en la ley se mantuvo la denominación de jueces con funciones de “casación” (art. 54 del CPPF), quienes tienen su competencia limitada a la revisión de las sentencias de los tribunales orales en la etapa de juicio, cuyo trámite se rige por las normas generales del referido Libro III.

En cuanto a los resolutorios que pueden ser revisados en la etapa preparatoria, el código adopta un criterio taxativo al establecer que las decisiones jurisdiccionales “solo serán impugnables por los medios y en los casos expresamente establecidos” (art. 344 del CPPF). Este *numerus clausus* surge principalmente del artículo 356 del CPPF; no obstante, existen varias disposiciones sobre impugnabilidad dispersas a lo largo de todo el digesto.⁴

Esta dispersión normativa ha motivado críticas de la doctrina en cuanto sostiene que, en esta materia, “la técnica del código es de bastante baja calidad y muy alta confusión” (Pastor, 2015, p. 131) y que ha venido a quebrar el criterio de taxatividad del nuevo sistema (Ahumada, 2021). No obstante, más allá de la cuestionable metodología escogida por el legislador, lo cierto es que la taxatividad se mantiene como principio rector, en la medida en que sólo resultan impugnables aquellas decisiones expresamente previstas en ese cuerpo legal.

En este sentido, el CPPF marca una clara ruptura con el sistema impugnativo anterior al eliminar el concepto elástico de “gravamen irreparable” del art. 449 del CPPN, que permitía la apelación de decisiones no enumeradas explícitamente como recurribles, ampliando significativamente el espectro de impugnaciones posibles.

Sin embargo, en la implementación gradual del CPPF, algunos jueces han habilitado la revisión de decisiones inimpugnables bajo el fundamento de que

4 Las decisiones previstas en el art. 356 del CPPF se complementan con otras también impugnables, como el rechazo de la sustitución de la medida de coerción (art. 226), la decisión de convertir el proceso en uno complejo (art. 344) o aplicarle el trámite de flagrancia (art. 330), la revocatoria de sobreseimiento (art. 352, inc. “c”) y el rechazo total o parcial de las pretensiones de la demanda civil (art. 353, inc. “b”).

[...] el principio de taxatividad cede en aquellos casos en los que se aleguen en forma directa, circunstanciada y precisa agravios de índole constitucional, en función del control que se impone a los jueces con funciones de revisión por el primer párrafo *in fine* del art. 350 del CPPF.⁵

Otros, en cambio, han adoptado una postura más restrictiva, señalando que el sistema mantiene su carácter taxativo sin excepciones. Según esta interpretación, cuando el art. 350 del CPPF faculta a los jueces con funciones de revisión para ejercer el control de constitucionalidad, lo hace exclusivamente respecto de aquellos casos en que el propio código ha habilitado previamente el recurso, sin crear una vía de conocimiento autónoma.⁶

En el marco de la investigación penal preparatoria, la taxatividad responde a una clara intención legislativa de permitir que esta etapa se desarrolle con la mayor celeridad posible —siempre dentro del marco de la legalidad—, evitando que la proliferación de impugnaciones pueda dilatar el proceso. De este modo, solo ante determinadas decisiones expresamente previstas en la ley es posible activar los mecanismos de revisión, reservando cualquier otra discusión de hechos y pruebas para la etapa de juicio y la posterior intervención de la Cámara Federal de Casación Penal como revisora de la sentencia definitiva.

Ello, pues “las audiencias de la etapa previa al juicio no están orientadas al establecimiento de responsabilidades, sino a que la preparación del juicio (investigación) se conduzca dentro de los límites legales” (Lorenzo, 2012, p. 127). En tal sentido, la etapa solo tiende a establecer si debe o no abrirse un juicio respecto de una conducta con relevancia jurídico penal (art. 228 del CPPF). Por ello, las actuaciones de la investigación preparatoria no tienen valor probatorio para fundar una eventual condena (art. 231 del CPPF).

Es que “la razón de ser de esta etapa preparatoria es la de generar todas las condiciones procesales para la rápida y eficaz celebración del juicio oral y público” (Garzón, 2018, p. 60). Esta finalidad se materializa con una investigación desformalizada y desburocratizada, despojada de formas sacramentales, escrituración innecesaria y reglas rígidas para la recolección y documentación de la

5 Cámara Federal de Salta, Sala I, *Romero Panique*, 18/8/2022 [7071/2022/6], y *Torres*, 25/4/2022 [4708/2022/2], votos de los jueces Solá y Rabbi-Baldi Cabanillas. La primera parte del art. 350 del CPPF establece: “Los jueces con funciones de revisión a quienes corresponda el control de una decisión judicial serán competentes con relación a los puntos que motivan los agravios y al control de constitucionalidad”.

6 En este sentido, cfr. Cámara Federal de Rosario, *Cardozo*, 22/11/2024 [15049/2024/4], voto de la jueza Élida Isabel Vidal, al que adhirieron la jueza Silvina María Andalaf Casiello; y Cámara Federal de Salta, Sala I, *Frisione*, 15/12/2020, [4204/2020/2], voto del juez Santiago French.

información (García Yhoma y Martínez, 2014), todo lo cual incluye al control de las decisiones jurisdiccionales.

Durante la etapa previa al juicio, los resolutorios expresamente impugnables según los términos establecidos por el código son examinados por los jueces de revisión (cámara de apelaciones), quienes poseen competencia respecto de los fallos dictados por los jueces de garantías y por sus propios colegas cuando éstos actúan en la audiencia de control de acusación (art. 53, inc. "e" del CPPF).

En el marco de estas revisiones, los jueces deben limitarse a los puntos que motivan los agravios del impugnante y al control de constitucionalidad y convencionalidad (primer párrafo del art. 350). Y cuando la decisión que pronuncian constituye una sentencia definitiva o equiparable e involucra una cuestión federal, contra ella sólo cabe el recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema, sin que medie instancia de la Cámara Federal de Casación Penal, a diferencia del sistema anterior que habilitó tal intervención de acuerdo con los lineamientos de *Di Nunzio*.⁷

Así, el legislador estableció en el controvertido tercer párrafo del art. 350 del CPPF que

[c]uando las decisiones de los jueces con funciones de revisión señalados en el artículo 53 de este Código involucren cuestiones federales, estos serán considerados como el tribunal superior de la causa y su decisión será considerada sentencia definitiva a los fines del recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Es decir que de la letra de la ley claramente no surge un tribunal superior con facultades revisoras sobre las decisiones de las cámaras federales de apelaciones, más que la Corte Suprema a través del recurso extraordinario.

Entonces, según el esquema de instancias ordinarias, a fin de dar operatividad al derecho al recurso en cada una de las etapas del proceso, el legislador ha escogido el binomio "juez de garantías-juez de revisión" para la investigación penal preparatoria; "juez de revisión (control)-juez de revisión" para la etapa intermedia de control de acusación; "juez de juicio-juez de casación" para el

7 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Di Nunzio, Beatriz Herminia*, 03/05/2005, Fallos: 328:1108. El alto tribunal sostuvo: "En tanto la Corte Suprema resulta ser el intérprete final y último de la Constitución Nacional, el tribunal superior de la causa a los efectos de los recursos extraordinarios regulados por las leyes 48 y 4055, será el anteúltimo órgano jurisdiccional en expedirse sobre la cuestión federal debatida, en consecuencia, en el ámbito de la justicia penal nacional, será la Cámara Nacional de Casación Penal".

debate de responsabilidad y cesura de la pena y “juez de ejecución-juez de revisión” para la ejecución de la sentencia. En todos los casos, superada la segunda instancia, solo queda el recurso extraordinario federal ante el máximo tribunal, cerrando un sistema equilibrado de dos instancias en cada etapa, coherente con la estructura desburocratizada del nuevo modelo.

A la vez, así como el Código prevé la revisión horizontal para el supuesto de los jueces que actúan en el control de acusación, cuyas decisiones pueden ser impugnadas ante otro juez de la cámara de apelaciones (art. 53, inc. “e” del CPPF), en los demás casos de la etapa preparatoria también podrán generarse otras instancias revisoras adicionales que no se desarrollan jerárquicamente hacia un tribunal superior en grado, sino que se despliegan horizontalmente. Esto es consecuencia de la articulación entre el límite máximo de impugnaciones habilitadas para los acusadores (arts. 353 y 355, inc. “a” del CPPF), el doble conforme del imputado (art. 364 del CPPF), la prohibición de reenvío (art. 365 del CPPF) y, por supuesto, la ausencia en la norma de un tribunal revisor superior de las decisiones de las cámaras de apelaciones.

En cuanto a lo primero, tanto el Ministerio Público Fiscal como el querellante pueden recurrir aquellas decisiones adversas a sus pretensiones siempre que no se hubieren obtenido dos pronunciamientos en el mismo sentido. Esto significa en la práctica que si el imputado —al apelar por primera vez— obtiene una resolución favorable en segunda instancia, los acusadores aún conservan la posibilidad de insistir mediante una última revisión, en tanto —ante esa paridad decisoria— no habría dos resoluciones coincidentes en el proceso impugnativo.

Luego, la regla del doble conforme del art. 364 del CPPF garantiza que cuando el tribunal de impugnación agrave la situación del imputado a raíz de un recurso del acusador, aquél dispondrá de una instancia adicional para solicitar el control de ese decisorio. Esto marca —a diferencia de un sistema bilateral y simétrico de impugnaciones— que es el imputado quien en definitiva cuenta con el último recurso que determinará de manera concluyente su situación.

Por su parte, la prohibición de reenvío establece la imposibilidad de que el tribunal revisor regrese el caso al juez de origen o a otro si media apartamiento (Hairabedián, 2021). En virtud de este precepto, cuando un juez con funciones de revisión interviene en una impugnación, carece de facultades para declarar la nulidad de la sentencia y devolver las actuaciones a su origen con el propósito de que se dicte una nueva, aun cuando con ello se intente garantizar el doble conforme mediante la posibilidad de la parte interesada de ejercitar una ulterior apelación. Por el contrario, “deberán resolver haciendo o no lugar a los

recursos articulados y pronunciarse sobre todas las cuestiones ante ellos planteadas por los recurrentes” (Daray, 2019, p. 624).

Aunque, en principio, estas reglas podrían considerarse más propias de la etapa de juicio –dado su origen en los debates sobre la facultad del acusador de impugnar absolución de primera instancia y obtener condenas directamente en la casación–, lo cierto es que el legislador las ha incorporado al régimen general e innominado de recursos del CPPF, extendiendo así su aplicación también a las fases previas, como la etapa preliminar y la audiencia de control de acusación, sin efectuar ningún distingo al respecto.

En este sentido, Daray (2019) sostiene que la norma del art. 364 del CPPF (doble conforme) también es aplicable

[...] respecto de los jueces con funciones de revisión del art. 53, extendiéndose entre otros posibles, a los supuestos de revocación del sobreseimiento del imputado resuelto en la audiencia de control de acusación; la imposición por un órgano de revisión de medidas de coerción y demás cautelares en su contra; la denegatoria de la suspensión del proceso a prueba antes de la finalización de la etapa preparatoria, entre otros. (p. 623)

En efecto, teniendo en cuenta que el CPPF no prevé un tribunal revisor de las decisiones de las cámaras de apelaciones (sólo la Corte Suprema a través del remedio federal), el doble conforme en esta primera etapa –conjugado con la prohibición de reenvío y los límites recursivos de los acusadores– debe satisfacerse mediante un mecanismo de revisión horizontal, donde el fallo desfavorable para el imputado en virtud de un recurso fiscal puede ser impugnado nuevamente ante otro juez de idéntica jerarquía.

Este sistema de control deriva de los lineamientos establecidos por el alto tribunal en el precedente *Duarte*⁸ –reiterados en *Sarlenga*⁹– y es, además, el que más se acerca al modelo de colegios de jueces que originalmente contemplaba la reforma procesal.

Entonces, a modo de resumen, durante la etapa previa al juicio (penal preparatoria) algunas decisiones que adoptan los jueces de garantías (o de control de acusación, según el caso) no son susceptibles de impugnación debido al principio de taxatividad que asume el régimen recursivo del CPPF con el propósito

8 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Duarte, Felicia*, 05/08/2014, Fallos: 337:901.

9 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Sarlenga, Luis Eustaquio Agustín*, 22/08/2017, Fallos: 340:1094.

de salvaguardar la celeridad del proceso y la progresividad de la investigación (v. gr., el rechazo de nulidades). No obstante, estos planteos pueden ser reeditados posteriormente en la etapa intermedia y –superada ésta– en el juicio y en la fase impugnativa ante la Cámara Federal de Casación Penal.

Por otro lado, ciertas resoluciones sí admiten recurso conforme a los supuestos expresamente previstos por el legislador, habilitando que la controversia sea dirimida por un juez con funciones de revisión (cámara de apelaciones).

Posteriormente –y en virtud del juego de los arts. 353, 355, 364 y 365 del CPPF–, si la decisión del tribunal revisor no completa dos pronunciamientos en el mismo sentido en contra de los acusadores (sin necesidad de que éstos sean consecutivos) o el doble conforme para el imputado, atento a la prohibición de reenvío, se puede activar el control horizontal hasta agotar esas hipótesis habilitantes.

Luego de ello, por aplicación del tercer párrafo del art. 350 del CPPF (ahora invalidado), aquellas decisiones que –en ese marco– sean sentencia definitiva o a ella equiparable y que involucren el debate de una cuestión federal solo deberían ser susceptibles de un recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema.

Ahora bien, este esquema impugnativo se complejizó cuando la Cámara Federal de Casación Penal comenzó a admitir su intervención como tribunal intermedio en los recursos contra las decisiones de los jueces con funciones de revisión (art. 53 CPPF).¹⁰

Esta tendencia se consolidó en el fallo plenario *Ruiz*,¹¹ donde –con la única disidencia de la jueza Ángela Ledesma– el tribunal, aplicando la doctrina *Di Nunzio*, se autohabilitó como instancia previa obligatoria a la Corte Suprema en el conocimiento de las resoluciones definitivas o equiparables a tales, emitidas por las cámaras de apelaciones cuando esté involucrada una cuestión federal o un supuesto de arbitrariedad, invalidando así la norma del tercer párrafo del art. 350 del CPPF.

Finalmente, la cuestión fue dirimida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el citado caso *Chacón*, cuyos fundamentos y efectos resultan el objeto de este trabajo.

10 Cfr. Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, *Jaramillo*, 10/10/2023 [3250/2023/4] y *Martela Saavedra*, 29/06/2022, [4595/2022/3]; Sala IV, *Fabro*, 04/12/20, [5301069/2008/1], entre otros.

11 Cámara Federal de Casación Penal, Plenario nro. 15, *Ruiz, Roque y otro*, 28/05/2024, [6631/2023/8].

3. El fallo Chacón: análisis crítico

El 15 de octubre de 2024, la Corte Suprema dictó el fallo *Chacón* por el que oficiosamente declaró inconstitucional el tercer párrafo del art. 350 del CPPF que —como se señaló— atribuye a las cámaras de apelaciones la calidad de tribunal superior de la causa a los fines del recurso extraordinario federal. En su lugar, habilitó la intervención de la Cámara Federal de Casación Penal, como tribunal intermedio, para que agote su jurisdicción en las decisiones adoptadas por los jueces del art. 53 del CPPF durante la investigación penal preparatoria en las que se debata una cuestión federal.

En dicho caso —regido íntegramente por el CPPF—, la defensora oficial de Luis Gustavo Chacón y el fiscal habían arribado a un acuerdo pleno en los términos del art. 323 del CPPF (juicio abreviado) para que se condene al nombrado a cuatro años y cuatro meses de prisión en la modalidad de arresto domiciliario por el transporte de tres kilogramos de cocaína (art. 5, inc. “c” de la Ley 23737). Este acuerdo fue homologado parcialmente el 19 de agosto de 2020 por el juez federal de garantías de San Ramón de la Nueva Orán (provincia de Salta), quien, al hacerlo, modificó la forma de cumplimiento de la pena y la sustituyó por prisión intramuros en un establecimiento carcelario.

Ante esto, la defensa interpuso una impugnación, agraviándose de la reforma oficiosa en perjuicio del imputado. El 26 de agosto de 2020, la Sala II de la Cámara Federal de Salta (con integración unipersonal) rechazó su recurso, contra lo cual la recurrente intentó el remedio federal de acuerdo con lo dispuesto por el tercer párrafo del artículo 350 del CPPF, el que fue concedido y elevado a la Corte Suprema el 19 de octubre de 2020.

Sin ingresar en cuestiones de fondo, el problema para el alto tribunal fue si el nuevo diseño recursivo implementado por el legislador a través de los arts. 54 (jueces con funciones de casación) y 350 del CPPF protegía adecuadamente su función como último intérprete constitucional, recurriendo a los términos “resguardar” y “preservar” —en sus diversas variaciones léxicas— en al menos once oportunidades, lo que evidencia la relevancia cardinal que le atribuyó a este argumento en la construcción del fallo.

Identificó la lesión constitucional en el precepto del art. 108 de la carta magna en cuanto “califica a esta Corte de Suprema”,¹² lo que, a su criterio, el tercer párrafo del art. 350 del CPPF no aseguraba razonablemente al permitir que las sentencias de las cámaras de apelaciones puedan ser impugnadas directamente ante ese alto tribunal.

12 Considerando 11.

A tal fin, señaló como precedentes los casos *Strada*,¹³ *Di Mascio*¹⁴ y, especialmente, *Di Nunzio*¹⁵ (y sus citas) con una insistente referencia a la causa *Anadon*,¹⁶ cuyo considerando 10 fue repetido en forma idéntica en dos ocasiones.¹⁷

Sobre la base de esos antecedentes –aun reconociendo sus “evidentes diferencias”¹⁸ y la variación “de la base legislativa que los fundó”¹⁹–, para sustentar su tesis, la Corte desarrolló un andamio argumentativo centrado en la “ingente cantidad de casos” en los que debería intervenir,²⁰ la necesidad de agotar con anterioridad toda “instancia útil”²¹ que permitiera la elevación de “un producto más elaborado”²² y la conveniencia de que los justiciables pudieran encontrar remedio a sus agravios en etapas previas a la instancia extraordinaria.²³ Todo ello, examinado desde el prisma de la “razonabilidad”, como principio rector del control de constitucionalidad oficioso que efectuó el alto tribunal.²⁴

Corresponde aclarar que, si bien el caso de Luis Gustavo Chacón fue muy particular por tratarse, en definitiva, de la imposición de una pena de prisión efectiva a raíz de un juicio abreviado –lo que llevó a un sector de la doctrina a sostener que no lo convierte en un precedente aplicable a otros supuestos de la etapa preparatoria–,²⁵ la posterior actuación de la Corte disipó toda duda al devolver a la instancia anterior los recursos extraordinarios que tenía pendien-

13 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Strada, Juan Luis*, 08/04/1986, Fallos: 308:490.

14 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Di Mascio, Juan Roque*, 01/12/1988, Fallos: 311:2478.

15 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Di Nunzio, Beatriz Herminia*, 03/05/2005, Fallos: 328:1108.

16 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Anadon, Tomás Salvador c/ Comisión Nacional de Comunicaciones*, 20/08/2015, Fallos: 338:724.

17 Considerandos 11 y 12.

18 Considerando 8.

19 Considerando 14.

20 Considerando 8.

21 Considerandos 8, 12 y 14.

22 Los conceptos de “producto más elaborado” y “discusión más extendida” son mencionados en los considerandos 8, 9, 12, 14, 15 y 16.

23 Considerandos 8, 12 y 14.

24 Considerandos 6, 11, 14 y 15.

25 En este sentido, en un reciente artículo publicado por Bolos Ingrao (2025) en la Universidad Torcuato Di Tella, el autor afirmó que “de ningún modo la cuestión queda agotada con este fallo [Chacón], dado que se trató de un escenario muy particular, que constituye un supuesto de excepción: se trata de una condena dictada durante la instrucción. Las plataformas fácticas sobre las que se expedieron la CSJN y la CFCP son sustancialmente distintas, lo que no convierte a Chacón en un precedente pasible de dar una solución definitiva a la cuestión planteada en el plenario ‘Ruiz’ [ello...] hasta tanto la Corte se expida sobre la admisibilidad del recurso de casación ante resoluciones que son esencialmente propias de la etapa de instrucción [...] En palabras más sencillas, la

tes respecto de otros tipos de decisiones (suspensiones de proceso a prueba, recusaciones, sobreseimientos, entre otras), evidenciando que se trata de un nuevo criterio procesal aplicable, en general, a todas las resoluciones impugnables durante la investigación penal preparatoria.

3.1 Los precedentes que motivaron el fallo

En ese orden, lo primero que cabe analizar es si los casos citados por el tribunal, fundamentalmente *Di Nunzio* —cuya doctrina, en definitiva, dispuso “mante-
ner” para el nuevo régimen procesal—,²⁶ constituyen verdaderos precedentes aplicables al caso *Chacón* o si se trató en verdad de una interpretación extensiva de principios jurisprudenciales demasiado arraigados en la tradición judicial argentina de las últimas décadas como para ser abandonados por una reforma legislativa.

Esta última hipótesis podría considerarse posible, especialmente si se observa el factor conservador que surge de las propias expresiones utilizadas por la Corte cuando cuestiona que los legisladores no brindaron razones para “eliminar el medio que durante décadas fue considerado fundamental [para garantizar su rol...] a contracorriente de nuestra práctica institucional consolidada”,²⁷ premisas que, en principio, no resultan compatibles con la lógica de “cambio” de una reforma integral del sistema procesal.

En cuanto a los antecedentes citados, *Strada* y *Di Mascio* abordaron la delimitación conceptual de “superior tribunal de la causa” en procesos ordinarios suscitados ante la justicia provincial: el primero, de naturaleza civil; y el segundo, de índole penal, tratándose en ambos casos de sentencias definitivas. Tales precedentes establecieron el requisito de agotar íntegramente la jurisdicción provincial, determinando que, solo después de tramitar la impugnación ante el máximo tribunal local, resultaría procedente el eventual acceso a la Corte. Por su parte, en *Anadon*, la cuestión gravitaba sobre la posibilidad de intervenir por apelación ordinaria (y no extraordinaria, como establece el art. 350 del CPPF) en las sentencias definitivas de las cámaras nacionales de apelaciones en las que fuera parte el Estado nacional, de conformidad al art. 24, inciso 6º, apartado “a” del Decreto Ley 1285/58, que fue declarado inconstitucional a pedido de

Corte debe dictar un *Di Nunzio* 2” (pp. 16-17).

26 Considerando 15.

27 Considerando 14.

parte. Así, la vinculación entre estos precedentes y *Chacón* resulta tangencial y se limita a abstracciones sobre principios generales del derecho procesal constitucional.

Lorenzo (2024) señala que la posición de equiparar a la Cámara Federal de Casación Penal con un tribunal superior de justicia provincial

puede resultar tentadora en términos de análisis, ya que rápidamente permite trazar un curso mental de las revisiones; sin embargo la justicia federal no es una provincia, por lo que la equiparación no puede llevar a una identidad en la comprensión del funcionamiento de los recursos y la llegada a la Corte. (pp. 341-342)

En cuanto al precedente *Di Nunzio*, si bien allí se examinó una decisión no definitiva en un proceso penal del fuero nacional, el marco normativo subyacente difería sustancialmente del caso bajo análisis. Aquella causa se regía por el proceso mixto, en un contexto caracterizado por la aplicación de criterios jurisprudenciales disímiles derivados de la reorganización del sistema judicial federal a raíz de la entrada en vigencia del CPPN (Ley 23984) y la incorporación posterior de la Cámara Nacional de Casación Penal (Ley 24050), sumando a las diferentes interpretaciones sobre el alcance del requisito de sentencia definitiva, la amplitud de conocimiento del recurso de casación y el recaudo de tribunal superior de la causa del art. 14 de la Ley 48 para los supuestos de resoluciones emitidas durante la antigua instrucción penal. En definitiva, en ese entonces no había ninguna norma que estableciera con precisión qué instancias debían transitarse y agotarse en el proceso ordinario para el abordaje de las cuestiones federales que se susciten en una causa.

En ese precedente, el máximo tribunal superó las aludidas dificultades normativas atribuyéndole a la Cámara Federal de Casación Penal el rol de “tribunal intermedio, una suerte de antesala de la Corte Suprema, apto para dictar la sentencia definitiva a los fines del recurso extraordinario federal, asumiendo entonces la condición de tribunal superior de la causa” (Sagüés, 2023, p. 139). Sobre el punto, el autor afirmaba que “discutible como toda exégesis mutativista, la solución jurisprudencial de la Corte fue en general aceptada al resolver útilmente una prolongada y desgastante controversia” (p. 140).

Sin embargo, el caso *Chacón* se inscribe en un marco normativo sustancialmente distinto al de *Di Nunzio*, fundamentado en una profunda reestructuración del proceso penal, una redefinición del rol de sus actores y un cambio de paradigma tanto cultural como institucional que trasciende los presupuestos de

aquel precedente. En este contexto, el legislador estableció explícitamente en el art. 350 cuál debía ser el tribunal superior de la causa a los efectos del recurso extraordinario federal en el ámbito de la investigación penal preparatoria, delimitando con precisión las competencias de las cámaras de apelaciones y de la Cámara Federal de Casación Penal; una determinación clara que, paradójicamente, no se observa en otras partes notoriamente ambiguas del CPPF.

En consecuencia, la matriz fáctica y el contexto jurídico que corresponde analizar para establecer la analogía entre ambos casos presenta diferencias sustanciales que tornan inadecuada la aplicación del antecedente *Di Nunzio*. Por supuesto, la Corte intentó matizar estas dificultades recurriendo a expresiones como “más allá de las evidentes diferencias entre ambos”, “aun cuando la base legislativa que los fundó haya variado” y “sin impedir los cambios legislativos” como salvaguardas retóricas de su argumentación.

No debemos olvidar que

la relevancia de un precedente, la razón por la cual se va a establecer la similitud (o la diferencia) entre el caso anterior y el presente, va a depender en definitiva de cómo se caractericen los hechos que subyacen al caso. (Schauer, 1987, p. 577)

Así, la vinculación entre *Chacón* y *Di Nunzio* —al punto llevado por la Corte— sólo es posible mediante una considerable abstracción de sus principios generales, prescindiendo de sus particularidades.

Como se sabe, este es un error metodológico (o, en ocasiones, una estrategia argumental) que debe evitarse en la práctica judicial, pues una generalización desmedida —que, como en el caso que nos ocupa, desatiende las reglas específicas y el espíritu de la reforma procesal que rige la causa— podría llevar a interpretar la sentencia anterior “como si fuera una ley o una suerte de declaración política” (Garay, 2013, p. 83) que debe “mantenerse” y a la que debería ajustarse entonces toda decisión posterior y toda norma que se sancione sucesivamente.

3.2 La ingente cantidad de casos

Derivado de lo anterior, se advierte en la argumentación de *Chacón* una clara continuidad conceptual del precedente *Di Nunzio* y sus antecesores, en tanto la Corte acoge fundamentos que ya habían sido vertidos en aquellos para así moldear el *holding* del nuevo fallo.

Uno de los primeros argumentos resucitados es la preocupación por el volumen de casos que accederían directamente a la Corte Suprema si ésta se cons-

tituyera en la instancia inmediatamente posterior a las cámaras de apelaciones, sin la intervención intermedia de la casación federal. Tal circunstancia —como señala hacia el final de su pronunciamiento— generaría una “ordinarización”²⁸ del recurso extraordinario federal y, consecuentemente, un menoscabo del carácter “supremo” que la Constitución le confiere al alto tribunal.

En este sentido, la Corte alude al riesgo de que “su competencia pudiera verse desbordada por la ingente cantidad de casos”, expresión que, si bien es propia de *Chacón*, encuentra su génesis —como lo transparenta al inicio del considerando 8— en un razonamiento ya esbozado en el precedente *Strada*, donde se había invocado el discurso del senador Palacio para reflejar esta misma inquietud institucional.²⁹

Sin embargo, no debe soslayarse que la alocución de Palacio fue pronunciada en 1901 durante el debate de la Ley 4055 de reforma de la justicia federal, en un escenario regido por las leyes 27 y 48 que establecían el conocimiento de la Corte por apelación de las sentencias definitivas emanadas de los jueces de sección (ahora, jueces federales).³⁰ Esto derivaba del antiguo esquema indiano en donde las decisiones de los alcaldes de cabildo (solo respecto de determinados montos o tipos de pena) podían ser recurridas ante la Real Audiencia, órgano jurisdiccional superior de los virreinatos, sin la intervención previa de otro tribunal (Tau Anzoátegui y Martiré, 2012). En ese marco histórico-institucional, los tribunales intermedios a los que aludía Palacio para solucionar el problema

28 Considerando 16.

29 El senador sostuvo: “La Corte Suprema de Justicia tiene, poco más o menos, 2000 expedientes atrasados; entran alrededor de 1000 cada año; de éstos se fallan la mitad y el resto pasa a aumentar la montaña que duerme en los estantes. De este solo hecho surgen consideraciones de las más graves y que han dado lugar a que se busque perpetuamente un remedio a este mal. Dos han sido los sistemas o proyectos que han venido discutiéndose desde hace mucho tiempo: el del aumento de miembros de la Suprema Corte [...] El otro es el de los tribunales intermedios o cámaras federales de apelación, que es lo que ha prevalecido siempre y lo que encarna también toda nuestra tradición constitucional y legislativa. Para no abundar en citas y detalles, diré solamente que este sistema, con pequeñísima diferencia con el propuesto por la Comisión, ha sido alguna vez ley de la Nación, en el Congreso de 1858. Posteriormente, en 1863, la Comisión de Legislación del Senado, compuesta por hombres eminentes, lo aconsejó, asimismo, resolviendo su aplazamiento por circunstancias especiales de aquella época; y últimamente, en 1896, en esta misma Cámara de Senadores fue sancionado un proyecto semejante al que está en discusión” (*Diario de sesiones de la Cámara de Senadores*, 1901, p. 580).

30 El art. 7 de la Ley 27 establecía: “La Corte Suprema conoce: [...] en el grado de apelación o nulidad, de las causas que, con arreglo al art. 22, corresponden a los Juzgados de Sección”. Por su parte, el art. 4 de la Ley 48: “La Corte Suprema conocerá por apelación de las sentencias definitivas y de todo auto que tenga fuerza de definitivo en todas las causas criminales iniciadas ante los Jueces de Sección”.

eran precisamente las cámaras federales de apelaciones, creándose cuatro de ellas a partir de la mencionada Ley 4055 de 1902.³¹

Entonces, ¿resulta comparable la preocupación del senador Palacio en 1901 con la expresada por la Corte en *Chacón* en 2024? Técnicamente no. El marco normativo que rige el caso *Chacón* dista de posicionar a la Corte Suprema como alzada ordinaria de los jueces federales o de las cámaras de apelaciones. Su intervención en el nuevo sistema –tal como lo previó el tercer párrafo del art. 350 del CPPF– se encuentra limitada y circunscripta a aquellos supuestos donde se controvieran directamente cuestiones federales y se trate de sentencias definitivas o equiparables a ellas, dictadas durante la investigación penal preparatoria.

Este último dato no es menor, pues no son demasiados los asuntos que en el marco de esa etapa pueden configurar un gravamen irreparable de naturaleza federal, en la medida en que la mayoría de las discusiones son reeditables en fases posteriores.

Lorenzo (2024) advierte que

[e]n términos prácticos, mantener el art. 350 tal como se encuentra redactado no habría implicado mayores complejidades. La posición mayoritaria utiliza como uno de sus argumentos la importancia de evitar una potencial sobrecarga de trabajo en la Corte. Sin embargo, la experiencia en los procesos de implementación indica que la revisión extraordinaria de las situaciones reguladas por el art. 53 puede tener alguna incidencia inicial, pero luego va disminuyendo hasta convertirse en casi imperceptible en la medida en que se desarrolla la jurisprudencia del sistema. (p. 343)

En igual sentido, la jueza Ledesma, en el citado plenario *Ruiz*, refirió que

[c]on relación específica a los casos del nuevo modelo, sólo se encuentran a conocimiento de la Corte Suprema siete recursos desde la implementación del CPPF desde el año 2019 hasta la actualidad (donde cinco de ellos fueron concedidos), lo cual relativiza el impacto real de la supuesta sobrecarga.³²

Aunque sin ánimos de reducir el conflicto planteado por la Corte a una mera estadística susceptible de variación con el desarrollo progresivo del sistema

31 Cámara Federal de la Capital de la República, Cámara Federal de La Plata, Cámara Federal de Paraná y Cámara Federal de Córdoba.

32 Cámara Federal de Casación Penal, Plenario nro. 15, *Ruiz, Roque y otro*, 28/05/2024 [6631/2023/8].

en todo el país, puede notarse que, al menos en la jurisdicción de la Cámara Federal de Salta (pionera en este nuevo régimen procesal), es probable que desde Chacón hasta la actualidad —con la habilitación de la instancia— se hayan presentado más recursos de casación que extraordinarios en los últimos seis años.

Pues no debe soslayarse que la carga de fundamentación y los requisitos exigidos para la interposición de un recurso extraordinario federal resultan considerablemente más estrictos y exigentes que aquellos que —de ordinario— se demandan para los recursos de casación, más aún cuando estos últimos se regirían, en principio, por las reglas del art. 360 del CPPF que flexibiliza notoriamente los modos de impugnación, como luego se analizará.

Entonces, quedará como interrogante prospectivo si la apertura de esta vía —por su accesibilidad ymediatez— no propiciará un incremento de la actividad impugnativa de las partes, incluso excediendo los estrictos límites que corresponden a esta suerte de segunda revisión, desbordando el sistema con apelaciones forzadas y dilatorias en la primera etapa del proceso, esquema contrario al espíritu de la reforma acusatoria.

3.3 La infundada decisión del legislador de excluir una “instancia útil”

Otro de los argumentos centrales de la Corte es la falta de una explicación razonable en los antecedentes legislativos para excluir la intervención de la Cámara Federal de Casación Penal como “instancia útil [...] en un régimen legal que mantiene su existencia”.³³ El alto tribunal resulta particularmente muy enfático al subrayar en tres oportunidades la ausencia de este debate.³⁴

La observación de la Corte es acertada en cuanto que no hubo una evaluación explícita del tema, pues, tal como ocurre con otros institutos de compleja intelección insertados y regulados por el CPPF, con sus contradicciones y ambigüedades, el debate parlamentario no arroja mayor claridad sobre su interpretación.³⁵ No obstante, la aplicación hermenéutica del binomio “espíritu de la ley” y “voluntad del legislador”, como pauta interpretativa, puede resultar útil para desentrañar la teleología que inspiró la nueva configuración procesal, más allá

33 Considerando 13.

34 La crítica al legislador se acentúa en el considerando 14, donde en solo dos párrafos menciona tres veces esta cuestión.

35 Un caso interesante lo constituye el art. 24 del CPPF, norma de confusa redacción y, en principio, de naturaleza sustantiva, ajena al ámbito procesal, cuyo debate parlamentario resultó escueto y poco esclarecedor (Ulivarri Rodi, 2023).

de que en el caso puntual del art. 350 del CPPF no se adviertan dificultades de redacción que oscurezcan su significado.

En este orden, en primer lugar, no debe dejar de mencionarse que, durante el trámite del proyecto original del CPPF, se presentaron dictámenes de minoría que contemplaban expresamente el recurso de casación contra las decisiones de las cámaras de apelaciones, los que fueron vencidos por el proyecto mayoritario que excluyó esta vía impugnativa.³⁶

Este dato es importante, en tanto, como sostiene Rabbi-Baldi Cabanillas (2020), aun cuando la interpretación de la voluntad del legislador suele dejar al descubierto sus imprecisiones, olvidos o inconsistencias,

[...] con todo, nos parece que en este caso cabe hacer, como suele decirse, “del defecto, una virtud” pues estas dificultades ayudan a desentrañar, cuanto menos aquello que el legislador “no quiso decir” o aquello que, en última instancia, refleja no una, sino varias voluntades que carecieron del margen necesario para imponer una mayoría. (p. 51)

Aún más, la decisión legislativa de excluir la vía fue observada en el debate por la diputada Graciela Camaño, quien sostuvo que “la ausencia de un tribunal de casación nos acercaría a una justicia de orden transversal, donde desaparece la estandarización de la jurisprudencia por los órganos superiores que marcaba el camino de las decisiones de los órganos inferiores” (Honorable Cámara de Diputados de la Nación, 2014b), evidenciando su inquietud por la función nomofiláctica que tiene asignada la casación federal y los efectos que podría acarrear su desaparición como alzada de las cámaras de apelaciones. No obstante, el proyecto fue aprobado excluyendo el recurso de casación en la etapa preparatoria.

Al texto original de la Ley 27063 le siguió la sanción de la Ley 27146 que –paradójicamente– le atribuyó a la Cámara Federal de Casación Penal competencia para “revisar las decisiones de las cámaras de apelaciones únicamente en aquellos casos en los que exista una relación directa e inmediata con una cues-

36 Por ejemplo, el proyecto propuesto mediante dictamen de minoría firmado por Felipe Solá, Gilberto O. Alegre, Marcelo S. D'Alessandro, Eduardo A. Fabiani y Oscar Ariel Martínez preveía un art. 351 con la siguiente redacción: “Además de los casos especialmente previstos, podrá deducirse el recurso de casación contra las sentencias dictadas por la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal, revocatorios de los de primera instancia, siempre que pongan fin a la acción, a la pena o a una medida de seguridad o corrección o imposibiliten que continúen o denieguen la extinción o suspensión de la pena o el pedido de sobreseimiento en el caso de que se haya sostenido la extinción de la acción penal” (Honorable Cámara de Diputados de la Nación, 2014a).

tión federal suficiente y su intervención fuera necesaria como tribunal superior de la causa” (art. 18). Esta disposición coincide, en esencia, con el criterio adoptado posteriormente por la Corte en el fallo Chacón que nos ocupa.

Sin embargo, luego devino la Ley 27482, cuyo art. 60 sustituyó la referida redacción por la siguiente:

La Cámara Federal de Casación Penal tendrá competencia en todo el país. Será competente para conocer y decidir la revisión de las decisiones judiciales adoptadas por los Tribunales Federales de Juicio de cada distrito y los Tribunales Federales de Juicio en lo Penal Económico, de acuerdo con las funciones previstas en el artículo 53 bis del Código Procesal Penal Federal y en las modalidades de integración allí dispuestas.

En el marco de esa reforma, se incluyó el cuestionado tercer párrafo del art. 350 del CPPF con su redacción actual, que dispone que las cámaras de apelaciones, en cuanto sus decisiones involucren cuestiones federales, serán consideradas como el tribunal superior de la causa a los fines del recurso extraordinario ante la Corte Suprema, todo lo cual resulta coincidente con la distribución de competencias reguladas en los arts. 53 y 54 del CPPF.

Este derrotero –aun con el escaso debate parlamentario que le sirvió de antecedente– permite concluir que la intención del legislador fue la de diseñar un modelo impugnativo que excluya la casación como una vía recursiva posible durante la etapa preparatoria en el nuevo sistema acusatorio adversarial.

Esta decisión legislativa resulta compatible con la subsistencia de la Casación Federal como órgano revisor de las decisiones emanadas de los jueces de juicio y respecto de las causas aún regidas por el CPPN, pues constituye, en definitiva, una manifestación de la facultad constitucional del Congreso de la Nación para asignar y distribuir competencias jurisdiccionales.

Respecto a esto último, la Corte Suprema adoptó una postura categórica en el fallo *DECSA SRL*,³⁷ donde –paradójicamente, en una línea argumentativa diametralmente opuesta a la sostenida en *Di Nunzio y Chacón*– anuló un pronunciamiento de la Cámara Federal de Córdoba por haber asumido indebidamente jurisdicción al revisar una sentencia dictada en el marco de la Ley 18695, normativa que prevé al juez federal de primera instancia como tribunal superior de la causa a los efectos del recurso extraordinario. En dicha oportunidad, el máximo tribunal sostuvo:

37 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *DECSA SRL*, 31/08/2010, Fallos: 333:1643.

[...] el tribunal de alzada entendió en un recurso de apelación no regulado en las normas procesales vigentes y creó, a favor del recurrente, un derecho a la revisión del pronunciamiento del juez de primera instancia, que aquél no tenía [...] Al habilitar su jurisdicción para revisar un pronunciamiento dictado por el superior tribunal de la causa a los fines del recurso extraordinario, desconoció la regla según la cual la atribución de competencia a los tribunales inferiores de la Nación no es tarea de los jueces, sino que concierne en forma exclusiva y excluyente al Congreso de la Nación (art. 108 de la Constitución Nacional) con el objeto de asegurar la garantía del juez natural.

Todo este análisis debe ser complementado con el espíritu y finalidad que informa el precepto en cuestión. La Corte ha dicho que, al momento de interpretar una norma, cualquiera sea su índole, debe tenerse primordialmente en cuenta su finalidad.³⁸

Así, en el mensaje del Poder Ejecutivo se enfatizó en la incorporación al ordenamiento procesal de los “principios de celeridad, oralidad, publicidad y desformalización de las actuaciones” y la “[regulación] de mecanismos más ágiles para la revisión de las decisiones judiciales”.³⁹

Luego, de la propia norma surgen evidencias del claro propósito del legislador de simplificar y agilizar el nuevo proceso penal. Esto se manifiesta en diversas reformas sustanciales respecto del sistema anterior: la exclusión del debate sobre cuestiones de mérito durante la etapa preparatoria (eliminando, por ejemplo, el auto de procesamiento); el establecimiento de plazos perentorios para la investigación preliminar, la penal preparatoria, el control de acusación y las medidas de coerción y sus revisiones; la restricción objetiva de las decisiones impugnables mediante un catálogo taxativo; la eliminación de la fórmula de “gravamen irreparable” que acogía el CPPN; y la implementación de un modelo asimétrico que limita la capacidad recursiva de fiscales y querellantes, evitando así la multiplicación indefinida de impugnaciones.

En este sentido, la reforma acotó significativamente la posibilidad de control de las decisiones en la etapa preparatoria, circunscribiéndola a las resoluciones más importantes que puedan tener directa incidencia en el impulso o continuidad de la acción penal y en la restricción de la libertad del imputado, como la competencia, las excepciones, la participación de la víctima, la aplicación

38 Corte Suprema de Justicia de la Nación, INC SA (TF 24746-I) c/ DGI, 15/07/2021, Fallos 344:1810, entre otros.

39 Mensaje del Poder Ejecutivo de la Nación del 21/10/2014 con relación al proyecto del nuevo Código Procesal Penal de la Nación (actual CPPF).

de soluciones alternativas al juicio y la imposición de medidas cautelares. De modo que este esquema reserva toda otra controversia sobre hechos y pruebas para la etapa de juicio y, posteriormente, para la instancia impugnativa ante la Cámara Federal de Casación Penal. Por ello, para Donna y Días (2021) “salta a la vista la vocación del legislador de dar vida a un esquema de impugnaciones sencillo” (p. 430).

Es en este contexto donde se inserta la cuestionada norma del tercer párrafo del art. 350 del CPPF, que opera como un límite adicional a la proliferación recursiva que el legislador procuró contener mediante el nuevo diseño procesal. Así, dentro del acotado margen recursivo de la investigación penal preparatoria, sólo las decisiones de carácter definitivo o equiparables, en cuanto involucren el debate de una cuestión federal, habilitan la vía impugnativa excepcional del recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema.

Es así que Urtubey (2024) —quien participó activamente en el proceso de reforma procesal y en la comisión bicameral de implementación— sostiene, al analizar el fallo *Chacón*, que

[u]n escenario de “triple conforme judicial” en el que las decisiones que adopten los jueces con funciones de garantías sean revisadas en primer lugar por parte de los jueces con funciones de revisión (o jueces de cámara de apelaciones) y, en caso de tratarse de una sentencia definitiva o a ella equiparable e involucrar una cuestión federal, sean luego examinadas por los jueces de revisión con funciones de casación —como tribunal intermedio en los términos del fallo “Di Nunzio”, previo a que se habilite la instancia extraordinaria mediante la interposición de un recurso extraordinario—, podría repercutir, por el tiempo que lógicamente demanda cada etapa recursiva ordinaria, en una mayor duración del proceso penal de la originalmente proyectada por el legislador.

Por lo demás, teniendo en cuenta el devenir legislativo que sirvió de antecedente al art. 350 del CPPF y el espíritu de la reforma en el que se inscribe dicho precepto, tampoco podría conjeturarse que el legislador desconoció la línea doctrinal y jurisprudencial consolidada a partir de *Di Nunzio* y sus antecesores. Por el contrario, la norma parece responder a una decisión deliberada que es coherente con los principios rectores del sistema acusatorio adversarial y con las disposiciones sobre distribución de competencias jurisdiccionales, sin que se adviertan olvidos, ambigüedades o lagunas en este aspecto.

3.4 De la reparación del perjuicio al “producto más elaborado” y el carácter “supremo” de la Corte

Estos argumentos presentan una conexión conceptual intrínseca, aunque resultan diferenciables. Su primera formulación sistemática aparece en el precedente *Strada* y luego en *Giroldi*.⁴⁰ Así concebidos, han dotado de un sentido más virtuoso y eminente a los tribunales intermedios, trascendiendo las consideraciones meramente prácticas —como la necesidad de gestionar el volumen de casos— o incluso aquellas vinculadas a la estructura jerárquica judicial que, entre otras, orbitan la discusión de la “instancia útil”.

La premisa reside en lograr —mediante la superación de instancias intermedias de revisión— un debate jurídico más extendido sobre la controversia que el caso plantea. Esto persigue un doble propósito: por un lado, garantizar una protección más eficaz de los intereses y derechos de los justiciables, quienes pueden encontrar satisfacción a sus pretensiones en instancias anteriores y más accesibles; por otro, asegurar que cuando corresponda la intervención de la Corte, la cuestión haya transitado por una discusión más profunda, llegando como un “producto más elaborado” en términos argumentativos y decisarios.

Este último argumento —al que la Corte alude seis veces en el fallo *Chacón*— se vincula estrechamente con el carácter supremo del alto tribunal y el imperativo constitucional de preservar dicho rol, evitando la “ordinarización” de esa instancia. Es precisamente en este fundamento donde la Corte identifica la lesión que justifica, a su criterio, la invalidación del tercer párrafo del art. 350 del CPPF, al considerar que dicha regla “no resguarda adecuadamente su función como último intérprete constitucional”, lo que emana del art. 108 de la carta magna.

Sin embargo, el argumento del “producto más elaborado” (o del resguardo del carácter supremo de la Corte que sólo debe intervenir cuando la “cuestión se haya visto precedida por una discusión más profunda”⁴¹) podría resultar insuficiente para invalidar de oficio un aspecto sustancial de la reforma procesal con las características previamente descriptas, máxime cuando el criterio histórico del alto tribunal ha sido que la

declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia,

40 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Giroldi, Horacio David*, 07/04/1995, Fallos: 318:514.

41 Considerando 16.

por configurar un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como última *ratio* del orden jurídico.⁴²

Recientemente, la Corte reafirmó esta postura en el precedente *Loyola*,⁴³ donde invalidó la decisión del Tribunal Superior de la provincia de Córdoba que había declarado inconstitucional la escala penal prevista en el artículo 5º, inciso “c” de la Ley 23737. Allí, el alto tribunal desarrolló argumentos contundentes vinculados al protagonismo del legislador en materia de política criminal, reiterando que “el mérito, conveniencia o acierto de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que al Poder Judicial quepa pronunciarse” y que el resguardo del “principio constitucional de separación de poderes no consiente a los jueces el poder de prescindir de lo dispuesto por la ley respecto al caso, so color de su posible injusticia o desacuerdo”.

Aún más, en el voto concurrente se endureció esta posición mediante una cita de James Wilson, miembro de la Convención de Filadelfia de 1787, quien advertía que “las leyes pueden ser injustas, pueden ser imprudentes, pueden ser peligrosas, pueden ser destructivas; y, sin embargo, pueden no ser tan inconstitucionales como para justificar que los jueces se nieguen a aplicarlas”.⁴⁴

Sin embargo, el riguroso estándar aplicado al análisis de la constitucionalidad de una escala penal que resulta determinante para la sanción privativa de la libertad de una persona no parece haber sido el mismo en *Chacón*, donde incluso se procedió de oficio a declarar la invalidez de la norma.

En este último, no solo estaba en juego una herramienta específica de política criminal –como lo es el modo en que se llevará adelante la persecución penal de los delitos–, sino que la lesión constitucional aparece con un carácter más difuso y despersonalizado, concerniente principalmente al funcionamiento institucional de la Corte y a la estructura del proceso penal, y sólo mediataamente relacionada con un derecho concreto del justiciable.

En este sentido, en un fallo reciente de la Cámara Federal de Salta (jurisdicción originaria del caso *Chacón*) se dijo al respecto que

[n]o se observa –ni fue invocado por el Máximo Tribunal– una lesión a una garantía que justifique la tacha de inconstitucionalidad de una proposición ela-

42 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Philco Argentina S.A.*, 30/10/1984, Fallos: 306:1597, entre muchos otros.

43 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Loyola, Sergio Alejandro*, 19/03/25, Fallos: 348:113.

44 El voto corresponde al juez García-Mansilla –quien no integró el tribunal que dictó el fallo *Chacón*– y cuya cita proviene de Farrand (1937, p. 21).

borada y aprobada no solo por las autoridades a las que el ordenamiento jurídico empoderó como las únicas facultadas para legislar y promulgar las normas que deben regir el sistema, sino con competencia exclusiva para diseñar cuál es la mejor forma de llevar a cabo el enjuiciamiento penal sobre la base de criterios de oportunidad, mérito o conveniencia legislativa que, por definición y, en principio, no son susceptibles de revisión judicial.⁴⁵

Es que, visto desde ese prisma, la reiterada alusión al rol eminente de la Corte y a la necesidad de contar con “un producto más elaborado” para su intervención –en el contexto específico de una reforma procesal cuyo espíritu y sentido ya han sido ampliamente abordados en el presente trabajo– corre el riesgo de malinterpretarse como una preocupación de carácter corporativo, destinada a resguardar la jerarquía y competencia de los tribunales que integran el Poder Judicial, en tensión con las determinaciones adoptadas por el Poder Legislativo en “el amplio margen que la política criminal le ofrece”⁴⁶ y de acuerdo con las facultades constitucionales que le confieren los arts. 75, inc. 20 y 108 de la Constitución Nacional.

De ahí que el alto tribunal matice este argumento mediante la consideración de que una discusión más amplia y exhaustiva, previa a su intervención, les permitirá a los justiciables obtener remedio a sus agravios en etapas anteriores a la instancia extraordinaria. En efecto, recurre en cinco oportunidades a esta premisa, procurando con ello dotar a la lesión constitucional de un carácter más personal y orientado al resguardo de los derechos del peticionante, más allá de que el análisis permanece circunscripto al plano de los principios generales, sin descender al examen de la situación particular de Luis Gustavo Chacón.

En la hipótesis del fallo, Chacón podría haber obtenido una definición más expedita de su reclamo si hubiera existido una instancia intermedia que lo resolviera en una segunda revisión (la primera fue la de la cámara de apelaciones en 2020).

Sin embargo, esta premisa es relativa, pues lo determinante no es la cantidad de instancias superiores disponibles (que el legislador tiene competencia para delimitar), sino la calidad y amplitud de la única revisión constitucional y convencionalmente garantizada (arts. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional; 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos; y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Ésta quedó aquí satisfecha con la

⁴⁵ Cámara Federal de Salta, Sala I, *Mur, Ricardo Manuel y otro s/ audiencia de sustanciación de impugnación*, 22/11/24 [5079/2024/2].

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Loyola, Sergio Alejandro*, 19/03/25, Fallos: 348:113, considerando 5º.

intervención que en ese marco tuvo la jueza de la Cámara Federal de Salta que entendió en el caso, más allá del acierto o desacierto de su decisión, que —en último término— podía ser corregida por la Corte por vía del recurso extraordinario si se lograba demostrar el agravio de naturaleza federal.

Incluso la “triple instancia” o “doble de revisión” que generó la apertura de la nueva vía, en los hechos tampoco modificó la situación de Chacón, pues, luego del pronunciamiento del alto tribunal, la Cámara Federal de Casación Penal desestimó su planteo mediante unas escuetas consideraciones el 5/12/24 que lejos estuvieron de representar la discusión más amplia y exhaustiva perseguida por la Corte.⁴⁷

Ahora bien, más allá de las particularidades de este caso, vinculado a la homologación parcial de un acuerdo pleno (juicio abreviado) en donde se estableció una pena de prisión efectiva (lo que demuestra la peculiaridad de la elección del alto tribunal para sentar su precedente y construir su fundamentación), el argumento sobre la necesidad de reparación previa de los perjuicios del justiciable mediante instancias adicionales de revisión que permitan arribar a un “producto más elaborado” se neutraliza en el diseño adoptado por el legislador para la etapa preparatoria.

Ello, porque, además de la garantía del doble conforme —que ya asegura la revisión constitucional por un tribunal superior (cámara de apelaciones) de las decisiones impugnables—, prácticamente todas las cuestiones debatidas durante esta etapa pueden ser reeditadas en el control de acusación, durante el juicio o en la subsiguiente instancia impugnativa ante la casación federal, brindando diversas oportunidades para que el imputado formule sus planteos y sean resueltos por un tribunal.

En particular, como se dijo, la regla del doble conforme (art. 364 del CPPF) garantiza que —incluso mediante un control horizontal— sea el recurso del imputado el último en resolverse y, consecuentemente, el que defina su situación procesal, lo que configura un sistema impugnativo eficaz (Ledesma, 2021), donde pueden intervenir varios jueces con funciones de revisión de manera simultánea y sucesiva en el control de las decisiones jurisdiccionales, sin que entonces parezca razonable adicionar nuevas instancias recursivas en orden a alcanzar un producto más elaborado u otra posibilidad para atender el reclamo del justiciable.

Sin embargo, el instrumento de control más importante —y aplicable a todas las decisiones, sean impugnables o no— consiste en que, cada vez que el imputa-

47 Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, juez Diego G. Barroetaveña (unipersonal), *Chacón, Luis Gustavo*, 05/12/24 [3165/2020/6].

do formula un reclamo ante un juez, debe ser atendido obligatoriamente en un ámbito oral, con pleno contradictorio e inmediación (arts. 111 del CPPF). Esta dinámica genera un mayor escrutinio de las partes sobre la resolución judicial, que se pronuncia de inmediato y necesariamente debe considerar lo debatido y acreditado por cada una de ellas. Es que la audiencia, en sí misma, se convierte en un mecanismo republicano de control que, al dotar de transparencia al proceso, reduce significativamente el margen de error al permitir un intercambio dialógico donde el juez puede formular preguntas, mientras que las partes tienen la oportunidad de efectuar aclaraciones, ejercer réplicas o plantear reposiciones.

Así, “la audiencia y la oralidad constituyen instrumentos para mejorar la calidad de la decisión” (Garzón, 2018, p. 74) en tanto con ello se garantiza “una mayor amplitud, eficacia y control en la toma de decisiones” (García Yhoma y Martínez, 2014, p. 115). Por ello, Ahumada (2021) concluye que “es allí donde el sistema tiene la capacidad de renunciar a la revisión a través de recursos en la medida en que se ejerció sobre la decisión otro tipo de control” (p. 195).

En suma, la declaración de inconstitucionalidad del tercer párrafo del art. 350 del CPPF no parece encontrar en estas premisas del fallo un sustento suficiente que justifique la implementación, con efecto *erga omnes*, de un criterio procesal distinto del establecido expresamente por el legislador, pues la ausencia del tribunal casatorio —en el escenario normativo y procesal previamente descripto— en nada impedía un debate suficiente de las cuestiones planteadas y la posibilidad de que los justiciables encuentren remedio a sus agravios antes de arribar a la Corte, cuya jurisdicción siempre fue concebida como excepcional y así se plasmó en la referida norma.

Es en este punto donde se desdibuja el fundamento de una posible inconstitucionalidad. La inclusión o exclusión del recurso de casación durante la etapa preparatoria constituye una cuestión de política legislativa y no un asunto de carácter constitucional o convencional. Ello, en tanto el sistema impugnativo —tal como fue originalmente diseñado—, al contemplar el agotamiento de la garantía del doble conforme en el ámbito de las cámaras de apelaciones (incluso con un control horizontal cuando resulte necesario), ya aseguraba para el imputado un recurso ordinario, accesible y eficaz de las decisiones importantes de la investigación, conforme los estándares internacionales de derechos humanos en la materia, sin que éstos exijan además un mecanismo de “doble revisión” o “triple conformidad judicial”.⁴⁸

48 La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que el recurso debe ser ordinario, accesible y efectivo (caso *Gorigoitia Vs. Argentina*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Cos-

4. El impacto de la nueva vía: ¿subsiste el control horizontal en las cámaras de apelaciones?

Una vez dictado el fallo Chacón, las consecuencias prácticas no tardaron en manifestarse. En el ámbito de la jurisdicción de Salta, se dispuso reconducir las impugnaciones que –de ordinario– debían tramitarse mediante una revisión horizontal, transformándolas en recursos de casación conforme al citado precedente. La Sala II de la Cámara Federal de esa provincia sostuvo que

habiendo la Corte Suprema afirmado la vigencia de su doctrina sobre el tribunal intermedio, sentada en el precedente “Di Nunzio” [...] el escrutinio horizontal implementado por esta Cámara no puede seguir aplicándose, al haber desaparecido la cobertura legal y las razones constitucionales que le daban sustento.⁴⁹

La respuesta de la Cámara Federal de Casación Penal fue la de devolver los expedientes al tribunal de origen a fin de que se agotara el mecanismo de revisión horizontal para garantizar el doble conforme establecido por la norma. Los argumentos utilizados se centraron en la ausencia de controversia de partes para proceder en ese sentido⁵⁰ –por cierto, cuestionable en tanto la competencia jurisdiccional es de orden público e indisponible– y que la intervención sucesiva de los jueces de revisión se encuentra legalmente prevista en el art. 53,

tas, 2/09/2019, Serie C No. 382, párr. 46). En dicho escenario, los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso “siempre que no establezcan restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo” (caso *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2/07/2004, Serie C No. 107, párr. 161). El carácter de recurso ordinario se cumple con un “examen integral de la decisión recurrida” (caso *Mendoza y otros Vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, 14/05/2013, Serie C No. 260, párr. 242; caso *Mohamed Vs. Argentina*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 23/11/2012, Serie C No. 255, párr. 97). Ello requiere que se puedan analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en las que se basa la sentencia impugnada (caso *Zegarra Marín Vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 15/02/2017, Serie C No. 331, párr. 171). Debe ser accesible en tanto las formalidades requeridas para que el recurso sea aceptado deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla su objetivo de examinar y resolver los agravios presentados por el recurrente. Por último, la “eficacia del recurso implica que debe procurar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido” (caso *Mohamed Vs. Argentina*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 23/11/2012, Serie C No. 255, párr. 99; caso *Mendoza y otros Vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, 14/05/2013, Serie C No. 260, párr. 244).

49 Cámara Federal de Salta, Sala II, *Batista*, 18/10/2024, [2925/2024/9] y, en similar sentido, juez Guillermo F. Elías (unipersonal), *Navamuel*, 18/10/2024, [9121/2023/9] y juez Alejandro A. Castellanos (unipersonal), *Fernández*, 17/10/24, [2765/2022/5].

50 Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, *Batista*, 24/10/2024, [2925/2024/10].

inc. “e” del CPPF, al menos respecto de las decisiones adoptadas durante la audiencia de control de acusación.⁵¹

Como ya se explicó, el control horizontal de las decisiones fue implementado en la jurisdicción de la Cámara Federal de Salta desde el inicio del sistema acusatorio en junio de 2019 —con la lógica del precedente *Duarte*⁵² de la Corte Suprema, reiterada en *Sarlenga*⁵³— para asegurar el doble conforme para el imputado (art. 364 del CPPF) y la prohibición de reenvío (art. 365 del CPPF), teniendo en cuenta el límite máximo de impugnaciones habilitadas para los acusadores (arts. 353 y 355 del CPPF) y —por supuesto— la ausencia de un tribunal revisor superior de las sentencias de las cámaras de apelaciones.

Esto implicó que, en algunos casos —ante resoluciones contrarias en el marco de revisiones horizontales—, se susciten numerosas instancias impugnativas ante los jueces de la misma cámara de apelaciones, revisándose sucesivamente hasta completar las hipótesis habilitantes de los arts. 353, 355 y 364 del CPPF.⁵⁴

Este procedimiento supuso un considerable esfuerzo funcional con el riesgo de agotar los magistrados disponibles en una jurisdicción para resolver cuestiones propias de la investigación penal preparatoria. La preocupación por el impacto práctico de este mecanismo de revisión horizontal fue manifestada en un fallo de 2019 de la Sala I de la Cámara Federal de Salta, donde uno de sus jueces sostuvo:

No pasa por alto que habilitar las sucesivas revisiones de este tipo de decisarios dentro de la etapa de la investigación penal preparatoria, conlleva la necesidad

51 Cámara Federal de Casación Penal, Sala III, juez Carlos A. Mahiques (unipersonal), *Navamuel*, 14/11/24, [9121/2023/12] y Sala II, juez Guillermo J. Yacobucci (unipersonal), *Fernández*, 28/10/24, [2765/2022/6].

52 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Duarte, Felicia*, 05/08/2014, Fallos: 337:901.

53 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Sarlenga, Luis Eustaquio Agustín*, 22/08/2017, Fallos: 340:1094.

54 Esto puede observarse en el caso *Lozano* [102/2020] tramitado ante la Cámara Federal de Salta, donde un juez de control de acusación denegó la suspensión del proceso a prueba solicitada por la defensa, quien impugnó conforme al art. 356 del CPPF. En la audiencia de revisión, mediante control horizontal, un segundo juez de cámara concedió la *probation*. Ante esta resolución, el fiscal impugnó en virtud del art. 355 inc., “a” del CPPF al no existir aún “dos pronunciamientos en el mismo sentido”. Un tercer juez de cámara, mediante control horizontal, revocó el beneficio previamente concedido. Finalmente, el imputado, amparándose en el art. 364 del CPPF —que consagra el derecho al doble conforme—, recurrió ante un cuarto juez de revisión, quien nuevamente otorgó el beneficio. Al haberse configurado “dos pronunciamientos en el mismo sentido”, el fiscal quedó impedido de continuar impugnando, mientras que el imputado logró ejercer el último recurso. Este caso ilustra cómo, en apenas dos semanas, una única cuestión procesal fue revisada por cuatro jueces de cámara distintos a través del mecanismo de control horizontal.

de integrar nuevos tribunales colegiados para resolver las respectivas impugnaciones, lo que —ante la carencia de suficientes jueces con funciones de revisión— implicaría que intervengan los magistrados de juicio, vedándoles su posterior actuación al momento del debate oral; todo lo cual va en desmedro de una correcta implementación del nuevo Código Procesal Penal Federal y de los principios fundamentales que lo rigen, cuya operatividad el sistema acusatorio ha venido a asegurar [...] Así, debemos preguntarnos cómo sería posible su implementación en aquellas jurisdicciones en las que sólo se cuenta con tres jueces de revisión (Cámara de sala única) y tres magistrados con funciones de juicio (Tribunal Oral único).⁵⁵

Sin embargo, más allá de las dificultades organizacionales y de gestión judicial, la revisión horizontal resultó ser el mecanismo más adecuado para asegurar el doble conforme del imputado durante la etapa preparatoria, evitando que éste debiera acudir directamente a la Corte Suprema en un contexto en donde no existía la instancia intermedia de la casación federal.

Esta cuestión fundamental para el funcionamiento del sistema fue omitida en las consideraciones del fallo *Chacón*, no así en la disidencia de la jueza Ledesma en el plenario *Ruiz*, quien, para rechazar la intervención de la Cámara Federal de Casación Penal como tribunal intermedio, también consideró que

[e]n este nuevo modelo, el derecho al recurso se debe garantizar a través de la impugnación horizontal ante los jueces con funciones de revisión. Este es, a mi entender, el criterio interpretativo que mejor armoniza las normas vigentes y los principios que inspiran la reforma de la justicia federal. Y es, además, la modalidad adoptada por la jurisdicción de Salta y Jujuy y los demás distritos en los que rige (Rosario) y en los que está prevista la próxima implementación.

Cabe destacar que en el sistema procesal anterior, a partir del fallo *Diez*⁵⁶ de la Corte Suprema, el doble conforme respecto de los autos procesales importantes (como el procesamiento) emitidos por una cámara de apelaciones en segunda instancia y sin reenvío encontraba su salvaguarda en la Cámara Federal de Casación Penal.⁵⁷ Sin embargo, en el nuevo sistema —caracterizado

55 Voto del juez Ernesto Solá en Cámara Federal de Salta, Sala I, *Ademar Ramírez*, 14/11/2024, [16628/2019].

56 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Diez, Horacio Pedro*, 28/12/2021, Fallos: 344:3782.

57 No obstante, en el fuero nacional, la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional dictó el plenario nro. 12/2024, *Sivilo* del 12/11/24, mediante el cual resolvió —en virtud del precedente *Diez*— que la revisión de los autos de procesamiento dictados por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal debe garantizarse a través del

por la ausencia de dicho tribunal casatorio en esta etapa del proceso— el aseguramiento de esta garantía para las decisiones impugnables hallaba solución en el control horizontal, siguiendo la lógica establecida en *Duarte*.

Ahora bien, en el nuevo escenario planteado por el fallo *Chacón*, ¿correspondía mantener el *status quo* —como lo decidió Casación al devolver las causas enviadas— preservando el sistema de revisión horizontal? ¿O acaso la incorporación de la instancia intermedia casatoria debió considerarse suficiente para satisfacer la garantía del art. 364 del CPPF?

Una respuesta posible fue la esbozada por la Sala II de la Cámara Federal de Salta al señalar que habían desaparecido las razones que justificaban la continuidad de este tipo de control, con lo cual debía retornarse al antiguo modelo jerárquico “juez-cámara de apelaciones-casación” para asegurar ese derecho.

Otra interpretación —contraria— podría ser que, dado el carácter no ordinario del recurso de casación en esta etapa procesal, su existencia no obsta para que previamente se agoten todas las vías ordinarias disponibles en el ámbito de las cámaras de apelaciones, garantizando así el efectivo cumplimiento del doble conforme con un recurso amplio. Sin embargo, esta última interpretación, aunque técnicamente parece ser la más correcta (en tanto pone de relieve la diferente naturaleza que tienen las impugnaciones ordinarias frente a los recursos de casación), podría resultar la más contraproducente para el sistema inaugurado con el nuevo código procesal.

Ello, pues la coexistencia de la revisión horizontal (con la cantidad de instancias y esfuerzos organizacionales que insume) junto al tribunal intermedio casatorio podría derivar en una multiplicación de las etapas recursivas que reproduce los vicios del sistema anterior, donde la proliferación de apelaciones y la disponibilidad de recursos sucesivos retrasaban la instrucción y el avance hacia el juicio, contraviniendo los objetivos de celeridad y progresividad de la investigación.

Estas han sido las llamadas “apelaciones instructorias” (Binder, 2002, p. 288), “que tan poco han contribuido a garantizar el derecho al recurso y que tanto favorecen las demoras y dilaciones innecesarias en la etapa preparatoria” (Ahumada, 2021, p. 195), donde la posibilidad de provocar, casi automáticamente y en cualquier momento, el control de decisiones o incidentes surgidos durante la instrucción ha generado, en la práctica de los sistemas procesales, significativos retrasos y complicaciones en desmedro de la celeridad del proceso

recurso de apelación del art. 311 del CPPN, cuyo conocimiento corresponde a esa misma Cámara de Apelaciones, pero con una integración diferente (control horizontal).

y la progresividad de la investigación (Binder, 2002).

Este abuso recursivo es lo que el legislador ha intentado remediar con un sistema de control acotado de plazos breves, decisiones impugnables taxativamente determinadas y límites impuestos a los acusadores que impide que las impugnaciones se deduzcan hacia el infinito. Todo ello, sin dejar de garantizar el acceso al recurso respecto de autos procesales importantes y el derecho a un doble conforme para el imputado, aun en la etapa preparatoria.

Es que, como sostienen Donna y Días (2021),

[el] diseño de un sistema de recursos en materia penal requiere de mucho equilibrio, pues tanto genera problemas el pecar por exceso como por defecto. Es decir, un sistema con escasas vías de impugnación posibilita un proceso veloz, pero se expone a injusticias. Y opuestamente un sistema donde todo es revisado constantemente reduce el margen de yerros al costo de ralentizar el proceso de un modo insoportable. (p. 430)

El estado actual de las cosas a partir del fallo Chacón de la Corte Suprema y los precedentes de la Cámara Federal de Casación Penal —en cuanto han dispuesto la devolución de las carpetas judiciales donde se reconvertían los recursos horizontales— evidencia un notable desequilibrio. Ahora, el mecanismo de revisión horizontal, originalmente diseñado para funcionar en ausencia de la instancia casatoria, debe coexistir forzosamente con un sistema vertical que incorpora a la Casación como tribunal intermedio.

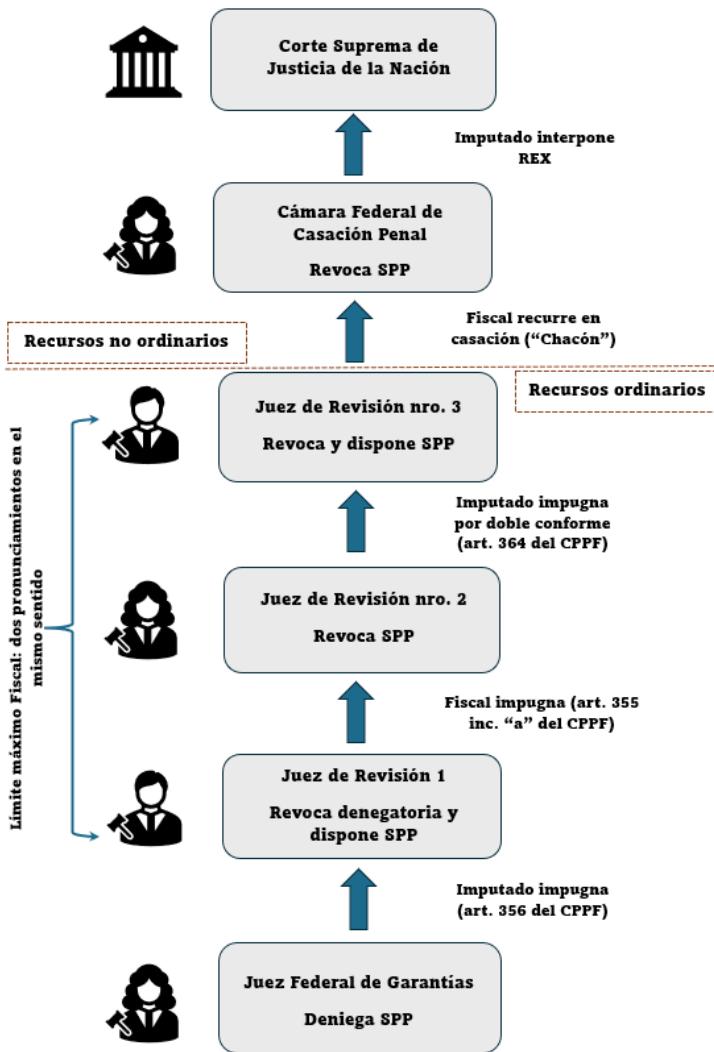


Figura 1. Hipótesis de máxima en revisión de suspensión de proceso a prueba con control horizontal de jueces de revisión, recurso de casación y recurso extraordinario federal.

Fuente: basado en el caso *Lozano* [102/2020] de la Cámara Federal de Salta.⁵⁸

58 Ver nota 54.

Como se visualiza en la Figura 1, la incorporación del recurso de casación implica que, durante la etapa preparatoria, cada cuestión impugnable pueda transitar potencialmente por entre tres y seis instancias revisoras sucesivas, según la naturaleza del asunto y el sentido de las decisiones adoptadas en cada nivel. Este esquema recursivo excede en extensión y complejidad al régimen procesal anterior, contradiciendo los principios de celeridad y desburocratización que inspiraron la reforma acusatoria.

En efecto, el nuevo diseño propuesto por la Corte —junto con la revisión horizontal— genera que la investigación penal preparatoria cuente, paradójicamente, con más instancias recursivas que la propia etapa de juicio (que mantiene el modelo jerárquico dual “juez de juicio-juez de casación”), cuando es precisamente ante la sentencia de condena donde la jurisprudencia en la materia ha reconocido el mayor grado de operatividad del derecho al recurso y la garantía del doble conforme, tal como fue interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir de la letra de los arts. 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁵⁹

Esta cuestión es también advertida por Lorenzo (2024), quien sostiene que

[mientras] que en el caso de las decisiones previas al juicio, cuando exista un planteo de esa índole [que involucre una cuestión federal] habrá una doble revisión previo a intentar un recurso ante la Corte Suprema; en cambio, cuando el planteo se origine en alguna circunstancia vinculada con el juicio y su sentencia, la revisión previa a la Corte, será una sola, ante la Cámara Federal de Casación Penal [...] en estos términos resulta extraño que una decisión previa al juicio tenga más posibilidades de revisión que el juicio mismo. (p. 346)

59 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, Fondo, Reparaciones y Costas, 02/02/2001, Serie C, N° 72; caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 02/07/2004, Serie C, N° 107; caso *Mohamed vs. Argentina*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 23/11/2012, Serie C, N° 255; caso *Mendoza y otros vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, 14/05/2013, Serie C, N° 260, entre otros. El alto tribunal interamericano afirmó que el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que “toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”, es “muy similar al artículo 8.2.h de la Convención Americana” (caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, Fondo, Reparaciones y Costas, 17/11/2009, Serie C, N° 206, párr. 84), enfatizando que “la interpretación de esta Corte [es] de que se trata de un derecho que asiste al condenado” (caso *Mohamed vs. Argentina*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 23/11/2012, Serie C, N° 255, párr. 93).

El interrogante es en qué medida puede sostenerse funcionalmente el sistema de revisión horizontal —con su disponibilidad de instancias sucesivas— junto al modelo que incorpora a la casación federal como tribunal intermedio durante la investigación penal preparatoria y que mantiene la vieja estructura tríadica “juez-cámara de apelaciones-casación”.

Aun cuando persista, cabrá preguntarse a qué costo procesal —con potencial afectación a principios y garantías fundamentales como la celeridad, plazo razonable y tutela judicial efectiva— se reconfigura este nuevo esquema recursivo, distinto al que previó el legislador en su reforma.

Por el momento, al menos hasta que la Corte Suprema se pronuncie concretamente sobre esta situación —omitida en el precedente *Chacón* y cuyo tratamiento futuro se vislumbra improbable—, corresponderá ajustarse al espíritu de su fallo en el sentido de conferir a la función revisora de la Cámara Federal de Casación Penal durante la etapa preparatoria un alcance sumamente restrictivo y excepcional, propio de una “antesala” del alto tribunal, circunscribiendo su intervención a los supuestos de sentencia definitiva o a ella equiparable que versen directamente sobre una cuestión de naturaleza federal, evitando así una indebida ampliación de su competencia durante la fase anterior al juicio.

Este desafío implica que los jueces de revisión (art. 53 del CPPF) y los de casación (art. 54 del CPPF) a quienes corresponda pronunciarse sobre la admisibilidad formal de esta nueva vía establezcan un alto estándar de exigencia en el cumplimiento de estos requisitos, incluyendo reevaluar en cada caso concreto si ciertas cuestiones tradicionalmente consideradas como equiparables a sentencia definitiva ya no revisten tal carácter en atención a la etapa preparatoria que se transita y a las instancias alternativas de tratamiento que propone el nuevo digesto procesal.

5. El problema de las reglas aplicables al nuevo recurso de casación

Hacia el final del fallo *Chacón*, la Corte Suprema ordena remitir las actuaciones al tribunal de origen para que “el recurrente pueda ejercer sus facultades recursivas (Fallos: 328:1108, considerando 16), habilitándose a tal efecto los plazos pertinentes previstos en el artículo 360, primer párrafo, del CPPF” (considerando 18).

Esta remisión normativa puede tener al menos dos interpretaciones posibles, considerando que —como ya se señaló— el régimen del nuevo código no regula nominalmente las distintas clases de recursos, a diferencia de su antecesor, sino

que establece reglas generales aplicables a todas las impugnaciones. Esta falta de tipificación de los mecanismos de revisión responde a la lógica de un sistema destinado a regular exclusivamente los recursos ordinarios, lo que fortalece la hipótesis de que el legislador intencionadamente excluyó del digesto adjetivo otras vías impugnativas no ordinarias (como la casatoria, antes prevista), mencionando solamente al remedio federal ante la Corte Suprema (con regulación autónoma)⁶⁰ en el tercer párrafo del artículo 350 del CPPF, ahora invalidado.

Así, ante la ausencia de disposiciones específicamente aplicables al recurso de casación en el CPPF (y por fuera de éste), surge el interrogante sobre qué régimen debe regir esta nueva vía impugnativa creada mediante el precedente Chacón.

En primer lugar, con un carácter más amplio, puede sostenerse que la remisión normativa de la Corte tiende a que el recurso se guíe por las reglas previstas en los arts. 360 y subsiguientes del CPPF, siguiendo un criterio análogo al implementado con la doctrina *Di Nunzio* respecto de las disposiciones pertinentes del CPPN, aun cuando en el caso se trata de una regulación general aplicable a todas las impugnaciones ordinarias. Esta interpretación comprende no solo los plazos establecidos en el artículo 360 —que durante la investigación penal preparatoria serán, en general, de tres o cinco días según la resolución impugnada—, sino también las normas procedimentales relativas al trámite, la producción probatoria en audiencia y las reglas del doble conforme y prohibición de reenvío.

En cuanto a los plazos, no surgen mayores dificultades interpretativas, puesto que la Corte remitió expresamente al primer párrafo del art. 360 del CPPF. No obstante, persiste una incertidumbre sobre los “casos de revisión inmediata” a los que allí se alude —como el del art. 226 del CPPF— respecto de si esos plazos brevísimos también resultarían aplicables al recurso de casación, solución que parece irrazonable dado el carácter no ordinario que tiene esta nueva vía.⁶¹

Sobre el modo de interposición, debe destacarse que el precepto del art. 360 permite que “la oralidad desplace el requisito de escritura previsto al comienzo del artículo” (Hairabedíán, 2021, p. 760). Consecuentemente, puede inferirse

60 Cfr. arts. 256, 257, 258, 280 y 281 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y Acordada CSJN 4/2007.

61 El primer párrafo del art. 360 del CPPF establece: “La impugnación se interpondrá por escrito, debidamente fundada, ante el juez que dictó la decisión, dentro del plazo de diez (10) días si se tratare de sentencias condenatorias o absolutorias, de tres (3) días para la aplicación de una medida cautelar y de cinco (5) días en los demás casos, salvo que este Código prevea la revisión inmediata”.

que el remedio casatorio podrá ser deducido *in voce* —en la misma audiencia donde se dictó la decisión agravante— o por escrito en el plazo que corresponda. Cuando el recurrente ejerza la facultad de interponerlo oralmente, los magistrados que examinen su admisibilidad deberán asegurar en ese mismo acto la sustanciación del recurso, siendo particularmente rigurosos respecto al cumplimiento de los requisitos para su procedencia: acreditar que se trata de un supuesto de sentencia definitiva o equiparable a ella y que versa sobre una cuestión de naturaleza federal.

Respecto a los efectos del recurso de casación, cabrá asimilarlo al extraordinario federal en el sentido de que “el efecto suspensivo se extiende hasta la resolución de la cámara que concede o deniega. Si se concede, continúa la suspensión y si se lo deniega, cesa tornándose la sentencia ejecutoriada” (Palacio de Caeiro, 2002, pp. 409-410), en consonancia con el principio general que establece que las decisiones no serán ejecutadas durante el plazo para impugnar (art. 347 del CPPF).

Otra cuestión es la facultad del recurrente de producir prueba en la audiencia de revisión contemplada en el art. 362 del CPPF. Esta disposición vedosa, originalmente concebida para la segunda instancia ordinaria (cámara de apelaciones en la etapa preparatoria), ha sido objeto de cuestionamientos incluso desde esa perspectiva, pues permitiría modificar la plataforma fáctica sobre la que debe pronunciarse el tribunal revisor y, consecuentemente,

[...] ampliar la jurisdicción de apelación que siempre se consideró limitada en su materia y extensión por los agravios del impugnante y en el contexto fáctico de lo resuelto en la instancia recurrida (*tantum devolutum quantum appellatum*) [...] lo que lleva a considerar necesario adoptar un criterio restrictivo y excepcional sobre la admisibilidad de esta herramienta inédita. (French, 2021, p. 211)

Si esta prevención resulta aplicable a una apelación común, con mayor fundamento parecería incompatible con un recurso no ordinario la idea de que las partes acudan ante el tribunal de casación a producir elementos probatorios no valorados en etapas precedentes (incluidas las sucesivas revisiones horizontales), en tanto desnaturalizaría la función casatoria, “ordinarizando” y ampliando la vía aún más.

Repárese en que, en materia de recurso extraordinario, resulta en principio inadmisible ofrecer y producir prueba.⁶² Ello es así por la naturaleza intrínseca

62 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Llaver, Santiago Felipe y Teresita Llaver de Berrios*, 01/10/1987,

de dicha instancia (Colombo, 1969). No obstante, Sagüés (2023), en una postura más flexible, explicaba que

si bien las limitaciones probatorias se justifican dado el carácter excepcional del recurso y la temática de derecho (no de hechos) sobre la cual la Corte Suprema suele pronunciarse, la cuestión debería quedar sujeta a la prudente discrecionalidad del Tribunal. (p. 825)

Por otro lado, la aplicación *in totum* del Título IV al recurso de casación insitaurado por Chacón (para la etapa preparatoria) exigiría que el tribunal casatorio asegure el doble conforme del imputado y la prohibición de reenvío, con el consiguiente riesgo de que el esquema de revisión horizontal también se reitere en esa órbita, multiplicando exponencialmente las instancias revisoras de una decisión previa al juicio.

Considérese el ejemplo ilustrado en la Figura 1 sobre suspensión del proceso a prueba: ¿qué ocurriría si, mediando recurso de casación fiscal, el tribunal revoca la *probation* previamente concedida al imputado? Siguiendo la lógica del artículo 364 del CPPF, este último tendría una posibilidad adicional para que la cuestión se debata y dirima en otra sala de esa Cámara. Este escenario podría tornar aún más irrazonable el panorama impugnativo que se ha desencadenado a partir del precedente Chacón para la etapa de la investigación penal preparatoria.

Del mismo modo, la prohibición del art. 365 del CPPF resulta, en principio, ajena al recurso no ordinario casatorio, máxime en los casos donde sea admisible por arbitrariedad. En un fallo reciente, la Cámara Federal de Casación Penal dispuso el reenvío de las actuaciones al tribunal de origen para celebrar una nueva audiencia, contraviniendo expresamente esta regla.⁶³ Esta decisión evidencia un criterio de aplicación selectiva y parcial de las normas del Título IV.

En este contexto, emerge una segunda interpretación posible de la remisión normativa que la Corte realizó en Chacón: sostener —mediante una hermenéutica literal— que solamente habilitó los plazos del artículo 360 a los fines de esta nueva vía impugnativa, sin extender dicha remisión a las demás disposiciones regulatorias del control de las decisiones jurisdiccionales contenidas en el Título IV. Bajo esta interpretación, no resultarían obligatoriamente aplicables las reglas sobre trámite, producción de prueba, doble conforme y prohibición de

Fallos: 310:1995.

63 Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, juez Guillermo Yacobucci (unipersonal), Astorga, 06/03/25, [4287/2020/5].

reenvío allí contenidas. Aunque —en contrapartida— esta interpretación genera un vacío reglamentario que requeriría, necesariamente, una solución.

Esta postura resulta más acorde con la naturaleza no ordinaria (y autónoma) que caracteriza (o debería caracterizar) a este nuevo recurso de casación en la etapa de la investigación penal preparatoria, según los términos del fallo *Chacón*.

Desde esta perspectiva, las formas y modos de interposición podrían asimilarse a los del recurso extraordinario federal —en tanto funciona como su antecesor—, pudiendo establecerse como requisito, por ejemplo, que se deduzca de manera escrita. Tal exigencia no contravendría el precedente (que no contempló expresamente esta situación) ni la norma procesal (que está destinada sólo a regular recursos de naturaleza ordinaria). No obstante, se trata de una facultad reglamentaria cuyo ejercicio corresponde exclusivamente a la Cámara Federal de Casación Penal y no a los jueces de las cámaras de apelaciones, en su carácter de tribunal del recurso y con el objetivo de garantizar la uniformidad de criterio en todo el país.

Finalmente, más allá de las reglas que se consideren aplicables según los términos establecidos en *Chacón* (situación que requerirá en lo inmediato una determinación interpretativa por parte de la magistratura), como se señaló en el acápite anterior, será necesario establecer un estándar riguroso en el juicio de admisibilidad de estos recursos, exigiéndoles a los recurrentes que demuestren el supuesto de sentencia definitiva o equiparable a ella y que versa sobre una cuestión de naturaleza federal.

Esto implica, además, reevaluar en cada caso concreto si determinadas cuestiones tradicionalmente consideradas como equiparables a sentencia definitiva han perdido tal carácter, atendiendo a las particularidades de la etapa preparatoria en curso y a las instancias alternativas de tratamiento que propone el nuevo digesto procesal, todo lo cual se irá definiendo con el devenir jurisprudencial.

Un ejemplo son las medidas privativas de la libertad (incisos “i”, “j” y “k” del art. 210 del CPPF), que probablemente sean las que más recursos de casación susciten de aquí en adelante, bajo la concepción de que las decisiones que restringen la libertad del imputado con anterioridad al fallo final de la causa deben equiparse a sentencia definitiva en los términos del art. 14 de la Ley 48.⁶⁴

Sin embargo, no debe olvidarse que el gravamen es un concepto elástico y su aplicación requiere un análisis contextual en cada caso concreto (Sagüés, 2023).

64 Corte Suprema de Justicia de la Nación, Rodríguez, Juan Manuel, 18/02/2020, Fallos: 343:47.

Así, siguiendo con el ejemplo, en este nuevo sistema procesal no existen las prisiones preventivas indefinidas (que anteriormente tenían como único límite el término relativo de dos años establecido por la Ley 24390), sino que se ha implementado un régimen de medidas de coerción sujetas a plazos perentorios y revisiones periódicas. En este esquema, la discusión sobre la procedencia de estas medidas debe renovarse a cada vencimiento (en audiencias que se realizan en plazos muy breves y con apelaciones rápidas que aseguran el doble conforme), a lo que se añade que los arts. 223 y 226 del CPPF prevén mecanismos de revisión intermedios cuando desaparecen o modifican sustancialmente los motivos que fundaron su imposición. Considerando estos aspectos propios del nuevo código acusatorio adversarial, las decisiones sobre medidas de coerción en la etapa preparatoria podrían, en principio, quedar excluidas del ámbito de los recursos de casación, al no configurar una sentencia equiparable a definitiva a raíz de la ausencia de un gravamen de difícil o imposible reparación ulterior.

Por lo demás, aunque no está directamente vinculado al proceso común del CPPF, corresponde mencionar que el fallo Chacón también genera un impacto en aquellos procedimientos especiales y autónomos que no contemplan el recurso de casación. Tradicionalmente, éste se concedía bajo la interpretación extensiva de las normas del CPPN a partir del precedente *Di Nunzio* de la Corte Suprema. Tal ha sido el caso del Régimen Penal Cambiario (aunque existe un sector de la jurisprudencia que, con fundado criterio, aplica el Código de Procedimiento en Materia Penal)⁶⁵ y de la ley de *habeas corpus* que sólo prevé contra la sentencia de cámara el recurso de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema “en los casos y formas previstas por las leyes vigentes”.⁶⁶

Respecto del *habeas corpus*, durante la vigencia del CPPN era posible instrumentar la vía recursiva conforme a sus reglas de trámite, de acuerdo con *Di Nunzio*. Sin embargo, tras el dictado del fallo Chacón y en aquellas jurisdicciones donde rige íntegramente el CPPF, esa aplicación ha perdido su sustento legal debido a la carencia de una reglamentación autónoma vigente que regule

65 No sólo porque era el digesto ritual vigente al momento de la sanción de la Ley 19359, sino porque es el modelo que más se ajusta al trámite judicial escritural que aquella prevé, donde la investigación la lleva a cabo el Banco Central de la República Argentina mediante un sumario administrativo y el juicio poco se asemeja al debate oral y público del CPPN y el CPPF. A tal fin, ver la discusión en Álvarez Agudo y Riva (2013, pp. 270-276).

66 El art. 7 de la Ley 23098 establece que “las sentencias que dicten los tribunales superiores en el procedimiento de hábeas corpus serán consideradas definitivas a los efectos del recurso de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema. El recurso procederá en los casos y formas previstas por las leyes vigentes”.

el recurso de casación. Por ello —lejos de resucitar un viejo ordenamiento—, en la actualidad la impugnación casatoria deberá ajustarse a la remisión efectuada por la Corte al art. 360 del CPPF (considerando 18), al menos en lo concerniente a los plazos para recurrir. En estos casos, corresponderá observar el término genérico de cinco días allí establecido, lo que, por otra parte, refuerza el principio de celeridad que debe caracterizar toda acción constitucional y expedita de *habeas corpus*.

En síntesis, la habilitación del recurso de casación para la etapa preparatoria dispuesta en el precedente Chacón constituye un cambio de criterio procesal que —además de modificar aspectos fundamentales de la reforma legislativa— impacta en las reglas prácticas que deben aplicar los tribunales cotidianamente, quienes, con el devenir de los casos, tendrán la difícil tarea de completar los vacíos reglamentarios y arribar al modelo más equilibrado posible dentro del complejo panorama impugnativo que ha inaugurado la Corte Suprema con este pronunciamiento.

6. Conclusiones

A esta altura, resulta indiscutible que la reforma procesal introducida con el nuevo código adjetivo implicó transformaciones sustanciales que representan un verdadero cambio de paradigma cultural, institucional y organizacional en la administración de justicia federal.

Además de reestructurar las etapas del proceso penal y redefinir el rol de sus protagonistas, en lo que aquí interesa reformuló el régimen recursivo bajo un modelo funcional de impugnaciones taxativas y limitadas, con el propósito de resultar más simple y desburocratizado que el de las apelaciones instructorias del CPPN.

Así, la nueva arquitectura procesal excluyó de la investigación penal preparatoria la intervención de la Cámara Federal de Casación Penal como tribunal revisor de las resoluciones emitidas por los jueces de las cámaras de apelaciones (art. 53 del CPPF).

De este modo, durante la etapa preparatoria (incluida la audiencia de control de acusación), la revisión de las decisiones impugnables debía agotarse en dicho ámbito, resultando únicamente viable contra aquellas el recurso extraordinario ante la Corte Suprema cuando se trate de sentencias definitivas o equiparables que involucraran cuestiones federales (art. 350, tercer párrafo, del CPPF).

Esto llevó a implementar un mecanismo de control horizontal entre los jueces de revisión del art. 53 del CPPF para asegurar —siguiendo la lógica del precedente *Duarte* y ante la ausencia del tribunal casatorio intermedio para esta etapa— la operatividad de la garantía del doble conforme del imputado (art. 364 del CPPF), en consonancia con la prohibición de reenvío (art. 365 del CPPF) y los límites recursivos establecidos para los acusadores (arts. 353 y 355 del CPPF), reglas que el legislador extendió sin distingo alguno a todas las fases del proceso penal acusatorio.

Sin embargo, este esquema fue alterado por la Corte Suprema en el caso *Chacón*, mediante el cual declaró oficiosamente la inconstitucionalidad del tercer párrafo del art. 350 del CPPF que, como se dijo, atribuía a las cámaras federales de apelaciones la calidad de tribunal superior de la causa a los fines del recurso extraordinario federal durante la investigación penal preparatoria. En su lugar, habilitó pretorianamente la intervención de la Cámara Federal de Casación Penal como tribunal intermedio, para que conozca en las impugnaciones contra las sentencias definitivas o equiparables adoptadas por los jueces del art. 53 del CPPF en las que se debata una cuestión federal.

En dicho fallo, sobre la base de los precedentes *Strada*, *Di Mascio* y, especialmente, *Di Nunzio* —aun reconociendo sus “evidentes diferencias” y la variación “de la base legislativa que los fundó”— la Corte, con la premisa de preservar su carácter supremo como máxime intérprete constitucional, desarrolló un andamiaje argumentativo centrado en evitar la “ingente cantidad de casos” que llegarían directamente a su conocimiento sin el filtro casatorio y asegurar el agotamiento previo de toda “instancia útil” que genere un debate más profundo sobre la cuestión federal, garantizando así una protección más expedita de los derechos de los justiciables y la elevación a la máxima instancia “de un producto, seguramente, más elaborado”.

Como se observó, el modelo de superiores tribunales de provincia —analizado en *Strada* y *Di Mascio*— no es fácilmente trasladable a la Justicia Federal, pues ésta no puede asimilarse a una provincia más, donde operan diferentes reglas y consideraciones constitucionales. Distinto es lo que ocurrió en el reciente fallo *Levinas*⁶⁷ (que, pese a sus diferencias, citó a *Chacón* en tres oportunidades), donde la aplicación de los referidos precedentes responde al estatus de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que —desde la reforma constitucional de 1994— es equiparable a una provincia dentro del sistema federal de gobierno.

67 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Ferrari, María Alicia c/ Levinas, Gabriel Isaías*, 27/12/2024, Fallos: 347:2286.

Del mismo modo, el fallo *Di Nunzio*, si bien abordó una cuestión de competencia recursiva en el ámbito del proceso penal federal, lo hizo bajo un marco normativo y jurisprudencial sustancialmente diferente al vigente con el nuevo sistema procesal. Estas distinciones revelan que, en rigor, tales casos no constituyen verdaderos precedentes para Chacón.

La delimitación de competencias jurisdiccionales en el nuevo modelo acusatorio adversarial constituye una facultad constitucional del Poder Legislativo, tal como lo reconoció expresamente la Corte Suprema en el precedente *DEC SA SRL*, al establecer que

la atribución de competencia a los tribunales inferiores de la Nación no es tarea de los jueces, sino que concierne en forma exclusiva y excluyente al Congreso de la Nación con el objeto de asegurar la garantía del juez natural.

En este sentido, la ausencia de una definición explícita del legislador acerca de por qué eliminó la intervención intermedia de la casación en la etapa preparatoria —“a contracorriente de la práctica institucional consolidada” del alto tribunal— no constituye por sí misma un motivo de invalidez jurídica, máxime cuando del derrotero legislativo y del espíritu de la norma se desprende que hubo una decisión consecuente con el propósito de garantizar la celeridad del proceso, la progresividad de la investigación y la desburocratización del sistema.

Tampoco resulta determinante para la declaración de inconstitucionalidad los argumentos vinculados al resguardo de los derechos de los justiciables, quienes podrían obtener remedio a sus agravios en instancias anteriores, con una discusión más profunda que derive en “un producto más elaborado”, cuestionamientos que aparecen medianamente neutralizados a partir de los principios y funcionamiento del nuevo sistema acusatorio adversarial.

Ello, porque, además de la garantía del doble conforme —que ya asegura la revisión constitucional por un tribunal superior (cámara de apelaciones) de las decisiones impugnables— prácticamente todas las cuestiones debatidas durante la etapa preparatoria pueden ser reeditadas luego en el control de acusación, durante el juicio o en la subsiguiente instancia impugnativa ante la Casación Federal, brindando diversas oportunidades para que el imputado realice sus planteos y sean resueltos por un tribunal.

A ello se agrega, como instrumento de control más relevante —y aplicable a todas las decisiones, sean impugnables o no— el hecho de que cada vez que el imputado formula un reclamo ante un juez (ya sea en audiencia de garantías o control de acusación), éste debe ser atendido obligatoriamente en un ámbito

oral, con pleno contradictorio e inmediación, dinámica que permite un mayor escrutinio de las partes sobre la resolución jurisdiccional, que se pronuncia de inmediato y necesariamente debe considerar lo debatido y acreditado por cada una de ellas.

De ahí que la celeridad del nuevo sistema en modo alguno sacrifique el debate exhaustivo de las cuestiones planteadas ni obstaculice que los justiciables obtengan adecuado remedio a sus agravios antes de acudir a la Corte Suprema, cuya jurisdicción siempre fue concebida como excepcional y así se plasmó en la referida norma del tercer párrafo del art. 350 del CPPF.

En este sentido, la invalidación de este precepto podría responder primordialmente al propósito de preservar la tradicional estructura jerárquica judicial y el funcionamiento histórico del sistema procesal penal, evidenciando cierta resistencia institucional frente al cambio de paradigmas que propone el nuevo modelo del CPPF.

Con todo esto, el precedente *Chacón* parece elevar la doctrina jurisprudencial de *Di Nunzio* a una suerte de declaración política —judicial— que debe prevalecer en lo sucesivo a modo de axioma, incluso por encima de las determinaciones expresas del legislador en el ejercicio de sus facultades constitucionales para definir la forma en que debe llevarse a cabo el enjuiciamiento criminal de los delitos federales.

No obstante las críticas aquí formuladas, la decisión de la Corte Suprema —por las razones esgrimidas en su fallo— resulta inequívoca en cuanto a habilitar la vía casatoria durante la investigación penal preparatoria del CPPF, pronunciamiento que debe ser acatado por los tribunales inferiores en resguardo de la institucionalidad del Poder Judicial de la Nación.

Por supuesto, la aplicación de la doctrina *Chacón* impacta de manera decisiva en el esquema recursivo del nuevo proceso penal, modificando sustancialmente las reglas prácticas que rigen la labor jurisdiccional cotidiana.

En efecto, la intervención intermedia del tribunal casatorio ha puesto en duda la subsistencia del control horizontal para la etapa preparatoria en el ámbito de los jueces de revisión del art. 53 del CPPF. Sin embargo, por el momento, este sistema continúa vigente —con todos los esfuerzos funcionales y organizacionales que su implementación demanda— de acuerdo con el criterio de la Casación Federal que insistió —aún luego de *Chacón*— en que la garantía del doble conforme debe necesariamente asegurarse con el agotamiento de todas las instancias previas disponibles ante los magistrados de las cámaras de apelaciones.

Así, en la investigación preparatoria, el control de las decisiones debe estructurarse en dos niveles diferenciados: por un lado, la etapa ordinaria, que abarca las resoluciones de los jueces con funciones de garantías y las sucesivas revisiones horizontales de los jueces de revisión del art. 53 del CPPF (cámaras de apelaciones), y por otro, la etapa no ordinaria, que comprende la nueva vía recursiva ante la Cámara Federal de Casación Penal como tribunal intermedio y el eventual ulterior recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema.

Este esquema genera que la etapa preparatoria cuente, paradójicamente, con más instancias recursivas que el juicio (que mantiene el modelo jerárquico dual “juez de juicio-juez de casación”). Es decir, las decisiones previas al debate tienen más posibilidades de revisión que la propia sentencia condenatoria, donde la jurisprudencia constitucional y convencional ha reconocido el mayor grado de operatividad del derecho al recurso y la garantía del doble conforme (arts. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

A ello se agrega que esta multiplicación de instancias impugnativas reproduce los vicios del sistema anterior, donde la proliferación de recursos e incidentes dilataba la investigación, obstaculizando su avance hacia el juicio oral y público, en clara contradicción con los principios del código acusatorio adversarial.

Por ello, una adecuada hermenéutica de esta nueva vía —sustancialmente más limitada que el remedio casatorio previsto para la instrucción del CPPN— exige que los jueces de revisión (art. 53 del CPPF) y los magistrados de casación (art. 54 del CPPF) efectúen un riguroso juicio de admisibilidad formal, verificando estrictamente el cumplimiento de los requisitos de sentencia definitiva o a ella equiparable y de gravamen federal suficiente para asegurar un acceso controlado a esta instancia no ordinaria habilitada por Chacón.

Esto implica, además, reevaluar en cada caso si determinadas cuestiones tradicionalmente equiparadas a sentencia definitiva (como el arresto preventivo) han perdido tal carácter, considerando las particularidades de la etapa preparatoria y las instancias alternativas de tratamiento que propone el nuevo digesto procesal, aspectos que se irán delimitando con el desarrollo jurisprudencial en la materia.

Por último, el novedoso recurso plantea interrogantes sobre las reglas y principios que deben regirlo, admitiéndose al menos dos interpretaciones posibles, cada una con sus propias complejidades técnico-procesales. Esta indefinición no solo impacta en la investigación penal preparatoria del CPPF, sino que tam-

bién se proyecta hacia otros procedimientos especiales —como el juicio de *habeas corpus*— cuya etapa recursiva posterior a la cámara de apelaciones también podría verse sustancialmente modificada a partir de este precedente.

Por el momento, les corresponderá a los jueces definir el rumbo de esta vía, determinando con criterio restrictivo los supuestos excepcionales que habilitarán su procedencia y las condiciones específicas para su admisibilidad y trámite, acatando los términos de la doctrina Chacón, bien que preservando la integridad del sistema diseñado por el legislador.

No sea que la ingente cantidad de causas que la Corte buscó evitar se traslade ahora a la instancia intermedia por una proliferación de impugnaciones casatorias, comprometiendo severamente la celeridad del proceso, la garantía del plazo razonable y la tutela judicial efectiva cuya protección la reforma procesal pretendió asegurar bajo un nuevo paradigma, el cual —con reminiscencia del apotegma indiano “las leyes se obedecen, pero no se cumplen”— continúa enfrentando significativas resistencias institucionales en su implementación.

Bibliografía

- Ahumada, C. (2021). Luces y sombras del sistema de impugnación en el Código Procesal Penal Federal. En Martínez, S. y González Postigo, L., *Etapa de Impugnación* (pp. 191-208). Editores del Sur.
- Álvarez Agudo, G. y Riva, J. (2013). *Régimen Penal de cambios en la operatoria cambiaria y de comercio exterior*. Ad Hoc.
- Binder, A. (2002). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Ad Hoc.
- Bolos Ingrao, L. E. (28 de abril de 2025). La arbitraría auto-atribución de competencias de la “Corte Suprema” de Casación Penal en el plenario “Ruiz”. *Revista Argentina de Teoría Jurídica (RATJ)*, s/n. <https://revistajuridica.utdt.edu/ojs/index.php/ratj/article/view/505/381>
- Colombo, C. J. (1969). *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Abeledo Perrot.
- Daray, R. (2019). *Código Procesal Penal Federal. Análisis doctrinal y jurisprudencial* (Vol. 1). Hammurabi.
- Diario de sesiones de la Cámara de Senadores*. (1901).
- Donna, E. A. y Días, H. L. (2021). *Código Procesal Penal Federal Comentado* (Vol. I). Rubinzel Culzoni.
- Farrand, M. (1937). *The Records of the Federal Convention of 1787* (Tomo II). Yale University Press.
- French, S. (2021). La prueba en la instancia de revisión. En Martínez, S. y González Postigo, L., *Etapa de Impugnación* (pp. 209-220). Editores del Sur.
- Garay, A. (2013). *La doctrina del precedente en la Corte Suprema*. Abeledo Perrot.
- García Yhoma, D. y Martínez, S. (2014). *La etapa preparatoria en el sistema adversarial*. Del Puerto.

- Garzón, I. (2018). La etapa preparatoria en el proceso penal acusatorio. En González Postigo, L. y Martínez, S., *Investigación y acusación* (pp. 59-79). Editores del Sur.
- Hairabedián, M. (2021). *Código Procesal Penal Federal Comentado*. Ad-Hoc.
- Honorable Cámara de Diputados de la Nación. (2014a). *Diario de Sesiones*, Dictámenes, Orden del día 1544 del 01/12/2014.
- Honorable Cámara de Diputados de la Nación. (2014b). *Diario de Sesiones*, 1º era sesión ordinaria de prórroga del 04/12/2014.
- Ledesma, A. (2021). Derecho al recurso: su materialización en el CPPF. En Martínez, S. y González Postigo, L., *Etapa de Impugnación* (pp. 13-29). Editores del Sur.
- Lorenzo, L. (2012). *Manual de Litigación*. Didot.
- Lorenzo, L. (2024). Jueces con funciones de revisión. En Sarabayrouse, E., Lopardo, M. y Pastor Zamboni, M., *Código Procesal Penal Federal comentado y concordado* (Vol. I, pp. 329-346). Editores del Sur.
- Palacio de Caeiro, S. (2002). *El Recurso Extraordinario Federal*. La Ley .
- Pastor, D. (2015). *Lineamientos del nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*. Hamurabi.
- Rabbi-Baldi Cabanillas, R. (2020). *Interpretación Jurídica*. Astrea.
- Sagüés, N. P. (2023). *Recurso Extraordinario Federal*. Astrea.
- Schauer, F. (1987). Precedent. *Stanford Law Review*, 39(3) 571-605.
- Tau Anzoátegui, V. y Martiré, E. (2012). *Manual de Historia de las Instituciones Argentinas*. Catethedra Jurídica.
- Ulivarri Rodi, A. (2023). La cláusula de la diversidad cultural en el Código Procesal Penal Federal. *Revista Jurídica Austral*, 4(2), 615-650. <https://doi.org/10.26422/RJA.2023.0402.ul>
- Urtubey, R. (2024). La Casación como tribunal intermedio entre las Cámaras Federales y la Corte Suprema: comentario al fallo “Chacón” (CSJN). *Rubinzel Culzoni Online*, RC D 592/2024.
- Zorraquín Becú, R. (1978). *Historia del Derecho Argentino* (Vol. I). Perrot.

Roles de autoría y conflicto de intereses

El autor manifiesta que cumplió todos los roles de autoría del presente artículo y declara no poseer conflicto de interés alguno.

EN BUSCA DE UN RÉGIMEN GENERAL PARA LAS “ACCIONES REIVINDICATORIAS ESPECIALES” EN EL DERECHO CHILENO*

Jaime Alcalde Silva

Pontificia Universidad Católica de Chile

jcalcald@uc.cl

<https://orcid.org/0000-0003-4732-5585>

DOI: <https://doi.org/10.25147/RJA.2025.0601.alc>

Recibido: 29/03/2025

Aceptado: 18/06/2025

Resumen

El objetivo de este artículo es examinar algunas de las “acciones reivindicatorias especiales” que reconoce el ordenamiento chileno. Se trata de distintos casos en los que la ley le concede al titular de un derecho la posibilidad de recuperar la cosa que un tercero tiene en su poder. En principio, el régimen de estas acciones se agota en la restitución de la cosa, porque no suele contener ni un reenvío ni una disciplina propia para las obligaciones accesorias por pérdida, deterioros, aumentos, frutos o expensas. Sobre la base de una metodología dogmática, se pretende demostrar que estas prestaciones pueden ser reclamadas a través de las reglas de la responsabilidad civil o el enriquecimiento injustificado, aunque ellas no siempre resultan procedentes. La solución depende de cada caso, determinando el ámbito de protección de la norma que concede la acción y la cobertura que le brinda al titular del derecho.

Palabras clave: reivindicación, acciones reales especiales, prestaciones mutuas, enriquecimiento injustificado, responsabilidad civil.

* Este trabajo forma parte del Proyecto FONDECYT Regular núm. 1220927, del cual el autor es investigador responsable.

A Quest About a General Regime for ‘Special Claims Actions’ in the Chilean Law

Abstract

The objective of this article is to examine some of the ‘special claim actions’ recognised by the Chilean legal system. These are different cases in which the law grants the holder of a right, upon accreditation of its quality, the possibility of recovering the thing that a third party has in its possession. In principle, the regime of these actions is exhausted in the restitution of the thing, because they do not usually contain neither a redirection nor their own regime for accessory obligations for loss, deteriorations, increases, fruits or expenses. Based on a dogmatic methodology, it is intended to show that these benefits can be claimed through the rules of civil liability or unjust enrichment, although they are not always appropriate. The solution depends on each case, determining the scope of protection of the rule that grants the action and the coverage it provides to the right holder.

Key words: claim action, special actions *in rem*, mutual restitution, unjustified enrichment, torts.

1. Introducción

El objetivo de este trabajo es examinar algunas de las “acciones reivindicatorias especiales” que el ordenamiento chileno ofrece como amparo de una titularidad fuera de los contornos de la protección dominical que brinda la acción reivindicatoria, la acción contra el injusto detentador y la acción de simple precario (arts. 889, 915 y 2195, inc. 2º del Código Civil, respectivamente). Con este nombre se engloban los distintos casos en los que la ley le concede al titular de un derecho, previa acreditación de su calidad, la posibilidad de recuperar la cosa que un tercero tiene en su poder. Se pretende mostrar cómo estas acciones comparten con la acción reivindicatoria que regula el Código Civil un campo común que, en principio, se agota en la restitución material de la cosa. De ahí que sea necesario indagar sobre la procedencia de un régimen para otros rubros accesorios, como las obligaciones derivadas de la pérdida, deterioros, aumentos, frutos y expensas, que la reivindicación soluciona mediante la disciplina de las prestaciones mutuas y que está modulada por el criterio corrector de la buena fe (Libro II, Título II, § 4 del Código Civil; en adelante, CC).

Esta elección obliga a sistematizar aquellas pretensiones que conforman la mencionada categoría de las “acciones reivindicatorias especiales”, intentando la formulación de una tipología para identificarlas y calificarlas según sus rasgos comunes y, desde dicha naturaleza, precisar su régimen jurídico. Esto permite delinear la operatividad de unas eventuales obligaciones accesorias a partir de sus particulares consecuencias jurídicas, sea que ellas estén descritas en la regla que concede la acción o que se deba reconstruir su régimen a partir de las reglas

de enriquecimiento injustificado y resarcimiento del daño, con los límites que cada una de ellas prevé. Se postula que el régimen de estas prestaciones accesorias es diverso al esquema de restituciones y compensaciones previsto para la reivindicación, el cual queda subordinado a su propia formulación tipológica. Se asume que este régimen es necesario, puesto que el demandante puede no quedar cabalmente protegido con la sola restitución de la cosa.

De esto se sigue que la disciplina de esas prestaciones accesorias se debe construir según las reglas generales del resarcimiento del daño o del enriquecimiento injustificado, o incluso acudiendo a ambas, lo cual exige verificar la concurrencia de los presupuestos de aplicación de cada uno de esos regímenes y evitar que se produzca una doble cobertura. Tal remisión exige articular el modo en el que concurren las tutelas por el daño ocasionado y por el enriquecimiento injustificado, para evitar un resguardo excesivo a favor del dueño y, sobre todo, para acotar la medida de su interés que no ha quedado cubierto por la restitución que pretendía y que cabe dentro del ámbito de protección de la norma que concede la respectiva acción. Esto exige interpretar la regla respectiva a partir de su sentido normativo o, como también se ha denominado, en especial por la teoría de la imputación objetiva, tomando en consideración el fin protector que ella contempla. Un factor relevante para determinar qué es lo que la norma quiere asegurarle al titular del derecho será, por cierto, la aspiración a una justicia del caso, siempre que ella no lleve al juez a manipular la ley según sus convicciones (Larenz, 2001, p. 346).

Así pues, el presente trabajo desea clarificar el tratamiento de aquellas acciones que conceden una tutela semejante a la reivindicación, pero que carecen de un régimen determinado sobre las prestaciones accesorias que el titular puede reclamar junto con la restitución de la cosa por concepto de perdida, deterioros, aumentos y frutos, así como por las expensas que aquél debe reembolsarle al demandado. Esto exige abordar una cuestión terminológica preliminar (apartado 2) y delimitar el presupuesto paradigmático de las acciones de dominio en el Código Civil chileno (apartado 3), que presenta algunas particularidades dentro del contexto comparado. Enseguida, cumple tratar sobre la dilatación que efectúa dicho código para comprender también, bajo el esquema reivindicatorio, tanto el caso del demandante que no es dueño de la cosa, sino poseedor regular en vías de ganarla por prescripción (conocido como “acción publiciana” y ausente en la mayoría de los ordenamientos comparados),¹ como el del deman-

1 El caso español resulta un parámetro de comparación interesante. Pese a que la acción publiciana no está contemplada en el Código Civil, que sólo menciona de manera genérica la acción del dueño

dado que no reviste la calidad de poseedor actual, sino de injusto detentador, sea que tenga o no ánimo de señor sobre el bien que se le demanda (apartado 4). Precisados los contornos de la acción de dominio desde una perspectiva material (legitimados, cosa pedida y causa de pedir), corresponde ocuparse del heterogéneo campo de los supuestos especiales que tienen reconocimiento legal y que aquí se han calificado bajo la categoría de “acciones reivindicatorias especiales” (apartado 5). Para este fin, se ha adoptado una discriminación metodológica que circunscribe el estudio sólo a aquellas acciones recogidas en los códigos como textos que sientan las bases esenciales del ordenamiento (art. 63, núm. 3 y 20 de la Constitución Política). De manera excepcional, se abordan las acciones reivindicatorias concursales de la Ley 20720. La razón de su inclusión es doble: desde su recepción en el Código de Comercio (en adelante, CCom), esas pretensiones han recibido la calificación de “acciones reivindicatorias” y, además, se trata de una disciplina que formó parte de la codificación mercantil en dos momentos: entre 1867 y 1929 y, de nuevo, entre 2005 y 2014. Hecho este recuento, cumple revisar si el régimen de esas obligaciones accesorias se puede integrar mediante los mecanismos generales de resarcimiento del daño o interdicción del enriquecimiento injustificado (apartado 6). Para acabar, se ofrece un cuerpo de conclusiones (apartado 7).

2. La cuestión terminológica

De acuerdo con la terminología del Código Civil chileno, las acciones son una emanación del respectivo derecho subjetivo (arts. 577 y 578) y, por consiguiente, poseen los mismos accidentes que la cosa sobre la que aquél recae (art. 580). El art. 577 del CC señala que todos los derechos reales están protegidos mediante acciones reales, cada una de ellas particularizada según el concreto derecho que ampara.² Siguiendo la definición que da el Código Civil y Comercial de la Nación argentino, estas acciones pueden ser concebidas como “los

contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla (art. 348 II), tanto la doctrina como la jurisprudencia han defendido su subsistencia (González Poveda, 2002, pp. 295-303).

2 Lo mismo sucede con los derechos personales o créditos, de los cuales surgen las acciones personales (art. 578 del CC). El Código Civil habla de ambas acciones a propósito de las cosas incorporales, que consisten en meros derechos (art. 565 III), como una emanación de dichas titularidades (tanto para los derechos reales como para los personales) señala que las respectivas acciones “nacen” de ellos). De hecho, el código considera que los derechos y acciones se reputan muebles o inmuebles, según lo sea la cosa en la que han de ejercerse (art. 580). Para una aplicación de estas ideas, véase, por ejemplo, Alcalde Silva, (2016b, p. 306), donde se describe la acción de usufructo, carente de una tipicidad legal clara en el Código Civil.

medios de defender en juicio la existencia, plenitud y libertad de los derechos reales contra ataques que impiden su ejercicio” (art. 2247).

Dentro de este esquema, la acción que corresponde al dominio es la reivindicación, que constituye “la quintaesencia de la tutela propietaria” (Gambaro, 2017, p. 655), y que el artículo 889 CC define haciendo sinónimas ambas expresiones: reivindicación o acción de dominio es la pretensión que asiste al dueño de una cosa singular de la que no está en posesión para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela. Esto significa que el conflicto jurídico que subyace detrás consiste en determinar a quién pertenece en realidad la cosa para que regrese a su dueño (Kiper, 2010, p. 54). Por consiguiente, la tutela inmediata pedida al tribunal es la restitución de la cosa que otro tiene sin una justificación legítima de su tenencia. Este conflicto puede ser denominado el “paradigma de acción reivindicatoria”, tanto por su carácter ejemplar, como por su función basal para solucionar aquellos problemas no resueltos por otras normas especiales y cuya recepción en los distintos ordenamientos tiene caracteres idiosincráticos, aunque en la tradición continental suele estar presente (con mayores o menores modificaciones) el modelo romano y los desarrollos habidos durante el derecho común (Coing, 1996, p. 482).³ La particularidad del ordenamiento chileno, también compartida por algunos pocos códigos extranjeros, es que en tal sede se recoge la disciplina de la liquidación del estado posesorio, a la cual se remiten otras acciones (por ejemplo, el art. 1687 del CC para los efectos de la nulidad entre las partes del negocio viciado).

Para comprobar este diseño, sirve de ejemplo el Code Civil francés, que no se ocupó de la reivindicación más que de manera tangencial en los arts. 526, 549, 1553, 1926 y 2276 (antes 2279) (Sciumè, 1989, p. 45). A partir de estas referencias, la doctrina construyó un régimen para esta acción que le permite al dueño perseguir la cosa de manos de quien la tenga, aunque la operatividad de esta tutela queda reservada para los inmuebles y para las cosas muebles que han sido hurtadas o robadas, rigiendo para los demás bienes la regla *meubles*

3 En Hispanoamérica, los códigos decimonónicos seguían la tendencia expresada y, por consiguiente, la reivindicación se ejercía contra el actual poseedor de la cosa. Además del Código Civil chileno (art. 895), así sucedía en los códigos de Colombia (art. 952), México (art. 828.VI), Paraguay (art. 2408) y Uruguay (art. 680) y en el antiguo código argentino (art. 2772, aunque con el matiz que introducía el art. 2782). Por el contrario, los códigos de más reciente factura proponen una fórmula amplia, que comprende tanto al que posee como a quien detenta la cosa (por ejemplo, arts. 923 del Código Civil peruano, 1452 del Código Civil boliviano, 1228 del Código Civil brasileño y 2255 del Código Civil y Comercial de la Nación argentino). Este alcance es coherente con la naturaleza de la acción, dado que manifiesta la facultad de perseguir la cosa de manos de quien la tenga.

*n’ont pas de suite.*⁴ Con todo, en la actualidad, la reivindicatoria es una acción en declive en Francia, que raramente se ejerce (Malaurie y Aynès, 2015, p. 155).

Junto a esta acción paradigmática, en el derecho chileno es posible detectar diversas hipótesis en las que se le concede al titular de un derecho la posibilidad de recuperar la cosa que se encuentra en poder de un tercero. Por analogía, todas ellas pueden ser agrupadas bajo la denominación genérica de “acciones reivindicatorias especiales”, por la similitud que presenta la tutela más inmediata pedida por su intermedio. La especialidad está dada por algún elemento particular que hace que la pretensión, aunque pueda coincidir con el género próximo al que pertenece la reivindicación (el de las acciones restitutorias de naturaleza real), se aparta de éste en algunas diferencias específicas. Así pues, la pregunta que deriva de su existencia es hasta dónde se extiende la discrepancia entre el modelo paradigmático y cada una de estas acciones especiales, asumido que todas ellas coinciden en conferirle al demandante, al menos, la restitución de una cosa sobre la que tiene una titularidad suficiente para derrotar la posición jurídica que el demandado puede oponer. Esto exige indagar sobre un posible régimen de prestaciones accesorias a esa tutela restitutoria basal o primaria, el cual ha recibido históricamente el nombre de “prestaciones mutuas” (Libro II, Título XII, § 4 del Código Civil chileno).⁵

Ahora bien, fuera de esta calificación, quedan aquellos supuestos donde la ley expresamente ha atribuido a la pretensión concedida el mismo régimen que la reivindicación, sin que queden dudas respecto de la procedencia de las prestaciones accesorias que la acompañan. Así ocurre con la acción publiciana (art. 894 del CC) y la acción contra el injusto detentador (art. 915 del CC). Pero no sucede lo mismo cuando la ley ha extendido formalmente el carácter de una acción de dominio a casos que involucran el resarcimiento de un daño o la restitución de un provecho indebido (arts. 898 y 900 del CC), lo que explica una regla expresa en uno de esos supuestos (aquel referido al poseedor de mala fe que ha dejado de poseer por hecho o culpa suya) para dar aplicación a las prestaciones mutuas (art. 900 II del CC) (Alcalde Silva, 2020).

Cumple revisar separadamente el caso paradigmático en torno a la reivindicación (apartado 3) y sus extensiones (apartado 4).

4 Véase, por ejemplo, Carbonnier (2000, pp. 322-323 y 357-358), Cornu (1993, pp. 542 y 546), Larroumet (1988, pp. 407-409 y 594-595), Malaurie y Aynès (2015, pp. 155 y 200), Planiol y Ripert (1952, pp. 348 y 363-364), Terre y Simler (2014, pp. 409-410 y 415-418). Sobre la acción respecto de las cosas muebles hurtadas o robadas en Chile, véase Alcalde Silva (2025).

5 Sobre las fuentes de este Título, véase Barrientos Grandon (2016, pp. 1020-1021).

3. El paradigma de las acciones de restitución: la reivindicación

En el derecho comparado, la configuración de la acción reivindicatoria se caracteriza por una “extrema simplicidad” (Sciumè, 1989, p. 44), puesto que comporta la pretensión de que el dueño puede dirigir contra cualquiera que detente materialmente una cosa que no le pertenece (Peñailillo Arévalo, 2013, pp. 47-55, 2019, pp. 1467-1469). Esto explica por qué en varios países el tratamiento de la acción es sólo referencial, sin profundizar en su régimen y en sus consecuencias. Existe consenso en que ella se concibe como el “derecho del propietario a recuperar judicialmente la cosa que otro tiene indebidamente” (Muñoz Machado, 2017, p. 48), sin importar la calidad de su tenencia: basta que el demandado tenga la posibilidad fáctica de restituir la cosa que se le pide (Gambaro, 2017, p. 661). La causa de pedir es, entonces, el dominio que el demandante señala corresponderle respecto de la cosa que está en poder y es aprovechada por otro. De esto se sigue que, aunque sea posible concebir una reducción de su petitorio para circunscribirlo al simple reconocimiento del derecho (operando como una acción confesoria o negatoria, según cual sea la posición jurídica del demandado), la condena que entraña esta acción siempre tiene un contenido material preciso: supone la restitución en naturaleza del bien que determinadamente se reclama en la demanda (Gambaro, 2017, pp. 656-657; Genicon, 2012).

Para el Código Civil chileno, en cambio, la construcción paradigmática de la reivindicación supone un conflicto entre el dueño que no está en posesión de una cosa singular y quien la posee actualmente (arts. 889, 893 y 895), de suerte que la tutela que se solicita al tribunal consiste en la restitución material del bien (art. 904), en la medida en que éste sea reivindicable (arts. 890, 891 y 892). Eso explica que la legitimación en este juicio le corresponda respectivamente al dueño, sea que tenga la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria (art. 893 del CC), y al actual poseedor (art. 895 del CC), una calidad que la jurisprudencia ha venido apreciando con bastante plasticidad en el ámbito inmobiliario desde hace más de una década).⁶ Incluso en los sistemas especiales de propiedad, el esquema de esta acción no se ve afectado y la discusión versa sobre quién es el dueño de la cosa: si el que dice serlo o el que la tiene en su poder y se comporta sobre ella como si lo fuese. Así ocurre, por ejemplo, en materia de propiedad indígena (art. 58 de la Ley 19253) y respecto de la pequeña propiedad raíz saneada mediante una resolución del Ministerio de Bienes Nacionales (art. 26 del Decreto Ley 2695, de 1979).

6 Véase, por ejemplo, Pereira Fredes (2019). Barcia Lehmann (2014) ofrece una crítica temprana de esta lectura.

La calificación que hace el código respecto del demandado es importante, puesto que la posesión actual alude a la situación en la que el control fáctico sobre la cosa está acompañado de su goce real y efectivo, con percepción de sus frutos (Escríche Martín, 1852, p. 1361). Esto explica que el poseedor que ha sido condenado deba restituirla (art. 904 del CC) con sus accesorios (art. 905 del CC) y sea responsable de los deterioros causados (art. 906 del CC) y de la devolución de los frutos (art. 907 del CC), aunque se le reconozca el derecho a ser reembolsado de algunas expensas en que ha incurrido, distinguiendo entre ellas según su destino (arts. 908-911 del CC).⁷ La razón estriba en que el poseedor vencido ha tenido la cosa en su poder y se ha aprovechado de ella sin respaldo dominical. En otras palabras, el fundamento de la tutela accesoria concedida al demandante responde a la calidad jurídica que tenía el demandado y al esquema de funcionamiento de la acción, puesto que la buena o mala fe opera como un criterio de modulación de la obligación restitutoria que está basada, en principio, en la liquidación del estado posesorio con el fin de evitar un enriquecimiento injustificado (González-Palenzuela Gallego, 1998, p. 204).

De acuerdo con su formulación, el campo de aplicación de la acción reivindicatoria es amplio: ella procede respecto de las cosas corporales, raíces y muebles, sin importar si son fungibles (art. 890 del CC), y también respecto de los derechos reales distintos al dominio (art. 891 del CC) (Guzmán Brito, 1995, pp. 225-226). El Código Civil se preocupa de acotar este campo, pues enseguida prevé tres excepciones de distinta magnitud: (i) las cosas muebles compradas ahí donde se venden otras de la misma clase (como sucede con una feria, tienda, almacén u otro establecimiento industrial semejante), sólo pueden ser restituidas a su dueño si éste reembolsa lo que el poseedor ha pagado por ellas y lo que ha gastado en repararlas o mejorarlas (art. 890 II y III del CC) (Alcalde Silva, 2025); (ii) el derecho real de herencia no es reivindicable, pero se reclama mediante una acción especial (la acción de petición de herencia) recogida en el art. 1264 del CC (art. 891 II del CC); y (iii) las servidumbres discontinuas y las inaparentes tampoco pueden ser reivindicadas, porque no admiten posesión (arts. 882 y 2512 del CC).⁸

7 El Código Civil distingue entre expensas necesarias, útiles y voluptuarias: las primeras son aquellas invertidas en la conservación de la cosa, sea que el gasto se haya destinado a obras permanentes o a cosas que, por su naturaleza, no dejan un resultado material (art. 908); las segundas son las que aumentan el valor venal de la cosa (art. 909 II); las terceras son las que sólo consisten en objetos de lujo y recreo, sin aumentar el valor del bien en el mercado o lo hacen únicamente en una porción insignificante (art. 911 II).

8 La opinión mayoritaria sostiene que sólo se pueden poseer los derechos reales, sin que la referencia

Una aplicación de la primera restricción se da a propósito del comisionista que ha dado en prenda de sus propias obligaciones mercaderías ajenas, las cuales no pueden ser reivindicadas por el comitente sino pagando la deuda garantizada hasta el valor de dichas mercaderías, salvo que pruebe que el acreedor sabía que ellas no pertenecían al comisionista cuando las recibió (art. 252 II del CCom). La segunda restricción deriva de la clase de bien que se reclama y la dificultad de la prueba dominical (Merlin, 1828, § VIII, p. 56; Vallet de Goytisolo, 1956) y, tanto en Chile como en el derecho comparado, se relaciona con dos cuestiones conexas, como son la admisibilidad de la posesión respecto al ladron y la compatibilidad con las acciones restitutorias existentes en sede penal (Alcalde Silva, 2025). Algo semejante sucede con la exclusión relativa a ciertas servidumbres, donde falta el elemento de publicidad que funda la legitimación del poseedor.⁹ Para ellas, el art. 680, núm. 2º del Código de Procedimiento Civil (en adelante, CPC) contempla una acción en juicio sumario, que permite discutir las cuestiones que se susciten sobre el ejercicio de servidumbres naturales o legales y sobre las prestaciones a que ellas den lugar (Alcalde Silva, 2021b).

A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, en Chile tampoco procede la reivindicación de títulos de crédito. Con independencia de su causa, su extravío da lugar a un procedimiento especial destinado a que se declare ese

a la posesión del crédito que hace el art. 1576 II del CC a propósito de la validación del pago sea concluyente en contrario (Guzmán Brito, 1995, pp. 161-170; Peñailillo Arévalo, 2019, pp. 939-940). El sentido de esa norma coincide con aquella existente en otros ordenamientos y que impide la reivindicación de un título de crédito que ha sido adquirido de buena fe para asegurar su circulación (por ejemplo, los arts. 800 del Código Civil mexicano y 896 del Código Civil brasileño). De manera aislada, Fernando Rozas Vial (1998, pp. 212 y 252) sostiene que se puede detentar un crédito con ánimo de señor y dueño y, por tanto, ellos se pueden ganar por prescripción.

9 El tratamiento de las servidumbres difiere en el Código Civil de los demás derechos reales, en especial respecto de su publicidad. Su tradición se hace mediante una escritura pública en la que el dueño del predio sirviente exprese constituirla; y el dueño del predio dominante, aceptarla (art. 698 del CC). Salvo casos excepcionales, ellas no son derechos de inscripción obligatoria, aunque nada impide que las partes así lo acuerden (art. 53, núm. 2º del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces). La razón de no exigir la obligatoriedad de la inscripción conservatoria proviene de que ellas no parecieron de bastante importancia (Mensaje del Código Civil, § 20). Esa deficiencia en cuanto a su régimen de publicidad, sumado al hecho de que ellas se extinguieren al cabo de tres años de no haberse gozado (art. 885, núm. 5º del CC), explican que no exista a su respecto una posesión de la misma amplitud que la que existe respecto de otros derechos reales o que ella, si se manifiesta de manera fáctica, no permita adquirir el derecho por prescripción (art. 2499 del CC). El código señala que se pueden adquirir por prescripción las servidumbres continuas de todas las clases y las discontinuas inaparentes (art. 882 del CC), dado que las primeras se ejercen sin necesidad de un hecho actual del ser humano y las segundas están continuamente a la vista, pese a que se ejercen a intervalos más o menos largos de tiempo (arts. 822 y 823 del CC). Ambas resultan ostensibles, confiriendo legitimación a favor de su titular.

hecho y que se autorice al portador para ejercer los derechos que le correspondan en su calidad de tal (arts. 88 y 121 de la Ley 18092 y 27 del Decreto con Fuerza de Ley 707, de 1982, del Ministerio de Justicia). Para los valores anotados en cuenta, y sobre la base del reconocimiento de la titularidad contable como situación legítimamente en el tráfico (art. 5º de la Ley 18876),¹⁰ Caballero Germain (2016) admite una acción de rectificación, “sólo lejanamente emparentada con la acción reivindicatoria clásica”, cuyo objetivo es que el tribunal reconozca a favor del demandante esa titularidad (sea plena o limitada) sobre unos valores, ordenando a la entidad privada de depósito y custodia de valores que efectúe el abono, adeudo, bloqueo o desbloqueo en una cuenta del demandado (pp. 143-144). Sin embargo, esta acción tiene un campo de aplicación hasta limitado, correspondiendo por regla general al extitular contable sólo una acción de enriquecimiento injustificado destinada a conseguir, hasta donde sea posible, una restitución en especie sobre el monto percibido (pp. 144-145). En realidad, el titular de los valores anotados obtiene protección mediante una acción personal, como titular de un crédito (Guzmán Brito y Guerrero Becar, 2019, p. 87).

Fuera de estos casos, respecto de los bienes raíces inscritos se producen algunos problemas relativos a la legitimación pasiva, pues en ellos la posesión real y efectiva (arts. 696 y 724 del CC, refrendados por el Mensaje del Código Civil, § 21) sigue estando en manos del titular inscrito mientras la inscripción conservatoria a su nombre se mantenga vigente (arts. 728 y 2505 del CC). Pero eso no impide que una persona se pueda conducir materialmente respecto de la cosa como si fuese suya, realizando actos positivos de esos a los que sólo da derecho el dominio (aquellos que el art. 925 del CC denomina “posesión del suelo”). En rigor, esa persona sólo es un mero tenedor (Mensaje del Código Civil, § 21), puesto que “posee” (aunque no lo quiera) a nombre del titular inscrito (§ 24), según la clasificación que efectúa el art. 700 del CC.¹¹ De ahí que,

-
- 10 El art. 5º de la Ley 18876 distingue entre las relaciones internas y externas a las que da lugar un valor anotado en cuenta. En las relaciones internas, que son aquellas que existen entre la empresa y el depositante, éste es el propietario de los valores depositados a su nombre. En las relaciones externas, vale decir, ante el emisor de los valores y terceros, salvo ciertas excepciones, la empresa es considerada dueña de los valores que mantiene en depósito, lo que no significa que el depositante o su mandante, en su caso, dejen de tener el dominio de los valores depositados, para el ejercicio de los derechos políticos y patrimoniales, cuando corresponda.
- 11 El art. 700 del CC contiene un concepto y una clasificación de la posesión. Aunque el concepto parece identificarse con una de sus especies y no con el género, dado que la posesión de las cosas incorporales (art. 714) y sobre los inmuebles (arts. 696, 724 y 728) no calza con la definición que da dicha norma (“la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño”) (Alcalde Silva,

junto con las demás normas que configuran la “teoría de la posesión inscrita” y que fueron incorporadas durante el primer examen al que fue sometido el Proyecto de 1853 por parte de la Comisión Revisora (que dio lugar al llamado “Proyecto Inédito”),¹² se haya agregado una acción destinada a salvar el obstáculo que se genera cuando quien detenta materialmente un inmueble no es su actual poseedor desde un punto de vista técnico (Barcia Lehmann, 2014). Se trata de la acción contra el injusto detentador del art. 915 del CC (Alcalde Silva, 2019d; Corral Talciani, 2020, pp. 585-587), que será revisada en el apartado siguiente.

4. La extensión de la reivindicación: la acción publiciana y la acción contra el injusto detentador

El Código Civil extiende el supuesto de la reivindicación para comprender dos casos que quedan fuera del supuesto del art. 889 del CC. Se trata del reconocimiento de la acción publiciana (cuyo nombre proviene de haber sido establecida como una ficción de *actio utilis in rem* por el pretor Publicio en el año 67 a. C.) y de aquella dirigida contra el injusto detentador (arts. 894 y 915 del CC, respectivamente). Sin embargo, en ninguna de estas dos acciones se produce un problema respecto de la disciplina accesoria que acompaña la restitución de la cosa, puesto que sus normas hacen aplicable el régimen de prestaciones mutuas de la reivindicación: en la acción publiciana se califica directamente la pretensión a favor del poseedor regular como “la misma acción [reivindicatoria]” (art. 894 del CC), mientras que en la acción contra el injusto detentador se remite a “[l]as reglas de este título” para fijar las consecuencias jurídicas del supuesto de hecho que se aborda (art. 915 del CC).

2021b, pp. 253-260), la clasificación sí tiene un carácter general. Ella distingue entre la posesión del dueño y de quien no lo es, pero se comporta como tal (posesión dominical y no dominical), y aquella que se tiene por sí mismo o por otra persona en lugar y a nombre del poseedor (posesión directa e indirecta). Astudillo Pizarro (2023, p. 55) propone la sustitución de la definición del art. 700 del CC.

12 Con el nombre de “Proyecto Inédito” se conoce el texto publicado por Miguel Luis Amunátegui Reyes (1862-1949) en 1890. Se trata de una reconstrucción del debate de la Comisión Revisora inferido a partir de los ejemplares del Proyecto de 1853 que habían pertenecido a algunos de sus miembros. Aunque ha recibido críticas por la poca fidelidad a los manuscritos que se conservan del proceso codificador (Castelletti Font, 2023, pp. 380-418), dicho texto pretendía ser el registro de las anotaciones efectuadas por esa comisión durante el primer examen al que fue sometido el Proyecto de 1853, de suerte que constituye un texto intermedio entre ese proyecto y el Proyecto de 1855, que fue presentado al Congreso Nacional por el Gobierno para su aprobación.

Además, en ambas acciones está presente el conflicto posesorio que entraña la reivindicación, como es el de un titular con mejor derecho que no puede aprovecharse de las ventajas materiales de la cosa por estar ella en poder de un tercero. Para la acción publiciana ese conflicto es evidente, porque el demandado es cualquier poseedor con peor derecho que el demandante (art. 894 II del CC) (Schiele Manzor, 2019). En cuanto a la acción del art. 915 del CC, el concepto de “injusto detentador” corresponde a quien poseía a nombre ajeno y se niega a restituir, sin que importe la manera en cómo se comporta respecto de la cosa, vale decir, sin que sea relevante el aspecto subjetivo de la detención y que ella se haga con “ánimo de señor”, en cuanto poseedor (art. 700 del CC). De esto se sigue que la tenencia del demandado puede provenir de un título que ha perdido su vigencia (imponiendo, consiguientemente, la obligación de restituir) o bien de un cambio en el ánimo de la detención que no tiene correspondencia jurídica (Alcalde Silva, 2015b, 2018, 2019b, 2019d).¹³ Por cierto, esto no impide que haya que efectuar ciertos acomodos en el régimen general de las prestaciones accesorias respecto de estas acciones (por ejemplo, la calificación de la buena o mala fe en relación con el injusto detentador, puesto que su situación parece ser siempre irregular por la retención indebida que hace de la cosa).¹⁴

5. El heterogéneo ámbito de las “acciones reivindicatorias especiales”

La cuestión en torno al régimen jurídico de la restitución se vuelve más compleja cuando la acción prevista por la ley tiene una fisonomía diversa de aquella que caracteriza a la reivindicación, o bien cuando ella está tratada como un medio de tutela situado extramuros del campo de la acción de dominio, con más cercanía a las acciones personales. Es aquí donde corresponde indagar si cabe aplicar el régimen accesorio que acompaña a la reivindicación o, por el contrario, si es necesario acudir a otros expedientes para completar la protección de una titularidad afectada por la privación de la cosa, como sucede con el régimen de la responsabilidad civil o el enriquecimiento injustificado.

13 Para un mayor análisis de esta acción, véase Tapia Rodríguez (2015).

14 Por ejemplo, el art. 1875 III del CC, al tratar de la resolución del contrato de compraventa por el no pago del precio, señala que, “[p]ara el abono de las expensas al comprador, y de los deterioros al vendedor, se considerará al primero como poseedor de mala fe, a menos que pruebe haber sufrido en su fortuna, y sin culpa de su parte, menoscabos tan grandes que le hayan hecho imposible cumplir lo pactado”.

Esto exige un primer esfuerzo tipológico destinado a ordenar las diversas situaciones contempladas por la ley y que cabe incluir bajo el nombre genérico de “acciones reivindicatorias especiales”. Los primeros casos de los que hay que ocuparse son aquellos que están tratados dentro del Título XII del Libro II del Código Civil y que, pese a que se les atribuye el carácter de acciones de dominio, no comportan materialmente un conflicto posesorio, porque la cosa ya no existe en poder del demandado (apartado 5.1). Enseguida cumple revisar qué ocurre en otras situaciones donde se concede la acción reivindicatoria con otro contenido o existe una acción que se comporta de modo equivalente (apartado 5.2). Las “acciones reivindicatorias” previstas en la Ley 20720 sobre reorganización y liquidación de activos de empresas y personas merecen un tratamiento separado, porque ellas constituyen en rigor un derecho de separación concedido a favor de algunos acreedores para impedir que ciertos bienes queden incluidos en la masa activa del concurso (apartado 5.3), comportándose de modo semejante a las tercerías de dominio o de posesión en el juicio ejecutivo (arts. 518 y 522 del CPC). Distinto es el caso de la acción restitutoria respecto del que ha hurtado o robado una cosa (arts. 59 y 189 del Código Procesal Penal; en adelante, CPP), que opera como un sustituto de la acción reivindicatoria, sobre todo considerando la limitación que existe en el art. 890 II del CC para que ella proceda respecto de cosas muebles fungibles adquiridas en un establecimiento comercial donde se venden otras de la misma clase (apartado 5.4). De igual manera, y aunque sea de manera referencial, cumple abordar ciertos supuestos de cancelación de la inscripción conservatoria concedida en sede penal cuando ha habido un delito contra el patrimonio (apartado 5.5), que funcionan al menos de manera negativa como una forma de restitución al impedir que el titular registral siga poseyendo. Finalmente, hay que aludir a una acción de configuración jurisprudencial, respecto de la cual se han planteado ciertas prestaciones derivadas del enriquecimiento injustificado, como lo es aquella destinada a hacer cesar el simple precario del art. 2195 II del CC (apartado 5.6).

5.1 Los supuestos asimilados formalmente a la reivindicación

La configuración arquetípica de la reivindicación que se ha descrito en el apartado 3 explica que el sistema diseñado por el Código Civil chileno requiera de ciertas reglas de clausura relativas al correcto emplazamiento del demandado (art. 896 del CC), la imposibilidad material de perseguir la cosa (arts. 898 y 900 del CC) o la frustración de la acción por ausencia de legitimación pasiva y de

tenencia efectiva de la cosa (art. 897 del CC). Frente a la situación del derecho precedente, dicho código adoptó una decisión propia respecto de esas acciones: la acción contra el falso poseedor pasó a ser puramente indemnizatoria (art. 897 del CC) (Alcalde Silva, 2021a), mientras que las destinadas a remover el incremento patrimonial experimentado por quien había enajenado la cosa se transformaron formalmente en acciones de dominio (art. 898 del CC); sólo la reivindicación contra el poseedor de mala fe que por hecho o culpa suya ha dejado de serlo, mantuvo su carácter de acción de dominio (art. 900 del CC), basado en la ficción de seguir poseyendo. Si se observa el supuesto de las dos acciones que son formalmente reales, sólo aquella del art. 900 del CC se ocupa de la suerte de los frutos, deterioros y expensas, vale decir, de las prestaciones mutuas (Alcalde Silva, 2020). Las dos acciones contra el que ha enajenado la cosa a terceros no se hacen cargo de esas obligaciones accesorias, lo que no significa que el problema no exista (Alcalde Silva, 2019c). La respuesta en estos casos obliga a preguntarse por el fin de protección de la regla respectiva, sobre todo para dar primacía a la calificación formal que hace el código (como acción real) o a la naturaleza de la condena que se solicita al tribunal (de naturaleza pecuniaria).

5.2 Otros supuestos especiales

Una revisión del Código Civil y del Código de Comercio muestra diversos casos en los que se concede una acción de carácter restitutorio para recuperar el pleno ejercicio de una titularidad que detenta un tercero ajeno a la relación jurídica involucrada, los cuales pueden ser agrupados en categorías según sus similitudes. Aquí comparecen las acciones restitutorias derivadas del derecho real de herencia (apartado 5.2.1), de la ineeficacia de un negocio jurídico (apartado 5.2.2) y de los contratos reales (apartado 5.2.3).

5.2.1 Las acciones restitutorias derivadas del derecho real de herencia

El primer grupo de estos supuestos especiales comprende dos casos relacionados con el derecho real de herencia, que el art. 891 del CC excluye de los derechos reales reivindicables. Ellos son la acción de petición de herencia (art. 1264 del CC) y la acción reivindicatoria del heredero (art. 1268 del CC). Se trata de acciones reales restitutorias donde la legitimación pasiva difiere según la posición jurídica que tenga el demandado.

Para que a un heredero se le adjudique la herencia ocupada por otro y se le

restituyan las cosas hereditarias, incluso aquellas que el causante tenía como mero tenedor, el art. 1264 del CC le concede una pretensión de rasgos propios: la acción de petición de herencia (*hereditatis petitio*), cuyos orígenes se encuentran en Roma (Andrés Santos, 2020). Esta acción es consecuencia de un derecho real de rasgos peculiares introducido en el Código Civil chileno y que recae sobre todos los bienes dejados por una persona a su fallecimiento (Corral Talciani, 2022; Soza Reid, 2004).¹⁵ Puesto que con ella se reclama una herencia que otro tiene en calidad de heredero, esta pretensión comprende cualquier aumento que haya experimentado el haz hereditario después de que fue deferido a los herederos (art. 1265 del CC). El código se ocupa de precisar los efectos que tiene esta acción respecto de los frutos y mejoras —donde reenvía a las reglas sobre prestaciones mutuas de la reivindicación (art. 1266 del CC)— y de las enajenaciones o deterioros sufridos por las cosas, para lo que resulta relevante la buena o mala fe del falso heredero (art. 1267 del CC).

Sin embargo, dado que la acción de petición de herencia supone un conflicto relacionado con la calidad de heredero (incluso con una condición más favorable para el heredero putativo de acuerdo con los arts. 704, núm. 4º y 1269 del CC, que puede adquirir por prescripción al cabo de cinco años en vez de diez),¹⁶ ella no procede cuando las cosas hereditarias han pasado a terceros y éstos las poseen por un título diverso. En esos casos, el heredero sólo se puede servir de la acción reivindicatoria, siempre que las cosas sean reivindicables (art. 1268 del CC). Esta acción es compatible con el derecho del heredero para que aquel que ocupó la herencia de mala fe le complete lo que no ha podido obtener del actual poseedor, mientras que respecto al falso heredero de buena fe la pretensión queda circunscrita a que se hubiese hecho más rico (art. 1268 II del CC; la idea de “hacerse más rico” está definida en el art. 1688 II del CC). Aunque la respuesta debiese ser negativa por la ausencia de una regla equivalente al art. 892 del CC,¹⁷ la jurisprudencia se ha inclinado mayoritariamente por permitir que un heredero, sin el concurso de los otros, pueda reivindicar su

15 Para el derecho español, Murga Fernández (2024, pp. 124-133) ofrece una caracterización semejante a partir del análisis de la naturaleza del derecho hereditario, aunque sin una expresa referencia normativa en el Código Civil.

16 La diferencia de plazo estriba en si el heredero putativo ha obtenido una resolución judicial o administrativa que le concede la posesión efectiva de la herencia, trámite que lo habilita para disponer de los bienes que la componen (art. 688 del CC). Cuando tiene dicha resolución, se beneficia de un tiempo menor de prescripción adquisitiva del derecho real de herencia.

17 El art. 892 del CC permite reivindicar una cuota determinada proindiviso de una cosa singular, de suerte que esta regla no resulta aplicable respecto de la herencia, que es una cosa universal. La prin-

cuota en la herencia cuando las cosas son poseídas por terceros (Elorriaga De Bonis, 2005, pp. 524-526).

Existe también una acción contra el legatario que ha sustraído objetos de la sucesión (art. 1231 del CC), cuya estructura parece ser sólo de reintegración en especie (Elorriaga De Bonis, 2005, pp. 75-75), y otra para la restitución de lo excesivamente donado cuando ese valor excede la porción de los bienes de la cual el causante ha podido disponer libremente, procediéndose contra los legatarios en orden inverso a las fechas de las donaciones y sin que la insolvencia de uno grave a los otros (art. 1187 del CC). Respecto de esta última acción, se ha discutido si la reducción opera en especie o en valor (Barría Paredes, 2017, p. 144), aunque la regla donde se contiene parece indicar que se trata de una restitución en equivalente, puesto que sólo se restituye el exceso y no la donación completa. En fin, para la formación de los acervos imaginarios, el código contempla una acción de acumulación contable por las donaciones hechas por el causante a favor de terceros o legitimarios (arts. 1185 y 1186 del CC),¹⁸ excluyendo una pretensión real a su respecto.

5.2.2 Las acciones restitutorias derivadas de la ineficacia de un negocio jurídico

Un segundo grupo de supuestos especiales está formado por los casos donde existe una pérdida de eficacia del título por el cual se tenía una cosa como propia (Peñailillo Arévalo, 2019, pp. 1414-1418). La idea de ineficacia está tomada aquí en sentido amplio y se da en todos aquellos supuestos en los que el negocio no produce los efectos previstos por sus autores (Clavería Gosálbez, 2007, p. 59), sin importar la causa ni su extensión.

A este grupo de casos pertenecen la reivindicación en caso de resolución de un derecho (arts. 1490 y 1491 del CC) y aquella que se sigue respecto de terceros cuando se ha declarado judicialmente la nulidad de un negocio jurídico (art. 1689 del CC). También comparece en este grupo la acción restitutoria a favor de aquel que pagó lo que no debía (art. 2303 del CC) y aquella derivada de la rescisión del decreto de posesión definitiva de los bienes del presuntamente

cipal discusión al respecto ha versado sobre la extensión de la reivindicación a esta clase de cuotas (Peñailillo Arévalo, 2019, pp. 1401-1404). Por su parte, el art. 899 del CC se ocupa de la legitimación pasiva de la reivindicación cuando la cosa está en manos de los herederos del poseedor original. En ese caso, la acción se dirige contra cada uno de los herederos por la parte que posea en la cosa, pero las prestaciones a las que estaba obligado el poseedor por razón de los frutos o de los deterioros que le eran imputables pasan a sus herederos a prorrata de sus respectivas cuotas hereditarias.

18 Para el contexto comparado, ver Barba (2024) y Barría Paredes (2017, pp. 137-140).

muerto (art. 94 del CC), que se extiende al supuesto de comprobación judicial de la muerte (art. 97 del CC). Las reglas sobre el efecto que tiene la resolución respecto de terceros dependen de la naturaleza mueble o inmueble de la cosa y del conocimiento real o presunto que el tercero tenía de la condición (Alcalde Silva, 2019a, pp. 80-86; González von Marés, 1920; Mejías Alonzo, 2016, pp. 288-294; Peñailillo Arévalo, 2003, pp. 453-473).¹⁹ El mismo criterio de protección del tercero de buena fe se observa en la resolución, rescisión y revocación de una donación (art. 1432 del CC). Se reconoce así, al menos para el ámbito inmobiliario, el principio de fe pública registral. Por el contrario, la reivindicación derivada de la nulidad del título de un antecesor no discrimina según la posición subjetiva del tercer poseedor y procede contra cualquiera que tenga actualmente la cosa. Con todo, dentro de esta categoría resulta posible efectuar algunas distinciones.

Respecto de la nulidad, la razón de que se conceda la acción reivindicatoria contra terceros poseedores es clara: si el negocio declarado nulo les da derecho a las partes para ser restituidas al mismo estado en el que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo (art. 1687 del CC), esa retroacción radical debe ir acompañada de una pretensión que permita recuperar las cosas que han pasado a poder de terceros, sin importar su calidad (Pinochet Olave y Concha Machuca, 2015; Momberg Uribe y Pizarro Wilson, 2018; Thibierge, 2010). La ley privilegia la retroacción del efecto transmisivo causado por el contrato nulo frente a la protección del tráfico. El problema se plantea debido a que la legitimación activa de la acción de nulidad es más amplia que aquella prevista para la reivindicación, puesto que ella puede ser ejercida por un tercero en la medida en que tenga interés en que se declare o cuando la acción se encuentra concedida en su beneficio (arts. 1683 y 1684 del CC). Por ejemplo, esto sucede cuando un acreedor pide la nulidad absoluta de la enajenación sobre una cosa que se encontraba embargada por decreto judicial, o cuando la mujer casada en sociedad conyugal solicita la nulidad relativa de la venta de un bien raíz social que el marido llevó a cabo sin su autorización.

Para salvar la carencia de legitimación en lo que ataña a la acción reivindicatoria, hay autores que han postulado una subrogación procesal por parte del

19 La tendencia comparada apunta hacia la protección de los terceros que han recibido atribuciones patrimoniales provenientes de un contrato resuelto por incumplimiento. En esos casos, la pretensión de restitución se ejerce en equivalente (Alcalde Silva, 2015a, pp. 596-598). Con todo, una posición intermedia consiste en permitir la restitución sólo respecto a los terceros de mala fe (Ruiz Arranz, 2023, pp. 574-602).

tercero que demanda de nulidad respecto del contratante que, por efecto de su declaración, se convertiría de nuevo en dueño de la cosa (Alcalde Rodríguez, 2000; Corral Talciani, 2018, pp. 717-718), aunque parece discutible que esta solución pueda ser aceptada en ausencia de un texto legal que expresamente autorice proceder de esa forma (Abeliuk Manasevich, 2001, pp. 689-690). En rigor, el art. 2466 II del CC sólo contempla un supuesto de subrogación procesal a favor de los acreedores respecto de los derechos que tenga el deudor como arrendador o arrendatario conforme a los arts. 1965 y 1968 del CC, que se refieren a la continuación del contrato cuando se ha trabado ejecución sobre la cosa o hay insolvencia declarada del arrendatario. De esto sigue que en el código chileno no existe un supuesto genérico de acción subrogatoria, como sucede, entre otros, en los Códigos Civiles de Francia (art. 1341-3), España (art. 1111) o Argentina (art. 739).²⁰

El alcance de la acción de quien pagó lo que no debía tiene ciertas particularidades, puesto que dicha pretensión quedó formulada con caracteres propios en el Código Civil chileno (Barrientos Grandon, 2018, pp. 241-248; Wegmann Stockebrand, 2019, pp. 240-245): ella impide perseguir la especie que es poseída por un tercero de buena fe que la adquirió a título oneroso (art. 2303 del CC). De esto se sigue que la reivindicación sólo procede contra el poseedor de mala fe. Adicionalmente, tampoco resulta procedente la acción en las adquisiciones a título gratuito, cuando la cosa no es legalmente reivindicable o no existe en poder del tercero (art. 2303 del CC). Frente a esta disciplina, para fijar el alcance de las prestaciones accesorias, cabe distinguir el carácter del título por el que adquirió el tercero. En general, cuando se trata de un título lucrativo, que es aquel que permite adquirir una cosa sin desembolso para el adquirente (Escriche Martín, 1852, p. 1193), la tutela parece agotarse en la restitución de la cosa poseída por otro, puesto que sólo se prevén unas obligaciones accesorias respecto del donatario: éste responde en los mismos términos en que lo haría el donante por los deterioros o pérdidas, lo cual exige indagar su buena o mala fe (art. 2303 II del CC). Esto parece ser una consecuencia del recelo con que se miran los actos gratuitos, que repercute en su fraccionaria disciplina (López Santa María y Elorriaga De Bonis, 2017, pp. 104-106). En la adquisición onerosa, por el contrario, la acción reivindicatoria quedará sujeta a las reglas generales.

Finalmente, el régimen restitutorio de la rescisión del decreto de posesión definitiva de los bienes del desaparecido y de la comprobación judicial de la

20 Alcalde Rodríguez (1987) defiende la existencia de la acción subrogatoria con carácter generales en el derecho chileno.

muerte se explica por la propia ineficacia de dicho acto procesal, que está concebida sin efectos retroactivos (Alcalde Silva, 2010, pp. 73-77). Por eso, el art. 94 del CC sólo permite recobrar los bienes en el estado en que se hallen, subsistiendo las enajenaciones, las hipotecas y los demás derechos reales constituidos legalmente en ellos (núm. 4º), considerándose a los demandados como poseedores de buena fe, a menos de prueba en contrario (núm. 5º).²¹

5.2.3 Las acciones restitutorias provenientes de los contratos reales

Hay un tercer grupo de supuestos especiales que está integrado por las acciones de restitución existentes a propósito de los contratos reales (art. 1443 del CC), que le permiten al contratante que ha efectuado la atribución patrimonial exigir de los herederos de quien la ha recibido el justo precio de la cosa que han enajenado en ignorancia del contrato, o bien que le cedan las acciones que tuviesen contra los terceros adquirentes. Así sucede en el comodato (art. 2187 del CC), el mutuo (art. 2202 del CC) y el depósito (art. 2231 del CC). Estas acciones son alternativas a la reivindicación, pues el comodante, el mutuante o el depositante pueden deducirlas cuando su ejercicio sea imposible, ineffectivo o no quieran hacer uso de aquélla, y son de naturaleza personal (Galván Bernabeu, 2008; Lazo González, 2017). Ellas comportan un supuesto de enriquecimiento injustificado que se conoce como *commodum ex negotiatione* (Alcalde Silva 2008, pp. 92-97; Basozabal Arrue, 2020a y 2020b; Díez-Picazo Ponce de León, 2007; Ruiz Arranz, 2022), también presente en el art. 1893 II del CC a propósito de las cosas envueltas en una venta que adolece de lesión enorme y que han pasado a poder de terceros, y en el art. 2302 del CC respecto a quien recibió un pago indebido y ha enajenado lo recibido estando de buena fe.

En estos casos, hay base textual para sostener que la reclamación puede comprender lo que en realidad valía la cosa (McCall, 2014, pp. 141-147) y no sólo lo que por ella recibió el comodatario, mutuario o depositario que la enajenó, salvo en el pago de lo no debido donde el art. 2302 del CC limita la restitución al “precio de la venta”.²² Basta pensar que con el negocio de disposición se podría enajenar la cosa por un precio mucho más bajo que el de mercado y sin que resulte posible el ejercicio de una acción revocatoria concursal, de suerte que el dueño sólo queda cubierto con la pretensión que se comenta. De lo que

21 El art. 94, núm. 6º del CC señala: “El haber sabido y ocultado la verdadera muerte del desaparecido, o su existencia, constituye mala fe”.

22 En la rescisión por lesión enorme, el art. 1893 II del CC permite que el vendedor se dirija contra el

no queda duda es de la exclusión de otros rubros complementarios, debido a la redacción de las reglas respectivas.

A este último grupo pertenece igualmente el derecho del fideicomisario a reclamar lo que existe de la cosa al tiempo de la restitución (art. 760 II del CC). Esta situación se conoce como “fideicomiso de residuo” (Peñailillo Arévalo, 2019, p. 1119) y, en apariencia, bloquea cualquier pretensión referida al valor que el propietario fiduciario ha obtenido por la cosa, puesto que se lo exonera de cualquier deterioro.

5.3 La acción de simple precario

Dentro de las acciones restitutorias queda todavía una que proviene de una construcción jurisprudencial (Domínguez Águila, 2005, pp. 341-346) y ha sido denominada por eso un “miembro honorario” del elenco de acciones reales (Atria Lemaitre, 2017). Se trata de la acción de simple precario o precario no contractual, que encuentra su fundamento en la situación descrita en el art. 2195 II del CC.²³ En rigor, y puesta en contraste con la acción reivindicatoria del art. 889 del CC y con aquella dirigida respecto al injusto detentador en el art. 915 del CC, la acción de simple precario procede contra el mero tenedor que, pese a saber que la cosa no es suya, carece de un título de tenencia que resulte oponible contra el dueño (Ramos Pazos, 1986, pp. 12-13; Rostién Casas, 2014, pp. 26-37 y 91-101). Sin embargo, la jurisprudencia ha desbordado los contornos trazados por el supuesto de hecho del citado 2195 II del CC, introduciendo una incertidumbre considerable en el ejercicio de esta acción, sobre todo mediante la relajación de la situación que justifica la tenencia de la cosa por parte del demandado. Los ejemplos son abundantes y crecientes (Academia de Derecho Civil UDP, 2024). La tendencia amplificadora se manifiesta tanto

comprador que ha vendido la cosa por más de lo que había pagado por ella. En tal caso, el primer vendedor puede reclamar este exceso, pero sólo hasta concurrencia del justo valor de la cosa, con deducción de una décima parte.

23 El Código Civil distingue, hacia el final del título dedicado al contrato de comodato, dos situaciones diversas: una contractual y otra no contractual. La primera recibe el nombre de comodato precario y se produce cuando el comodante se reserva la facultad de pedir la restitución de la cosa prestada en cualquier tiempo, o cuando ella no se presta para un servicio particular o no se fija tiempo para su restitución (arts. 2194 y 2195 I del CC). La segunda se denomina “precario no contractual”, “simple precario” o sólo “precario” y se da cuando existe “la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño” (art. 2195 II del CC). Hay varias diferencias entre ambas figuras (Ramos Pazos, 1986, pp. 8-10), pero la más relevante es la naturaleza de la acción: en el comodato precario, la acción es personal, mientras que en el simple precario tiene una naturaleza real.

en una relativización del concepto jurídico de “título” como en la independencia de éste de la tenencia por ignorancia o mera tolerancia del dueño, de suerte que, faltando el primero, se rechaza igualmente la acción si el demandante sabía que el demandado tenía la cosa en su poder.

A propósito de esta acción, se ha planteado también la existencia de prestaciones accesorias fundadas en la necesidad de evitar un enriquecimiento injustificado a favor del precarista (González Carzola, 2020, pp. 167-172; Halabí y Saffirio, 1996, pp. 107-114; Rostión Casas, 2014, pp. 168-171), cuya admisibilidad se enfrenta al dudoso argumento de que esas materias requieren de un juicio de lato conocimiento (Alcalde Silva, 2018, pp. 260-261). No parece existir duda en que, tratándose de inmuebles, el precarista goza del derecho para que se le pague el valor del edificio, plantación o sementera que hubiera hecho en su propiedad a ciencia y paciencia del demandante, o bien los que correspondan de acuerdo con las reglas de la buena y mala fe si la edificación, plantación o siembra fue hecha sin su conocimiento (art. 669 del CC).

Más discutible es la suerte de las reparaciones efectuadas por el demandado. Un ejemplo sirve para ilustrar el problema. Por sentencia de 10 de octubre de 2023, el Segundo Juzgado de Valparaíso acogió una demanda de simple precario y ordenó la restitución de un inmueble, pero sin reconvenCIÓN condenó al demandante al pago de las obras que el demandado había efectuado en el inmueble.²⁴ Bastó para esa condena la defensa del precarista, quien reconoció que el bien raíz era ajeno y lo había ocupado por encontrarse abandonado. Aunque no lo dice, la sentencia hace una analogía implícita entre la situación del precarista y la del poseedor vencido respecto del reembolso de los gastos necesarios. El art. 908 del CC le concede tanto al poseedor de buena como al de mala fe que ha sido vencido en el juicio reivindicatorio el derecho a que se le abonen las expensas invertidas en la conservación del bien que se restituye, distinguiendo para su valoración si ellas fueron destinadas a obras permanentes o a cosas que por su naturaleza no dejan un resultado material. Sin embargo, en el título de la reivindicación, esta regla se justifica por el hecho de que el demandado se conducía respecto del bien como poseedor, vale decir, como señor y dueño, lo que no sucede en el precario, donde se asume que la cosa es ajena y no se tiene un título para tenerla consigo. De hecho, respecto del arrendamiento de cosas, el Código Civil prevé la regla inversa: el arrendatario

²⁴ Segundo Juzgado Civil de Valparaíso, *Inversiones Gastronómicas y Hoteleras Niels Freyhofer c./Hernández*, 10/10/2023, rol núm. C-217-2022. El fallo fue confirmado por la Corte Suprema (Chile), 03/02/2025, rol núm. 61.648-2024.

es quien soporta las reparaciones locativas (art. 1940) y pierde las mejoras útiles que ha efectuado y que el arrendador no haya consentido expresamente en abonarlas (art. 1936). Incluso más, las reparaciones indispensables no locativas son de cargo del arrendador, siempre que no hayan sido ocasionadas por culpa del arrendatario y que éste le haya dado noticia lo más pronto para que las hiciese por su cuenta (art. 1935 del CC). Algo semejante ocurre en el usufructo, donde son de cargo del usufructuario todas las expensas ordinarias de conservación y cultivo (art. 795 del CC). En otras palabras, las inversiones habituales en cosa ajena, cuando hay un título legítimo de tenencia, ceden en beneficio del dueño, sin cargo de reembolso. Esta regla se recoge también en el régimen del derecho real de enfiteusis, que establece que los gastos de conservación los soporta el enfiteuta sin posibilidad de repetir (por ejemplo, arts. 1654 del Código Civil español y 964 del Código Civil italiano).

La Ley 21461 introdujo una novedad importante respecto de las reclamaciones por prestaciones accesorias, pues sujetó la acción de simple precario al procedimiento monitorio regulado en el Título III bis de la Ley 18101 sobre arrendamiento de predios urbanos (art. 18-K de esta última ley).²⁵ Con todo, en esta clase de procedimiento monitorio no hay renta que reclamar, de manera que la restitución se pide de inmediato (art. 18-G de la Ley 18.101). De esto se sigue que, cuando se acoge la demanda, el precarista debe ser requerido para que entregue el bien voluntariamente, bajo el apercibimiento de proceder en su contra con auxilio de la fuerza pública (art. 18-C de la Ley 18101). Esto plantea ya una primera cuestión en línea con la materia que ahora interesa: el procedimiento monitorio no puede ser empleado para el cobro de las cuentas por gastos comunes y de consumo de servicios básicos que no haya pagado el comodatario o precarista, pues esto traería consigo que el demandado pudiese enervar la acción pagando tales gastos (art. 18-E de la Ley 18101) y este no es el propósito perseguido por la acción, que busca la pronta restitución de la cosa que aquél tiene en su poder (arts. 2194 y 2195 del CC). Pero tampoco parece que esos gastos puedan ser cobrados por el dueño en un momento posterior, por la naturaleza puramente fáctica de la relación a la que se desea poner fin (Alcalde Silva, 2024).

Una vez que el demandado se defiende en el procedimiento monitorio, su oposición configura y delimita necesariamente el objeto del juicio declarativo posterior que decida iniciar el demandante, y no se pueden discutir en él cues-

25 Sobre la remisión al procedimiento monitorio, véase Larroucau Torres (2023).

tiones diversas de la existencia de la obligación de restituir y de las alegaciones y excepciones planteadas por el precarista en el procedimiento monitorio (art. 18-H II de la Ley 18.101). Esto significa que el dueño ve restringido el contenido de lo que puede demandar con posterioridad, ya que sólo puede reclamar la restitución de la cosa, que fue lo que pidió a través del procedimiento monitorio.

Dado que el procedimiento monitorio no es excluyente, nada impide que el dueño acuda desde el inicio al juicio ordinario y, entonces, sus posibilidades son mayores.²⁶ Por una parte, porque puede demandar (al menos en abstracto) tanto la restitución de la cosa como los deterioros sufridos en la cosa o los frutos dejados de percibir. Por otra, porque no existe impedimento para que la acción de simple precario se ejerza junto con otras acciones reales dispuestas de manera subsidiaria (art. 17 del CPC), de suerte que el tribunal quede en la posibilidad de acceder a la restitución por el cauce que estime más idóneo. Al menos de esta forma se consigue, desde una perspectiva funcional, que el dueño cuente con un modo de recuperar la cosa que le pertenece, con independencia de la calidad jurídica que ostente quien la tenga. Y esto ya es bastante, considerando la falta de criterios jurisprudenciales claros en la materia a la que antes se aludía. Si esto sucede, el precario volverá a reconfigurarse judicialmente, como ha venido sucediendo desde su origen, y cabe esperar que se mejore su incardinación en el sistema de acciones reales que el propietario tiene a su favor para recuperar la cosa que está en manos de otro.

Cuando el dueño eligió el procedimiento monitorio y, debido a la oposición del demandado, se encuentra luego con la carga de iniciar un juicio declarativo con la limitación ya indicada, queda la duda de si puede volver a demandar en ese juicio diverso y posterior por los deterioros o frutos. La respuesta es parcialmente negativa.

Dada la estructura del simple precario, que supone que un tercero tenga un bien por ignorancia o mera tolerancia de su dueño (art. 2195 II del CC), no parece defendible que el aprovechamiento de los frutos naturales de la cosa por parte de aquél o la falta de percepción de los frutos civiles por el demandante sea una situación que el derecho ampara. Se trata de actos que al dueño no le producen gravamen y resultan inocuos (art. 2499 del CC). Dicho estado cesa cuando decide poner fin a la tolerancia sobre el uso de la cosa, demandando su

26 El art. 2º de la Ley 21461 eliminó la referencia al comodato precario como uno de los casos en los que debe aplicarse el procedimiento sumario (art. 680, núm. 6º del CPC). De esto se sigue que, salvo que la controversia se pueda considerar que requiere de una tramitación rápida para ser eficaz, el procedimiento aplicable resulta ser el ordinario (arts. 3º y 680 del CPC).

restitución. Sin embargo, la situación no se puede equiparar con las prestaciones mutuas de la reivindicación, donde la contestación de la demanda hace que el poseedor se considere de mala fe (art. 907 III del CC). Aquí, la devolución material del bien agota la tutela restitutoria. Tampoco el demandando puede pretender alguna compensación, como ya se ha dicho, porque su situación era precaria y, en cualquier momento, se encontraba expuesta a terminar ante el solo requerimiento del dueño.²⁷

No sucede lo mismo con la tutela indemnizatoria, que se rige por la disciplina propia de la responsabilidad civil. El dueño sí puede demandar el resarcimiento de los daños que el precarista haya ocasionado en la cosa, siguiendo la regla general del art. 2314 del CC. Esto significa que la pretensión queda delimitada por los detrimientos patrimoniales que el demandante señale haber sufrido por la privación de la cosa como consecuencia del simple precario. Los problemas estarán dados por los requisitos de licitud y de tolerancia del daño mínimo y por el factor de imputación subjetiva que debe acreditarse, en especial cuando la tenencia proviene de un actuar permisivo de parte del dueño y que lleva a considerar la concurrencia causal de su comportamiento como un criterio de morigeración del resarcimiento (art. 2330 del CC).

El daño requiere ciertos requisitos para ser indemnizado. Una de esas exigencias es que la víctima debe soportar cierto nivel de daño socialmente posible de provocar (Corral Talciani, 2013, pp. 140-141). En el simple precario, esta exigencia se puede justificar sobre la base del principio de autorresponsabilidad en el cuidado de los propios bienes, en especial cuando se sabe que un tercero está en poder de uno de ellos y pueden ejercerse las acciones necesarias para que esa situación cese.²⁸

En cuanto a la imputación subjetiva de los daños sufridos por el dueño, la situación es diversa según se trate del comodato precario o del simple precario. Para el primero, los arts. 2178 y 2179 del CC señalan cuál es el grado de responsabilidad por la que responde el comodatario. Aunque en principio el estándar es la culpa levisima, éste puede variar según a favor de quién ceda el contrato. De hecho, cuando el comodante se reserva la facultad de pedir la restitución en

27 De forma indirecta, el art. 2195 II del CC en realidad quiere decir que la cosa que el precarista detenta no fue recibida del dueño (porque entonces habría la entrega que perfeccionaba un comodato, siquiera bajo la modalidad precaria del art. 2195 I del CC), sino que comenzó a tenerla por ignorancia (el dueño no sabía de la detención) o mera tolerancia (sabiendo de ella, no hizo nada para impedirla en un comienzo) de éste. Ahí reside la diferencia entre la mera tenencia (art. 715 del CC) y la tenencia precaria.

28 La Ley 21633 modificó los Códigos Penal y Procesal Penal con el fin de regular los delitos de ocupación.

cualquier tiempo (art. 2194 del CC), parece ser que el contrato cede sólo en su favor y, por consiguiente, el comodatario responde hasta la culpa grave. Se trata de una situación semejante a la del depósito (art. 2222 del CC). En cambio, en el simple precario, la situación es extracontractual y el precarista responderá conforme de culpa leve, que es el estándar habitual de diligencia exigida (art. 44 III del CC). Pese a la asimilación entre los supuestos de precario que hace el Código Civil, los estándares de diligencia exigible no se pueden aunar, sobre todo considerando que la culpa levísima está basada en aquel cuidado que una persona juiciosa emplea en la administración de sus negocios importantes (art. 44 V del CC), y éste no se concilia con la ignorancia o mera tolerancia que explica la detención en el simple precario.

5.4 Las acciones reivindicatorias concursales

Dentro de los efectos que trae consigo la resolución de liquidación, la Ley 20720 sienta el principio de que se pueden entablar las acciones reivindicatorias que sean procedentes según las reglas generales (art. 150 I) y también otras tres referidas a efectos de comercio (art. 151), mercaderías consignadas al deudor por un título no traslaticio de dominio (art. 152) y mercaderías en tránsito (art. 156). Sólo en el último de estos casos la acción tiene estructura reivindicatoria (“el vendedor no pagado podrá dejar sin efecto la tradición, recuperar la posesión y pedir la resolución de la compraventa”), porque la ley la concibe como una facultad especial a favor del vendedor y se ejerce respecto a los agentes encargados de la conducción de las mercaderías (art. 155). Por el contrario, en los otros dos supuestos, y aunque se hable de reivindicación, el conflicto no es estrictamente dominical, sea por la naturaleza del bien o del título por el cual se detenta.

La terminología empleada para designar estas acciones es ajena al Código Civil y procede del Código de Comercio (Alcalde Silva, 2016a, pp. 1242-1253). Sus arts. 1509 y 1510 contenían el mismo texto que los actuales arts. 151 y 152 de la Ley 20720, permitiendo una suerte de “reivindicación concursal” en las situaciones ahí tratadas. La única diferencia era que el art. 1511 del CCom

ción ilegal de inmuebles, fijar nuevas penas y formas comisivas e incorporar mecanismos eficientes de restitución. Uno de los nuevos tipos penales contempla una situación muy similar al precario. Se trata de la ocupación total o parcial de un inmueble, sea público o privado, llevada a cabo sin violencia o intimidación en las personas ni daño en las cosas (art. 458 del Código Penal). De esto se sigue que el legítimo poseedor o tenedor puede recuperar el inmueble también por esta vía, sin acudir a la acción civil que aquí se ha explicado.

excluía la procedencia de la reivindicación fuera de los dos casos señalados previamente (hoy recogidos en los arts. 151 y 152 de la Ley 20720), mientras que el art. 150 de dicha ley admite ahora el ejercicio de las acciones reivindicatorias que sean procedentes según las reglas generales. Por su particular fisonomía, la doctrina suele preferir la denominación de “acciones de separación de bienes” para mentar estos casos (Puelma Accorsi, 1983, p. 154; Gómez Balmaceda y Ezaguirre Smart, 2011, p. 284; Puga Vial, 2014, p. 499; Román Rodríguez, 2011, p. 813; Ruz Lártiga, 2017, p. 1046). En otras palabras, aunque se use el término “reivindicación”, éste no está utilizado en el sentido que le asigna el art. 889 del CC y que se ha revisado en el apartado 3 precedente.

La denominación aparece ya en los manuscritos del redactor del proyecto del Código de Comercio, el riojano José Gabriel Ocampo (Brahm García, 2009, p. 454), y responde a que la tendencia histórica había sido la de limitar el campo de la reivindicación que podía ejercer el vendedor impagado para recuperar la cosa, sin que al mismo tiempo se produjese la resolución del contrato (Cabrillac et al., 2007, p. 56).²⁹ Una aplicación de esta idea existía en las dos leyes de prelación de créditos que precedieron al Código Civil chileno. Se trata de las Leyes de 31 de octubre de 1845 y de 25 de octubre de 1854.³⁰

En ambas leyes se permitía que el dueño pudiese recuperar las especies que existían en poder del deudor insolvente sin perjuicio de los derechos que a éste correspondían sobre ellas en virtud del título que justificaba la tenencia (arts. 2º de la Ley de 1845 y 1º de la Ley de 1854). En la segunda de esas leyes incluso se señalaba quiénes eran los acreedores que revestían esta calidad y se mencionaba entre ellos al “vendedor de una especie enajenada al contado, a quien no se hubiese pagado el precio” (art. 1º, núm. 6º), y al “vendedor de una cosa raíz al contado, cuyo precio no hubiese sido satisfecho en parte alguna” (art. 1º, núm. 7º). Esto significaba que, pese a la compraventa, el vendedor seguía siendo dueño si había vendido al contado y no se le había pagado el precio, como disponían las Siete Partidas (3, 28, 47). En esta ley se recogía todavía el criterio de transferencia de la propiedad del Proyecto de 1853 (arts. 821 y 2009) y no el del Proyecto Inédito (art. 821), que es contemporáneo a la Ley de 1854 sobre prelación de créditos. La razón es que esta última proviene del proyecto presentado al Congreso el 31 de julio de 1852, de suerte que las reglas que en ella se recogen corresponden a las ideas que por entonces tenía Bello, quien trabajaba

29 Goldenberg Serrano (2024, pp. 38-57) explica los distintos modelos que han surgido históricamente para depurar la masa activa del concurso.

30 Sobre dichas leyes, véase Bravo Lira (1981), Barrientos Grandon (2015, pp. 118-123).

en la versión final y completa de un proyecto de Código Civil que aparecería publicado a comienzos del año siguiente (Castelletti Font, 2023, p. 263).

Por el contrario, el Código Civil volvió al criterio general de la Ley de 31 de octubre de 1845 y formuló de manera genérica el derecho de separación concursal, sin incurrir en el casuismo de la Ley de 1854. El resultado es el art. 2466 del CC (Goldenberg Serrano, 2024, pp. 57-61). Es de notar que en ninguna de esas tres fuentes se habla de reivindicación, sino sólo de la conservación de los derechos que le competen al acreedor en su calidad de dueño sobre las especies identificables que existan en poder del deudor insolvente, lo que guarda correspondencia con la regla del actual art. 1874 del CC, que conduce la recuperación de la cosa vendida y no pagada por un cauce meramente obligacional (art. 1873 del CC) y no real, como sucede en el derecho francés (Goldenberg Serrano, 2024, pp. 53-57). Esto proviene de que en el sistema pensado por Bello la reivindicación no era un curso posible para el vendedor impagado, porque tenía a su disposición los medios de tutela reconocidos frente a cualquier incumplimiento (Aguirre Vargas, 1891), como prevé el art. 1873 del CC, mientras que el derecho de separación comportaba un supuesto extremo reservado sólo para las situaciones concursales (Alcalde Silva, 2016, pp. 1242-1253). En este contexto, la acción del citado art. 2466 del CC tiene por objeto la sola detraccción del bien en cuestión de la masa concursal y posee un carácter meramente declarativo, cumpliendo una finalidad semejante a la tercería de dominio (art. 518 del CPC) en sede concursal (Goldenberg Serrano, 2024, p. 61).

El campo de la reivindicación concursal es complementario de la depuración de la masa activa que se logra merced a la acción del art. 2466 del CC. Ahí caben la acción reivindicatoria, pero también la publiciana, las querellas posesorias y las acciones personales fundadas en un crédito de restitución o entrega (Goldenberg Serrano, 2024, pp. 57-61). Por consiguiente, estas acciones reivindicatorias tienen una finalidad concreta dentro del régimen de la liquidación concursal, pues están destinadas a evitar que ciertos bienes pasen a formar parte de la masa activa y sean realizados, procurando un medio de recuperación rápido a su respecto a favor de sus dueños. De ahí que, en la práctica, su tramitación se efectúe a través de la audiencia del artículo 131 de la Ley 20720, cuestión que ha sido refrendada después de la modificación introducida en esa norma por la Ley 21563. Ella está destinada a resolver todas las cuestiones que se susciten entre el deudor, el liquidador y cualquier otro interesado en relación con el dominio, la posesión, la mera tenencia o la administración de los bienes sujetos al procedimiento concursal de liquidación.

Puede existir alguna duda en torno a la discusión de las prestaciones accesorias derivadas de estas acciones reivindicatorias concursales. Mientras se encuentre vigente el procedimiento concursal de liquidación, el tribunal competente para conocer de cualquier nuevo juicio es aquel que está conociendo de dicho procedimiento (art. 142 de la Ley 20720). Sin embargo, cualquier reclamación adicional parece quedar reducida a los daños producidos, que no se extinguén al dictarse la resolución de término dado su carácter extracontractual (art. 255 de la Ley 20720).

5.5 La acción restitutoria respecto del que ha hurtado o robado una cosa

La acción civil que tenga por objeto únicamente la restitución de la cosa se debe interponer siempre durante el respectivo procedimiento penal ante el juez de garantía (arts. 59 y 189 del CPP). La resolución que se pronuncie sobre esta acción se limita a declarar el derecho del reclamante sobre dicho objeto, pero no se efectúa la devolución de éste hasta después de concluido el procedimiento, a menos que el tribunal considere innecesaria su conservación (art. 189 II del CPP). Como fuere, cuando se trata de cosas hurtadas, robadas o estafadas, ellas se entregarán al dueño o legítimo tenedor en cualquier estado del procedimiento, una vez comprobado su dominio o tenencia por cualquier medio y establecido su valor (art. 189 III del CPP). Esta solicitud puede ser administrativa o, en caso de no prosperar, ante el juzgado de garantía correspondiente (art. 14, letra a) del Código Orgánico de Tribunales). Por cierto, nada impide que durante la tramitación del procedimiento penal la víctima pueda ejercer respecto al imputado todas las restantes acciones que tuvieren por objeto perseguir las responsabilidades civiles derivadas del hecho punible, las cuales pueden ser conocidas también por el tribunal civil correspondiente (art. 59 II del CPP). La discusión que ha suscitado esta acción es si ella excluye o no la obligación del demandante de reembolsar al que tiene la cosa por lo que haya dado por ella y lo que haya gastado en repararla y mejorarla que establece el art. 890 II del CC (Alcalde Silva, 2025).

La verdad es que la contradicción no se presenta cuando las cosas están en poder de quien las ha sustraído o estafado, pues entonces ellas provienen del delito y no de una adquisición en un establecimiento comercial. El supuesto sólo podría ser posible cuando la restitución se reclama del receptor (art. 456 A del Código Penal), pero tampoco parece que quepa la excepción dado que ella se basa en la presunción de legitimidad de la adquisición, lo cual no sucede

en este caso por tratarse de un delito. Este delito supone que la persona que lo comete, conociendo su origen o no pudiendo menos que conocerlo, tenga en su poder, a cualquier título, especies hurtadas, robadas u objeto de abigeato o sustracción de madera, de recepción o de apropiación indebida, las transporte, compre, venda, transforme o comercialice en cualquier forma, aun cuando ya hubiese dispuesto de ellas. En otras palabras, tiene conocimiento real o presunto de la ilicitud de la adquisición y esto impide acceder al beneficio del art. 890 III del CC, que supone como premisa que la adquisición haya sido regular y en un establecimiento conocido.

Relacionado con estas acciones se encuentra el modo en el que el Código de Minería trata la reivindicación y el robo o hurto de minerales. La regla general es que no son reivindicables, en forma alguna, los minerales adquiridos de persona que explote una pertenencia o comercie en minerales en la misma zona (art. 223). La compra de minerales hurtados o robados a una persona distinta de las recién señaladas sujeta al comprador a la presunción de encubridor de hurto o robo, cuando la compraventa se ha verificado sin dejar constancia escrita y firmada por las partes y por dos testigos conocidos en el lugar, de la clase, ley y peso del mineral vendido, del precio estipulado y de la fecha de la compraventa (art. 224). Cuando eso sucede y se encuentra justificada el hurto o robo, el juez ha de ordenar la restitución de los minerales una vez que el interesado acredite que los que se reclama son iguales a los que produce su pertenencia (art. 225). Esta restitución funciona como un equivalente de la acción general del art. 189 del CPP.

Con todo, ambas acciones, la del Código Procesal Penal y aquella del Código de Minería, comprenden solamente la restitución de la cosa que ha sido objeto del delito perseguido, sin otras prestaciones accesorias referidas a pérdida, deterioros, frutos o gastos. Ellas podrán ser objeto de las demás acciones civiles que admite el procedimiento penal (art. 59 II del CPP), como ya se ha dicho.

5.6 Otros supuestos penales relacionados con la restitución

Si el efecto principal de la reivindicación es la recuperación de la cosa demandada, ella debe ir acompañada de la constancia jurídica que sea necesaria en el registro donde figure el derecho a nombre del demandante. La inscripción que exista a favor de un tercero debe ser cancelada por la sentencia que ordena la restitución (art. 728 del CC). El mismo efecto se observa en ciertos tipos penales, donde la remoción de las consecuencias del delito cumple una finali-

dad equivalente a la tutela reivindicatoria, por lo menos como un mecanismo funcional relacionado con la dimensión jurídica que ella entraña. Así ocurre con el delito de obtención maliciosa de la calidad de poseedor regular según el procedimiento de saneamiento del Decreto Ley 2695, de 1979, previsto en el art. 9º de esa ley, y también del que fue incorporado en el art. 460 bis del Código Penal por la Ley 21064, relativo a la duplicación a sabiendas de la inscripción conservatoria de un derecho de aprovechamiento de aguas. Como fuere, y con carácter general, el art. 348 del CPP permite que la sentencia condenatoria establezca mecanismos de reparación accesorios destinados a remover los efectos del delito cometido. En uso de esta potestad, el juez puede ordenar la cancelación de la inscripción conservatoria que exista a favor del condenado en aquellos delitos que involucren falsedad documental, como sucede con la estafa, la falsificación de instrumento público, el contrato simulado, etc. (Sepúlveda Larrouau y Saquel Olivares, 2015; Zegers Reyes, 2011). Nada impide que esta cancelación sea el objeto de la acción civil ejercida en sede penal (Ruiz Pulido, 2000, p. 173; Marín González, 2005, p. 26), la cual no parece que sea de ejercicio necesario e indispensable. El art. 728 del CC sólo exige que la cancelación sea ordenada por una sentencia judicial, sin calificar su naturaleza.

6. Ensayo de síntesis: la necesidad de construir un régimen para las prestaciones accesorias respecto de las “acciones reivindicatorias especiales”

La revisión de los distintos casos en los que el ordenamiento chileno le concede al dueño de la cosa una pretensión destinada a su restitución demuestra que no existe una remisión expresa y genérica al régimen de las prestaciones mutuas de la reivindicación ni tampoco una disciplina especial sobre los rubros accesorios que suela acompañar dichas pretensiones, salvo cuando la acción se concibe como una proyección de la reivindicatoria (como sucede con la acción publiciana y con aquella contra el injusto detentador) o va acompaña de algunas reglas adicionales (como ocurre con la reivindicación en ciertos contextos de ineeficacia de un negocio jurídico). Descartado un régimen propio o por remisión para las obligaciones accesorias en la mayoría de las acciones que se ha revisado en ellos apartados precedentes, la pregunta es si éste podría ser aquel de las prestaciones mutuas que acompañan a la reivindicación o, por el contrario, si hay que construir uno específico para cada caso sobre la base de la disciplina general de la responsabilidad civil o el enriquecimiento injustificado, en la medida en que concurran sus requisitos propios.

En principio, la primera de esas soluciones sólo es posible cuando la regla remite explícitamente a la acción reivindicatoria o sus prestaciones mutuas o cuando se concluya que se trata de una acción que cumple su misma función. Como fuere, la jurisprudencia ha estimado desde antiguo que las reglas sobre prestaciones mutuas que acompañan a la reivindicación son aplicables a otros casos que envuelven la restitución de una cosa y requieren la liquidación del estado posesorio (Barrientos Grandon, 2016, pp. 1048-1049). Esta solución exige cautela con el uso de la analogía, para no olvidar que ese expediente debe ser empleado sin excluir su componente axiológico y guardando de establecer una relación reflexiva y simétrica, que no es de estricta semejanza (Atienza, 1985). De esto se sigue que, en algunos casos, resulta necesario introducir ciertos acomodos impuestos por la calidad de las partes (por ejemplo, la manera de concebir la buena o mala fe a propósito del injusto detentador, puesto que el art. 706 del CC asume como presupuesto que ha mediado una adquisición *a non dominio* de la cosa). La tendencia en el derecho comparado ha sido regular de manera unitaria el régimen de las restituciones bajo una lógica propia,³¹ de manera similar a aquella que se ha ido imponiendo en el derecho anglosajón, sobre todo por influjo de Birks (1988).

La segunda solución parece más razonable y presenta menos problemas de coordinación. Como el derecho privado se asienta sobre una idea de correlatividad normativa (Weinrib, 2017, p. 164), resulta necesario establecer un mecanismo de justicia correctiva que equilibre las posiciones patrimoniales de las partes (Calabresi y Melamed, 1996). Ella puede ser justificada a la luz del principio de equidad con el que se clausura el ordenamiento chileno (arts. 24 del CC y 170, núm. 5º del CPC),³² el cual consiste en una especie de sentido común aplicado al derecho que atiende a sus líneas rectoras más que a soluciones concretas y predeterminadas (Sériaux, 2014, pp. 133-134). La concreción de ese principio obliga a acudir a las reglas generales sobre la interdicción del enriquecimiento injusto y el resarcimiento del daño causado, aunque esto ya entraña una dificultad (Mejías Alonzo, 2018). Pero ella puede ser solventada a partir de una interpretación finalista de la regla que consagre la respectiva acción y, sobre todo,

31 Malaurie (1991) es un ejemplo temprano de estos esfuerzos por unificar dicho régimen y coincide con el esfuerzo sistematizador del Código Civil de Quebec de ese mismo año, que dedica el Capítulo IX del Título I de su Libro IV a la restitución de prestaciones.

32 Guzmán Brito (2005) explica el sentido de la expresión “equidad natural” y “principios de equidad” que emplean las dos normas citadas. Por su parte, Llamas (2000, p. 200) se refiere a la función que ese concepto cumple como regla de clausura de un ordenamiento.

de los requisitos propios de cada uno de esos regímenes, que exigen acreditar un factor de imputación cuando se demanda un daño o demostrar el efectivo enriquecimiento del demandado si se pretende evitar la radicación de un desplazamiento patrimonial a su favor como consecuencia de la tenencia de la cosa.

Esto no es algo extraño al Código Civil. Por ejemplo, las acciones posesorias, que conceden una tutela basada en la conservación o restitución de la posesión del demandante (arts. 916 y 921 del CC y 549 del CPC), no admiten prestaciones accesorias por frutos, pérdida o deterioro de la cosa, de suerte que cualquier reclamación adicional debe ser reconducida a través de la acción indemnizatoria que se le concede al poseedor (arts. 921, 926 y 927 del CC), cuya discusión se posterga para la etapa de cumplimiento del fallo (Tocornal Gandarillas, 2020, p. 77). Por consiguiente, el demandante sólo podría reclamar aquellos rubros que constituyan daño y provengan de un comportamiento suyo de carácter antijurídico, pero no otros que involucren un enriquecimiento respecto al demandado por el uso o goce del inmueble en cuestión (Gordley, 2007, pp. 138-139).

La premisa basal para articular el régimen aplicable a estas prestaciones accesorias depende de la existencia o ausencia de una relación jurídica previa entre las partes. Esto significa que la presencia de ese régimen absorbe las distintas cuestiones que se puedan suscitar entre las partes y otorga una pretensión propia de restitución. Así ocurre, por ejemplo, con el usufructo o el arrendamiento respecto de la regla residual de edificación, plantación o siembra en suelo ajeno del art. 669 del CC (Elizari Urtasun, 2021, pp. 82-87). En los demás casos, como se ha dicho, las alternativas que se ofrecen al dueño son la responsabilidad civil o el enriquecimiento injustificado (Barros Bourie, 2009), siempre que el sentido de la regla que concede la respectiva acción no quede circunscrita a la sola restitución material o por equivalente de la cosa, excluyendo otros rubros. Con todo, cuando resulta posible acudir a esos mecanismos complementarios, también hay una labor hermenéutica en torno a las normas aplicables.

Así pues, el régimen indemnizatorio es aquel de la responsabilidad extracontractual (art. 2314 del CC), dado que no existe un vínculo previo entre las partes, el cual opera con sus propias reglas para delimitar el daño resarcible y establecer su conexión causal con el hecho del responsable (Barros Bourie, 2020, pp. 244-259 y 415-418).³³ Respecto del enriquecimiento injustificado, y en ausencia de un régimen básico en el derecho chileno, las reglas aplicables deben ser obtenidas por inducción (Cornejo Aguilera, 2010).

33 Hay ciertos supuestos excepcionales en los que la responsabilidad puede ser contractual. Así sucede con la resolución de un contrato por incumplimiento (art. 1489 CC).

Sin embargo, no se puede formular un tratamiento unívoco para los gastos o impensas (González-Palenzuela Gallego, 1998, p. 36), puesto que hay ciertos provechos que no deben ser restituidos (por ejemplo, arts. 974, 1090, 1883, 1893 y 1894 del CC). En este sentido, el principal correctivo es aquel pensado para incentivar el aprovechamiento económico de una cosa en manos de quien la tiene en su poder por un error de hecho. De ahí que también en sede de reivindicación las prestaciones mutuas cumplan tanto funciones resarcitorias como restitutorias (Barría Díaz, 2020), y que ellas equilibren las posiciones de las partes sobre la base de estas ideas de enriquecimiento o empobrecimiento, por una parte, y de buena o mala fe, por otra.

Por ejemplo, el tratamiento más favorable que recibe el poseedor de buena fe se justifica porque éste se encontraba en la ignorancia de que su posesión no tenía correspondencia con una titularidad efectiva (art. 706 del CC), de manera que ese estado de conciencia excusable justificaba que se sirviese de la cosa, incluso occasionándole un menoscabo que no le supusiese un incremento patrimonial (art. 906 del CC). Esto explica que la buena o mala fe se juzgue, para los frutos, al tiempo de su percepción, y para las expensas y mejoras, al tiempo en que fueron hechas (art. 913 del CC), porque son los momentos en los que el aprovechamiento o el gasto están condicionados por la conciencia del poseedor. Como fuere, la buena fe se pierde irremediablemente al momento de contestar la demanda en lo que atañe a la devolución de los frutos (art. 907 III del CC) y el pago de las expensas útiles (art. 909 del CC), porque el demandado ya sabe que su posición admite cuestionamientos (Pinochet Olave, 2018).

Por último, corresponde diferenciar los casos en los que tiene sentido la aplicación de las reglas indemnizatorias o restitutorias, determinando sus ámbitos de aplicación y sus respectivas consecuencias. Admitida la posibilidad de que ambos sistemas correctivos proceden en ciertos casos donde, conforme al ámbito de protección de la regla respectiva, la tutela procesal no se agota en la sola restitución de la cosa a su titular, resulta necesario delimitar la manera en que se produce esa concurrencia para que lo obtenido por el demandante no signifique una doble cobertura de la misma partida (Pino Emhart, 2019, p. 392). Esto requerirá de un juicio prudencial y casuista. Algunos ordenamientos contemplan una regla en este sentido. Por ejemplo, el Código Civil italiano señala que el dueño que recupera materialmente la cosa de su actual poseedor o tenedor es obligado a reembolsar al anterior poseedor lo que recibió de éste en virtud de su demanda (art. 948 II).

7. Conclusiones

Este trabajo ha abordado el régimen que prevé el derecho chileno para las llamadas “acciones reivindicatorias especiales”. Se trata de casos en los que la ley describe una acción que se asemeja a la reivindicatoria, o bien designa con ese nombre a la pretensión que concede, aunque en ella no se dé el conflicto propio entre el dueño no poseedor y el poseedor no dueño que caracteriza a la acción de dominio en el diseño del Código Civil. La revisión de las acciones de esta clase ha quedado circunscrita a aquellas presentes en los Códigos Civil y de Comercio, con la salvedad de las pretensiones que la Ley 20720 contempla a propósito del procedimiento concursal de liquidación, por su histórica denominación de “acciones reivindicatorias”.

En su mayoría, estas acciones no tienen un régimen definido para las prestaciones accesorias que el demandante puede reclamar por concepto de pérdida, deterioros, aumentos, frutos, o las expensas que el demandado puede cobrar a su vez, y no parece posible extender sin más, por analogía, la disciplina de las prestaciones mutuas que cierra el título sobre reivindicación en el Código Civil (Libro II, Título XII, § 4), aunque ese haya sido el criterio jurisprudencial asentado en la materia. Esta ausencia aboca a dos soluciones posibles: o el demandante nada puede pretender por esos rubros o, por el contrario, ellos deben ser reconducidos a las reglas generales sobre el resarcimiento del daño y el enriquecimiento injustificado, determinando la compatibilidad entre estos dos mecanismos correctivos para evitar una doble cobertura de la misma partida reclamada. La segunda de estas posibilidades es la más plausible, sobre todo considerando que la regla de clausura del ordenamiento chileno es el principio de equidad, que exige determinar la cosa justa en cada caso y, por consiguiente, situar a las partes en una adecuada posición de equilibrio patrimonial.

Bibliografía

- Abeluik Manasevich, R. (2001). *Las obligaciones* (4^a ed., tomo II). Editorial Jurídica de Chile.
- Academia de Derecho Civil UDP. (2024). *La acción de precario en la Corte Suprema. Edición propia*. https://academiaderechocivil_udp.cl/cms/wp-content/uploads/2024/08/La-accion-de-precario-en-la-jurisprudencia-de-la-Corte-Suprema-Academa-de-Derecho-Civil-UDP-2.pdf
- Aguirre Vargas, C. (1891). La resolución de la venta por no haberse pagado el precio ¿da acción reivindicatoria al vendedor? En *Obras jurídicas* (pp. 313-330). Imprenta Gutenberg.
- Alcalde Rodríguez, E. (1987). La acción subrogatoria. *Revista Chilena de Derecho*, 14(2-3), 335-394.

- Alcalde Rodríguez, E. (2000). La resolución y la nulidad y el ejercicio de la acción reivindicatoria por terceros: dos hipótesis de subrogación. *Revista Chilena de Derecho*, 27(3), 461-467.
- Alcalde Silva, J. (2008). El *commodum repraesentationis* del artículo 1677 del Código Civil. *Pro Jure Revista de Derecho*, 31, 37-161.
- Alcalde Silva, J. (2010). La rescisión en el Código Civil chileno. En Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Concepción (Ed.), *Estudios de derecho civil V* (pp. 47-77), Abeledo Perrot/Legal Publishing.
- Alcalde Silva, J. (2015a). Bases para una sistematización de los efectos de la resolución por incumplimiento. En Vidal Olivares, A., Severín Fuster, G. y Mejías Alonzo, C. (Eds.), *Estudios de derecho civil X* (pp. 579-600). Thomson Reuters.
- Alcalde Silva, J. (2015b). Las diversas acciones de restitución a favor del propietario de un bien raíz. La improcedencia de solicitar el lanzamiento a través de un juicio arbitral cuando han prescrito las acciones emanadas de la sentencia que condenó a la restitución del inmueble arrendado. La denuncia del litigio como medida protectora de los subarrendatarios. La aplicación de los arts. 915 y 2195 II CC como supuestos diferenciados de restitución. Tribunal arbitral (árbitro arbitrador Claudio Illanes Ríos), sentencia de 18 de junio de 2013, rol CAM núm. 1572-2012, cumplida mediante exhorto ante el 11º Juzgado Civil de Santiago, rol núm. E-42-2014. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 25, 231-256.
- Alcalde Silva, J. (2016a). La eficacia de la reserva de dominio en el Derecho chileno. *Anuario de Derecho Civil*, 69(4), 1195-1258.
- Alcalde Silva, J. (2016b). Los supuestos de tenencia reconocidos por el derecho. El concepto de título de mera tenencia o no traslaticio de dominio. La sociedad conyugal como título de tenencia suficiente para enervar una acción de precario ejercida por un tercero. La oportunitad de la sociedad conyugal a terceros por parte de la mujer. El precario entre cónyuges. La legitimación activa de la acción de precario, especialmente cuando es ejercida por un usufructuario. La tutela del usufructuario. Corte Suprema, sentencia de 4 de mayo de 2015 (rol núm. 31.925-2014). *Revista Chilena de Derecho Privado*, 26, 285-310.
- Alcalde Silva, J. (2018). La acción contra el injusto detentador del artículo 915 CC. El poseedor a nombre ajeno es el supuesto general de mera tenencia. La ocupación de un bien raíz fiscal sin autorización o concesión de la autoridad respectiva no confiere al ocupante más que una tenencia precaria. Las consecuencias que trae consigo la ampliación jurisprudencial de la legitimación pasiva de la acción reivindicatoria. Una propuesta de reconstrucción del sistema de acciones reales. Corte Suprema, sentencia de 12 de diciembre de 2017 (rol núm. 12.210-2017). Westlaw: CL/JUR/7873/2017. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 30, 221-239.
- Alcalde Silva, J. (2019a). El contenido de la restitución derivada de la resolución por incumplimiento. En Saavedra Alvarado, R. y Peuriot Canterini, L. F. (Eds.), *Estudios de derecho civil, comercial y marítimo en homenaje al profesor Leslie Tomasel Hart* (pp. 37-91). EDEVAL.
- Alcalde Silva, J. (2019b). La acción del artículo 915 CC es equivalente a la acción reivindicatoria propiamente tal, siendo competencia del tribunal efectuar la calificación sobre la forma en que el demandado ocupa el bien que se reclama. No resulta admisible la prescripción adquisitiva extraordinaria contra título inscrito. La acción reivindicatoria tiene por fin que la titularidad del dueño sea reconocida y se le restituya el bien que le pertenece. La función de la inscripción como prueba de la propiedad de un inmueble. Corte Suprema, sentencia

- de 29 de noviembre de 2018, rol núm. 41.935-2017 (CL/JUR/6642/2018). *Revista Chilena de Derecho Privado*, 32, 157-189.
- Alcalde Silva, J. (2019c). Las “acciones de dominio” del artículo 898 del Código Civil. En Gómez de la Torre, M., Hernández Paulsen, G., Lathrop Gómez, F. y Tapia Rodríguez, M. (Eds.), *Estudios de derecho civil XIV* (pp. 267-300). Thomson Reuters.
- Alcalde Silva, J. (2019d). Notas para una relectura del sistema de propiedad raíz en el derecho chileno. En Domínguez Hidalgo, C. (Ed.), *Estudios sobre propiedad y posesión. Perspectiva chilena y latinoamericana* (pp. 33-64). Thomson Reuters.
- Alcalde Silva, J. (2020). Las acciones de dominio del artículo 900 del Código Civil. En Elorriaga De Bonis, F. (Ed.), *Estudios de derecho civil XV* (pp. 209-236). Thomson Reuters.
- Alcalde Silva, J. (2021a). La acción resarcitoria contra el falso poseedor. *Revista de Derecho Privado*, 40, 237-269.
- Alcalde Silva, J. (2021b). Las acciones posesorias ordinarias y el concepto de posesión en el Código Civil. Corte Suprema, sentencia de 23 de marzo de 2021, rol núm. 18.957-2018, Westlaw CL/JUR/46365/2021. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 35, 247-268.
- Alcalde Silva, J. (2024). Las consecuencias sustantivas del procedimiento monitorio aplicable al simple precario: ¿una reconfiguración de su régimen jurídico? En Domínguez Hidalgo, C., Alcalde Silva, J., Carvajal Ramírez, P. y Goldenberg Serrano, J. L. (Eds.), *Estudios de derecho civil XVII* (pp. 257-268). Thomson Reuters.
- Alcalde Silva, J. (2025). Notas sobre la reivindicación de cosas muebles. En Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Concepción (Ed.), *Estudios de derecho civil XVIII* (en prensa). Thomson Reuters.
- Andrés Santos, F. J. (2020). La acción de petición de herencia en el derecho romano clásico: estado de la cuestión y perspectivas. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 42, 107-128.
- Astudillo Pizarro, M. (2023). *Sistema registral y notarial chileno. Propuestas de reformas legales para su modernización*. Rubicón Editores.
- Atienza, M. (1985). Algunas tesis sobre la analogía en el Derecho. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2, 223-229.
- Atria Lemaitre, F. (2017). El sistema de acciones reales, parte especial: la acción de precario. *Revista de Derecho*, 30(2), 57-86.
- Barba, V. (2024). La protección de los herederos forzados. La acción de reducción. *Anuario de Derecho Civil*, 78(4), 1523-1568.
- Barcia Lehmann, R. (2014). Una concepción errada de mera tenencia y posesión, conforme a la teoría de la posesión inscrita, recurrente en algunos fallos de la Excelentísima Corte Suprema. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 22, 367-390.
- Barría Díaz, R. (2020). El enriquecimiento injustificado en las prestaciones mutuas. En Elorriaga De Bonis, F. (Ed.), *Estudios de derecho civil XV* (pp. 429-447). Thomson Reuters.
- Barría Paredes, M. (2018). La intangibilidad cuantitativa de la legítima en el Código Civil chileno. Una mirada desde el derecho sudamericano. *Revista de Derecho Privado*, 35, 129-161.
- Barrientos Grandon, J. (2015). *Historia del Código de Comercio de la República de Chile. Sobre la cultura a través de un libro*. Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Barrientos Grandon, J. (2016). *Código Civil. Su jurisprudencia e historia. Edición crítica, concordada, comentada y anotada* (Tomo I). Thomson Reuters.

- Barrientos Grandon, J. (2018). *Las condicioneas en el Código Civil: el pago de lo no debido y otros supuestos de su procedencia*. Thomson Reuters.
- Barros Bourie, E. (2009). Restitución de ganancias por intromisión en derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual. En Barros Bourie, E., García Rubio, M. P. y Morales Moreno, A. M., *Derecho de daños* (pp. 11-77). Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Barros Bourie, E. (2020). *Tratado de responsabilidad extracontractual* (2^a ed.). Editorial Jurídica de Chile.
- Basozabal Arrue, X. (2020a). *Commodum ex negotiatione*: una mirada al parágrafo 285 BGB, *Revista de Derecho Civil* (España), 7(3), 1-33.
- Basozabal Arrue, X. (2020b). Incumplir por negociar con la cosa debida: el *commodum ex negotiatione* en el artículo 1186 CC. *Anuario de Derecho Civil*, 73(4), 1501-1542.
- Birks, P. (1988). *An Introduction to the Law of Restitution*. Oxford University Press.
- Brahm García, E. (Ed.). (2009). *José Gabriel Ocampo y la codificación comercial chilena. Los primeros borradores del proyecto de Código de Comercio* (Tomo II). Ediciones de la Universidad de los Andes.
- Bravo Lira, B. (1983). Una codificación parcial: las leyes de prelación de créditos de 1845, 1854 y 1857 en Chile. *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 9, 281-324.
- Caballero Germain, G. (2016). *La custodia en el mercado de valores. De los títulos de crédito a los valores anotados en cuenta*. Thomson Reuters.
- Cabrillac, M., Pétel, P., Cabrillac, S. y Mouly, C. (2007). *Droit des sûretés* (8^a ed.). Litec.
- Calabresi, G. y Melamed, D. (1996). Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: una vista de la catedral. *Revista de Estudios Públicos*, 63, 347-391.
- Carbonnier, J. (2000). *Droit civil* (19^a ed., Tomo III). PUF.
- Castelletti Font, C. (2023). *García Goyena y Bello: tradición y ruptura en la codificación chilena. Reconstrucción del proceso de redacción del Código Civil chileno, sus fuentes y su historia dogmática* (tesis doctoral). Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid. <https://repositorio.uam.es/handle/10486/712963>
- Clavería Gosálbez, L. H. (2007). Notas para una revisión general de la ineeficacia del contrato. En Delgado Echeverría, J. (Ed.), *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución* (pp. 58-88). Thomson/Aranzadi.
- Coing, H. (1996). *Derecho privado europeo* (Trad. A. Pérez Martín, Tomo II). Fundación Cultural del Notariado.
- Cornejo Aguilera, P. (2010). Una nueva mirada a las prestaciones mutuas. *Derecho y Humanidades*, 16(2), 153-170.
- Cornu, G. (1993). *Droit civil. Introduction Les personnes. Les biens* (6^a ed.). Montchrestien.
- Corral Talciani, H. (2013). *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (2^a ed.). Thomson Reuters.
- Corral Talciani, H. (2018). *Curso de derecho civil. Parte general*. Thomson Reuters.
- Corral Talciani, H. (2020). *Curso de derecho civil. Bienes*. Thomson Reuters.
- Corral Talciani, H. (2022). El derecho real de herencia: ¿duplicidad artificial de derechos o derecho real en cosa universal propia? *Revista Chilena de Derecho*, 49(2), 103-133.
- Díez-Picazo Ponce de León, L. (2007). *Commodum ex negotiatione*. *Anuario de Derecho Civil*, 60(4), 1601-1618.

- Domínguez Águila, R. (2005). Código Civil y jurisprudencia: instituciones jurisprudenciales con base en la letra del código. En Martinic Galetovic, M. D. y Tapia Rodríguez, M. (Eds.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Presente, pasado y futuro de la codificación* (pp. 331-357). Lexis Nexis.
- Elizari Urtasun, L. (2021). *La accesión inmobiliaria: la problemática de la construcción en suelo ajeno*. Thomson/Aranzadi.
- Elorriaga De Bonis, F. (2005). *Derecho sucesorio*. Lexis Nexis.
- Escríche Martín, J. (1852). *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* (nueva ed.). Librería de Rosa Bouret y Cía.
- Galván Bernabeu, J. A. (2008). Tutela crediticia de la propiedad. En Guzmán Brito, A. (Ed.), *Colección de estudios de derecho civil en homenaje a la Profesora Inés Pardo de Carvallo* (pp. 347-356). Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- Gambaro, A. (2017). *La proprietà* (2^a ed.). Giuffrè,
- Genicon, T. (2012). Les sanctions en droit des biens. Le règne de la sanction en nature. En Chainais, C. y Fenouillet, D. (Eds.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique* (Tomo I, pp. 203-233). Dalloz.
- Goldenberg Serrano, J. L. (2024). La discusión sobre el dominio de los bienes en el concurso: una precisión histórica del artículo 2466 del Código Civil. *Revista Chilena de Derecho*, 51(2), 35-66.
- Gómez Balmaceda, R. y Eyzaguirre Smart, G. (2011). *El derecho de quiebras* (2^a ed.). Editorial Jurídica de Chile.
- González Cazorla, F. (2020). *Acciones protectoras del dominio y la posesión ante la jurisprudencia Hammurabi*.
- González von Marées, J. (1920). Los artículos 1490 y 1491 del Código Civil. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 17, 69-104.
- González-Palenzuela Gallego, M. T. (1998). *Las impensas en el derecho romano clásico*. Universidad de Extremadura.
- González Poveda, P. (2002). *Acciones protectoras del dominio y de la posesión* (2^a ed.). Bosch.
- Gordley, J. (2007). *Foundations of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*. Oxford University Press.
- Guzmán Brito, A. (1995). *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo*. Editorial Jurídica de Chile.
- Guzmán Brito, A. (2005). El significado histórico de las expresiones equidad natural y principios de equidad en el derecho chileno. En *Estudios dogmáticos de derecho civil* (pp. 11-32). Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- Guzmán Brito, A. y Guerrero Becar, J. L. (2019). *Estudios sobre los valores, en especial de los de oferta pública*. Thomson Reuters.
- Halabí Riffó, F. y Saffirio Suárez, M. (1996). *La acción de precario ante la doctrina y la jurisprudencia*. ConoSur.
- Kiper, C. (2010). *Juicio de acciones reales*. Hammurabi.
- Larenz, K. (2001). *Metodología de la Ciencia del Derecho* (2^a ed., Trad. M. Rodríguez Molinero). Ariel.
- Larroucau Torres, J. (2023). El nuevo juicio de precario y la aplicación de la Ley N° 21.461 de 2022 al sistema de acciones reales. *Revista de Derecho*, 36(1), 263-283.
- Larroumet, C. (1988). *Droit civil* (Tomo II, 2^a ed.). Económica.

- Lazo González, P. (2017). Las acciones personales del propietario: un problema dogmático del derecho civil desde la perspectiva del derecho romano. En Guzmán Brito, A. (Ed.), *Aportaciones adicionales a nuevos horizontes en el derecho privado* (pp. 279-292). Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- Llamas, A. (2000). El ordenamiento jurídico. En Peces-Barba, G., Fernández, E. y De Asís, F. (Eds.). *Curso de teoría del derecho* (pp. 175-200). Marcial Pons.
- López Santa María, J. y Elorriaga De Bonis, F. (2017). *Los contratos. Parte general* (6^a ed.). Thomson Reuters.
- Malaurie, M. (1991). *Les restitutions en droit civil*. Cujas.
- Malaurie, P. y Aynès, L. (2015). *Les biens* (6^a ed.). L.G.D.J.
- Marín González, J. C. (2005). La acción civil en el nuevo Código Procesal Penal chileno: su tratamiento procesal. *Revista de Estudios de la Justicia*, 6, 11-44.
- McCall, B. (2014). It is just price. Entender los males económicos modernos a la luz de la doctrina social católica. En Ayuso, M. (Ed.), Utrumque ius. *Derecho, derecho natural y derecho canónico* (pp. 137-150). Marcial Pons.
- Mejías Alonzo, C. (2016). Una revisión crítica de los efectos de la resolución por incumplimiento y una propuesta de solución. *Revista Ius et Praxis*, 22(1), 271-322.
- Mejías Alonzo, C. (2018). El derecho común presupuesto en el ordenamiento jurídico nacional. Una revisión de su contenido. *Revista Chilena de Derecho*, 45(3), 621-646.
- Merlin, P. A. (1828). *Recueil alphabétique de questions de Droit* (Tomo VIII). H. Tarlier.
- Momberg Uribe, R. y Pizarro Wilson, C. (2018). Las restituciones consecutivas a la nulidad o resolución en los contratos de bienes muebles. *Revista Ius et Praxis*, 24(1), 329-360.
- Muñoz Machado, S. (Ed.) (2017). *Diccionario panhispánico del español jurídico*. Espasa.
- Murga Fernández, J. P. (2024). *Comunidad hereditaria y Registro de la Propiedad*. Aranzadi.
- Peñailillo Arévalo, D. (2003). *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*. Editorial Jurídica de Chile.
- Peñailillo Arévalo, D. (2013). Expansiones y restricciones de la reivindicación en el derecho contemporáneo. En Céspedes Muñoz, C. (Ed.), *Estudios de derecho patrimonial* (pp. 47-83). Thomson Reuters.
- Peñailillo Arévalo, D. (2019). *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales* (2^a ed.). Thomson Reuters.
- Pereira Fredes, E. (2019). La idea de posesión cabal e íntegra. En Gómez de la Torre Vargas, M., Hernández Paulsen, G., Lathrop Gómez, F. y Tapia Rodríguez, M. (Eds.), *Estudios de derecho civil XIV* (pp. 339-362). Thomson Reuters.
- Pino Emhart, A. (2019). Los supuestos de restitución de ganancias ilícitas en el derecho privado chileno. *Revista Chilena de Derecho*, 46(2), 373-398.
- Planiol, M. y Ripert, G. (1952). *Traité pratique de droit civil français* (Tomo III, 2^a ed.). L.G.D.J.
- Pinochet Olave, R. (2018). ¿Por qué el poseedor pierde la buena fe desde la contestación de la demanda y no desde la notificación legal de la misma, como es la regla general respecto de las resoluciones judiciales? En Bahamondes Oyarzún, C., Etcheberry Court, L. y Pizarro Wilson, C. (Eds.), *Estudios de derecho civil XIII* (pp. 105-121). Thomson Reuters.
- Pinochet Olave, R. y Concha Machuca, R. (2015). Las prestaciones mutuas en caso de nulidad de contrato: carácter indemnizatorio o restitutorio en el derecho civil chileno. *Revista de Derecho Privado*, 28, 129-152.

- Puelma Accorsi, A. (1983). *Curso de derecho de quiebras* (3^a ed.). Editorial Jurídica de Chile.
- Puga Vial, J. E. (2014). *Derecho concursal. El procedimiento concursal de liquidación. Ley núm. 20.720* (4^a ed.). Editorial Jurídica de Chile.
- Ramos Pazos, R. (1986). Del precario. *Revista de Derecho*, 180, 7-19.
- Román Rodríguez, J. P. (2011). *Instituciones de derecho concursal*. Abeledo Perrot/Thomson Reuters.
- Romero Seguel, A. (2017). *Curso de derecho procesal civil* (Tomo I, 3^a ed.). Thomson Reuters.
- Rostión Casas, I. (2014). *El precario en la jurisprudencia chilena (1996 a 2013)*. Thomson Reuters.
- Rozas Vial, F. (1999). *Los bienes* (2^a ed.). Ediar ConoSur.
- Ruiz Arranz, A. I. (2022). *Commodum representationis y commodum ex negotiatione o ¿de qué hablamos cuando hablamos de subrogados?* En Blanco Martínez, E. y Morales Moreno, A. M. (Eds.), *Estudios de derecho de contratos* (pp. 1055-1164). BOE.
- Ruiz Arranz, A. I. (2023). *La estructura de la restitución contractual*. BOE.
- Ruiz Pulido, G. (2000). La acción civil en el nuevo proceso penal. *Revista de Derecho*, 1(2), 167-186.
- Ruz Lártiga, G. (2017). *Nuevo derecho concursal chileno* (Tomo II). Thomson Reuters.
- Schiele Manzor, C. (2019). Artículo 894 del Código Civil chileno: ¿prueba de mejor derecho? En Domínguez Hidalgo, C. (Ed.), *Estudios sobre propiedad y posesión. Perspectiva chilena y latinoamericana* (pp. 83-104). Thomson Reuters.
- Sciumè, A. (1989). Rivindicazione (diritto intermedio). En *Enciclopedia del Diritto* (Tomo XLI, pp. 29-49). Guiffrè.
- Sepúlveda Larroucau, M. A. y Saquel Olivares, M. (13 de mayo de 2015). El fraude inmobiliario en Chile. *Revista Fojas*. <https://revistafs.cl/articulos/el-fraude-inmobiliario-en-chile/>
- Sériaux, A. (2014). Derecho natural y derecho civil. En Ayuso, M. (Ed.), *Utrumque ius. Derecho, derecho natural y derecho canónico* (pp. 129-136). Marcial Pons.
- Soza Ried, M. de los A. (2004). La cesión del “derecho real” de herencia y de una cuota hereditaria. *Revista de Derecho*, 17(1), 91-111.
- Tapia Rodríguez, M. (2015). Reivindicación contra el injusto detentador. El controvertido y enigmático artículo 915 del Código Civil. En Barría Paredes, M., Caprile Biermann, B., Domínguez Hidalgo, C., Pizarro Wilson, C., Tapia Rodríguez, M. y Díez Schwerter, J. L. (Eds.), *Estudios de derecho privado. Homenaje al Profesor Ramón Domínguez Águila* (pp. 405-422). Thomsom Reuters.
- Terré, F. y Simler, P. (2014). *Droit civil. Les biens* (9^a ed.). Dalloz.
- Thibierge, C. (2010). *Nulidad, restituciones y responsabilidad* (Trad. G. de Greiff). Universidad del Externado.
- Tocornal Gandarillas, T. (2020). Interdictos posesorios (ed. actualizada por P. Arévalo Araya). Editorial El Jurista.
- Vallet de Goytisolo, J. B. (1956). La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del artículo 464 del Código civil. *Anuario de Derecho Civil*, 9(2), 361-431.
- Wegmann Stockebrand, A. (2019). Causalidad y abstracción en la tradición. Reflexiones histórica-dogmáticas sobre el artículo 675 del Código Civil chileno. En Domínguez Hidalgo, C. (Ed.), *Estudios sobre propiedad y posesión. Perspectiva chilena y latinoamericana* (pp. 225-250). Thomson Reuters.
- Weinrib, E. (2017). *La idea de derecho privado* (Trad. E. Paez). Marcial Pons.
- Zegers Reyes, R. (14 de julio de 2011). Incidencia de sentencias penales en la posesión inscrita. *Revista Fojas*. <https://revistafs.cl/articulos/fraude-inmobiliario/>

Legislación citada

Código Civil.

Código de Procedimiento Civil.

Código Orgánico de Tribunales.

Código Penal.

Código Procesal Penal.

Constitución Política de la República.

Decreto con Fuerza de Ley 707, del Ministerio de Justicia, fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley sobre cuentas corrientes bancarias y cheques, D. O. 07/10/1982.

Decreto Ley 2695, fija normas para regularizar la posesión de la pequeña propiedad raíz y para la constitución del dominio sobre ella, D. O. 21/07/1979.

Ley 18092, dicta nuevas normas sobre letra de cambio y pagare y deroga disposiciones del Código de Comercio, D. O. 14/01/1982.

Ley 18101, fija normas especiales sobre arrendamiento de predios urbanos, D. O. 19/02/1982.

Ley 18876, establece el marco legal para la constitución y operación de entidades privadas de depósito y custodia de valores, D. O. 21/12/1989.

Ley 19253, establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, D. O. 05/10/1993.

Ley 20720, sustituye el régimen concursal vigente por una Ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la Superintendencia del ramo, D. O. 09/01/2014.

Ley 21064, introduce modificaciones al marco normativo que rige las aguas en materia de fiscalización y sanciones, D. O. 27/01/2018.

Ley 21461, incorpora medida precautoria de restitución anticipada de inmuebles y establece procedimiento monitorio de cobro de rentas de arrendamiento, D. O. 30/06/2022.

Ley 21563, moderniza los procedimientos concursales contemplados en la Ley N° 20.720 y crea nuevos procedimientos para micro y pequeñas empresas, D. O. 10/05/2023.

Ley 21633, regula los delitos de ocupación ilegal de inmuebles, fija nuevas penas y formas comisivas e incorpora mecanismos eficientes de restitución, D. O. 24/11/2023.

Ley de 31 de octubre de 1945 de prelación de créditos.

Ley de 25 de octubre de 1854 de prelación de créditos.

Jurisprudencia citada

Corte Suprema, 3/2/2025, *Inversiones Gastronómicas y Hoteleras Niels Freyhofer c./Hernández*, rol núm. 61.648-2024.

Segundo Juzgado Civil de Valparaíso, *Inversiones Gastronómicas y Hoteleras Niels Freyhofer c./Hernández*, 10/10/2023, rol núm. C-217-2022.

Roles de autoría y conflicto de intereses

El autor manifiesta que cumplió todos los roles de autoría del presente artículo y declara no poseer conflicto de interés alguno.

LA BALANZA DE LA JUSTICIA Y LA PRUEBA: LA ARBITRARIEDAD FÁCTICA EN LA CORTE DE ROSENKRANTZ-ROSATTI*

Martín Ariel Ugalde

Universidad Austral

mugalde@mail.austral.edu.ar

maugalde@derecho.uba.ar

DOI: <https://doi.org/10.26422/RJA.2025.0601.alc>

Recibido: 29/01/2025

Aceptado: 09/06/2025

Resumen

Este trabajo versa sobre el tratamiento por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a los recursos extraordinarios fundados en la doctrina de la sentencia arbitraria fáctica en las resoluciones publicadas en la colección *Fallos* desde la llegada de los jueces Carlos Fernando Rosenkrantz y Horacio Daniel Rosatti hasta septiembre del año 2023. Se parte de las categorías de fundamentos probatorios enseñadas por Hernando Devís Echandía, distribuyendo las distintas sentencias por los conceptos abordados que pertenecen a la teoría general de la prueba, y se analiza el comportamiento judicial individual de ambos jueces frente a la doctrina de la arbitrariedad.

Palabras clave: recurso extraordinario, doctrina de la arbitrariedad, valoración de la prueba, Carlos Rosenkrantz, Horacio Rosatti, comportamiento judicial.

* En memoria de Valeria Sol Barboza, quien acompañó esta investigación desde sus inicios.

The Balance of Justice and the Evidence: Factual Arbitrariness in the Rosenkrantz-Rosatti Court

Abstract

This article undertakes with the treatment by the Argentine Supreme Court of extraordinary appeals based on the doctrine of factual arbitrariness since the arrival of justices Carlos Fernando Rosenkrantz and Horacio Daniel Rosatti until September 2023. It starts from the categories of probative foundations taught by Hernando Devís Echandía, distributing the different sentences by the concepts addressed that belong to the General Theory of Evidence, and analyzes the individual judicial behavior of both judges in relation to the doctrine of arbitrariness.

Key words: federal extraordinary appeals, doctrine of arbitrariness, assessment of evidence, Carlos Rosenkrantz, Horacio Rosatti, judicial behavior.

1. Introducción¹

Hace quince años, Carmen María Argibay (2008), en ese entonces jueza de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN), publicó en la revista *Jurisprudencia Argentina* un artículo titulado “La balanza de la justicia (o cómo aprendí a desconfiar de la doctrina de la arbitrariedad)”. En ese trabajo, Argibay describía cómo la competencia apelada de la CSJN se había ampliado a litigios que no le habían sido encomendados ni por la Constitución Nacional (CN) ni por la Ley 48 a través de una creación pretoriana: la doctrina de la arbitrariedad de sentencia (p. 2).

Allí explicaba cómo la dimensión fáctica de las causas comprendidas dentro de la competencia apelada de la Corte a través del recurso extraordinario federal ya no podía ser abarcada con la sola lectura de los tres incisos del artículo 14 de la Ley 48, los cuales se han visto desdibujados por doctrinas de la “privación de justicia”, “sentencias frustratorias”, “gravedad institucional” y “sentencias arbitrarias” (Sagüés, 2023, p. 196). Esta última es la que mayor protagonismo en su faz cuantitativa y cualitativa ha desarrollado desde sus primeras apariciones a principios del siglo pasado, torciendo, así, el fin original que se le atribuía (y

1 Este artículo fue presentado como trabajo final de investigación para optar por el título de Magíster en Derecho Procesal en la Universidad Austral, titulado “La balanza de la justicia y la prueba: la arbitrariedad fáctica en la Corte de Rosenkrantz-Rosatti” Dirigido por el Mg. Jerónimo Lau Alberdi. Fue calificado con nota 10 sobresaliente, con Mención Publicación y recomendación al Premio Mejor Trabajo Final de Maestría. El tribunal examinador estuvo integrado por las profesoras María Sofía Sagüés, Mariana Fernández Dellepiane y María Verónica Nolazco. Cualquier error o inconsistencia que persista en este trabajo es, por supuesto, mío.

atribuye) al recurso extraordinario como garante de la supremacía federal a un fin de justicia y equidad.

Esta proliferación de la sentencia arbitraria (llamada también “insostenible”, “anómala”, “irregular”, “inconstitucional” y hasta “frívola”) (Vanossi, 1981) ha llevado a que, desde hace más de una década, entre el 50% y el 65% de las resoluciones judiciales que aparecen en los distintos tomos la colección *Fallos* sean sentencias que resuelven recursos extraordinarios federales o directos ante la Corte Suprema que tratan agravios fundados en la doctrina de la arbitrariedad, ya sea en solitario o conjuntamente con las cuestiones federales previstas tradicionalmente para la concesión del recurso.

Esta doctrina, en una gran cantidad de sentencias de la Corte, se ha aplicado a supuestos donde los tribunales inferiores han manejado con arbitrariedad circunstancias de la causa vinculadas a la prueba de los hechos afirmados en el proceso, constituyendo una excepción a la vieja regla de que “la apreciación de elementos de hecho y prueba constituye, como principio, facultad propia de los jueces de la causa y no es susceptible de revisión en la instancia extraordinaria”.²

En tiempos de renovación en los integrantes de la CSJN³ y posible reconfiguración en la composición de las mayorías a conformarse con la llegada de nuevos jueces al tribunal, considero de suma importancia hacer un análisis detallado de su línea jurisprudencial en materia de sentencias arbitrarias por vicios vinculados a la prueba desde las designaciones de Carlos Rosenkrantz y Horacio Rosatti en el año 2016, que ocupan importantes parcelas en la colección *Fallos* de ese período.

La hipótesis central del trabajo postula que, durante las presidencias de Carlos Rosenkrantz y Horacio Rosatti (2016-2023), la CSJN ha experimentado una transformación significativa en su abordaje de los recursos extraordinarios fundados en la doctrina de la arbitrariedad fáctica, con un énfasis particular en la valoración de la prueba. Esta evolución ha consolidado un mayor rigor en el escrutinio de las decisiones probatorias de los tribunales inferiores, lo que ha derivado en un fortalecimiento del control ejercido por la Corte Suprema sobre dichas decisiones.

2 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Muñoz c/ Industrias Cerámicas Lourdes SA*, *Fallos*: 346:249 (2023).

3 En el año 2021, se ha producido una vacante por la renuncia de la jueza Elena Highton de Nolasco que, al momento de la escritura de este trabajo, aún no ha sido cubierta. En diciembre del año 2024 se producirá una nueva vacante por alcanzar los 75 años de edad el juez Maqueda, quien no solicitó un nuevo acuerdo por el Senado de la Nación en los términos del artículo 99 inc. 4 de la Constitución Nacional.

A partir de un análisis exhaustivo de la jurisprudencia, esta investigación sostiene que este cambio no sólo evidencia una redefinición de los parámetros de la revisión extraordinaria, sino que también refleja un proceso de reconfiguración institucional de la Corte, que podría influir de manera determinante en la doctrina procesal argentina y en la práctica forense, estableciendo un nuevo estándar en la aplicación de la doctrina de la arbitrariedad.

De esta manera, comenzaré con el desarrollo de la doctrina de la arbitrariedad en nuestro país desde sus inicios. Mencionaré las distintas clasificaciones elaboradas por la doctrina con base en la copiosa jurisprudencia en la materia que aparece en los anales de la CSJN para luego, en el acápite siguiente, desarrollar el impacto que ha tenido dicha doctrina en el rol actual del máximo tribunal en lo que hace a su competencia por apelación a través del recurso extraordinario federal.

En el siguiente apartado se expondrá la evidencia empírica elaborada a partir de información publicada por la Secretaría de Jurisprudencia de la Corte, profundizando en la composición de los volúmenes de la colección *Fallos* en el período seleccionado y la incidencia de los casos por arbitrariedad en dichas publicaciones.

Luego se realizará un análisis pormenorizado de los distintos fallos en materia de arbitrariedad fáctica de la sentencia a partir del año 2016, clasificándose bajo los once fundamentos de la teoría general de la prueba elaborada por Hernando Devís Echandía (1988): objeto y tema de prueba, carga probatoria, fuentes y medios de prueba, práctica de la prueba, admisibilidad y exclusión de la prueba, presunciones, apreciación de la prueba, estándares de prueba.

Por último, se expondrá cómo a raíz del comportamiento judicial individual de Rosenkrantz y Rosatti, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha experimentado un cambio significativo en su enfoque hacia el recurso extraordinario por arbitrariedad fáctica, evidenciando una tendencia hacia un escrutinio más riguroso y detallado de la evidencia presentada. Esta evolución se manifiesta no solo en un aumento de los estándares requeridos para aceptar un recurso de arbitrariedad, sino también en una mayor incidencia de disidencias y votos divididos entre los jueces de la Corte, reflejando un entorno judicial más complejo. Este cambio sugiere una reinterpretación de la teoría general de la prueba, con implicaciones significativas para la jurisprudencia y la práctica jurídica.

2. El recurso extraordinario por arbitrariedad de sentencia

Como se señaló anteriormente, la competencia apelada de la CSJN tiene como contribuyente mayoritario a los recursos extraordinarios federales fundados en la doctrina de la arbitrariedad de sentencia. En la praxis recursiva, la denuncia de arbitrariedad puede presentarse como el único agravio que invoque el recurrente para habilitar la intervención del tribunal en el caso o puede que se lo introduzca en conjunto con alguna de las cuestiones federales previstas en el artículo 14 de la Ley 48.

En un Estado de derecho constitucional, se le reconoce al juez el manejo de cierta “discrecionalidad judicial” asumida como una suerte de libertad para encaminar su decisión en un sentido u otro entre las distintas alternativas posibles para resolver el litigio. Lógicamente, antes de aplicar alguna norma jurídica o tener por probado alguno de los hechos afirmados por las partes, el juez realiza una “valoración” bajo la idea de aquella discrecionalidad (Benaventos y Fernández Dellepiane, 2022, p. 334). Esa valoración efectuada por el juez luego se ve exteriorizada en su decisión a través de la motivación.

El requisito de que los casos sean resueltos mediante una decisión “razonablemente fundada” es una exigencia vinculada a la seguridad jurídica, pues da mejor expectativa de cumplimiento a dichas decisiones y permite su control tomando como base sus argumentos (Gelli, 2011; Lorenzetti, 2022, p. 15). Pero también es una exigencia constitucional, toda vez que el artículo 17 de la Constitución establece que

la propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley (...) ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley.

En igual tenor, el artículo 18 regula: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso (...”).

Ante estas exigencias constitucionales, se afirma que existiría una suerte de derecho a la “no arbitrariedad” que surge implícito del artículo 33 de la Constitución⁴ y que se funda en la inviolabilidad de la defensa en juicio (Palacio, L. E. (2021, pp. 21-30-2133) y en el debido proceso.⁵

Incluso la doctrina favorable a la arbitrariedad la ha entendido como una

4 Este punto puede verse desarrollado en Vanossi (2013, p. 2139, 1984).

5 Corte Suprema de Justicia de la Nación, Orozco, Fallos: 344:1270 (2021); Juárez, Fallos: 344:1936 (2021); González Meneses, Fallos: 345:670 (2022); Ifran, Fallos: 346:391 (2023).

garantía de cumplimiento de los artículos 17, 18 y 28⁶ de la CN por parte de los jueces inferiores y un modo de ejercer el control de constitucionalidad sobre sentencias de las provincias, que contravienen el derecho federal invocado, salvaguardando la vigencia del artículo 31 de la CN (Manili, 2010).⁷

Pero ¿cómo llegamos hasta la doctrina de la arbitrariedad como la conocemos hoy? El 2 de diciembre de 1909, la Corte Suprema plasmó por primera vez la expresión “sentencia arbitraria” en un precedente que es señalado como el origen de esta línea jurisprudencial:⁸ *Rey, Celestino c/ Rocha, Alfredo y Eduardo s/ falsificación de mercadería y de marca de fábrica*, donde, a través de un *obiter dictum*, dijo lo siguiente:

... el requisito constitucional de que nadie puede ser privado de su propiedad, sino en virtud de sentencia fundada en ley, da lugar a recursos ante esta Corte en los casos extraordinarios de sentencias arbitrarias, desprovistas de todo apoyo legal, fundadas tan sólo en la voluntad de los jueces, y no cuando haya simplemente interpretación errónea de las leyes, a juicio de los litigantes...⁹

Sin embargo, no es pacífico en la doctrina especializada el punto de eclosión de esta teoría. Alfredo Urteaga (2006)¹⁰ sostiene que el verdadero origen de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia como supuesto independiente de procedencia del recurso extraordinario no se encuentra en *Rey c/ Rocha*, sino que el *holding* aparece cuarenta años después en *Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires c/ Compañía Primitiva de Gas*,¹¹ un recurso extraordinario federal interpuesto por el municipio contra una sentencia ejecutiva que declaró inhábil el título ejecutivo.

6 Para un análisis más profundo sobre la sentencia arbitraria como violatoria del art. 28 de la Constitución por ser “irrazonable”, ver Spota (2021).

7 En sentido similar, reseñando una función “dikelógica” de la doctrina, véase Chiappini (1997).

8 La Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través de su Secretaría de Jurisprudencia, elaboró un dossier sobre el tema: “Los primeros precedentes en materia de arbitrariedad” (diciembre, 2022), donde inicia afirmando que la doctrina nacional es conteste en señalar en el precedente *Rey c/ Rocha* el origen de esta teoría. Disponible en: <https://sj.csjn.gov.ar/homeSJ/notas/nota/25/documento>

9 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Rey, Celestino c/ Rocha, Alfredo y Eduardo*, Fallos: 112:384 (1909). Sin perjuicio de lo cual, a renglón seguido, la Corte entendió que dicha circunstancia no se encontraba comprendida en el caso y desestimó el recurso extraordinario.

10 Allí, el autor citado argumenta que el párrafo de *Rey c/ Rocha* se trató de un fallo aislado en el que pudo haber algún exceso retórico que la propia Corte intentó dejar atrás en fallos posteriores, pero le era recordado por algún litigante memorioso, pues de la lectura completa del fallo surge un razonamiento que nada tiene que ver al que constituye basamento para la doctrina de la arbitrariedad como la conocemos hoy.

11 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Municipalidad de Buenos Aires c/ Compañía. Primitiva de Gas*, Fallos: 211:958 (1948).

En este último caso, el recurso extraordinario enfrentaba serias dificultades en comparación a los precedentes anteriores: 1) la sentencia versaba sobre una cuestión de derecho procesal que es ajena a la instancia extraordinaria; 2) los argumentos de la sentencia tenían sustento legal en la normativa procedural del proceso ejecutivo; 3) era difícil descifrar si el derecho invocado por el ejecutante estaba cubierto por el artículo 17 de la CN como en los casos anteriores; 4) la cosa juzgada formal de los procesos de ejecución que permitía reeditar la cuestión en el cognoscitivo posterior, lo cual descartaba la inexistencia de sentencia definitiva.

Según Carrió (1989), hacia 1955 la Corte había anulado solamente cuatro sentencias con fundamento en la doctrina de la arbitrariedad. A partir de allí, inició un proceso de expansión hasta convertirse en uno de los principales factores que inciden en la sobrecarga de trabajo que enfrenta la Corte Suprema¹² por la amplitud que han adquirido los recursos extraordinarios fundados en aquella teoría y que inundan los protocolos del tribunal.

Esto ha traído críticas de la doctrina (Ramírez Calvo, 2010, p. 470), pues si bien la Corte se empeña en resaltar que la admisión del recurso extraordinario por arbitrariedad de sentencia es excepcional y no tiene por objeto constituir a la Corte en una tercera instancia, pareciera que estos principios se han olvidado y la ha llevado a convertirse en un tribunal de casación en materia de derecho común, trastocando la función que le fuera asignada por la Constitución Nacional.

Lo expuesto hasta aquí demuestra, una vez más, la delicada misión que recae sobre la Corte en cuanto órgano de control de los actos del Estado y de la garantía constitucional de quienes acuden al proceso para la resolución de un litigio de que este sea fallado a través de una decisión razonablemente fundada.

De esta manera, así como todo el Poder Judicial controla a través de sus fállos la constitucionalidad de los actos de gobierno, la Corte, por su parte, debe verificar la de las decisiones de los tribunales inferiores, de lo que resulta una suerte de “control del control” (Bianchi, 1982). Otros también han entendido que la actuación de la Corte en materia de arbitrariedad es una forma de garantizar la tutela jurisdiccional efectiva.¹³

Esta idea puede encontrarse en el voto de la mayoría en el fallo *V. D. c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno*, quienes, al admitir el recurso extraordinario por arbitrariedad, expresaron:

12 En una posición crítica de esta afirmación, ver Garay (2010).

13 Véase, por ejemplo, Morello (1995).

El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada, circunstancia que impone el deber de exhibir un proceso argumentativo susceptible de control. (...) Dicho estándar —que ahora recoge el artículo 3º del Código Civil y Comercial de la Nación— por lo demás, también hace pie en la esencial unidad del orden jurídico, en la cual, derecho sustancial y proceso encuentran un vínculo indisociable para su realización. En efecto, si el fin último del proceso es hacer efectivos los derechos sustanciales cuya protección se requiere resulta evidente que la decisión judicial que conecta el caso con el sistema, debe contener los criterios mínimos de la argumentación jurídica, es decir, justificar de qué modo se arriba a la solución a través de dicha concreción hermenéutica.¹⁴

Ahora bien, cuando existen hechos controvertidos en el proceso, esta función jurisdiccional de resolver litigios a través de la sentencia sería imposible sin la prueba producida por las partes en conflicto, pues toda resolución de un caso judicial implica la subsunción de una porción de la realidad social (constituida por las afirmaciones fácticas que fueron objeto de controversia) en una norma jurídica (García Amado, 2014).

Esto se vincula indefectiblemente con el rol que se le quiere asignar a la Corte Suprema en el control de la sentencia arbitraria que se ha desarrollado anteriormente. La resolución “razonablemente fundada” no lo es solamente en relación con la consecuencia jurídica que corresponde aplicar al caso, sino también en lo referido a las proposiciones fácticas que constituyen el presupuesto a los cuales esa norma debe aplicarse. Así lo podemos encontrar en el *leading case Casal*, en el voto de los jueces Fayt y Petracchi:

La estricta exigencia de rigurosa distinción entre cuestiones de hecho y de derecho a los fines del recurso de casación ignora, por un lado, la extrema dificultad que, como regla, ofrece esa distinción, en particular cuando la objeción se centra en el juicio de subsunción, esto es, en la determinación de la relación específica trazada entre la norma y el caso.¹⁵

Con una suerte de efecto cascada sobre la instancia extraordinaria de apelación, la doctrina de la arbitrariedad contribuyó a que la Corte Suprema, anta-

14 Corte Suprema de Justicia de la Nación, V, D. c/ *Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno*, Fallos: 342:1261 (2019). El voto de la mayoría se encuentra integrado por los jueces Lorenzetti, Maqueda y Highton de Nolasco. El juez Rosenkrantz, en disidencia, entendió que el recurso extraordinario era inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

15 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Casal* Fallos: 328:3399 (2005) votos de los jueces Fayt y Petracchi. Véase también *Raban*, Fallos: 346:515 (2023).

ño immune a los hechos del caso, empiece a inmiscuirse con lo que ocurre en la realidad de los litigios que debe resolver. Esto ha llevado a que la idea de recursos extraordinarios vinculados exclusivamente a realizar un control normativo haya quedado completamente vacía de contenido, pues ahora estos recursos introducen argumentos que versan sobre el tratamiento de los hechos indispensables para la construcción de una resolución razonablemente fundada y son admisibles para la Corte.

Entonces, en función de lo expuesto en este acápite, podemos tomar como punto de partida que la Corte Suprema —conforme su propia jurisprudencia—, a través de la doctrina de la arbitrariedad, permite el tratamiento de recursos extraordinarios que se fundan en agravios que versan sobre el sustrato fáctico del litigio y ha ingresado en su resolución como forma de reaseguro del derecho a una sentencia razonablemente fundada.

3. Criterios de selección casuístico-metodológica

A través de la observación de las sentencias publicadas en la colección de *Fallos de la Corte Suprema de Justicia*¹⁶ y la información pública brindada por su Secretaría de Jurisprudencia, se realiza un análisis empírico de la jurisprudencia desde la llegada de Rosenkrantz y Rosatti al tribunal en el año 2016, donde podremos ver en cantidad de sentencias cómo se ha comportado el tribunal y sus integrantes en lo referido al recurso extraordinario federal fundado en la doctrina de arbitrariedad de sentencia.

3.1 Selección de jurisprudencia y período de análisis (2016-2023)

Se ha adoptado una metodología con enfoque mixto de carácter cuantitativo y cualitativo, donde se analizaron todas las sentencias publicadas en la colección *Fallos* 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345 y 346 desde el voto en la causa *Abarca*,¹⁷ del 6 de septiembre de 2016, hasta septiembre del año 2023. Se seleccionaron 227 sentencias que tratan la arbitrariedad fáctica de la sen-

16 En octubre del año 2021, la Secretaría de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación elaboró una nota sobre la historia de esta colección iniciada por el primer secretario del tribunal, José Miguel Guastavino (1838-1911), que se encuentra publicada en *Fallos*: 346:1575 (2023).

17 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Abarca, Walter José y otros c/ Estado Nacional - Ministerio Energía y Minería y otro s/ amparo ley 16.986*, *Fallos*: 339:1223 (2016). Se tomó como punto de partida del período seleccionado por ser la primera sentencia en la colección *Fallos* que aparece firmada por Rosenkrantz y Rosatti.

tencia, clasificándolas por fundamento probatorio abordado: objeto y tema de prueba, carga de la prueba, fuente y medios de prueba, práctica de la prueba, admisibilidad y exclusión de la prueba, presunciones, apreciación de la prueba y estándar de la prueba.

Dentro de las resoluciones seleccionadas, se incluyen aquellas que admiten o rechazan el recurso por arbitrariedad fáctica con fundamentos y las que rechazan los recursos extraordinarios por inadmisibilidad o por aplicación del artículo 280 del CPCCN, pero con presencia de disidencias (como se verá en el apartado 5.1 en el caso del juez Rosatti).

Se tienen en cuenta para el análisis estadístico de las resoluciones que componen la colección *Fallos* 339 a 346 (2016-2023) aquellas que resuelven “pretensiones procesales” (que sea objeto de la demanda, principal, incidental, ejecutiva o de una medida cautelar), quedando excluidos los conflictos de competencia que no ingresaron por recurso extraordinario, costas y honorarios, requisitos de admisibilidad del recurso de queja (por ejemplo, copias, depósito previo y su eximición, etc.), requisitos del auto de concesión de los recursos extraordinarios (por ejemplo, aquellas que declaran la nulidad del auto de concesión).

Por lo general, las sentencias inician con fórmulas que usualmente se componen con la siguiente fórmula: “Aun cuando los agravios remiten al examen de cuestiones de prueba, materia propia de los jueces de la causa y ajena a la apelación federal, ello no resulta óbice para su consideración por dicha vía cuando (...)” seguidas por el motivo que habilita el tratamiento de la arbitrariedad incurrida en la motivación fáctica de la sentencia recurrida, por ejemplo: “el a quo ha omitido considerar elementos conducentes para la solución del litigio y realizado afirmaciones dogmáticas que dan fundamento sólo aparente a su resolución”;¹⁸ “implica un apartamiento de la delicada misión que incumbe a los jueces de resolver los asuntos de familia a la luz del interés superior del niño”;¹⁹ “la determinación de los daños en concepto de valor vida y daño moral realizada por el a quo no constituye una derivación razonada del derecho vigente”;²⁰ “con menoscabo de los derechos de defensa en juicio y propiedad, la cámara ha omitido considerar elementos conducentes para la solución del litigio”;²¹ etcétera.

18 Corte Suprema de Justicia de la Nación, D., N. L. s/ *recurso de inaplicabilidad de ley*, *Fallos*: 346:58 (2023).

19 Corte Suprema de Justicia de la Nación, G., P. c/ V., A., *Fallos*: 344:2471; B., E. M., *Fallos*: 344:2901 (2021).

20 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Grippo y otros c/ Campos Enrique y otros*, *Fallos*: 344:2256 (2021).

21 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Oddo c/ Banco de la Pcia. de Buenos Aires*, *Fallos*: 342:39 (2019).

3.2 Criterios de clasificación y categorización

Durante décadas, la doctrina ha intentado encasillar la enorme cantidad de fallos de la CSJN sobre sentencia arbitraria en distintas especies o categorías.²²

Frente a la dificultad de definir conceptualmente la arbitrariedad como causal autónoma del recurso extraordinario federal, pretender brindar una clasificación correcta y definitiva es una búsqueda estéril.

Néstor Sagüés (1981, p. 144) plantea en su obra una simplificación que aglomera las clasificaciones brindadas por la doctrina especializada y distingue tres especies de arbitrariedad: i) *Normativa*: aquellas sentencias que no resultan una derivación razonable de la normatividad en vigor por infundadas, con exceso ritual, incongruentes, atentan contra la preclusión o la cosa juzgada, autocontradicitorias o inválidas; ii) *Fáctica*: engloba a aquellos pronunciamientos que no evalúan idóneamente las pruebas; iii) *Concurrente o mixta*: aparece en la sentencia que suma una (o varias) arbitrariedad normativa y fáctica.

Esto último es central, pues, tal y como se expondrá en el acápite 5.3, las causales de arbitrariedad no son compartimentos estancos, sino que usualmente se presentan varias y entremezcladas en una misma resolución. Por ejemplo, una incorrección en la motivación de las pruebas alude, principalmente, a una arbitrariedad de orden fáctico, pero contraviene a menudo disposiciones normativas de índole procesal.

A los efectos de esta investigación, se ha optado por seguir la clasificación doctrinaria elaborada por Sagüés (1981, p. 144), con algunas precisiones que estimo pertinentes a efectos de una mejor descripción de las resoluciones de la Corte Suprema que, ya sea por voto mayoritario o en disidencias de sus jueces, dieron tratamiento a recursos extraordinarios federales por arbitrariedad en materia probatoria con base en la clasificación adoptada por Devis Echandía (1988). La jurisprudencia seleccionada se clasificará y analizará —cuantitativa y cualitativamente— de la siguiente manera:

1. Arbitrariedad fáctica según Sagüés (1981): la desarrollaré cuantitativamente en el apartado 4 y se refiere a aquellos casos donde la arbitrariedad que advirtió la Corte se encuentra en los fundamentos fácticos de la decisión.
2. Subclasificación de Devis Echandía (1988): la doctrina suele incorporar en una misma causal de arbitrariedad todos los vicios vinculados a la prueba sin mayores distinciones; este trabajo incorpora como novedad una clasifi-

22 Pueden mencionarse las clasificaciones elaboradas por Linares (1975, pp. 225-228), Fiorini (2008, pp. 88-921) y Carrió (1967, pp. 55-57). Por ejemplo, puede verse su utilización en Rojas (2019, p. 204) y Laplacette (2023, p. 123).

cación más detallada a raíz de ocho subcategorías de arbitrariedad fáctica que no se encuentra explorada en la literatura nacional.

3. Arbitrariedad mixta: las causales comprendidas en esta categoría pueden referirse a vicios tanto en los fundamentos normativos como en los fácticos. Esta se encuentra comprendida en el apartado 5.3 y se refiere a: 1) afirmaciones dogmáticas; 2) prescindir de la normativa aplicable; 3) prescindir de las constancias de la causa; 4) exceso ritual manifiesto; 5) exceso u omisiones en el pronunciamiento.

Este criterio de clasificación no es definitivo, sino que tiene por objeto constituir una herramienta para facilitar la tarea de los funcionarios del tribunal o del operador que se encuentre en la situación de atacar una arbitrariedad que se presente en alguno de los distintos “momentos” de la teoría general de la prueba según Devis Echandía (1988), ya sea que la arbitrariedad provenga de un superior tribunal o de otra de las instancias del proceso.

En el apartado 4 se excluyeron del análisis de los distintos fundamentos probatorios aquellas que, si bien fueron publicadas en la colección *Fallos* (2016-2023), se refieren a: 1) recursos extraordinarios que no versan sobre arbitrariedad fáctica; 2) competencia originaria (incluyendo competencia dirimente); 3) conflictos de competencia que no ingresaron por recurso extraordinario; 4) recursos ordinarios de apelación; 5) costas y honorarios; 6) requisitos de admisibilidad del recurso de queja (por ejemplo, copias, depósito previo, etc.); 7) requisitos del auto de concesión de los recursos extraordinarios.

Es de público conocimiento entre los operadores jurídicos de la Argentina que la Corte Suprema de Justicia dicta miles de sentencias todos los años. En los últimos diez años, la Corte ha suscripto un promedio de 9044 sentencias por año.²³ Sin perjuicio del total de sentencias firmadas, y como se verá a continuación, la mayor incidencia de la doctrina de la arbitrariedad la encontramos en los casos que se encuentran la colección *Fallos*, donde entre un 28% y un 57% de las resoluciones en los volúmenes de las presidencias de Rosenkrantz y Rosatti resuelven recursos por arbitrariedad.

Esto no es baladí, pues la colección *Fallos* es el mecanismo por el cual la Corte, a través de su Secretaría de Jurisprudencia, selecciona sus decisiones más destacadas en el año calendario para su difusión a los operadores jurídicos y al público en general.

23 Similar apreciación realizó el hoy presidente del tribunal, Horacio Rosatti (2018), al reseñar que para el año 2018 la Corte se encontraba dictando un promedio de 325 sentencias por semana.

La importancia de la sistematización, publicación y difusión de los fallos más importantes de la Corte ha sido afirmada en forma centenaria por sus jueces y funcionarios. Así lo expresaba Guastavino en el primer tomo de la colección publicado en 1864:

Las decisiones de la Suprema Corte que, tanto por los principios primordiales de todo gobierno cuando por los fundamentos propios del sistema, tienen aunque no sin graves inconvenientes, el carácter y toda la autoridad de ley obligatoria para todos los Estados y todos los individuos, es preciso que sean conocidas del pueblo. (p. 3)

La participación de los casos sobre arbitrariedad de sentencia en *Fallos* en el período seleccionado para esta investigación puede verse en la siguiente tabla:

Tabla I
Sentencias que declaran arbitrariedad publicadas
en la colección *Fallos* en el período seleccionado

Fallos	Total sentencias publicadas	Sentencias arbitrarias	Porcentaje de sentencias arbitrarias sobre el total de sentencias publicadas	Arbitrariedad fáctica	Porcentaje de arbitrariedad fáctica sobre el total de sentencias arbitrarias
339 - II (desde Abarca 2016)	155	44	28%	18	40%
340 - I y II (2017)	271	81	30%	32	40%
341 - I y II (2018)	238	82	34%	36	44%
342 - I y II (2019)	215	109	51%	45	41%
343 - I, II y III (2020)	229	93	40%	44	47%
344 - I, II y III (2021)	306	131	43%	60	46%
345 - I y II (2022)	228	70	31%	30	43%
346 I y II (hasta 09/2023)	131	75	57%	18	24%

Fuente: elaboración propia.

Como se dijera anteriormente, una importante porción de las sentencias contenidas en *Fallos* entre 2016 y 2023 están referidas a casos donde se resuelven planteos de arbitrariedad, pero es interesante también señalar que una buena parte de dichas decisiones versan sobre arbitrariedad fáctica, entre un 40% y un 47% del total de decisiones que declaran la arbitrariedad de la sentencia.

Si se observa exclusivamente la cantidad de sentencias y los porcentajes que comprenden los casos de arbitrariedad sobre el total, lo cierto es que no hay grandes variaciones desde la llegada de Rosenkrantz y Rosatti. Esto se explica fácilmente con lo señalado por Argibay al momento de escribir *La balanza de la justicia* en el año 2008, pues señaló un rango de porcentajes similar en lo referido a participación de la arbitrariedad de sentencias en el total de firmadas; lo mismo hizo Alfredo Urteaga (2006, p. 14) al relevar *Fallos* 327, donde arribó a un porcentaje similar (56%).

Entonces, ¿para qué hacer este relevamiento? Porque el sentido de los votos ha cambiado en relación con anteriores integraciones de la CSJN, con una mayor presencia de disidencias por parte de los jueces que se incorporaron al tribunal en 2016. En casos de arbitrariedad, la mayor tasa de disidencias sobre el total de sentencias firmadas en el período seleccionado (2016-2023) las tiene Horacio Rosatti con 661, seguido por Rosenkrantz con 235, luego Maqueda con 75 y por último Lorenzetti con 21.

Cabe aclarar que aquí se invierte una clara regla general en materia de votos disidentes, porque Rosenkrantz es —por amplia diferencia— el juez con mayor cantidad de disidencias con 3624²⁴ y le sigue Rosatti con 1289 y luego, muy por detrás, Maqueda con 338 y Lorenzetti con 255.

El comportamiento judicial individual de ambos jueces será analizado en el apartado 5 de esta investigación, donde se ahondará en la explicación de estas disidencias y se ilustrará con gráficos la cuantificación efectuada.

4. Análisis cuantitativo de la arbitrariedad fáctica

El vocablo “prueba” ostenta —al igual que muchas palabras en el lenguaje jurídico— un importante carácter multívoco y es un concepto que trasciende el campo general del derecho para extenderse a todas las ciencias que componen el saber humano.

Explica Eisner (1964, p. 36) que, en sentido general, prueba es toda información o elemento de juicio a partir de la cual se realizan inferencias sobre enunciados fácticos o hipótesis y probar es tanto investigar cómo ocurrieron ciertos hechos como verificar si son exactos hechos que se han afirmado. En cambio, desde la óptica procesal, la prueba no es una investigación.

No sería posible imaginar un ejercicio de la función jurisdiccional sin la

24 Para un estudio más profundo sobre las disidencias de Rosenkrantz, ver Lau Alberdi (2023).

prueba; el centro del proceso no es otra cosa que administrar las pruebas (Bentham, 1959, p. 10).²⁵ En un sentido casi poético, Carnelutti (1955) expresaba que “el juez está en medio de un minúsculo cerco de luces (la prueba), fuera del cual todo es tinieblas, detrás de él el enigma del pasado, y delante, el enigma del futuro” y agrega que “la prueba es el corazón es el problema del juicio” (p. 18).

Si bien la doctrina siempre le ha reconocido un papel protagónico a la prueba en el proceso, ha tenido sus resistencias en reconocer la existencia de una exigencia constitucional en el deber de motivar las decisiones probatorias como uno de los elementos a considerar en el deber de fundar las resoluciones judiciales. Ello puede obedecer a que el juicio fáctico de las decisiones judiciales ha sido entendido siempre como una “zona de penumbra” puramente subjetiva, donde el juez es soberano en su arbitrio para convencerse de la razón o sinrazón de las partes, al margen de cualquier procedimiento racional de valoración (Gascón Abellán, 2004, p. 780).

Un procedimiento mínimamente reflexivo de apreciación de la prueba conduce al rechazo de una concepción como la mencionada en el párrafo anterior. No puede aceptarse un proceso decisorio puramente irracional ni tampoco una concepción mecanicista de este. La motivación, la exteriorización de las razones por las cuales el juzgador tiene por confirmado un hecho afirmado por las partes, es lo que permite el control de la decisión probatoria del superior tribunal de la causa a los fines del recurso extraordinario y da la llave de acceso a la Corte a través de la doctrina de la arbitrariedad (fáctica) de la sentencia.

Para la fundamentación del recurso, como denominador común en materia de arbitrariedad, la Corte Suprema establece que el recurrente debe demostrar que el pronunciamiento tildado de arbitrario contiene un “apartamiento de las reglas aplicables, falta de fundamentación en los hechos conducentes del *sub lite*, o irrazonabilidad de sus conclusiones”²⁶ que lo descalifique como acto jurisdiccional válido para resolver el litigio.

Además de ello, y sin perjuicio de los requisitos propios del recurso extraordinario, la Corte ha señalado en una gran cantidad de sentencias distintos parámetros que debe tener en cuenta el recurrente para el “buen uso” de la doctrina de la arbitrariedad en el recurso extraordinario, tamiz por el que debieron pasar todos los recursos que fueron tratados en las sentencias reseñadas en los próximos acápite de este apartado.

25 En el mismo sentido, Sentís Melendo (1957, p. 182).

26 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Tejerina, M. c/ Municipalidad de Perico*, Fallos: 340:1070 (2017).

En primer lugar, que la doctrina de la arbitrariedad de sentencia no opera para subsanar meras divergencias de las partes con los tribunales inferiores en la selección y apreciación de las pruebas producidas en juicio.²⁷

Segundo, los jueces no están obligados a valorar una por una y exhaustivamente todas las pruebas producidas en la causa, sino aquellas que estimen útiles para su resolución.²⁸ Es decir, el recurrente debe centrar su esfuerzo argumentativo en que la prueba omitida era útil a la resolución del pleito, o bien que se ha efectuado un examen parcial o fragmentario de las pruebas producidas o se ha excluido un elemento oportunamente introducido al proceso.

También, hace casi veinte años, la Corte parece haber añadido un valor agregado a la arbitrariedad que habilita su competencia apelada a partir del *leading case Casal*, al decir expresamente que el tribunal “se reserva sólo la función de corregir los casos en que resulte una *arbitrariedad intolerable* al principio republicano de gobierno”.²⁹ Podría inferirse que este añadido constituyó un intento de contener la expansión desmedida de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia que se produjo hasta finales del siglo pasado, pero esto no es más que una especulación con base en la reducción cuantitativa de recursos fundados en la arbitrariedad que ha tenido por admisibles la Corte en la última década.³⁰

Por último, a partir de la llegada de los jueces Rosenkrantz y Rosatti, se ha normalizado entre los distintos casos en la materia una fórmula que reconoce la exigencia de que exista una incidencia directa de la arbitrariedad en las garantías constitucionales que las partes entienden como vulneradas en su recurso.³¹

El total de las sentencias publicadas en la colección *Fallos* que se refieren a la arbitrariedad en materia probatoria, se distribuyen cuantitativamente de la siguiente manera:

27 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Esso SA c/ Covisur*, Fallos: 341:1055 (2018)

28 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *G., A. N. c/ S., R. s/ filiación*, Fallos: 339:276 (2016)

29 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Casal Matías Eugenio s/ robo en tentativa*, Fallos: 328:3399 (2005).

30 Véase Giannini (2022, p. 520).

31 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Bibby c/ Libertad SA*, Fallos: 341:25 (2018); *Gómez, Lucía*, Fallos: 341:1586 (2018); *Machado c/ Ministerio de Justicia*, Fallos: 342:1198 (2019); *Ziella c/ AAARBA*, Fallos: 344:1062; *Marisi c/ Ministerio de Transporte*, Fallos: 344:2543 (2021); *Aguilar c/ Ministerio de Justicia*, Fallos: 345:881 (2022), entre otros. Desde el año 1994, hubo 27 sentencias que reconocieron expresamente este requisito, de las cuales 23 llevan la firma de Rosenkrantz y Rosatti. Las otras 4 son previas a su llegada y no se encuentran publicadas en la colección *Fallos: Tealera Dos de Mayo S.C.A. c/ DGI*, T. 92. XXXIII. RHE, (1997) y *Silveyra Alberto y otros c/ Ferrocarriles Argentinos*, S. 973. XXXI. RHE (1997); *Gamallo Marta Alicia c/ Varanasi S.R.L.*, G. 668. XXXIII. RHE (1999); *Bonica Andrea Lorena c/ Estado Nacional*, A. 562. XLVII. RHE (2014).

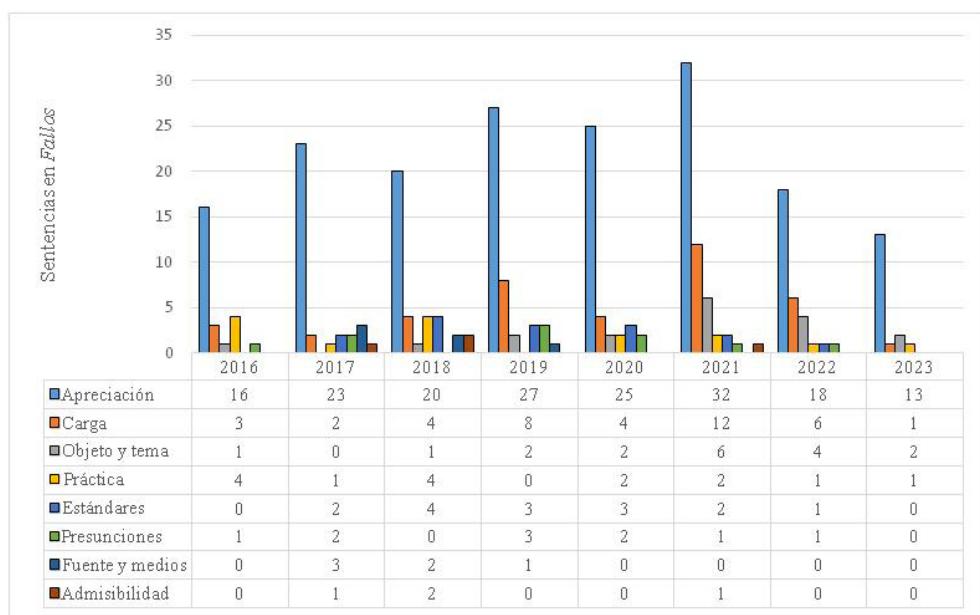


Figura 1. Distribución de sentencias que tratan arbitrariedad fáctica seleccionadas por fundamento probatorio. Fuente: elaboración propia.

Se observa en materia de arbitrariedad fáctica un claro predominio de sentencias de la Corte que han abordado recursos extraordinarios fundados en la doctrina la arbitrariedad en apreciación de la prueba, presente en 174 casos, por sobre los demás fundamentos probatorios. Le siguen la arbitrariedad en la carga de la prueba con 40 casos, en el objeto y tema de prueba con 18 casos, la práctica de la prueba con 15 casos, estándares probatorios con 15 casos, presunciones con 10 casos, fuentes y medios de prueba con 6 casos y, por último, admisibilidad y exclusión probatoria con 4 casos en el período seleccionado.

4.1 Arbitrariedad en la apreciación de la prueba

La apreciación de la prueba es la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que puede deducirse de las evidencias producidas en juicio (Devis Echandía, 1988, p. 287). Comprende un estudio crítico de conjunto y analítico, tanto de las pruebas aportadas por una de las partes para demostrar sus afirmaciones como de las aportadas por la otra para desvirtuar aquéllas y, en los sistemas inquisitivos, las pruebas que el juez decretó oficiosamente.

El juicio de hecho que conlleva la apreciación de la prueba presenta una triple perspectiva, y la tacha de arbitrariedad puede sustentarse en cualquiera de ellas: 1) análisis o interpretación del resultado de la actividad probatoria; 2) toma de decisión sobre los hechos (valoración de la prueba); 3) justificación del juicio sobre los hechos (motivación sobre la valoración de la prueba) que es expresa en el sistema de la sana crítica.

Con un estándar más elevado desde la llegada de Rosenkrantz y Rosatti para admitir recursos que plantean la arbitrariedad en materia de apreciación de la prueba, veremos en este acápite en qué casos la Corte ingresa a la pregunta a la que apunta este fundamento probatorio: ¿cómo se tiene por probado un hecho? Pregunta que generalmente debe responder el juez de la causa en el caso concreto, pero en la que también el máximo tribunal se ha pronunciado en reiteradas ocasiones a lo largo de su historia.

Este fundamento probatorio es el que, en términos cuantitativos, mayor presencia tiene en las sentencias publicadas en la colección *Fallos* en el período seleccionado. A los fines de una mejor claridad expositiva de la jurisprudencia seleccionada, he clasificado los fallos vinculados a este fundamento probatorio en grupos, donde la Corte ha entendido que existe arbitrariedad en la apreciación de la prueba por:

1. Prescindir de prueba decisiva. Existe una regla reiterada por la Corte por la cual los jueces no están obligados a valorar todas las pruebas producidas, sino solamente aquellas idóneas y conducentes para la resolución del litigio, siendo ajena a la instancia extraordinaria determinar cuáles pruebas son útiles para confirmar el hecho alegado.

En este sentido, la omisión de la exteriorización de los fundamentos probatorios en la sentencia no implicaría una omisión en la valoración, sino que esta fue valorada, pero fue considerada con nulo o escaso valor para la resolución del litigio. Esta línea jurisprudencial puede ponerse en duda por incompatible con el derecho de defensa de las partes, que no puede controlar con facilidad las razones del juzgador para no dar relevancia a alguna de las pruebas producidas por ella.³²

Sin perjuicio de ello, dicha facultad propia de los jueces de la causa no obsta a la habilitación de la instancia extraordinaria a través de la doctrina de la

32 Alvarado Velloso (2008, p. 175) observa que los medios probatorios que el juez estima inútiles para la resolución de litigios “deben ser igualmente considerados y, llegado el caso, dejados fundadamente de lado por el juzgador”, siempre argumentando al respecto para posibilitar el adecuado examen de control frente a la existencia de agravios vinculados con la valoración de la prueba.

arbitrariedad cuando se ha pasado por alto el tratamiento de cuestiones que resultan decisivas para la resolución del litigio³³ o bien cuando fundan su decisión en elementos irrelevantes.³⁴

En esa tesitura, el caso de la apreciación de la prueba pericial ha sido fuente de variada jurisprudencia por parte de la Corte, de donde puede extraerse la regla de que, si bien la prueba pericial en nuestro sistema no reviste —en principio— el carácter de prueba legal vinculante,³⁵ cabe reconocer validez a las conclusiones de los peritos para la decisión de aspectos que requieren apreciaciones específicas de su saber técnico, de las que solo cabría apartarse ante la evidencia de errores manifiestos o insuficiencia de conocimientos científicos.³⁶

También entendió que corresponde revocar la sentencia que rechazó una pretensión de reincorporación al puesto de trabajo al no haber considerado elementos que daban cuenta que la desvinculación del actor obedeció a su actividad sindical y omitió por completo examinar si la empresa satisfizo la carga que sobre ella pesaba de acreditar la injuria laboral y si, en el caso de que hubiera sido así, ello constituía injuria suficiente para justificar la desvinculación.³⁷

Otro caso se refiere a un punto que será abordado al momento de tratar la arbitrariedad en la práctica de la prueba que son las medidas para mejor proveer. En lo referido a la prescindencia de prueba decisiva, la Corte consideró

33 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Araujo c/ Municipalidad de Puerto Esperanza*, Fallos: 339:1489; *Frigerio* 339:1520 (2016); *R.R.A c/ ANSES*, Fallos: 340:898 (2017); *Farrell c/ Libertad SA*, Fallos: 341:29 (2018).

34 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Ortega c/ Federación Patronal Seguros*, Fallos: 340:1266 (2017).

35 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *San Luis c/ Estado Nacional*, Fallos: 342:824 (2019).

36 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Megator S. A. c/ Estado Nacional*, Fallos: 338: 1477 (2015); *La Celina S.A. c/ Pcia. de Buenos Aires*, Fallos: 341:180 (2018); *Micro Ómnibus Norte S.A. c/ Superintendencia de Riesgos del Trabajo*, 342:2075 (2019); *Ramos Villaverde*, Fallos: 345:1365 (2022). Por ejemplo, en *Puente Olivera c/ Tizado Patagonia*, Fallos: 339:1583 (2016), tachó de arbitraría la sentencia que valoró incorrectamente una prueba pericial al momento de determinar el monto de la indemnización por despido incausado y comisiones por ventas adeudadas, llevándolo a una suma desproporcionada. En *Passanisi c/ OSPN*, Fallos: 339:1727 (2016) y *J., J. E. y otros c/ Edesur S.A.*, Fallos: 342:1011 (2019) dejó sin efecto sentencias que se basaban en observaciones parciales del peritajes médicos referidas a que la patología del actor podría hallarse causalmente relacionada con sus actividades laborales, pero no toma en cuenta las afirmaciones del experto acerca de que no existía evidencia de que el cuadro clínico hubiese empeorado entre el diagnóstico y el momento de la peritación. Luego, en *Ciminelli*, Fallos: 342:2079 (2019), anuló una sentencia que responsabilizó civilmente a una aseguradora de riesgo de trabajo por el daño experimentado por un trabajador, pues omitió ponderar las conclusiones de los peritajes médico y psicológico relativas a que las lesiones de aquél no se relacionaban con una atención médica deficiente, sino a un accidente automovilístico.

37 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Varela c/ Disco SA*, Fallos: 341:1106 (2018).

que es arbitraria una sentencia en la que el tribunal omitió valorar su propia medida para mejor proveer.³⁸

2. Invocar prueba inexistente. Tomar como fundamento fáctico de la sentencia una evidencia que no consta en el expediente es quizás una de las causales de arbitrariedad fáctica más graves, pues equivale no solo a una violación palpatoria a la defensa en juicio de las partes, sino que también es equiparable a una sentencia que invoca una ley imaginaria.³⁹

3. Falta de consideración minuciosa de los medios probatorios producidos en juicio. Esta variante se presenta cuando existen miradas globales del tribunal de la causa sin tener en cuenta el contexto en el cual se produjo el conflicto.⁴⁰

4. Existir una irrazonable valoración de las constancias de la causa en relación con circunstancias específicas del caso a resolver. La Corte, en estos casos, ha tenido en cuenta contextos de violencia de género, vulnerabilidad de los involucrados y la potencial responsabilidad internacional del Estado que, a su entender, no fueron considerados por los jueces de la causa al resolver.

Dicha suerte corrió la sentencia que, al confirmar el sobreseimiento en orden al delito de abuso sexual de una menor de edad, hizo una irrazonable valoración de las constancias de la causa omitiendo adoptar un “procedimiento

38 Corte Suprema de Justicia de la Nación, A.S.H c/ OSFATLYF, *Fallos*: 346:730 (2023).

39 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Casas*, *Fallos*: 339:1168 (2016). Este caso se trataba de una condena por homicidio en un expediente en el que no constaba prueba alguna de la autoría del delito, circunstancia que fue denunciada por la defensa técnica; dicho planteo fue omitido por el superior tribunal de la causa.

40 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Seccional 18º de la P.F.A.*, *Fallos*: 339:1199 (2016). Pueden mencionarse *Ontiveros c/ Prevención ART*, *Fallos*: 340:1038 (2017) y *Descalzo c/ Brosi SA.*, *Fallos*: 343:2145 (2020), donde la sentencia que fijó la cuantía de las indemnizaciones por daño material y moral adoptó un criterio injustificadamente genérico que llevó a establecer un resarcimiento insuficiente, prescindiendo de las circunstancias particulares de la actora. En *Gaetano de Maio SA c/ Min. de Economía*, *Fallos*: 341:770 (2018), rechazó la pretensión de abonar el impuesto a las ganancias sin ajuste por inflación sin considerar las pruebas aportadas por el contribuyente actor. También el caso *Asociación Civil Protecc. Ambiental del Río Paraná Ctrol. Contam. y Restauración del Hábitat c/ Carboquímica del Paraná S.A.*, *Fallos*: 343:519 (2020), donde se había dejado sin efecto una medida cautelar que dispuso la suspensión de la actividad industrial de la empresa demandada ante posibles emanaciones de efluentes gaseosos y líquidos, así como por el enterramiento de residuos peligrosos; esta medida es arbitraria si el tribunal no realizó el juicio de ponderación al que obliga la aplicación del principio precautorio en materia ambiental y omitió toda referencia a la prueba científica rendida en juicio. En *Vela c/ Gas Natural Ban S.A.*, *Fallos*: 343:2255 (2020), donde no se hizo mérito de las pruebas producidas tendientes a acreditar la responsabilidad de un proveedor en el marco de deber de seguridad que existe en una relación de consumo. Por último, *Don Emilio SA*, *Fallos*: 345:1473 (2022), donde en la instancia de grado se admitió la procedencia de la cláusula penal ante la demora del vendedor en el cumplimiento de una de las condiciones establecidas en el contrato de compraventa y se omitió, sin justificación, expedirse sobre la naturaleza, el contenido y la extensión de la obligación y demás prueba demostrativa de la intención de los contratantes.

legal justo y eficaz para la mujer” menoscabando la defensa en juicio;⁴¹ también se anuló por arbitrario el otorgamiento de una prisión domiciliaria en el marco de un proceso donde se investigaban delitos de lesa humanidad, pues no se valoró el especial deber de cuidado que pesa sobre los magistrados en este tipo de procesos, donde el Estado argentino asumió la responsabilidad internacional.⁴²

5. Valoración parcial, fragmentaria y descontextualizada de las pruebas incorporadas a la causa. Aquí, la CSJN se ha referido a vicios en la sentencia donde el juez de la causa evalúa las pruebas de manera incompleta, selectiva o sin considerar el contexto integral del caso, lo que resulta en una fundamentación deficiente que no refleja adecuadamente las constancias del proceso. Este defecto compromete la razonabilidad de la decisión, afectando garantías constitucionales como el debido proceso y la defensa en juicio.⁴³

6. Falta de motivación suficiente. La exigencia de fundamentación no comprende solamente la consecuencia jurídica que el juzgador pretenda asignar a la controversia, sino también la exteriorización de la apreciación que realizó de las pruebas rendidas en juicio, no bastando la sola enunciación de los medios probatorios considerados, debiendo incorporarse también una formulación analítica en relación con las constancias de la causa (Ferrer Beltrán, 2016, p. 31).⁴⁴

41 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fariña Acosta*, Fallos: 339:1448 (2016); *Rivero*, Fallos: 345:140; *B., A. O.*, Fallos: 345:1374 (2022); *Sanz*, Fallos: 343:133 (2020), este último caso con cita expresa a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

42 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Alsina*, Fallos: 342:1057; *Almirón*, Fallos: 345:1160 (2022).

43 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Correa Belisle*, Fallos: 345:102 (2022). Se trató de un caso referido a la determinación de una indemnización en un caso que fue objeto de una solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Allí, la CSJN entendió que es arbitraria la sentencia que le denegó al actor una reparación pecuniaria por la separación de su cargo en las fuerzas armadas, pues prescindió de considerar la relación temporal entre la declaración del actor en la causa penal donde se investigaba la muerte de un soldado que motivó el caso ante el sistema interamericano, aun cuando ese testimonio tenía una especial trascendencia e importaba involucrar en la investigación de un caso de gran sensibilidad a la jefatura de la fuerza. Similares consideraciones se tuvieron en cuenta en *G., A.C.*, Fallos: 346:265 (2023), donde se dejó sin efecto una sentencia que rechazó *in limine* el pedido de guarda con fines de adopción deducido por el matrimonio guardador de la niña —que convive con ella por decisión de su madre biológica desde hacía nueve años—, pues no es admisible que los tribunales soslayen que el tiempo es un elemento esencial en todos los procesos en los que intervienen los niños al momento de tomar decisiones en las que deben tener en consideración el interés superior del niño. También puede verse *D., H. C.*, Fallos: 346:287 (2023).

44 La jurisprudencia de la CSJN es variada en este tópico. En *Leguizamón c/ Provincia ART*, Fallos: 340:1256 (2017), falló que la sola mención efectuada por el tribunal de la causa de los parámetros que habría contemplado a los fines de la determinación de una pena de prisión, sin efectuar referencia alguna a las circunstancias concretas de la víctima o a los elementos probatorios de la causa, no

4.2 Arbitrariedad en la carga de la prueba

Sin perjuicio de aisladas teorías que han propuesto su abolición,⁴⁵ por su especial trascendencia práctica y profuso desarrollo teórico, la carga de la prueba es la carga procesal por antonomasia. Así como el objeto y tema de prueba responden al *qué* de la prueba en el proceso, la carga de la prueba responde al *quién*. Ella se proyecta tanto como una guía de conducta para las partes que requieren conocer de antemano lo que les corresponde probar en un proceso determinado como también una guía frente al serio inconveniente que debe resolver el juzgador ante la falta de prueba de algún hecho controvertido (Calvinho, 2017).⁴⁶

Desde la óptica del juzgador, las reglas de la carga de la prueba operan como un faro frente al dilema de la duda en el cual puede encontrarse quien debe resolver una controversia y considera que no le han aportado suficiente prueba. Así, la carga de la prueba le da la respuesta al juez de quién debe cargar con las consecuencias negativas de no haber acreditado el presupuesto fáctico de la normativa que se invocaba como favorable.

Al ser un punto tan importante dentro de la teoría general del proceso y de la prueba, no es sorpresivo que haya copiosa jurisprudencia de la Corte Suprema en los últimos años en lo referido a la arbitrariedad fáctica de la sentencia que versen sobre la arbitrariedad en materia de carga de la prueba. Las cuales he agrupado de la siguiente manera:

1. Un primer caso son sentencias que ha invalidado la Corte por violación a los *in dubio pro*. Hay distintas categorías de pretensiones que, por sus particularidades, imponen expresas reglas al juzgador acerca de cómo resolver frente al problema de la falta de prueba. Los hay en materia penal a favor del imputado,

resulta suficiente motivación. O el caso *Riquelme, Jean y otros s/ infracción ley 23.737*, Fallos: 343:168 (2020) y *Catalán, José s/abuso sexual*, Fallos: 341:161 (2018), donde dijo que la genérica invocación de la regla del *in dubio pro reo* no exime al juzgador de motivar razonadamente su apreciación acerca de los medios probatorios rendidos en juicio. También los casos en relación con el factor de atribución subjetivo de responsabilidad civil *Collantes c/ Construbar SA*, Fallos: 342:2115 (2019) y *Rea*, Fallos: 343:184 (2020). Por último, se menciona el caso *Martínez c/ La Segunda ART*, Fallos: 343:1784 (2020), sobre la inadecuada motivación sobre la confirmación de que existiera nexo de causalidad entre la enfermedad del actor y la relación laboral a efectos de obtener una indemnización.

45 En esta línea doctrinal, puede verse Nieve Fenoll et al. (2019).

46 En el mismo sentido, véase Rosemberg (2002), quien entiende las normas sobre la carga de la prueba como un complemento necesario de toda ley y de todo precepto jurídico, pues siempre es posible que el juzgador tenga el dilema de la duda acerca de la realización de un presupuesto necesario para la aplicación del derecho.

en materia de derecho del consumidor el *favor debilis*,⁴⁷ en derecho del trabajo el *in dubio pro operario*,⁴⁸ en derecho sucesorio el *favor testamenti*,⁴⁹ en materia ambiental el *in dubio pro natura*,⁵⁰ etcétera.

Pero, en términos cuantitativos, surge de esta investigación que la mayor presencia de la arbitrariedad en este punto se da por violación al *in dubio pro reo* en materia penal.⁵¹ Por ejemplo, la Corte ha resaltado cómo operan estas reglas al señalar que la reconstrucción de hechos acaecidos en el pasado que lleva adelante el juez penal en sus sentencias no se produce en idénticas condiciones a las que rodean la actividad de un historiador. Pues, a diferencia de lo que sucede en el campo de la historia frente a hipótesis de hechos contrapuestas, en el derecho procesal penal el *in dubio pro reo* impone un tratamiento diferente de tales alternativas, a partir del cual, en definitiva, el juez tiene impuesto inclinarse por la alternativa fáctica que resulta más favorable al imputado.⁵²

La arbitrariedad por violaciones o erróneas aplicaciones del *in dubio pro reo* también se ha visto en casos donde la Corte hizo énfasis en que estaba implicada la responsabilidad internacional del Estado argentino por la suscripción de diversos instrumentos internacionales que obligan a la persecución y castigo de determinadas categorías de delitos.

¿Cuál ha sido la jurisprudencia de la Corte en estos casos? Entiendo que puede verse sintetizada en lo que ha dicho el tribunal en la causa *Zeccaria*,⁵³ donde, en oportunidad de revocar por arbitraría una absolución por el delito de sustracción de menores, dijo que: 1) está fuera de discusión que el principio *in dubio pro reo* es de aplicación también en delitos calificados como de lesa humanidad, toda

47 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *HSBC Bank Argentina c/ Martínez*, Fallos: 342:1004 (2019).

48 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Veyrat Durbex, c/ Antonio Abdenur e Hijos*, Fallos: 342: 1468 (2019).

49 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Martínez c/ Kerbs*, Fallos: 342:1252 (2019).

50 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Minera San Jorge c/ Pcia. de Mendoza*, Fallos: 344:3209 (2021).

51 A punto tal que los buscadores de la plataforma web de la Secretaría de Jurisprudencia de la Corte Suprema han incluido un nomenclador específico del *in dubio pro reo* que —al momento de la elaboración de esta investigación— arroja como resultados de la búsqueda 7 casos, todos posteriores a la llegada de Rosenkrantz y Rosatti, específicamente a partir de 2017.

52 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Carrera, Fernando Ariel si causa n° 8398*, Fallos: 339:1493 (2016) y *Videla, Jorge Rafael*, Fallos: 341:336 (2018).

53 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Zaccaria*, Fallos: 341:1988 (2018), considerando 7). En la misma línea, pero en materia de delitos de género y responsabilidad internacional del Estado por aplicación de la Convención Belém do Pará, véase *R. C. E.*, Fallos: 342:1827 (2019); *Araoz*, Fallos: 344:2765 (2021).

vez que guardan estrecha relación con el estatus jurídico de inocencia constitucional;⁵⁴ 2) lo que descalifica estas sentencias como arbitrarias es que el superior tribunal de la causa omita la jurisprudencia de la Corte acerca de que el deber del Estado argentino de investigar este tipo de delitos presupone la imposibilidad de oponer normas que obstaculicen su enjuiciamiento y castigo, sino que, además, debe abstenerse de adoptar medidas que disuelvan la posibilidad de reproche.

2. Un segundo grupo de fallos son los referidos al incumplimiento con las reglas de la carga de prueba. La jurisprudencia en este punto es variada y se encuentra en las materias más diversas que van desde pretensiones de derecho privado⁵⁵ y de derecho público⁵⁶ a peticiones de corte procesal, como el otorgamiento de medidas cautelares.⁵⁷

Estas decisiones han tenido un particular énfasis en materia de carga de la prueba de los factores de atribución de la responsabilidad civil. En estos casos, la CSJN entiende arbitrarias sentencias que omiten tomar en consideración que, para la aplicación de la responsabilidad objetiva, basta con que el afec-

54 En el mismo sentido, véase Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Rojas*, Fallos: 342:2319 (2019); *Tommasi*, Fallos: 343:2280 (2020); *Bignone*, Fallos: 345:1150 (2022).

55 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Boston Medical c/ Arte Radiotelevisivo Argentino*, Fallos: 340:1111 (2017) Aquí entendió que era arbitraria la sentencia que hizo lugar a una indemnización por daños derivados de un informe televisivo cuando no se había cumplido con la carga de la prueba de la concurrencia de la doctrina de la real malicia, es decir, no se demostró que el medio hubiera “actuado con conocimiento de la falsedad o con notoria despreocupación por la veracidad de la información suministrada o hubiesen editado en forma malintencionada” en su informe televisivo. También el caso *Sánchez c/ Pruzzo Pinna*, Fallos: 344:3547 (2021) sobre exclusión de cobertura de un seguro de responsabilidad civil. Aquí, la CSJN encontró configurada la arbitrariedad, ya que exigirle a la aseguradora la prueba de que su asegurado no había cambiado su domicilio especial a los fines del contrato, sin perjuicio de la interpretación más favorable al consumidor que invocó el superior tribunal de la causa, implica una carga que excedía lo estipulado en la normativa aplicable al caso, y hace pesar sobre aquella las consecuencias de una simple presunción de la instancia de grado sobre un cambio de domicilio de la demandada que no había sido alegado ni probado.

56 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Rolon c/ ANSES*, Fallos: 344:1685 (2021). En este caso, se anuló por arbitraría una sentencia que dejó sin efecto la suspensión dispuesta por la ANSES de una pensión honorífica a un excombatiente de Malvinas que había sido condenado por delitos de lesa humanidad, ya que era carga del amparista interesado en mantener la pensión acreditar que la suspensión de dicho beneficio lo colocaba una situación de desamparo y a su grupo familiar, con imposibilidad de subsistencia, cosa que en el caso no ocurrió.

57 Véase *Calvinho* (2022), quien entiende la prevención procesal como un género, siempre accesorio a un proceso, que consiste en el aseguramiento o anticipación de un momento futuro hipotético en razón de la existencia de un peligro o riesgo, comprensivo de las medidas cautelares, los anticipos pretensionales y las medidas interinas. Por ejemplo, en Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Tabacalera Sarandí c/ AFIP*, Fallos: 344:1051 (2021) anuló una medida cautelar que eximía a una empresa del gravamen mínimo para la comercialización de tabaco por no haber siquiera alegado la imposibilidad de continuar con su operatoria si abonase aquel monto mínimo del tributo.

tado demuestre el nexo causal entre el daño sufrido y el contacto con la cosa riesgosa, quedando a cargo de dueño o guardián de ella acreditar la culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder.⁵⁸ Asimismo, en un caso que la mayoría entendió inadmisible, el juez Rosenkrantz, en solitaria disidencia, votó por hacer lugar al recurso extraordinario al no haberse acreditado la inobservancia de las normas locales en materia de seguridad e higiene que regulan la actividad de coches de alquiler con taxímetro, a efectos de obtener una indemnización fundada en el derecho civil por parte del empleador del actor.⁵⁹

Otra disidencia del juez Rosenkrantz, esta vez en materia penal, se dio al confirmar el criterio del precedente *Arriola* referido a la inconstitucionalidad del artículo 14 Ley 23737 en materia de tenencia de estupefacientes para consumo personal.⁶⁰

Como se mencionó al comienzo de este acápite, también la Corte ha llevado esta jurisprudencia al ámbito de la prevención procesal, dejando sin efecto una tutela anticipada por incumplimiento del peticionante de esta con la carga de probar sus extremos de admisibilidad: la cuasicerteza en los hechos que fundan el derecho y la urgencia en la demora.⁶¹

Por último, se pronunció acerca de un criterio restrictivo en materia de la solicitud de diligencias preliminares, al decidir que resulta primordial que quien solicita este tipo de medidas exprese y acredite con claridad y precisión los motivos que sustentan la necesidad de obtener tal medida con relación al juicio futuro y, en contrapartida, los jueces deben obrar con suma prudencia a la hora de juzgar sobre su procedencia y fundar la decisión con argumentos resultado de un estudio minucioso de los recaudos que la autorizan y descartan la posibilidad de que el objeto de la medida pueda obtenerse durante la etapa pertinente.⁶²

58 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Slobayen c/ Rotzen Hermanos SRL*, Fallos: 339:1608 (2016). Similares consideraciones se efectuaron sobre extensión de la condena a una aseguradora en *Torres c/ Villamil Altube Viajes*, Fallos: 344:1315 (2021) y en materia de responsabilidad estatal por actividad ilícita en *Ceballos c/ Dirección Nac. de Vialidad*, Fallos: 345:1025 (2022).

59 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Cruz c/ Alastuey*, Fallos: 343:1762 (2020).

60 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Rodríguez, Héctor*, Fallos: 344:2409 (2021). Aquí, el juez Rosenkrantz sostuvo que no hay prueba alguna de que haya habido terceros que, por ejemplo, hubiesen advertido que el imputado en aquel proceso consumió estupefacientes o que tenía estupefacientes en su poder. Por otro lado, ni el Ministerio Público ni el superior tribunal de la causa acercaron argumentos para mostrar por qué la tenencia de estupefacientes en el caso en concreto afectaría la salud o seguridad pública o estaría vinculada al combate al narcotráfico. En el mismo sentido, su disidencia en *Salvini*, Fallos: 345:869 (2022).

61 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Goizueta c/ Ejército Argentino*, Fallos: 344:759 (2021).

62 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Macri, Mariano c/ O'Donnell, Santiago*, Fallos: 346:650 (2023).

3. El último grupo de casos son los referidos a la arbitrariedad en materia de aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas.⁶³ Previo a reseñar dicha jurisprudencia, corresponde realizar una breve referencia a esta doctrina en nuestro país.

En 1984 se publicó en nuestro país un artículo elaborado por Peyrano y Chiappini, que retoma las ideas de quienes habían propuesto sin mucho éxito en Europa la alternativa de poner en manos de los jueces a la distribución de las consecuencias de la falta de prueba del presupuesto de hecho de la norma que la parte invocaba como favorable.

En aquel trabajo, los autores citados proponían dos parámetros que guiaban la distribución de las consecuencias de la falta de prueba al momento de resolver. Por un lado, el criterio de normalidad y anormalidad, por el cual, a falta de prueba, debe suponerse que los hechos han acaecido conforme al curso normal y ordinario de las cosas, por lo que quien sostenga lo contrario tiene la carga de probar la anormalidad. Por el otro, que las consecuencias de la falta de prueba debían encontrarse en cabeza de quien se encontrara en mejores de probar.

En el período seleccionado, existen fallos que tratan la arbitrariedad fáctica por entender la Corte que en el caso o bien debía aplicarse una inversión de la carga probatoria o bien esta fue erróneamente aplicada por el superior tribunal de la causa. Por ejemplo, sostuvo que, cuando una norma establece discriminaciones fundadas en categorías sospechosas, tales como el sexo, se invierte la carga de la prueba y el Estado debe probar suficientemente la razonabilidad y el interés legítimo en el establecimiento de tal distinción en el caso;⁶⁴ también tachó de arbitraria una sentencia por entender que aplicó una incorrecta inversión de la carga de la prueba en una causa por daños y perjuicios por responsabilidad del Estado por su actividad ilícita;⁶⁵ en igual sentido, se pronunció con respecto a la inversión de la carga de la prueba acerca del carácter “eventual” de un contrato de trabajo.⁶⁶

63 Para una visión crítica de esta doctrina, Calvinho (2016).

64 Corte Suprema de Justicia de la Nación, Vázquez c/ Consejo de Educación de la Provincia de Santa Cruz, Fallos: 343:1447 (2020).

65 Corte Suprema de Justicia de la Nación, García c/ Municipalidad de San Isidro, Fallos: 344:1318 (2021).

66 Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sánchez c/ Municipalidad de Esquina, Fallos: 345:477 (2022).

4.3 Arbitrariedad en el objeto y tema de prueba

Tanto en la legislación procesal como en la doctrina hay una frecuente confusión entre los conceptos de objeto de la prueba y tema o necesidad de prueba.⁶⁷

El objeto de la prueba responde a una pregunta general y abstracta sobre qué es susceptible de comprobación histórica en el proceso. Posee una vinculación inescindible con concepto núcleo de la teoría general del proceso que es la pretensión procesal, ya que el objeto de prueba fija los contornos de todo aquello que puede ser contenido del debate en el proceso, tanto de la pretensión del actor como de las defensas del demandado.

Entonces, son objeto de prueba: los hechos constitutivos, extintivos, impeditivos e invalidativos, el derecho que el juzgador no tiene la obligación de conocer y también —para parte de la doctrina— pueden llegar hacerlo algunas máximas de la experiencia.⁶⁸

En cambio, el tema de prueba apunta a algo objetivo y concreto, se refiere a aquello que es materia de actividad probatoria en cada proceso en particular, sobre lo que versa el debate procesal tanto en la pretensión del pretendiente como en las defensas y excepciones del resistente. En otros términos, es el presupuesto de hecho de las normas que las partes invocan como favorables a su posición y sobre las cuales les incumbe la carga de la prueba a través de los medios probatorios.

De esta manera, quedan excluidos del tema de prueba aquellos hechos que, si bien son susceptibles de comprobación histórica en el proceso (pueden ser objeto de prueba), no se encuentran controvertidos entre las partes, son negativos, son notorios o evidentes o bien se encuentran favorecidos por una presunción legal (Alvarado Velloso, 2009, pp. 24-29).

Es decir, mientras que el objeto de prueba responde a la pregunta general y abstracta de qué *puede* ser probado en cualquier proceso, el tema de prueba responde a la pregunta concreta sobre qué *debe* ser probado en el litigio, pero con referencia a un caso en concreto.

A simple vista, parecieran ser institutos que carecen de relevancia práctica y que solamente están reservados para el interés académico de los estudiosos del derecho procesal y probatorio. Sin embargo, podemos encontrar varios casos en los que la Corte ha anulado sentencias de tribunales inferiores por apartamiento de los extremos fácticos del debate procesal traído al juzgador por

67 Por ejemplo, el art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial argentino y Palacio (2021).

68 Por la postura a favor, puede verse Schönke (1964, pp. 399-400). En contra, Carnelutti (1944) y Devis Echandía (1988, p. 176).

las partes⁶⁹ o bien que contradecían hechos notorios.⁷⁰ Incluso en la etapa de ejecución de sentencia que, en principio, no es sentencia definitiva a los fines del recurso extraordinario.⁷¹

4.4 Arbitrariedad en la práctica de la prueba

Desde la óptica de la prueba como actividad, la *práctica de la prueba* se efectúa conforme a un procedimiento que regula no sólo su ofrecimiento, sino también su producción y control. La prueba como actividad abarca diversas etapas, que van desde su ofrecimiento por las partes en litigio a su admisión, producción y posterior apreciación. Todo ese tránsito es, en gran medida, el núcleo de la actividad procedural que realizan las partes a lo largo del proceso.

Es lógico, entonces, que la práctica de la prueba esté conectada con otros

-
- 69 La jurisprudencia de la CSJN en este tópico es variada. En *Krieger c/ Sánchez*, Fallos: 339:1269 (2016), delimitó los hechos controvertidos en la causa en cuanto a que no se controvirtió el carácter de vivienda única sobre el cual una deudora había pedido la aplicación de la doctrina del “esfuerzo compartido”. En *Ocampo c/ BGH SA*, Fallos: 343:947 (2020) y *Benítez c/ Galicia*, Fallos: 341:526 (2018) anuló sentencias fundadas en circunstancias no eran tema de prueba al no haber sido controvertidas. En *GCBA - Procuración c/ Min. de Planificación*, Fallos: 345:583 (2022) descalificó un pronunciamiento por haber incurrido en un exceso jurisdiccional manifiesto al expedirse sobre la titularidad del dominio de la “Dársena Norte”, pues esa cuestión no era materia del litigio, el cual se centraba en la determinación de la legitimidad del decreto 551/2009. En *Cia. Argentina de Granos c/ AFIP*, Fallos: 344:277 (2021) y *Vespasiani c/ AFIP*, Fallos: 345:1394 (2022) descalificó como arbitrarios pronunciamientos donde hubo un erróneo encuadramiento del tema de prueba por parte del tribunal en materia de repetición tributaria por importes ingresados en concepto de impuesto al valor agregado, también en *Caja de Seguros SA c/ OSSEG*, Fallos: 344:116 (2021). Por último, en el caso *P. S., M. c/ S. M., M. V.*, Fallos: 345:358 (2022) dejó sin efecto el rechazo de una restitución internacional de una menor de edad por entender la Corte que no se habían tomado en cuenta los extremos que constituyan el tema de prueba para la procedencia de la excepción a la restitución por grave riesgo en la integridad psicofísica del artículo 13 inc. b) del Convenio sobre Aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores.
- 70 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *González c/ Provincia de Tucumán*, Fallos: 345:884 (2022), donde consideró que la crecida de un río era un hecho de público conocimiento a efectos de atribuir responsabilidad a la Provincia de Tucumán por incumplimiento del deber de seguridad. En el caso *Alonso de Martína*, Fallos: 342:1938 (2019) anuló una sentencia donde el debate era si el proceso inflacionario en Argentina, hecho que los actores calificaron de público y notorio, estaba afectando la garantía de intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados, siendo rechazada la pretensión por la Corte.
- 71 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Moschella c/ ANSES*, Fallos: 344:406 (2021); aquí, en el marco de una ejecución previsional, descalificó por arbitraria una sentencia interlocutoria que aprobada una liquidación practicada por el perito contable del fuero, quien tomó pautas para cuantificar los rubros de condena contenidos en la sentencia sobre los cuales no había debate entre la ejecutante y el organismo condenando. Un pronunciamiento similar, pero referido a medidas cautelares en la ejecución, es *BICE SA c/ Tzicas*, Fallos: 345:523 (2022).

conceptos troncales del derecho procesal y constitucional, como lo son la inviolabilidad a la defensa en juicio, el derecho a ofrecer y producir prueba y los poderes oficiosos del juzgador en materia probatoria que abundan en los procedimientos de corte inquisitivo.

De esta investigación han surgido varios casos de la Corte en el período seleccionado referidos a la arbitrariedad en la práctica de la prueba. Generalmente, casos de sentencias fundadas en pruebas erróneamente confeccionadas, vinculados a la violación al derecho a la prueba como variante de la inviolabilidad de la defensa en juicio; la búsqueda de la verdad jurídica objetiva; la cooperación procesal, etcétera. Pueden mencionarse los siguientes:

1. La exigencia de cumplimiento y observancia de los pasos procesales establecidos para la correcta producción de los medios probatorios no revisten el carácter de meras formalidades, sino que configuraban requisitos estrechamente ligados a la seguridad y regularidad en la producción de la prueba.⁷² Sin perjuicio de ello, es carga del recurrente el acreditar el perjuicio ocasionado a sus garantías constitucionales a través del incumplimiento de dichas formas procesales en la producción de la prueba.⁷³

2. Lo referido a la práctica de la prueba también se ha visto por una doctrina que tiene larga data en el tribunal, como lo es la primacía de la “verdad jurídica objetiva” sobre la interpretación de los dispositivos procesales.⁷⁴

72 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *González, Jorge Enrique*, Fallos: 343:1181 (2020). En este caso, anuló una sentencia condenatoria por homicidio fundada en un reconocimiento fotográfico realizado sin respetar los pasos procedimentales para su producción. Sobre el particular, sostuvo que la rueda de personas y el interrogatorio previo a los testigos que lo practicarán “constituyen verdaderas válvulas de garantía que operan en favor de la exactitud, seriedad y fidelidad del acto en la medida en que tienden a disminuir las posibilidades de error a fin de resguardar la sinceridad de la identificación”. Otro caso interesante es *Corbero*, Fallos: 339:1514 (2016); aquí se trató de una pesquisa que motivó posteriormente una condena por tenencia y transporte de estupefacientes.

El superior tribunal de la causa anuló dicha pesquisa por haberse realizado con base en pautas imprecisas e informaciones brindadas por informantes desconocidos. La CSJN dejó sin efecto dicha decisión, toda vez que el tribunal omitió ponderar la circunstancia de que los informantes eran anónimos, con las razones que dificultan la colaboración con las autoridades en territorios —como el de este caso— donde los vecinos convivían a diario con organizaciones dedicadas al narcotráfico.

73 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Videla, Ricardo s/ jurado de enjuiciamiento*, Fallos: 344:2441 (2021). En el mismo sentido —inadmisibilidad por falta de agravio federal—, pero en materia de prácticas de prueba de oficio en el marco de un procedimiento de remoción de magistrados, véase *Samamé*, Fallos: 341:54 (2018).

74 Esta doctrina nace en el año 1957, en el conocido precedente *Colalillo*, Fallos: 238:550 (1957). Allí, la Corte dijo que la condición necesaria de que las circunstancias de hecho sean objeto de comprobación ante los jueces no excusa la indiferencia de éstos respecto de su objetiva verdad. Por ejemplo, en *Fiscalía de Estado y otro c/ YPF S.A.*, 339:1615 (2016), anuló sentencias de remate en una ejecución fiscal en la cual la ejecutada había producido prueba que acreditaba la manifiesta inexistencia de la

3. Dejó sin efecto decisiones que se habían fundado en pruebas erróneamente producidas por no pertenecer al conflicto a resolver.⁷⁵

4. Otro tópico interesante vinculado a la práctica de la prueba son las denominadas “medidas para mejor proveer” o “pruebas de oficio” que suelen utilizar los tribunales como alternativa frente a la falta de prueba al momento de resolver en las cuales no se garantizó la bilateralidad previa.⁷⁶

5. Uno de los mecanismos a través de los cuales se garantiza la inviolabilidad a la defensa en juicio es el *derecho a la prueba*, que, en lo referido a la actividad probatoria, se proyecta como la posibilidad de las partes de, por un lado, ofrecer y producir los medios probatorios previstos en el ordenamiento procesal y, por el otro, controvertir los ofrecidos por la contraria.⁷⁷ La Corte ha hecho énfasis en el derecho a prueba al referirse, por ejemplo, a la importancia de la participación de los querellantes en la producción de prueba de cargo en procesos penales,⁷⁸ para dejar sin efecto rechazos *in limine* de pretensiones con anterioridad a la apertura a prueba⁷⁹ o bien en casos donde no se dio la debida intervención al Ministerio Público en defensa de personas vulnerables.⁸⁰

6. Otros casos se vincularon con la actitud de las partes durante la etapa de producción de la prueba. En el último tiempo, por el trabajo de cierta doctrina procesalista, comenzó a elaborarse un concepto denominado “colaboración procesal”. Para esta doctrina, una actitud es colaborativa en el marco de un

deuda. También GCBA c/ Sanatorio Santa Isabel, Fallos: 344:645 (2021).

75 Corte Suprema de Justicia de la Nación, SRT c/ Caja Popular de Ahorros de Tucumán, Fallos: 340:1686 (2017).

76 Corte Suprema de Justicia de la Nación, AFIP c/ Tajamar Sistemas Electrónicos, Fallos: 341:1010 (2018). En este caso, la CSJN dejó sin efecto por arbitraría una resolución que había hecho lugar a la excepción de prescripción deducida en el marco de una ejecución fiscal que tuvo como principal fundamento probatorio una medida para mejor proveer, que, al momento de su dictado, únicamente fue notificada a la ejecutada y no al Fisco ejecutante, lo que lo privó de la posibilidad de adjuntar la documentación que le fuera requerida y que el magistrado contara con todos los elementos de convicción necesarios para decidir el litigio.

77 En el mismo sentido, Pico I. Junoy (1996) define al derecho a la prueba como “aquél que posee el litigante consistente en la utilización de todos los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso” (p. 20). Véase Corte Suprema de Justicia de la Nación, S., M. A. s/ art. 19 de la C.I.D.N., Fallos: 341: 1733 (2018).

78 Corte Suprema de Justicia de la Nación, Callejas, Fallos: 343:103 (2020); Martel Fallos: 345:298 (2022). En estos casos, la CSJN añadió que impedir la participación del querellante en el proceso penal podría configurar un incumplimiento del Estado argentino de la obligación de investigar hechos de violencia de género conforme lo establece la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y los artículos 16,28 y 31 de la Ley 26485.

79 Corte Suprema de Justicia de la Nación, Juvevir Asoc. Civil c/ APR Energy SRL, Fallos: 343:1859 (2020).

80 Corte Suprema de Justicia de la Nación, Aguirre c/ Quevedo, Fallos: 345:251 (2022).

proceso cuando las acciones de cada una de las partes se desarrollan de una manera integrada y/o se busca generar un resultado que maximice los intereses de aquellas, aun cuando concurran intereses incompatibles como en el debate procesal (Rojas, 2022, p. 88).⁸¹

7. Por último, entendió equiparables a sentencia definitiva y arbitraria la revocación de un auto de procesamiento por delitos de lesa humanidad donde el superior tribunal de la causa entendió insuficiente la evidencia recolectada en la instancia preparatoria. En estos casos, la CSJN sostuvo que las garantías de la defensa en juicio y del debido proceso se encontraban tan severamente cuestionadas que el problema exigía una consideración inmediata para su adecuada tutela.⁸²

4.5 Arbitriedad en los estándares de prueba

El estándar de prueba es un criterio o parámetro que indica cuándo se ha alcanzado la prueba de un hecho. Es un indicador del nivel de probabilidad necesario para tener por probadas las afirmaciones fácticas formuladas por las partes en el proceso.

Dentro de los estándares podemos encontrar, en orden de exigencia, la: 1) *preponderance of the evidence* (preponderancia de la evidencia): para su satisfacción, es suficiente con tener simplemente más pruebas que la contraparte; 2) *clear and convincing evidence* (evidencia clara y convincente): similar a una fuerte probabilidad de certeza, estos dos primeros estándares son los utilizados en el ámbito no penal o en algunos delitos menores (Vázquez, 2013, pp. 13-15); 3) *beyond a reasonable doubt* (más allá de toda duda razonable): el estándar más elevado, donde la “duda razonable” se presenta como aquel estado del caso en el que, después de comparar y considerar toda la prueba, queda en la mente del juzgador una perdurable convicción, rayana en una certeza moral, de la verdad de la pretensión (Lluch, 2012, p. 184). Es, como mínimo, una duda basada en una razón.⁸³

En resumen, es el fundamento que responde a la pregunta *¿cuánta prueba es*

81 Dicha pauta de colaboración fue convertida en regla en el artículo 53 de la Ley 24240 de Defensa del Consumidor y la CSJN la utilizó en *Seidenari c/ Galeno Argentina SA*, Fallos: 344:1308 (2021) para descalificar como arbitraria una sentencia que omitió valorar la falta de colaboración en la producción de la prueba del proveedor demandado que, a entender de la CSJN, se encontraba en mejores condiciones de producirla en relación con el consumidor.

82 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Blaquier*, Fallos: 344:1716 (2021).

83 Corte Suprema de Justicia de la Nación, S., J. M. S, Fallos: 343:354 (2020).

necesaria para tener por probado un hecho? En el período seleccionado en esta investigación pueden mencionarse casos donde la CSJN se refirió al estándar amplio en materia de otorgamiento de pensiones o beneficios graciabiles⁸⁴ y en despidos discriminatorios;⁸⁵ también en los estándares para determinaciones de oficio en materia tributaria⁸⁶ o cuando existen contradicciones en los utilizados por parte del juez en el marco de un mismo proceso.⁸⁷

4.6 Arbitrariedad en las presunciones

En el acápite correspondiente a la arbitrariedad en el objeto y tema de prueba se señaló que están exentos de prueba los hechos favorecidos por una presunción legal.

La presunción es un juicio lógico del legislador o del juez en función del cual, a partir de un hecho base, se establece un nexo lógico con fundamento en máximas generales de la experiencia y se tiene por presumido o probado otro hecho.⁸⁸

Cuando la presunción es creada por el legislador, se considera definitivamente cierto el hecho (*presunción iuris et de iure*) o provisoriamente mientras no se suministre prueba en contrario (*presunción iuris tantum*). En cambio, cuando es una presunción judicial, el hecho se considera como probable o presumido en función de indicios. Estos últimos, se tratan de hechos probados que en virtud de su variedad, gravedad, precisión y concordancia entre sí y a partir del nexo lógico que genera el juez y no por estar la presunción legalmente consagrada.

Efectivamente, existen casos de arbitrariedad en la aplicación de las presun-

84 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Creste*, Fallos: 340:1144 (2017).

85 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fontana c/ Cibie Argentina SA*, Fallos: 344:527; *Caminos c/ Colegio Nuestra Señora de Loreto*, Fallos: 344:1336 (2021). En estos casos, la Corte entendió que la existencia del motivo discriminatorio se tiene por probada cuando hay “verosimilitud en el derecho” de que la medida fue dispuesta por ese móvil, y corresponde al demandado la prueba de que el trato dispensado no obedeció al motivo discriminatorio reprochado, sino a otro motivo. La única limitación es que la rescisión no responda a los móviles discriminatorios.

86 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fideicomiso Santa Teresa c/ DGI*, Fallos: 343:840 (2020).

87 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Romero, Rafael Oscar*, Fallos: 344:402 (2021), donde detectó arbitrariedad en una contradicción en la que había incurrido el superior tribunal de la causa al haber confirmado el procesamiento de los imputados por delitos calificados como de lesa humanidad y, al mismo tiempo, haber revocado sus prisiones preventivas con base en las dudas expuestas sobre esa calificación. Esto, cuando la ley exige el mismo estándar probatorio para ambos pronunciamientos. Es decir, no puede concluirse que la imputación es lo suficientemente probable como para dar fundamento al auto de procesamiento, pero que no lo es para justificar la prisión cautelar.

88 En el mismo sentido, véase Devís Echandía (1988, p. 694).

ciones legales y judiciales en el período seleccionado. Se detectaron los siguientes fallos:

1. Casos donde la Corte ha fijado los alcances y contenidos de distintas presunciones legales. Por ejemplo, en materia laboral⁸⁹ o al descalificar como arbitrarias sentencias que se apartaron de la presunción legal de legitimidad de los actos administrativos.⁹⁰

2. En materia penal, afirmó que la sola gravedad del delito como indicio es insuficiente para generar una presunción judicial de peligro de fuga a los efectos de otorgar o denegar una medida privativa de la libertad ambulatoria.⁹¹

3. De último, la Corte ingresó en la arbitrariedad en materia presuncional en casos de las denominadas “categorías sospechosas” a través de lo que ha denominado la *presunción de inconstitucionalidad*, particularmente en lo referido a decisiones judiciales restrictivas de la libertad de expresión y de información.⁹²

4.7 Arbitrariedad en las fuentes y medios de prueba⁹³

La arbitrariedad en las fuentes y medios de prueba se refiere a los vicios en

89 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Puig c/ Minera Santa Cruz SA*, Fallos: 343:1037 (2020). En este caso, fijó los alcances de la presunción de un despido discriminatorio por matrimonio, al entender que dicha presunción no opera únicamente para la mujer, sino también para el cónyuge varón, ya que la ley no establece distinción alguna en ese punto entre hombres y mujeres. En *Morón c/ Grupo Asegurador La Segunda*, Fallos: 342:1753 (2019), declaró arbitraria la sentencia que consideró probada una relación laboral si diversos indicios resultaban hábiles para encuadrar el caso en el art. 23 de la Ley de Contrato de Trabajo, según el cual la presunción derivada de la prestación de tareas no rige cuando sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio.

90 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Ryser*, Fallos: 340:614 (2017); *Dupuy*, Fallos: 344:701 (2021).

91 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Rodríguez, Juan Manuel*, Fallos: 343:47 (2020). Aquí, descalificó por arbitraría una sentencia en la cual se revocó una excarcelación debido a que no puede derivarse de la gravedad del delito una presunción de que el imputado intentará fugarse para eludir la acción de la justicia.

92 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Paquez c/ Google INC*, Fallos: 342:2187 (2019), donde dejó sin efecto una tutela anticipada consistente en que se eliminaran de los motores de búsqueda determinadas sugerencias vinculadas al actor, por entender que configuraba una censura previa sobre la cual “pesa una fuerte presunción de inconstitucionalidad”, sin que el tribunal del caso realizara un examen mínimo del contenido de dichas publicaciones.

93 No son equivalentes las nociones “prueba”, “fuente de prueba” y “medio de prueba”. Las pruebas son las razones o motivos que son útiles para convencer al juzgador de la veracidad de los hechos afirmados; las fuentes de prueba son las cosas u objetos, acontecimientos físicos o naturales, las conductas y relaciones humanas de donde el juzgador puede deducir la prueba de otros hechos o de ellos mismos; los medios de prueba son los elementos utilizados por las partes que intentan suministrar aquellos motivos de certeza que son las pruebas, los mecanismos a través de los cuales la información se incorpora al proceso. Véase Devís Echandía, (1988, p. 271).

los que incurren los tribunales inferiores al utilizar de manera incorrecta o injustificada los elementos a través de los cuales se incorpora la información probatoria al proceso. Cuando los tribunales hacen un uso indebido de estos elementos, se configura una arbitrariedad fáctica que puede justificar la intervención de la CSJN a través del recurso extraordinario.

Se detectaron las siguientes decisiones de la Corte en materia de arbitrariedad en la utilización incorrecta de fuentes y medios de prueba:

1. Existen fallos referidos arbitrariedad y la utilización de prueba documental sobre los temas más variados, tales como el acompañamiento incompleto de un expediente administrativo por parte de la administración y sus consecuencias,⁹⁴ la pertinencia del certificado único de discapacidad⁹⁵ y de recibos de sueldo oficiales⁹⁶ como prueba documental.

2. Otro punto interesante es el debate acerca del carácter de medio probatorio de cargo de la declaración de la víctima en los procesos penales y el peso que puede tener al momento de la condena. La Corte descalificó por arbitrario un auto absolutorio que no tuvo en cuenta el testimonio de la víctima y cuya duda acerca de la ocurrencia del hecho carecía de fundamentos suficientes, en tanto se respalda en un examen parcial del plexo probatorio.⁹⁷

3. Para finalizar este acápite puede mencionarse lo referido al medio de prueba pericial, que ha sido tratado en varias oportunidades por la Corte. Por ejemplo, en este fundamento en específico, detalló los pasos y procedimientos a seguir para la correcta realización de una prueba pericial, mandando a realizar nuevamente la pericia que consideró incorrecta.⁹⁸

4.8 Arbitrariedad en la admisibilidad y exclusión de la prueba

Además de la práctica de la prueba que se reseñó anteriormente, la etapa de producción se encuentra vinculada ciertos requisitos que se refieren a los medios probatorios y rigen en su totalidad para la averiguación de las pruebas ante funcionarios judiciales, para su ofrecimiento, práctica y parcialmente para su valoración (Devis Echandía, 1988, p. 337). Estos son los *requisitos intrínsecos de*

94 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Aceitera General Deheza SA c/ Min. de Economía - UCESCI*, Fallos: 342:2051 (2019). Rosenkrantz y Rosatti, en disidencia, entendieron que el recurso era inadmisible.

95 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *A. M. G. c/ OSPJN*, Fallos: 340:1149 (2017).

96 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Quipildor c/ Municipalidad de Antofagasta*, Fallos: 341:1591 (2018).

97 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Rodríguez, Marcelo Alejo*, Fallos: 340:1283 (2017).

98 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Cermesoni c/ DGI*, Fallos: 341:1084 (2018).

la prueba, que, al encontrarse reunidos, permiten su *admisión* a efectos de poder ser ofrecidos, incorporados y posteriormente apreciados en el proceso.

Por otra parte, la *exclusión* de la prueba opera como un límite al derecho a la prueba (Pico I. Junoy, 2005, p. 2) donde corresponde que se eliminen y no se tengan en cuenta aquellas pruebas que sean: 1) *ilegales*: que han sido incorporadas violando el procedimiento para su producción; o 2) *ilícitas*: aquella cuya prueba está contaminada por la vulneración de un derecho o a las garantías procesales.

Es decir, ambos conceptos son las dos caras de una misma moneda, pues la admisibilidad de la prueba responde a la pregunta *¿cuáles pruebas deben aceptarse?*; y la exclusión, a *¿cuáles pruebas deben eliminarse?*

La Corte ha tenido estos puntos en mira al momento de pronunciarse acerca de la arbitrariedad en la admisión o exclusión de determinados medios de prueba, principalmente en procesos penales. En particular, se trataron de casos donde la CSJN dejó sin efecto por arbitrarias la anulación de órdenes de intervenciones telefónicas,⁹⁹ actas de procedimiento¹⁰⁰ y allanamientos¹⁰¹ que los tribunales de la causa consideraron ilícitas. Por último, señaló que, en materia de admisibilidad y exclusión de la prueba, no basta con señalar las irregularidades en materia de admisibilidad probatoria que pudieran haberse dado durante el procedimiento, sino que debe causar un agravio que habilite la competencia extraordinaria y es carga del recurrente demostrarlo.¹⁰²

99 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fredes*, Fallos: 341:207 (2018). En el marco de un proceso penal por comercialización de estupefacientes, declaró la arbitrariedad de la decisión del superior tribunal de la causa de anular por ilícita una orden de intervención telefónica y todo lo actuado en consecuencia —incluida la condena—, toda vez que aquella se encontraba fundada en elementos objetivos de la investigación previa que generaban una “sospecha razonable”, encontrándose comprometida la responsabilidad internacional del Estado por el compromiso asumido en la lucha contra el narcotráfico.

100 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *González, Domingo Fernando*, Fallos: 342:624 (2019), donde dejó sin efecto la inadmisibilidad por ilegal de un acta de procedimiento por la cual se dio inicio a un proceso penal, por entender que, en principio, la ausencia de testigos de actuación al tiempo de confeccionarse el acta invalidada no importó la violación concreta de alguna garantía constitucional atinente a los sujetos involucrados, pues la función primordial que poseen las nulidades en el proceso es privar a un acto de eficacia como consecuencia de un vicio que lo desnaturaliza.

101 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Halford*, Fallos: 341:1237 (2018). En este caso, el superior tribunal de la causa declaró la inadmisibilidad del resultado de un allanamiento que luego resultó en una condena, toda vez que este se realizó con fundamento en una denuncia anónima y no se le comunicó al juez competente que se realizaría la diligencia. La CSJN anuló dicho pronunciamiento con base en que no hay fundamento para una prohibición constitucional de que las fuerzas de seguridad que reciben información acerca de la comisión de un delito de acción pública desarrollen las tareas de investigación que les son propias antes de transmitirlas a los magistrados.

102 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Sala, Milagro*, Fallos: 345:1421 (2022).

5. Análisis cualitativo de los tipos de arbitrariedad

Luego de analizar cuantitativamente los casos en materia de arbitrariedad fáctica de la sentencia, se abordará en este apartado un estudio cualitativo del comportamiento judicial¹⁰³ individual de Rosenkrantz y Rosatti en estos casos. Asimismo, se compararán las distintas categorías señaladas en el apartado anterior con las otras causales de arbitrariedad distintas a la fáctica y el impacto en la práctica jurídica que se vislumbra desde la renovación en la integración del tribunal desde 2016.

5.1 Análisis del comportamiento judicial individual de Rosenkrantz y Rosatti en materia de arbitrariedad fáctica

Ingresando en el comportamiento judicial individual de los últimos dos presidentes de la Corte, desde su llegada al tribunal se cuantificó la existencia de una mayor cantidad de disidencias por parte de estos jueces en materia de arbitrariedad, como se mencionó en el apartado 3. En primer lugar, se encontraba el juez Rosatti, por holgada diferencia, seguido por Rosenkrantz y, por último, por los jueces Maqueda y Lorenzetti, respectivamente.

En los votos del juez Rosatti, considero que una de las principales razones que explican esta mayor cantidad de disidencias en sentencias arbitrarias se vincula a un punto que abordamos en el acápite 3.2: el recurso extraordinario entendido como un recurso de equidad, máxime cuando rige la regla procesal de celeridad o cuando juegan legislaciones de tipo “protectorio”.

Estos han sido casos sobre arbitrariedad fáctica donde el juez Rosatti votó en disidencia, ya sea en casos donde la mayoría entendió que el recurso extraordinario federal era inadmisible en los términos del art. 280 del CPCCN o bien el tribunal trató el recurso extraordinario, pero él lo entendió inadmisible:

- a. Casos donde el elemento causal de la pretensión versa sobre una relación de trabajo, ya sea de empleo público o privado. Allí, Rosatti cuenta con once disidencias en soledad, de las cuales en nueve oportunidades votó por la aplicación del artículo 280 del CPCCN sobre los recursos extraordinarios interpuestos por las demandadas, argumentando arbitrariedad en la

103 En los Estados Unidos, tanto polítólogos como juristas le han prestado mucha atención al estudio del comportamiento de los jueces. Entre todas las obras sobre el tema, se destacan Epstein y Lindquist (2017). Los capítulos de este manual reflexionan sobre los aspectos de la toma de decisiones judiciales en los tribunales estadounidenses, centrándose en los factores y en la dinámica institucional que conforman las decisiones que toman los jueces.

valoración de la prueba cuando la mayoría hizo lugar al recurso extraordinario.¹⁰⁴ Cuatro decisiones son en conjunto con Maqueda, donde votaron por: 1) elevar el monto de una indemnización por despido de un jugador de fútbol;¹⁰⁵ y 2) la inadmisibilidad de planteos de arbitrariedad contra una sentencia que ordenó la reinstalación de un delegado gremial¹⁰⁶ o la existencia de una relación laboral en médicos con consultorio en sanatorios privados.¹⁰⁷ Una decisión se da en conjunto con Rosenkrantz, donde declararon la arbitrariedad de una sentencia por caer en afirmaciones dogmáticas y valoración parcializada de la prueba en un caso donde se había condenado a una cooperativa a una indemnización por despido por entender que fue constituida en fraude; la mayoría aplicó el art. 280 del CPCCN.¹⁰⁸

- b. Litigios con aseguradoras de riesgos del trabajo (ART) que las tienen como demandadas y ellas acudieron a la Corte Suprema vía recurso extraordinario por arbitrariedad en la apreciación de la prueba por parte del tribunal inferior. Sobre este tipo de pretensiones, hay doce disidencias de Rosatti en solitario aplicando el art. 280 del CPCCN en seis de ellas¹⁰⁹ y expresando los fundamentos de rechazo de los recursos extraordinarios en cinco oportunidades,¹¹⁰ habiendo hecho lugar al recurso en solo una oportunidad;¹¹¹

104 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Barrera Echavarría c/ Lotería Nacional*, Fallos: 340:1136 (2017); *Correcher Gil c/ REMAR*, Fallos: 341:416; *Benítez c/ Galicia*, Fallos: 341:526; *Quipildor c/ Municipalidad de Antofagasta*, Fallos: 341:1591 (2018); *Resnick Brenner c/ AFIP*, Fallos: 342:73; *Payalap c/ Sernaglia*, Fallos: 342:1426 (2019); *Pelozo c/ Mendez*, Fallos: 344:1675 (2021); *Rizzo c/ Min. de Hacienda*, Fallos: 345:1219 (2022); *Erbetta c/ ASUNT*, Fallos: 346:1 (2023). Las otras dos disidencias en materia de arbitraría apreciación de la prueba fueron motivadas en *Fontana*, Fallos: 344:527 (2021), también desestimando una queja de la demandada en un litigio por despido, y en la dictada en *Consumo SRL c/ Poder Ejecutivo Nacional*, Fallos: 346:502 (2023), sobre responsabilidad del Estado por actividad lícita en materia de la normativa de emergencia durante la crisis del 2001.

105 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Kato c/ Club Atlético Huracán*, Fallos: 340:1074 (2017).

106 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Romero c/ Min. de Educación de la Nación*, Fallos: 344:3057 (2021).

107 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Rica c/ Hospital Alemán*, Fallos: 341:427 (2018); *Zechner c/ CEMIC*, Fallos: 342:1921 (2019).

108 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Pessina, c/ Frisman y otros*, Fallos: 340:1414 (2017).

109 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Cannao c/ Congeladores Patagónicos*, Fallos: 342:1017 (2019); *Acosta c/ Industrias Propar SRL*, Fallos: 342:1372 (2019); *Boza c/ Bridgestone*, Fallos: 342:1429 (2019); *Ibarra c/ IASSA*, Fallos: 342:1459 (2019); *Ramírez c/ Penelo*, Fallos: 343:1794 (2020); *Alarcón c/ Goncalvez*, Fallos: 346:629 (2023).

110 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Molina c/ QBE Argentina ART*, Fallos: 341:688 (2018); *Rodríguez, c/ Industrias Perna SRL*, Fallos: 342:250 (2019); *Báez c/ Darlene*, Fallos: 342:609 (2019); *Juárez c/ Federación Patronal Seguros*, Fallos: 344:535 (2021); *Valotta c/ Galeno ART*, Fallos: 344:741 (2021).

111 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Rastelli c/ Provincia ART*, Fallos: 342:1644 (2019). Rosatti –

luego tuvo una sola disidencia en conjunto con Maqueda¹¹² y otra con Rosenkrantz.¹¹³

- c. En materia de procedimientos de amparo sobre derecho de la salud, Rosatti tiene once disidencias sin haber votado en conjunto con ninguno de los miembros actuales de la Corte. En siete de ellas votó por la inadmisibilidad del recurso extraordinario interpuesto por las demandadas en el amparo, en forma contraria a la mayoría, que anuló por arbitrariedad fáctica las sentencias recurridas que habían hecho lugar a la pretensión de la amparista.¹¹⁴ Las otras cuatro disidencias fueron fundadas y versaron sobre: 1) el incumplimiento con la carga de la prueba que tenía la obra social de la idoneidad de una prótesis de origen nacional para una intervención quirúrgica a su cargo;¹¹⁵ 2) la cobertura de prestaciones médicas y tratamientos de rehabilitación para sujetos en condición de vulnerabilidad con fundamento en el artículo 75 inciso 23 de la CN. Incluso ha interpretado que de dicha cláusula se deriva un mandato constitucional de juzgar con una perspectiva de vulnerabilidad en este tipo de litigios, como surge de este extracto de una de sus disidencias:

(...) a la luz de los principios constitucionales y a partir de la trascendencia —no solo individual sino social y cívica— los derechos en juego, cabe concluir que resulta imperativo que se garanticen medidas efectivas y personalizadas de apoyo en entornos que fomenten al máximo el desarrollo social y educativo de conformidad con el objetivo de plena inclusión, máxime cuando el actor es una persona en situación de múltiple vulnerabilidad por su condición de niño y de persona con discapacidad (artículo 75, inciso 23, Constitución Nacional), de lo que se desprende que sus derechos deben ser objeto de una protección especial (...).¹¹⁶

remitiendo al dictamen del procurador— hizo lugar parcialmente al recurso extraordinario deducido por la aseguradora únicamente en lo referido a la arbitrariedad en la valoración de la prueba.

112 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Caillava c/ Vess Logística SRL*, Fallos: 344:3345 (2021).

113 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Seba c/ Asociart ART*, Fallos: 344:1906 (2021).

114 Corte Suprema de Justicia de la Nación, M, F. G. c/ OSDE, Fallos: 340:1062 (2017); A, M. L. c/ OSDE, Fallos: 341:585 (2018); C. T. N. c/ OSDE, Fallos: 341:966 (2018); D. P. c/ OSPJN, Fallos: 342:2399 (2019); *Padilla c/ Hospital Gral. Roca*, Fallos: 343:1673 (2020); *Romero c/ OSCCPTAC*, Fallos: 343:2176 (2020); C M I c/ OSPOCE, Fallos: 344:1744 (2021).

115 Corte Suprema de Justicia de la Nación, C, R. E. c/ OSPJN, Fallos: 342:1484 (2019). La mayoría, hizo lugar al recurso extraordinario de la demandada y dejó sin efecto la sentencia.

116 Corte Suprema de Justicia de la Nación, R. M. S. c/ OSDE, Fallos: 343:848 (2020). Disidencia del juez Rosatti, la mayoría entendió que el recurso extraordinario federal era inadmisible art. 280 del CPCCN. En el mismo sentido, B., M. A. c/ OSDE, Fallos: 344:551; G. D. S. c/ OSPJN, Fallos:

Si bien estas no son las únicas oportunidades en las que Rosatti se ha apartado del voto de sus colegas en materia de arbitrariedad fáctica,¹¹⁷ por la cantidad de sentencias en las cuales ha reiterado su criterio en disidencia en las tres temáticas anteriormente reseñadas se realizó este análisis en particular a efectos de demostrar la existencia de una clara postura del juez Rosatti en cuanto a la admisibilidad de recursos extraordinarios por arbitrariedad en esas áreas.

En la visión del juez Rosatti, los casos deben juzgarse con una perspectiva de la vulnerabilidad cuando esta es advertida por el juzgador —al punto de entenderlo como un mandato constitucional—, lo que ha llevado a que habilite la admisibilidad y procedencia de recursos extraordinarios que sus pares entienden extraños a la competencia del tribunal.¹¹⁸

Similar consideración puede efectuarse respecto a Carlos Rosenkrantz, por ejemplo, en la aplicación en soledad del artículo 280 del CPCCN en casos donde sus colegas, siguiendo la línea jurisprudencial del caso *Aguilera*,¹¹⁹ hicieron lugar a recursos extraordinarios interpuestos por Ministerio Público Fiscal contra el otorgamiento de la prisión domiciliaria a procesados por delitos de lesa humanidad, con los cuales el Estado argentino asumió la responsabilidad internacional de garantizar la realización del derecho penal.¹²⁰

Cuando la Corte rechaza una presentación con la invocación del art. 280 del CPCCN, lo que está diciendo es que el caso no es trascendente, pero en absoluto establece quién tiene la razón en el litigio, dejando firme el pronunciamiento del tribunal inferior (Rosatti, 2022, p. 107). Sobre este punto, Sacristán (2009, p. 11) señala, en oportunidad de referirse a los rechazos de recursos

344:2849 (2021).

117 Por ejemplo, también pueden verse disidencias de Rosatti donde voto por la aplicación del art. 280 del CPCCN en Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Geren Salud c/ OSSEG*, Fallos: 340:122 (2017); *Cornacchione c/ Municipalidad de Marcos Paz*, Fallos: 343:1109 (2020) y en *Rodríguez, Sabrina Pamela c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba*, Fallos: 346:326 (2023) y también que exteriorizan sus fundamentos en *Machuca*, Fallos: 343:625; *Total Austral SA c/ Dir. Gral. de Puertos de Tierra del Fuego*; Fallos: 343:1086 (2020); *Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Min. de Planificación de la Nación*, Fallos: 345:583 (2022).

118 Además del estudio de sus disidencias, tuve oportunidad de entrevistarme con dos Secretarios Letrados de la Vocalía del juez Rosatti quienes realizaron una apreciación similar sobre el criterio de su juez en estos casos.

119 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Aguilera*, Fallos: 341:1263 (2018).

120 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Greppi*, Fallos: 343:897 (2020); *Smart*, Fallos: 343:902 (2020); *Colotti*, Fallos: 343:951 (2020); *Alfonso*, Fallos: 343:1402 (2020). Cabe aclarar que hay excepciones; en el caso *Gutiérrez*, Fallos: 344:1899 (2021), sobre la misma temática, Rosenkrantz votó con la mayoría, pues se argumentaron problemas de salud del procesado, pero se acreditó que no requerían excarcelarlo para darle un tratamiento adecuado.

extraordinarios por incumplimiento de los recaudos previstos en la Acordada 4/2007, que los rechazos bajo el art. 280 del CPCCN pueden llegar a ser piezas vacías de contenido para los lectores, salvo que se pueda integrar la motivación del rechazo con los dictámenes del ministerio público fiscal o en las disidencias.

Algo interesante ocurre también con la integración de las mayorías en este tipo de sentencias. En el caso de Rosenkrantz y Rosatti, de 2.139 sentencias que declaran arbitrariedad desde que ambos integran el tribunal, votaron por la mayoría y en conjunto en 583 de ellas —el 27%—. ¿Qué ocurrió con Lorenzetti y Maqueda con anterioridad a la llegada de aquellos en 2016? En el mismo lapso de tiempo (01/01/2007 al 31/12/2015), de 1.164 sentencias, Maqueda y Lorenzetti fueron mayoría en 968 —el 83%—, tendencia que se mantiene por la baja cantidad de disidencias si se lo compara con sus colegas, como puede verse en la siguiente figura.

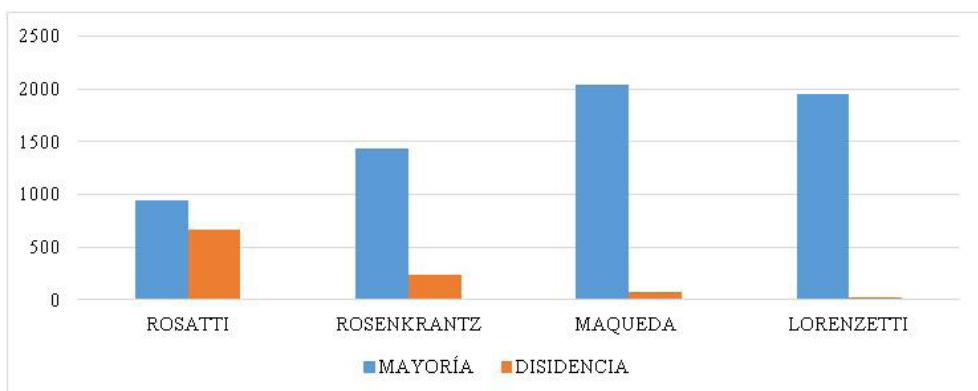


Figura 2. Voto de los miembros actuales de la Corte en sentencias que declaran arbitrariedad (2016-2023). Fuente: elaboración propia.

Además del mayor índice de disidencias que presentan Rosatti y Rosenkrantz desde su llegada a la Corte, de la Figura 2 surge una mayor cantidad de sentencias firmadas por parte de Maqueda (en primer lugar con 2112) y de Lorenzetti (1976 sentencias), le siguen Rosenkrantz con 1663 y, por último, Rosatti con 1608. Aquí también hay una inversión a la regla general, tal y como ocurría en la cantidad de disidencias, pues sobre el total de sentencias dictadas por la Corte Suprema en el mismo período, Rosatti supera holgadamente a Rosenkrantz en cantidad de sentencias firmadas, con 44.206 contra 33.588. Lo mismo ocurre con Lorenzetti y Maqueda, pero por una diferencia más acotada, 49.558 contra 49.485.

Sin embargo, esta regla general en materia de cantidad de sentencias firmadas se corrige cuando el análisis lo limitamos solamente a las sentencias por arbitrariedad fáctica que aparecen publicadas en la colección fallos, tal y como se hizo en el punto 3.1.

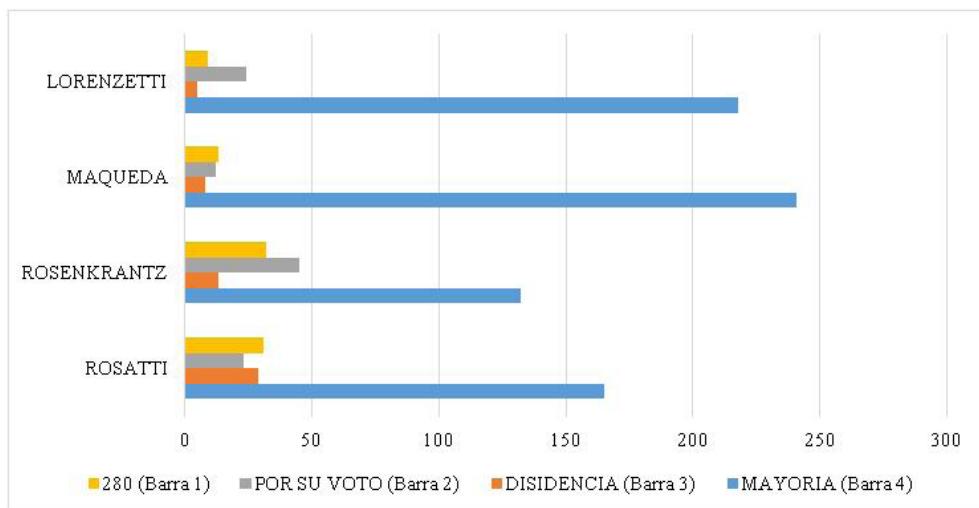


Figura 3. Sentencias por arbitrariedad fáctica firmadas en el período seleccionado (2016-2023). Fuente: elaboración propia.

Surge de esta investigación que, en el período seleccionado de las sentencias por arbitrariedad fáctica que aparecen publicadas en *Fallos*, Maqueda firmó 274 de ellas; Lorenzetti, 256; Rosatti, 248; y por último Rosenkrantz, con 222.

Pero también es interesante ver cómo se han distribuido el sentido de la votación de los jueces en dichas sentencias. En el caso de Maqueda casi todos sus votos fueron concurrentes con la mayoría, con solamente 12 votos individuales —también integrando la mayoría, lógicamente—, 8 disidencias fundadas y 13 en las cuales se inclinó por la aplicación del artículo 280 del CPCCN. Algo similar ocurre con Lorenzetti, con solamente 5 disidencias fundadas y 9 por la fórmula del artículo 280.

Ahora, si nos transportamos a los votos de Rosenkrantz y Rosatti, cambia el escenario. En primer lugar, porque, aunque hayan firmado una menor cantidad de sentencias, aparece una mayor presencia de votos individuales de estos jueces en oportunidad de acompañar a la mayoría, principalmente en el caso de Rosenkrantz con 45 votos individuales, seguido de Rosatti con 23. En segundo

lugar, una mayor cantidad de disidencias, donde Rosatti es quien mayor cantidad ha tenido, superando a los demás miembros juntos. Y tercero, un mayor uso del art. 280 del CPCCN para este tipo de recursos, que casi triplica al de sus colegas.

5.2 Análisis por fundamentos probatorios

A partir de la cuantificación realizada en el acápite anterior, puede verse que, por la copiosa cantidad de casos de entre todos los resueltos por la CSJN en sus últimas dos presidencias, hay un especial interés en habilitar la instancia extraordinaria cuando la sentencia no constituye una derivación razonada del derecho vigente en lo atinente a la apreciación de la prueba rendida.

Lo que queda claro es que la instancia de apelación extraordinaria que regula el artículo 14 de la Ley 48 no está, para la jurisprudencia de la Corte, solamente reservada a las cuestiones normativas del derecho federal, sino que se ha abierto el juicio de los hechos ante el tribunal de la Constitución. Esto –en lo referido a la apreciación probatoria–, ya sea porque el superior tribunal de la causa prescindió de prueba decisiva, invocó prueba inexistente, no consideró minuciosamente los medios probatorios producidos o la valoró en forma parcial y descontextualizada, realizó irrazonable valoración de las constancias de la causa o bien por falta de motivación fáctica suficiente.

Si tomamos en consideración el importante número de sentencias que dicta la Corte año a año, la cantidad de casos objeto de estudio en esta investigación –a primera vista– pareciera ser poco significativa. Pero, al enfocarnos en las resoluciones que se encuentran publicadas en la colección *Fallos*, los casos de arbitrariedad tienen una participación preponderante. Dato no menor, pues dicha colección es la que contiene las sentencias que el tribunal considera más relevantes para que sean difundidas no sólo entre los operadores jurídicos, sino también para el público en general.

Aunque la Corte debería dedicarse a resolver los casos trascendentales e institucionales (Santiago, 2013), los datos aquí expuestos demuestran que hay una preocupación por parte del máximo tribunal federal en corregir errores de instancias inferiores en la razonable fundamentación de sus sentencias, en especial cómo motivan la apreciación que realizaron de la prueba producida en juicio. Eso queda en evidencia al ver la cantidad de páginas que ocupan las sentencias sobre temas de arbitrariedad en la colección *Fallos*.

5.3 Arbitrariedad mixta. Vinculación entre las cuestiones “de hecho” y “de derecho”

Si bien el apartado 4 en materia de arbitrariedad fáctica buscó dar una clasificación desde la óptica probatoria, es de destacar que las causales de arbitrariedad que ha ensayado la doctrina no son comportamientos estancos, por lo que hay un gran número de casos resueltos por la Corte que contienen, en una misma sentencia, arbitrariedades que se aplican tanto a los fundamentos jurídicos como a los fácticos. A esta categoría se la denomina como arbitrariedad mixta o concurrente.

En primer lugar, encontramos las sentencias fundadas en “afirmaciones dogmáticas”. No se trata de sentencias que contradigan la ley vigente, sino de aquellas que no cumplen con aquella exigencia de que los casos sean resueltos con base en una decisión razonablemente fundada por sostenerse en aseveraciones sin asidero normativo o fáctico.

Vinculado a la arbitrariedad fáctica, entendió que incurre en dogmatismo la sentencia que prescinde de prueba correctamente producida y útil para la resolución del litigio sin dar fundamentos o acreditar la violación a garantías constitucionales en su producción,¹²¹ la que omite analizar la prueba acerca de la configuración de los presupuestos de la responsabilidad civil en la causa,¹²² la que declaró la incapacidad de ejercicio de una persona sin valorar que estaba demostrado en la existencia de una capacidad progresiva que podía ser complementada con el apoyo de allegados¹²³ o bien la que omitió considerar la particular condición de vulnerabilidad de la persona.¹²⁴

En segundo lugar, también consideró arbitrarías las sentencias que, al momento de exteriorizar sus fundamentos normativos o fácticos, dan argumentos desconectados del caso y que remiten únicamente a principios generales (Laplacette, 2023, p. 181). Existen dos variantes:

1. Aquellas que sustituyen la normativa aplicable al caso. Si bien a simple vista parece ser una arbitrariedad de tipo normativo, a la luz de la dificultad existente de distinguir las llamadas “cuestiones de derecho” de las cuestio-

121 Corte Suprema de Justicia de la Nación, Alonso, Fallos: 340:1918 (2017); Aparicio, Fallos: 341:150 (2018).

122 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Palacín c/ Bruno*, Fallos: 341:1611 (2018).

123 Corte Suprema de Justicia de la Nación, P. A. R, Fallos: 342:35 (2019).

124 Corte Suprema de Justicia de la Nación, V. M. C., Fallos: 341:1450 (2018). En el mismo sentido, pero sobre los niños, niñas y adolescentes como sujetos vulnerables *Godoy c/ Santi*, Fallos: 346:175 (2021).

nes fácticas, veremos seguidamente que hay apartamientos de la normativa aplicable al caso que implicaron para la Corte una incorrecta apreciación o motivación de la prueba rendida en el proceso.¹²⁵

2. Apartamiento de las constancias de la causa. Aquí, el vicio de arbitrariedad aparece en la subsunción o enlace entre la norma general aplicable al caso y las constancias del caso en concreto,¹²⁶ donde, a la hora de tener por confirmados los hechos afirmados en el proceso, el juzgador deja de lado circunstancias concretas con las cuales debería resolverlo.¹²⁷

La siguiente causal de arbitrariedad tiene partida de nacimiento en el año 1957, en el ya citado caso *Colalillo*. Es el *exceso ritual manifiesto*, donde las formas pierden el sentido de colaborar en la vigencia de la inviolabilidad de la defensa en juicio y transformando lo que es instrumental en sustancial, extraviando las formas procesales su verdadera razón de ser (Bidart Campos, 1979).

Esta es una causal de arbitrariedad invocada por la Corte para la más variada jurisprudencia, sean de la índole que sean. El exceso ritual puede concretarse de diversas formas: 1) al evaluar la normativa aplicable al caso o si, elegida la normativa, se la efectiviza con “interpretación literal injusta”; 2) en la apreciación de la prueba (Carrió, 1967; Linares, 1975).¹²⁸

Por ejemplo, entendió que incurría en exceso ritual manifiesto la exigencia de agotar la vía administrativa previo a la interposición de un amparo por daños ambientales;¹²⁹ también en materia de amparo la prueba de la representación procesal invocada por una asociación gremial que fue interpretada en forma restrictiva;¹³⁰ la que declaró abstracta un amparo por acceso a la información

125 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Sosa, Raúl s/ retiro por invalidez*, Fallos: 340:2021 (2017); *Corvalán c/ Intercordoba SA*, Fallos: 344:1695 (2021).

126 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Ciancaglini c/ ANSES*, Fallos: 343:892 (2020). Aquí consideró arbitrarria la sentencia que, denegando el derecho a una jubilación por invalidez por falta de aportes suficientes, omitió la circunstancia de que el trabajador se encontraba en actividad al momento de la invalidez y que eso tornaba innecesaria la regularidad de aportes al no ser un requisito del régimen jubilatorio aplicable al caso.

127 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Custet Llambi*, Fallos: 339:1423 (2016); *Gómez c/ Jumbo*, Fallos: 339:1523 (2016); *Palacios c/ Consorc. de prop. de calle Bartolomé Mitre 1228/32* Fallos: 340:226 (2017); *Banco Macro S.A.*, Fallos: 340:711 (2017); *Ministerio Público Fiscal s/ Investigación*, Fallos: 340:1097 (2017); *Banco Patagonia S.A. c/ De Narváez*, Fallos: 341:566 (2018); *Pagano c/ Austral Líneas Aéreas*, Fallos: 341:1179 (2018); *Andesmar c/ Expreso Uspallata*, Fallos: 343:161 (2020).

128 En cambio, consideran que es una arbitrariedad exclusivamente normativa Sagüés (1981, p. 199) y Bertolino (1979, p. 110).

129 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Majul*, Fallos: 342:1203 (2019).

130 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *APOC c/ Tribunal de Cuentas de Misiones*, Fallos: 345:1470 (2022).

pública cuando había pretensiones pendientes de resolución;¹³¹ la que declaró la caducidad de la pretensión cuando la notificación del acto administrativo impugnado fue defectuosa, privando el derecho de acceso a justicia y a ofrecer y producir prueba;¹³² la sentencia que rechazó un amparo interpuesto a fin de obtener la afiliación una obra social, pues el superior tribunal de la causa interpretó con “infundado ritualismo” los recaudos para la admisibilidad del amparo al exigir que la actora acredite la ausencia de otra cobertura de salud, sin ponderar la naturaleza de los derechos implicados.¹³³

Por último, existen arbitrariedades relativas al objeto de la decisión o por incongruencia que la doctrina históricamente los ha vinculado a una arbitrariedad de tipo normativo (Sagüés, 1981); pero al analizar la jurisprudencia de la Corte en el período seleccionado, encontramos que estas categorías también han ingresado en agravios por arbitrariedad vinculados a la prueba por:

1. Omisión del tratamiento de cuestiones relevantes para la decisión del conflicto¹³⁴ o bien cuando el superior tribunal de la causa omite considerar medios probatorios producidos en la instancia de grado que eran relevantes para la decisión del litigio y que fueron objeto de reclamo por las partes en sus recursos ante esa instancia.¹³⁵
2. Exceso en el pronunciamiento frente a cuestiones que no han sido planteadas por las partes con referencia a la motivación fáctica de la resolución y que violan la defensa en juicio.¹³⁶

En definitiva, en la práctica sigue habiendo una presencia de arbitrariedades mixtas o concurrentes durante las presidencias de Rosenkrantz y Rosatti, pero, como surge de los casos reseñados —al igual que los referidos en el apartado anterior—, se hace énfasis en que existe una relación directa entre esa arbitra-

131 Corte Suprema de Justicia de la Nación, CODIUNNE, Fallos: 345:1291 (2022).

132 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Transportes Uspallata c/ Mendoza*, Fallos: 339:1483 (2016).

133 Corte Suprema de Justicia de la Nación, G. P., E. N. c/ IOSPER, Fallos: 345:1174 (2022).

134 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Di Federico c/ Banco Santander Río*, Fallos: 343:1732 (2020).

135 Corte Suprema de Justicia de la Nación, Nemec, Fallos: 344:2977 (2021).

136 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *González, Luis Osvaldo c/ Liberty ART*, Fallos: 339:1567 (2016). En este caso entendió que incurre en esta arbitrariedad la sentencia qué al resolver el recurso de apelación deducido por la demandada en un caso por indemnización con el fin de cuestionar una cuestión netamente probatoria —el porcentaje de incapacidad del actor—, excediéndose en su competencia en función del grado, ingresó a cuestiones que no habían sido objeto de apelación por la única apelante, colocándola en peor situación que la resultante de la sentencia apelada, lo que constituye una violación directa a la garantía de defensa en juicio.

riedad y las garantías constitucionales violadas que llevan a la habilitación de la instancia extraordinaria de apelación.

5.4 Impacto de la jurisprudencia en la práctica jurídica

La doctrina de la arbitrariedad de sentencia y su significativa participación centenaria en la jurisprudencia de la Corte no solamente es un interés de tipo académico, sino que tiene una gran importancia práctica. Desde hace mucho se ha intentado dar un trámite específico, lo que muchas veces choca con las particularidades procesales de esta causal de habilitación de la competencia de apelación extraordinaria del tribunal.

Desde la investigación académica en el derecho procesal y constitucional hasta la práctica jurídica diaria, ya sea en el ejercicio liberal de la profesión abogadil o en el ámbito de la jurisdicción, los aspectos procesales de la arbitrariedad han tenido un impacto sustancial. Dicho impacto se ve reforzado por el nuevo panorama que abre la renovación en la integración del tribunal de cara a futuro y a la luz de su última jurisprudencia en materia de arbitrariedad fáctica que se ha analizado en esta investigación.

Uno de los principales problemas es cómo se proyecta la clásica distinción de la teoría recursiva entre análisis de admisibilidad y fundabilidad del recurso. El recurso extraordinario es admisible cuando reúne los aspectos formales que permiten el tratamiento de los agravios en él invocados y demás recaudos previstos en la normativa procesal aplicable a su interposición y tratamiento. Es decir, hace exclusivamente a su concesión y no a su razón o sinrazón y es resuelto tanto por el superior tribunal de la causa que dictó la resolución recurrida —al momento de su concesión o denegación— como por la Corte previo a ingresar al tratamiento del fondo de la cuestión planteada. En cambio, el análisis de fundabilidad remite a la procedencia sustancial del recurso planteado, es el examen intrínseco de sus fundamentos. Este examen, a diferencia de la admisibilidad, es de exclusiva competencia del tribunal encargado de resolverlo (Alvarado Velloso, 2009). Es decir, en el caso específico del recurso extraordinario federal, el análisis de fundabilidad se encuentra en cabeza de la CSJN en forma exclusiva y no es una competencia concurrente con el superior tribunal de la causa.

Al igual que en los recursos ordinarios que se resuelven en los demás tribunales inferiores, los juicios de admisibilidad y fundabilidad son fácilmente escindibles entre sí cuando se trata de las cuestiones federales tradicionales

previstas en el artículo 14 Ley 48. Esto no ocurre cuando el recurso se funda en la arbitrariedad de sentencia, pues su admisión formal se encuentra condicionada a su procedencia sustancial. Para la concesión del recurso por arbitrariedad, debe ingresar a analizar y expedirse acerca de la fundamentación intrínseca de la crítica a la resolución recurrida, lo que puede llevar al tribunal de la causa a señalar su propia arbitrariedad en la resolución de concesión y que luego esa suerte de confesión sea considerada por la Corte al momento de resolver el recurso.¹³⁷ Esto genera el desvanecimiento de las diferencias históricas existentes entre los análisis de fundabilidad y admisibilidad (D'Alessio, 2006; Tribiño, 2005), permitiendo que los tribunales ordinarios se expidan sobre la sustancia del recurso, cuestión que, por la recta aplicación de la ley procesal, les está vedado.

Algo similar ocurre cuando la Corte debe expedirse acerca de la admisibilidad y fundabilidad del recurso. Cuando este se funda en la arbitrariedad de sentencia, se vuelve a presentar el desvanecimiento de las diferencias entre ambos juicios; si el tribunal considera que no hay arbitrariedad, no hay cuestión federal y el recurso será rechazado, en cambio, si hay arbitrariedad, será admitido y se dejará sin efecto la sentencia del superior de la causa. Ello provoca que casi la totalidad de los rechazos —por la mayoría o por la disidencia— de los recursos extraordinarios por arbitrariedad sean por aplicación del artículo 280 del CPCCN, sin motivación.

Otra problemática vinculada a la anterior es el tratamiento en conjunto del acuse de arbitrariedad con otras cuestiones federales y la limitación de la competencia apelada de la Corte frente a la denegación de la concesión de dicha causal por el superior tribunal de la causa. Lógicamente, la regla general es que siempre los agravios abordados en primer término son los vinculados a la arbitrariedad, ya que estos, en caso de prosperar, convierten la resolución recurrida en una no sentencia, descalificándola como acto jurisdiccional válido.

Pero la Corte ha establecido una excepción a esa regla, que es tratamiento conjunto de las distintas cuestiones federales volcadas en el recurso conjuntamente con la arbitrariedad cuando se hayan inescindiblemente vinculadas entre sí¹³⁸ o bien porque, aunque no haya inescindibilidad, existe una estrecha conexidad entre los agravios planteados.¹³⁹

137 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Caliva*, Fallos: 341:98 (2018); C. T., N. c/ OSDE, 341:966 (2018).

138 Corte Suprema de Justicia de la Nación, V., M. c/ S. Y., C. R., Fallos: 343:1362 (2020); INC SA c/ DGI, Fallos: 344:1810 (2021); *Don Marcelino SA c/ DGI*, Fallos: 346:304 (2023).

139 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Galante c/ Arte Gráfico Editorial Argentino*, Fallos: 342:1735

Dicha conexidad ha llevado a la Corte a una sostener una interpretación amplia de los autos de concesión de los recursos extraordinarios, donde la falta de precisión de este en cuanto a si la causal de arbitrariedad fue aquella por la que dicho recurso fue concedido no obsta a que la Corte aborde los agravios fundados en la arbitrariedad a los fines de mejor preservar el derecho de defensa;¹⁴⁰ o bien directamente a exceder los límites de su competencia e ingresar al tratamiento de los agravios vinculados a la arbitrariedad de sentencia cuando la concesión del recurso fue parcial y se rechazaron sin que se dedujera la correspondiente queja, ya que la solución tradicional —desestimar los agravios denegados y abordar solamente los referidos a las otras cuestiones federales— significaría romper la unidad conceptual del recurso.¹⁴¹

Por último, y vinculado a lo que se mencionó en el apartado anterior de este trabajo, considero que, a partir de las presidencias de Rosenkrantz y Rosatti, se abre un nuevo panorama para la arbitrariedad vinculada a los hechos del caso. Nos encontramos en el contexto de la “cumbre” de la autoestima institucional de la Corte Suprema argentina a lo largo de sus más de 160 años de historia (Santiago, 2023), donde reafirma no sólo su rol de ser el tribunal de la Constitución, sino también el de ser interlocutor del sistema político en el conflicto entre poderes y entre el orden federal y el provincial. Así, un acuse de arbitrariedad fáctica que pretenda prosperar debe ser planteado bajo este prisma, buscando conectar la errónea apreciación o fundamentación probatoria con una afectación trascendente a los derechos y garantías constitucionales de las partes, o bien que exceda sus intereses particulares como puede ocurrir en los casos de gravedad institucional.

En este tipo de recursos, por más que se esté ingresando a agravios no aforados a la competencia apelada de la Corte, no puede verse al tribunal como una tercera instancia en la resolución del litigio, sino como un foro constitucional en el que la pieza recursiva debe apuntar a que aquella corrija la violación directa a la Constitución que se ha producido en el caso en concreto.

(2019) *Balbiani*, Fallos: 343:827 (2020); *H., A. O.*, Fallos: 344:1509 (2021); *Alcalis de la Patagonia SAIC c/ Ministerio de Planificación*, Fallos: 344:2488 (2021).

140 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Díaz c/ Medio Oriente SRL*, Fallos: 342:1589 (2019).

141 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Rodríguez Buela*, Fallos: 343:1434 (2020).

6. Conclusiones

A partir del análisis de la jurisprudencia de la CSJN en el período 2016-2023, durante las presidencias de Rosenkrantz y Rosatti se pueden extraer las siguientes conclusiones sobre el tratamiento de recursos extraordinarios fundados en la doctrina de la arbitrariedad fáctica.

En primer término, el máximo tribunal ha consolidado un enfoque más riguroso en el escrutinio de las decisiones probatorias de los tribunales inferiores, marcando un cambio significativo en la aplicación de la doctrina de la arbitrariedad. Este mayor rigor se refleja en un estándar más elevado para admitir recursos extraordinarios, exigiendo una conexión directa entre los vicios probatorios y la afectación de garantías constitucionales, como el debido proceso y la defensa en juicio.

Entre los fundamentos probatorios analizados, la arbitrariedad en la apreciación de la prueba destaca como la causal más recurrente, presente en 174 de las 227 sentencias seleccionadas de la colección *Fallos*. Esto evidencia la preocupación de la Corte por garantizar que las sentencias sean razonablemente fundadas, no solo en términos normativos, sino también en la valoración adecuada de los elementos fácticos que sustentan las decisiones judiciales.

Por su parte, los jueces Rosenkrantz y Rosatti han mostrado una tendencia a emitir un mayor número de disidencias en casos de arbitrariedad fáctica, con 661 y 235 disidencias, respectivamente, en contraste con las 75 de Maqueda y las 21 de Lorenzetti. Estas disidencias reflejan una diversidad de criterios en la Corte, particularmente en la interpretación de la admisibilidad de los recursos y la relevancia de los agravios probatorios, lo que sugiere una reconfiguración en la dinámica de las mayorías dentro del tribunal.

Esta evolución en la jurisprudencia de la Corte en las presidencias de Rosenkrantz y Rosatti tiene implicaciones significativas para la práctica forense, especialmente al analizar el comportamiento individual de estos dos jueces. La exigencia de vincular los agravios por arbitrariedad con violaciones a derechos constitucionales reafirma el rol de la CSJN como tribunal constitucional, no como una tercera instancia de revisión. Esto plantea desafíos para los litigantes, quienes deben articular sus recursos con mayor precisión para superar los filtros de admisibilidad y fundabilidad.

Con su intervención, la CSJN demuestra el interés en orientar a los jueces inferiores sobre la correcta motivación de las decisiones probatorias. Este rol educativo busca no solo corregir errores, sino también establecer estándares que promuevan la seguridad jurídica y la razonabilidad en la fundamentación de las sentencias.

La palabra del tribunal en esta materia hoy ha cambiado. Se está trazando un nuevo sendero con la llegada de nuevos jueces que han aportado, para bien o para mal, nuevas voces al tribunal. Una mayor cantidad de disidencias en materia de prueba, reconfiguración de las mayorías y cambios en los casos que son admitidos se proyectan en el interés que tiene el tribunal en exhibir cómo quiere que los tribunales inferiores argumenten acerca de la prueba en los casos sometidos a su jurisdicción, donde los recursos que llegan a su competencia deben estar vinculados a una violación directa a derechos y garantías constitucionales para no transformarse en una mera casación del derecho común.

Una mejor comprensión de la actuación del tribunal frente a la arbitrariedad del juicio probatorio de las instancias inferiores ayudará no sólo a la doctrina especializada en el estudio de la actualidad y futuro del recurso extraordinario, sino también a la práctica en la elaboración, interposición, contestación y concesión de tales piezas procesales que son las partícipes mayoritarias de la competencia apelada de la Corte. Un mejor litigio y mejores sentencias, confío, podrán contribuir a equilibrar la balanza de la justicia.

Bibliografía

- Alvarado Velloso, A. (2008). *Introducción al estudio del derecho procesal* (Tercera Parte). Rubinzel Culzoni.
- Alvarado Velloso, A. (2009). *Sistema procesal. Garantía de la libertad*. Rubinzel Culzoni.
- Argibay, C. M. (2008). La balanza de la Justicia (o cómo aprendí a desconfiar de la doctrina de la arbitrariedad). *Jurisprudencia Argentina*, 2008-II-1322.
- Benaventos, O. A. y Fernández Dellepiane, M. (2022). *El proceso civil adversarial: una deuda pendiente en América Latina*. Editorial Fundeciju.
- Bentham, J. (1959). *Tratado de las pruebas judiciales*. Ejea.
- Bertolino, P. J. (1979). *El exceso ritual manifiesto*. Editorial Platense.
- Bianchi, A. B. (1982). El recurso extraordinario por sentencia arbitraria. *El Derecho*, 99-835.
- Bidart Campos, G. (1979). El rigorismo procesal violatorio de la defensa. *El Derecho*, 81-530.
- Calvinho, G. (2016). *Carga de la prueba*. Astrea.
- Calvinho, G. (2017). La carga procesal y el dinamismo de la norma procedimental. *Vox Juris*, (34), 2, pp. 133-143.
- Calvinho, G. (2022). *La prevención procesal*. Rubinzel-Culzoni.
- Carnelutti, F. (1944). *Sistema de derecho procesal civil*. Utthea.
- Carnelutti, F. (1955). *La prueba civil*. Arayú.
- Carrión, G. (1967). *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*. Abeledo Perrot.

- Carrió, G. (1997). Don Quijote en el Palacio de Justicia (La Corte Suprema y sus problemas). *La Ley*, (1989), 1131-1150.
- Chiappini, J. (1997). El recurso extraordinario por arbitrariedad dikelógica. *El Derecho*.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2022). *Los primeros precedentes en materia de arbitrariedad*. <https://sj.csjn.gov.ar/homeSJ/suplementos/inicia>
- D'Alessio, A. J. (2006). Origen, desarrollo, apogeo y desmadre del recurso extraordinario por sentencia arbitraria. *Jurisprudencia Argentina*, 2006-III-1378.
- Dellepiane, A. (1913). *Filosofía del Derecho Procesal. Ensayo de una teoría general de la prueba*. Infojus.
- Devis Echandía, H. (1988). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Zavalía.
- Eisner, I. (1964). *La prueba en el proceso civil* (2^a ed.). Abeledo Perrot.
- Epstein, L. y Lindquist, S. A. (2017). *The Oxford Handbook of U.S. Judicial Behavior*. Oxford Academic.
- Ferrer Beltrán, J. (2016). *Motivación y racionalidad de la prueba*. Grijley.
- Fiorini, B. (2008). Sentencias arbitrarias y sentencias inconstitucionales. *La Ley*, 88-921.
- Garay, A. F. (2010). El Recurso extraordinario por sentencia arbitraria. Propuesta para un manejo más ágil. *La Ley, Suplemento Extraordinario Constitucional*, 27-40.
- García Amado, J. A. (2014). *Ponderación y subsunción: métodos intercambiables*. <https://www.garciamado.es/2014/06/ponderacion-y-subsencion-metodos-intercambiables>
- Gascón Abellán, M. (2004). La motivación de la prueba. En Carrillo, J. B., Laporta San Miguel F. J., Sanchís, L. P. y Páramo Argüelles, J. R. (Coords.), *Constitución y derechos fundamentales* (pp. 773-794). Secretaría General Técnica, Presidencia del Gobierno.
- Gelli, M. A. (2011). *Constitución de la Nación Argentina* (4^a ed.). La Ley.
- Giannini, L. J. (2022). La producción jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2020-2021). *Revista de Derecho Procesal*, 2022-2, 489-576.
- Guastavino, J. M. (1864). Prefacio del Tomo 1 de la colección *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Publicado en *Fallos* 346:1576-1577 (2023).
- Ferrer Beltrán, J. (2016). *Motivación y racionalidad de la prueba*. Grijley.
- Laplacette, C. J. (2023). *Recurso extraordinario federal por arbitrariedad de sentencia*. Hammurabi.
- Lau Alberdi, J. (2023). 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>
- Linares, J. F. (1949). El recurso extraordinario por sentencia arbitraria. *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 27, pp. 3-4.
- Linares, J. F. (1975). Recurso extraordinario y ritualismo. *Jurisprudencia Argentina*, 1975-464.
- Lorenzetti, R. L. (2022). *La sentencia. Teoría de la decisión judicial*. Rubinzel Culzoni.
- Lluch, X. (2012). La dosis de prueba: entre el *common law* y el *civil law*. *Doxa*, 35, 173-200.
- Manili, P. L. (2010). *100 años de arbitrariedad. Desafíos de una doctrina centenaria de la Corte Suprema*. La Ley.
- Morello, A. M. (1995). *Actualidad del recurso extraordinario*. Abeledo-Perron.
- Nieva Fenoll, J., Ferrer Beltrán, J. y Giannini, L. J. (2019). *Contra la carga de la prueba*. Marcial Pons.
- Palacio, L. E. (2021). *Derecho Procesal Civil* (5^a ed.). Abeledo-Perron.
- Pico I. Junoy, J. (1996). *El derecho a la prueba en el proceso civil*. J. Ma. Bosch.
- Pico I. Junoy, J. (2005). La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil. *Justicia: revista de derecho procesal*, (3-4), 59-100.

- Ramírez Calvo, R. (2010). El recurso extraordinario por arbitrariedad de sentencia. Una evaluación en perspectiva comparativa. En Manili, P. L. (Dir.), *Tratado de derecho procesal constitucional* (pp. 455-478). La Ley.
- Peyrano, J. W. y Chiappini, J. (1984). *Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. El Derecho*, 107-1005.
- Rojas, J. A. (2019). *Recurso Extraordinario Federal*. Rubinzel Culzoni.
- Rojas, J. A. (2022). *El Proceso Articulado*. Rubinzel Culzoni.
- Rosatti, H. D. (2018). La Corte Suprema. Entre Escila y Caribdis. *La Ley*, AR/DOC/735/2018.
- Rosatti, H. D. (2022). *La Palabra de la Corte Suprema*. Siglo XXI.
- Rosemberg, L. (2002). *Carga de la prueba* (2^a ed.). BdeF.
- Sacristán, E. B. (2009). El rol docente de la Corte Suprema (en torno al artículo 11 de la Acordada 4/2007). *Sup. Const.* 2009 (noviembre), 1, *La Ley*, 2009-F, 1102.
- Sagüés, N. P. (1981). *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario* (Tomo II). Astrea.
- Sagüés, M. S. (2023). *El recurso extraordinario federal en la ley 48*. Hammurabi.
- Santiago, A. (h.) (2013). Los Modelos Institucionales de Cortes Supremas. En Vigo, R. L. y Gattinoni de Mujía, M. (Dirs.), *Tratado de Derecho judicial* (Vol. I, pp. 1123-1160). Abeledo-Perrot.
- Santiago, A. (h.) (2023). La autoconciencia del rol institucional por parte de la Corte Suprema de la Nación. *La Ley* 2023-E, AR/DOC/2352/2023.
- Schönke, A. (1964). *Derecho procesal civil*. Edit. Revista de derecho privado.
- Sentís Melendo, S. (1957). *El proceso civil*. Ejea.
- Spota, A. A. (2001). *Recurso extraordinario. Estado y evolución actual de la jurisprudencia. Arbitrariedad – Certiorari*. La Ley.
- Tribiño, C. R. (2005). Aspectos procesales del recurso extraordinario por sentencia arbitraria. *La Ley*, 2005-C-1453.
- Urteaga, A. A. (2006). La doctrina de la arbitrariedad de sentencia: una crítica. *Jurisprudencia Argentina*, 2006-II-1364.
- Vanossi, J. R. A. (1981). La sentencia arbitraria. Un acto de lesión constitucional. La arbitrariedad como inconstitucional. *El Derecho*, 91-113.
- Vanossi, J. R. A. (1984) *Recurso extraordinario federal*. Universidad de Buenos Aires.
- Vanossi, J. R. A. (2013). *Teoría Constitucional* (3^a ed., Tomo III). Abeledo Perrot.
- Vázquez, C. (2013). *Estándares de prueba y la prueba científica*. Marcial Pons.

Roles de autoría y conflicto de intereses

El autor manifiesta que cumplió todos los roles de autoría del presente artículo y declara no poseer conflicto de interés alguno.

LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS INTEGRADAS TOTAL O MAYORITARIAMENTE POR EL ESTADO

Gerardo Fiol

Universidad Católica Argentina

fiolgerardo@yahoo.com.ar

DOI: <https://doi.org/10.26422/RJA.2025.0601.fio>

Enviado: 03/02/2025

Aceptado: 23/05/2025

Resumen

En las últimas décadas, el ordenamiento jurídico argentino ha sido testigo de una proliferada creación de empresas estatales con el objeto de llevar a cabo la prestación de un servicio público o bien la realización de actividades de índole comercial, financiera o industrial. Más allá de las distintas modalidades históricamente empleadas, hoy día, la figura jurídica que recoge al rol empresario estatal es la de la sociedad anónima, propia del derecho privado. Es sabido que las sociedades anónimas integradas total o mayoritariamente por el Estado se hallan sometidas a un régimen jurídico mixto que oscila entre normas de derecho público y de derecho privado. En el presente trabajo se intenta ensayar una respuesta razonable y jurídica al interrogante de cuál es la norma/régimen aplicable frente a los daños y perjuicios ocasionados a terceros por las sociedades anónimas integradas total o mayoritariamente por el Estado en ocasión de llevar a cabo las actividades y/o servicios objeto de su estatuto social. Dicho interrogante recobra actualidad frente a la existencia de voces doctrinarias encontradas y de normas que postulan soluciones diferentes, propiciando, unas, la aplicación de la ley de responsabilidad del Estado y, otras, el Código Civil y Comercial de la Nación.

Palabras clave: empresas estatales, daños y perjuicios, sociedades anónimas, responsabilidad.

Liability of the Corporations Totally or Majority Owned by the State

Abstract

During the past decades, Argentina has witnessed a significant proliferation of state-owned companies established to provide public services or engage in commercial, financial, or industrial activities. Regardless of the different forms historically employed, today, the legal entity that embodies the state's entrepreneurial role is the sociedad anónima (Corporation), which belongs to private law. It is well known that Corporations totally or predominantly owned by the State are ruled by a mixed legal regime, which oscillates between public law and private law regulations. This paper attempts to provide a reasonable legal response to the question of which law or legal regime applies to solve the cases in which people are damaged by Corporations totally or predominantly owned by the State while carrying out the industrial activities or public services according to their corporate bylaws. This question has gained relevance due to the existence of conflicting doctrinal views and norms that propose different solutions, with some advocating for the application of public law regulations (LRE) and others for the private ones (CCyCN).

Key words: state companies, damage and injured, corporations, liability.

1. Introducción

Hace tiempo ya que la adopción por parte del Estado de las formas típicas societarias del derecho privado constituye “una realidad que no se puede negar” (Bielsa, 2017) y representa —más allá de todo debate en cuanto a su encuadre jurídico— un dato socioeconómico en nuestro país (Alfonso, 2009, p. 47 nota al pie). A ellas se ha acudido asignándoles “los más diversos objetos sociales” (Pozo Gowland, 2021, párr. 11).

Ya sea en pos de la prestación de servicios públicos o bien por considerar conveniente para el interés general llevar a cabo de modo directo ciertas actividades industriales o comerciales, el Estado tiene en la actualidad una significativa injerencia en la economía de ciertos sectores, interviniendo no desde alguna de las clásicas modalidades según la clasificación tripartita de Jordana de Pozas (1949), sino más bien desde la forma empresarial y, en lo que aquí interesa, bajo el esquema típico de la sociedad anónima (en adelante, SA), regulada en la Ley General de Sociedades (LGS, Ley 19550).

Acudir al ropaje jurídico de una figura propia del derecho privado se explica a partir de considerar que dicho régimen resultará más apropiado, ágil, eficiente y adecuado para alcanzar los fines públicos que inspiraron la decisión de las autoridades públicas de crear una nueva persona jurídica distinta del Estado.

Este fenómeno ha sido puntualmente descripto por el alto tribunal de la

Nación en el renombrado fallo *Guistiniani*,¹ donde señaló que la experiencia daba cuenta de que, asiduamente, el Estado recurre a figuras empresariales o societarias típicamente privadas con el objeto de desarrollar ciertos cometidos públicos y, para ello, deja de lado las clásicas categorías de la organización administrativa en el afán de agilizar su desenvolvimiento en el mercado, lograr una mayor efectividad económica y realizar así tales cometidos públicos.

Más allá de las diversas modalidades de empresas estatales que en nuestro derecho positivo se han creado,² nos detendremos en el supuesto particular de las sociedades anónimas integradas total o mayoritariamente por el Estado. Ello, por cuanto la tendencia viene siendo la de preferir la utilización de dicha figura por sobre aquellas otras creadas y empleadas con anterioridad.

Además, en el orden nacional, a partir de la entrada en vigencia del Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 70/2023, han quedado derogadas las sociedades del Estado, empresas del Estado, sociedades de economía mixta, entre otras.³ A su vez, el art. 48 dispone que las sociedades o empresas con participación del Estado, cualquiera sea el tipo o forma societaria adoptada, se transformarán en sociedades anónimas, lo cual incluye a las empresas del Estado, las sociedades del Estado, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, las sociedades de economía mixta y todas aquellas otras organizaciones societarias donde el Estado nacional tenga participación en el capital o en la formación de las decisiones societarias y no se encuentren constituidas como sociedades anónimas.

En línea con este proceso de transformación, en el Capítulo II de la Ley 27742 (Ley de bases y puntos de partida para los argentinos), fueron declaradas “sujetas a privatización” diversas empresas estatales (v. gr., NASA, YCRT, Energía Argentina SA, Intercargo SAU, entre otras) y se reglamentó el modo en que ha de llevarse a cabo su efectiva privatización.⁴

En este escenario, en el que la figura de la sociedad anónima se posiciona como la protagonista para dar cauce a la intervención estatal en la economía desde un rol empresario, es dable preguntarse cómo responden dichas socieda-

1 CSJN, Fallos: 338:1258.

2 V. gr., Sociedades de Economía Mixta (Ley 15349), Empresas del Estado (Ley 13653), Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria (Ley 17318 y 19550, arts. 308 y ccs.), Sociedades del Estado (Ley 20705), Sociedades Anónimas puras y simples en las cuales el Estado participa de manera parcial o como único accionista (ley 19.550).

3 Ver arts. 36 a 40 del DNU 70/2023.

4 Conf. arts. 7 a 23.

des por los daños y perjuicios que su acción u omisión ocasionen a terceros en la realización de su objeto social (prestación de un servicio público o la ejecución de actividades comerciales o industriales).

Ello, principalmente, por la existencia de voces encontradas al respecto, tanto a nivel doctrinario como normativo. Así, un sector de la doctrina pregonó la aplicación de la Ley de Responsabilidad del Estado (LRE) para regir el deber de resarcir de las sociedades anónimas integradas total o mayoritariamente por el Estado, mientras que otras opiniones doctrinarias y precedentes jurisprudenciales abrevan por la aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN).

A su vez, es de destacar que no sólo en el ámbito doctrinario se suscita esta cuestión, sino que, en el marco del fenómeno inédito que atraviesa nuestro país desde el año 2014 –denominado por algunos como la *etapa legislada* de la responsabilidad Estatal (Cicero, 2020, p. 73)– en el que la nación, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) han de dictar sus propias leyes de responsabilidad del Estado, se observan algunas que, al especificar su ámbito de aplicación, emplearon fórmulas que conducen a sostener que tales normas rigen para la responsabilidad de las SA en las que participa el Estado cuando éste presta un servicio público (v. gr., leyes de Mendoza y de Río Negro), mientras que otras utilizaron una técnica legislativa que arrojaría la solución contraria (v. gr., Ley nacional 26944, ley de CABA, entre otras).

En este marco, entonces, me propongo analizar cuál es la norma/régimen aplicable frente a los daños y perjuicios ocasionados a terceros por las SA integradas total o mayoritariamente por el Estado en ocasión de llevar a cabo las actividades y/o servicios objeto de su estatuto social.

2. Naturaleza y régimen jurídico aplicable. Su importancia en el tema discutido

La determinación de la naturaleza jurídica de las SA en las que participa el Estado no ha sido pacífica y aún no lo es. Así, opiniones como la de Barra (2006, p. 388) o Bianchi (1988, p. 266) apuntan a afirmar que se trata de entes descentralizados que integran los cuadros estatales y, por ende, regidos principalmente por normas y principios publicistas.

Por otro lado, se encuentran quienes sostienen que son sujetos de derecho privado y que no forman parte de la Administración descentralizada, aunque reconocen que existen aspectos específicos en los que han de aplicarse normas y principios de derecho público. En esta línea se inscriben autores como Cas-

sagne (2021, pp. 364-369), Mairal (1981, p. 22), Mata (2009), Canosa (2008, p. 39), Carabajales (2011, p. 76), Somaglia (2005), Franco (2001), Ugarte (2015), Bello Knoll y Curá (2001).

También se ha postulado que se trata en esencia de “entes públicos no estatales” (Sayagués Laso, como se citó en Alfonso, 2009, p. 29), enfatizando en la circunstancia de que lo *público* y lo *estatal* no son conceptos equiparables.

En punto a las personas públicas no estatales, Sacristán recuerda que dicho término fue acuñado por el jurista uruguayo Sayagués Laso en la década de 1940 y receptado por nuestra doctrina nacional, aunque dicha terminología no se hizo eco en el plano normativo (Sacristán, 2012, p. 45), donde la determinación de la naturaleza de las personas jurídicas ha gravitado siempre en torno al binomio público-privado.

David Halperin (2013) ha enseñado que las personas públicas no estatales son

(...) personas creadas por el Estado o personas privadas, a las cuales aquél, al crearlas o con posterioridad a su creación (como en el caso de haber sido creadas como personas privadas), les transmite “transestructuralmente” prerrogativas de poder público, que eran o serían de competencia de un órgano estatal, para que las ejerza la persona pública no estatal, con algún modo o grado de control estatal. (párr. 10)

Desde esta perspectiva, lo público se divorcia de lo estatal, de modo que no todo lo público es estatal y viceversa. Además, vale agregar, lo público no estatal tampoco se identifica íntegramente con lo privado. De allí que se ha dicho que “entre lo estatal y lo estrictamente privado está este ‘tertium genus’ de lo público no estatal. Que, no obstante su difícil caracterización, no debe confundirse con lo uno ni con lo otro, pero especialmente con lo primero” (Creo Bay, 2006, párr. 22).

Tanto si se considera que las sociedades anónimas integradas por el Estado son personas públicas no estatales o bien personas privadas, el punto es que ninguna de estas categorías integra los cuadros estatales y ello, como se verá más adelante, impediría considerar a estas SA alcanzadas por el ámbito de aplicación de las leyes de responsabilidad del Estado, por cuanto tales normas acuden principalmente a un criterio subjetivo para su régimen (es decir, regulan lo relativo a los daños que causa “El Estado” y no aquellas personas ajenas a su estructura, independientemente de si ejercen funciones administrativas o no).

Ahora bien, en el plano normativo, no puede soslayarse que el CCyCN ha adoptado una postura al respecto que resulta novedosa al compararlo con el articulado de su predecesor, el Código Velezano. En efecto, clasifica a las per-

sonas jurídicas en públicas y privadas⁵ y, dentro de estas últimas, incluye a las sociedades,⁶ aclarando seguidamente que “[l]a participación del Estado en personas jurídicas privadas no modifica el carácter de éstas. Sin embargo, la ley o el estatuto pueden prever derechos y obligaciones diferenciados, considerando el interés público comprometido en dicha participación”.

Al respecto, se ha dicho que esta norma importa que la configuración o estatus jurídico de una persona jurídica privada no se ve alterada por el hecho de que el Estado participe en su interior y que incluso la participación estatal mayoritaria no torna a aquel sujeto en una persona de derecho público (Carabajales, 2021).

En este orden de ideas, el CCyCN adopta la tesisura que predica la naturaleza jurídica privada de las SA en las que participa el Estado, sin perjuicio de que en sus normas constitutivas se les puedan asignar “derechos y obligaciones diferenciados”, que no es otra cosa que reconocer la aplicación de principios e institutos propios del derecho público.

Aun cuando doctrinariamente persista la discusión sobre su naturaleza jurídica, entiendo que lo anterior no puede ser sin más ignorado, puesto que en el derecho vigente argentino existe una fuente de derecho que ha adoptado expresamente una postura en punto a la naturaleza jurídica privada de las sociedades anónimas, la cual no varía cuando el Estado tenga participación en ellas.

Esta posición —con la que coincido— es conteste con la circunstancia de que es el propio Estado el que acude al ámbito privado para desenvolverse en ese terreno como un particular más, despojado de las prerrogativas y potestades públicas que le sientan por su propia esencia. Desde este mirador, sería un contrasentido afirmar que el Estado puede acudir a las figuras del derecho privado y, seguidamente, aseverar que, cuando lo hace, transforma al nuevo sujeto en uno de naturaleza pública, como si —parafraseando a Carabajales (2021, p. 49)— se tratara del Rey Midas.⁷

Además, afirmar la naturaleza jurídica privada de estas sociedades no se pone en contradicción con la existencia de fines públicos que inspiraron su creación, puesto que, como afirma Cassagne (2021), ellos también pueden ser realizados por particulares, de modo que “[e]xistiendo por lo tanto fines que

5 Conf. art. 145.

6 Conf. art. 148, inciso a.

7 Este autor describe la doctrina que tiende a convertir todo ente en un sujeto público por la mera presencia del Estado, trazando un paralelismo con el monarca de Frigia que, según el mito griego, convertía todo lo que tocaba en oro.

pueden lograrse tanto por el Estado como por los entes privados, el criterio finalista utilizado con exclusividad para definir el encuadramiento de las entidades y el régimen de sus actos resulta ineficiente” (p. 365).

Tampoco colisiona, a mi entender, con el concepto de sector público nacional en los términos del art. 8º de la Ley 24156, el cual —no se me escapa— incluye a las empresas y sociedades en las que participa el Estado. Es que, tal como ha explicado la doctrina, para la definición e integración del sector público nacional se ha tenido en cuenta un criterio presupuestario y no uno jurídico-orgánico (Ivanega, 2003, p. 31), con una clara intención de emplear un concepto muy amplio que pueda abarcar todos los entes públicos existentes y también a ciertos entes privados, con el objeto de unificar la aplicación del sistema de administración financiera instaurado por dicha ley en lo relativo a los procedimientos que rigen el proceso presupuestario de todas esas entidades, al sistema de crédito público, al de contabilidad y al de tesorería (Cassagne, 2006, pp. 1463-1479).

La determinación de la naturaleza jurídica de las SA que se hallan total o mayoritariamente integradas por el Estado no es un tema menor, a poco que se advierta que el régimen jurídico al que se hallarán sometidas, en gran medida, depende de la naturaleza asignada. Sin embargo, es menester aclarar que ello lo es en aras de trazar una regla general o bien residual de aplicación de normas de derecho público o privado, pero de ningún modo puede significar excluir por completo las normas y principios de un ámbito o del otro. Por el contrario, y por hallarse en definitiva rayanas entre lo público y lo privado, la coexistencia y entrecruzamiento de normas publicistas y privatistas es, ciertamente, inevitable.

Lo que sí es claro es la intención de la autoridad pública creadora (legislador o Poder Ejecutivo) de acudir al derecho privado y de someter a las SA en las que participa el Estado a un régimen eminentemente privatista, que brinde —dentro de lo jurídicamente posible— condiciones tales que les permitan insertarse en la lógica mercantil y competir en igualdad de condiciones.

En efecto, la discusión objeto de este trabajo no se agota en la postura que se adopte sobre la naturaleza jurídica, puesto que, aun cuando se considere que obedecen a una naturaleza privada, no quedan completamente exceptuadas de la aplicación de normas de corte público, y viceversa; aun cuando se les acuerde una naturaleza publicista, se admite que éstas se rijan por el derecho privado en muchos de sus aspectos.

Esta textura mixta del régimen jurídico ha sido vehementemente receptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), la cual sostuvo que el

encuadramiento subjetivo no alcanza para delimitar el régimen jurídico de una sociedad anónima íntegramente del Estado, sino que debe estudiarse “(...) el alcance y extensión del régimen de derecho privado, considerando que toda conclusión respecto a un aspecto específico no debía necesariamente replicarse sobre otros asuntos de la misma sociedad ni tampoco a otras empresas análogas”.⁸

El régimen jurídico aplicable a las SA en las que participa el Estado adopta una fisonomía mixta⁹ que pivota entre el derecho privado y el derecho público. Como indica Somaglia (2005), “tienen un pie en el Derecho Administrativo y otro en el Derecho Privado” (párr. 8). Ello, por cuanto “[n]o obstante que el régimen aplicable es de derecho privado, pueden coexistir conjuntamente ciertas relaciones de derecho público” (Franco, 2001, párr. 29).

Aunque, es dable señalar, el *quid* de la cuestión radica en dilucidar en qué medida y proporción se aplica uno u otro régimen. Esto es, qué normas e institutos se aplican (Etcheverry, 1982). Como ha expresado Hutchinson, cualquiera sea la personalidad, siempre será necesario indagar al concreto negocio jurídico, en tanto es ello lo decisivo para corroborar en cada caso y aspecto de la actividad de la sociedad, si ésta se regirá por el derecho administrativo o el privado.¹⁰

En suma, abonar —como aquí se hace— la tesis de la naturaleza jurídica privada de las SA en las que participa el Estado arroja una primera respuesta en punto a determinar cómo ha de regirse la responsabilidad extracontractual de estas sociedades anónimas (lo cual se abordará en el punto 5), pero ello no sella el debate, dado el régimen jurídico mixto al que se hallan sometidas. De allí que habrá que continuar indagando si en punto a su responsabilidad puede estarse a la regla general que se deriva de la naturaleza jurídica acordada o bien si deben aplicarse normas de derecho público.

3. El interrogante: ¿qué régimen debe aplicarse frente a los daños ocasionados a terceros por este tipo de sociedades?

En este escenario, se suscita un claro interrogante en torno a si se aplica el derecho público o el derecho privado frente a los daños y perjuicios que las sociedades anónimas del Estado puedan provocar a terceros en ocasión del servicio que presten o las actividades que realicen.

8 CSJN, Fallos: 345:1044, sentencia del 27/09/2022.

9 Ver Balbin (2015, p. 250).

10 Voto del Dr. Hutchinson en *Gas del Estado c. Ultraocean S.A.*, de la Cam. Nac. CAF, Sala IV, sentencia del 26/03/85, en *La Ley*, 1986-A, 229 (Somaglia Héctor, 2005).

Ello nos enfrenta a dos soluciones diferentes: por un lado, si ha de predicarse que la normativa aplicable a este aspecto es la de corte privatista, entonces, la responsabilidad extracontractual de las SA del Estado se halla regida principalmente por las normas del CCyCN (arts. 1708 y ccs); por el otro, si se considera que debe primar un régimen público, será de aplicación la Ley de Responsabilidad del Estado nacional o local, según corresponda, a la luz del derrotero histórico y jurisprudencial que el instituto de la responsabilidad estatal ha tenido en nuestro país de la mano de las sentencias de la CSJN y de la doctrina nacional que han logrado ubicarla en el seno del derecho administrativo, divorciándola del derecho de fondo.

3.1 Argumentos a favor de la aplicación del régimen de responsabilidad extracontractual del Estado

Desde un sector de la doctrina, se ha propiciado la aplicación del régimen de responsabilidad del Estado para resolver los casos en que las SA en las que participa el Estado provocan daños y perjuicios a terceros.¹¹ Vale aclarar que esta postura se detiene en aquellas empresas estatales que gestionan un servicio público, que se hallan motivadas por un interés público directo o ejercen una función pública.

En sustancia, los autores que afirman tal postulado toman como punto de partida que tales empresas, por la constitución del capital societario y por la función desempeñada, “(...) forman parte del Estado, (...) son el Estado” (Uslenghi, 2018, párrs. 5-6).

Frente a ello, plantean que, si el legislador quiso someterlas al régimen del derecho privado (en lo que aquí interesa, al CCyCN), el primer inconveniente radica en que dicha codificación establece que las disposiciones allí previstas en torno a la responsabilidad civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria (art. 1764), la cual se rige por las normas y principios de derecho administrativo nacional o local, según corresponda (art. 1765).

En segundo término, invocan que, por la aplicación de la teoría del corrimiento del velo societario, se llega al Estado y proponen, así, la aplicación de la LRE por considerar que el sistema de responsabilidad estatal allí previsto resulta más beneficioso y tuitivo para las víctimas que aquel regulado en el CCyCN. Indican que el levantamiento del velo societario se justificaría por el hecho de

11 Ver Uslenghi (2018). También González Jovanovich (2021), entre otros.

que los damnificados verían mermados sus derechos como consecuencia de la inaplicación del derecho administrativo.

Sobre este punto, aseveran que el factor de atribución de la falta de servicio –de corte objetivo– facilita el reclamo de la víctima, toda vez que su prueba y acreditación resultan más fáciles y sencillas que los factores de atribución contemplados en el CCyCN. Agregan que, en el ámbito del derecho público, se encuentra fuertemente arraigada la responsabilidad estatal por actividad legítima, un supuesto prácticamente desconocido en el derecho privado.

Paralelamente, y más allá de esta opinión doctrinaria, si bien la mayoría de las leyes de responsabilidad del Estado hasta el momento dictadas han optado por excluir de su ámbito de aplicación a las SA en las que participa el Estado, la Ley 5339 de Responsabilidad del Estado de la Provincia de Río Negro expresamente incluye a las

(...) Sociedades del Estado, Sociedades Anónimas y todas aquellas empresas donde el Estado tiene participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias, excepto cuando el supuesto involucre el ejercicio de la actividad industrial o comercial propia de aquellas.¹²

A contrario sensu, la norma se aplicaría frente a los daños ocasionados por aquellas SA en las que participa el Estado cuando se encarga de la prestación de un servicio público.

Por su parte, también vale destacar a la Ley de Responsabilidad del Estado de la Provincia de Mendoza (Ley 8968), en tanto establece que sus disposiciones son aplicables a todos los sujetos que conforman el sector público provincial o municipal, y que la responsabilidad originada en la actuación de índole comercial, industrial, financiera o cualquier otra que sujetos del sector público provincial desplieguen bajo un régimen de derecho común, en igualdad de condiciones y circunstancias al que rige la actividad privada, queda sujeta al sistema de responsabilidad patrimonial propio de dichas relaciones.¹³

En comentario a este artículo, se ha entendido que la ley de Mendoza “[e]stablece la regla en la aplicación del derecho administrativo y la excepción (...) en aquellos supuestos en que la responsabilidad extracontractual derive de la actividad comercial Industrial o financiera de estas empresas” (González Jovanovich, 2021, párr. 45).

12 Conf. art. 2.

13 Conf. art. 1º.

A su turno, Simón y Albarracín (2019) han dicho que la remisión que hace la norma mendocina al concepto de sector público provincial tiene efectos relativos y limitados, en tanto no le será aplicable a aquellas entidades que no actúen como poder público, esto es, a los sujetos del sector público provincial que desarrollan actividades de índole comercial, industrial, financiera o cualquier otra que bajo un régimen de derecho común. Dichos autores concluyeron que no ha de aplicarse la ley local de responsabilidad del Estado a

(...) Fondos fiduciarios, empresas, sociedades y otros entes públicos (en tanto estos últimos sean de índole comercial Industrial o financiera), empresas públicas, Sociedades Anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades anónimas del Estado, sociedades de economía mixta y Sociedades del Estado. (Simón y Albarracín, 2019, p. 52)

3.2 Argumentos en contra de la aplicación del régimen de responsabilidad extra-contractual del Estado

Es dable comenzar recordando que, en sentido opuesto a aplicar el régimen de responsabilidad estatal a las SA en las que participa el Estado, se han pronunciado distintos juristas, como también la mayoría de las leyes de responsabilidad del Estado hasta el momento sancionadas.

La Ley de Responsabilidad del Estado Nacional no efectúa un detalle preciso de su ámbito de aplicación, sino que se limita a establecer que dicha ley rige la responsabilidad del Estado —sin mayores precisiones— por los daños que su actividad o inactividad les produzca a las personas. Con esta misma redacción se encuentran las leyes de Santiago del Estero (Ley 7179), Santa Cruz (Ley 3396), Chubut (Ley 560), La Rioja (Ley 10004), Catamarca (Ley 5536) y San Juan (Ley 2657-A).

Así, al comentar el articulado de la Ley 26944, Perrino (2015, pp. 42-45) ha señalado que debe descartarse la aplicación de dicha norma a las personas públicas no estatales y a las sociedades y empresas públicas en cuyo supuesto el régimen de responsabilidad aplicable sería el de la normativa del derecho privado. Andrada (2017), por su parte, ha expresado que “(...) la LRE no ha pretendido regular la responsabilidad del Estado empresario, sino la responsabilidad del sujeto estatal en el ámbito del derecho público” (p. 51).

La Ley 6325 de la CABA establece que sus disposiciones son de aplicación al “(...) sector público de la Ciudad de Buenos Aires que comprende a los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, las Comunas, los organismos descentra-

lizados, entidades autárquicas, y organismos de la seguridad social".¹⁴ Si bien el concepto de sector público de la Ciudad de Buenos Aires —delimitado en el art. 4 de la Ley local 70— incluye a las SA del Estado, una primera lectura arroja que la Ley 6325 acotó a sus efectos el alcance de dicho término, excluyéndolas de su ámbito de aplicación.

Tampoco las incluye la Ley de Responsabilidad del Estado de Entre Ríos (Ley 10636), en tanto dispone que dicha norma rige la responsabilidad del Estado provincial, municipios, comunas, entes autárquicos, descentralizados y demás entes públicos estatales provinciales, municipales o comunales en todas sus manifestaciones y niveles.

Ismael Mata (2007) sostiene que la responsabilidad de las sociedades en las que el Estado participa con poder de decisión o de voto, cuando realizan actividades comerciales o industriales o bien cuando prestan un servicio público, se halla sujeta a las reglas del derecho privado, con posibilidad de que sean concursadas o declaradas en quiebra. En punto a la prestación de servicios públicos, este autor aclara que la responsabilidad estatal responde siempre a causas específicas de imputación y no a la sola circunstancia de que es el titular primario del servicio (*publicatio*), de modo que ello sólo podría darse cuando falla su rol de autoridad concedente. En este sentido, concluye:

(...) las sociedades estatales están sujetas a las reglas de responsabilidad establecidas en los Códigos Civil y de Comercio; el Estado no asume responsabilidad refleja (...) y sólo le cabe la directa, en su carácter de concedente o regulador, si dichas sociedades prestan servicios públicos. (Mata, 2007, p. 361)

Por mi parte, entiendo que no cabe considerar aplicable el régimen público de responsabilidad estatal para regir lo relativo a los daños ocasionados a terceros por parte de las SA en las que participa el Estado. Por el contrario, a mi modo de ver, tales casos deben regirse por el derecho de fondo y, más puntualmente, por el CCyCN, ya sea que tengan por objeto realizar una actividad comercial, industrial o financiera o bien se instituyan para la prestación de un servicio público.

En aras de respaldar lo anterior, intentaré esbozar una serie de argumentaciones y consideraciones, abordando también los fundamentos dados por las opiniones doctrinarias que afirman lo contrario.

14 Conf. art. 1.

3.2.1 La participación del Estado en sociedades anónimas es una alternativa constitucional

Para comenzar, vale recordar que la doctrina acuerda que, en principio, no se advierten reparos constitucionales en la circunstancia de que el Estado acuda a una figura societaria del derecho privado como una modalidad específica de intervención en la economía¹⁵ cree un nuevo sujeto distinto de él y lo someta a un régimen eminentemente privado para realizar ciertos cometidos públicos.

Al no entrar en crisis con nuestra ley fundamental, y en la medida en que esta alternativa se halle incardinada por el principio de subsidiariedad,¹⁶ la modalidad del Estado empresario bajo figuras propias del derecho privado se inserta dentro del elenco de posibles modos de acción que las autoridades públicas pueden emprender en aras de realizar inmediata o mediadamente el interés público. Como indica Cassagne (2021, p. 365), ninguna incompatibilidad existe para que las empresas estatales asuman las formas societarias del derecho mercantil.

En esta línea, Balbín (2015, p. 634) da un paso más y expresa que, incluso desde la óptica de la organización administrativa, no existe ningún principio que impida que el legislador establezca la creación de una sociedad anónima estatal regida por el derecho privado (Balbín, 2015, p. 634).

Es que, sin perjuicio de que el Estado es un sujeto de derecho con una personalidad jurídica única, lo cierto es que, en aras de lograr sus cometidos estatales, posee capacidad para organizarse, y dicha aptitud no se agota en las modalidades clásicas de la organización administrativa —insertas íntegramente en el ámbito público—, sino que más bien “(...) se hace extensiva tanto al campo del derecho público, como al campo del derecho Privado” (Somaglia, 2005, párr. 37).

En este orden de ideas, el punto de partida no es otro que la concordancia entre el bloque constitucional y el rol del Estado empresario bajo formas mercantiles, de modo que, como explicara Morel Ocaña (1998), “[l]a creación de entes con arreglo al derecho privado, concretamente al ordenamiento de las sociedades comerciales, constituye una alternativa organizatoria frente a la clá-

15 Conf. Bielsa (2017, p. 252), Cassagne (2021, pp. 364-369), Dromi (1977, p. 297), Mairal (1981).

16 En razón del principio de subsidiariedad —cuya raigambre constitucional puede apreciarse del propio sistema económico consagrado en nuestra ley fundamental y, en particular, de la hermenéutica de los arts. 14, 16, 17, 19, 28, 42 y 75 incisos 18 y 19— se desprende que la intervención estatal en el campo económico debe darse sólo cuando se constata la necesidad de suplir falencias o insuficiencias del sector privado y hasta tanto se logren revertir tales deficiencias. Ver Cassagne (2015, p. 241), Barra (2006, p. 359), Sagüés (1980).

sica descentralización de servicios” (p. 637). Más aún cuando, como ya se dijo, “(...) no existe una norma constitucional que [lo] impida” (Bielsa, 2017, p. 252).

Todo ello, en definitiva, da cuenta de que el Estado no se encuentra –para lograr sus cometidos– constreñido a emplear formas públicas de personificación, sino que bien puede, dentro del margen de actuación que en cada contexto brinde el principio de subsidiariedad, participar en calidad de socio/accionista de una sociedad anónima del derecho privado juntamente con otros particulares o bien detentando la totalidad de las acciones de ésta.

Vale decir que la CSJN tampoco ha objetado la creación o existencia de SA integradas por el Estado, sometidas a un régimen principalmente privado, más allá del modo en que fue resuelto cada caso en punto a la aplicación de institutos específicos de derecho público a determinadas sociedades anónimas integradas por el Estado (v. gr., conflictos interadministrativos, acceso a la información pública, etcétera).¹⁷

3.2.2 Creación de un nuevo sujeto de derecho privado cuya personalidad es distinta de la del Estado

Una vez consensuada la constitucionalidad de esta modalidad, entiendo, comienzan a decantarse derivaciones jurídicas de la lógica propia del derecho privado en el que incursiona el Estado.

Es decir, al acudir a la figura de las SA, el Estado ingresa en un ámbito jurídico diferente de aquel que naturalmente lo rige, cuyas normas estipulan que las sociedades son sujetos de derecho con una personalidad distinta de la de sus socios (art. 143 del CCyCN y art. 2 de la LGS). En efecto, la personalidad de la SA no se confunde con la de sus miembros, aun cuando uno de ellos sea un sujeto de derecho público. De allí que el art. 149 del CCyCN confirma que la participación del Estado en una persona jurídica privada no modifica la naturaleza jurídica de ésta.

De este modo, se crea un nuevo sujeto de derecho privado distinto del Estado, que se halla regido principalmente por el derecho común. Y ello es porque el fin público que pudo inspirar la creación de una sociedad anónima con fondos estatales o el ingreso a participar en una ya existente no trastoca la regla de la personalidad diferenciada ni mucho menos la naturaleza jurídica de la sociedad como sujeto de derecho privado.

17 CSJN, Fallos: 345:1044, Fallos: 335:258, Fallos: 338:1258, entre otros.

En este contexto, una deducción lógica de lo anterior es predicar que, si las SA en las que participa el Estado causan daños a terceros, éstas deben responder en los mismos términos que todos los sujetos de derecho privado, esto es, conforme lo regula el CCyCN. Es que

[I]lo lógico es suponer que cuando el estado utiliza la forma jurídicas del derecho privado debe despojarse de las prerrogativas de poder público que no guardan correspondencia ni resultan necesarias para el objeto de actividades económicas que se propone realizar por la sencilla razón de que aunque la finalidades mediáticas que persigue sean de interés público estas pueden constituir también la acción de entidades de derecho privado. (Cassagne, 2021, p. 364)

En este orden de ideas, asumir que, cuando el Estado acude a una forma societaria típica del derecho privado, el nuevo sujeto de derecho se rige principalmente por el régimen privatista y que a su respecto no existen objeciones constitucionales conduce a una inevitable conclusión preliminar: la responsabilidad extracontractual de ese nuevo sujeto de derecho se regirá por el derecho privado.

Esto se inscribe, a su vez, en la lógica recientemente plasmada en la modificación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (LPA) en la que se dispone que dicha norma no se aplicará a

(...) las Empresas del Estado, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras sociedades y demás organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga, directa o indirectamente, participación total o mayoritaria, en el capital o en la formación de las decisiones societarias, [sino que] (...) se regirán en sus relaciones con terceros por el derecho privado.¹⁸

3.2.3 Corresponde aplicar el CCyCN cuando se realizan actividades comerciales, industriales o financieras y también si se presta un servicio público

Vale aclarar que no existe prácticamente disenso en que el CCyCN es la norma que rige la responsabilidad de las SA integradas por el Estado cuando éstas llevan a cabo actividades comerciales, industriales y/o financieras.¹⁹ En cambio,

18 Conf. el art. 1º, inciso c de la Ley 19549, conforme modificación dispuesta en el art. 24 de la Ley 27742.

19 Incluso los juristas que abrevan por la aplicación de la LRE aclaran que ello es cuando la SA presta un servicio público. También, la ley mendocina (art. 1º, Ley 8968) y la rionegrina (art. 2º, Ley 5339),

como se viene diciendo, el disenso se presenta cuando éstas prestan un servicio público y el Estado efectúa una traslación transestructural de un cometido estatal hacia una SA integrada por él.

No cabe desconocer que la circunstancia de que las SA en las que participa el Estado tengan por objeto la realización de tareas comerciales, industriales y/o financieras o bien la prestación de un servicio público resulta, en ocasiones, determinante para definir su régimen jurídico e impone una mayor presencia de normas de derecho público aplicables en algunos supuestos.

Sin embargo, no considero que el encuadre del instituto bajo análisis (la responsabilidad extracontractual) respecto de este tipo de SA difiera de las conclusiones arriba esbozadas cuando su objeto societario persigue la prestación de un servicio público.

Ello así, puesto que, aunque se trate de un servicio público calificado con la *publicatio*, lo cierto es que, asumida la distinta personalidad de la SA respecto de la del Estado y acordada su capacidad para contratar con este último, ella se inserta en la lógica típica de toda concesión de servicios públicos y obras públicas,²⁰ donde prima la regla de que quien asume a su cargo la prestación de un servicio público o la realización de una obra pública al amparo de un título jurídico de concesión o licitación en acuerdo con la autoridad competente actúa *a riesgo y ventura propios* como prestadora o cocontratante de conformidad con los marcos regulatorios pertinentes.²¹

Sobre este punto, Bielsa (2017) ha dicho:

Si la sociedad es privada y se le da una concesión, hay que llamarla por su nombre: concesionaria, y someterla al régimen de concesión, en cuyo caso siendo el Estado accionista, ella será simplemente una sociedad anónima concesionaria, y en consecuencia debe obrar por cuenta y riesgo propios. (p. 257)

Esta situación, tal como afirma Carbajales (2011), “(...) en nada difiere de los casos en que la prestación es llevada a cabo por un concesionario o licenciatario netamente privado” (p. 101), el cual, vale señalar, responde de modo directo

ya comentadas, excluyen de su ámbito de aplicación a las sociedades que realizan actividades comerciales, industriales y/o financieras.

20 Ver Carbajales (2021, p. 100), Balbín (2015, p. 430), entre otros.

21 Explicaba Marienhoff (1966, p. 581, n. 1149) que la explotación del servicio público concesionado lo hace el concesionario a su propio costo y riesgo, lo que significa que toda responsabilidad que derive de hechos que concreten el ejercicio de la concesión le corresponde a él.

por los daños y perjuicios que provocan a los usuarios y terceros en ocasión de la prestación del servicio de conformidad con las reglas de responsabilidad consagradas en el CCyCN.

En efecto, del mismo modo que el hecho de que los particulares presten un servicio público en virtud de un contrato de concesión no justifica aplicarles —por esa circunstancia— el régimen de responsabilidad extracontractual del derecho administrativo para responder por los daños que ocasionen a terceros, tampoco debería justificarse en el caso de las SA integradas por el Estado.

Así como el derecho común regula los daños que los concesionarios (compuestos por particulares) ocasionan a terceros, y ello (como se verá seguidamente) no se pone en crisis con el principio constitucional *alterum non laedere* ni se contradice con la titularidad del Estado respecto del servicio concesionado, se desvanece —a mi entender— el argumento en el que reposa la idea de que corresponde aplicar el régimen de responsabilidad estatal a las SA en las que participa el Estado por el solo hecho de que presten un servicio público.

Dicho esto, y expresadas estas primeras conclusiones, es dable entonces analizar los argumentos dados por aquellas voces doctrinarias que postulan que las SA en las que participa el Estado deben regirse por la LRE.

3.2.4 Principio constitucional en juego en el régimen de responsabilidad extracontractual de las SA en las que participa el Estado

Lo afirmado en punto a que las SA en las que participa el Estado deben responder en los mismos términos que todos los sujetos de derecho privado, debería ceder en caso de que ello ponga en crisis algún principio constitucional en virtud del cual deberá acudirse a las previsiones del derecho público para su salvaguarda.

Al respecto, vale recordar que en aquellos supuestos en los cuales se ha impuesto la aplicación de normas de derecho público, pese a una clara y expresa intención del legislador de que impere un régimen privado, su razón de ser estuvo en que las previsiones publicistas servían a la concreción de algún principio constitucional de ineludible observancia.

Así, a título ilustrativo, en Giustiniani, la CSJN entendió que YPF SA no quedaba eximida del régimen de acceso a la información pública, puesto que, pese a que su ley creadora impedía la aplicación de normas de derecho administrativo, no cabía sustraerla totalmente de las obligaciones de garantizar el derecho de acceso a la información que goza de protección constitucional y convencional a la luz de los principios de transparencia y publicidad de la

gestión pública.²² En este caso, de no aplicarse el derecho administrativo, la consecuencia era que no se brindaría información alguna.

Otro tanto ocurre cuando se analiza el régimen aplicable a las sociedades anónimas en las que participa el Estado al momento de contratar bienes y servicios con otros particulares. Allí, el punto neurálgico radica en dilucidar si en virtud de los principios de igualdad, de publicidad de los actos de gobierno y de la defensa de la competencia este tipo de SA debe regirse o no por las normas administrativas de los regímenes generales y especiales de contrataciones públicas.²³ De no seguirse ello (total o parcialmente), la consecuencia será la libertad contractual para la SA en la que participa el Estado, rectora en el derecho privado.

De allí que es menester evaluar si el instituto específico de la responsabilidad del Estado resulta de ineludible aplicación para el caso de las SA en las que participa el Estado en aras de asegurar la concreción o el respeto de algún principio constitucional, lo cual impondría un apartamiento del régimen privado acordado para ellas.

Ahora bien, vale apuntar que el principio constitucional que se encuentra involucrado es el *alterum non laedere*, receptado en el art. 19 de la Constitución Nacional. En razón de este principio subsiste para todos los sujetos de derecho el deber de no dañar a otro o bien la prohibición de perjudicar derechos de terceros,²⁴ debiendo —en caso de que así ocurra— reparar los perjuicios ocasionados. Es que, en último término, lo que genera la obligación de reparar el menoscabo causado es la violación del deber de no dañar a otro.²⁵

Desde este lugar, es dable enfatizar que este principio no entra en crisis al regirse las SA en las que participa el Estado por el derecho privado en materia de responsabilidad y no por el derecho público.

Es que tanto el CCyCN como las leyes de responsabilidad del Estado nacional y locales constituyen —cada uno con sus propias modulaciones y en sus ámbitos específicos— reglamentaciones de aquel principio constitucional. De este modo, siguiendo la lógica argumentativa arriba propuesta, de no aplicarse el derecho administrativo en estos casos (LRE), la consecuencia nunca podrá ser la irresponsabilidad de las SA en las que participa el Estado, sino que, por el contrario, ellas responderán en los términos del derecho de fondo.

22 CSJN, Fallos: 338:1258. Ver también Siseles (2015), Sacristán (2016), entre otros.

23 Ver Cassagne (2007), entre otros.

24 CSJN, Fallos: 345:884.

25 CSJN, Fallos: 344:2256.

En efecto, someter a estas SA a un régimen privatista en este aspecto implica que quienes resulten por ellas lesionados tendrán a su alcance la reglamentación del *alterum non laedere* que ha efectuado el derecho de fondo, o sea, el CCyCN.

Todo ello demuestra, en mi opinión, que no se verifica la existencia de un principio constitucional amenazado por el sometimiento de las SA en las que participa el Estado al régimen privado y que imponga la aplicación de normas de derecho público. Lejos de ello, el principio que en todo caso se halla en juego, el *alterum non laedere*, se encuentra debidamente salvaguardado desde la reglamentación que a su respecto hace el derecho de fondo.

3.2.5 ¿Es el régimen de la LRE más beneficioso que el CCyCN desde la perspectiva de los damnificados?

En este escenario, difícil es aseverar que, en el estado actual de cosas en punto a los regímenes nacional y locales de responsabilidad del Estado, éstos resulten sin hesitación más beneficiosos para los terceros que el propio articulado del CCyCN.

La sistematización efectuada por éste es ciertamente más abarcativa y completa que aquella plasmada en las leyes de responsabilidad estatal, las cuales han merecido contundentes críticas —sobre todo la nacional— en punto no sólo a su lacónico articulado, sino también por no haber recogido fielmente varios aspectos sustanciales que habían sido consolidados por la jurisprudencia de la CSJN y por la doctrina mayoritaria²⁶. Al respecto, varios autores han manifestado que, por ejemplo, la ley 26.944 constituye una *regulación parcial* de la responsabilidad del Estado.²⁷

Todo ello, sin mencionar que muchas de las cuestiones que no han sido abordadas por las legislaciones de responsabilidad estadual imponen en la praxis judicial acudir a las previsiones del propio CCyCN por vía analógica, en

26 V. gr., la omisión ilegítima solo se configura frente a la inobservancia de mandatos expresos y determinados, mas no cuando se trata de mandatos genéricos e indeterminados, a diferencia de lo que había sido sentado en la doctrina del fallo *Mosca* (*Fallos*: 330:563); se excluye toda regulación respecto del riesgo o vicio de la cosa como factor de atribución específico, dejando de lado pronunciamientos tales como *Meza Dora* (*Fallos*: 338:652), entre otras cosas.

27 Ello, en tanto, según aducen, muchos aspectos en los que el Estado nacional podría ser encontrado patrimonialmente responsable no han sido siquiera abordados en la ley 26944. Conf. Andrada (2017, p. 46), Mora y Trionfetti (2014, p. 435), entre otros.

tanto su aplicación directa o subsidiaria ha sido vedada.²⁸ A título ilustrativo, el referido código ha regulado puntos tales como la función preventiva de la responsabilidad y consagrado una acción específica al efecto (arts. 1708 y ccs.); la legítima defensa, estado de necesidad y ejercicio regular de un derecho (art. 1718); la asunción del riesgo y consentimiento del damnificado (arts. 1719/1720); los rubros indemnizatorios (arts. 1737/1748); el concepto de caso fortuito y del hecho de la víctima (arts. 1729/1730); damnificados directos e indirectos para reclamar daño moral (art. 1741); dueño o guardián de la cosa (art. 1757); prejudicialidad entre la acción penal y la resarcitoria (arts. 1774/1780); daños causados a cosas o bienes (art. 1772); daños causados por animales (art. 1759); entre otros.

Asimismo, tampoco podría afirmarse que la ley de responsabilidad del Estado es más beneficiosa que el CCyCN con base en que la falta de servicio resulta de más fácil acreditación en tanto es un factor de atribución de tipo objetivo. Es que, justamente, si bien la falta de servicio ha sido considerada objetiva,²⁹ lo cierto es que su configuración no opera del mismo modo que otro tipo de factores de atribución de verdadero corte objetivo (v. gr., el riesgo o vicio de la cosa).

En el caso de la falta de servicio, el damnificado tiene la carga procesal de

(...) individualizar del modo más claro y concreto posible cuál ha sido la actividad o la omisión que específicamente se reputa como irregular, vale decir, describir de manera objetiva en qué ha consistido la irregularidad que da sustento al reclamo, sin que baste al efecto con hacer referencia a una secuencia genérica de hechos y actos, sin calificarlos singularmente tanto desde la perspectiva de su idoneidad como factor causal en la producción de los perjuicios, como en lo atinente a su falta de legitimidad.³⁰

Por su parte, en el caso del riesgo o vicio de la cosa, basta que la víctima demuestre que ha sufrido un daño resarcible que guarda una adecuada relación de causalidad con la cosa, debiendo su titular y/o guardián probar un supuesto de ruptura del nexo causal para eximirse de responsabilidad.³¹ En virtud de esto, la doctrina ha explicado que la falta de servicio no opera, en rigor de

28 Conf. arts. 1764, 1765 y 1766 del CCyCN y art. 1º de la LRE, etc. En cuanto a las problemáticas vinculadas con la aplicación analógica de las normas del CCyCN en materia de responsabilidad del Estado en los ámbitos que no han dictado sus propias leyes. Ver Fiol (2020, p. 205).

29 CSJN, Fallos: 306:2030.

30 CSJN, Fallos: 347:128.

31 CSJN, Fallos: 338:652.

verdad, como un auténtico factor de atribución objetivo y se la ha llegado a describir como una *culpa objetivada*.³²

En definitiva, a mi modo de ver, son muchos los aspectos que impiden afirmar que el régimen extracontractual de responsabilidad del Estado resulta, a la luz del principio *alterum non laedere*, más beneficioso que el régimen del CCyCN, de modo que, incluso desde esta perspectiva, tampoco se justificaría acudir a normas y principios del derecho administrativo para regir la responsabilidad extracontractual de la SA en las que participa el Estado.

3.2.6 La aplicación de la teoría del corrimiento del velo societario no conduce a aplicar la LRE

Es importante diferenciar la responsabilidad que les cabe a las SA en las que participa el Estado, como nuevos sujetos de derecho privado de aquella que eventualmente le podría corresponder al Estado como socio de la SA. En principio, el Estado —en tanto socio— limita su responsabilidad a la integración de las acciones suscriptas (art. 163 de la LGS).³³ En esta línea de pensamiento, se ha explicado que: “Tratándose de la actuación de empresas y sociedades (...) de propiedad Estatal la responsabilidad del estado se limita a su participación en el capital social de dichas empresas o sociedades (Art. 163, Ley de Sociedades)” (Mertehikian, 2000, párr. 51).

De la regla de la personalidad diferenciada, se sigue que la responsabilidad es también distinta, pues “(...) cada persona responde por sus deudas”, siendo que la “(...) responsabilidad solidaria que pueden asumir los socios (...) de una persona jurídica puede surgir del régimen especial para determinados entes, dentro o fuera del código” (Lorenzetti, 2015, p. 579).

Dicha distinción es relevante desde que la aplicación de la teoría del corrimiento del velo societario opera de modo excepcional, en tanto implica la posibilidad de que el tercero damnificado impute directamente el acto lesivo, fraudulento y/o de mala fe que le produjo los daños y perjuicios al socio o a los socios que permitieron que ello ocurriera conduciendo, admis-

32 Al respecto, el prof. Cassagne (2022) ha abordado con profundidad el carácter subjetivo y objetivo de los factores de atribución y, en particular, el de la falta de servicio y las dificultades que presenta la inteligencia del concepto *faute* en el idioma francés.

33 Ver Carbajales (2021, p. 97 y ccs.). También Alfonso (2012) explicó que el Estado limita su responsabilidad hasta el máximo de su aporte, lo cual fue un logro obtenido a partir de la posibilidad de las SA pudieran ser declaradas en quiebra.

nistrando o controlando la actividad de la SA con fines extrasocietarios o contrarios a la ley.

Cabe recordar que el art. 144 del CCyCN receptó la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, que ya había sido acogida por la Ley 19550 en su art. 54. Así, el mencionado art. 144 prevé que la actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica y que constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se impute a quienes —a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos—, la hicieron posible, los cuales responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados. Lo dispuesto se aplica sin afectar los derechos de los terceros de buena fe y sin perjuicio de las responsabilidades personales de que puedan ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados.

En cuanto a los efectos que posee la aplicación de este instituto, se ha explicado que “(...) la personalidad jurídica subsiste en resguardo de los acreedores sociales y de los demás socios. Solo se tornan “inoponibles” ciertos efectos de la tipicidad, de la llamada tipicidad de segundo grado, en rigor del privilegio de la responsabilidad limitada” (Moeremans, 2021, párr. 37). Esta figura puede afectar a uno, a varios o a todos los socios.

De allí que, incluso si se asumiera por vía de hipótesis su procedencia, el corrimiento del velo societario no conduciría a afirmar que estas SA se rigen por la LRE, toda vez que tal teoría no modifica ni trastoca el encuadre jurídico de la responsabilidad de la persona jurídica, sino que, en todo caso, importa la inoponibilidad de la personalidad jurídica frente a terceros y les permite a estos últimos imputar directamente a los socios de ésta los daños sufridos, quienes responderán solidariamente.

En otras palabras, esta figura permite que el hecho dañoso sea “(...) también atribuible (imputación aditiva) al socio, administrador o controlante que hizo posible la actuación de la sociedad” (Moeremans, 2021, párr. 38), pudiendo ser cada uno (la sociedad y el/los socio/s comprometido/s) responsabilizados con base en el régimen específico que le resulte aplicable a cada cual. De modo que, aun cuando se aplicara este instituto, la consecuencia no sería otra más que la posibilidad de que el damnificado impute el hecho dañoso directamente al Estado-socio, al cual naturalmente se le aplicará la LRE, pero ello de ningún modo eximirá a la SA de la responsabilidad que le pudiera cabrer, ni mucho menos implicará que su propia responsabilidad deba regirse por la ley de responsabilidad estatal.

Además, la CSJN ha enfatizado el carácter restrictivo y excepcional con el que debe ser abordada esta figura. Así, en el año 2014, rechazó el pedido de integración de la litis en una causa de responsabilidad por daño ambiental promovida contra YPF SA, en la que se pretendía *correr el velo societario* e incluir como legitimado pasivo a REPSOL SA en tanto era ésta la que ejercía el control y dirigía principalmente el accionar de aquella.³⁴ El cimero tribunal, luego de explicar que se trata de una técnica judicial que permite adentrarse en el seno de la persona jurídica para poder revelar cualquier posible fraude o abuso que se haya cometido sobre la base de ella, destacó que dicho instituto debe ser aplicado de modo prudente, sólo en casos excepcionales y cuando las pruebas producidas en el expediente lo permitan.

También, se ha dicho:

[...]a técnica de “levantar el velo”, para ver qué hay detrás de una persona jurídica, no pretende otra cosa que superar las consecuencias inicuas, derivadas de comportamientos abusivos o fraudulentos. La doctrina ha destacado el carácter excepcional de esta solución (...) evitando su conversión en una fórmula genérica de resolución de los múltiples problemas planteados en la realidad del derecho de sociedades. (Lorenzetti, 2015, p. 581)³⁵

En definitiva, como puede observarse, la invocación de la teoría del corrimiento del velo societario para justificar la aplicación de la ley de responsabilidad del Estado a las sociedades anónimas en las que participa total o mayoritariamente no se compadece con el modo en que opera este instituto ni mucho menos con las consecuencias que de su aplicación se derivan.

4. Tratamiento jurisprudencial

Para finalizar, es dable pasar revista de algunos pronunciamientos judiciales, no para invalidar la discusión objeto de este trabajo, sino para vislumbrar cómo ha venido encuadrando la jurisprudencia este tipo de demandas resarcitorias.

En este sentido, se observa que las SA en las que interviene el Estado, en sus distintas modalidades e incluso a la luz de sus específicas normas creadoras, responden por los daños y perjuicios al amparo de la normativa del derecho de

34 CSJN, *Asociación de Superfi ciarios de la Patagonia c/ YPF SA s/ daño ambiental*, sentencia del 30/12/2014.

35 Ver también Embid Irujo (2008, p. 59).

fondo (Código Civil de Vélez –en adelante, CC– y, actualmente, el CCyCN), ya sea que tengan por objeto realizar una actividad comercial, industrial o financiera o bien la prestación de un servicio público. Así, por ejemplo:

- AySA SA ha sido encontrada responsable por los daños y perjuicios sufridos por transeúntes que, al caminar por la acera, trastabillan o ingresan el pie en una caja de llave de agua, perteneciente a la empresa, resultando lesionados, entendiéndose que dicha cosa constituía un riesgo para los transeúntes en los términos del art. 1757 del CCyCN,³⁶ o bien de conformidad con el art. 1113 del derogado Código Civil de la Nación.³⁷ Asimismo, fue condenada –al amparo del derecho de fondo– por incumplir su obligación de custodia y conservación de las instalaciones sanitarias que se encuentran en las veredas, lo cual le requería realizar un control periódico de ellas para cerciorarse de su buen estado y remover si era necesario los escombros que fueron dejados al lado de una tapa de conexión de agua corriente luego de una reparación.³⁸
- La responsabilidad de ENCOTESA ha sido analizada por la justicia civil y comercial federal en los términos del CC frente a los daños ocasionados por un presunto incumplimiento en la prestación del servicio de envío de un telegrama que el actor había remitido a su empleador para comunicarle la imposibilidad de reanudar su trabajo por razones de enfermedad.³⁹ Asimismo, en dicho fuero, ENCOTESA fue condenada a indemnizar la perdida de la *chance* sufrida por una persona a causa de la deficiente prestación del servicio conforme el art. 1067 del CC (por no haber hecho entrega de una carta documento enviada por él), en tanto ello lo privó de la posibilidad de solucionar un conflicto amigablemente, obligándolo a promover un proceso judicial.⁴⁰
- También la responsabilidad de FERROCARRILES METROPOLITANOS

36 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, *Gil Alvarengo, Liliana Marta c. Aysa S.A. s/ daños y perjuicios*, sentencia del 09/11/2021; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala I, *Moras, Sandra Marcela c. Aysa s/ daños y perjuicios*, sentencia del 11/08/2015.

37 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, *Gullo, Juan Antonio c. Aysa S.A y otros s/ daños y perjuicios*, sentencia del 21/12/2017; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, *M., I. D. c. AYSA S.A. y otro s/ daños y perjuicios*, sentencia del 24/04/2014.

38 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L, *Fernández, Marta Elvira c. Aysa-Agua y Saneamientos Argentinos S.A. s/ daños y perjuicios*, sentencia del 01/12/2011.

39 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala I *Marothi, Gerardo A. c. ENCOTESA Correo Argentino*, sentencia del 15/04/2003.

40 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, *Tassano, Oscar R. c. Encotesa*, sentencia del 06/09/2000.

SA ha sido juzgada desde el derecho común, entendiendo que los trenes constituyen cosas riesgosas en los términos del art. 1113 del CC,⁴¹ o mismo ponderando causales de interrupción del nexo causal conforme lo disponía dicha norma.⁴²

- Por su parte, la responsabilidad de AEROLÍNEAS ARGENTINAS SA – por cancelación de vuelos, pérdida de equipaje, *overbooking*, etc.– se rige por el derecho común, aunque desde las previsiones de normas que hacen a la especificidad del servicio que presta (transporte aéreo, aeronáutica civil), de modo que las leyes rectoras son el Código Aeronáutico y, supletoriamente, la Ley 24240.⁴³
- En lo que atañe a YPF SA, ésta también ha sido encontrada responsable en los términos del art. 1113 del Código Velezano por los daños y perjuicios ocasionados por la contaminación de agua del acuífero, al entender que el agua de purga y los desechos de la actividad petrolífera construyen cosas riesgosas.⁴⁴
- Asimismo, la responsabilidad endilgada en un accidente de tránsito en el que participó un vehículo de propiedad de ENARSA fue juzgada en los términos del derecho de fondo.⁴⁵
- También ARSAT SA ha sido responsabilizada por los daños sufridos por la propietaria de un inmueble a raíz de la instalación de cables de fibra óptica a la vera de la ruta que trajeron deterioros no solo en el alambrado del terreno de la actora, sino también daños ambientales. La responsabilidad reposó, en lo que atañe a ARSAT, en el art. 1113 del CC por tratarse de la dueña de la obra en ejecución.⁴⁶
- BELGRANO CARGAS SA ha sido considerada responsable ante la muer-

⁴¹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, M., *F. R. v. Ferrocarriles Metropolitanos S.A. Línea Belgrano*, sentencia del 26/04/2010.

⁴² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, *Carpintero, María y otros c. Empresa Ferrocarriles Metropolitanos S.A.*" sentencia del 23/11/2007.

⁴³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala I, *Saab, Juan Martín y otro c. Aerolíneas Argentinas SA s/ pérdida daño de equipaje*, sentencia del 30/05/2024; Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, sala II, *Calvo, Héctor Raúl y otro c. Aerolíneas Argentinas S.A. s/ Daños y Perjuicios*, sentencia del 28/03/2023, entre muchos otros (conf. art. 63 de la norma consumeril).

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia de Mendoza, *Mastroeni, José c/ YPF SA s/ daños y perjuicios*, sentencia del 04/07/2016.

⁴⁵ Cámara Federal de la Plata, Sala II, *Melogno, Cristian Ezequiel c/ Energía Argentina S.A. (ENARSA) s/ daños y perjuicios*, sentencia del 05/03/2021.

⁴⁶ Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de Cipolletti, "Bravo, Ariela Beatriz c. Arsat SA y otro s/ daños y perjuicios", sentencia del 04/03/2020.

te de un ciclista que fue arrollado por un tren, conforme el Código Civil de Vélez, por la falta de adecuadas medidas de seguridad y señalización de un paso a nivel que carecía de barreras, de laberintos peatonales y de señalización vertical.⁴⁷

- En este mismo sentido, CORREDORES VIALES SA ha sido responsabilizado por los daños sufridos por la presencia de perros en la ruta que colisionaban con automotores, en virtud de la Ley 24240 y de las previsiones del Código Civil de la Nación,⁴⁸ haciéndose aplicación de la doctrina de la CSJN en relación con la responsabilidad de los concesionarios por animales sueltos en ruta (v. gr., *Bianchi*,⁴⁹ entre otros).

En definitiva, de la casuística reseñada puede apreciarse que el tratamiento que reciben las demandas de daños y perjuicios entabladas contra las SA en las que participa total o mayoritariamente el Estado se encuadra desde las previsiones del entonces vigente Código Civil de la Nación y actualmente del Código Civil y Comercial de la Nación, siendo, en esencia, analizada la responsabilidad de este tipo de SA del mismo modo en que se lo hace respecto de cualquier otro sujeto privado.

5. Conclusión

El instituto de la responsabilidad extracontractual no escapa a la compleja coyuntura que trae aparejado el régimen jurídico mixto de este tipo de SA, por lo que se torna imprescindible realizar un análisis detallado para dilucidar si ellas responden a la luz de las normas públicas o bien de las del derecho de fondo.

En punto a ello, y con mucho tino, el profesor Cassagne (2021) ha remarcado que “(...) la misión del jurista es la de desentrañar el régimen jurídico de esta institución cuidando que las ideas propias no influyan para atribuirle carácter público Estatal a lo que se rige por el derecho privado y viceversa” (p. 365).

Bajo estas premisas, en el presente trabajo se ha intentado demostrar que la responsabilidad extracontractual de las SA en las que participa el Estado debe regirse por el CCyCN y no por las previsiones de las leyes de responsabilidad

47 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, “V., R. de la C. y otros c. Belgrano Cargas S.A. y otros”, sentencia del 25/06/2007.

48 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, sala III, “Villalba, Natalia Isabel c. Unidad Ejecutora Corredor Vial n° 9 s/sumarísimo (daños y perjuicios)”, sentencia del 14/12/2021.

49 CSJN, Fallos: 329:4944.

del Estado, ya sea que tengan por objeto realizar actividades comerciales, industriales o financieras o bien prestar un servicio público, o bien que el Estado revista la calidad de socio/accionista mayoritario o bien detente la totalidad de las acciones societarias.

Bibliografía

- Alfonso, M. L. (2009). *Régimen de nacionalización de empresas privadas* (1^a ed.). RAP.
- Alfonso, M. L. (2012). Las nuevas empresas públicas (desde la ex LAFSA hasta AySA). *RAP*, (405), 141-148.
- Andrade, A. D. (2017). *Ley 26.944. Responsabilidad del Estado y funcionarios. La situación en las provincias*. La Ley.
- Balbín, C. F. (2015). *Tratado de Derecho Administrativo* (Tomo II). La Ley.
- Barra, R. (2006). *Tratado de Derecho Administrativo* (Tomo III). Ábaco.
- Bello Knoll, S. I. y Curá, J. M. (2001). *La sociedad anónima con participación estatal mayoritaria (Su naturaleza jurídica a la luz de un fallo clarificador)*. TR La Ley AR/DOC/1473/2001.
- Bianchi, A. B. (1988). Anotaciones sobre los conceptos de Administración Pública y función administrativa. *El Derecho Administrativo*, (129), 266-276.
- Bielsa, R. (2017). *Derecho Administrativo* (7^a ed., Tomo I). La Ley.
- Canosa, A. N. (2008). *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos* (Tomo 1). Abeledo Perrot.
- Cassagne, E. (2006). Sobre el concepto de Sector Público Nacional contenido en la Ley N° 24.156 (su aplicación a ciertos casos puntuales). En *Summa de Derecho administrativo: doctrina, legislación y jurisprudencia* (pp. 1463-1479). La Ley.
- Cassagne, J. C. (2007). Reflexiones sobre los contratos de las empresas públicas. *El Derecho Administrativo*, (548), 547-550.
- Cassagne, J. C. (2015). *Los grandes principios del derecho público constitucional y administrativo*. Thomson Reuters-La Ley.
- Cassagne, J. C. (2021). *Curso de Derecho Administrativo* (13^a ed., Tomo I). Thompson Reuters.
- Cassagne, J. C. (2022). *El factor de atribución en la responsabilidad estatal por actividad ilícita o ilegítima*. TR La Ley, AR/DOC/104/2022.
- Carabajales, J. J. (2011). *Las Sociedades Anónimas bajo injerencia estatal* (1^a ed.). RAP.
- Carabajales, J. J. (2021). *Manual de empresas públicas en Argentina (1946-2020)*. EDUNPAZ.
- Cicero, K. N. (2020). *La Responsabilidad del Estado para el aula de grado y de posgrado en Derecho. Eudeba*.
- Creo Bay, H. D. (2006). *Las personas públicas no estatales y los límites del Estado*. TR La Ley, AR/DOC/3861/2006.
- Dromi, R. (1977). *Derecho Administrativo Económico* (Tomo I). Astrea.
- Embíd Irujo, J. M. (2008). Abuso de la forma social y levantamiento del velo de la personalidad jurídica: algunas reflexiones desde el derecho español. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, (3), 55-67.

- Etcheverry, R. (1982). Reflexiones sobre las Sociedades del Estado frente al control Provincial. *El Derecho*, 99(861).
- Fiol, G. (2020). La responsabilidad del Estado en CABA y en las provincias que no han legislado la materia en sus respectivos ámbitos. *Derecho Administrativo*, (127), 205-239.
- Franco, H. (2001). *El derecho administrativo y las sociedades anónimas con simple participación estatal*. TR La Ley, AR/DOC/10869/2001.
- González Jovanovich, R. (2021). *La Ley de Responsabilidad del Estado y las Sociedades Anónimas controladas*. La Ley, AR/DOC/2534/2021.
- Halperin, D. A. (2013). *Naturaleza de los actos emanados de las personas públicas no estatales*. TR La Ley, AR/DOC/5433/2013.
- Ivanega, M. M. (2003). *Mecanismos de control público y argumentos de responsabilidad*. Ábaco.
- Jordana de Pozas, L. (1949). Ensayo de una Teoría del Fomento en el Derecho Administrativo. *Revista de Estudios Políticos*, (48), 41-54.
- Lorenzetti, R. (Dir.). (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (Tomo I). Rubinzal-Culzoni.
- Mairal, H. (1981). *Las sociedades del estado o los límites del derecho administrativo*. La Ley, 1981-A, 790.
- Marienhoff, M. S. (1966) *Tratado de Derecho Administrativo* (2^a ed., Tomo III-B). Abeledo Perrot.
- Mata, I. (2007). La intervención económica del Estado a través de sus empresas. En *XXXIII Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo*. RAP.
- Mata, I. (2009). *Los actos de las empresas y sociedades del Estado*. En *Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho administrativo*. RAP.
- Mertehikian, E. (2000). La responsabilidad subsidiaria del Estado por la actuación de entidades descentralizadas. RAP, (265), 11-19.
- Moeremans, D. E. (2021). Inoponibilidad de la persona jurídica en el Código Civil y Comercial de la Nación. TR La Ley, AR/DOC/985/2021.
- Mora, A. y Trionfetti, R. (2014). El nuevo paradigma de la responsabilidad estatal. En Ávila, S. M. (Coord.), *Responsabilidad del Estado. Aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la ley 26.944* (pp. 435-441). Infojus.
- Morel Ocaña, L. (1998) *Curso de Derecho Administrativo* (Tomo I, 4^a ed.). Aranzadi.
- Perrino, P. E. (2015). *La Responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos*. La Ley.
- Pozo Gowland, F. (2021). Sociedades anónimas de propiedad mayoritaria o íntegramente estatal. Ejercicio de prerrogativas públicas en materia contractual. TR La Ley, AR/DOC/938/2021.
- Sacristán, E. B. (2012). Las personas no estatales como instrumento de gobierno. *Rap*, (408), 45-56.
- Sacristán, E. B. (2016). Acceso a la información: a propósito de los casos "PAMI" y "Giustiniani". TR La Ley, AR/DOC/4159/2016.
- Sagüés, N. P. (1980). *Principio de subsidiariedad y principio de antisubsidiariedad. Jurisprudencia Argentina*, 1980-II, 775-780.
- Siseles, O. E. (2015). *Acceso a la información (especial referencia a las sociedades con participación estatal)*. TR La Ley, AR/DOC/5676/2015.
- Simón, F. y Albarracín, A. (2019). *Ley de Responsabilidad de la Provincia de Mendoza. Ley Provincial N° 8.968, Comentada y concordada con la Ley Nacional N° 26.944*. ASC.
- Somaglia, H. G. (2005). Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria (SAPEM) ¿Personas jurídicas públicas o privadas? TR La Ley, AR/DOC/41/2005.

- Ugarte, J. M. (2015). Ministerios. En Cicero, N. K. (Dir.), *Legislación usual comentada. Derecho Administrativo* (Tomo II, pp. 1-146). Thompson Reuters. La Ley.
- Uslenghi, A. (2018). *El Régimen Jurídico de Responsabilidad Extracontractual de las Empresas Públicas*. Jornadas sobre Cuestiones Estructurales de Derecho Administrativo. Instituciones, Buena Administración y Derechos Individuales. Facultad de Derecho, Universidad Austral, Buenos Aires, Argentina.

Legislación citada

Constitución Nacional

Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023

Ley 13653

Ley 15349

Ley 17318

Ley 19550

Ley 20705

Ley 26944

Ley 26994

Ley 27742

Ley CABA 6325

Ley Catamarca 5536

Ley Chubut 560

Ley Entre Ríos 10636

Ley Mendoza 8968

Ley La Rioja 10004

Ley Río Negro 5339

Ley Santa Cruz 3396

Ley Santiago del Estero 7179

Jurisprudencia citada

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Vadell, Jorge c/Provincia Buenos Aires*, 18/12/1984, Fallos: 306:2030.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Bianchi Isabel c/Provincia Buenos Aires*, 07/11/2006, Fallos: 329:4944.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Mosca Hugo c/ Provincia Buenos Aires*, 06/03/2007, Fallos: 330:563.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *YPF SA c/AFIP*, 13/03/2012, Fallos: 335:258.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Asociación de Superficierios de la Patagonia c/ YPF*, 30/12/2014, A. 1274. XXXIX. IN2.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Meza Dora c/Provincia de Corrientes*, 14/07/2015, Fallos: 338:652.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Giustiniani Rubén c/YPF SA*, 10/11/2015, Fallos: 338:1258.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Grippo Guillermo c/Campos Enrique*, 02/09/2021, Fallos: 344:2256.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Gonzalez Domingo c/Provincia de Tucumán*, 06/09/2022, Fallos: 345:884.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Correo Oficial República c/DGI*, 27/09/2022, Fallos: 345:1044.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Lacave Flora c/Provincia Buenos Aires*, 05/03/2024, Fallos: 347:128.
- Corte Suprema de Justicia de Mendoza, *Mastroeni, José c/ YPF SA s/ daños y perjuicios*, sentencia del 04/07/2016.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, *Tassano, Oscar R. c. Encotesa*, sentencia del 06/09/2000.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala I *Marothi, Gerardo A. c. ENCOTESA Correo Argentino*, sentencia del 15/04/2003.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, V, R. de la C. y otros c. *Belgrano Cargas S.A. y otros*, sentencia del 25/06/2007.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, *Carpintero, María y otros c. Empresa Ferrocarriles Metropolitanos S.A.*, sentencia del 23/11/2007.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, M., F. R. v. *Ferrocarriles Metropolitanos S.A. Línea Belgrano*, sentencia del 26/04/2010.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L, *Fernández, Marta Elvira c. Aysa-Agua y Sañamientos Argentinos S.A. s/ daños y perjuicios*, sentencia del 01/12/2011.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, sala III, *Villalba, Natalia Isabel c. Unidad Ejecutora Corredor Vial n° 9 s/sumarísimo (daños y perjuicios)*, sentencia del 14/12/2021.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, M., I. D. c. *AYSA S.A. y otro s/ daños y perjuicios*, sentencia del 24/04/2014.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala I, *Moras, Sandra Marcela c. AySA s/ daños y perjuicios*, sentencia del 11/08/2015.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, *Gullo, Juan Antonio c. Aysa S.A y otros s/ daños y perjuicios*, sentencia del 21/12/2017.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de Cipolletti, *Bravo, Ariela Beatriz c. Arsat SA y otro s/ daños y perjuicios*, sentencia del 04/03/2020.
- Cámara Federal de la Plata - sala II, *Melogno, Cristian Ezequiel c/ Energía Argentina S.A. (ENAR-SA) s/ daños y perjuicios*, sentencia del 05/03/2021.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, *Gil Alvarengo, Liliana Marta c. Aysa S.A. s/ daños y perjuicios*, sentencia del 09/11/2021.
- Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, sala II, *Calvo, Héctor Raúl y otro c. Aerolíneas Argentinas S.A. s/ Daños y Perjuicios*, sentencia del 28/03/2023.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala I, *Saab, Juan Martín y otro c. Aerolíneas Argentinas SA s/ pérdida daño de equipaje*, sentencia del 30/05/2024.

Roles de autoría y conflicto de intereses

El autor manifiesta que cumplió todos los roles de autoría del presente artículo y declara no poseer conflicto de interés alguno.

EL VALOR DE LA CONSTITUCIÓN EN LA FORMACIÓN Y PRÁCTICA DE LA ÉTICA PROFESIONAL DEL ABOGADO: APUNTES EN TORNO AL CASO PERUANO

Raúl Gutiérrez Canales

Universidad de Lima

marioraulgc@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-7802-6003>

DOI: <https://doi.org/10.26422/RJA.2025.0601.gut>

Recibido: 07/04/2025

Aceptado: 02/06/2025

Resumen

La presente investigación analiza el contenido y los alcances de la ética profesional del abogado a partir de su vínculo ineludible con la constitución y sus valores. Así, se abordan cinco líneas temáticas que brindan consistencia a la evidencia y proyección de la relación entre la ética profesional en el ejercicio de la labor jurídica y la carta constitucional: 1) el carácter vinculante de la función social del abogado; 2) la presencia de los valores constitucionales en la ética profesional del abogado; 3) la ética profesional del abogado en el contexto actual de crisis democrática y la necesidad de la construcción de una cultura jurídica mínima y sostenible en la sociedad; 4) la presencia de los abogados en las altas decisiones de la Administración pública; y 5) la responsabilidad de las facultades de Derecho en la formación profesional con ética. En ese sentido, se concluye que la ética profesional del abogado requiere integrar en sus ámbitos cognoscitivo, práctico y formativo los valores constitucionales, en tanto estos últimos comparten los propósitos del afianzamiento del Estado de derecho, la democracia y la justicia.

Palabras clave: deontología jurídica, cultura jurídica, valores constitucionales, democracia constitucional, función social de la abogacía, ética pública.

The Value of the Constitution in the Training and Practice of Professional Ethics of the Lawyer

Abstract

This research analyzes the content and scope of the lawyer's professional ethics based on its inescapable link with the Constitution and its values. Thus, five thematic lines are addressed that provide consistency to the evidence and projection of the relationship between professional ethics in the exercise of legal work and the constitutional charter: 1) the binding nature of the social function of the lawyer, 2) the presence of constitutional values in the lawyer's professional ethics, 3) the lawyer's professional ethics in the current context of democratic crisis and the need to build a minimum and sustainable legal culture in society, 4) the presence of lawyers in high-level decision-making in public administration, and 5) the responsibility of law schools in providing professional training with ethics.

In this sense, it is concluded that the professional ethics of lawyers require the integration of constitutional values into their cognitive, practical, and educational spheres, since the latter share the goals of strengthening the rule of law, democracy, and justice.

Key words: legal deontology, legal culture, constitutional values, constitutional democracy, social function of the legal profession, public ethics.

1. Introducción

La presente investigación analiza la problemática de la falta de atención generalizada sobre la relación entre la ética profesional del abogado y los valores supremos y vinculantes que identifican a la Constitución. Esta falta de atención no permite afianzar el aporte del derecho a la consolidación medible de un Estado constitucional y democrático. Para tal efecto, se estudian las implicancias de la función social de la profesión jurídica, las que recaen en todos los planos del ejercicio profesional, independientemente del espacio público o privado o del cargo que se desempeñe. Asimismo, se desarrolla la importancia de la presencia de los valores constitucionales en la ética profesional del abogado, tanto en su configuración genuina como en el contexto actual de crisis democrática y de necesidad de construir una cultura jurídica mínima y sostenible en la sociedad.

La investigación enfatiza, asimismo, en el impacto trascendente de los valores constitucionales en la ética profesional, lo que se refleja en el campo de la actuación de la Administración pública, donde la participación de los abogados es recurrente, no solo en cifras, sino, sobre todo, en el campo de las decisiones políticas de la más alta jerarquía. Esta situación debe conllevar medidas con enfoque integral, donde la formación técnica y ética de los abogados

sean inseparables, constituyendo un actor fundamental para este propósito las facultades de Derecho y las iniciativas que permitan mejorar sus respectivos procesos.

2. La vinculatoriedad de la función social de la abogacía en todos los campos del ejercicio profesional

2.1 La ética profesional como equilibrio entre los intereses públicos y privados

De acuerdo con el Código de Ética del Abogado en el Perú (Colegio de Abogados de Lima [CAL], 2025), la abogacía “cumple una función social” (artículo 2) y tiene por finalidad “la defensa de los derechos de las personas y la consolidación del Estado de derecho, la justicia y el orden social” (artículo 3); precisándose que “el abogado es parte esencial de la defensa del orden democrático” (artículo 4). Dicha norma, que configura el canon especializado de control de la conducta ética de los abogados en el país, no es una fuente opcional de atender, ya que responde a la finalidad central que la Constitución les ha otorgado a los colegios profesionales. Tal como refiere la jurisprudencia constitucional: “(...) la justificación última de la constitucionalización de los colegios profesionales radica en incorporar una garantía, frente a la sociedad, de que los profesionales actúan correctamente en su ejercicio profesional” (Tribunal Constitucional del Perú, 2006a, fund. 8).

Entonces, los ejes de la codificación ética de los colegios profesionales no son guías sin valor impositivo; todo lo contrario, actúan como reglas vinculantes en su respectivo fuero. Esto es así porque los colegios profesionales desarrollan un control autónomo e imparcial sobre la actividad profesional, con la finalidad última de garantizarles a los ciudadanos el ejercicio idóneo de sus derechos a través de un sistema regulatorio de carácter —fundamentalmente— preventivo. De allí que estos gremios tengan existencia respecto a profesiones cuya actividad tiene correlato en ámbitos de interés social, como la salud, la seguridad, los servicios públicos o los derechos patrimoniales, espacios donde deben prevalecer estándares deseables de calidad en el servicio ofrecido.

Los colegios profesionales, en este sentido, tienen el deber de asegurar la eficacia del perfil profesional de sus miembros, entendiendo el perfil profesional como aquel conjunto de rasgos y capacidades debidamente certificadas que permiten el reconocimiento social de un profesional capaz y competente (Hawes y Corlaván, 2005, p. 13). Y es que los colegios profesionales, desde su origen, cumplen una tarea de garantía frente a la sociedad. Es el caso de los colegios de

abogados, cuyo origen se remonta a Roma durante la época de los emperadores cristianos, en donde un consejo superior y un decano vigilaban el cumplimiento de los reglamentos disciplinarios de la corporación con la potestad de aplicar sanciones a sus integrantes (Syro Giraldo, 1983, p. 299).

Así las cosas, el Tribunal Constitucional español tiene razón cuando sostiene que las normas deontológicas aprobadas por los colegios profesionales no se limitan a actuar como simples tratados de deberes morales, ya que determinan verdaderas obligaciones con el fin de ordenar la actividad profesional de sus miembros desde el enfoque de la ética y de la dignidad profesional (Tribunal Constitucional de España, 2014, fund. 8). Entonces, la regulación en esta instancia sigue una orientación disciplinaria ética con la máxima de que el cumplimiento de este tipo de deberes tiene un impacto positivo y sustancial en la sociedad en su conjunto.

Es categórico que el ejercicio de la profesión jurídica no es exclusivo del litigio judicial, pues no se agota en el patrocinio de las partes en un proceso ante un órgano jurisdiccional. La abogacía no se ejerce solamente para defender intereses de particulares, sino que, además, contribuye de manera categórica con el afianzamiento del logro de los intereses generales. Si la abogacía cumple una función social que fortalece el orden democrático, es porque esta es su expresión más sustantiva. Además, los intereses particulares no tienen por qué ser opuestos a los intereses públicos; todo lo contrario, persiste un vínculo ineludible entre ambos, en tanto los ámbitos de lo público y lo privado se interrelacionan cada vez más ante las crecientes demandas de las personas frente al Estado (Correa Fontecilla, 2006, p. 137). Los intereses privados, de esta manera, no solo guardan vinculación con los intereses públicos, sino que también muchas veces se legitiman en función de su relación con aquellos.

Tanto es así que dichas premisas rigen para todo abogado que ejerce la profesión en cualquier espacio del territorio nacional, al punto de que el artículo 1 del antes citado Código de Ética señala que es aplicable en la actividad pública o privada o en el ejercicio de un cargo proveniente de elección popular o por designación. Así, la función social del abogado de aportar a la consolidación del Estado de derecho es una premisa que debe orientar su desarrollo en cualquier escenario. Aun cuando patrocine intereses privados, no puede desconocer que su labor, como experto en la operatividad del derecho, no está exenta de observar y hacer respetar las normas de orden público. Debe repararse, en todo supuesto, que la paz universal como aspiración social responde al equilibrio e interdependencia entre los fines de los individuos y la actividad social (Olea y Leyva, 1933, p. 84).

Un ejemplo útil puede aterrizar en el ámbito de las contrataciones públicas. Estas son una actividad clave del Estado y su ascendente presencia se refleja en la necesidad de adquirir bienes y servicios y en ejecutar obras para una población que crece o tiene más demandas. Sin embargo, la corrupción en este campo es un fenómeno problemático donde varios actores operan con amplios márgenes de discrecionalidad y, a la vez, con una regulación específica (Martínez Huamán, 2023, p. 84). Podemos afirmar, entonces, que esta última característica refleja que sin ética no hay derecho positivo que sea eficaz en el cumplimiento de sus fines. La regulación detallada de los procesos de contrataciones públicas y la discrecionalidad en las decisiones exigen un equilibrio donde la ética profesional cumple un papel crucial. Si bien los procesos pueden ser rigurosos, la realidad plantea retos constantes, como los incrementos de presupuestos, la necesidad de contrataciones céleres (ante emergencias o necesidades justificadas), la diversificación de las contrataciones (directas y cerradas), la valoración de las conductas de los postores o la relación de estos con los decisores, entre muchos otros aspectos. En esa medida, la efectividad de la obligación legal necesariamente se complementa con la funcionalidad de los deberes éticos. La conciliación entre la priorización del interés público del Estado y el natural ánimo de lucro de las empresas privadas no se garantiza únicamente con la vigencia de una norma legal, por más actualizada y pormenorizada que esta sea. Basta ver que, pese a la vigencia de la ley sobre contrataciones públicas con criterio de especificidad y a la regulación de las sanciones, de acuerdo con el último índice de riesgos de corrupción e inconducta funcional de la Contraloría General de la República, se concluyó que en más del 50% de las entidades evaluadas sus contrataciones son poco competitivas, siendo que en un tercio de ellas se identificó responsabilidades administrativas, civiles y penales (Contraloría General de la República, 2024).

Dicha información refleja la corresponsabilidad entre el ente público y el privado, pues si se tuercen las voluntades en las contrataciones públicas, es precisamente para favorecer intereses privados. Es natural que una empresa privada privilegie el ánimo de lucro en su actividad regular, pero en sus relaciones contractuales con el Estado, la situación es distinta (o debería serlo), pues aquí sus intereses no deben estar en conflicto con el interés público, debiendo existir, en una situación deseable, un ánimo de conciencia en el aporte que puede generar su correcto accionar en la mejora del entorno social o de la Administración pública. Empero, este ánimo no se consigue con leyes aisladas y al margen de las políticas de fomento de valores éticos, más aún cuando el campo de las

contrataciones públicas son parte de un círculo que puede acabar en controversias resueltas por el arbitraje, donde los problemas de irregularidades y, sobre todo, de falta de ética se replican en muchas ocasiones. El profesor Huáscar Ezcurra (2015, p. 235), pese a reconocer las ventajas del arbitraje, por ejemplo, reconoce la presencia de corrupción en este espacio, haciendo una clasificación de árbitros a partir de las malas prácticas que se producen en la realidad. De este modo, distingue entre el árbitro preferido (el que se nombra cuando se quiere porque brinda su apoyo para ganar el caso), el árbitro puertas abiertas (con quien reunirse a discreción y que puede aconsejar y hasta adelantar opinión que luego lo compromete), el árbitro coimero (el que recibe el pago a cambio de actuar con parcialidad) y el árbitro oculto (cuando hay un arreglo secreto entre el árbitro y el abogado real). Lamentablemente, estos apuntes son muy elocuentes de lo que ocurre en la actualidad, lo que refleja un manifiesto divorcio entre la ética profesional y lo que debería representar como parte garante del beneficio integral de los mecanismos alternativos de solución de controversias.

Así las cosas, podría ser recomendable poner énfasis en la formación y capacitación sostenible en asuntos de ética profesional. Podría exigirse (y no solo recomendarse) que las empresas que contraten con el Estado acrediten el impulso de programas de ética profesional y su relación con los fines de las contrataciones públicas. Desde el Estado, se podrían impulsar políticas que uniformicen criterios sobre estos programas, así como mecanismos de supervisión y medidas de incentivos ejemplificadores que promuevan una cultura de prevención. Igualmente, deberían fortalecerse los canales de transparencia activa de las contrataciones públicas con un adecuado sistema de publicidad, el cual genere interés en la ciudadanía sobre la información en este ámbito. No debe perderse de vista, en todo supuesto, que el impacto de la actuación ética puede contribuir a la garantía de la transparencia como límite indispensable de las decisiones discretionales.

2.2 La presencia reforzada de la ética profesional en el campo de la abogacía

La ética profesional se manifiesta como la atención y el cumplimiento de valores que contribuyen al orden social, a la institucionalización de un entorno que requiere una confianza sostenible entre los miembros de la sociedad, donde los especialistas en el conocimiento de la ley cumplen un rol garante. Esta garantía, como es lógico, requiere tener presencia permanente y extendida. Por ello, la amplitud en la esfera de la vigencia de las responsabilidades éticas de los

abogados ha sido materia de confirmación por parte del Tribunal Constitucional, quien refiere que el Código de Ética del Abogado es aplicable a cualquier abogado por la sola condición de tal, lo que incluye, por ejemplo, a quienes ostentan la calidad de magistrado (Tribunal Constitucional, 2006b, fund. 36). Al respecto, la función judicial resulta esclarecedora para tomar conciencia respecto de la importancia de la ética en el ejercicio profesional, tal como refiere el profesor Ignacio Sánchez Cámara (2000):

Las principales obligaciones de los jueces y magistrados se encuentran establecidos en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Pero no cabe duda de que, desde el punto de vista moral, no basta con el cumplimiento de la legalidad. Por ejemplo, la diligencia en el estudio del caso o la obligación de seguir estudiando y actualizar sus conocimientos no se pueden imponer legalmente con facilidad. La Deontología estudia las acciones que no están sometidas a la legislación. (p. 451)

Es decir, independientemente de la responsabilidad jurídica formal que pueda tener un abogado en razón de su específico cargo o función (penal, civil, administrativa, entre otras), es legítima la identificación y aplicación de una responsabilidad ética que tiene configuración autónoma. Esto, en el sentido de que la responsabilidad ética comprende mínimos parámetros que atienden a la consideración misma de la profesión, los que integran elementos transversales a todo criterio del ejercicio profesional, ya sea que se trate del puesto, del territorio, de la especialidad o del desempeño en el ámbito público o privado.

Ahora bien, es verdad que la ética se puede explicar desde la etimología o desde las tradiciones filosóficas sin criterio de imposición (Ortiz Millán, 2016, p. 137), aunque corresponde en un sentido formal al “conjunto de normas morales que rigen la conducta de la persona en cualquier ámbito de la vida” (Real Academia Española, 2014). Por tanto, al ser los ámbitos de la vida muchos y variados, se puede vislumbrar una ética profesional que responde a un enfoque aplicado, pues rige en un ámbito delimitado de la actividad humana. Esta ética tiene un doble propósito, pues utiliza criterios y principios de la ética básica y, a la vez, proporciona criterios o principios específicos; ello, con el fin de brindar los elementos necesarios para estructurar un proceder ético habitual en el espacio del ejercicio profesional (Hirsch Adler, 2023, p. 9).

Es indiscutible, atendiendo a la antes aludida función social, que la ética despliega sus efectos en el ámbito profesional, pudiéndose reconocer una ética profesional general. Por ello, el profesor Rodolfo Vigo (2014) sostiene, con razón, que la ética profesional “se ocupa de los actos, hábitos y personalidad del

profesional desde la perspectiva del buen profesional” (p. 133), que cubre la prestación de un servicio idóneo a favor de un beneficiario que, si bien puede ser un particular, ineludiblemente recae en la sociedad (como beneficiario directo o final). De allí que sea razonable concluir que la ética profesional es una ética social que, a partir del servicio prestado, permite calificar a un profesional como excelente, regular o malo. Es decir, los alcances de la ética profesional permiten dotar de fundamento cierto a la definición de la calidad integral del servicio profesional brindado, pudiendo constituir un factor incluso de identificación con proyección a futuro.

Ahora bien, en tanto es inseparable a las obligaciones morales, la ética se encuentra sujeta a las normas predominantes que rigen en un determinado espacio histórico y social, pudiendo afirmarse que es un constructo social (Espinoza Freire y Calva Nagua, 2020, p. 335). Y, claro está, los contextos tienen particularidades en su interior, pues si bien podemos identificar el desarrollo de la ética en un espacio concreto, como puede ser el de las profesiones, este ámbito está conformado por varias profesiones, las cuales no solo tienen contenidos, sino también fines distintos. Por ello, es correcto afirmar que, si bien la ética está vinculada con todos los quehaceres humanos (que se pueden expresar también en productos científicos y tecnológicos), su acercamiento es más estrecho con unos que con otros (Torres Hernández, 2014, p. 10).

Así las cosas, la ética profesional comprende la observancia de normas morales vinculadas con los fines del ejercicio profesional. Considerando que la moral identifica las cualidades de la conducta humana a partir de un conjunto de costumbres, normas y valores (Urquijo Angarita, 1999, p. 126), la moral en el campo profesional de la abogacía tiene relación con la práctica y el fortalecimiento de aquellos valores que permiten hacer del Estado de derecho y sus fines un modo de actuación regular. De esta manera, las normas morales de la ética profesional, antes que una obligación, buscan institucionalizar la cultura de la legalidad en su dimensión integral.

No en vano el artículo 76 del citado Código de Ética del Abogado indica que “[e]l abogado debe esforzarse por ser un ejemplo de idoneidad ética para sus colegas, en especial para los futuros profesionales del Derecho”. Entonces, la ética profesional evidencia la necesidad de adecuar las conductas del ejercicio profesional a un código moral generalizado y uniforme, que le permita al abogado identificarse con acciones que trascienden la esfera de los objetivos personales. El tránsito de la profesión bajo este conjunto de valores no se acaba en ellos; todo lo contrario, empieza en ellos, debiendo ser una fuente que

proyecta actitudes y modos de conducta con proactividad para avanzar en el reforzamiento de las costumbres y valores de una cultura jurídica que, a su vez, refuerce el Estado de derecho, el orden social y la democracia.

Por ello, se considera la responsabilidad de actuar con ética para hacer sostenible este proceder a lo largo del tiempo. El ejercicio profesional de la abogacía, en atención a su función social, debe ser el factor sustancial para que las nuevas generaciones no solo se sientan motivadas por elegir la carrera profesional del derecho, sino también, sobre todo, por el aporte a la mejora de la sociedad que se puede hacer mediante el desempeño ético de la profesión. La abogacía, en tanto hace posible de manera sustancial la vigencia del Estado de derecho en una sociedad, abarca una responsabilidad de superlativa posición, debiendo recordarse que, por la naturaleza de la labor jurídica, el abogado no puede permanecer impasible ante los problemas públicos (Murillo V., 1945, p. 220).

Si bien todas las profesiones en las sociedades pluralistas deben respetar un marco de ética cívica mínima, ello no implica, como refiere el profesor Emilio Martínez Navarro (2006), que se puedan vislumbrar bienes internos que comprenden los fines o metas de la labor de cada profesión.

Todas las profesiones son igualmente dignas de respeto, con tal que se ajusten a los criterios de ética cívica que marcan los límites de lo moralmente permisible en la convivencia plural y abierta de las sociedades modernas. Pero eso no significa que todas las profesiones aporten lo mismo a la sociedad, ni que todas lleven consigo el mismo grado de responsabilidad (p. 131)

En este escenario, debe repararse en que la ética, además de ser deontológica (contexto del deber), es teleológica, pues está relacionada con la búsqueda de la eficacia de fines como el bien o la realización misma de los valores de la profesión (Cobo Suero, 2003, p. 262). Así, el aporte que la ética, desde el ejercicio profesional de la abogacía puede representar, es sustancialmente valioso y ventajoso para la construcción de un Estado democrático de derecho con cimientos sólidos. No es que la profesión jurídica sea mejor que otras; se trata de considerar al conocimiento y práctica técnicas de la normatividad vigente como un factor objetivamente indispensable para avanzar hacia una sociedad verdaderamente democrática, con plena conciencia y cultura sostenible de la importancia del equilibrio entre el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes. En todo supuesto, debe tenerse presente que la justicia, además de ser un principio eje de la profesión de abogado, es al mismo tiempo un valor base del orden de la convivencia social (Ibarra Rosales, 2007, p. 47).

3. La ética profesional del abogado y la Constitución

Los valores éticos de la profesión jurídica, en tanto guardan relación con la contribución al fortalecimiento del Estado de derecho, al régimen democrático, al orden social o a la justicia, ¿con qué contenido del ordenamiento jurídico están más relacionados? Claramente, con el contenido, los alcances y fines de la Constitución. La norma fundamental organiza políticamente a la sociedad en función de los estándares democráticos (separación de poderes, límites a las autoridades, elecciones periódicas) y del orden social con justicia (reconocimiento y protección de los derechos bajo la pauta del principio de igualdad). Por tanto, la ética profesional del abogado está directamente vinculada con los valores constitucionales.

Debe recordarse que la comprensión de la Constitución requiere considerar conocimientos extrajurídicos, dentro de los cuales se halla de modo central la cultura, cuya residencia se despliega fundamentalmente en el campo social. Además, el derecho constitucional es “un Derecho para la ordenación de un proceso a través del cual la sociedad se autodirige políticamente; esto es, adopta las medidas necesarias para adaptarse al cambio y, si puede, para anticiparlo y promoverlo” (Pérez Royo, 2005, p. 57). La Constitución está indefectiblemente ligada a los valores sociales predominantes, y de allí su naturaleza de norma abierta que requiere ser interpretada, no siendo casual su característica de norma política, además de jurídica.

En este sentido, ¿es posible que la ética profesional del abogado no integre de manera vinculante los valores de la norma suprema del ordenamiento jurídico y político? No, pues lo que busca la ética profesional en la abogacía es, precisamente, la sostenibilidad de una cultura jurídica mínima, es decir, la institucionalización de patrones morales no negociables que, en la diversidad de las especialidades y funciones, tengan presencia permanente, uniforme y prioritaria en el ejercicio de la profesión. Esos estándares morales, sin duda, son aquellos que corresponden a los valores que comprende la carta fundamental del Estado que, objetivamente, representa la organización política de una sociedad. La Constitución no solo instituye la forma de Estado y de gobierno como una necesidad para evitar el desorden social; la Constitución, ante todo, está integrada por fines y aspiraciones colectivas de los ciudadanos, donde los derechos y su progresividad conforman la médula de la existencia y desarrollo del Estado. La Constitución es parte primordial de la cultura de una sociedad, tal como sostiene el profesor Peter Häberle (2002):

La Constitución no es solamente un texto jurídico ni tampoco una acumulación de normas superiores, es también expresión de un estado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación de un pueblo, un espejo de su herencia cultural y un fundamento de sus nuevas esperanzas. (p. 14)

Justamente por ello, anota que la cultura constitucional es el resultado del trabajo de muchas generaciones en torno a la Constitución (Häberle, 2020, p. 104). La consolidación de la cultura constitucional, indudablemente, no es una respuesta natural o espontánea; necesita de acciones que la construyan. En esta tarea, la ética de los profesionales en derecho posee una responsabilidad sustantiva. La conducción ética de los abogados, al cumplir una función social, comparte los estándares mínimos que exige cumplir la Constitución y sus valores. Todo profesional del derecho debe estar en permanente conciencia y convicción de que la fuerza normativa de la Constitución en la vida de un país es el pilar fundamental. Cualquier especialidad jurídica que se desarrolla encuentra su origen, legitimidad, desarrollo y límites en la carta constitucional; de aquí que el denominado Estado constitucional imponga que “la Constitución tiene una fuerza normativa real, que irradia sus contenidos a los diversos espacios de la sociedad y las diversas áreas del Derecho” (Tribunal Constitucional del Perú, 2022, fund. 20).

La justicia, la igualdad material, la eficacia del Estado de derecho, el orden social, la democracia, la tolerancia, la progresividad de los derechos, la legalidad, la limitación del ejercicio del poder o la prohibición del abuso del derecho son valores, todos, que están presentes en los fines de la Constitución y en las consideraciones de las conductas de la ética profesional del abogado. Diríamos, entonces, que la Constitución dota de contenido, en su aspecto sustancial, a la ética profesional del campo jurídico.

Podemos afirmar con solvencia que los valores constitucionales en su integridad forman parte de la ética profesional del abogado. Por ello, si bien en la profesión jurídica podemos identificar diversas especialidades (civil, penal, administrativo, laboral, entre otros), existen conocimientos y valores transversales que caracterizan a la especialidad general, que es la jurídica propiamente dicha. No existe una profesión de derecho mercantil o de derecho procesal, lo que existe es la profesión de abogado, y este último puede haberse especializado en algunas de sus ramas. Por tanto, es lógico que la profesión imponga elementos comunes de observancia obligatoria para todos. Estos elementos comunes ¿acaso no los encontramos en la norma jurídica y política que se halla en el vértice de todo el ordenamiento jurídico?, ¿no es la Constitución la norma

suprema que alumbría todo el sistema jurídico?, ¿no es la Constitución la que exige que todas las demás normas se adapten a su contenido y, de no ser así, estas últimas se deben inaplicar o ser expulsadas del ordenamiento jurídico? La Constitución, por definición, configura el inicio y el destino de las demás normas vigentes. Entonces, ningún abogado debería oponer el desconocimiento de la Constitución como una conducta profesional tolerable, aún menos si persiste una exigencia ética de la profesión, cuyo contenido abarca de manera indispensable los valores de la cultura constitucional.

La Constitución no es una norma jurídica ordinaria, es una norma jurídica con basamento y contenido políticos. Su legitimidad no solo se expresa en que recoge valores sociales predeterminados, sino también en la consideración de principios y objetivos sociales con proyección a futuro. Por esto, la cultura representa un dinamismo no solo fundado en el reconocimiento de los derechos de los miembros de la sociedad, sino también en los deberes. De aquí que la relación entre cultura y Constitución, además de ser una relación de origen y ejercicio, es una relación de límites recíprocos. Bajo estas precisiones, se puede comprender la idea de que la Constitución es en sí misma una obra cultural con valores del más alto nivel, al punto de que “cultura y Constitución forman un conjunto único y representan las dos caras de la misma medalla” (Stern, 2004, p. 576).

Teniendo en cuenta que la Constitución está integrada por valores sociales y por aspiraciones colectivas, es ineludible identificar su influencia en la configuración de la ética profesional del abogado. Este no cumple la Constitución por la abstracción de considerarla la norma suprema formal, sino por el contenido valorativo de sentar las bases, los límites y los fines del ordenamiento jurídico en su conjunto. Si la ética profesional busca consolidar el Estado de derecho, es imperioso tener plena conciencia de que el Estado de derecho se estructura sobre la Constitución y sus valores. Es la Constitución la que impone la vigencia de la legalidad, el orden democrático y la organización política en atención a principios como la igualdad, la proporcionalidad, la interdicción de la arbitrariedad o la seguridad jurídica, elementos todos que componen la función social de la ética profesional del abogado.

Por ello, no es casualidad que el Tribunal Constitucional haya emitido decisiones que dan cuenta de la valoración de la ética profesional a partir de los fundamentos de la Constitución. Así, ha establecido la posibilidad de control de la justicia constitucional sobre las decisiones sancionatorias de las inconductas infractoras de la ética profesional (Tribunal Constitucional del Perú, 2005b,

fund. 14); ha distinguido la evaluación ética profesional de los procesos penales o civiles, lo que determina que no cabe oponer en la primera el principio de *ne bis in ídem* (Tribunal Constitucional del Perú, 2005a, fund. 9); y ha reafirmado la constitucionalización de los colegios profesionales como garantía frente a la sociedad de que sus miembros actúen con patrones éticos (Tribunal Constitucional del Perú, 2009, fund. 3). En buena cuenta, la labor jurídica tiene un relevante impacto en el Estado de derecho, ya sea para vigorizarlo o debilitarlo, razón suficiente para que pueda ser objeto de control constitucional.

La relación de la ética profesional con la Constitución y sus valores, además, tiene reconocimiento expreso de la carta fundamental, la cual precisa la autonomía de los colegios profesionales (artículo 20) y el derecho a guardar el secreto profesional (artículo 2, inciso 18). Sobre este último derecho, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado sus alcances, estableciendo que, en el caso de la profesión del abogado, se trata de una garantía fundamental por guardar relación con el ejercicio del derecho de defensa (Tribunal Constitucional del Perú, 2024, fund. 12). Tanta trascendencia tiene la protección del secreto profesional como bien jurídico de carácter constitucional que el Código Penal, en su artículo 165, regula el delito de violación del secreto profesional.

A mayor abundamiento, el artículo 107 de la Constitución reconoce que los colegios profesionales tienen iniciativa en la formación de las leyes, mientras que el artículo 203, inciso 8) les otorga legitimidad para interponer demandas de inconstitucionalidad contra las normas con rango de ley en las materias de su especialidad. Esto refleja la importancia del gremio de los abogados en la promoción de leyes, pues si bien las facultades señaladas les corresponden a los colegios profesionales en general, lo cierto es que, atendiendo a la especialidad jurídica, son los colegios de abogados y afines los que tienen mayor proactividad y presencia en el campo del impulso de proposiciones legislativas y en la presentación de las demandas de inconstitucionalidad que buscan dejar sin efecto alguna ley vigente (sea de manera total o parcial).

Efectivamente, de los 21 proyectos de ley presentados por colegios profesionales hasta marzo de 2025 (período parlamentario 2021-2026), predominan los colegios profesionales integrados por abogados.¹ Así, son 9 proyectos de ley presentados por colegios de abogados (10715, 10714, 10713, 10007, 9729, 1709,

1 Debe precisarse que los otros 9 proyectos de ley fueron presentados por diversos colegios profesionales, entre ellos, el Colegio Médico, el Colegio de Enfermeros, el Colegio de Antropólogos y el Colegio de Periodistas. Congreso de la República del Perú: <https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal/#/expediente/search>

1363, 1327 y 488) y 3 proyectos de ley presentados por el Colegio de Notarios (5945, 2987 y 2455). Debe precisarse que, en el Perú, de acuerdo con el Decreto Legislativo del Notariado 1049, para ser notario se requiere ser abogado de profesión (artículo 10.b), estableciéndose la obligación de conducir y orientar su conducta, tanto personal como profesional, “hacia los principios y deberes éticos de respeto, probidad, veracidad, transparencia, honestidad, responsabilidad, autenticidad, respeto a las personas y al ordenamiento jurídico” (artículo 10.d). Con este dato, queda claro que el gremio de abogados es el autor de la mayor parte de iniciativas legislativas provenientes de gremios profesionales.

De otro lado, de las 23 demandas de inconstitucionalidad válidamente presentadas en 2024 ante el Tribunal Constitucional, 8 corresponden a colegios de abogados; son los casos de los expedientes 00005-2024-AI, 00007-2024-AI, 00009-2024-AI, 00011-2024-AI, 00013-2024-AI, 00014-2024-AI, 00020-2024-AI y 00022-2024-AI.² Si bien puede pensarse que no se trata de una mayoría, sí es, en conjunto, el gremio que predomina con relación a otras entidades; esto, por cuanto las 15 demandas restantes son repartidas entre Gobiernos regionales, municipalidades, órganos autónomos (como el Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo), ciudadanos, y otros colegios profesionales (como el Colegio Médico y el Colegio de Sociólogos).

Entonces, el gremio de los abogados, por habilitación constitucional, tiene una activa y ventajosa participación en el campo de la creación y corrección del derecho en el ámbito de la legislación. Esta facultad, que exige un conocimiento jurídico sobre la normativa vigente y su operatividad, también exige, atendiendo a las reglas de la ética que deben cumplir todos los abogados, un nivel apreciable de responsabilidad profesional. Los abogados, al ser los profesionales expertos en el conocimiento de la ley y regir su actividad dentro de los linderos de la ética profesional, deberían constituir el sector con mayor autoridad técnica y moral para proponer las reformas legislativas que refuerzen el Estado de derecho de la mejor manera. En este sentido, las potestades constitucionales de los gremios de los profesionales del derecho en el proceso legislativo confirman el alcance social determinante del ejercicio de la abogacía.

Finalmente, el artículo 14 de la Constitución indica que “[l]a formación ética y cívica y la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos son obligatorias en todo el proceso educativo (...).” Este mandato termina por comprobar que los valores constitucionales son indispensables en la configuración

2 Pueden consultarse en: <https://www.tc.gob.pe/consultas-de-causas/>

de la ética profesional de la labor jurídica. Esto guarda armonía con la idea de que la ética aplicada puede proponer soluciones consensuadas a los problemas comunes, siendo que la educación ética y política de los ciudadanos es indispensable para querer ser parte en aquello que les concierne, pues la indiferencia y la delegación sin rendición de cuentas solo agudizan los problemas (Palazzi y Román, 2005, p. 176).

Cuando la carta fundamental impone que la enseñanza de la Constitución (que contiene la declaración y garantía de los derechos en su parte dogmática) es obligatoria en la educación, le atribuye a la norma suprema un carácter indispensable y central en el desarrollo integral de la persona como parte de una comunidad. La enseñanza del contenido de la Constitución no puede tener un enfoque literal de sus artículos; todo lo contrario, por su configuración abierta, el acercamiento y la comprensión de la Constitución requieren la identificación de sus valores y fines, los que no necesariamente se encuentran precisados de modo expreso.

Más aún, la enseñanza de la Constitución, que no es exclusiva de los abogados, sí requiere de la presencia de ellos para que pueda lograr sus objetivos. Promover una cultura jurídica constitucional necesita la participación activa y comprometida de los profesionales del derecho, pues el conocimiento de la norma más importante (que configurará un paradigma para lograr el cumplimiento de las demás fuentes jurídicas en vigor) requiere no solo del respectivo apoyo técnico para la elaboración de los contenidos o programas, sino también, sobre todo, necesita de modelos profesionales reales que evidencien los beneficios de actuar con ética en la consolidación del Estado de derecho. El impacto positivo que puede generar el proceder ético de los profesionales del derecho en la sociedad es una medida efectiva y sustancial para lograr los cambios sociales necesarios que permitan de manera gradual, pero sostenible, alcanzar el propósito final de la institucionalización cierta de la democracia constitucional.

4. La ética profesional del abogado en el contexto actual y la construcción de una cultura jurídica mínima en la sociedad

Definidos que la abogacía cumple una función social permanente y que el ejercicio de la ética profesional es una exigencia constitucional, veamos ahora por qué en un contexto como en el actual es necesario reflexionar sobre la necesidad de reforzar el cumplimiento de los valores de la ética profesional del abogado.

Actualmente, la democracia en Latinoamérica está en una situación de crisis, que se refleja en una constante inestabilidad y en peligrosas rupturas institucionales que debilitan el Estado (Tzeiman, 2024, pp. 43-44). Los populismos, los regímenes híbridos o las denominadas “democracias iliberales” que se convierten en despotismos (Ferrajoli, 2022, p. 79) son consecuencia de una problemática que merece la máxima atención. La población siente que la democracia no soluciona sus problemas y, por el contrario, es la fuente de las desigualdades y las brechas históricas que deslegitiman el ejercicio del poder sentado sobre las bases de la desconcentración del poder y los mecanismos de control entre los poderes. En este panorama, es imperioso, hoy más que nunca, que se entienda, sobre todo desde las autoridades y su formación técnica y ética, que la democracia no es sostenible sin ciudadanos conscientes y comprometidos con su cuidado y fortalecimiento.

Los resultados del último informe de la Corporación Latinobarómetro de 2023 (Latinobarómetro, 2024), que mide la calidad de las democracias en la región, dan cuenta de que la mayoría de los países son democracias débiles, existiendo retrocesos y un desencuentro creciente entre los ciudadanos y los beneficios del modelo democrático. En este estudio, el Perú registra el nivel más bajo (8%) de satisfacción de sus ciudadanos con relación a la democracia. En este escenario, el caso peruano cobra especial atención, pues en los últimos tiempos ha experimentado serias crisis políticas y sociales que han terminado afectando gravemente su régimen democrático (Carrasco Cortez, 2023). No solo se trata de renuncias y vacancias presidenciales, que no han permitido que los últimos presidentes cumplan su mandato ordinario, sino también de un problema de corrupción sistemática (Martínez Huamán, 2023) que alcanza a los jefes de Estado, al extremo de que, desde la década de 1990 hasta hoy, son ocho presidentes denunciados o implicados en casos de corrupción.

De acuerdo con el documento de investigación de la Contraloría General de la República, sobre la incidencia de la corrupción e inconducta funcional, en 2023 el costo de la corrupción e inconducta funcional al Estado peruano alcanzó los 24.267,8 millones de soles, lo que representa el 12,7% del gasto público consolidado del mismo año (Contraloría General de la República, 2024). Aun cuando haya habido una mejora con relación al año anterior, la realidad es que las cifras mostradas no dejan de ser alarmantes y reflejan una precariedad generalizada de conducta ética en la Administración pública. Si bien el aparato estatal no está conformado solo por abogados, es indiscutible que estos tienen presencia permanente y desde mucho tiempo en todos sus estamentos.

La Administración pública funciona bajo el amparo de la legalidad formal, donde el ejercicio de las competencias, facultades, atribuciones o prohibiciones de los funcionarios públicos siguen la orientación vinculante de la regulación positiva. Entonces, al ser la ley el eje central del desenvolvimiento de la burocracia pública, la intervención de los expertos en derecho es indispensable; y esto ocurre en todo el proceso: desde la discusión y aprobación de la norma (ley, directiva, decreto, etc.), pasando por su aplicación (observación, control, supervisión, sanción, etc.) hasta su mejora o eliminación (modificación o derogación).

Entonces, aun cuando es verdad que la cultura de la ilegalidad no es una problemática exclusiva de los abogados, estos sí tienen un nivel de responsabilidad mayor respecto del común de ciudadanos; precisamente porque son formados profesionalmente en la cultura de la legalidad o del respeto y cumplimiento del ordenamiento jurídico. Y la formación no apunta a la memorización de las normas con un criterio de literalidad; todo lo contrario, la formación recae en el conocimiento y en la comprensión del fenómeno jurídico, en tanto este aborda las fuentes jurídicas en su conjunto (y no solo a la ley positiva), así como los valores y contextos en los que aquellas tienen ocurrencia y validez.

Así, por ejemplo, el estudio de la ley, como categoría normativa, no se termina en identificar la literalidad de su contenido, pues abarca también el entendimiento de su origen y los propósitos que pretende cumplir y, en algunos casos, además, la consideración de la interpretación y complementación que se haya podido producir desde otras fuentes jurídicas, como pueden ser la jurisprudencia y los principios generales del derecho. Al respecto, cabe recordar lo que planteó el profesor Riccardo Guastini (1999, pp. 10-11) sobre la diferenciación entre disposición normativa y norma; la primera es el objeto de interpretación y la segunda corresponde al contenido de sentido o al significado de la disposición, por tanto, la disposición constituye el objeto de la actividad interpretativa; y la norma, su resultado.

Ahora bien, el Estado de derecho responde al principio de gobernanza, que impone que todos (ciudadanos, instituciones y autoridades públicas y privadas) se encuentren sujetos a la legalidad en condiciones de igualdad; legalidad que, por supuesto, se refiere al ordenamiento jurídico en su integridad. En este sentido, el avance del Estado de derecho en un país o en una jurisdicción territorial definida permite identificar no solo el progreso de la cultura jurídica (mediante el apego o cumplimiento de la legalidad por parte de la sociedad y el Estado), sino también si realmente existe y, en su caso, los efectos negativos de su ausencia.

El profesor Lawrence Friedman (1975) señaló que la cultura jurídica es el conjunto de valores, ideas, actitudes y expectativas respecto del derecho y su contenido. De este modo, distinguió entre la cultura jurídica interna, que es la que les corresponde a los profesionales del derecho, y cultura jurídica externa, que es la que corresponde a aquella que es compartida en una determinada sociedad. Sin embargo, es necesario precisar que ambos conceptos no se pueden entender por separado, ya que persiste una ineludible relación de mutua influencia entre ambos. La cultura jurídica interna, al tener la competencia para reformar el sistema, determina las vías para dar respuesta a las demandas ciudadanas. Es decir, guarda relación directa con la función social del abogado y su especial ética profesional. De la efectividad u oportunidad de las respuestas que se brinden dependerá en gran parte la valoración y disposición de los ciudadanos respecto de su ordenamiento jurídico, lo que equivale a la cultura jurídica externa.

La presencia de la cultura jurídica en los miembros de la sociedad es indispensable para la eficacia del ordenamiento jurídico. La cultura jurídica no es un atributo único de los que hacen las leyes o de los abogados. Así, no se agota en el conocimiento teórico de las reglas por parte de los especialistas, pues reposa en el entendimiento y en la práctica generalizada de una comunidad, dentro de la cual se hallan los expertos en derecho o los legisladores. Las fuentes del derecho, que le otorgan contenido a la cultura jurídica, no tienen un origen, vigor ni proyección al margen de la sociedad en la que se desenvuelven; menos en el contexto democrático, donde el poder soberano descansa en la población y cuyos derechos (que se reconocen en las normas o en la jurisprudencia) son el fin supremo del Estado.

La consideración de la sociedad en el ejercicio profesional del abogado es un asunto ineludible. Con relación a esta premisa, la Corte Constitucional de Colombia, a través de su jurisprudencia, ha establecido algunos alcances sobre el efecto general del ejercicio particular de la abogacía, que es oportuno traer a colación:

(...) la conducta individual del abogado se encuentra vinculada a la protección del interés general o común, de manera que el ejercicio inadecuado o irresponsable de la profesión, puede proyectarse negativamente sobre la efectividad de diversos derechos fundamentales de terceros, como la honra, la intimidad, el buen nombre, el derecho a la defensa y el acceso a la administración de justicia, así como también, poner en entredicho la vigencia de principios constitucionales de interés general, orientadores de la función jurisdiccional, tales como la eficacia, la celeridad y la buena fe. (Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, 2019, fund. 33)

Los abogados no deben desconocer el impacto en el entorno que genera todo servicio que puedan brindar, así sea este prestado a un cliente del ámbito privado. Esto se puede reflejar, por ejemplo, en el patrocinio legal ante el Poder Judicial, donde muchos abogados plantean demandas o recursos inviables con meros fines económicos personales o para dilatar los procesos o impedir la ejecución de fallos. En estos supuestos, la inconducta ética es más que perniciosa, pues sus efectos generan un problema recurrente en el servicio de justicia, como es el retardo judicial y la recarga procesal. A propósito de esta situación, el más reciente estudio integral sobre la reforma del sistema de justicia en el Perú calificó a este hecho como una problemática que exige tomar medidas formativas y fortalecer los mecanismos de control ético de los abogados litigantes (Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia, 2021, pp. 187-190), pues configura un factor endémico que obstaculiza la consolidación de un sistema de administración de justicia idóneo.

Del mismo modo, es oportuno mencionar el caso de los abogados litigantes que cumplen mandatos de los clientes. Esta relación ¿es una mera relación fiduciaria, cuya validez solo toma en cuenta los intereses del cliente, independientemente de los valores del abogado patrocinante? Creemos que los efectos del contrato respectivo no es solo una relación jurídica, sino que es también una relación moral. Precisamente, aquí es donde encontramos el sentido práctico de la ética profesional, el que se debe superponer a la lógica individualista, al conflicto de interés o a la representación *pro bono*. De esto, cobra valor la afirmación de que la lógica fiduciaria de la relación abogado-cliente compromete un análisis desde la filosofía moral y política (Luban y Wendel, 2020, p. 77). Difícilmente un abogado litigante con valores éticos aceptará como mandato los efectos de un acuerdo al margen de la ética profesional.

La actividad profesional del abogado, en todo caso, consiste en aplicar la ley desde su perspectiva originaria y finalista, no desde una perspectiva funcional. La ley, por mandato constitucional, no está hecha para destruir el principio de igualdad y favorecer a intereses privados; se origina a partir del impulso de sus efectos generales para todos. La ley no se aplica sin considerar sus fines propios, acordes con el interés común, caso contrario, se avalaría que está hecha para favorecer los conflictos de intereses en desmedro del Estado de derecho. No existe, entonces, una situación en la que la aplicación de la ley por parte de un abogado no revista una función social. Como bien recuerda el Tribunal Constitucional peruano,

[...]as normas se caracterizan por tener un mandato impersonal; ergo, no tienen en cuenta la singularidad de las personas obligadas a su cumplimiento. La ley debe contener pautas de carácter general que sean de interés común y resultantes de la convivencia social, cuyo cumplimiento sea obligatorio para todos, es decir, *erga omnes*. (Tribunal Constitucional del Perú, 2004, fund. 2)

La función social de la abogacía guarda armonía con la Constitución, pues es esta última la que impone el carácter general de las leyes y la vigencia de la igualdad, no solo como un derecho, sino también, sobre todo, como un fin crucial del Estado y la sociedad. Entonces, persiste en el conocimiento, aplicación y difusión de la Constitución la concreción de una ética pública que contribuye resueltamente con la idoneidad del ejercicio profesional del abogado y su compromiso con la progresiva consolidación de la cultura jurídica en la comunidad. En este extremo, es pertinente citar al profesor Zagrebelsky (2004) cuando refiere:

Para hacer vivir la Constitución, debe tratarse de un hecho coral, una actividad que transforme la moral privada en ética pública. Los requisitos del derecho constitucional son exigentes y lo son, (...) porque la Constitución no se refiere a los individuos individualmente, es decir, a sus deseos, perspectivas vitales y aspiraciones (...), sino que debe referirse a los individuos como partes de un cuerpo social. Por esta razón, la adhesión en la que se basa la normatividad del derecho constitucional es necesariamente difusa y, como es natural, exige un compromiso práctico para su difusión. (p. 51)

En la tarea de difusión de los valores constitucionales, que integran la ética de la abogacía, cumplen un rol fundamental, con mayor razón, aquellos que tienen la especialidad de derecho constitucional. Precisamente, el profesor Gustavo Zagrebelsky (2004), en la misma obra citada, apunta una crítica válida sobre la necesidad de utilizar adecuadamente el término “constitucionalista” a partir de una razonabilidad ética. Señala que quien opera al margen del constitucionalismo y solo actúa para justificar “técnicamente” la voluntad de los poderes políticos con opiniones e informes interesados y disfrazados de imparcialidad son “parásitos de la Constitución” y, a lo mucho, se llamarán “constitucionistas”. De aquí que haga énfasis en la responsabilidad social de los verdaderos constitucionalistas, cuya labor es “iluminar y dirigir los sentimientos y las convicciones de los ciudadanos en relación con las leyes y promover así la atmósfera de libertad que es el humus del constitucionalismo” (p. 154).

Bajo tales ideas, los profesionales del derecho (que deben conocer y com-

prender los fundamentos del derecho constitucional) tienen que orientar su ejercicio profesional, con cabal entendimiento de que conforman un elemento fundacional y permanente en la tarea del fomento de la cultura jurídica en la sociedad. Considerando que la ética profesional apunta a institucionalizar valores y costumbres que refuerzan los fines del orden democrático y social, tiene un efecto directo en el logro del asentamiento de una cultura jurídica, donde la Constitución y su contenido principista son de indefectible atención.

5. La ética profesional del abogado en la Administración pública

En un contexto social de crisis política y de problemas de corrupción, es pertinente saber qué rol cumple el abogado y sus deberes éticos en el campo de las decisiones del poder formal, más aún cuando la abogacía expresa su función social de manera determinante y formal en el terreno de la organización estatal. Así, es una realidad que la presencia de los abogados en la Administración pública es una constante, atendiendo a que esta cimenta su legitimidad y desarrollo en el principio de legalidad y en la premisa constitucional de que el poder es limitado. Por ello, debe recordarse que la ética en el caso de los servidores públicos se identifica con hechos de aplicación, siendo que el bien común tiene expresión en cada acto realizado en las diversas instancias de la Administración pública (Bautista, 2007, p. 2).

Ahora bien, aun cuando no se cuenta con un registro centralizado o una estadística oficial sobre los abogados que trabajan en el Estado peruano, es razonable concluir que es un número considerable, tomando en cuenta la necesidad del servicio legal en la integridad de las instituciones y niveles de la Administración pública. En esta línea, resultan preocupantes los datos que mostró el órgano contralor nacional, en tanto solo en el primer semestre de 2024 identificó a más de 5.664 funcionarios públicos con presunta responsabilidad administrativa, civil y penal. La mayoría de casos (3.861) corresponde a funcionarios con puestos directivos de los tres niveles de gobierno (nacional, regional y local) que no ostentan la titularidad o la máxima instancia de la entidad (Contraloría General de la República, 2024). Es decir, las inconductas funcionales se hallan en la mayor cantidad de decisiones administrativas con las que el administrado tiene relación directa. Esta situación refleja un problema estructural, que trasciende al plano estrictamente legal y donde es evidente que se requieren urgentes medidas de formación sostenible en ética profesional y pública.

Por otro lado, si hacemos un repaso por lo que ocurre en quienes tienen

los timones del poder en el actual Estado peruano, nos encontramos con que la presencia de los profesionales del derecho es contundente. No existe, ni por asomo, algún otro profesional que pueda compararse con la participación de los abogados en las más altas y decisivas funciones del aparato público. De este modo, advertiremos que, a marzo de 2025, los tres poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) están presididos por abogados.

Lo propio ocurre en el caso de los órganos constitucionalmente autónomos, que en la práctica actúan como verdaderos poderes públicos, cumpliendo papeles diferenciados y especializados que cubren todos los sectores de atención social con alcance nacional. Pese a que no es un requisito en todos los casos ser abogado, la mayoría abrumadora de las jefaturas de estos órganos está ocupada por estos profesionales. Así, son abogados el presidente del Tribunal Constitucional, el defensor del pueblo, el fiscal de la nación, el presidente de la Junta Nacional de Justicia, la jefa del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, el presidente del Jurado Nacional de Elecciones, el contralor general de la República y el superintendente de Banca Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (de acuerdo con la normativa peruana, para los cuatro últimos cargos no se exige ser abogado de profesión).

Entonces, es un hecho que la dirección del Estado en el máximo nivel del Gobierno nacional está en las manos, esencialmente, de los abogados. Esta situación refleja en gran medida la importancia de la ética profesional en la abogacía, pues esta no solo tiene repercusión en el espacio social, sino también en el sector de las decisiones políticas, administrativas y jurisdiccionales de la suprema jerarquía. Esto define que el rumbo del país, lo que incluye la garantía de los derechos de todos, depende sustancialmente de la capacidad de gestión y de los valores de los profesionales expertos en la rama jurídica. Sin embargo, esto, que debería representar la seguridad de que se actuará correctamente (considerando que los abogados están formados para respetar y promover el Estado de derecho), no se replica en la práctica. Al contrario, existe desconfianza y hasta un rechazo generalizado a los altos funcionarios públicos.

Si observamos las cifras del último informe de la Corporación Latinobarómetro (Latinobarómetro, 2024), se tiene que Perú es el país que lidera en la región la lista de percepción de corrupción y desconfianza en las autoridades. Así, de una escala de 0 a 10, Perú alcanzó 8,2 sobre la consideración de qué tan corrupto se considera al país. En todo caso, no se debe subestimar que la falta de correspondencia entre los que ejercen el poder formal y la ciudadanía produce una contraproducente falta de legitimidad de ejercicio que, luego, tie-

ne implicancia en el desgobierno y en un clima adverso para implementar las políticas públicas necesarias que dan eficacia a la protección de los derechos fundamentales; ello, sin dejar de tomar en cuenta las prácticas represivas impulsadas —y, en muchos casos, desproporcionadas— para hacer frente a las protestas y reclamos de la población. Todo ello recae en la afectación negativa del derecho de los ciudadanos a la buena administración, el que además configura un principio y valor que fortalece y renueva el derecho público (Ponce Solé, 2023, p. 182).

En efecto, los cargos de liderazgo que se han mencionado se caracterizan por contar con facultades discrecionales para tomar decisiones en el máximo nivel, de tal manera que sean posibles cambios significativos en el curso de las instituciones para lograr su consolidación y fortalecimiento. La discrecionalidad, precisamente, atiende a esa cualidad de actuar sin estar sometido a un mandato o a una regla, prevaleciendo un criterio personal que no configura una arbitrariedad, sino más bien el ejercicio de una libertad en el marco de la Constitución y la ley. Al respecto, cuando se habla de una discrecionalidad en la función administrativa, se debe tener presente que esta no es incompatible con el Estado de derecho, debiéndose cumplir las tareas en plena coherencia con la posición constitucional del Gobierno y la Administración pública (Sánchez Morón, 2011, p. 262).

De allí que la discrecionalidad represente un atributo donde la ética tiene un valor fundamental, en tanto se actúa no por una obligación formal, sino por una máxima de convicción personal que tendrá implicancia en el interés general. Estas facultades discretionales, de considerar la ética profesional que integra los valores constitucionales, tendrían una permanente y sostenible preferencia por los intereses públicos, pues, como resulta lógico, una efectiva administración sí sirve adecuadamente al interés general (Menéndez Sebastián, 2021, p. 23).

La correcta actuación de los funcionarios públicos no es solo un deber que se termina en la regulación legal, debe ser un compromiso, un modo de vida que responda a conductas o predisposiciones en el marco de la Constitución y sus principios. Uno de esos principios es, por ejemplo, la transparencia, que es vital para enfrentar la corrupción y propiciar un deseable clima de control ciudadano. Pero ¿sin ética profesional en los funcionarios públicos con especialidad jurídica eso es posible? No. Si no hay respeto y compromiso con los valores constitucionales, no hay ética profesional, y si no hay ética profesional, no hay eficacia del derecho a la buena Administración pública. Parece que se olvida

de que este derecho ha sido recogido en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública de 2013,³ la cual señala “(...) que consiste en que los asuntos de naturaleza pública sean tratados con equidad, justicia, objetividad, imparcialidad, siendo resueltos en plazo razonable al servicio de la dignidad humana”, estableciendo algunos principios y otros derechos necesarios para efectivizar su cumplimiento. La buena administración, ya sea como principio o como derecho, está reconocida, además, por el Tribunal Constitucional peruano en reiterada jurisprudencia (como las sentencias recaídas en los expedientes 0017-2011-PI/TC, 2235-2004-AA/TC, 2234-2004-AA/TC y 0008-2005-AI/TC).

En tal sentido, al ser la buena Administración pública un derecho de orden constitucional que está vinculado directamente con la función social de la profesión jurídica, integra el conjunto de valores de la ética profesional del abogado. Si bien los abogados que trabajan en el Estado son los primeros que deben desplegar los valores de la ética profesional en su proceder, también este deber rige para los abogados del campo privado que tienen relación con la Administración pública, sea porque patrocinan una causa ante el Poder Judicial, tramitan una licencia ante una municipalidad o brindan una consultoría a una entidad pública especializada, entre otras actividades. Como se ha anotado líneas arriba, la función del abogado, cualquiera sea el espacio en el que se desarrolle, no deja de ser y tener correlato en el ámbito del interés general.

Por lo descrito, es inevitable poner en primera línea a los funcionarios públicos en la tarea del vínculo de la identificación ciudadana con las instituciones y el marco constitucional en su conjunto. Afirmar que los funcionarios deben priorizar los intereses públicos trasciende al texto literal de la ley, pues involucra la superposición de valores que justifican el denominado “derecho fundamental a la buena administración”. Por ello, el Código de Ética de la Función Pública, que es una ley con pleno efecto vinculante (Ley 27815), establece principios rectores como el respeto a la Constitución, probidad, eficiencia, veracidad, equidad, lealtad al Estado de derecho y justicia (artículo 6), así como deberes como la transparencia, el uso adecuado de los bienes del Estado y la responsabilidad (artículo 7).

Evidentemente, todos esos principios y deberes son parte del contenido del

3 Los Estados signatarios de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública son Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, España, México, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

derecho constitucional anotado y, en esta condición, son parte también de la ética profesional del abogado. Cuando afirmamos esto, nos referimos a que el abogado tiene el deber ético de atender el derecho a la buena Administración pública en una doble dimensión: 1) cuando actúa como funcionario público, tiene la obligación de observar tales deberes y principios; y 2) cuando actúa como abogado frente a la Administración pública, tiene el deber de exigir y socializar el cumplimiento de tales principios y derechos.

Así las cosas, el desarrollo de la función pública con ética profesional demanda la eficacia de un servicio a la ciudadanía dirigido hacia el interés general, deponiendo cualquier tipo de interés particular. En este propósito es forzoso promover la integridad en las personas que ejercen función pública, mediante la interiorización de un convencimiento que va más allá del horario del trabajo y de la supervisión formal y que comprende los más altos fines de la función pública, entre los que se halla la consolidación del mismo modelo democrático. Como bien reflexiona el profesor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (1998),

la ética aplicada a la democracia exige a los hombres y mujeres de gobierno un ánimo grande que les permita gozar con los avances del progreso y sufrir ante las tremendas manifestaciones que hoy azotan a la humanidad como pueden ser el paro, la marginación o el terrorismo. (p. 438)

La convicción exige un compromiso permanente y no permutable de priorización de valores, de tal manera, por ejemplo, que un abogado impulse una denuncia, superponiendo el interés público sobre los intereses de un compañero de trabajo o amigo; que trabaje en la elaboración de normas laborales y, a la vez, respete los horarios de trabajo del personal a su cargo; o que enseñe el curso de propiedad intelectual y luego de la clase no compre y use prendas de vestir con marcas falsificadas.

Entonces, la ética profesional, antes que una obligación, busca institucionalizar la cultura de la coherencia entre los valores jurídicos y la vida cotidiana. Esta coherencia se funda en valores, principios y normas que alientan un despliegue conductual predictible y orientado al interés general. Esta coherencia es indispensable para el cumplimiento de los fines de la Administración pública, pues permite concretar una identificación genuina y natural con la consolidación de la institucionalidad y eficiencia del Estado y, consecuentemente, con el rechazo hacia su utilización indebida.

6. La responsabilidad de las facultades de derecho en la formación profesional con ética

De acuerdo con información de la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (Sunedu, 2024), existe en el Perú un total de 62 facultades de pregrado de Derecho y 187 programas de especialización vinculados al campo jurídico. Esto guarda armonía con las cifras que arrojó el III Informe Bienal sobre la Educación Universitaria en el Perú, que dieron cuenta que, a nivel nacional, la carrera de Derecho está comprendida entre las que concentran la mayor cantidad de estudiantes matriculados (Sunedu, 2021, p. 72). Esta data coincide, además, con los resultados del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), que ubican a la carrera de Derecho entre las carreras profesionales que más se estudian en el Perú (INEI, 2022, p. 119).

Entonces, los profesionales del derecho no solo tienen una presencia recurrente y notoria en la sociedad y en la Administración pública, sino que, además, su proyección en las nuevas y próximas generaciones es indiscutible y ascendente. Si bien es una carrera profesional que puede ser calificada como tradicional, no ha quedado relegada; por el contrario, se fortalece con el aumento de los estudiantes de la disciplina jurídica. Asimismo, aun cuando puede ser una profesión de larga data, no es una carrera estática, habiendo demostrado ampliar su espectro de forma dinámica. La atracción hacia el derecho no necesariamente responde a una necesidad, a la resignación o a la falta de alternativas, sino también al dinamismo que ha experimentado la diversificación de sus subespecialidades, pudiendo ubicar en la actualidad espacios como el derecho de las telecomunicaciones, de las nuevas tecnologías, derecho e inteligencia artificial, *compliance*, derecho inmobiliario y hasta derecho de la moda.

Al ser la carrera de Derecho un espacio determinante de formación de profesionales en los contenidos y fines de las fuentes que integran el sistema jurídico, las facultades de Derecho cumplen una tarea central en la garantía de la presencia de la ética en el ejercicio profesional. La experiencia universitaria no solo se basa en la adquisición de conocimientos para su aplicación funcional en el futuro, en atención de cualquier tipo de interés y de acuerdo con la respectiva coyuntura. La educación universitaria debe configurar una formación integral que asegure ciudadanos con plena conciencia de que su actividad profesional tendrá un efecto decisivo en el entorno social, el que, en todos los casos, debería ser positivo. De aquí que la universidad deba asumir un compromiso tangible con la sociedad en la que se desenvuelve, exigiéndose la erradicación de una enseñanza vacía de ética sin reflexión de los actos de los estudiantes (Pérez-Crego et al., 2022, p. 124).

En tal sentido, la función social de la ética profesional del abogado debe materializarse en medidas y acciones efectivas desde las facultades de Derecho. La enseñanza de la ética profesional en las mallas curriculares de cursos obligatorios no solo debe responder a una formalidad; debe haber un compromiso efectivo de hacer de esta materia un asunto transversal de la carrera en su conjunto. Se debería promover capacitaciones periódicas sobre la materia a todos los actores involucrados en el proceso (Proyecto Tuning, 2007, p. 131), lo que debe complementarse con un monitoreo razonable y la respectiva medición de resultados. La capacitación debe abarcar en especial a los profesores de todas las especialidades, de tal modo que ello se replique en la integridad de cursos, a través de ejemplos, actividades o acciones de proyección social que permitan plasmar los contenidos en la práctica y generar así una mejor comprensión e interiorización del valor de la ética en la aplicación del derecho.

La ética profesional no es una especialidad del derecho que culmina en el dictado de una asignatura, es, más bien, un eje fundamental que irradia la experticia y la práctica del derecho. De allí que, como hemos mencionado antes, tenga relación directa con los valores constitucionales que deben formar parte del cotidiano ejercicio de la profesión jurídica. Así, los contenidos de los cursos que se brindan sobre ética profesional necesariamente deben implicar el conocimiento y la comprensión de la importancia de la Constitución para la aspiración sustancial de una sociedad en democracia, que es el fortalecimiento del Estado de derecho a través de la cultura de la legalidad en su dimensión integral.

Ahora bien, aun cuando las universidades tienen autonomía para definir sus planes de estudios, hay que recordar que el servicio educativo nunca deja de ser un servicio público y, en este sentido, no puede dejar de mediar el interés público en su correcto funcionamiento. Por esta razón, es posible que también desde la legislación se puedan implementar algunas iniciativas que comprendan fuentes útiles para afianzar la ética en la formación profesional del abogado. Al respecto, cabe mencionar el Proyecto de Ley 3164/2018-PE, promovido desde el Poder Ejecutivo que, en su oportunidad, lamentablemente fue archivado por el Congreso de la República. Esta iniciativa, que buscó incentivar la probidad en el ejercicio de la abogacía, estableció en su artículo 5:

El plan de estudios de los programas de Derecho de pre y posgrado debe incluir, de manera específica y transversal, contenidos referidos a la ética y responsabilidad profesional del abogado. Las Facultades y Escuelas de Posgrado que dicten programas de Derecho deben tener un comité, oficina o responsable encargado de promover y difundir al interior de estas y en la sociedad, los valores, prin-

cipios, normas y buenas prácticas del ejercicio responsable de la profesión del abogado (...).

Ese tipo de propuestas, que podrían ser retomadas, tienen un enfoque adecuado, ya que abordan la enseñanza y presencia de la ética profesional desde los criterios de la permanencia y la sostenibilidad. Los conflictos de intereses, la falta de diligencia en el patrocinio, el uso indebido de las instituciones jurídicas y, en general, la falta de correspondencia del ejercicio de la profesión con el interés social no se combaten con el seguimiento de un curso y su respectiva evaluación y aprobación teóricas; es necesario que el rumbo de la formación universitaria en la ética profesional adopte una mirada transversal, donde sus principios y valores se tomen como una forma de vida que trascienda, incluso, al estricto campo profesional. Sobre el particular, sería útil tomar en cuenta las conclusiones de una interesante investigación sobre la construcción de competencias éticas para la formación universitaria, de las profesoras Cecilia Aguayo Cuevas y Paola Marchant Araya (2021), que, aunque se refiere a la profesión de trabajo social, es aplicable al campo jurídico:

Hoy constatamos que una ética de carácter puramente deontológico (normativo) de la profesión en la formación universitaria no permite comprender en profundidad la realidad histórica, además de que no posibilita la acción desde una ética comunitaria e interdisciplinaria. Con lo anterior, no se descarta el sentido deontológico kantiano de la ética, sino que afirmamos que ésta, por sí sola, no permite comprender ni actuar en la complejidad de las relaciones, conflictos y tensiones que se dan en la vida profesional actual (...). En la formación se deben buscar escenarios diversos que, a partir de experiencias relevantes y situadas, permitan a los estudiantes verse ellos mismos desafíados a pensar y desarrollar comprensiones éticas que orienten sus acciones futuras. (p. 116)

Claramente, los contenidos filosóficos y metodológicos son importantes, pero no deben desenvolverse solos; es preciso que la formación ética en la etapa de la educación superior priorice la ejecución de competencias integrales. Los conocimientos deben ir de la mano del entrenamiento de habilidades, de tal modo que se impulse un perfil de ciudadano proactivo (y no resignado a los problemas recurrentes de la profesión) y, sobre todo, comprometido con su esfera social. El componente cognitivo debe cultivarse conjuntamente con otros componentes de equivalente importancia. Estos pueden ser: “(...) el emotivo/empático (sensibilidad moral), el comunitario (motivación moral) y la educación del carácter (carácter moral)” (Bolívar, 2005, p. 103). Así las cosas,

es inaplazable comprender que los estudiantes deben formarse en la conciencia nada sencilla de que la práctica del derecho no se resume en la aplicación del conocimiento técnico de lo jurídico, sino que comprende, a la vez, la toma de decisiones políticas que tienen impacto sobre las vidas de sus clientes y de su entorno social (Anzola Rodríguez, 2016, p. 11).

Por tanto, las facultades de Derecho son los primeros entes en tener la responsabilidad de garantizar una formación jurídica con sólidos valores éticos. Es indispensable que haya un compromiso mayor con la ética profesional, que se descentralice su ámbito de difusión a todas las especialidades y que se implemente una política sostenible en la integridad de los planes de estudios. En este cometido, debe considerarse que, sin formación en valores constitucionales, no puede haber eficacia en la interiorización de los valores de la ética profesional.

Si un profesional del derecho no conoce ni comprende los principios del contenido de la norma más importante de su sistema jurídico y político, ¿puede estar en capacidad de actuar con ética?, ¿puede afirmar que conoce y puede aplicar correctamente el derecho, desconociendo el contenido mínimo y los valores de la norma ordenadora de la integridad del ordenamiento jurídico? ¿Es ético, en términos profesionales, que un abogado aplique el derecho al margen del entendimiento de los principios del orden constitucional, que son, precisamente, las bases de la estructura jurídica?

Claramente, no puede haber formación en ética profesional del abogado sin considerar los valores fundacionales y de mayor jerarquía del sistema jurídico. En esta medida, no debe perderse de vista que la ética profesional busca afianzar una cultura jurídica, un modo de proceder continuo, coherente y sostenible, de tal modo que se genere un sentido de pertenencia e identificación con la función social de la profesión. Esto es equiparable con un sentimiento constitucional (Lucas Verdú, 1985), que implica una íntima adherencia del ciudadano con la carta fundamental en su dimensión integral y principista. No es una tarea sencilla, pues los cambios culturales son progresivos, pero, atendiendo a los problemas y crisis actuales, es inaplazable empezar a transitar el camino de la consolidación de la ética en la formación y ejercicio profesional del abogado; al final del camino se halla la plenitud del Estado de derecho.

7. Conclusiones

De acuerdo con lo manifestado, la ética profesional del abogado cumple una función social en todos los casos, sea que la actividad jurídica se desenvuelva

en el campo público o en el campo privado. Si bien las conductas éticas pueden estar previstas en fuentes normativas vinculantes, incluso con carácter sancionador ante su incumplimiento, lo cierto es que la eficacia de los fines de la ética profesional se relaciona genuinamente con la progresiva consolidación de una cultura jurídica principista en el proceder de los que ejercen la labor jurídica.

Dicha cultura jurídica principista reposa en los valores de la Constitución, como norma integrada de valores que configuran aspiraciones colectivas para consolidar propósitos indispensables, como la plenitud del Estado de derecho, la democracia y la justicia. En el contexto vigente de crisis democráticas, es impostergable que la ética profesional sea reforzada con la solvencia jerárquica de la carta constitucional y sus valores. Para este cometido, es imperioso no solo poner los ojos en el ejercicio de la abogacía en el ámbito privado, sino, sobre todo, en el ámbito de la Administración pública, donde la presencia de los abogados en las decisiones del más alto nivel jerárquico es recurrente.

Finalmente, no se debe descuidar que el proceso formativo de los estudiantes de Derecho cumple un papel fundamental para hacer de la ética de los abogados una verdadera forma de vida que tenga correlato positivo en la mejora de la sociedad. Para este efecto, es necesario que exista compromiso, convicción y proactividad en las autoridades universitarias y estatales para hacer de la impartición de los conocimientos de la ética profesional y la Constitución una materia transversal y práctica (con proyección ciudadana) en la integridad del proceso formativo.

Bibliografía

- Aguayo Cuevas, C. y Marchant Araya, P. (2021). Construcción de competencias éticas para la formación universitaria en trabajo social. *Perfiles educativos*, 43(171), 102-118.
- Anzola Rodríguez, S. (2016). La enseñanza de “una” ética profesional del abogado a través del aprendizaje basado en problemas. *Revista de Derecho Público*, (37), 1-18.
- Bautista, O. D. (2007). Ética y política: valores para un buen gobierno. *Encuentros Multidisciplinarios*, (27), 1-14.
- Bolívar, A. (2005). El lugar de la ética profesional en la formación universitaria. *Revista Mexicana de Investigación Educativa*, 10(24), 93-123.
- Carrasco Cortez, V. (2023). Crisis política en el Perú: cambios profundos y consecuencias importantes del «golpe» de diciembre de 2022. *Acta Herediana*, 66(1), 25-31.
- Cobo Suero, J. M. (2003). Universidad y ética profesional. *Teoría de la educación. Revista interuniversitaria*, (15), 259-276.

- Colegio de Abogados de Lima. (2025). Código de Ética del Abogado en el Perú. <https://www.cal.org.pe/v1/etica-profesional/>
- Congreso de la República del Perú. (2025). Registro de proyectos de ley. <https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal/#/expediente/search>
- Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia. (2021). Política pública de reforma del sistema de justicia. La reforma del sistema de justicia de cara al bicentenario. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2016540/POLITICA%20PUBLICA%20DE%20REFORMA%20DEL%20SISTEMA%20DE%20JUSTICIA.pdf.pdf>
- Contraloría General de la República. (2024). La incidencia de la corrupción e inconducta funcional. <https://www.gob.pe/institucion/contraloria/informes-publicaciones/5686160-indice-de-riesgos-de-la-corrupcion-e-inconducta-funcional-inco-2024>
- Contraloría General de la República. (2024). Resultados del control gubernamental al primer semestre 2024. <https://www.gob.pe/institucion/contraloria/informes-publicaciones/5780988-resultados-del-control-gubernamental-al-primer-semestre-2024>
- Correa Fontecilla, J. (2006). Algunas consideraciones sobre el interés público en la Política y el Derecho. *Revista Española de Control Externo*, (24), 135-161.
- Corte Constitucional de Colombia. (2019). Sentencia C-138-19. Bogotá, sesión de Pleno Jurisdiccional. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=93670
- Espinoza Freire, E. E., y Calva Nagua, D. X. (2020). La ética en las investigaciones educativas. *Revista Universidad y Sociedad*, 12(4), 333-340.
- Ezcurra Rivero, H. (2015). Corrupción y arbitraje: a propósito de las Reglas IBA sobre conflictos de intereses. *Ius et Veritas*, (50), 234-239. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/14817/15373>
- Ferrajoli, L. (2022). *La Constitución de la tierra, la humanidad en la encrucijada* (Trad. P. A. Ibáñez). Trotta.
- Friedman, L. (1975). *The legal system. A social science perspective*. Russell Sage Foundation.
- Guastini, R. (1999). *Estudios sobre la interpretación jurídica* (1^a ed., Trad. M. Gascón y M. Carbone II). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Häberle, P. (2002). La Constitución como cultura (Trad. del texto italiano, remitido por el Prof. Häberle, de Francisco Fernández Segado, a partir de la inicial traducción de Rafael Rubio Núñez). *Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional*, (6), 177-198.
- Häberle, P. (2020). El tiempo y la cultura constitucional (Trad. I. Weinmann de Knoop y S. Lenz). *Revista Derechos en Acción*, 5(16), 59-125.
- Hawes, G. y Corvalán, O. (2005). Construcción de un perfil profesional (Documento de trabajo 1/2004). Universidad de Talca. http://www.pregrado.utalca.cl/docs/pdf/documentos_interes/Construccio%CC%81n%20Perfil%20Profesional.pdf
- Hirsch Adler, A. (2023). Elementos significativos de la ética profesional. *Reencuentro*, (38), 7-15.
- Ibarra Rosales, G. (2007). Ética y valores profesionales. *Reencuentro*, (49), 43-50.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2022). *Perú: Indicadores de Educación según Departamentos, 2011-2021*. <https://www.gob.pe/institucion/inei/informes-publicaciones/3656087-peru-indicadores-de-educacion-segun-departamentos-2011-2021>
- Latinobarómetro. (2024). *Informe Latinobarómetro 2024: La Democracia Resiliente*. <https://www.latinobarometro.org/lat.jsp>
- Luban, D. y Wendel, B. (2020). La filosofía de la ética profesional: una historia entrañable. *Re-*

- vista de Derecho (*Valdivia*), 23(2), 49-78. <http://revistas.uach.cl/index.php/revider/article/view/6099/7209>
- Lucas Verdú, P. (1985). *El sentimiento constitucional. Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política*. Editorial Reus.
- Martínez Encarnación, K. (2023). Policía Nacional del Perú: Detección de riesgos de corrupción en la contratación pública. *Asuntos Criminológicos. Revista de Criminología y Política Criminal*, 1(1), 82-96.
- Martínez Huamán, R. (2023). La corrupción en el Perú: situación, respuestas y resultados. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 15(19), 163-183.
- Martínez Navarro, E. (2006). Ética de la profesión: proyecto personal y compromiso de ciudadanía. *Veritas*, 12(14), 121-139.
- Menéndez Sebastián, E. M. (2021). *De la función consultiva clásica a la buena administración. Evolución en el Estado social y democrático de derecho*. Marcial Pons.
- Murillo V., J. A. (1945). La abogacía y su función social. *Estudios de Derecho*, 7(20), 213-220.
- Olea y Leyva, T. (1933). *La socialización en el derecho. Ensayo de una teoría general de las funciones*. Gobierno del Estado de Guerrero.
- Ortiz Millán, G. (2016). Sobre la distinción entre ética y moral. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (45), 113-139.
- Palazzi, C. y Román, B. (2025). Ética aplicada, entre la recreación moral y la tradición. *Ars Brevis: anuario de la Cátedra Ramon Llull Blanquerna*, (11), 165-177.
- Pérez-Crego, M. C., Muñoz-Cantero, J. M. y Espiñeira-Bellón, E. M. (2022). La construcción de ciudadanía con conciencia ética desde la honestidad académica. *REICE. Revista Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación*, 20(3), 123-143.
- Pérez Royo, J. (2005). *Curso de Derecho Constitucional* (10^a ed.). Marcial Pons.
- Ponce Solé, J. (2023). El derecho a una buena administración, su exigencia judicial y el privilegio de ejecutoriedad de los actos administrativos. A propósito de la Sentencia de la Sala 3^a del Tribunal Supremo 1421/2020, de 28 de mayo de 2020, recurso de casación 5751/2017. *Revista de Administración Pública*, (221), 163-182.
- Proyecto Tuning. (2007). *Reflexiones y perspectivas de la Educación Superior en América Latina*. <https://decsa.uchile.cl/wp-content/uploads/Tuning-reflexiones-y-perspectivas-de-la-educacion%CC%81n-superior-en-america-latina.pdf>
- Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española* (23^a ed.). <https://dle.rae.es/>
- Rodríguez-Arana Muñoz, J. (1998). Democracia y ética. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, (2), 431-442.
- Sánchez Cámara, I. (2000). Ética y función judicial. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, (4), 449-458.
- Sánchez Morón, M. (2011). Función, límites y control judicial de la discrecionalidad administrativa. *Ius et Veritas*, (43), 260-270.
- Stern, K. (2004). Los valores culturales en el Derecho constitucional alemán. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (8), 557-576.
- Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria. (2021). *III Informe bienal sobre la realidad universitaria en el Perú*. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3018068/III%20Informe%20Bienal.pdf?v=1649883911>
- Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria. (2024). *Día del abogado: el*

- Derecho en Perú se consolida con 62 facultades y 187 programas de especialización. <https://www.gob.pe/institucion/sunedu/noticias/929044-dia-del-abogado-el-derecho-en-peru-se-consolida-con-62-facultades-y-187-programas-de-especializacion>
- Syro Giraldo, S. (1983). Ética de la abogacía. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana*, (62), 293-324.
- Torres Hernández, Z. (2014). *Introducción a la ética*. Instituto Politécnico Nacional.
- Tzeiman, A. (2024). Crisis en América Latina, regímenes políticos híbridos y gérmenes de una nueva forma de Estado. En Tzeiman, A. y Martuscelli, D. E. (Coords.), *La Crisis de la democracia en América Latina* (pp. 23-47). CLACSO.
- Urquijo Angarita, M. (1999). El origen de la moral. *Revista UIS Humanidades*, 28(2), 120-126.
- Vigo, R. L. (2014). Ética profesional: especificidad, importancia y actualidad. *Prudentia Iuris*, (78), 131-146.
- Zagrebelsky, G. (2024). *Tiempos difíciles para la Constitución, las confusiones de los constitucionalistas* (Trad. F. Morales y P. Grández). Palestra.

Jurisprudencia citada

- Tribunal Constitucional de España. (2014). Sentencia 201/2013. Madrid, sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/23717>
- Tribunal Constitucional del Perú. (s.f.). Consulta de causas. https://www.tc.gob.pe/consultas-de-causas/?bus=tc&action=search&n_exp=&a_exp=&tip_exp=AI&demdt=&demdo=&ponte=&cod=&pagina=2
- Tribunal Constitucional del Perú. (2005). Sentencia 0008-2005-AI/TC. Lima, sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00008-2005-AI.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2005). Sentencia 2234-2004-AA/TC. Lima, sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02234-2004-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2005). Sentencia 2235-2004-AA/TC. Lima, sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02235-2004-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2005a). Sentencia 3167-2004-AA/TC. Lima, sesión de la Sala Primera <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03167-2004-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2005b). Sentencia 4237-2004-AA/TC. Lima, sesión de la Sala Primera. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/04237-2004-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2006a). Sentencia 0027-2005-PI/TC. Lima, sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00027-2005-AI.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2006b). Sentencia 3954-2006-PA/TC. Lima, sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/03954-2006-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2009). Sentencia 2574-2008-PA/TC. Lima, sesión de la Sala Segunda. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02574-2008-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2012). Sentencia 0017-2011-PI/TC. Lima, sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00017-2011-AI.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2022). Sentencia 03389-2021-PA/TC. Lima, sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2022/03389-2021-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2024). Sentencia 4382-2023-PA/TC. Lima, sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2024/04382-2023-AA.pdf>

Roles de autoría y conflicto de intereses

El autor manifiesta que cumplió todos los roles de autoría del presente artículo y declara no poseer conflicto de interés alguno.

DOS CONCEPCIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS: UN ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DEL RAZONAMIENTO PRÁCTICO

María Paz Arzola

Centro de Estudios Libertad y Desarrollo

mparzola@lyd.org

Cristián Rettig

Universidad Adolfo Ibáñez

cristian.rettig@uai.cl

DOI: <https://doi.org/10.26422/RJA.2025.0601.arz>

Recibido: 17/01/2025

Aceptado: 24/04/2025

Resumen

Si bien existe una extensa discusión filosófica sobre la justificación y naturaleza de los derechos humanos, la pregunta específica sobre cómo entender estos estándares normativos desde el punto de vista del razonamiento práctico, es decir, desde la reflexión dirigida hacia la acción, adolece de un escaso tratamiento en la literatura teórica. El propósito de este artículo es justamente contribuir a revertir esta situación. Se busca diferenciar los dos modos distintivos de los derechos humanos desde el punto de vista práctico y se ofrecen las razones para optar por uno de estos modos por sobre el otro. En términos más precisos, nuestro análisis se estructura en dos etapas. Primero, argumentamos que existen dos formas de concebir el rol práctico de los derechos humanos dentro de la discusión filosófica contemporánea de acuerdo con el tipo de razonamiento práctico subyacente: por un lado, lo que llamamos “una concepción teleológica de los derechos humanos”, la cual concibe estos estándares normativos como guía para la acción de agentes individuales y/o colectivos en tanto fines a seguir; por el otro, lo que llamamos “una concepción no teleológica”, que, en lugar de comprender la orientación práctica desde la identificación de un objetivo, prioriza la definición de lo que se debe hacer sobre la base de obligaciones distribuidas entre una pluralidad de agentes. En segundo lugar, una vez efectuada

la distinción entre estas dos concepciones, argumentamos que el enfoque no teleológico es superior al enfoque teleológico. La justificación que proveemos radica principalmente en dos razones independientes: (1) el enfoque no teleológico cumple con lo necesario para guiar de forma más clara la acción en el contexto de una pluralidad de agentes; (2) la perspectiva no teleológica protege de mejor manera el concepto de derecho humano de la potencial inflación que conlleva el centrarse excesivamente en los fines que estos persiguen y de la consecutiva devaluación normativa que ésta produce.

Palabras clave: derechos humanos, razonamiento práctico, enfoque teleológico, enfoque no teleológico.

Two Conceptions of Human Rights: An Analysis from the Perspective of Practical Reasoning

Abstract

Although there is extensive philosophical discussion regarding the justification and nature of human rights, the specific question of how to understand these normative standards from the perspective of practical reasoning –that is, reflection aimed at action— has received insufficient attention in theoretical literature. The purpose of this article is to address this gap by distinguishing between two distinctive ways of understanding human rights from a practical standpoint, and providing reasons to favour one approach over the other. Specifically, our analysis unfolds in two stages. First, we argue that there are two ways to conceive the practical role of human rights within the contemporary philosophical discussion, based on the type of underlying reasoning: on the one hand, what we call a teleological conception of human rights, which views these normative standards as a guide for the actions of individual and/or collective agents insofar as they represent ends to be pursued; on the other, a non-teleological conception, which prioritizes defining what must be done based on distributed obligations among a plurality of agents, rather than orienting action through the identification of an objective. Second, having identified these two conceptions, this article argues that the non-teleological approach is superior to the teleological approach. The justification we provide rests primarily on two independent reasons: (1) the non-teleological approach more effectively guides action in the context of a plurality of agents, and (2) the non-teleological perspective better protects the concept of human rights from potential inflation resulting from an excessive focus on the ends they pursue, which leads to subsequent normative devaluation.

Key words: human rights, practical reasoning, teleological approach, non-teleological approach.

1. Introducción

El lenguaje de los derechos humanos es un aspecto normativo fundamental del mundo contemporáneo. La Declaración Universal de los Derechos Hu-

manos (DUDH), articulada sobre la premisa de que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (art. 1), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, junto con otros tratados globales y regionales, no solo establecen estándares mínimos que los Estados deben garantizar a sus propios ciudadanos, sino que también proponen un “ideal” (o aspiración) “común para todos los pueblos” (DUDH, Preámbulo), cimentando así la idea de que todo individuo es objeto de preocupación internacional, independientemente del lugar geográfico donde este se encuentre.

Si bien existe una extensa discusión filosófica sobre la justificación y naturaleza de estos estándares normativos, la pregunta específica sobre cómo entenderlos desde el punto de vista del razonamiento práctico, es decir, desde la reflexión dirigida hacia la acción, adolece de un escaso tratamiento en la literatura.¹ El propósito de este artículo es justamente contribuir a revertir este último punto, distinguiendo dos modos de comprender estos derechos desde el ángulo práctico y ofreciendo razones para adoptar una comprensión de los derechos humanos por sobre la otra. En términos más precisos, en primer lugar analizaremos dos formas de concebir el rol práctico de los derechos humanos dentro de la discusión filosófica de acuerdo con el tipo de razonamiento subyacente: por un lado, una concepción teleológica de los derechos humanos (e.g., Griffin, 2008; Nussbaum, 1997, 2004; Tasioulas, 2007), que los concibe como guía para la acción en tanto fines a seguir; por el otro, una concepción no teleológica (e.g., Hope, 2014; O'Neill, 1996, 2000, 2005; Rettig, 2020) que, en lugar de pensar la orientación de la acción desde la definición de un objetivo, prioriza la identificación de lo que se debe hacer (o cómo se debe actuar) sobre la

1 Respecto a la justificación y naturaleza de estos derechos, es posible distinguir dos grandes corrientes dentro de la reflexión filosófica: la naturalista y la práctica. De acuerdo con la primera, los derechos humanos son la continuación moderna del lenguaje de los derechos naturales, de manera que aquellos son entendidos como derechos morales universales, anteriores a toda institucionalidad, que deben ser reconocidos independientemente de ésta. Según este enfoque naturalista, la justificación de los derechos humanos radica en aspectos intrínsecos de la naturaleza humana (e.g., Cranston, 1983; Griffin, 2008; Jones, 1994). Por otra parte, la mirada práctica concibe los derechos humanos como posteriores a las instituciones, es decir, como dependientes de éstas y de la existencia de un sistema capaz de sustentarlo. Quienes promueven este enfoque suelen justificar los derechos humanos no debido a características de la naturaleza humana, sino partiendo de la práctica existente (esto es, de los pactos, tratados internacionales, ley internacional y sentencias judiciales), así como del rol que éstos desempeñan en aquella práctica, pues consideran que es ésta la que les otorga su poder normativo y no una concepción moral predeterminada (Beitz, 2009; Raz, 2007). Para el enfoque naturalista, los derechos humanos son una categoría de derechos naturales, mientras que el enfoque práctico sostiene que estos son derechos *sui generis* (Beitz, 2009).

base de obligaciones distribuidas entre una pluralidad de agentes. En segundo lugar, ya habiendo identificado estas dos concepciones de los derechos humanos, argumentaremos que el enfoque no teleológico es superior al teleológico. La justificación de esto radica principalmente en dos razones independientes: (1) el enfoque no teleológico cumple con lo necesario para guiar de forma más clara la acción, contribuyendo así a la realización de las diversas aspiraciones normativas que se encuentran tras los derechos humanos; (2) la perspectiva no teleológica protege de mejor manera el concepto de derecho humano de una potencial inflación que conlleva el centrarse excesivamente en los fines que estos persiguen y de la consecutiva devaluación normativa que ésta produce.

El presente artículo se estructura de la siguiente manera. En el apartado 2 examinamos los aspectos principales del enfoque teleológico de los derechos humanos en la literatura reciente. En el apartado 3 hacemos lo propio con el enfoque no teleológico. Posteriormente, en el apartado 4, contrastamos ambas perspectivas, destacando las limitaciones del enfoque teleológico y las ventajas del no teleológico, al tiempo que defendemos este último de posibles objeciones. En el apartado 5 concluimos el manuscrito recapitulando nuestro argumento y sugiriendo que este tiene implicancias significativas sobre cómo comprender los derechos humanos tanto en el debate académico como en el público.

2. El enfoque teleológico de los derechos humanos

El término “teleología” proviene de la palabra griega *telos*, que significa “fin”. En este sentido, una perspectiva teleológica es aquella que explica los fenómenos de la realidad a partir del fin (o propósito) hacia el cual estos se dirigen. Llevada al ámbito del razonamiento práctico, una perspectiva teleológica es aquella que concibe la razón dirigida a la acción como orientada a la consecución de un fin determinado. En términos más precisos, esta asume que la orientación práctica radica en una conexión entre un fin determinado y la acción. Dentro del pensamiento filosófico, uno de los exponentes clásicos del enfoque teleológico es Aristóteles, quien en la Ética a Nicómaco sostiene que todo lo que hay en la naturaleza responde a una finalidad. Considera que lo que orienta la acción es el objetivo que se busca con ella y que “el punto de partida de la acción es la elección (...), mientras que el de la elección es la inclinación y la razón para algo” (Aristóteles, 1985, 1139a/VI). De este modo, sostiene que “el razonamiento por sí mismo no mueve nada, pero sí el razonamiento-para-algo”

(1139b/VI). Esto da cuenta de que, para este autor, el fundamento más profundo de la acción es el propósito que esta persigue, y si bien el ser humano se distingue del resto de los seres vivientes en su capacidad para razonar, lo que este atributo posibilita es la identificación de un propósito capaz de guiarlo en términos prácticos. Con todo, Aristóteles (1985, 1112b/III) establece que no deliberamos respecto a los fines, sino que lo hacemos respecto a los medios que conducen a ellos, esto es, una vez determinado el fin, se hace necesario examinar de qué forma y por qué medios llegar a él.

Siguiendo aspectos importantes de este enfoque, una concepción teleológica de los derechos humanos se define como aquella que concibe estos estándares normativos a modo de fines (u objetivos intermedios que permiten alcanzar un fin último), que, aun pudiendo ser lejanos, proveerían una orientación para la acción tanto individual como colectiva. En este sentido, un enfoque teleológico de los derechos humanos asume una concepción instrumental de la razón práctica, la cual entiende al fin de la acción no sólo como la justificación de ésta, sino también como aquello que la orienta (O'Neill, 2000, p. 14). Desde este ángulo, los derechos humanos son vistos principalmente como objetivos socio-políticos y se considera que ese es el modo a través del cual cumplen una función como guía para la acción de los agentes individuales y/o colectivos. Esto implica que el razonamiento práctico se orienta primariamente por medio de la identificación de ese propósito, relegando, en el mejor de los casos, a un segundo plano una distribución de obligaciones correlativas dentro de una pluralidad de agentes.

En la actualidad, un exponente importante de este enfoque es Tasioulas (2007), quien sostiene que los derechos humanos fijan propósitos a los cuales debe adaptarse nuestra realidad. Este enfoque se resume muy bien en la invitación que realiza él mismo a “regresar más allá de la Ilustración a la tradición aristotélica de pensamiento sobre el bien humano y la especial protección que [éste] merece” (p. 65), pues para él es la búsqueda y la protección de ese bien lo que está intrínsecamente ligado con los derechos humanos que poseemos, así como con la orientación de nuestras acciones.² Griffin (2008), al igual que

2 Véase también Tomalty (2014). Tasioulas (2007), adicionalmente, argumenta que la “ejecutabilidad” de los derechos humanos no debiera ser un requisito para justificarlos, pues ello implica otorgar demasiada importancia a su realización jurídica, cuando en realidad estos “ocupan una posición intermedia en el pensamiento ético, ubicándose entre los fines que los fundamentan y las implicancias normativas que generan, incluidas las instituciones y políticas que mejor representan y hacen efectivas dichas implicancias” (p. 53). Así, para él, lo importante no es que los derechos humanos sean verdaderamente ejecutables, sino que tengan impacto político. En segundo lugar, en lo relativo

Tasioulas (2007), asume un enfoque teleológico de los derechos humanos basado en aspectos clave de la teoría del interés de Raz (1988). Griffin (2008, p. 33) sostiene que los derechos humanos deben ser comprendidos como protecciones de nuestra condición humana, es decir, de aquellas características que definen nuestra personalidad. Esto, según él, supone no solamente la libertad entendida como ausencia de una coacción arbitraria externa, sino también el poder contar con una suficiente autonomía para elegir qué opciones queremos seguir, lo que requiere una cantidad básica de recursos materiales para que dichas opciones sean factibles. De este modo, si bien Griffin busca acotar en cierto modo el objetivo de los derechos humanos, igualmente les asigna la función de favorecer (o promover) acciones hacia el cumplimiento de un fin, a saber: el resguardo y protección de la personalidad humana.

Una tercera exponente del enfoque teleológico de los derechos humanos en la actualidad es la filósofa aristotélica Nussbaum (1997, 2004). La reflexión de esta autora parte de las limitaciones que tiene en la práctica el lenguaje de los derechos humanos, lo que la lleva a proponer lo que define como el “enfoque de las capacidades” (Nussbaum, 1997, p. 275). Según éste, los derechos humanos representan metas (nuevamente, fines) que les indican a los Gobiernos el nivel mínimo de capacidades que es razonable promover para todos los ciudadanos (p. 279). Nussbaum (2004) sostiene que el bien a alcanzar consiste en producir y vivir en un mundo donde “todos los seres humanos tienen lo necesario para vivir una vida digna” (p. 12). De esta forma, propone una lista de capacidades, relacionadas con derechos que deben garantizarse a todos los ciudadanos, respecto a los cuales sostiene lo siguiente:

debemos pensar en aquello que las personas tienen el derecho a recibir e, incluso antes de decir en detalle quién puede tener los deberes, concluimos que estos deberes existen y que tenemos una obligación colectiva de asegurar que las personas obtengan aquello que se les debe. (Nussbaum, 2004, p. 13)

a la “exigibilidad” de los derechos humanos, Tasioulas (2007, p. 59) establece que la identificación del portador del deber correlativo no es una condición de existencia de estos, pues basta con justificarlos a partir del interés que protegen. De este modo, para este autor, al igual que para Raz (1988) —quien sostiene que “afirmar que un individuo tiene un derecho es indicar (...) que un aspecto de su bienestar es una base para un deber hacia otra persona” (p. 180)— es en definitiva este interés, y especialmente el bien que éste busca resguardar, el que constituye el fundamento de los derechos humanos y lo que les permitiría cumplir un rol dentro del razonamiento práctico. Exploraremos este punto con mayor detalle más adelante.

Así, para ella, los derechos humanos cumplen también un rol como guía para la acción, específicamente de los Gobiernos, en tanto que son “objetivos políticos que deben servir como punto de referencia para aspiraciones y comparaciones” (Nussbaum, 1997, p. 291).

Si bien, como se puede apreciar, estos tres autores tienen diferencias entre sí, cumplen con los dos aspectos esenciales de la comprensión teleológica de los derechos humanos. En primer lugar, asumen que éstos plantean un bien humano que orienta la acción conectando esta última con un objetivo ya identificado sobre el cual, como diría Aristóteles, no deliberamos. En segundo lugar, estos autores asumen una orientación teleológica de la acción según la cual el razonamiento práctico se orienta primordialmente a partir de la identificación de un fin, relegando, en el mejor de los casos, a un segundo plano una posible distribución de deberes correlativos entre una pluralidad de agentes. Por esta razón, no resulta sorprendente que Nussbaum (2006) señale que es posible tener una “explicación bastante clara y definida” de los derechos humanos, “antes de, y hasta cierto punto independientemente de, resolver el difícil problema de asignar deberes” (p. 277). Idea que también está presente tanto en Tasioulas (2007, p. 94) como en Griffin (2008, p. 108).

3. El enfoque no teleológico de los derechos humanos

A diferencia de la perspectiva anterior, el enfoque de los derechos humanos que llamamos “no teleológico” considera que estos estándares normativos no deben pensarse esencialmente en función del fin que los fundamenta, sino a partir de los deberes asociados a ellos. Este enfoque, propuesto principalmente por O’Neill (1990, 1996, 1998, 2000, 2005, 2017), tiene un trasfondo deontológico y, en cierta medida, kantiano. Como es bien sabido, Kant (2002) considera que el valor moral de una acción no se deriva del “propósito que debe ser alcanzado gracias a ella, sino [de] la máxima que decidió tal acción” (p. 90). En este contexto, plantea que “todos los conceptos morales tienen su sede y origen plenamente a priori en la razón” y que, en efecto, estos no pueden ser abstraídos a partir de un conocimiento meramente contingente, pues en la “pureza de su origen reside justamente su dignidad para servirnos como supremos principios prácticos” (p. 110). Para Kant, es entonces la ley fundamental de la moral, es decir, el imperativo categórico, la que debe determinar *a priori* qué es lo correcto y, de ese modo, orientar el razonamiento práctico. Esto se debe a que, según este autor, partir del concepto de lo bueno (por ejemplo, el placer)

para luego determinar qué hacer equivale a subordinar la moralidad a fines empíricos, cuya validez es contingente, desde su perspectiva. Para el filósofo prusiano, la corrección moral debe fundarse en principios formales y universales, independientes de cualquier representación de un bien particular. Así, en su mirada, mientras que lo correcto se determina por la forma de la máxima que puede ser universalizada, el concepto de lo bueno, cuando no es depurado por la razón práctica, remite a inclinaciones o fines subjetivos y, por tanto, no puede constituir el fundamento último de la legitimidad moral.³

En línea con autores que cuestionan la proliferación de derechos (Hohfeld, 1919; Sumner, 1987; Wellman, 1999) y haciendo eco de este modo Kantiano (es decir, no teleológico) de concebir el razonamiento práctico sobre la base de nuestros deberes, O'Neill (2005) parte su reflexión constatando el modo en que los instrumentos de derechos humanos abordan esta materia y define lo que para ella es “el lado oscuro de los derechos humanos”. En concreto, su posición crítica se enfoca en la fuerte tendencia a la proclamación de múltiples derechos universales a bienes y servicios “sin mostrar lo que conecta a cada presunto titular de derechos con algún(os) portador(es) de obligaciones específico(s)” (O'Neill, 1996, p. 132). La oscuridad a la que se refiere O'Neill corresponde a la indeterminación respecto a los portadores de los deberes correlativos. De este modo, propone un enfoque teórico distintivo centrado en la distribución de obligaciones correlativas.

En términos más precisos, la posición de O'Neill puede reconstruirse del siguiente modo. Primero, denuncia que la inclusión de derechos socioeconómicos en los instrumentos internacionales de derechos humanos no es más que un ejercicio de retórica, a menos que las obligaciones correlativas a estos derechos se encuentren distribuidas entre una pluralidad de agentes (O'Neill, 2016, p. 35). Segundo, establece que la vaguedad (o simple despreocupación) que se observa en la práctica internacional a la hora de asignar aquellas obligaciones tiene como consecuencia que “estos derechos no sólo no pueden cumplirse, sino que permanecen indefinidos” (O'Neill, 2005, p. 195), lo que en definitiva

3 Kant (2002) plantea que los conceptos morales no pueden ser abstraídos a partir de “un conocimiento empírico” (p. 110). En esta línea, adopta lo que denomina “ética formal”, rechazando así la ética de carácter “material”, que, por definición, es heterónoma (Kant, 2002; véase también Wood, 1999). Por supuesto, existe discusión en la literatura sobre si la postura de Kant respecto a la naturaleza de los fines humanos es correcta o no (para un análisis de esta discusión, véanse O'Neill, 1990; Sullivan, 1989; Wood, 1999). Sin embargo, nuestro propósito en este pasaje no es sumergirnos en ese debate (por ejemplo, en el debate sobre si los fines humanos son necesariamente contingentes), sino más bien introducir el antecedente del enfoque no teleológico, enfoque que, por cierto, no implica asumir todos los aspectos de la filosofía kantiana como verdaderos.

representa, según la autora, “una amarga burla para los pobres y necesitados”, pues la proclamación de derechos universales socioeconómicos “puede inflar las expectativas y enmascarar la falta de derechos exigibles” (O’Neill, 1996, p. 133). Frente a esto, propone que, para definir el contenido de los derechos humanos, es necesario identificar al portador del deber asociado a estos, para así cumplir con lo que ella denomina la “condición de exigibilidad” (O’Neill, 1996).⁴ En otras palabras, esto quiere decir que un agente posee un derecho a cierto objeto solo si el portador del deber correlativo se encuentra suficientemente identificado. Si bien esta condición suele estar ausente en las perspectivas que predominan en la práctica internacional de los derechos humanos, O’Neill plantea que debiera ser un requisito para la justificación de estos estándares normativos.⁵

El cumplimiento de la “condición de exigibilidad” implica, según O’Neill, una distinción clave entre dos tipos de derechos: por un lado, los derechos negativos (o de libertad) y, por el otro, los derechos positivos, fundamentalmente los socioeconómicos (o de bienestar). Desde su perspectiva, sólo los derechos negativos poseen un deber correlativo suficientemente asignado que los habilita como derecho humano, pues su distribución es universal, mientras que los socioeconómicos no poseen ese nivel de especificidad, lo que los hace no exigibles (O’Neill, 1990, p. 224). Este fenómeno se relaciona con una segunda distinción clave que establece O’Neill entre deberes perfectos e imperfectos: mientras que los primeros están asociados directamente a un derecho y a un portador de deber que ha sido identificado, los segundos carecen de un titular de derecho asociado (O’Neill, 1990, p. 225; Hope, 2013, 2014). Es así como los deberes perfectos pueden ser universales; “se deben y se cumplen para todos” (O’Neill, 1996, p. 147). En cambio, los deberes imperfectos pueden ser “promulgables para todos, pero no por todos” (p. 148), en tanto requieren de la acción de cada uno, pero no especifican *hacia quién* debe dirigirse dicha acción. Este es el caso de los deberes relativos a materias socioeconómicas y en particular los de asistencia, que, aunque constituyan una obligación moral, no pueden ser asociados a un derecho reclamable a esta, pues quien porta la obligación

4 Véanse también Hope (2014) y Rettig (2020).

5 O’Neill (2005) refuerza este punto señalando: “Desde una perspectiva normativa de los derechos, las obligaciones y los derechos exigibles son dos caras de un mismo patrón normativo: sin las obligaciones no hay derechos. Por lo tanto, si interpretamos las ‘pretensiones’ de los derechos humanos únicamente como aspiraciones en lugar de requisitos, las obligaciones desaparecerán de la vista, y con ellas también los derechos, tal como se entienden habitualmente” (p. 431).

imperfecta posee discreción respecto a quién beneficia. Sobre la base de estas consideraciones, descarta que los derechos positivos cumplan con lo necesario para satisfacer la condición de exigibilidad. Según ella, si queremos insistir en que son derechos, entonces debemos reconocer que un aparato institucional es el único que puede despejar sus abstracciones y distribuir sus deberes asociados entre una pluralidad de agentes. Sin embargo, si aceptamos esto último, entonces estaremos reconociendo que no tienen un carácter preinstitucional y, por lo tanto, deberemos renunciar a su estatus de derecho humano en un sentido tradicional (O'Neill, 2005, p. 196).

En suma, desde el punto de vista del razonamiento práctico, la posición de O'Neill implica que el agente se orienta a partir de una conexión entre la acción y el deber correlativo ya distribuido, lo cual es necesario para satisfacer la condición de exigibilidad. Evidentemente, esto marca una diferencia significativa respecto al planteamiento revisado en el apartado previo, a saber: el enfoque teleológico, el cual pretende guiar la acción del agente a partir de la conexión entre aquella y un fin previamente identificado como, por ejemplo, que “todos los seres humanos [tengan] lo necesario para vivir una vida digna” (Nussbaum, 2004, p. 12).

4. La superioridad del enfoque no teleológico

En los dos apartados previos mostramos que los derechos humanos pueden ser entendidos de dos maneras diferentes desde el punto de vista del razonamiento práctico. El enfoque teleológico pretende guiar la acción a partir del nexo entre la acción y un fin previamente determinado, mientras que el no teleológico aspira a orientar la acción a partir del vínculo entre la acción y un deber correlativo ya asignado a un agente individual o colectivo. Si bien es razonable pensar que tanto fines como deberes tienen un impacto en el razonamiento dirigido a la acción, la pregunta fundamental que nos hacemos es la siguiente: ¿cuál de estos dos enfoques es superior? ¿Por qué? En este apartado, argumentaremos que el enfoque no teleológico de los derechos humanos es superior al teleológico. La justificación de esto radica principalmente en dos razones independientes que fueron anticipadas en la introducción de este manuscrito: la primera se relaciona directamente con la capacidad para orientar la acción; mientras que la segunda, con el problema potencial de la inflación del lenguaje de los derechos humanos.

4.1 Sobre la guía de la acción

Desde el punto de vista del razonamiento práctico, el enfoque teleológico de los derechos humanos posee una limitación significativa, la cual radica en lo insuficiente que resulta la sola identificación de un fin para guiar la acción en el contexto de una pluralidad de agentes individuales y/o colectivos. En términos más precisos, el punto central es que la sola definición de fines no basta para orientar la acción en dicho contexto, pues pasa por alto que esta requiere de la identificación y distribución de obligaciones que inevitablemente deben recaer sobre agentes específicos. Así, la sola enunciación de propósitos, por muy moralmente deseables que sean, sin que en paralelo los agentes que deben cargar con las obligaciones de su realización sean apelados directamente a un tipo de acción determinado, no basta para incidir efectivamente en su comportamiento. Después de todo, el que una pluralidad de agentes posea un fin compartido no basta para establecer quién debe hacer qué ni tampoco para orientar si debo hacer “esto” (un tipo de acción) en vez de “aquellos” (otro tipo de acción).

Dicho en otras palabras, siguiendo a Feinberg (1970), un derecho en sentido estricto difiere de una mera aspiración moral en la medida en que origina una obligación hacia alguien. Dicha característica es lo que permite dotar a un derecho de la fuerza normativa necesaria para constituirse como guía para el comportamiento. Sin embargo, al considerar que los fines bastan para aquello, el enfoque teleológico omite dicha condición y elude el proceso intermedio de deliberación respecto al modo en que estos pueden ser realizados, incluyendo la identificación de quién es el portador de los deberes asociados, debilitando así su fuerza y su relevancia práctica. Después de todo, son finalmente estos deberes distribuidos los que prescriben qué acciones se deben realizar para conseguir los fines que los motivan (Rettig y Fornaroli, 2023), identificando a los agentes involucrados e imputándoles el tipo de acción que se requiere que ejecuten. Para que un derecho humano represente realmente un estándar de acción, no es suficiente establecer el modo en que se debe actuar, sino que es necesario establecer quién porta sus deberes correlativos.⁶

6 En esta línea, Hope (2013) argumenta que los estándares morales, en tanto son principios del razonamiento práctico, tienen un objetivo dirigido hacia la acción: “Cuando proponemos estándares morales a otros, estamos proponiendo que actúen de ciertas maneras; que adopten ciertos estándares como base para razonar sobre cómo actuar” (p. 90). Para el autor, este punto es importante, pues “si el razonamiento moral ha de estar a la altura de esta ambición, nuestra concepción de los requerimientos morales debe tener un contenido suficiente para funcionar como guía de acción para una pluralidad de agentes. La guía de acción no consiste simplemente en prescripciones o prohibiciones específicas de acción. Tales estándares prescriptivos de acción no serán efectivos como guías de acción si no son estándares que, de manera plausible, todos dentro del dominio puedan

Como se ha adelantado en este manuscrito, un ejemplo paradigmático que ilustra esta deficiencia del enfoque teleológico se encuentra en la proclamación de derechos humanos socioeconómicos. Por ejemplo, en su artículo 25, la Declaración Universal de los Derechos Humanos sostiene que

[t]oda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

La misma idea se refleja en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su artículo 11.1 establece que

los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia.

Tal como se ha estudiado en la literatura (Hope, 2013; O'Neill, 1996), si bien este derecho se puede reducir a un fin moralmente deseable, no es suficiente por sí mismo para orientar la acción de una pluralidad de agentes en el mundo como lo conocemos. En primer lugar, habría que especificar sus deberes correlativos y distribuirlos para poder cumplir dicho propósito. Incluso si se otorga una respuesta convencional a la asignación de deberes tal como “es el Estado quien es el principal portador de deberes correlativos respecto a sus residentes”, esta respuesta se debilita significativamente en casos donde dicho agente colectivo no tiene las capacidades necesarias para cumplir estas obligaciones y, por consiguiente, se gatillan obligaciones de segundo orden que distan de ser suficientemente claras en cuanto a su posible distribución (Rettig, 2021).⁷

identificar y adoptar reflexivamente” (p. 90).

Esto quiere decir que los estándares del razonamiento práctico, como por ejemplo los derechos, cumplen su función en tanto que determinan no solo el tipo de acción requerido, sino también quién cae bajo dicha obligación.

7 Una posible objeción a la perspectiva no teleológica es que la distribución de las obligaciones correlativas no son materia de la reflexión filosófica, sino de deliberación política (Tasioulas, 2007). Esta objeción, sin embargo, puede ser desestimada, en primer lugar, porque otorga demasiada confianza a la práctica legal y judicial y, con ello, también “demasiada autoridad al status quo” (Beitz, 2009, p. 113). Esto resulta contraproducente, pues “una de las razones por las que necesitamos una teoría de los derechos humanos es que existe un desacuerdo sobre varios aspectos de la práctica, lo que incluye la composición y el alcance de sus aspectos normativos” (Beitz, 2008, p. 113). Sumado a esto, un problema importante de dicha objeción es que pasa por alto el hecho de que toda distribución de obligaciones que sea moralmente admisible requiere de una justificación teórica.

Por esta razón, es plausible sostener que la perspectiva teleológica de los derechos humanos deja un vacío en un ámbito clave si lo que nos interesa es que estos cumplan una función a la hora de guiar el razonamiento práctico. Ciertamente, O’Neill (1998) destaca (aunque en pocas palabras) este punto sosteniendo que

conocer lo que es el bien —cuáles son los verdaderos fines de la vida humana— nunca es suficiente para guiar la acción. La búsqueda efectiva de dichos fines también requiere del uso de la razón para [identificar] cuáles de los actos [moralmente permisibles] que contribuyen más efectivamente con ellos, así como identificar cualquier acción, actitud o política que forme parte de esos fines. (p. 3)

Para guiar la acción, los derechos humanos deben tener un deber asociado bien asignado, es decir, necesitan estar dirigidos hacia la acción de algún agente que tenga el potencial de hacer posible su realización.

Por otra parte, la perspectiva no teleológica presenta una clara ventaja sobre la teleológica en este aspecto fundamental. La razón de esto es sencilla: al partir de los deberes en lugar de los derechos (y, más precisamente, a partir de la satisfacción de la condición de exigibilidad descrita previamente), el enfoque no teleológico desplaza el foco desde un sujeto pasivo —es decir, desde el titular del derecho— hacia aquel agente que, en definitiva, debe dar cumplimiento al deber correlativo, centrando la atención en la acción requerida y el sujeto responsable de ésta. En este sentido, se trata de una perspectiva que permite abordar directamente las preguntas prácticas que son fundamentales para guiar la acción y que a la larga se requieren para realizar las aspiraciones que hay detrás de los derechos socioeconómicos, tales como quién debe hacer qué respecto a cuál agente. Empezar por las obligaciones, como propone O’Neill (1996), “exige ser más realista, claro y honesto sobre las cargas, su justificación y su asignación. Si se puede identificar el contenido de las obligaciones de justicia, éstas tendrán implicaciones para la acción” (p. 135).

En contra de esto, se podría argumentar que es problemático restringir parte importante del lenguaje de los derechos humanos a sus deberes correlativos perfectos. Por ejemplo, Etinson (2013) cuestiona que una aspiración se deba formular como algo distinto a un derecho, pues señala que la importancia de ésta será menor si se la considera meramente como un fin. Frente a ese cuestionamiento se pueden pensar dos respuestas posibles. La primera es que, si a autores como Etinson no les convence este modo de pensar nuestras aspiraciones como no derechos, ¿no están entonces avalando la importancia que posee

la distribución de deberes correlativos en una multiplicidad de agentes? Es por el mismo razonamiento que O'Neill sostiene que los deberes correlativos distibuidos debieran ser un requisito para establecer un derecho, pues entiende que no es lo mismo una aspiración que un derecho en sentido estricto. La segunda respuesta a este cuestionamiento se encuentra en Hope (2014), quien reivindica la relevancia moral de los deberes imperfectos en la teoría moral. Basándose en la visión de la filosofía moral kantiana, Hope (2014) sostiene que, a diferencia de los deberes perfectos que prescriben tipos de actos, éstos son patrones de acción que prescriben “máximas específicas relativas a los medios para los fines” (p. 399). Las máximas que un agente puede aceptar como propias van a depender de las capacidades de éste para satisfacerlas, razón por la cual los deberes imperfectos permiten cierto margen de cumplimiento (o discreción) que, si bien impide asignarles derechos correlativos universales, igualmente posibilitan el despliegue de una moralidad que dista de ser irrelevante. Los deberes imperfectos de asistencia son un buen ejemplo de ello, pues, si bien admiten discrecionalidad sobre sus beneficiarios, distan de ser considerados como irrelevantes en el razonamiento moral ordinario.

4.2 Sobre la inflación de derechos

Nuestro segundo punto contra el enfoque teleológico de los derechos humanos consiste en que este no establece una limitación teórica significativa a la potencial inflación de esos estándares normativos. Para explicar este punto, es necesario partir por el concepto de inflación de derechos (Sumner, 1987; Wellman, 1999), noción que se puede esclarecer recurriendo al de inflación monetaria. Dicho en pocas palabras, la inflación monetaria corresponde al alza (o encarecimiento) en el nivel general de precios, que se produce como consecuencia de un aumento en la cantidad de dinero en circulación que no se encuentra respaldada en una producción real de más bienes y servicios. El exceso entre la cantidad de dinero en manos de las personas y los bienes disponibles para el consumo a los cuales estas pueden destinarlo a la larga provoca un ajuste al alza en los precios de los bienes y, con ello, una devaluación (o deterioro) en el valor de la moneda, esto es, una pérdida de su poder de compra que afecta a los consumidores.

La introducción de nuevas aspiraciones que se definen como “derechos humanos” sin antes asegurarse de que existan las condiciones necesarias para su cumplimiento tiene el potencial de inflar las expectativas de la población. Por

ejemplo, frente a una consagración hipotética del derecho a la “vivienda digna”, quienes sufren de alguna carencia habitacional pueden esperar que, a partir de ahí, se les otorgue algún apoyo que les permita remediar dicha condición en un plazo prudente. Sin embargo, una vez que se verifica la brecha que existe entre la proclamación de ese derecho y las verdaderas posibilidades de su realización, las expectativas se frustran, produciendo un deterioro en el valor que posee el lenguaje de los derechos humanos, pues se experimenta como un discurso sin mayor impacto práctico. Así como en presencia de una inflación monetaria el incremento en la cantidad de dinero finalmente no permite acceder a más bienes, cuando hay inflación de derechos la proclamación de estos tampoco asegura la satisfacción de las aspiraciones que hay detrás, lo que, si en el primer caso reduce el poder que tiene el dinero para adquirir más bienes (es decir, el poder adquisitivo), en el segundo disminuye la fuerza práctica de los derechos, pues los titulares perciben que su proclamación no tiene necesariamente un impacto en la realidad.

Pues bien, como se señaló, el enfoque teleológico tiene una insuficiente capacidad para contener el potencial problema de la inflación de derechos. La razón principal es que los fines moralmente deseables a los que éste recurre carecen de un límite claro respecto a sus implicaciones normativas. Después de todo, la idea, por ejemplo, de que todos los seres humanos poseen un derecho a vivir en un mundo donde todos tienen lo necesario para vivir una vida digna (Nussbaum, 2004, p. 12) puede generar una innumerable cantidad de exigencias de este tipo. Recurriendo a una analogía matemática, el enfoque teleológico exhibe la misma imposibilidad de pretender encontrar el argumento o valor que permita maximizar el resultado de una función creciente, pero sin antes haber establecido alguna restricción concreta sobre ésta, de modo que bien puede llegar hasta el infinito. Así también, justificados en la búsqueda de un bien, los derechos pueden ser interminables (al igual que una función creciente), de manera que la única forma de ponerles un límite es explicitando alguna restricción, esto es, determinando (al menos) cuáles son los medios necesarios y los deberes correlativos implicados en su realización.

Si bien reconocemos que esto se trata de un problema que los exponentes de la perspectiva teleológica no niegan del todo, poner el foco en los propósitos detrás de los derechos humanos lleva a que sus propuestas sean insuficientes para sortearlo correctamente. Griffin (2008), por ejemplo, propone que, como una forma de aminorar el problema de la inflación de los derechos, no debiera asignarse a éstos el propósito amplio de promover el bienestar o florecimiento

del ser humano, el que se prestaría para justificar más derechos de los debidos, sino, en cambio, algo mucho más acotado: la protección sólo de aquello que se requiere para sostener su estatus como tal, esto es, su agencia (p. 34), lo que conlleva el resguardo de ciertas capacidades (p. 101). Este reconocimiento, no obstante, es demasiado modesto como para impedir el problema de la inflación de derechos, en la medida en que la idea de la “agencia humana” sigue siendo lo suficientemente amplia como para justificar una introducción prácticamente indefinida de derechos positivos que posibiliten, por ejemplo, las condiciones materiales que favorezcan su despliegue. En el caso de Tasioulas (2007), este reconoce que la falta de “ejecutabilidad” y de “demandabilidad” de los derechos humanos dentro de la cultura internacional produce un escepticismo significativo sobre estos. Es por ello que, de manera similar a Raz (1988), establece que un derecho existe en la medida en que permite proteger un interés suficientemente importante para “justificar que se imponga a los demás el deber de respetar[lo], proteger[lo] y promover[lo]” (Tasioulas, 2007, p. 43). Esto implicaría que no cualquier interés puede dar origen a un derecho humano, sino sólo aquellos que satisfacen un requisito de suficiencia tal que ameriten la imposición de un deber a un tercero. Con todo, esta precisión es aún insuficiente si lo que se pretende es acotar de forma sustancial el problema de la inflación de derechos, pues Tasioulas (2007) no establece criterios claros que verdaderamente indiquen cómo decidir sobre aquellos intereses que justificarián la introducción de un derecho humano.

En este contexto, no es difícil notar que la perspectiva no teleológica representa una mejor alternativa en la medida en que contiene limitaciones significativas para detener una potencial inflación de derechos. La razón de esto es sencilla: al partir por las obligaciones, este enfoque introduce fácilmente una perspectiva que se relaciona con los costos involucrados, tanto absolutos como relativos, con la asignación de estos y la factibilidad de cargar con ellos. De este modo, se trata de un enfoque que requiere explicitar y referirse a conceptos que son clave a la hora de establecer límites de una forma más sustancial que la consagración de derechos basada en fines. En la medida en que el enfoque no teleológico prioriza el otro lado de la ecuación, es decir, el de los deberes relativos asignados, restringe de mejor forma una eventual inflación de derechos y previene los problemas que se siguen de ésta.

Visto así, es posible sostener que la perspectiva no teleológica contribuye significativamente a resolver el problema de la inflación de derechos de una forma similar a como se hace con la inflación monetaria. Esta última se enfrenta

usualmente elevando las tasas de interés, esto es, encareciendo el costo de mantener dinero en circulación por parte de las personas y, por esa vía, reduciendo la demanda por este para equipararla con la disponibilidad real de bienes y servicios en la economía. Ello equivale a un ajuste forzoso de las expectativas de consumo a la capacidad productiva real, lo que permite equiparar la disponibilidad de dinero a los bienes que realmente son ofrecidos en la economía y no a los que se anhelan, pero que no es posible producir dados los recursos, es decir, la mano de obra, el capital y la tecnología disponibles. De forma análoga, la perspectiva no teleológica que parte desde los deberes también representa una suerte de mecanismo de ajuste a la realidad posible, pues, al centrarse en las obligaciones y desplazar el foco hacia el sujeto que debe asumirlas, permite poner un límite a las expectativas excesivas a las que lleva el lenguaje de los derechos centrado en fines, enfocándose en las posibilidades de la acción y en lo que se requiere hacer.

Contra esto, se podría plantear que la perspectiva no teleológica limita el surgimiento de aspiraciones que permiten unir y movilizar voluntades hacia un objetivo común para la acción política. La introducción de una reflexión centrada en los deberes, se podría argumentar, inhibiría lo anterior, en la medida en que desplaza la atención desde aquello que produce unidad (los propósitos) hacia aquello que irremediablemente divide, esto es, la distinción entre destinatarios y responsables de las obligaciones. De este modo, según esta posible objeción, se trataría de una perspectiva que podría terminar neutralizando una de las mayores bondades que posee el lenguaje de los derechos humanos a la hora de incidir en el razonamiento práctico. En nuestra opinión, la respuesta a esto es similar a lo discutido anteriormente: definir propósitos no basta para guiar la acción, por más legítimo que sea el fin. No basta porque los fines pasan por alto la deliberación necesaria para decidir el modo a través del cual llegar a ellos. De este modo, esta supuesta cualidad del enfoque teleológico no es tal y no corresponde responsabilizar al no teleológico de su debilitamiento. En efecto, siguiendo a O'Neill (1996), aquella característica del enfoque teleológico es en realidad equivalente a

un arma que puede ser un boomerang. En el mejor de los casos, una retórica prematura de los derechos puede tener sentido e impacto político. (...) Pero, en el peor de los casos, puede inflar las expectativas y enmascarar la falta de derechos exigibles. (p. 133)

5. Conclusión

La pregunta específica sobre cómo entender los derechos humanos desde el punto de vista del razonamiento práctico, es decir, desde la reflexión dirigida hacia la acción, adolece de un escaso tratamiento en la literatura filosófica. En este manuscrito, hemos contribuido a revertir esta situación en la discusión teórica. En primer lugar, hemos argumentado que existen dos formas de concebir el rol práctico de los derechos humanos dentro de la discusión filosófica de acuerdo con el tipo de reflexión subyacente: por un lado, una concepción teleológica de los derechos humanos centrada en fines; por el otro, una concepción no teleológica centrada en deberes distribuidos. El enfoque teleológico se puede encontrar en autores como Griffin (2008), Nussbaum (1997, 2004) y Tasioulas (2007); mientras que el no teleológico, principalmente en O'Neill (1996, 2000, 2005), pero también en Hope (2014) y Rettig (2020). En segundo lugar, ya habiendo identificado estas dos maneras diferentes de comprender los derechos humanos desde el ángulo del razonamiento práctico, argumentamos que el enfoque no teleológico es superior al teleológico debido a dos razones independientes: la primera se relaciona con la ventaja del enfoque no teleológico para orientar la acción de agentes tanto individuales como colectivos; mientras que la segunda, con la ventaja del mismo enfoque para limitar de mejor modo una potencial inflación del lenguaje de los derechos humanos.

Para concluir este manuscrito, quisiéramos sugerir que este análisis tiene implicancias importantes sobre cómo deberíamos comprender los derechos humanos en el mundo contemporáneo. Evidentemente, si nuestro argumento es sólido, este implica que el lenguaje de los derechos humanos no debe estar meramente enfocado en los fines moralmente deseables que estos estándares normativos persiguen, sino más bien en las obligaciones correlativas que estos generan –lo cual no implica rechazar la posibilidad de una justificación moral de los derechos humanos.⁸ Por supuesto, esto nos invita a reflexionar (o

8 Si bien el posicionamiento a favor de una perspectiva no teleológica busca resguardar la operatividad de los derechos, dicha posición no debe olvidar la pregunta sobre el fundamento moral de los derechos humanos. A nuestro juicio, es perfectamente posible incorporar este aspecto en una teoría no teleológica, ya que no parece haber una incompatibilidad conceptual entre ambos elementos. Charles Jones (2001) ofrece un ejemplo de una teoría de este tipo: su propuesta integra aspectos centrales de una perspectiva no teleológica junto con una justificación moral de los derechos humanos. En otras palabras, podría sostenerse que el enfoque no teleológico defendido en este manuscrito reduce la concepción de los derechos humanos a un deber directo de un agente hacia otro, desvinculando estos estándares normativos de cualquier fundamento de la naturaleza de estos derechos (por ejemplo, del valor de la dignidad humana). No obstante, es importante señalar que esta preocupación se justifica plenamente allí donde se descarta la posibilidad misma de justificar

quizás repensar) dónde radica la fuerza normativa de este lenguaje, al mismo tiempo que nos motiva a colocar nuestros esfuerzos en la especificación de quién debe hacer qué, cuestión que dista de ser un asunto que podemos dejar a la reflexión política meramente estratégica (Shue, 1996; Tasioulas, 2007), pues la distribución y especificación de obligaciones requiere de un sustento teórico para que aquellas puedan imponer cargas justificadas desde el razonamiento moral. La perspectiva del razonamiento práctico no sólo enriquece el debate académico y público de los derechos humanos, sino que también aporta un enfoque distintivo para reflexionar sobre el rol que cumplen estos estándares normativos.⁹

Bibliografía

- Aristóteles. (1985). *Ética a Nicómaco* (Trad. J. Palli). Gredos.
- Beitz, C. (2009). *The idea of human rights*. Oxford University Press.
- Cranston, M. (1983). Are there any human rights? *Daedalus*, 112(4), 1-17.
- Etinson, A. (2013). Human rights, claimability and the uses of abstraction. *Utilitas*, 25(4), 463-486.
- Feinberg, J. (1970). The nature and value of rights. *The Journal of Value Inquiry*, 4, 243-260.
- Griffin, J. (2008). *On human rights*. Oxford University Press.
- Hohfeld, W. (1919). *Fundamental legal conceptions*. Yale University Press.
- Hope, S. (2013). Subsistence needs, human rights, and imperfect duties. *Journal of Applied Philosophy*, 30(1), 88-100.
- Hope, S. (2014). Kantian imperfect duties and modern debates over human rights. *Journal of Political Philosophy*, 22(4), 396-415.
- Jones, C. (2001). *Global Justice: Defending Cosmopolitanism*. Oxford University Press.
- Jones, P. (1994). *Rights*. Palgrave Macmillan.
- Kant, I. (2002). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (Trad. R. R. Aramayo). Alianza.
- Naciones Unidas. (2 de octubre de 2023). *La Declaración Universal de los Derechos Humanos*. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Nussbaum, M. (1997). Capabilities and human rights. *Fordham Law Review*, 66(2), 273-300.
- Nussbaum, M. (2004). Beyond the social contract: capabilities and global justice. *Oxford Development Studies*, 32(1), 3-18.
- Nussbaum, M. (2006). *Frontiers of justice*. Harvard University Press.

moralmente los derechos humanos –una tesis que nuestro enfoque no suscribe–.

9 Este artículo se desarrolló con el financiamiento de ANID, Proyecto Fondecyt de Iniciación 11230361. Agradecemos los valiosos comentarios de Ezequiel Spector, Diego Rossello y de dos revisores anónimos. Todos ellos contribuyeron de manera significativa a mejorar la versión inicial de este manuscrito.

- O'Neill, O. (1990). *Constructions of reason: Explorations of Kant's practical philosophy*. Cambridge University Press.
- O'Neill, O. (1996). *Towards justice and virtue: A constructive account of practical reasoning*. Cambridge University Press.
- O'Neill, O. (1998). Practical reason and ethics. En Craig, E. (Ed.), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*. Taylor and Francis.
- O'Neill, O. (2000). Four models of practical reasoning. En *Bounds of justice* (pp. 11-28). Cambridge University Press.
- O'Neill, O. (2005). The dark side of human rights. *International Affairs*, 81(5), 427-439.
- O'Neill, O. (2017). *Justice across boundaries. Whose obligations?* (3^a ed.). Cambridge University Press.
- Raz, J. (1988). *The morality of freedom*. Clarendon Press.
- Raz, J. (2007). Human rights without foundations. *Oxford Legal Studies Research Paper*, 14.
- Rettig, C. (2020). The claimability condition: Rights as action-guiding standards. *Journal of Social Philosophy*, 51(2), 322-340.
- Rettig, C. (2021). Is there a human right to subsistence goods? A dilemma for practiced-based theorists. *Journal of Philosophical Research*, 46, 243-260.
- Rettig, C. y Fornaroli, G. (2023). Conflict of rights and action-guidingness. *Ratio Juris*, 36(2), 136-152.
- Shue, H. (1996). *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*. Princeton University Press.
- Sullivan, R. (1989). *Immanuel Kant's Moral Theory*. Cambridge University Press.
- Sumner, L. W. (1987). *The moral foundation of rights*. Oxford University Press.
- Tasioulas, J. (2007). La realidad moral de los derechos humanos. *Anuario de Derechos Humanos*, 4, 41-67.
- Tomalty, J. (2014). The force of the claimability objection to the human right to subsistence. *Canadian Journal of Philosophy*, 44(1), 1-17.
- Vasak, K. (noviembre de 1977). La larga lucha por los derechos humanos. *El Correo de la Unesco*, 29-32.
- Wellman, C. (1999). *The proliferation of rights: Moral progress or empty rhetoric?* Westview Press.
- Wood, A. (1999). *Kant's Ethical Thought*. Cambridge University Press.

Legislación citada

Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículos 1 y 25, Preámbulo.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 11.1.

Roles de autoría y conflicto de intereses

Todos los autores contribuyeron en la concepción de la idea, el diseño del estudio, el proceso de investigación, la recolección, el análisis e interpretación de los datos y la redacción del artículo. Los autores declaran no poseer conflicto de interés alguno.

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONFLICTUAL EN EL DIVORCIO INTERNACIONAL: MÁS ALLÁ DE LAS FRONTERAS TRADICIONALES

Leandro Baltar

Universidad Siglo 21

leandrobaltar28@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0001-8848-246X>

DOI: <https://doi.org/10.26422/RJA.2025.0601.bal>

Recibido: 06/09/2024

Aceptado: 01/04/2025

Resumen

El derecho internacional privado de familia actual necesita ser revisado en cuanto a los métodos de determinación del derecho aplicable al divorcio vincular. La denominada “crisis del conflictualismo” obliga a replantear si la utilización de la autonomía de la voluntad podría constituir una herramienta efectiva para sortear los inconvenientes que presenta la rigidez de la norma indirecta. En este contexto, me propongo examinar los diversos fundamentos y beneficios que la elección controlada podría ofrecer a este instituto esencial del derecho de familia.

Palabras clave: derecho internacional privado, autonomía de la voluntad, perspectiva de género.

Conflictual Party Autonomy in International Divorce: Beyond Traditional Borders

Abstract

The current Private International Law of family requires a review regarding the methods of determining the applicable law to marital divorce. The so-called “crisis of conflictualism” necessitates reconsidering whether the use of party autonomy could be an effective tool to overcome the various challenges presented by the rigidity of indirect rules. In this context, I intend to analyze the different foundations and benefits that controlled choice could bring to this essential institute of family law.

Key words: private international law, autonomy of the will, gender perspective.

1. Introducción

La autonomía de la voluntad, en términos generales, puede definirse como la facultad de los cónyuges para seleccionar la ley aplicable a los diversos aspectos de su unión. Resulta relevante la definición propuesta por Carlier (1991), quien sostuvo que les otorga a los individuos la posibilidad de “localizar una relación de derecho privado transfronteriza al vincularla a un orden jurídico cercano mediante la elección de la ley que le es aplicable” (p. 105). Estamos ante una tendencia que, sin lugar a dudas, está cobrando relevancia en el derecho internacional de familia, dejando de ser un tema aislado o limitado a los contratos. Su aplicación y sus límites, por tanto, se configuran como un tópico que requiere ser examinado con mayor precisión.

Enfrentamos un fenómeno que está adquiriendo gradualmente un impulso creciente gracias a la atención dispensada por la doctrina. Patrick Kinsch (2017, p. 14) señaló que el modelo de familia clásico se fundamentaba en la autoridad de la ley, la cual asumió sin vacilar un papel paternalista. Según el autor, dicho modelo ya no responde al modo en que se vive en la actualidad, sino que hoy en día se ajusta a una era que podría denominarse como la del liberalismo avanzado en el derecho de familia. La expansión hacia áreas del derecho previamente vedadas se debe, en gran medida, al reconocimiento de que la autonomía de la voluntad se fundamenta en la libertad individual, la cual refleja la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad. Este cambio desafía la visión por la cual se mantenían reglas de conflicto rígidas, las cuales estaban fundamentadas en una concepción imperativa del derecho de familia. No obstante, es esencial evitar que este entusiasmo derive en un juicio apresurado, ya que la incorporación de esta autonomía en el ámbito normativo requiere un análisis minucioso para evitar su eventual fracaso.

Es innegable que la sociedad ha evolucionado, y prueba de ello son las diversas disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (CCyCN), que ha logrado adaptar la normativa a la denominada “contractualización” del derecho privado. En este contexto, la ley debe buscar un equilibrio entre los intereses privados y los públicos, considerando los valores en juego y el rol del Estado en el derecho de familia, con el fin de determinar si la imperatividad debe, o no, ceder. En efecto, ¿se ajusta el sistema actual a las realidades de la vida familiar?

La tendencia observable en las legislaciones de los Estados es hacia una liberalización progresiva del divorcio, en respuesta al respeto por la intimidad familiar y la libertad de elección de los cónyuges. En este sentido, se busca

otorgarles la posibilidad de organizar su convivencia y, en su caso, la disolución de su vínculo mediante la elección de una ley con la que se sientan más cercanos, tanto jurídica como psicológicamente. La relevancia de esta facultad radica en el reconocimiento de que la autonomía de la voluntad actúa como una herramienta para el orden de las relaciones familiares, particularmente en situaciones de crisis.

El futuro del derecho internacional privado de familia dependerá, en gran medida, de las decisiones que se adopten en esta materia, con el constante objetivo de cumplir las finalidades fundamentales desde su origen: la seguridad jurídica y la justicia. Es cierto que aún persisten tensiones entre la autonomía de las partes y el objetivo del Estado al regular el divorcio. Son interesantes las reflexiones de Kemelmajer de Carlucci (2014), quien sostiene que

la discusión autonomía versus intervención del poder público está mal planteada cuando se edifica sobre criterios de oposición. La intervención del juez o de otro funcionario público no impide el ejercicio de la autonomía, sino que pretende evitar la arbitrariedad y la desigualdad. (p. 40)

Existe una notable y gradual disminución del poder legislativo de los Estados, en especial debido a fenómenos como la globalización, la emergencia de procesos de integración y el incremento de la autonomía individual. Kohler (2013) resalta esta situación al afirmar que “existe solo un conflicto moderno: el que se da entre el Estado y la libertad” (p. 299). Esta tensión surge del creciente fortalecimiento de la posición del individuo, en virtud de los derechos humanos, frente al poder del Estado, lo que subraya la necesidad de considerar los intereses de los sujetos al determinar el derecho aplicable. Sin embargo, esto no implica una pérdida de las funciones esenciales de legislación y control que el Estado ejerce mediante sus diversas herramientas. En este contexto, analizaremos en el presente trabajo cómo esta facultad puede contribuir tanto a la planificación del futuro de las partes como a la disolución del matrimonio cuando así lo deseen.

2. Algunos fundamentos que sostienen el cambio

Desde hace tiempo, la doctrina especializada ha subrayado que el sistema conflictualista tradicional se muestra insuficiente e inadecuado para responder a las nuevas demandas de una sociedad multicultural en un mundo globalizado. Prueba de ello son las diversas soluciones que buscan flexibilizar la respuesta a

los casos conectados con más de un sistema jurídico. En este sentido, coincido con quienes afirman que

el creciente pluralismo jurídico y cultural demanda de una mayor presencia de libertad, de la voluntad de las personas para discernir qué Derecho prefieren para regular las relaciones que los unen. El método conflictual sigue siendo válido en sus líneas generales, pero es necesario vestirlo de actualidad, y la actualidad demanda libertad. (Durán Ayago, 2021, p. 1005)

Esta libertad proclamada implica, esencialmente, la posibilidad de que cada individuo planifique y materialice sus deseos y actividades, facilitando su proyección personal y contribuyendo al desarrollo de su personalidad. Según este concepto, cada persona posee una autonomía plena, sin necesidad de intervención normativa, moral o jurídica. Al ser un derecho natural, los Estados deben reconocerla, respetarla y preservarla. No obstante, este principio encontrará sus límites cuando, en su ejercicio, se vulneren derechos fundamentales. El rol de los Estados, entonces, es establecer los límites de esta libertad y definir cómo puede ejercerse en relación con su contenido, sin prohibirla de manera automática.

Años atrás, la profesora Gaudemet-Tallon (2015) afirmó que “los ciudadanos deben gozar de la máxima libertad, su voluntad debe ser respetada en la medida de lo posible, pero estructuras tan fundamentales como el derecho de familia no deben debilitarse demasiado por el ejercicio de esa voluntad” (p. 272). La reforma del CCyCN representó un cambio trascendental para el derecho de familia argentino, reflejando claramente esta premisa. Esto se evidencia en diversas disposiciones que muestran una mayor inclinación hacia el reconocimiento de la autonomía de la voluntad. En este sentido, Marisa Herrera (2015) resalta los aportes de la doctrina local al señalar:

las valoraciones contemporáneas han elevado a primer plano el principio de autonomía personal que consagra (incluido el ámbito matrimonial) una amplia libertad del individuo para el desarrollo de su vida privada, pues estima que el derecho no puede estar dirigido a imponer modelos de virtud personal. (p. 175)

Este concepto se ha denominado “regla de la neutralidad estatal” respecto a los planes de vida de las personas. En esta línea de pensamiento, se considera que los propios cónyuges son quienes están en mejor posición para juzgar sus propios intereses.

Los “acuerdos familiares” históricamente gozaron de un papel significativo, independientemente del nivel de relevancia jurídica que les haya conferido el derecho. De hecho, las dinámicas familiares siempre se vieron influenciadas por la voluntad de sus miembros, tanto en su establecimiento como en su desarrollo. No obstante, el derecho internacional privado (DIPr) de familia ha comenzado a reconocerlos más recientemente, ya que previamente existía una tendencia más “conservadora” que limitaba su conceptualización en términos contractuales.

Establecidas estas bases, destacaré algunos fundamentos clave que respaldan la postura sostenida, reconociendo que la lista es más extensa de lo que aquí pretendo referenciar.

2.1 La contractualización del derecho de familia

Dado que la amplitud de la autonomía se fundamenta en la libertad de las personas, es imprescindible recurrir a la constitucionalización del derecho de familia para comprender su razón de ser. En efecto,

la obligada “constitucionalización del derecho privado” se hace sentir con fuerza en el campo del Derecho de Familia estructurando la figura del divorcio sobre la base de los principios de la igualdad y no discriminación, como así también, el de la libertad y autonomía personal previstos en el art. 19 de la CN. (Herrera, 2015, p. 175)

Es importante destacar que, en Argentina, “la constitucionalización implica la internacionalización, desde que los tratados de derechos humanos integran el bloque de constitucionalidad” (Kemelmajer de Carlucci, 2014, p. 14).

Como una de las consecuencias de este fenómeno, la familia dejó de considerarse una institución en la que la jerarquía residía en el hombre, dando paso a la igualdad de sus integrantes y superando toda discriminación por cuestiones de género. Basados en un contexto de igualdad y solidaridad entre los cónyuges, deben ponerse a disposición herramientas o instrumentos aptos que les permitan a los integrantes de la familia expresarse y tomar decisiones de manera consensuada, entendiendo que esto no solo contribuye a su crecimiento, sino que también protege su intimidad. Esto nos recuerda cuando J. Basedow (2012, p. 100) analizó los aportes de Friedrich von Hayek en su Curso General en la Academia de Derecho Internacional de La Haya; puso énfasis en la dificultad que enfrentan los legisladores para evaluar con precisión la realidad

social abordada por las normas legales. Como consecuencia, el autor se refiere a que la creación de normas debería dejarse en mayor medida a los propios actores privados.

Esta constitucionalización abrió el camino hacia la contractualización, haciendo que la voluntad de las personas empiece a contar con un mayor ámbito de aplicación dentro de las relaciones de familia. Sería irrealista y, de hecho, “hasta cierto punto indeseable desafiar la tendencia inexorable hacia la contractualización del derecho internacional privado” (Muir Watt, 2010, p. 255). Esto implica “dar lugar cada vez más grande a la autonomía negocial; se habla de un contrato no en sentido estricto, sino amplio, o sea, como sinónimo de convención, pacto, acuerdo de voluntades susceptible de producir efectos jurídicos” (Kemelmajer de Carlucci, 2014, p. 4).

La evolución del DIPr de familia nos confronta con nuevos fenómenos que demandan respuestas jurídicas contemporáneas y adecuadas: la ampliación de la autonomía de la voluntad. Esta tendencia hacia la contractualización no implica una retirada del derecho; al contrario, significa que el Estado deberá regular de manera específica los acuerdos familiares internacionales (Rass-Masson, 2019). Analizando la evolución del derecho en favor del individualismo en asuntos personales y familiares, Kinsch (2017) define a este fenómeno como “neoliberalismo societal”, considerando que

se debe partir de la idea de que los individuos, guiados por una “elección racional”, están mejor posicionados para saber qué les conviene que el Estado al que están vinculados, y también que estas elecciones individuales eventualmente llevarán a los Estados a modificar sus leyes. Esta lógica es la del “darwinismo normativo”. (p. 20)

Es cierto que esta tendencia resulta más problemática cuando se trata de acuerdos relativos a los hijos. Esto no debe considerarse una imposibilidad, sino un ámbito en el cual se requiere un mayor control judicial, sin que ello obstruya la autonomía de la voluntad. El DIPr de familia debe mantenerse receptivo a este tipo de acuerdos, tal como ocurre en el ámbito doméstico, siendo imprescindible una posterior intervención judicial que los revise, a fin de evitar prácticas que vulneren principios que integren el orden público internacional (OPI). De esta manera, el enfoque consiste en “matizar” esta facultad, ya que los acuerdos estarán supeditados al cumplimiento de requisitos legales, especialmente orientados a la protección de los derechos fundamentales. Entre estos, pueden señalarse los siguientes: la elección debe ser el fruto del consenso

de ambos cónyuges, la ley elegida deberá tener una proximidad con la unión y la decisión solo puede llevarse a cabo mediante la celebración de un acuerdo por escrito, fechado y firmado por ambos cónyuges.

Una visión más “contractual” en el derecho de familia no debe presentar una problemática, aunque ello implique un cambio en la apreciación que debe realizarse al respecto. Basándose en una relación fundamentada en la cooperación, el altruismo y la solidaridad, algunos cuestionan que el acuerdo termine centrado en la negociación entre dos individuos que buscan proteger su propiedad e intereses, afectando la esencia misma de un instituto que no debe guiarse por esos fines. Sin embargo, una mayor autonomía no implica necesariamente una lucha entre dos partes que se ven enfrentadas. No son concepciones contradictorias ni excluyentes entre sí. Debe recordarse que “la libertad de la persona, valor moral y político, permite a la persona su autodeterminación, que le asegura la autonomía de ‘vivir una vida buena’ conforme a sus propias concepciones y de reevaluar los objetivos de su vida” (Vrellis, 2007, p. 242). La autonomía de la voluntad destinada a regular el divorcio no implica necesariamente que las partes actúen de manera egoísta o que el acuerdo se reduzca a una simple negociación de intereses individuales. Tampoco se traduce en un perseguir intereses individuales, sino más bien le permite a cada persona buscar y construir una vida en común basada en valores compartidos, solidaridad y un compromiso mutuo. En conclusión, la contractualización les permite a los individuos ejercer su derecho a una vida familiar, con la libertad de ajustar las obligaciones que asumen según sus necesidades y acuerdos mutuos.

El DIPr no puede ni debe ser interpretado de manera aislada del derecho doméstico. Aunque las normas de ambas ramas están destinadas a regular relaciones jurídicas distintas, existe una conexión estrecha, ya que no tendría sentido adoptar soluciones internas completamente incompatibles con aquellas aplicables a relaciones con elementos extranjeros relevantes. Así lo establece el artículo 2 del CCyCN, que dispone que la ley debe ser interpretada “teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”. En este contexto, y específicamente dentro del ámbito del divorcio, la figura del “convenio regulador” adquiere un papel más relevante que en épocas anteriores. El principio de libertad y autonomía de la voluntad ha ganado mayor terreno, dado que se reconoce que los propios protagonistas (es decir, los cónyuges o excónyuges) están en la mejor posición para gestionar los efectos de la relación al momento de su

disolución. Esto incluye aspectos como la distribución de los bienes, la liquidación de la sociedad conyugal y la posibilidad de establecer cuotas alimentarias o compensaciones económicas, entre otros.

Los cambios introducidos por el CCyCN en relación con el divorcio interno, orientados hacia el reconocimiento de la igualdad entre los géneros, deberían haber tenido un impacto en las disposiciones del DIPr. Nuestro sistema “doméstico” establece en el artículo 439 la autonomía de la voluntad para regular el divorcio mediante un convenio, reconociendo que los propios cónyuges están en la mejor posición para determinar el alcance de la disolución, al ser los protagonistas de la relación familiar. Según el artículo 438, si la petición de divorcio no incluye un convenio regulador, la autoridad competente no debe tramitarla.¹ Por consiguiente, la tendencia a la contractualización claramente observable en el derecho doméstico debe hallar su correspondiente reflejo en el DIPr. En conclusión, debe sostenerse la premisa de que, si se permite su aplicación en las relaciones internas, también es viable su admisión en el contexto de divorcios internacionales.

Apelo al “principio de coherencia” para fortalecer esta postura. Este principio sostiene que el sistema jurídico debe evitar contradicciones, ya que estas pueden ocasionar perjuicios para los individuos. En términos jurídicos, la coherencia implica la consistencia sistemática del ordenamiento legal: este se estructura en un conjunto de normas destinadas a regular las conductas sociales, tanto en relaciones internas como internacionales. Por lo tanto, la regulación del divorcio debe estar fundamentada en principios y valores coherentes con el conjunto normativo vigente. En resumen, la coherencia del sistema jurídico representa así un factor primordial, evitando incluso tratos discriminatorios según el origen (local o internacional) de la relación.

2.2 El respeto a la multiculturalidad y a la intimidad familiar

Cuando se habla de “conflictos culturales”, se alude al cruce de diferentes culturas fundamentadas en valores divergentes. Yuko Nishitani (2019) dedicó un profundo estudio a esta problemática, esquematizando que

1 Este convenio, que puede ser presentado por uno o ambos cónyuges, debe especificar cómo se manejarán los derechos y obligaciones derivados de la sentencia de divorcio vincular. Así, los cónyuges tienen una amplia libertad para actuar y distribuir las cargas y bienes, siempre bajo la supervisión del juez como instancia final.

surgen en la intersección de diferentes costumbres, hábitos, tradiciones, religiones, éticas, morales y filosofías basadas en valores divergentes. Se presentan en diversas configuraciones, no solo como conflictos de leyes estatales, sino también como conflictos entre órdenes jurídicos internos dentro del Estado o entre normativas estatales y no estatales. (p. 191)

Esta situación, que desde hace años preocupa a la comunidad, ha llevado a la comprensión de que “hoy en día, la comunidad internacional de Estados en su conjunto está comprometida en una lucha por la diversidad cultural más que por la excepción cultural” (Turp, 2012, p. 352). Incluso Erik Jayme (1995) afirmaba ya en la década de 1990 que el fenómeno de estos conflictos era lo que caracterizaba al DIPr contemporáneo. La pregunta que debemos hacernos se centra en determinar cuáles son las herramientas y/o medios que el DIPr puede brindar para hacer frente a los conflictos culturales. En efecto, ¿las normas de conflicto neutrales y abstractas son la única solución posible?, ¿este método tradicional es el único que responde de modo suficiente a las exigencias de las nuevas realidades familiares?

Es aceptado que el derecho de familia guarda una estrecha relación con la identidad cultural. De hecho, se sostiene que las personas arraigan su identidad, en cierto sentido, en su lugar de origen y se sienten ligadas a su sistema jurídico familiar (González Beilfuss, 2020a, p. 184). El respeto a la multiculturalidad exige que el DIPr disponga de soluciones destinadas a proteger la diversidad. Esta necesidad se intensifica en situaciones en las que las familias se trasladan de un país a otro, llevando consigo su identidad cultural y requiriendo del Estado las medidas necesarias para su preservación. Esta perspectiva es analizada desde la doctrina como el sentido de “pertenencia” que tiene la familia, basado en diversos lazos con el país de origen, los cuales, debido a las conexiones rígidas utilizadas, no siempre son respetados en el país de destino o acogida. En este contexto se habla de “inmigración breve” o “inmigración duradera” (Calvo Caravaca y Carrascosa González (2022b, p. 1728); esta diferencia de situaciones cambiaría la vinculación con la ley aplicable a la disolución.

Coincido con Weller (2022) en cuanto a que

la esencia de la identidad personal reside principalmente en la percepción intercultural que el individuo tiene de sí mismo. Lógicamente, el individuo debe poder elegir a qué sistema jurídico, entre varios sistemas cercanos, desea vincular sus cuestiones de “derecho personal”, como el nombre, el matrimonio o la sucesión. (p. 172)

Determinar la conexión que mejor refleje esta identidad cultural se convierte en un desafío considerable: ¿es siempre el último domicilio conyugal para el divorcio el que mejor se ajusta a este criterio? La evolución misma de la sociedad, y en particular de la institución familiar, desafía esta realidad. Podría argumentarse que la neutralidad que busca la norma indirecta clásica podría evitar la imposición de valores culturales del país de acogida. Sin embargo, esta afirmación carece de fundamentos sólidos. El derecho siempre está influenciado por la cultura, y la elección de uno u otro punto de conexión responde a factores de esta índole. Por lo tanto, sería más adecuado reconocer que la legislación debe ser siempre sensible a la identidad cultural de las personas, y para lograrlo se debe reflexionar sobre el método más apropiado para este propósito.

Cuando el legislador considera la determinación del lugar de las relaciones jurídicas y, mediante el método de elección, establece la norma indirecta, se supone que se realiza un análisis crítico para garantizar que dicha conexión respete la proximidad del caso. Sin embargo, en la actualidad, se reconoce que esta regla no siempre es la más equitativa. Calvo Caravaca y Carrascosa González (2022b) ejemplifican este punto de modo claro:

la conexión autonomía de la voluntad conflictual no fuerza a los cónyuges que son emigrantes de un Estado a proceder a su obligatoria integración en el medio sociojurídico del país de acogida. Pero tampoco les obliga a seguir vinculados imperativamente al medio sociojurídico de su país de origen. (p. 1730)

La determinación de la conexión adecuada dependerá de las circunstancias específicas de cada caso; algunas familias o individuos podrían sentir una mayor afinidad con su Estado de origen, mientras que otros se sentirían más vinculados al Estado de acogida. Dado que la identidad cultural evoluciona y se transforma, si el sistema jurídico no se adapta a estos cambios, nos encontraremos ante una cultura muerta. En este sentido, la autonomía emerge como una herramienta clara para salvaguardar la identidad cultural. En efecto, “no en vano, como se ha puesto de manifiesto, la disolución matrimonial constituye una de las instituciones que más se han visto afectadas por el fenómeno de la multiculturalidad” (Palao Moreno, 2013, p. 454).

El respeto a la intimidad familiar también se encuentra influenciado. Si hay acuerdo de los cónyuges, “una excesiva intromisión del juez es contraria al derecho a la intimidad de los afectados, y por ello, una regulación que tenga estas características debe considerarse inconstitucional” (Kemelmajer de Carlucci, 2014, p. 88). Siendo, entonces, que la identidad cultural está vinculada con la

intimidad y privacidad de cada persona y familia, resulta razonable permitirles a los propios cónyuges la posibilidad de elegir el sistema jurídico con el cual se sientan identificados, siempre que ello no vulnere los principios fundamentales del Estado. Considerando que la autonomía de la voluntad actúa como un punto de conexión con fundamento constitucional, favoreciendo la multiculturalidad y el libre desarrollo de la personalidad, esta facultad no obliga a los cónyuges emigrantes en un Estado a integrarse obligatoriamente en el entorno social y jurídico del país de acogida, como tampoco los obliga a seguir vinculados imperativamente al medio social y jurídico de su país de origen (Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2022a, p. 237). Así, esta facultad “posibilitaría a las partes poder optar por una integración voluntaria en la sociedad de acogida del inmigrante tanto jurisdiccional, como fundamentalmente conflictual; frente a una eventual obligación de acudir forzosamente al estatuto rector de su identidad cultural” (Palao Moreno, 2013, p. 462). El uso de normas de conflicto con puntos de conexión clásicos, que no abran lugar a la posibilidad de elección, se vuelve un riesgo que puede minimizarse mediante la incorporación de la autonomía de la voluntad, pues “los valores tradicionales inherentes a la cultura de origen del individuo pueden seguir gobernando su vida durante su estancia en la sociedad anfitriona” (Franzina, 2011, p. 97).

2.3 Evita la configuración del turismo jurídico

Cuando las personas se ven atadas de manos ante la imperatividad de las normas del legislador, buscarán el modo de satisfacer sus intereses. Conociendo todos los factores y elementos de su situación personal, considerarán estos aspectos para buscar el derecho que mejor se conecte con la disolución de la unión. Esta suerte de “turismo jurídico”, que no implica un uso correcto y auténtico de la autonomía de la voluntad, se presenta como una vía de escape ante las restricciones del sistema jurídico. Este acto, aunque reprochable desde la perspectiva jurídica y susceptible de corrección mediante el instituto del “fraude a la ley”, se convierte en un camino necesario ante la imposibilidad de pactar en esta materia.

Incluso, permitir la posibilidad de elección del derecho aplicable al divorcio evita el riesgo de que los cónyuges incurran en el *forum shopping*, es decir que seleccionen el foro en función del tribunal que probablemente dictará el fallo más favorable a sus intereses, basado en el sistema jurídico aplicable por dicha autoridad (Franzina, 2011, p. 87). El análisis es sencillo: conscientes de que una

misma situación de derecho internacional privado puede resolverse de manera distinta según el tribunal de un país u otro, los cónyuges optan por situar el último domicilio conyugal en el Estado que utilice este criterio como punto de conexión para determinar el derecho aplicable a la disolución. Así, eligen de común acuerdo.

Este aspecto está relacionado con la falta de previsibilidad que genera inseguridad jurídica, mirando hacia el futuro, cuando los cónyuges se ven restringidos en su posibilidad para elegir la solución que mejor se ajuste a sus intereses de común acuerdo. En resumen, las partes suelen utilizar el sistema de DIPr de manera que puedan elegir leyes más favorables para evitar aquellas menos favorables, incluso cuando no se les permita hacerlo formalmente.

3. Los beneficios de la autonomía de la voluntad conflictual en el divorcio vincular

Desarrollar los beneficios podría extenderse a varias páginas. En esta ocasión, me limitaré a destacar aquellos que se distinguen por sus aportes, reconociendo que muchos otros, que también merecen un análisis profundo, quedarán excluidos.

El incremento de las migraciones internacionales, ya sea por motivos voluntarios o por razones forzadas, lleva a que la estabilidad del estatuto familiar exija que la ley aplicable refleje adecuadamente la realidad de esta relación privada. De este modo, se evita que la movilidad derive en la aplicación automática de un sistema jurídico que genere una discrepancia entre la identidad cultural y el derecho sustantivo.

El reconocimiento de la autonomía de la voluntad en todo lo referente al matrimonio, y no solo en su disolución, implicaría la consagración de este principio, el cual refleja la libertad individual. Kohler (2013) subraya que es responsabilidad del individuo elegir su identidad y, por consiguiente, su estatuto personal. De esta manera, se refiere a una capacidad de elección que forma parte de las “zonas de autonomía temporal”. Ilustra este escenario con el ejemplo del individuo migrante, para quien ni el país de origen ni el país de acogida determinan completamente su estatus, sino que existe un tercer espacio que incorpora elementos de ambos. El autor concluye afirmando que “actualmente, el derecho positivo solo logra reaccionar de manera imperfecta a este fenómeno” (p. 405). Nishitani (2019, p. 406) expuso claramente esta delicada situación. La globalización ha implicado un aumento en el movimiento transfronterizo, lo cual, directa o indirectamente, se traduce en la coexistencia

de diversos grupos étnicos, culturales o religiosos dentro de la sociedad receptora, generando conflictos culturales debido a diferencias en valores y normas. En este contexto, es crucial determinar hasta qué punto los valores de la sociedad receptora pueden ser impuestos universalmente a todos los individuos que residen en su territorio. Aplicando este debate al tema elegido, volvemos al mismo interrogante planteado: ¿es siempre el “último domicilio conyugal” el más adecuado en la disolución de una familia?

Siendo los verdaderos protagonistas, corresponde reconocerles la capacidad de celebrar convenios y no imponerles conexiones que deriven a sistemas jurídicos que no tengan vinculación con ellos. La posibilidad de admitir un convenio regulador sobre los diversos aspectos relacionados con la disolución del matrimonio permitiría ahorrar en gastos, lo que se traduce en una mayor economía procesal.

3.1 La reducción de riesgos y del conflicto normativo

La primera contribución que puede resaltarse respecto al uso de esta facultad radica en que les permite a los interesados anticiparse al resultado de un eventual litigio jurídico, “al proporcionar un tipo de certidumbre que falta en el contexto internacional, a saber, la certidumbre que proporciona un marco de normas jurídicas al que las partes pueden recurrir” (González Beilfuss, 2020a, p. 171). De este modo, lo primero que se evitaría es el litigio en sí, dado que el resultado sería el previsto: aquel que las partes han elegido previamente.

Retomando las palabras de Bernard Audit (2001, p. 300), el principio de autonomía presenta un aspecto funcional al permitir asegurar la previsibilidad del derecho aplicable, destacando especialmente su contribución en actos que organizan el futuro, como aquellos relacionados con los efectos del matrimonio. Sumado a ello, los juristas españoles Calvo Caravaca y Carrascosa González (2022a) sostienen que la elección de la ley permite sujetar al divorcio a un sistema jurídico cuya aplicación “comporta los costes conflictuales más reducidos para los cónyuges” (p. 233). La incertidumbre ocasionada por los clásicos problemas del DIPr se verán reducidos bajo esta elección. A modo de ejemplo, el reenvío no se vería configurado, pues sabemos que “cuando, en una relación jurídica, las partes eligen el derecho de un determinado país, se entiende elegido el derecho interno de ese Estado, excepto referencia expresa en contrario” (artículo 2596 del CCyCN).

Veamos el siguiente caso, que permite comprender este escenario.² El Sr. Zapata interpuso una demanda de divorcio vincular ante las autoridades locales respecto del vínculo que lo unía con la Sra. Sottano. Dicha unión fue celebrada en Argentina, pero su último domicilio conyugal se encontraba en Chile. Luego de declararse competentes en razón de que el foro general “domicilio del demandado” se encontraba en la provincia de Mendoza, el conflicto se centró en la determinación del derecho aplicable a la disolución del matrimonio. Ambas partes fundamentaron sus pretensiones en el derecho argentino.

El problema surgió en este último caso. Conforme al artículo 2626 del CCyCN, el punto de conexión remite al derecho del último domicilio conyugal, que en este caso estaba en el extranjero. No habiendo posibilidad de utilizar la autonomía de la voluntad, se recurrió al reenvío de primer grado para sostener la aplicación del derecho local. Dado que, según el derecho chileno, la disolución se rige por el país de la celebración del matrimonio, se concluyó que el DIPr chileno remitía al derecho local y, por ello, se terminó aplicando el sistema argentino.

De esta sentencia puede inferirse que la resolución habría sido más sencilla si se hubiera admitido que los propios cónyuges, al fundamentar sus presentaciones, hicieron uso de la autonomía de la voluntad eligiendo el derecho local. De este modo, se habría evitado todo el desgaste de razonamiento, que positivamente terminó en un buen resultado. Claramente, la ley argentina era la que conocían y la que consideraban adecuada a su disolución, y el sistema local solo respetó ello mediante el uso del reenvío.

Esta reducción del conflicto normativo también se traduce en una facilitación en la labor judicial. Esto ocurre porque, una vez ejercida correctamente esta facultad, la autoridad se limitará a comprobar su uso conforme a derecho y, en consecuencia, la aplicación del derecho elegido. Esto implica una disminución del trabajo conflictual (Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2022b, p. 1727), que en varias oportunidades ha generado considerables complicaciones. En este sentido, entre los varios argumentos para justificar el uso de la autonomía de la voluntad en las relaciones de familia que Yuko Nishitani (2019) brinda, se encuentra que “desde el punto de vista del sistema de conflicto de leyes, la autonomía de la voluntad favorece la armonía internacional de las decisiones y la unidad de la ley aplicable” (p. 261), siendo, por lo tanto, un método adecuado para salvaguardar la seguridad jurídica y promover la movilidad de las

2 Tribunal de Gestión Asociada de Familia de Luján de Cuyo, Mendoza, Zapata Patricio Mauro c / Sottano María Marta p / divorcio unilateral, 17/08/2021.

personas. Simultáneamente, reconocer el alcance de estos acuerdos se traduce en la consolidación de las situaciones que se desarrollan en el ámbito privado familiar. En conclusión, el acuerdo es eficiente en términos de costos, pues reduce el tiempo dedicado a la determinación de la ley aplicable.

3.2 La búsqueda de una mayor certeza y seguridad jurídica

En una sociedad marcada por la creciente movilidad internacional, la migración emerge como un factor determinante que impacta en la estructura familiar. En este contexto, resulta impredecible anticipar dónde residirán y qué normativas regirán las relaciones familiares. Esta situación genera una carencia de certidumbre que demanda una atención particular. Lo que se requiere en toda relación familiar es estabilidad, certeza y seguridad jurídica.

La teoría de la autonomía en el DIPr se asocia con la idea de la seguridad jurídica. Esto se debe a que, al permitir la elección del derecho aplicable, las partes pueden optar por el sistema jurídico que satisfaga los conflictos de manera más acorde con sus expectativas, promoviendo así una administración de justicia eficaz. En efecto, la determinación del domicilio conyugal no siempre es fácil de establecer debido a la propia movilidad de las personas, especialmente en países como Argentina. Incluso, esta misma movilidad vuelve a la situación de difícil predicción, pues la familia no sabrá a futuro donde se situará y, en consecuencia, se presenta el desconcierto del derecho aplicable.

Consideremos un caso particular. El CCyCN ha eximido jurídicamente al matrimonio de algunos de los “deberes”. En el paradigma sobre el cual se asienta la familia actual, la convivencia no es un requisito para la existencia del matrimonio. Es decir, ya no se exige la cohabitación para su nacimiento o desenvolvimiento, y mucho menos resulta necesaria para su extinción. De este modo, se vuelve imposible determinar el derecho aplicable cuando el punto de conexión no es susceptible de configurarse. La autonomía es la respuesta natural a esta problemática, pues se vuelve una herramienta de planificación. Así lo destacó Bernard Audit (2001) en el Curso General al señalar que “paradójicamente, dar a los interesados la opción de elegir la ley aplicable asegura la previsibilidad de las soluciones mejor que los criterios de conexión considerados ‘objetivos’ y recomendados por los autores anti-autonomistas” (p. 300).

Desde este punto de vista, la autonomía de la voluntad en el ámbito conflictual nos conduce a una solución más conveniente para los cónyuges, ya que proporciona una regulación jurídica conocida y elegida por ellos. Así, habla-

mos de una total previsibilidad y certeza que incluso permite anticipar el resultado de una eventual disputa legal. “La autonomía de las partes es útil porque proporciona un marco normativo en los dos escenarios más probables en los que se necesita la ley, cuando las partes desean prevenir o resolver un conflicto de intereses” (González Beilfuss, 2020a, p. 171).

Retomando las posturas sostenidas con vehemencia por la doctrina, Calvo Caravaca y Carrascosa González (2022a) reviven la idea según la cual las personas son los mejores jueces de sus propios intereses. En este sentido, sostienen que las reglas que las partes elaboran serán siempre superiores al derecho objetivo creado por el Estado, ya que cada persona comprende mejor lo que más le conviene que el propio Estado, así

los poderes públicos, los parlamentos que crean las normas jurídicas carecen de la información necesaria para elaborar normas adecuadas para todas las personas, pues cada persona es diferente. El Estado debe dejar campo libre para que las personas regulen sus relaciones jurídicas con las reglas que ellos mismos crean. (p. 229)

La conclusión a la que arriban es que, mediante esta elección, se llega a un resultado más “eficiente”.

En resumen, esta certeza y previsibilidad, en palabras simples, se traduce en que las partes ajustarán la disolución de su matrimonio a las reglas convenidas anticipadamente que conocen, consienten y quieren que se les aplique. No obstante, es cierto que existen posturas que cuestionan este punto, llegando a considerar que la supuesta certeza que ofrece la autonomía de la voluntad puede ser una “trampa y una ilusión” (Fresnedo de Aguirre, 1991). Esto se debe a que sería necesario que todos los sistemas jurídicos del mundo admitieran el uso de esta facultad, pues no sería posible una previsibilidad si el acuerdo puede ser invalidado.

Es cierto que la implementación universal y coherente de esta facultad enfrenta desafíos; no obstante, no es necesario que todos los sistemas jurídicos del mundo la adopten de manera uniforme para que pueda proporcionar beneficios significativos. La previsibilidad y la certeza jurídica pueden lograrse mediante acuerdos bilaterales o regionales y el desarrollo de principios de DIPr que respeten la autonomía de la voluntad en la mayor medida posible. La creciente liberalización y la contractualización del derecho de familia, junto con la tendencia hacia la armonización legal, sugieren que, con el tiempo, más jurisdicciones adoptarán enfoques que valoren y respeten esta autonomía. En consecuencia, esta facultad debe ser fomentada y perfeccionada en lugar de ser

vista con escepticismo. Comparto en este punto las ideas de González Beilfuss (2022b), quien, tomando esta crítica de eficacia relativa de la autonomía de la voluntad, considera que esto no significa, sin embargo, “que la autonomía de la voluntad no sea, en abstracto, un instrumento idóneo para proporcionar certeza acerca del Derecho aplicable, únicamente que su eficacia se ve comprometida por el hecho de que no se admite (todavía) ampliamente” (p. 107).

De este modo, la elección de la ley proporciona una seguridad jurídica que les permite a los cónyuges conocer con antelación y previsibilidad el ordenamiento jurídico que se aplicará a la disolución del matrimonio. Además, se fomentaría la movilidad de las familias, ya que, aunque cambien de domicilio conyugal, la ley aplicable no se verá afectada en virtud del acuerdo celebrado

3.3 Justicia material y una mayor flexibilidad

Cuando los cónyuges optan por un derecho, no es una elección “ciega”. Nadie elige por elegir; no es el resultado de una decisión infundada, sino que presupone un estudio previo del contenido sustancial del sistema jurídico elegido, es decir, de un resultado material. La elección se hace porque esa regulación les conviene, reduce los conflictos y les resulta atractiva. La admisión de esta facultad requiere que la elección sea el resultado de una “elección informada”. La búsqueda de una justicia material implica que los cónyuges sean conscientes de las consecuencias jurídicas y sociales de dicha elección. Por ello, es fundamental que hayan tenido acceso a la información necesaria sobre el sistema jurídico que ha elegido y, en su caso, sobre las consecuencias de las soluciones derivadas. Al alcanzar esta justicia material, se potenciaría una mayor seguridad jurídica junto con una mayor previsibilidad de soluciones.

Tampoco debemos permanecer ciegos ante una realidad evidente. Es común que los miembros de una familia, debido a la naturaleza íntima de esta unión, regulen sus relaciones según lo que les parece bueno o correcto, sin preocuparse por lo dispuesto normativamente. Esto se debe a que buscan soluciones que se adapten a su modo de vivir, de relacionarse y de comprender lo que es más “justo” para ellos. No están prescindiendo del derecho, sino que lo están utilizando a su conveniencia dentro del marco que el sistema jurídico permite, con una visión mucho más flexible. Junto a ello, debemos dar un paso más “arriesgado”: el respeto a la voluntad de las partes podría permitir imaginar otras soluciones aún más radicales, que cambiarían las perspectivas y promoverían intereses materiales. Así lo señala Vrellis (2015) al decir que

al menos dentro de ciertos límites determinados por la preocupación por proteger la buena fe o la parte más débil, y respetar la dignidad de otros, etc., se podría imaginar un sistema de reglas de conflicto que se basaría, en principio, en la libre voluntad de las partes. Ya no sería el legislador quien designaría de antemano y de manera abstracta la ley aplicable para cumplir con la justicia y otros valores respetables; ya no sería el juez quien decidiría *ex post facto* sobre la base de todas las circunstancias del caso cuál debería ser la ley más justa o adecuada en un caso individual; serían, en primer lugar, las partes involucradas en una relación quienes se referirían libremente a la ley que habían considerado, previamente o posteriormente, como la más adecuada, siendo el juez entonces vinculado por su elección. (p. 393)

A la justicia material se añade el beneficio de la coordinación. La fragmentación de la ley aplicable en relaciones jurídicas que generan una amplia variedad de efectos es uno de los puntos más controvertidos de nuestra disciplina. Esta situación, típica en relaciones matrimoniales, genera complicaciones derivadas del uso de diversos sistemas legales, en las cuales la armonización y la adaptación, tareas arduas por naturaleza, se vuelven operaciones necesarias. La disolución del matrimonio conlleva el despliegue de consecuencias que afectan diversos aspectos de la unión misma. Al estar potencialmente regidos por diferentes sistemas jurídicos, llamados por sus normas de conflicto, la fragmentación puede generar riesgos que requieren atención por parte del operador. En este sentido, someter las distintas materias (como la distribución de los bienes, por ejemplo) conlleva ventajas prácticas al reducir la complejidad de la armonización y adaptación. Esto nos vuelve a conectar con los puntos previamente desarrollados. No es prudente subestimar la importancia de la coordinación, dado que la preocupación al respecto ha llevado al legislador a abordarla específicamente en el inciso c del artículo 2595 del Código. Una de las posibles soluciones es intentar unificar los derechos aplicables, de modo que se logre una “unidad jurídica”. Gracias a esta solución, se estaría aumentando la seguridad jurídica atento a la coordinación que se estaría logrando mediante el sometimiento de las diferentes materias a un mismo sistema legal. Esto mismo no es más que el respeto a la “planificación familiar”.

Sostener que esta elección se enmarca en la noción de “planificación familiar”, análoga a lo observado en el ámbito del régimen patrimonial, implica admitir que los cónyuges no están obligados a permanecer en una unión no deseada, siendo su voluntad el factor determinante para ponerle fin. Asimismo, se les habilita a establecer de forma consensuada las condiciones de la disolución, bajo la premisa de que no existen soluciones más idóneas que aquellas

acordadas por las partes. De este modo, la libertad de elección, aunque sujeta a ciertos controles, opera como un “vector de eficiencia” en la regulación de las relaciones familiares internacionales, en particular respecto de la disolución matrimonial.

La selección de un derecho implica, simultáneamente, una deselección. Se parte de la premisa de que el derecho aplicable resulta de una elección realizada por el legislador, respetando ciertos criterios, como la neutralidad y la proximidad. Sin embargo, la rigidez inherente a la norma indirecta ha evidenciado su falta de idoneidad. En respuesta a esta problemática, se han ideado alternativas con el propósito de otorgar una mayor flexibilidad, con el fin de asegurar una respuesta justa frente a cada caso particular. Cuando la norma indirecta nos remite a un sistema jurídico con poca conexión, se previó la “cláusula de excepción” como mecanismo para evitar la aplicación de soluciones provenientes de un derecho que no tenga vínculos con el caso. Así lo dispone el artículo 2597 del CCyCN. Este enfoque se justifica en virtud de que los criterios de conexión, como el “domicilio conyugal”, pueden ser imprevisibles en determinadas circunstancias. La adopción del principio según el cual el divorcio y otras causales de disolución del vínculo matrimonial se rigen por el derecho del último domicilio conyugal (artículo 2626 CCyCN) les impide a los cónyuges conocer de manera anticipada la resolución de eventuales disputas, limitando esta certeza hasta el momento en que el conflicto se manifiesta. Si el sistema jurídico permite esta “corrección”, ¿por qué no permitirles a los propios interesados realizar esta selección? Esta cláusula permite demostrar que el método de elección —y, en efecto, el punto de conexión— puede no responder al objetivo que se propone.

En esta instancia, la autonomía de la voluntad emerge como una alternativa viable para mitigar esta incertidumbre, al tiempo que se convierte en una solución eficaz al posibilitar la planificación fundamentada en la certeza y el acuerdo mutuo. La libre elección de la ley aplicable al divorcio en los casos internacionales les permite a los cónyuges “llevar una vida más flexible y líquida. Se trata de un punto de conexión, en efecto, dotado de gran flexibilidad: los cónyuges eligen con libertad y dentro de ciertos límites poco estrictos, la ley estatal que prefieren ver aplicada” (Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2022a, p. 235). Cuando los cónyuges pactan un derecho que regirá la disolución del matrimonio, lo harán considerando un sistema jurídico que conocen y con el cual poseen algún tipo de vínculo, ya que no tendría sentido que realicen una elección al azar. La lógica sugiere que la elección recaiga sobre una ley que

les resulte habitual, conocida (en cierta medida) y a la cual deseen ajustar sus comportamientos.

4. Límites y control al uso de la autonomía de la voluntad conflictual

No corresponde ignorar una realidad evidente: admitir la autonomía de la voluntad en las relaciones de familia aún enfrenta resistencia desde parte de la doctrina y de algunos sistemas jurídicos. De hecho, las posturas más acérrimas buscan limitar drásticamente esta visión más liberal. La directa vinculación del derecho de familia con valores éticos y morales es el principal argumento utilizado para sostener esta negativa. La postura de quien suscribe el presente trabajo es claramente contraria a esta consideración. Argumentos y beneficios suficientes para sostener esta tesis se encuentran previamente desarrollados. Sin embargo, abogar por el uso de la autonomía de la voluntad no implica desconocer que no existen principios absolutos y que, por ende, hay límites y controles necesarios para su aplicación. Este entendimiento es lógico, pues la voluntad de las personas sólo debe constituir una fuerza creativa de derecho en la medida en que una ley le haya conferido este poder (Panet, 2015, p. 837). Esto no implica una negación de un movimiento que requiere atención y un nuevo debate: una mayor liberalización y el aumento de la autorregulación como principio.

Ciertamente, es loable cuestionarse si es razonable limitar el uso de la autonomía en el contexto del divorcio internacional. Las reflexiones de Vrellis (2007) son, además de interesantes, oportunas. Para este autor,

el respeto a la libre voluntad no significa que todo lo que el ser humano desee hacer, incluso si es estimable, deba ser aprobado. Un deseo puede ser (moralmente) simplemente tolerado o completamente rechazado. Sin embargo, desde el punto de vista de la justicia (como valor moral), la voluntad humana, aunque digna de respeto, no siempre puede ser aprobada. Solo puede ser moralmente aprobada cuando no es moralmente incorrecta. Del mismo modo, el derecho debe tener en cuenta y otorgar fuerza jurídica a la voluntad humana solo cuando no es injusta; por ejemplo, cuando no perjudica a otros o cuando no es abusiva. (p. 385)

La incorporación de los límites es necesaria para evitar caer en un “hiperindividualismo” en el que la voluntad de una de las partes termine subordinada a la otra, lo que en definitiva no podría ser otra cosa que la expresión de una relación de fuerzas inevitablemente desfavorable para quienes deben ser protegidos

(Rass-Masson, 2019). El cumplimiento de estos requisitos garantizará que la decisión implica que conocen las consecuencias jurídicas de esa elección, configurando así una “elección informada”. Entendido que la autonomía debe tener límites, estas restricciones deberían estar claramente definidas por el legislador. Comparto el razonamiento de González Beiffuss (2020a) en cuanto a que

el Estado tiene un papel que desempeñar en la vigilancia de la autonomía de las partes, porque esta autonomía está moldeada por las normas legales de fondo que se aplican por defecto y, en última instancia, las partes confían en la intervención del Estado para hacer cumplir los acuerdos. Además, el Estado tiene un interés en proteger a las familias, ya que cumplen funciones sociales importantes, como, entre otras, el cuidado de dependientes. (p. 192)

Veremos, entonces, cuáles son algunos de estos límites.

4.1 El uso de la autonomía de modo controlado

Es innegable que las personas involucradas en una relación jurídica tienen interés en seleccionar la ley que juzguen más favorable a sus intereses (Audit, 2001, p. 293). No obstante, esta facultad se encuentra limitada en la medida en que el Estado, como garante del interés general, estime necesario establecer directrices para su ejercicio, siempre que ello sea permitido. Años atrás, y de manera precursora, Jean Yves Carlier (1991) abogó por el uso de la autonomía, pero de manera limitada. Entendía que los límites a esta autonomía se encontraban tanto de manera interna —es decir, relativos al alcance del principio— como de manera externa, resultantes de la aplicación de normas imperativas, del orden público internacional y del fraude a la ley.

En cuanto al primero de ellos, se debe partir de la premisa de que, al aceptar normativamente esta facultad de elección, no debe permitirse que se opte por cualquier ley poco conectada con la relación. Aunque no es esperable que dos personas que decidan disolver su unión elijan un sistema jurídico ajeno a ellos, para brindar mayor seguridad y control sobre esa facultad, el legislador podría establecer limitaciones respecto a las opciones disponibles. Esta primera limitación deriva de que la facultad se refiera a determinadas leyes, es decir, que la elección se realice entre un número limitado de opciones, llamado por la doctrina como la libertad de elegir dentro de la “rosa de leyes” (Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2022a, p. 245) o “catálogo del legislador”. En igual sintonía parece encontrarse Kohler (2013), para quien está

la “libertad de elección” en cuanto a conflictos de leyes solo puede ser limitada, ya que la autonomía de los individuos se limita a elegir entre ciertos derechos determinados por el propio legislador, seleccionados por su cercanía a la situación y que, en principio, tienen la misma legitimidad para regir la relación jurídica en cuestión. (p. 413)

Esta limitación busca evitar la elección de leyes “exóticas” que tengan poca conexión con el matrimonio. Desde otra perspectiva, se critica (Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2022b, p. 1735) que sería poco probable que los cónyuges opten por un derecho que los perjudique o que carezca de conexión con su caso. ¿Acaso alguien elegiría un sistema jurídico del cual no tiene conocimiento previo o con el cual nunca ha tenido algún vínculo?

El motivo de esta limitación es evitar que los cónyuges opten por un sistema jurídico de modo caprichoso, generando mayores costes. En este caso, se trataría de optar por un sistema jurídico que tenga una proximidad real con la situación familiar. Será responsabilidad del Estado establecer este abanico de posibilidades, evitando incurrir en restricciones que anulen esta facultad. Dependerá del legislador establecer si estos límites se detallan específicamente, es decir, indicando cuáles serán esas legislaciones (mediante un catálogo legislativo) o simplemente estableciendo que la elección debe recaer en el derecho de un país con el cual tengan una vinculación especial. Normalmente, la limitación suele realizarse entre aquellas leyes que tienen un vínculo sustancial con el fondo del caso, es decir, la ley nacional y la ley de la residencia habitual, así como eventualmente la *lex fori* y/o la *lex rei sitae* (Nishitani, 2019, p. 264). Las leyes entre las cuales se podrá elegir deben estar congeladas en el tiempo, de modo que se reduzca el conflicto móvil.

Otro límite posible, más adecuado y esperable, es la prohibición del fraccionamiento. A diferencia de lo que ocurre en materia de contratos, en relaciones familiares no tendría sentido práctico permitir la elección de varias leyes estatales, pues el divorcio no es susceptible de verse repartido en compartimentos autónomos. Al mismo tiempo, esta elección deberá recaer en la ley de un Estado, quedando excluido el reenvío, así como aquellas reglas de contenido exclusivamente religioso por resultar normas no estatales.

Finalmente, otro posible límite a considerar es el “tiempo de elección”, es decir, el momento en que los cónyuges podrán hacer uso de esta facultad. Una primera posibilidad, que podría ser la más protectora, consiste en permitir su ejercicio únicamente al momento de presentar la demanda de divorcio. Para defender esta postura, se sostiene que busca proteger a los cónyuges de elecciones irreflexivas o desinformadas, toda vez que

se supone que los cónyuges hacen una elección más reflexiva e informada sobre la ley aplicable al divorcio en el momento en que desean terminar su matrimonio, en lugar de hacerlo cuando contraen matrimonio, lo que puede haber ocurrido muchos años o incluso décadas antes. (Boele-Woelki, 2010, p. 30)

Por otro lado, omitir este límite implicaría aceptar un uso más amplio, apelando —nuevamente— a la planificación familiar. Es decir, permitir que los cónyuges, al momento de celebrar el matrimonio o durante su vigencia, proyecten hacia el futuro el derecho que se aplicará en caso de desear la disolución de la unión. Así lo establece el Reglamento UE 1259/2010, que permite que “el convenio por el que se designe la ley aplicable podrá celebrarse y modificarse en cualquier momento, pero a más tardar en la fecha en que se interponga la demanda ante un órgano jurisdiccional”. Esta opción brinda, sin lugar a dudas, una mayor previsibilidad, ya que los cónyuges conocen con antelación los efectos y consecuencias jurídicas.

Sea cual fuere el momento en que se adopte esta disposición, la elección de la ley aplicable al divorcio debe estar sujeta siempre al control de la autoridad judicial. Esto garantiza que el acuerdo sea producto de un ejercicio libre de esta facultad, sin coacción ni imposición por parte de alguno de los cónyuges, y que se realice con información completa, adecuada y veraz.

4.2 La protección de los principios fundamentales y las normas de policía

La conformación del OPI y su necesaria protección es un tema ampliamente desarrollado en el DIPr. En esta oportunidad, me limitaré a analizar su alcance en el tema bajo estudio.

Abogar por el uso de la autonomía de la voluntad se centra, especialmente, en el respeto a la identidad cultural. Sin embargo, no debemos olvidar que todo sistema jurídico elegido que afecte los principios y valores fundamentales del país donde se tramite el divorcio será rechazado si los contraviene manifiestamente. Ahora bien, la existencia de estos principios fundamentales que deben ser protegidos no constituye una razón suficiente para justificar la exclusión de la autonomía de la voluntad. Lo relevante en esta instancia es comprender que, si el propósito es abordar los eventuales abusos que podrían surgir a través de la elección voluntaria de una ley para la disolución del matrimonio, la función del OPI resulta adecuada para rectificar los excesos derivados de la inadecuación de los términos de la *optio juris* (Panet, 2015, p. 854).

El derecho de familia, tanto en el ámbito interno como en el internacio-

nal, reconoce que cada individuo y cada familia deben tener la posibilidad de desarrollar su propio proyecto de vida sin estar sujetos a normas estatales que puedan menoscabar su autonomía personal, dado que esta constituye un elemento esencial de la identidad. Este enfoque no supone ignorar la existencia de límites basados en valores fundamentales que requieren protección, pero tampoco justificar una eliminación arbitraria de la autonomía como principio inherente a los derechos humanos. Asimismo, aceptar una mayor autonomía de la voluntad no implica desvirtuar la naturaleza ni la relevancia de la familia dentro del sistema jurídico argentino. Tal como señala la doctrina, no debe percibirse esta posibilidad como una amenaza “apocalíptica” que conduzca a la desaparición de estos institutos ni a la eliminación de su rol central en la sociedad (Molina de Juan, 2014, p. 241).

Se entiende que la “contractualización” del derecho de familia provoca una redefinición del orden público en esta área: el orden público en asuntos de familia no solo se está reduciendo a un núcleo más pequeño de valores esenciales, sino que también está experimentando una transformación que puede describirse como un cambio gradual de un *ordre public de direction*, que se centra principalmente en la preservación de ciertos modelos familiares, a un *ordre public de protection*, que se enfoca en la posición del individuo y en la salvaguardia de sus derechos (Franzina, 2011, p. 109). Esta perspectiva ha sido reconocida en la décima conclusión de la Comisión N° 9 de Derecho Internacional Privado, emitida en el contexto de las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en la cual se establece que, dentro de los límites a la expresión de la autonomía de la voluntad en el ámbito de familia, el juez competente deberá “controlar la compatibilidad de las soluciones con los principios de un orden público internacional de protección”.³

No se podría optar por la aplicación de un sistema jurídico que no contempla la disolución del matrimonio. Así lo sostiene Andreas Bucher (2000, p. 64), para quien la vinculación del divorcio a una ley hostil al divorcio no podría resistir al orden público de los Estados que han adoptado una actitud favorable. Sería directamente contrario a nuestros principios fundamentales intentar hacer valer la elección de un derecho que establezca un *covenant marriage* (matrimonio blindado), una figura típica de algunos estados norteamericanos (Arizona, Arkansas y Luisiana). Esta figura, con una fuerte base religiosa, reduce drásticamente la posibilidad de obtener un divorcio, lo cual atenta manifies-

3 Disponible en: <https://www.austral.edu.ar/wp-content/uploads/2024/10/Comision-9.pdf?x30295&x30295>

tamente contra nuestro OPI. Similar caso se presenta cuando se analiza el caso de los “divorcios revocables” en los que solo la voluntad del varón es suficiente para regresar al estado matrimonial (Sánchez Cano, 2019). De igual modo, no se aceptaría una ley que no le garantice a uno de los cónyuges, en función de su sexo, la igualdad de acceso al divorcio. En el mismo sentido, cuando el derecho elegido conduzca a una disolución que resulte discriminatoria, este límite operará de manera incuestionable. Nunca se aplicaría un derecho que conduzca a la afectación de la dignidad de la persona o de los derechos fundamentales. Si se presenta esta situación, en aquellos casos en los que la elección recaiga en un ordenamiento que no permita el acceso al divorcio o contenga disposiciones discriminatorias contrarias al principio de igualdad, le corresponderá a la autoridad judicial aplicar el límite del orden público internacional. Siguiendo el ejemplo del Reglamento UE 1259/2010, sería necesario establecer una norma similar a la del artículo 10, disponiendo que, cuando la ley elegida no contemple el divorcio o restrinja su acceso a alguno de los cónyuges por razones de sexo u otra condición, la autoridad judicial aplicará la ley del foro.

Además del límite mencionado, se encuentran disposiciones imperativas cuya observancia es considerada esencial por un Estado para proteger sus intereses públicos, tales como su estructura política, social o económica, al punto de requerir su implementación en cualquier circunstancia comprendida dentro de su alcance. Me refiero a las conocidas como “normas internacionalmente imperativas” que resultan útiles. Aunque ambas herramientas persiguen un objetivo común al constituir límites a la aplicación de derecho extranjero, se caracterizan por operar de manera dispar, lo que justifica la utilidad de su combinación. El artículo 402 del CCyCN permite exemplificar este punto; llevándolo al DIPr, podría sostener que

[n]ingún derecho elegido o establecido será susceptible de interpretación o aplicación de manera que menoscabe, restrinja, excluya o anule la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, así como los efectos derivados del mismo, ya sea que esté conformado por dos personas de distinto o igual sexo.

Esta disposición, sustentada en principios fundamentales debe ser elevada a la categoría de norma de policía, para fortalecer el adecuado ejercicio de la autonomía de la voluntad.

4.3 Las posibles desigualdades de género

Una de las principales críticas hacia el uso de la autonomía de la voluntad en las relaciones de familia es el temor a que el acuerdo resulte de una posición dominante sobre la otra. La protección de aquellos sujetos jurídicamente vulnerables inclinaría la balanza en favor de sostener normas imperativas, tal como sucede en la actualidad. En estas circunstancias surge el interrogante: ¿cómo asegurarse que se ha dado el consentimiento de manera completamente libre?

Dentro de los debates actuales, uno de los mayores dilemas se centra en prevenir los daños derivados de los desequilibrios generados por los estereotipos de género. La igualdad entre el hombre y la mujer, reconocida en el sistema jurídico de la mayoría de los Estados, no necesariamente se refleja en las realidades de una familia. Es factible que en la intimidad de esa relación existan dependencias que continúen afectando el necesario equilibrio que influya en el acuerdo de elección de ley en el contexto de un divorcio. En este escenario, cabe preguntarse cómo puede el derecho internacional privado proteger a personas en situación de vulnerabilidad, como una mujer víctima de violencia de género, en un proceso de disolución matrimonial.

La estructura de la familia patriarcal, caracterizada por la figura del esposo como jefe del hogar, se encuentra en un evidente retroceso jurídico, al menos desde la perspectiva de las sociedades occidentales. En la actualidad, las familias modernas alcanzan la toma de decisiones de manera conjunta y consensuada al ser un resultado de una unión de dos personas adultas. En este contexto, el ejercicio de la autonomía de la voluntad ya no es una posibilidad, sino una realidad concreta.

No obstante, este ideal al que se aspira no siempre encuentra su reflejo en la realidad de la vida familiar. No se puede negar esta situación: la diversidad de la familia y la forma en la que sus relaciones se desarrollan no siempre se encuentran bajo un manto de armonía. En caso de que se presente tal situación, es razonable cuestionarse si los acuerdos en la disolución de la unión son factibles.

El convenio de disolución matrimonial no debe reflejar la voluntad de un cónyuge sobre el otro, debiendo siempre instaurarse mecanismos que salvaguarden al sujeto que se encuentre en la situación de mayor vulnerabilidad. La constitucionalización del derecho de familia, previamente destacada, constituye el fundamento principal que refuerza la obligación ineludible del Estado de proteger al cónyuge que, en el caso concreto, demuestre encontrarse en una situación de debilidad. Ahora bien, esta vulnerabilidad no debe traducirse en una exclusión del uso de la autonomía de la voluntad conflictual.

La temática en cuestión no deja de revestir complejidad. Incluso, la determinación de lo que debe entenderse por “cónyuge débil” puede conducirnos a una prolongada discusión, no siendo este el foro apropiado para su desarrollo exhaustivo. De manera simplificada, podemos consensuar que dicho término se refiere al cónyuge que se encuentra en una posición económica, psíquica, emocional o fisiológica desventajosa. Sin ánimo de prejuzgar, la protección al cónyuge débil se otorga en la mayoría de los casos a la mujer, principalmente debido a la posible desigualdad económica en la que queda tras la disolución de la unión, habiéndose dedicado a labores domésticas y postergado su desarrollo profesional. Sin embargo, sería claramente excesivo concluir que las mujeres son, por el hecho de ser mujeres, una parte más débil, pues el género no es la única fuente de desequilibrio entre las partes (González Beifuss, 2020a, p. 272). Este aspecto nos obliga a considerar si ello debe siempre suprimir el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

En principio, reitero la postura respecto a que la autonomía de la voluntad empodera a las familias al buscar un sistema jurídico que se ajuste a sus circunstancias particulares. La familia es el ámbito en el cual las personas encuentran protección y buscan el bienestar mutuo. No debe presumirse que las decisiones tomadas afectarán negativamente a uno u otro miembro, ya que el fundamento radica en el altruismo, característica central de una unión con una sólida base emocional. De ahí que se hable de un equilibrio entre el cuidado mutuo, el compromiso, la responsabilidad y la libertad.

Retomando lo expresado previamente, y como menciona Pocar (2008),

al descartar así la solución que tiende a eliminar totalmente el recurso a la autonomía de las partes contratantes para proteger al más débil, se podría considerar permitir solo una elección limitada, o “guiada”, estableciendo y señalando *a priori* un conjunto de leyes entre las cuales solo se podría efectuar la elección. (p. 394)

Otra de las maneras de mitigar esta problemática nos conduce a reiterar que el acuerdo para la disolución del matrimonio debe ser una “elección informada”. Esto implica, en términos simples, estar consciente y entender la decisión que se tome en cualquier momento. No habría, en principio, desigualdad si la opción se sostiene sobre conocimiento del alcance de lo que se firma, lo cual implica que las partes compararon las reglas y han decidido evadirlas (de manera legítima) pensando en su beneficio. Además, no debe olvidarse que los jueces siempre tienen la facultad de controlar y verificar que los conve-

nios no perjudiquen a los integrantes del grupo familiar, asegurando que no contravengan los principios fundamentales de Argentina. Así, el art. 440 del CCyCN permite incluso que el convenio homologado judicialmente pueda ser revisado si la situación se ha modificado sustancialmente. Puede tomarse como punto de partida lo receptado en el Protocolo de La Haya de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimentarias, en el cual se indica que, a menos que las partes hayan sido plenamente informadas y conscientes de las consecuencias de su elección en el momento de la designación, la ley designada no se aplica cuando su aplicación conllevaría consecuencias manifiestamente injustas o irrazonables para cualquiera de ellas. De igual modo, el Reglamento UE 1259/2010 (Roma III) dispone que cada cónyuge debe conocer con precisión las consecuencias jurídicas y sociales derivadas de la elección de la ley aplicable, siendo así la “elección informada” un principio fundamental.

Apelar a que la elección se base en el uso de una facultad “informada” presupone, ni más ni menos, que las partes han accedido a información necesaria, objetiva y veraz sobre lo que implica tanto el ejercicio de esta opción como sus consecuencias. Este ideal puede parecer difícil de alcanzar, ya que es poco probable que las partes conozcan completamente la regulación de un país en su totalidad. Esto ocurre en toda relación jurídica; no es correcto asumir que, si la relación es interna, las partes comprendan plenamente cómo se regula el divorcio. Si así fuera, no habría tantos conflictos ni sería necesaria tanta judicialización. De hecho, toda vida familiar se compone de acuerdos explícitos e implícitos, los cuales no necesariamente tienen en cuenta las disposiciones normativas, pues responden a la privacidad de la familia y a lo que les conviene.

Lo que sí podemos (y debemos) consensuar es que en un matrimonio internacional es más difícil para los cónyuges conocer cuáles son sus responsabilidades y derechos debido a la movilidad de la unión. La certeza jurídica se ve afectada, y una forma de encontrar una solución es permitirles fijar de antemano el marco normativo al que se someterán. Esto lo explica de manera clara González Beilfuss (2020b) al decir que

en muchas ocasiones es difícil hacer un pronóstico acerca de cuál rige. En algunos casos porque las normas de conflicto no están unificadas y el Derecho aplicable depende de la autoridad competente en caso de controversia, lo que, a su vez, es de difícil pronóstico en un contexto de movilidad creciente en el que un número cada vez mayor de familias lleva a una vida transnacional. (p. 106)

Retomando, en algún punto todas las personas son vulnerables. Es cierto que una será más que otra, pero esto también es circunstancial. Una persona que presente un papel dominante posteriormente puede cumplir un rol diferente. “Las familias cumplen funciones sociales importantes en relación con la vulnerabilidad humana y deben ser protegidas por el Estado, si se quiere proteger a los seres humanos de las exigencias económicas que en última instancia serían autodestructivas” (González Beilfuss, 2020a, p. 194). De este modo, una restricción anticipada no constituye una solución suficiente ni eficaz. Las normas vigentes ¿no son aquellas que se aplican y que deben revisarse continuamente, dado que en la práctica pueden llevar a soluciones injustas para los sujetos vulnerables? En efecto, la vía a seguir sería permitir su uso con “mecanismos de salvaguardia” que prevengan este desenlace, de modo que lleguemos a una elección “coordinada”.

Desde el ámbito del derecho aplicable, debemos cuestionarnos cuál es la mejor medida o solución para proteger y actuar en favor de los más vulnerables. La previsibilidad es un punto clave. Aunque pueda criticarse que esta solución no es protectora, no debemos olvidar que no existen normas especiales para los casos de violencia de género. Los puntos de conexión siguen siendo los mismos que existían en el Código derogado, respetando las características propias del método de elección.

Asimismo, podemos encontrar fundamento para esta postura en el principio de igualdad. En efecto, dicho principio abarca el derecho al respeto a la diferencia, sin motivo de discriminación, permitiéndoles a las personas elegir su propio destino, lo cual constituye un reflejo de su identidad. Como no puede ser de otro modo, las disposiciones deberán enfrentar un gran desafío: compatibilizar este respeto a la igualdad (en sentido amplio) con valores fundamentales como la solidaridad familiar.

5. Posibles riesgos (objeciones) a la elección del derecho aplicable

Lo expuesto no desconoce la importancia que la familia mantiene en la actualidad. El propósito, tanto al permitir la elección del derecho aplicable como al restringirla, radica siempre en su protección, buscando la solución más adecuada a las exigencias de la sociedad contemporánea. En este sentido, no se trata de privilegiar un principio sobre otro, sino de lograr una protección efectiva que equilibre esta facultad con los límites y salvaguardias indispensables para preservar una institución esencial.

Uno de los posibles cuestionamientos en torno a esta facultad reside en el riesgo de un uso indebido, lo que inevitablemente plantea la problemática de la manipulación del punto de conexión volitivo. Por ejemplo, si la elección se fundamenta en la residencia habitual de una de las partes al momento de celebrar el acuerdo, podría suscitarse la selección de un sistema jurídico “exótico” o escasamente relacionado con la realidad de esa unión. Sin duda, esta circunstancia desalienta la utilización de la autonomía de la voluntad conflictual, ya que compromete los principios fundamentales que sustentan su desarrollo.

En primer lugar, cabe señalar que, al establecerse el “catálogo de leyes” entre las cuales se podrá elegir, se busca evitar la elección de sistemas jurídicos poco vinculados, lo que reduce considerablemente este riesgo. Asimismo, es importante recordar que sería sumamente improbable que los propios cónyuges opten por un derecho que desconocen o que les resulta ajeno y que lo hagan únicamente por capricho. La elección “informada” sobre las consecuencias de dicha elección es el modo en que se responde a estos interrogantes.

La conexión con otros efectos del matrimonio no genera inconvenientes ni conflictos. En primer lugar, se trata de aspectos claramente diferenciados, conforme lo disponen las normas que regulan los distintos efectos del matrimonio. Tal como sostiene Yves El Hage (2016): “Cuando uno de los cónyuges elige la ley aplicable a su divorcio, es su propia persona la que se ve directamente afectada por esta decisión, y no exclusivamente su patrimonio, como ocurre en el ámbito de los regímenes matrimoniales” (p. 55). En este sentido, la elección del derecho aplicable al divorcio no supone superposición con otros institutos, como el régimen patrimonial matrimonial, regulado por normas específicas. Lo mismo ocurre con el deber de asistencia mutua entre los cónyuges.

Incluso, puede argumentarse de manera opuesta. Tal como lo señala Franzina (2011), al buscar el derecho que consideren más “oportuno”, se les permite a los cónyuges “satisfacer la necesidad de coordinación transectorial” (p. 110). De este modo, el autor sostiene acertadamente que

[m]ientras diferentes normas, basadas en distintos factores de conexión, rijan situaciones estrechamente vinculadas entre sí a nivel de derecho sustantivo, existe el riesgo de que se apliquen leyes diferentes y posiblemente divergentes a cada una de las situaciones en cuestión. Por lo tanto, lograr una coordinación adecuada entre las normas relevantes puede resultar difícil si se depende exclusivamente de los factores de conexión “objetivos”. En este sentido, la autonomía de las partes puede ser útil, produciendo un efecto de “simplificación”, ya que los cónyuges, si lo desean, pueden optar por someter su divorcio o separación legal

a la ley aplicable a una institución “vecina” (como sus obligaciones alimentarias, su régimen de bienes matrimoniales, etc.). (p. 110)

Cabe destacar que el CCyCN permite, aunque de manera limitada, el ejercicio de esta facultad en otros aspectos vinculados al matrimonio. Por ejemplo, la segunda parte del artículo 2630 establece un uso controlado y restringido de la autonomía de la voluntad conflictual al disponer: “Los acuerdos alimentarios se rigen, a elección de las partes, por el derecho del domicilio o de la residencia habitual de cualquiera de ellas al tiempo de la celebración del acuerdo”. Asimismo, respecto al régimen patrimonial, la parte final del artículo 2625 señala: “En el supuesto de cambio de domicilio a la República, los cónyuges pueden hacer constar en instrumento público su opción por la aplicación del derecho argentino”. Es evidente que se reconoce de manera expresa la posibilidad de ejercer la autonomía de la voluntad, permitiéndoles a los cónyuges sustituir el derecho del primer domicilio conyugal por el sistema jurídico argentino. Dentro de las condiciones necesarias para ejercer esta facultad se incluye el requisito del “cambio de domicilio a la República”. Como señala Boggiano (2017), “no dice domicilio conyugal. Podría interpretarse que bastaría el cambio de domicilio de un solo cónyuge” (p. XXVII).

Al reflexionar sobre estas soluciones, se advierte que ninguna de ellas se corresponde con el criterio del “último domicilio conyugal”, utilizado en el artículo 2626 para determinar el derecho aplicable al divorcio vincular. En este sentido, la autonomía de la voluntad conflictual les permite a los cónyuges evitar este “fraccionamiento” en el tratamiento de los distintos efectos del matrimonio, favoreciendo la unificación del derecho aplicable y, con ello, una mayor coherencia normativa en la resolución de las cuestiones derivadas de la relación conyugal. No obstante, es fundamental tener en cuenta que el ejercicio de esta facultad nunca debe vulnerar los derechos de terceros.

6. Breve referencia al derecho comparado

Esta marcada tendencia hacia la flexibilización del derecho aplicable al divorcio vincular ha sido acogida en otros países.

La posibilidad de ejercer la autonomía de la voluntad ya estaba contemplada en la Ley de Derecho Internacional Privado alemana de 1896. En su artículo 14, les permitía a los cónyuges elegir el derecho aplicable a los efectos generales del matrimonio, estableciendo que, si uno de los cónyuges tiene múltiples nacionalidades, los cónyuges pueden optar por el derecho de uno de esos Es-

tados, siempre que también sea la nacionalidad del otro cónyuge. Respecto al divorcio, el artículo 17 remitía al derecho aplicable a los efectos generales, lo que habilitaba el ejercicio de esta facultad. Por su parte, la ley que contiene el Código de Derecho Internacional Privado belga de 2004 también recepta esta posibilidad. Así, además de admitir la elección en el régimen matrimonial (artículo 49), expresamente se habilita la elección para el divorcio y la “separación de cuerpos” en el artículo 55. Esta norma les permite a los cónyuges elegir entre dos limitadas opciones: el derecho del Estado de la nacionalidad de ambos al momento de presentar la demanda o el derecho belga. Esta elección debe expresarse en la primera comparecencia.

La ley aplicable a las relaciones con los extranjeros en materia civil de China, aprobada el 28 de octubre de 2010, en el artículo 26 les permite a las partes, por acuerdo, elegir aplicar la ley de la residencia habitual o la nacionalidad de una de las partes en caso del “divorcio consentido”. Ahora bien, en caso de que el divorcio sea contencioso, se sigue un criterio general, y es aquel en el que prima la ley del tribunal que conoce de ese divorcio, es decir, el *forum loci actus* (Marín Fuentes, 2018, p. 545).

En Latinoamérica, encontramos la Ley 544-14 de República Dominicana. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47, los cónyuges pueden convenir por escrito, antes o durante el matrimonio, la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial entre cuatro opciones: la ley del Estado en el cual los cónyuges tengan su residencia habitual al momento de celebrar el convenio; la ley del Estado del último domicilio conyugal, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio; la ley del Estado cuya nacionalidad posea uno de los cónyuges en el momento de la celebración del convenio; y, finalmente, la ley dominicana, siempre que los tribunales de ese país sean competentes.

Por otro lado, y al igual que ocurre en el derecho local, existen países que no permiten el uso de esta facultad al incorporar normas indirectas rígidas que, en su mayoría, resultan ser de carácter imperativo. España es un claro ejemplo de esta situación. No obstante, desde la doctrina internacionalista, se ha cuestionado esta limitación destacando que

aunque no se admite de modo directo la elección por los cónyuges de la Ley reguladora del divorcio, en la práctica los cónyuges eligen la Ley reguladora de su divorcio mediante un “turismo divorcista” que opera sobre la ecuación “*forum shopping + exequatur= elección de la Ley aplicable al divorcio*”. (Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2022b, p. 1733)

Esto se puede apreciar con lo normado por el Código de Derecho Internacional Privado (o Código de Bustamante). Si bien no incorpora directamente esta autonomía, el artículo 54 establece que “las causas del divorcio y de la separación de cuerpos se someterán a la ley del lugar en que se soliciten, siempre que en él estén domiciliados los cónyuges”. De esta manera, permite que, de forma indirecta, los cónyuges elijan la legislación que les resulte conveniente mediante la fijación de su domicilio en dicho país.

6.1 El caso de la Unión Europea

La determinación del derecho aplicable tanto a la separación judicial como al divorcio vincular se rige por lo dispuesto en el Reglamento (UE) N° 1259/2010 del Consejo, aprobado el 20 de diciembre de 2010, conocido como “Reglamento Roma III”. Cabe destacar que este reglamento no es obligatorio para todos los Estados miembros de la Unión Europea, ya que responde al mecanismo de “cooperación reforzada”.⁴ En consecuencia, solo vincula a Bélgica, Bulgaria, Alemania, España, Francia, Italia, Letonia, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumanía, Eslovenia, Lituania, Grecia y Estonia.

El objetivo principal es fortalecer y promover la libre circulación de personas dentro del espacio integrado, proporcionando una armonización normativa que evite que la diversidad de disposiciones constituya un obstáculo para dicho fin. En efecto, “el Reglamento Roma III preserva, salvaguarda y defiende la diversidad legislativa, y por tanto, cultural y social, en la UE” (Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2022b, p. 1691).

Desde la doctrina, se destaca “la proclamación de la autonomía de la voluntad como criterio principal de conexión” (Espinosa Calabuig, 2016, p. 218).

Esta facultad está expresamente contemplada en el artículo 5, que permite su uso limitado. De este modo, se faculta a los cónyuges a designar la ley aplicable dentro de un “catálogo de leyes”, que incluye: a) la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio; b) la ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio; c) la ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio, o d) la ley del foro. La elección

⁴ Este procedimiento se encuentra previsto en el artículo 20 del TUE y en los artículos 326-334 del TFUE, que permite adoptar un Reglamento exclusivamente para los Estados miembros interesados en profundizar en la cooperación en algunas materias.

deberá realizarse por escrito, estar fechada y firmada por ambos cónyuges y podrá efectuarse o modificarse en cualquier momento, siempre que sea antes de la presentación de la demanda ante la autoridad competente.

Esta limitación, establecida en el Reglamento entre ciertos derechos posibles, responde a los límites previamente analizados, ya que la elección “cerrada” garantiza que los cónyuges sean conscientes de las consecuencias que conlleva el ejercicio de esta facultad, respondiendo así al concepto de una “elección informada”. Otro de los límites que se aprecia fácilmente es la limitación temporal de los derechos que factiblemente se pueden elegir, evitándose así el dilema del “conflicto móvil”.

7. Conclusiones

En el mundo contemporáneo, profundamente influenciado por la globalización, las relaciones jurídicas se internacionalizan con mayor intensidad, lo que obliga al DIPr a responder a este fenómeno creciente, revisando su teoría general. La revisión que el derecho internacional privado de familia requiere no debe limitarse a reescribir las normas actuales; el enfoque debe centrarse en analizar el problema desde un punto de vista axiológico, evaluando el valor y la capacidad de las normas para alcanzar los objetivos para los cuales fueron creadas. En este contexto, debemos reconocer que las disposiciones vigentes no siempre son suficientes y, en algunos casos, resultan inadecuadas para cumplir con sus fines. Cuando esto ocurre, es acertado proponer una nueva solución que sea más adecuada y capaz de alcanzar plenamente su finalidad o el valor que se esperaba que tuviera (Vrellis, 2007, p. 30).

En esta ocasión, el análisis no debe efectuarse únicamente desde la perspectiva del legislador, sino que también debe contemplarse desde la óptica de la propia familia “esencialmente, porque la autonomía de las partes necesita ser acogida por ellos para volverse real” (González Beilfuss, 2020a, p. 170). Es insostenible concluir que las familias no tienen ningún interés en el ejercicio de esta facultad. ¿Tendría sentido permitir que una unión basada en la voluntad de las personas determine las normas para su disolución? Siempre se argumenta que debe existir una conexión razonable y previsible entre el derecho aplicable y la relación en análisis para garantizar la seguridad jurídica. Sin embargo, la internacionalidad a menudo desafía esta previsión, a pesar de los esfuerzos del legislador al crear las normas.

El principal obstáculo para desbloquear este debate radica en la naturaleza

de las normas que regulan el derecho de familia. Con una histórica impronta imperativa y basadas en disposiciones de orden público, se ha sostenido que nada tendría que hacer esta facultad dentro de institutos de esta rama del derecho. La formulación de este pensamiento necesita ser revisada.

El derecho de familia está experimentando numerosas transformaciones que, en cierto punto, cuestionan las regulaciones vigentes y pueden llevarlas a volverse obsoletas. La clásica regulación otorgaba un limitado margen a la autonomía de la voluntad de sus miembros, ya que se basaba en normativas imperativas, considerando el matrimonio y el divorcio como asuntos de gran interés estatal. Ante esta realidad, corresponde analizar si las razones por las cuales se restringió esta libertad siguen siendo pertinentes en la actualidad. Este planteo debe realizarse considerando que los principios que sustentan la organización del Estado deben evaluarse a la luz de los cambios paradigmáticos, tales como la igualdad entre los cónyuges, la solidaridad familiar y el respeto por la vida privada y familiar. En palabras simples, el punto a debatir se centra en comprender que, si el disfrute efectivo de los derechos fundamentales de las personas en el ámbito del derecho de familia depende en gran medida de la existencia de normas adecuadas de DIPr (Franzina, 2011, p. 89), corresponde reconsiderar si la exclusión de la autonomía de la voluntad sigue siendo la solución que mejor responde a los derechos humanos.

Es indudable que las relaciones familiares revisten interés para el Estado y que los derechos y deberes derivados de ellas son establecidos por la ley; sin embargo, no debe olvidarse que dichas relaciones surgen y se desarrollan por la propia voluntad de los integrantes de esa unión. En consecuencia, el razonamiento esperable es el siguiente: quienes se encuentran más próximos a los problemas están en mejor posición para resolverlos, formulando propuestas y decisiones que no sean abstractas, como lo sería lo impuesto por el legislador. Coincido con la doctrina en cuanto a que “el derecho debe encontrar respuestas a las realidades sociológicas a las que se dirige” (Weller, 2022, p. 129), lo que implica considerar a la persona “plural”, es decir, aquella que no responde a una sola identidad cultural. Para ello, el derecho debe mantener una naturaleza flexible y suficientemente abierta a estos cambios, de modo que responda con mayor justicia a las necesidades de la sociedad actual. Esta flexibilidad, como una de las posibilidades, se manifiesta en el uso de la autonomía de la voluntad con un mayor y controlado alcance.

Ante la diversidad de las realidades familiares, el derecho debe no imponer, sino administrar. Esta posición se traduce en un mayor uso de la autonomía de

la voluntad, mediante un uso correcto y controlado, de modo que se respeten los valores fundamentales de un país. Los procesos judiciales no deben convertirse en un instrumento para agudizar el conflicto, sino para solucionarlo, y nada es mejor que una solución consensuada. Ciertamente, la creación de vías alternativas para la resolución de conflictos es una de las posibles soluciones, pero ello no exime la necesidad de que el propio derecho se modifique de manera que no se convierta en un generador de mayores trabas en las relaciones familiares. Esta es una de las principales razones que han motivado el cambio dentro del instituto del divorcio, otorgando mayor protagonismo derivado de la libre voluntad de los cónyuges.

La búsqueda del equilibrio es fundamental. Si bien los sistemas nacionales no son perfectos y han sido objeto de crítica en una extensa doctrina por la insuficiencia del método de elección clásico, tampoco sería adecuado afirmar que los acuerdos privados son viables para todos los matrimonios. La “supuesta” deficiencia del método de elección no es un argumento suficiente para sostener el uso de la autonomía de la voluntad en el tema bajo estudio, pero cuenta con la suficiente fuerza para impulsar el camino hacia libertad que el Estado debe asegurarles a todas las personas.

La contractualización en el derecho de familia es un fenómeno evidente, que puede ser objeto de apreciación positiva o negativa. No obstante, lo que sí resulta susceptible de discusión son los efectos de esta tendencia, especialmente para determinar su alcance y efectividad. En efecto, es innegable la relevancia de los acuerdos surgidos de la voluntad de las partes en lo que respecta a la organización de las relaciones familiares. Tal como señala la doctrina,

el matrimonio en el derecho interno se “contractualiza” y esta evolución no deja de influir en el derecho internacional privado del matrimonio. Aquí, no es el liberalismo económico, sino el liberalismo de las costumbres el que favorece la autonomía de la voluntad y la impulsa a penetrar en el estatuto personal. (El Hage, 2016, p. 46)

A su turno, se destaca la necesidad de respetar la pertenencia y la adhesión de la persona. En este sentido, los criterios clásicos no siempre respetan estas características, siendo la autonomía el mejor medio para realizar la identidad cultural de la persona. El DIPr de familia debe aspirar a proteger y fomentar la identidad cultural de las personas. Tal como se ha sostenido, esto se lograría permitiendo el ejercicio de la autonomía de la voluntad. No obstante, este principio no es absoluto. Dicho respeto debe estar restringido, cuando sea ne-

cesario, en función del interés público y de los principios fundamentales de la sociedad de acogida. Marc Weller (2022) destacó la importancia de la identidad cultural al sostener que

los seres humanos ya no están —como antes— caracterizados por una identidad estable que determina el camino de cada individuo desde su nacimiento hasta su muerte. Este estado de cosas se traduce no solo en numerosos cambios cotidianos, sino también en “cuestiones de vida”. Un individuo puede fácilmente decidir cambiar su residencia habitual. La movilidad mundial aumenta (se estudia, se trabaja o se pasa la jubilación en el extranjero). Además, un individuo puede cambiar las “piedras angulares” de su propia identidad: uno se casa y se divorcia con más frecuencia que antes; se cambia de religión; se cambia de nombre, de sexo, de filiación (mediante una adopción o una gestación subrogada), etc. Así, se pueden modificar prácticamente todas las facetas de la identidad. (p. 129)

Reconocer esta autonomía es aceptar jurídicamente que los cónyuges gozan de la debida libertad para tomar decisiones dentro de su núcleo familiar, en respeto a la intimidad familiar. Esta liberalización (o contractualización) no significa que el Estado renuncie a regular los pormenores de las relaciones privadas familiares y les concede autonomía regulativa a los cónyuges (Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2022b, p. 1795). Toda familia que decide organizarse no tiene por qué dar justificaciones de estas decisiones, siempre que no afecten principios fundamentales. Este fundamento, de carácter filosófico, permite potenciar el desarrollo de la personalidad y de la identidad de los sujetos. De este modo, la elección implicaría optar de común acuerdo por la ley de un país con el cual sienten una conexión real, sea psicológica o jurídica, sobre la cual desean encauzar la disolución de la unión matrimonial.

Esta tendencia representa una novedad “relativa” que está sujeta a debate y que, inevitablemente, requerirá algunos años para integrarse completamente y validar su éxito como una solución definitiva que beneficie los intereses familiares. Independientemente de la respuesta actual, podemos afirmar que el legislador deberá tener en cuenta la naturaleza de las relaciones familiares contemporáneas, la internacionalización y los cambios culturales, con el fin de diseñar una protección específica para los cónyuges.

Predecir lo que sucederá en el futuro es comparable a mirar en una bola de cristal; sin embargo, espero que estas reflexiones puedan servir al menos como una guía: explorar las nuevas fronteras de la autonomía de la voluntad.

Bibliografía

- Audit, B. (2001). Le droit international privé en quête d'universalité. Cours général de droit international privé. En Hague Academy of International Law, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours* (Vol. 305, pp. 10-487).
- Basedow, J. (2012). The law of open societies: Private Ordering and Public Regulation of International Relations: General Course on Private International Law. En Hague Academy of International Law, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours* (Vol. 360, pp. 9-516).
- Boele-Woelki, K. (2010). For Better or for Worse: The Europeanization of International Divorce Law. *Yearbook of Private International Law*, (12), 17-41.
- Boggiano, A. (2017). *Tratado de Derecho Internacional Privado* (Tomo I). La Ley.
- Bucher, A. (2000). La famille en droit international privé. En Hague Academy of International Law, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours* (Vol. 283, pp. 9-186).
- Calvo Caravaca, A. y Carrascosa González, J. (2022a). Ley aplicable al divorcio internacional y autonomía de la voluntad en el Derecho internacional privado de la Unión Europea. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 14 (2), 194-261.
- Calvo Caravaca, A. y Carrascosa González, J. (2022b). *Tratado de Derecho Internacional Privado* (Tomo II). Tirant lo Blanch.
- Carlier, J. Y. (1991). *Autonomie de la volonté et statut personnel: étude de droit international privé* (Tesis doctoral). Faculté de droit, Université catholique de Louvain.
- Durán Ayago, A. (2021). Autonomía de la voluntad, leyes de policía y orden público internacional de los Reglamentos Europeos de derecho de familia y sucesiones. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 13(2), 1003-1021.
- El Hage, Y. (2016). L'autonomie de la volonté dans les règles de conflit de lois sur le couple. *Revue Juridique de l'Ouest*, N° Spécial 2016. Le couple en droit international privé. Première journée de droit international privé Bertrand d'Argentré, 45-62.
- Espinosa Calabuig, R. (2016). El divorcio internacional en la Unión Europea: problemas de coherencia y coordinación normativa. *Revista Boliviana de Derecho*, (22), 208-233.
- Franzina, P. (2011). The law applicable to divorce and legal separation under Regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 december 2010. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 3(2), 85-129.
- Fresnedo de Aguirre, C. (1991). *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional*. Fundación de Cultura Universitaria.
- Fulli-Lemaire, S. (2017). L'autonomie de la volonté en droit international privé européen de la famille. *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law*, (17/8), 1-14.
- Gaudemet-Tallon, H. (2015). L'autonomie de la volonté, jusqu'où?. En Heuzé, V., Libchaber, R. y De Vareilles-Sommières, P. (Dirs.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer* (pp. 273-281), LGDJ.
- González Beilfuss, C. (2020a). Party Autonomy in International Family Law. En Hague Academy of International Law, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours* (Vol 408, pp. 89-361).
- González Beilfuss, C. (2020b). Reflexiones en torno a la función de la autonomía de la voluntad conflictual en el Derecho Internacional Privado de Familia. *Revista Española de Derecho Internacional*, 72(1), 101-115.

- Harrington, C. y Rubaja, N. (2023). Sección 2. Matrimonio. En Herrera, M. y De La Torre, N. (Dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales. Comentado y anotado con perspectiva de género* (Tomo 14, pp. 494-536). Editores del Sur.
- Herrera, M. (2015). *Manual de Derecho de las Familias*. Abeledo Perrot.
- Jayme, E. (1995). Identité culturelle et intégration: le droit international Privé Postmoderne. En Hague Academy of International Law, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours* (Vol. 251, pp. 31-264).
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2014). La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino. En Graham, M. A. (Dir.), *Derecho de las familias, infancia y adolescencia: una mirada crítica y contemporánea* (pp. 3-43). Infojus.
- Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M. y Lloveras, N. (2014). *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014* (Tomo I). Rubinzel-Culzoni.
- Kinsch, P. (2017). Les fondements de l'autonomie de la volonté en droit national et en droit européen. En Panet, A., Fulchiron H. y Wautelet, P. (Dirs.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales* (pp. 13-29). Ed. Bruylant.
- Kohler, C. (2013). L'autonomie de la volonté en droit international privé: un principe universel entre libéralisme et étatisme. En Hague Academy of International Law, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours* (Vol. 359, pp. 299-471).
- Marín Fuentes, J. L. (2018). El nuevo derecho internacional privado chino: cercanía o lejanía con el derecho latinoamericano sobre la materia. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, XVIII, 515-554.
- Molina de Juan, M. (2014). Título I. Matrimonio. Capítulo 7. Derechos y deberes de los cónyuges. En Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M. y Lloveras, N. (Dirs.), *Tratado de Derecho de Familia* (Tomo I, pp. 239-308). Rubinzel-Culzoni.
- Muir Watt, H. (2010). Party Autonomy in international contracts: from the makings of a myth to the requirements of global governance. *European Review of Contract Law*, 6(3), 250-283.
- Nishitani, Y. (2019). Identité culturelle en droit international privé de la famille. En Hague Academy of International Law, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours* (Vol. 401, pp. 127-450).
- Palao Moreno, G. (2013). Crisis matrimoniales internacionales y autonomía de la voluntad. *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, (1), 451-531.
- Panet, A. (2015). Le statut personnel en droit international privé européen Les lois de police comme contrepoids à l'autonomie de la volonté? *Dans Revue critique de droit international privé*, (4), 837-856.
- Pocar, F. (2008). La protection de la partie faible en droit international privé. En Hague Academy of International Law, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours* (Vol. 188, pp. 343-417).
- Rass-Masson, L. (2019). L'originalité des accords familiaux en droit international privé. En Le Gallou, C. y Marmisse-d'Abbadie d'Arrast, A. (Eds.), *Le contrat dans tous ses États* (pp. 53-68). Presses de l'Université Toulouse Capitole. <https://doi.org/10.4000/books.putc.7327>
- Sánchez Cano, M. J. (2019). Inconvenientes que suscitan las crisis matrimoniales con elementos internacionales: comentario a la Sap Zaragoza (sección segunda) de 16 de noviembre de 2018. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11(2), 792-800.

- Scotti, L. (2019). *Manual de Derecho Internacional Privado*. La Ley.
- Turp, D. (2012). La contribution du droit international au maintien de la diversité culturelle. En Hague Academy of International Law, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours* (Vol. 363, pp. 333-453).
- Vrellis, S. (2007). Conflit ou coordination de valerus en Droit International Privé. En Hague Academy of International Law, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours* (Vol. 328, pp. 179-285).
- Weller, M. P. (2022). La méthode tripartite du droit international privé: désignation, reconnaissance, considération. En Hague Academy of International Law, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours* (Vol. 427, pp. 109-21).

Roles de autoría y conflicto de intereses

El autor manifiesta que cumplió todos los roles de autoría del presente artículo y declara no poseer conflicto de interés alguno.

ANÁLISIS, CRÓNICAS Y COMENTARIOS

DIGNIDAD, JUSTICIA Y LEGALIDAD. DESAFÍOS A LA OBJETIVIDAD DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN UN CONTEXTO DE FRAGMENTACIÓN MORAL. ENTREVISTA A LA DRA. PILAR ZAMBRANO

Erman Tejeda¹

Universidad Austral

emtejeda@austral.edu.ar

<https://orcid.org/0000-0001-9406-4571>

DOI: <https://doi.org/10.26422/RJA.2025.0601.tej>

Resumen

En la presente entrevista, la Dra. Pilar Zambrano reflexiona sobre diversas cuestiones vinculadas al concepto de dignidad humana. Destaca su resurgimiento y atribuye este fenómeno al auge del denominado *activismo judicial* o *neoconstitucionalismo*, paradigma en el que la justicia tiende a prevalecer sobre la legalidad formal y donde la dignidad se erige como criterio hermenéutico para justificar interpretaciones constitucionales expansivas. La jurista aborda, entre otros puntos, la ambigüedad conceptual de la dignidad y los riesgos asociados a la derivación arbitraria de derechos a partir de una noción imprecisa. Asimismo, se detiene en la necesidad de promover una interpretación y argumentación jurídica objetivas, ancladas en dimensiones esenciales de la persona humana capaces de ofrecer razones sólidas para la acción. En el plano teórico, la Dra. Zambrano analiza los aportes de Ronald Dworkin y John Rawls en torno al concepto de dignidad y de persona, reconociendo sus contribuciones y señalando sus limitaciones,

1 Entrevista oral realizada el 23 de enero de 2025 por el becario posdoctoral Erman Tejeda, en el marco de su estancia de investigación en la Universidad de Navarra, financiada por el CONICET y la Fundación Carolina, a quienes expresa su agradecimiento. La profesora Pilar Zambrano es doctora en Derecho (*suma cum laude*) de la Universidad de Navarra, España. Abogada con honores por la Universidad Católica Argentina. Actualmente se desempeña como profesora titular de Human Rights and Political Thought en la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra y es investigadora del CONICET (Argentina). Se ha especializado en temas de filosofía política contemporánea, interpretación y argumentación jurídica; y derechos fundamentales. <https://orcid.org/0000-0002-5952-4162/> <https://unav.academia.edu/Mar%C3%ADadelPilarZambrano>

especialmente en lo que respecta a la falta de una fundamentación antropológica adecuada. Finalmente, se pronuncia sobre cuestiones controvertidas como el aborto y el suicidio asistido, argumentando que dichas prácticas comprometen el núcleo de la dignidad humana. A modo de cierre, destaca la importancia de la filosofía del derecho en la formación de los estudiantes de abogacía y subraya el papel central que cumple la interpretación teleológica en la labor jurídica contemporánea.

Palabras clave: dignidad humana, derechos humanos, interpretación, objetividad, aborto, suicidio asistido.

Dignity, Justice, and Legality: Challenges to the Objectivity of Legal Argumentation in a Context of Moral Fragmentation

Abstract

In this interview, Dr. Pilar Zambrano reflects on various issues related to the concept of human dignity. She highlights its resurgence and attributes this phenomenon to the rise of so-called judicial activism or neoconstitutionalism, a paradigm in which justice tends to prevail over formal legality, and where dignity is elevated as a hermeneutical criterion to justify expansive constitutional interpretations. Among other topics, the jurist addresses the conceptual ambiguity of dignity and the risks associated with the arbitrary derivation of rights from an imprecise notion. She also emphasizes the need to promote objective legal interpretation and argumentation, grounded in essential dimensions of the human person, capable of providing solid reasons for legal action. On a theoretical level, Dr. Zambrano analyzes the contributions of Ronald Dworkin and John Rawls regarding the concepts of dignity and personhood, acknowledging their insights while pointing out their limitations—particularly the absence of an adequate anthropological foundation. Finally, she takes a position on controversial issues such as abortion and assisted suicide, arguing that these practices compromise the core of human dignity. In closing, she underscores the importance of legal philosophy in the education of law students and highlights the central role of teleological interpretation in contemporary legal practice.

Key words: human dignity, human rights, interpretation, objectivity, abortion, assisted suicide.

Erman Tejeda: En los últimos años, se han producido distintas investigaciones sobre la dignidad humana (*La dignidad a debate* de Lafferriere y Lell, *Sobre la Dignidad Humana* de Atienza, *No somos dignos* de Guibourg, entre otros). ¿Por qué considera que aconteció este resurgimiento?

Pilar Zambrano: Sería un poco pretencioso de mi parte darte una respuesta concluyente; en todo caso, puedo darte una hipótesis que relaciona este fenómeno con otro: el de la expansión de los derechos humanos. Este proceso también es conocido con el nombre de “activismo judicial”, “neoconstitucionalismo” o como lo ha llamado Juan Cianciardo en un trabajo reciente (en su versión más extrema) “populismo judicial” (Cianciardo, 2024, p. 70). Cualquiera sea la forma en que nos refiramos a este fenómeno, me parece que se explica porque, en el paradigma del Estado constitucional de derecho, se pretende lograr un balance ante una cierta tensión entre lo que es correcto desde el punto de vista de lo justo y lo que es correcto desde el punto de vista de lo legal. Desde esta perspectiva, podría decirse que en el “activismo judicial” los jueces están más preocupados por la justicia de la decisión que por su legalidad, y además identifican a la justicia con la expansión del catálogo de derechos. Así, estiran la letra de la ley bajo el amparo del principio de progresividad y no regresividad de los derechos, lineamiento que ha sido recogido explícitamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Esta expansión puede realizarse —por así decirlo— de manera brutal, sin ningún respeto a la legalidad de las decisiones o sujeción a las fuentes del derecho; o se puede intentar alguna conexión con las fuentes jurídicas que provee el sistema. En este punto, cuando se intenta argumentar esta conexión con las fuentes, son especialmente funcionales los conceptos jurídicos más abstractos, puesto que cuanto más abstracto es el lenguaje, más amplio su campo de aplicación o extensión. En este sentido, el concepto de dignidad es una “joya” para una interpretación expansiva de los derechos o para el activismo judicial.

Creo que esta es una respuesta posible, no sé si es la única.

ET: En su artículo “La dignidad como concepto gozne del discurso jurídico y moral” menciona que, en la práctica jurídica, la naturalidad con la que usamos dicho concepto es indirectamente proporcional a nuestra capacidad para definirlo. ¿Podría explicarlo?

PZ: Intentaré explicarlo. En ese trabajo, subrayo lo que mencionaste un poco siguiendo algunos de los trabajos que están en el libro de Christopher McCru-

dden, *Understanding Human Dignity* (McCrudden, 2013) y también los trabajos de Helga Lell y Nicolás Lafferriere (Lafferrière y Lell, 2021). Lo que se advierte cuando se procuran sistematizar los usos habituales del principio de dignidad en el razonamiento judicial –aparte del uso que explicité en la pregunta anterior– es que se usa para todo lo que se podría utilizar en una decisión judicial. En primer lugar, utilizando una expresión de Robert Alexy y continuando con lo dicho en la respuesta anterior, el concepto de dignidad es utilizado para sacar derechos de la galera, como un mago, es decir, para explicitar o crear derechos implícitos según cómo lo miremos. En todo caso, podríamos decir que se usa para fundamentar la existencia de los llamados “nuevos derechos”. Más concretamente, la dignidad se emplea para determinar cuál es el contenido de los derechos y cuáles son las nuevas obligaciones que emergen para los Estados, tanto en relación con los derechos de libertad como con los derechos prestacionales. En segundo lugar, la dignidad se usa también para justificar el peso de los derechos. O, utilizando la terminología de Kant y de Raz, para fundamentar la fuerza categórica y excluyente que caracteriza a los derechos humanos y que se concreta en su capacidad de derrotar otras pretensiones jurídicas. Este segundo uso puede aplicarse de forma general –arguyendo que lo propio de los derechos humanos es su capacidad de derrotar cualquier otro tipo de derechos o potestades–, o bien en relación con algunos derechos humanos concretos, como el derecho a la proscripción de la tortura, en cuyo caso la dignidad sirve para otorgar a ese derecho particular un peso especial en relación con el resto de los derechos humanos.

En síntesis, la dignidad tiene tres usos principales en el razonamiento judicial. Primero, se emplea para extraer contenido de derechos humanos y ampliar el catálogo o bien el campo de aplicación de cada derecho particular. Segundo, se usa para justificar su particular fuerza categórica o peso. Y tercero, se usa para fundamentar la fuerza categórica no de todos los derechos, sino de algunos en particular. En estas tres formas de argumentación, la dignidad siempre es el punto de referencia.

ET: ¿Estos usos se efectúan sin definir a la dignidad?

PZ: Sí, en términos generales, sin definirla. Esto nos lleva al campo de la filosofía del lenguaje. Una idea de Wittgenstein, retomada por Andrei Marmor y que suscribo, es que la persona competente en el uso del lenguaje no es quien sabe definir, sino quien sabe usar los conceptos (Marmor, 2009, p. 7). Esto lo vemos en los niños: aprenden a utilizar el lenguaje usándolo, no estudiando

reglas semánticas y gramaticales. Si les pedimos una definición de cualquiera de las palabras que usan, lo que hacen es darnos ejemplos. En ese *darnos ejemplos* demuestran su competencia lingüística. Por supuesto, una maestría en el uso de lenguaje también incluye la capacidad de definición.

Volviendo al derecho, ¿es necesario que los jueces definan los conceptos antes de utilizarlos? En general, no; en particular, sí. No es necesario si existe una cierta sintonía entre la forma en la que aplican los conceptos y la forma en la cual se han aplicado en general en su jurisdicción. Ahora bien, cuando esa sintonía no existe, entonces sí aparece la necesidad de una definición como forma de justificar el nuevo uso. En el campo del derecho, esto es especialmente importante debido a los principios de publicidad y de legalidad,

La distinción que acabo de hacer se refleja de forma bastante clara en las primeras cuatro reglas de argumentación de Robert Alexy (Alexy, 1989, pp. 184-197). Según el autor, no es necesario definir los conceptos que se usan, ni siquiera en la argumentación judicial, excepto cuando no hay acuerdo sobre el uso de los conceptos en una determinada comunidad discursiva. Yo creo que esto es lo que ocurre con la dignidad. No sería necesario definirla si hubiese un uso regular, si la comunidad judicial y especialmente los jueces con competencia constitucional y/o convencional lo usarán de una manera uniforme, con la misma función y para el mismo tipo de casos. Pero como esto no ocurre, es necesario una definición o, cuanto menos, una justificación del uso *no* paradigmático. El problema es que, al momento de la definición, se abre un abanico amplio de posibilidades, muchas veces contradictorias entre sí.

ET: En su artículo también advierte sobre una tendencia en la teoría de los derechos humanos a conceptualizar la dignidad de manera desarraigada de su dimensión moral e historia. ¿Por qué le preocupa esta tendencia y qué consecuencias observa a partir de esta escisión?

PZ: Esta es una buena pregunta porque, en mi trabajo, este punto no está desarrollado en profundidad. Evidentemente, muchos autores concuerdan en que hay que definir la dignidad o explicar con qué criterio la aplicamos a una serie de casos, sobre todo cuando no hay acuerdo o no existe un uso generalizado y uniforme del concepto. Entonces, acá aparecen las distintas propuestas teóricas, que se asientan sobre un debate de fondo en torno a la relación entre el derecho y otras prácticas sociales, como la moral o incluso la religión. Un punto de encuentro entre la mayoría de estas propuestas es la idea de que, cualquiera sea la definición de dignidad que se adopte o el criterio para su aplicación,

éste debe estar desconectado de una cosmovisión moral particular y basarse en las fuentes del derecho. En el caso de que se conecte el concepto con alguna cosmovisión moral, debería ser la cosmovisión moral que esté incorporada a las fuentes del derecho. El principio de legalidad es el que sobrevuela como criterio rector para determinar tanto el uso correcto del concepto de dignidad como su posible definición. Estoy pensando en autores como Dworkin o Barak. Ambos autores sostienen que, si se quiere utilizar una cosmovisión moral —por ejemplo, la liberal—, esto solo es legítimo en la medida en que dicha cosmovisión haya sido incorporada a las fuentes del derecho, a través de principios constitucionales y/o mediante la historia de las decisiones judiciales (Barak, 2013, p. 378; Dworkin, 1977, p. 90).

El problema con estas propuestas es su circularidad tautológica. Se utiliza la moralidad institucionalizada para determinar el significado (o el uso correcto) de enunciados constitucionales que son demasiado generales, y luego se verifica si la moralidad institucionalizada es coherente con los principios cuyo significado o uso se intentaban determinar. En mi artículo, ilustro este problema con la metáfora de un hámster en una rueda: voy de las fuentes del derecho a la moral para determinar lo que no está explícito en el derecho, pero luego regreso a las fuentes para validar esa misma moral e incluso para interpretarla.

ET: ¿Por qué afirma que la dignidad es un concepto gozne que une el discurso jurídico y el discurso moral?

PZ: En mi artículo, sigo la interpretación de Kant propuesta por Alejandro Vigo, actual profesor de filosofía moral en la Universidad de los Andes (Chile) y anteriormente en la Universidad de Navarra (Vigo, 2020). También tomo en cuenta los trabajos de Pedro Serna y de John Tasioulas (Serna, 1995; Tasioulas, 2013). Los tres están de acuerdo (aunque los dos últimos autores no usan prioritariamente a Kant) en que la dignidad no es el fundamento del contenido de ninguna prescripción moral o jurídica, sino de la fuerza categórica de toda obligación moral o jurídica. Si aplicamos esta idea a los tres primeros usos que habíamos mencionado con respecto a la dignidad —como fundamento del contenido de los derechos, como fuente de la fuerza categórica de algunos derechos o como base de la fuerza categórica de todos los derechos—, el último es el correcto.

En realidad, la dignidad no solamente es el fundamento de la fuerza categórica de los derechos humanos, sino de la pretensión de corrección moral del derecho en su totalidad. Me explico: podríamos preguntarnos si es racional que el

derecho aspire a ser moralmente obligatorio, para lo cual es preciso que respondamos antes si es racional guiarse por un imperativo categórico, especialmente cuando este se impone sobre deseos e intereses que nos inclinarían a actuar de otro modo. Los imperativos morales son por definición imperativos categóricos, y lo específico de estos es que excluyen cualquier motivación basada en deseos o cálculos pragmáticos. Siguiendo la terminología de Joseph Raz, ante un imperativo categórico debemos desplazar cualquier otra razón primaria para actuar (Raz, 2004, pp. 1-17; Vigo, 2020, pp. 97-98). ¿Es racional obrar así?

Veamos un ejemplo bastante típico: está por explotar una bomba en un estadio repleto durante un partido entre River Plate y Boca Juniors. Sabemos quién puso la bomba, pero no nos quiere revelar el lugar. ¿Deberíamos torturarlo para obtener la información? ¿Torturar a un familiar suyo para presionarlo? Desde una perspectiva utilitaria, habría razones para hacerlo: salvar vidas, castigar al culpable, generar un efecto disuasorio o incluso obtener reconocimiento profesional. Sin embargo, desde el pensamiento kantiano, todas estas razones serían irracionales porque están excluidas por un imperativo categórico. Como habíamos dicho, el imperativo categórico derrota cualquier deseo o interés, incluso cuando estos sean transformados en razones (utilitarias) para obrar de otra forma.

Volviendo al derecho: decir que el derecho tiene una pretensión de corrección moral es decir que, cuando hay un conflicto entre el deseo/interés y el derecho, lo racional es hacer prevalecer al derecho. Las normas jurídicas tienen fuerza moral si y sólo si es racional afirmar que derrotan cualquier deseo o interés de obrar en contrario. Pues bien, ¿cuál es el fundamento racional de esta fuerza categórica? La respuesta es la dignidad de la persona. Si la persona no fuera absolutamente valiosa (digna), no sería racional hacerla titular de derechos con fuerza categórica, esto es, con capacidad para derrotar el deseo o interés general de obrar de otra forma. Si la persona no tuviese en sí un valor absoluto que llamamos “dignidad”, no sería racional que posterguemos nuestros intereses mayoritarios de torturar al terrorista. Desde ya, esto es contrario a lo postulado por Hume y el utilitarismo, que consideran, en sentido contrario, que es irracional postergar los propios deseos e intereses en favor de ningún principio absoluto (Hume, 1992, pp. 561-562). Por consiguiente, la discusión sobre la dignidad no es un debate solamente sobre lo que está bien y lo que está mal, sino sobre la racionalidad de la moral en su conjunto y, por extensión, sobre la racionalidad del derecho como un orden que tiene una pretensión de corrección moral.

ET: En la Universidad de Strathmore, usted enseña la teoría de la interpretación jurídica de Ronald Dworkin. ¿Por qué considera que es importante que los agentes judiciales la conozcan?

PZ: Considero que la obra de Dworkin describe muy bien en qué consiste el razonamiento judicial dentro de un sistema constitucional. Otra cosa es la parte prescriptiva de su obra, pero la parte descriptiva me parece convincente. De hecho, tengo una amplia experiencia enseñando interpretación y argumentación jurídica en posgrados, con personas que están ejerciendo el derecho, y entre las distintas propuestas teóricas, aquella con la cual el alumno suele sentirse más identificado es con la de Dworkin. En particular, es muy convincente su idea de que el razonamiento judicial es un intento de lograr un balance entre la legalidad y la corrección.

Según Dworkin, este proceso implica distintas etapas o juicios. Primero, un juicio pre-interpretativo en el que se identifican las fuentes del derecho. Luego, un juicio orientado a discernir los fines o valores que el derecho busca realizar. Finalmente, un juicio de encaje, en el que se verifica si esos valores, tal como los interpretamos, son efectivamente los que el derecho pretende consagrar. En términos metodológicos, Dworkin nos dice que en todo razonamiento judicial se involucra necesariamente un razonamiento moral enriquecido por el derecho. No se da una oposición entre razonamiento jurídico y razonamiento moral: el razonamiento jurídico es el mismo razonamiento moral, al que se le agrega un contenido jurídico, con toda su carga de institucionalidad.

Dworkin explica muy bien esta síntesis entre derecho y moral en el razonamiento judicial. Sin embargo, considero que tiene un déficit relacionado no tanto con su descripción del rol que juega lo institucional en la decisión judicial, sino del rol que juega la moral en la decisión judicial, porque Dworkin, como buen hombre de su tiempo, es un escéptico moral. Entonces, cuando él conecta la moral al derecho, en el fondo le está poniendo un caballo de Troya al derecho: porque la moral que supuestamente orienta al juez al momento de hacer una interpretación teleológica es una moral puramente formal sin ningún contenido sustantivo. En efecto, esta moralidad se reduce a lo que Dworkin denomina “principio de responsabilidad moral”, que se sintetiza en una autonomía plena sin conexión con valores o bienes objetivos dados (Zambrano, 2007, pp. 303-309). Pero si la moralidad institucionalizada en toda práctica constitucional es, como dice Dworkin, el derecho a determinar no solamente el sentido, sino también el valor de la vida humana, se le hace un flaco favor a la pretensión de legalidad del derecho, porque en lugar de determinar los horizontes morales de

comprensión del derecho y, por tanto, también el significado de los principios jurídicos, se abre una compuerta a casi tantas concepciones morales como intérpretes hay.

ET: A diferencia de ciertas corrientes positivistas del pensamiento jurídico, usted sostiene que los jueces sí crean derecho, de hecho, escribió una obra que se titula *La inevitable creatividad del derecho*. ¿Es posible la objetividad en materia de interpretación jurídica?

PZ: Vuelvo a Dworkin y a la tensión entre legalidad y corrección. A mí me parece que, en términos genéricos, cuando se debate acerca de la objetividad de la interpretación jurídica se agrupan demasiadas cosas dentro de una misma bolsa. La interpretación se refiere a veces a la labor de la ciencia del derecho, la dogmática, y otras a la deliberación previa a la decisión judicial.

Me voy a concentrar en lo segundo, en el juez que tiene que tomar una decisión jurídica sujeta al principio de legalidad y, por tanto, mantener fidelidad a las fuentes del derecho (incluso en este caso, habría que distinguir entre tipos de decisiones y de jurisdicciones, pero no me puedo ahora extender en ello).

La pregunta central sería: ¿es posible argumentar de una manera objetiva la conexión entre la decisión judicial y las fuentes del derecho? Yo creo que es posible si y solo si se dan determinadas condiciones, y que si estas no se cumplen la objetividad de la argumentación de la legalidad es imposible. Por lo demás, el problema de la objetividad o racionalidad de la argumentación de la legalidad judicial no es igual en todos los planos de esa decisión. Una cosa es argumentar cuáles son las fuentes del derecho que rigen un caso; otra cosa es argumentar cuáles son las premisas normativas del caso, es decir, la interpretación de ese conjunto de fuentes; y, finalmente, otra cosa es argumentar el imperio, mandato o sentencia.

Veámoslo más en detalle. La formulación de las premisas normativas es el resultado de un proceso de interpretación a nivel abstracto, que concluye en una suerte de norma general. Este proceso conlleva sus propios problemas, tanto de razonamiento como de argumentación. En efecto, para formular las premisas, el juez debe, de una parte, identificar las fuentes, discernir cuáles son relevantes, identificar su significado público y compararlas entre sí. En segundo lugar (aunque no necesariamente en este orden), la formulación de las premisas normativas presupone una interpretación de la naturaleza jurídica del caso, para lo cual el juez debe distinguir las circunstancias que son relevantes para el derecho, lo que involucra una suerte de “preinterpretación” de los textos rele-

vantes. Esta interpretación del caso se denomina normalmente “subsunción”. A mí me parece que es mejor usar el concepto propio de teoría de la acción de “individuación”, pues connota mejor la complejidad de este juicio. En síntesis, la formulación de las premisas normativas involucra dos formas de razonamiento, de textos y de acciones, cada una con sus propios problemas.

Para llegar a la decisión, el juez debe realizar un tercer juicio, consistente en imputar responsabilidad según los criterios contenidos en las premisas normativas (que ha formulado en la interpretación abstracta) y de acuerdo con la naturaleza del caso (reconocida en el juicio de individuación). Finalmente, debe formular un cuarto juicio, que consiste en la formulación del imperio judicial, por ejemplo, determinar cuánto debe pagarle el deudor al acreedor.

Cada uno de estos juicios está conectado con el anterior, pero se pueden analizar independientemente sus problemas específicos. Por ende, cuando hablamos de objetividad hay que determinar de cuál de estos juicios estamos hablando. Yo creo que hay que hablar de todos, pero hay que distinguir los problemas específicos de cada uno.

Llegados a este punto, nos preguntamos: ¿es posible la objetividad en el razonamiento y/o en la argumentación? Suponiendo que sea posible el razonamiento objetivo de la legalidad de cada uno de los juicios mencionados recientemente, corresponde indagar si es posible argumentarlo objetivamente.

Aquí ya no pensamos en el juez sólo como en quien toma una decisión, sino como en quien que debe exponer razones ante un auditorio compuesto por las partes y por la comunidad jurídica. La cuestión es si es posible ofrecer razones que sean comprensibles y aceptables para la comunidad jurídica en su conjunto. Creo que esto es posible, pero depende de ciertas condiciones que hoy son bastante frágiles. Entre estas condiciones, una es que la comunidad jurídica comparta el mismo horizonte comprensivo del derecho, la misma idea de cuáles son los fines y valores que el derecho se propone realizar. Esto no sólo lo afirma Dworkin, sino también Andrei Marmor, que por lo demás se concibe a sí mismo como continuador de Hart y crítico de Dworkin (Marmor, 2005, p. 147). Si leemos el derecho desde horizontes comprensivos contradictorios o sustancialmente diferentes en lo que concierne a sus fines (acerca de la dignidad o lo que es la realización integral de la persona), probablemente elegiríamos distintos textos, inferiríamos normas distintas a partir de los textos, interpretaríamos de forma diferente los casos y formularíamos imperios judiciales divergentes. La razón de esta diferencia no estribaría tanto en una radical incompetencia lingüística de los jueces, sino en un problema sociológico. Me explico:

para que cualquier comunicación humana sea viable, los interlocutores deben compartir lo que se llama “información pragmática”, una información que no se pone sobre la mesa, que está implícita, pero que es la que les permite a todas las partes leer la misma partitura. Yo pienso que un problema grave de nuestras sociedades que se ha filtrado a la comunidad jurídica es que se ha quebrado este conocimiento compartido porque no se da esa información pragmática. No hay un horizonte comprensivo compartido de los valores y fines que pretende realizar el derecho constitucional, el derecho internacional e incluso cada una de las ramas del derecho. Y sin esta información pragmática compartida, la argumentación objetiva del razonamiento es difícil, por no decir imposible.

ET: Usted también critica a Dworkin: ¿qué considera insuficiente en su concepción de la dignidad, fundada en los principios de autorrespeto y vida auténtica?

PZ: Dworkin plantea ciertas intuiciones fundamentales en su pensamiento que, en mi opinión, explican su enorme influencia y su capacidad para iluminar la naturaleza del derecho. La idea de igual consideración y respeto como síntesis del significado moral de la dignidad es perfecta. Kant hablaba sobre un imperativo general de respeto, Dworkin se explaya un poco más y habla de igual consideración y respeto a toda persona. Destacar que el respeto implica también igual consideración es, sin duda, una de sus mayores aportaciones (Dworkin, 2014, pp. 29, 400-403).

El problema surge cuando Dworkin intenta trasladar esta formulación altamente abstracta —que funciona casi como un imperativo categórico de la moral y del derecho— a criterios concretos para determinar qué significa en cada caso tratar a cada persona con igual respeto y consideración. En particular, porque desde su escepticismo moral reduce esta noción a una autonomía que ni siquiera está sujeta al principio universalidad kantiano y que termina siendo indistinguible del mero deseo de cada una de las partes. Me parece que la insuficiencia de Dworkin radica en este horizonte comprensivo, porque en última instancia parte de un escepticismo moral (que no quiere aceptar, puesto que sabe cuáles son las consecuencias de esa aceptación).

ET: En la práctica judicial, es común que los magistrados incurran en el error de interpretar la dignidad para derivar derechos implícitos a partir de ella. ¿Qué considera sobre este modo de razonamiento?

PZ: Considero que derivar derechos a partir del concepto de dignidad es indebido e ilegítimo. Como he señalado antes, la dignidad es la fuente de una

obligación de respeto, pero no determina en qué consiste respetar. Para determinar qué conducta expresa respeto se necesita alguna noción de lo que es la realización integral de la persona, una identificación de los bienes humanos básicos comprometidos en cada situación concreta y un análisis de cómo y por qué estos bienes pueden verse amenazados o deben ser protegidos. Los juicios mediante los cuales se responde a estas cuestiones son, en palabras de Raz, “razones auxiliares” de la decisión (Raz, 2022, pp. 34-35). Esto es, razones que dan cuenta del contenido de las razones normativas: una antropología que describe lo que es la realización integral de la persona, una suerte de sociología que describe cuáles son las amenazas actuales a esa realización y una comprensión de la naturaleza del caso. Si omitimos todo esto y nos limitamos a invocar la dignidad, incurrimos en un razonamiento inválido y también ilegítimo. Inválido por insuficiente, e ilegítimo porque evitamos deliberadamente el debate más complejo dentro de la comunidad jurídica, lo cual encierra una falta de transparencia y publicidad en la argumentación judicial.

ET: Aparte de Dworkin, hay un filósofo político que usted también ha estudiado durante muchos años, John Rawls. ¿Por qué le dedicó tanto tiempo de estudio y qué puntos de su doctrina la llevaron a criticarlo, especialmente en lo relacionado a su noción de persona?

PZ: En lo que respecta a John Rawls, hay una cuestión biográfica que me resulta relevante: realicé mi tesis doctoral sobre Rawls y Dworkin y me enfoqué en sus concepciones de la persona y la vida humana. En las tesis doctorales, uno normalmente se centra en encontrar las partes fuertes y débiles de una argumentación, pero sobre todo las partes débiles, porque se pretende decir algo relevante. Además, cuando uno es joven, tiende a creer que la originalidad radica en la crítica. Ahora, bastante tiempo después, matizaría muchísimo varias de las críticas que formulé en mi tesis doctoral.

Dicho esto, creo que Rawls es el autor de filosofía política liberal más importante del siglo XX, que ha influido no solo en la filosofía política del siglo XX, sino que continúa influyendo en la del siglo XXI. También ha influido en la comprensión del derecho y en otras áreas disciplinarias. Las razones de esta influencia las da el propio Rawls en la introducción de su obra, *Liberalismo Político*, donde recoge y sistematiza distintos trabajos previos (Rawls, 1995).

Como explica Rawls en esa obra, hasta que él publicó su *Teoría de la Justicia* en el año 1971 (Rawls, 2006), la enseñanza de la filosofía política en la academia norteamericana y en el mundo anglosajón en general oscilaba entre dos extre-

mos: el utilitarismo, basado en John Stuart Mill, y un intuicionismo vinculado a John Locke (que fundamenta el liberalismo en una concepción moderna del derecho natural). Rawls consideraba que el liberalismo había llegado, así, a un callejón sin salida: debía optar entre, por un lado, reducirse a una propuesta utilitaria con todo lo que esto supone para el peso de los derechos (la desaparición de su fuerza categórica) y, por otro lado, acercarse demasiado a la tradición del derecho natural, lo que suponía una renuncia al antiperfeccionismo liberal. El autor propuso una tercera vía en su *Teoría de la Justicia*, aplicando a la pregunta ¿qué es lo justo? la metodología que usa Kant para la pregunta ¿qué es lo bueno? ¿Qué pretendía Rawls con esto? Devolver a los derechos su fuerza categórica sin por eso asumir una concepción moral sustantiva-material, que él identificaba con el intuicionismo.

Su propuesta, sin embargo, no estuvo exenta de críticas. En particular, Sandel apuntó dos problemas en su obra, *Liberalism and the Limits of Justice* (1998). Primero, que Rawls construyó un sujeto moral (*the unencumbered self*) artificialmente separado de todo contexto normal de toma de decisiones. Segundo, que no fue neutral, pues aún si la teoría moral kantiana no es (en la interpretación de Rawls) sustantiva, es una teoría moral concreta. Rawls acepta sobre todo esta segunda crítica y por eso propone en su libro *Liberalismo Político* una nueva propuesta de fundamentación de la teoría liberal de la justicia, que es la del consenso entrecruzado.

Ahora bien, ¿por qué fue tan relevante Rawls y cuál es el Rawls que más trascendió? El que más trascendió, desde mi punto de vista, es el segundo Rawls, el del *Liberalismo Político*. Y trascendió porque comprendió los problemas de su tiempo de una manera en la que no los había comprendido nadie. Comprendió la dificultad que representa para cualquier sociedad organizarse jurídica y políticamente cuando no hay un horizonte moral compartido. Desde mi punto de vista, creo que entendió este problema como nadie. No solo para criticar la tradición del derecho natural que era la que más incómoda podía ponerse frente al pluralismo, sino también para criticar el propio liberalismo anterior a él e, incluso, su propia comprensión inicial. Desde esta perspectiva, su crítica al utilitarismo se dirige no solamente a su incapacidad para defender la fuerza categórica de los derechos, sino también a su parcialidad: el utilitarismo estaría asumiendo una teoría moral concreta y esto sería inadmisible en un ámbito plural. En síntesis, su trascendencia se debe a que rompió con el *status quo* de su tiempo. Identificó los problemas y trató de resolverlos.

Ahora bien, ¿cuál sería la crítica que considero oportuna? Insisto que rescato

mucho más de lo que rescaté en mis trabajos anteriores por mi propia inmadurez y limitaciones. No obstante, mantengo una crítica, que es la misma que podría realizarle a Dworkin: esa suerte de dogma del convencionalismo radical en todo el plano axiológico-valorativo y moral. Digo que es un dogma porque es el punto de partida que el autor no discute. Da por obvio que la única solución posible al pluralismo es una renuncia total a la objetividad axiológica y moral. Creo que es un dogma porque se impone y no se defiende, se presenta como obvio y evidente. De este modo, le hace un flaquísimo favor al resto de su propuesta, que, si no fuera por eso, sería en muchos aspectos muy rescatable. Esto mismo es lo que dice Ratzinger sobre Rawls (Ratzinger, 2008, p. 539).

ET: ¿Y qué aspectos del concepto de persona en el pensamiento de Rawls considera insuficientes?

PZ: Precisamente esta suerte de renuncia a la verdad. Él mismo dice que en lugar del concepto de verdad va a usar el estándar de “aceptabilidad” para todos los presupuestos metafísicos o antropológicos de su teoría política. De todos estos conceptos “aceptables”, el más importante es el de persona, puesto que no podemos desarrollar ninguna teoría de la justicia si no nos preguntamos qué es la persona y qué es una sociedad bien organizada. Y estas dos preguntas se pueden responder con una pretensión de verdad, o renunciando a la pretensión de verdad y buscando solamente aquello que sea aceptable. Él dice que es esencial en cualquier teoría de la justicia que se dirige a un auditorio fragmentado renunciar a la pretensión de verdad. En consecuencia, la concepción de persona será aquella que podamos construir mediante un consenso entrecruzado. Entonces, para Rawls, no hay nada más allá de la construcción social del concepto de persona ni debe haber algo más allá. La construcción es el punto de partida y el punto de llegada de todo diálogo.

Yo creo que la idea de consenso entrecruzado está muy bien, pero como un punto de partida para fijar las premisas en las que estamos de acuerdo y a partir de las cuales podemos seguir indagando sobre cuál es la naturaleza de la persona. Rawls dice que esto no es posible y no es legítimo, y me parece que esto, al igual de lo que sucede con Dworkin, termina hundiendo sus pretensiones más básicas. Termina debilitando incluso su lucha contra el utilitarismo, ya que los derechos van a ser tan variables y contingentes como el concepto de persona a partir del cual se infieren.

ET: En algunos de sus estudios, como en “El horizonte comprensivo de nues-

tras prácticas constitucionales”, también analizó el aborto. ¿Qué piensa con respecto al fallo *Beatriz* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? ¿Cómo considera que este influirá en la interpretación y aplicación de los derechos reproductivos y autonomía de la mujer?

PZ: Soy coautora de un *amicus curiae* que fue firmado por varios profesores y presentado ante la Corte, por lo que conozco el caso y también el informe de la Comisión. Conozco la sentencia de la CorteIDH, pero no la he estudiado en profundidad todavía, por lo cual todo lo que diga es provisorio. En todo caso, me detendría en dos puntos.

En cuanto a los aspectos positivos del fallo, podemos decir que en ningún momento, ni directa ni indirectamente, se afirma la existencia de un derecho humano convencional al aborto. Decir esto hubiese implicado romper con el *rule of law*, en especial teniendo en cuenta lo que dice el artículo 4.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que reconoce la existencia del derecho a la vida a partir del momento de la concepción, por lo que afirmar la existencia de un derecho al aborto en ese sistema hubiese sido casi como romper toda pretensión de legalidad dentro del sistema. Felicito en esto a la Corte por no haber acogido la pretensión de la Comisión de que se afirmara la existencia de un derecho al aborto.

Por otro lado, por la puerta de atrás, la Corte usa y afianza un concepto relativamente nuevo, como el de *violencia obstétrica*. El concepto había sido recogido por la Corte en la Opinión Consultiva 29-22, tomando como fuente un Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer de 2019 (A/74/137, de 11 de julio de 2019, párr. 22). En todo caso, pienso que la novedad de cualquier concepto exige máximo cuidado en su introducción al sistema. En particular, porque la Corte tiene autoridad sobre un conjunto de Estados, que a su vez tienen sus propias instituciones democráticas y sus propias políticas en relación con la salud maternal. Me parece, en fin, que exigir a los Estados que protejan contra la “violencia obstétrica” (sea lo que sea que ello signifique) es, cuanto menos, muy poco conciliable con lo que el TEDH denomina “el margen nacional de apreciación”. En efecto, el concepto de *violencia obstétrica* es un concepto que difícilmente pueda considerarse supranacional e independiente del margen legítimo de determinación de los países que forman parte de los sistemas jurídicos. Entonces, luces y sombras con el caso. También me parece que no es azaroso que hayan introducido este concepto, sino que se está tratando de preparar el camino para ir restringiendo cada vez más el margen de acción de los Estados con respecto a la protección del derecho a la vida.

ET: En su tesis doctoral abordó el tópico del suicidio. Entiendo que también lo analizó a la luz de casos como *Washington v. Glucksberg* y *Vacco v. Quill*. Desde una perspectiva ética y legal, ¿cuáles considera que son los mayores desafíos o riesgos al legislar sobre la eutanasia, especialmente con relación a los derechos individuales y el deber del Estado de proteger la vida?

PZ: Con respecto a la eutanasia, se presenta el peligro de la “pendiente resbaladiza” (*slippery slope*), que puede ser política o lógica.

En cuanto a la pendiente resbaladiza política, el peligro radica en que las personas que se encuentran en un estado de vulnerabilidad, y que por esa razón necesitan una protección especial por parte del Estado, son todas las que están en la categoría de persona que pueden pedir la eutanasia. Me refiero a personas con enfermedades como la ELA, personas cuadripléjicas o en estado vegetativo, entre otras. Al incluirlas en la categoría de titulares del pretendido derecho a la eutanasia, el Estado envía un mensaje muy claro, consistente en que su vida vale menos que la de los demás (por eso pueden pedir la eutanasia y el resto no). Este mensaje afecta la igualdad de estas personas de manera simbólica, pero, además, reduce su barrera de protección. Son personas que deben expresar explícitamente que no desean la eutanasia, mientras que quienes no se encuentran en esa situación no tienen que justificar su negativa. De este modo, se baja el nivel de protección a los más vulnerables y se ataca el principio de vulnerabilidad recogido en los dos sistemas regionales de derechos humanos. Por lo demás, debemos considerar que en los países que han legalizado la eutanasia se ha ampliado, mediante la interpretación, el tipo de casos en los que se puede solicitar la eutanasia.

En cuanto a la pendiente resbaladiza lógica, surge porque, al legalizar la eutanasia, asumimos una serie de premisas que desestabilizan el orden en su totalidad. La primera y principal premisa es que la vida humana ya no tiene un valor absoluto, sino relativo. Esta premisa implica, como en un efecto dominó, deshacernos del concepto de dignidad. Cuando hablamos de un valor absoluto estamos haciendo referencia a un valor que no está sujeto a ningún cambio circunstancial: no depende de cuánto queremos vivir o cuánto la sociedad reconoce ese valor. Por eso, cuando se relativiza el valor de la vida en función de la voluntad de vivir y/o de ciertas situaciones existenciales, entonces negamos la naturaleza absoluta del valor de la vida humana, y cuando negamos el valor absoluto de la vida, negamos el valor absoluto de la persona (su dignidad). En este sentido, el derecho a la vida es distinto a todos los demás derechos, no solo porque es el soporte existencial de estos, sino también porque, si lo relativiza-

mos, expulsamos el concepto de dignidad del sistema y transformamos todo nuestro sistema jurídico en un sistema con una lógica utilitaria.

ET: Por último, usted es profesora de grado y posgrado y, en particular, de Filosofía del Derecho. ¿Por qué cree que esta materia es esencial en la formación de los abogados?

PZ: La primera razón es que la filosofía del derecho nos sitúa ante la pregunta por los fines del derecho en la existencia humana, sin cuya respuesta no es posible razonar jurídicamente con precisión. Si no sabemos para qué existe el derecho, no seremos capaces siquiera de comprenderlo, por no hablar de criticarlo. Por lo tanto, en algún punto de la carrera de Abogacía hay que detenerse a pensar sobre los fines del derecho, sobre la relevancia del derecho para realizar estos fines y sobre la forma específica en la que el derecho los desarrolla (y se diferencia, por ejemplo, de la moral). Sólo entonces podremos justificar nuestra propia comprensión del conjunto de las fuentes del derecho positivo y, en su caso, nuestra crítica.

Pero ahora voy a la otra forma de responder esta pregunta. Podría no existir la materia Filosofía del Derecho si cada uno de los profesores que imparte su propia asignatura asumiera una mirada filosófica acerca de los fines de su propia área del derecho. En este caso, no necesitaríamos la asignatura o bien podría ser (sumamente) conveniente en razón de su aproximación sistemática a las cuestiones mencionadas, pero no sería estrictamente necesaria.

Bibliografía

- Alexy, R. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Barak, A. (2013). Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right. En McCrudden, C. (Ed.), *Understanding Human Dignity* (pp. 361-380). Oxford University Press.
- Cianciardo, J. (2024). Interpretación convencional y populismo: una aproximación desde el caso Beatriz. En Ranieri de Cechini, D. y Calderone, S. (Dirs.), *El aborto ante la Corte IDH: a propósito del caso “Beatriz vs. El Salvador”* (pp. 53-79). El Derecho.
- Dworkin, R. (1977). *Los derechos en serio* (Trad. M. Gustavino). Ariel.
- Hume, D. (1992 [1739]). *Tratado de la naturaleza humana*. Tecnos.
- Lafferrière, N. y Lell, H. (2021). Los usos del término dignidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Jurídica*, 20(43), 315-348.

- McCradden, C. (Ed.). (2013). *Understanding Human Dignity*. Oxford University Press.
- Marmor, A. (2005). *Interpretation and Legal Theory* (2^a ed.). Hart Publishing.
- Marmor, A. (2009). *Social Conventions: From Language to Law*. Princeton University Press.
- Ratzinger, J. (2008). Discurso preparado por el Santo Padre Benedicto XVI para el encuentro con la universidad de Roma La Sapienza. *Cauriensia*, III(2008), 535-542.
- Rawls, J. (1995 [1993]). *Liberalismo político* (Trad. S. R. Madero Báez). Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (2006 [1971]). *Teoría de la justicia* (Trad. M. D. González, 2^a ed.). Fondo de Cultura Económica.
- Raz, J. (1990). *Practical Reason and Norms* (2^a ed.). Oxford University Press.
- Raz, J. (2004). Incorporation by Law. *Legal Theory*, 10, 1-17.
- Sandel, M. J. (1998). *Liberalism and the Limits of Justice* (2^a ed.). Cambridge University Press.
- Serna, P. (1995). La dignidad de la persona como principio de derecho público. *Derechos y Libertades*, 4, 287-306.
- Tasioulas, J. (2013). Human Dignity and the Foundations of Human Rights. En McCradden, C. (Ed.), *Understanding Human Dignity* (pp. 291-312). Oxford University Press.
- Vigo, A. G. (2020). Conciencia, ética y derecho. En *Estudios sobre Kant, Fichte y Hegel, Reason and Normativity*. Olms.
- Zambrano, P. (2007). Objetividad en la interpretación judicial y objetividad en la moral. Una reflexión a partir de las luces y sombras de las propuestas de Ronald Dworkin. *Persona y Derecho*, 56, 281-326.
- Zambrano, 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.

Conflictos de intereses

El autor, Erman Tejeda, declara no poseer conflicto de interés alguno.

LA PROHIBICIÓN DE LA REELECCIÓN INDEFINIDA EN FORMOSA: ANÁLISIS DESDE EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Agustina N. Vazquez

Universidad Argentina de la Empresa

aguvazquez@uade.edu.ar

<https://orcid.org/0000-0003-4753-5021>

Christian G. Sommer

Universidad Católica de Córdoba

csommer@ucc.edu.ar

<https://orcid.org/0000-0002-9973-7840>

Luis F. Castillo Argañarás

Universidad Argentina de la Empresa

lfcastillo@uade.edu.ar

<https://orcid.org/0000-0001-5566-462X>

DOI: <https://doi.org/10.26422/RJA.2025.0601.vaz>

Resumen

Este artículo analiza el fallo de la Corte Suprema de Justicia de Argentina en el caso *Confederación Frente Amplio Formoseño c/ Formosa, Provincia de s/ amparo* y lo relaciona con la Opinión Consultiva OC-28/21 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CADH) sobre la reelección presidencial indefinida. Se argumenta que la reelección indefinida es incompatible con los principios de democracia representativa y los estándares internacionales de derechos humanos. El estudio aborda los conceptos de legalidad, necesidad y proporcionalidad en el marco del artículo 23 de la CADH y destaca la importancia de la alternancia en el poder como elemento esencial de un sistema democrático. Asimismo, se reflexiona sobre los impactos políticos y sociales de este tipo de restricciones en el contexto latinoamericano.

Palabras clave: reelección indefinida, democracia representativa, derechos humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Argentina.

The Prohibition of Indefinite Re-election: Analysis from the Inter-American Human Rights System

Abstract

This article analyzes the ruling of the Supreme Court of Argentina in the case ‘Confederación Frente Amplio Formoseño c/ Formosa, Provincia de s/ amparo’ and relates it to Advisory Opinion OC-28/21 of the Inter-American Court of Human Rights on indefinite presidential re-election. It is argued that indefinite re-election is incompatible with the principles of representative democracy and international human rights standards. The study addresses the concepts of legality, necessity, and proportionality within the framework of Article 23 of the ACHR and highlights the importance of power alternation as an essential element of a democratic system. Furthermore, it reflects on the political and social impacts of such restrictions in the Latin American context.

Key words: indefinite re-election, representative democracy, human rights, Inter-American Court of Human Rights, Argentina.

1. Introducción

El 19 de diciembre de 2024, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (en adelante, CSJN) declaró la inconstitucionalidad de la cláusula de reelección indefinida en la provincia de Formosa. Este fallo histórico, que impacta directamente en la consolidación de las bases del sistema republicano y democrático, se conecta con las reflexiones realizadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en su Opinión Consultiva de 2021 sobre la reelección presidencial indefinida (OC). Ambas decisiones comparten un hilo conductor: la interdependencia entre democracia representativa, derechos humanos y la necesidad de preservar la alternancia en el poder para evitar el debilitamiento institucional y la concentración excesiva de poder.

El Sistema Interamericano, basado en principios de democracia representativa y derechos humanos, reconoce la alternancia en el poder como un elemento esencial para garantizar el equilibrio entre los derechos individuales y colectivos. La OC destacó que la reelección indefinida, lejos de constituir un derecho humano autónomo, representa un riesgo potencial para la democracia al debilitar los partidos de oposición, limitar la participación plural y concentrar el poder político en una sola figura.

El fallo de la Corte Suprema argentina también pone en evidencia la tensión entre el principio democrático y la posibilidad de perpetuarse en el poder. Al declarar inconstitucional la norma provincial de Formosa, el tribunal subrayó la importancia de la división de poderes y la necesidad de que las provincias

argentinas respeten los principios republicanos establecidos en la Constitución Nacional, estableciendo un diálogo con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

2. Análisis del fallo de la Corte Suprema de Justicia de Argentina

El 20 de diciembre de 2023, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó un fallo que declaró la inconstitucionalidad del artículo 132 de la Constitución de la Provincia de Formosa, que permitía la reelección indefinida del gobernador y vicegobernador. Este caso, que se originó a raíz de una acción de amparo presentada por los apoderados del frente electoral Confederación Frente Amplio Formoseño, cuestionaba la octava candidatura consecutiva de Gildo Insfrán al cargo de gobernador, prevista para el período 2023-2027. La controversia se centró en si dicha disposición violaba el artículo 5º de la Constitución Nacional, que obliga a las provincias a garantizar un sistema republicano de gobierno.

El artículo 132 fue impugnado bajo el argumento de que promovía la perpetuación en el poder, en detrimento de los principios de periodicidad, alternancia y división de poderes. La Procuración General de la Nación, mediante el dictamen emitido por Eduardo Casal, coincidió con el planteo, señalando que la norma provincial resultaba incompatible con el sistema republicano y democrático consagrado en la Constitución Nacional.

Artículos en pugna		
Artículo 132 de la Constitución de Formosa	Artículo 5 de la Constitución Nacional	Artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos
El Gobernador y el Vicegobernador durarán cuatro años en el ejercicio de sus cargos, y podrán ser reelectos.	Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.	1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) De participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) De votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) De tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

2.1 Cronología de hechos relevantes

- Conversión de Formosa en provincia argentina (1955):

El 28 de junio de 1955, el Congreso Nacional sancionó la Ley 14408, que convirtió al entonces Territorio Nacional de Formosa en una provincia argentina.

- Elección de Gildo Insfrán como vicegobernador (1987):

Insfrán asumió como vicegobernador el 10 de diciembre de 1987, acompañando al gobernador Vicente B. Joga.

- Reección de Gildo Insfrán como vicegobernador (1991):

Insfrán fue reelegido como vicegobernador para un segundo mandato, de 1991 a 1995.

- Reforma Constitucional de Formosa (1991):

Durante el segundo mandato de Insfrán como vicegobernador, se modificó la Constitución de Formosa para habilitar la reelección de dos mandatos consecutivos para gobernador y vicegobernador (entonces artículo 129).

- Elección de Gildo Insfrán como gobernador (1995):

Insfrán asumió su primer mandato como gobernador.

- Interpretación judicial del Superior Tribunal de Justicia de Formosa (1999):

El Superior Tribunal de Justicia de Formosa determinó que debía contabilizarse un solo mandato de Insfrán como gobernador entre 1995 y 1999, facilitando su reelección en 1999.

- Reección como gobernador (1999):

Insfrán fue reelegido para un segundo mandato, ejerciendo como gobernador de 1999 a 2003.

- Reforma Constitucional de Formosa (2003):

Una nueva Convención Constituyente modificó la Constitución provincial, permitiendo la reelección indefinida para los cargos de gobernador y vicegobernador (artículo 132).

- Reección como gobernador (2003):

Insfrán fue reelegido por tercera vez, ejerciendo como gobernador de 2003 a 2007.

- Reección como gobernador (2007):

Insfrán fue reelegido por cuarta vez, gobernando entre 2007 y 2011.

- Reección como gobernador (2011):

Insfrán obtuvo su quinto mandato consecutivo, ejerciendo como gobernador de 2011 a 2015.

- Reección como gobernador (2015):

Insfrán fue reelegido por sexta vez, gobernando de 2015 a 2019.

- **Reelección como gobernador (2019):**

Insfrán fue reelegido por séptima vez consecutiva, gobernando entre 2019 y 2023.

- **Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2021):** La Opinión Consultiva 28/21 señaló que la reelección indefinida vulnera los derechos políticos del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

- **Inicio de la Acción de Amparo (2023):**

El 25 de junio de 2023, la Confederación Frente Amplio Formoseño presentó una acción de amparo contra la provincia de Formosa, impugnando la octava candidatura consecutiva de Insfrán como gobernador.

- **Dictamen del Procurador General Interino (19 de mayo de 2023):**

Dictaminó sobre la competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para intervenir en el caso.

- **Reelección como gobernador (2023):**

Insfrán fue elegido nuevamente para un octavo mandato, de 2023 a 2027, en las elecciones realizadas el 25 de junio de 2023.

- **Respuesta de la provincia de Formosa (8 de noviembre de 2024):**

La Provincia contestó la demanda, solicitando su rechazo con costas, y planteó excepciones de incompetencia y falta de legitimación activa.

- **Presentación de la parte actora (27 de noviembre de 2024):**

La Confederación Frente Amplio Formoseño respondió a los argumentos de la Provincia.

- **Dictamen del procurador general interino (10 de diciembre de 2024):**

Emitió opinión sobre todas las cuestiones involucradas en el caso.

- **Resolución de la Corte Suprema (19 de diciembre de 2024):**

La Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad del artículo 132 de la Constitución de Formosa, argumentando que la reelección indefinida contraviene el principio republicano consagrado en los artículos 1º, 5º y 123 de la Constitución Nacional.

2.2 Fundamentos del fallo

El fallo de la Corte Suprema se fundamenta en un análisis que articula dos principios estructurales del orden constitucional argentino: el federalismo y el republicanismo. El federalismo, entendido como la capacidad de las provincias para organizar sus propias instituciones y ejercer su soberanía en un marco de

autonomía (Bidart Campos, 1993), se encuentra delimitado por el principio republicano, que impone límites al ejercicio del poder para evitar su concentración y perpetuación. En este sentido, el fallo destaca que los artículos 1º, 5º y 123 de la Constitución Nacional establecen un compromiso entre estos principios, priorizando la supremacía constitucional como marco de referencia cuando las normas provinciales contravienen los valores republicanos esenciales, tales como la alternancia en el poder. Según Gargarella (2013), la supremacía constitucional no solo regula las tensiones entre autonomía y unidad, sino que también asegura que los valores democráticos y republicanos permeen en todos los niveles de gobierno.

La Corte Suprema retoma en *Confederación Frente Amplio Formoseño* sus principales presupuestos en materia de separación de poderes, los cuales encontramos en *Caja Nacional de Ahorro y Seguro* (Fallos: 310:2709), *Cocchia* (Fallos: 316:2624) o *Cisilotto* (Fallos: 310:112). Esta perspectiva afianzada se alinea con las ideas de Bobbio (1987), quien sostiene que las democracias modernas requieren mecanismos institucionales que limiten las tendencias hacia el personalismo y la centralización del poder. Asimismo, el fallo reconoce que el republicanismo no se reduce a elecciones periódicas, sino que exige la institucionalización de frenos y contrapesos para garantizar un sistema político pluralista y democrático.

En este sentido, podemos identificar las siguientes macro categorías de análisis que el fallo enumera a modo de fundamentación:

2.2.1 Violación del sistema republicano

La Corte enfatizó que la reelección indefinida contradice los principios de alternancia y periodicidad esenciales para el sistema republicano establecido en el artículo 1º de la Constitución Nacional. Según los votos concurrentes de los ministros Horacio Rosatti, Juan Carlos Maqueda, Ricardo Lorenzetti y Carlos Rosenkrantz, permitir una continuidad indefinida en el poder distorsiona la igualdad de condiciones en la competencia electoral, “facilita el surgimiento de prácticas autoritarias de su ejercicio e imposibilita que la política democrática se desarrolle sanamente” (p. 35).

El fallo subraya que “una reelección sin límites, lejos de constituir la máxima realización de la voluntad popular, permite que quien ejerce el poder acumule ventajas estructurales que afectan la leal contienda electoral” (p. 51). Esta afirmación está en sintonía con la Opinión Consultiva OC-28/21 de la Corte In-

teramericana de Derechos Humanos, que declaró que la reelección indefinida no constituye un derecho humano autónomo y, por el contrario, erosiona los principios democráticos.

2.2.2 Impacto en la separación de poderes y la democracia representativa

El tribunal destacó que las reelecciones sucesivas en cargos ejecutivos prolongados generan una concentración de poder que socava la independencia de los otros poderes del Estado: según el voto de Rosenkrantz, “la perpetuación en el poder impone un costo intolerablemente alto al sistema republicano, al facilitar prácticas autoritarias y limitar el desarrollo de una política democrática sana”. Este razonamiento dialoga con la cita textual de la OC: “Mientras mayor sea el tiempo de permanencia en el cargo, mayor será esta ventaja” (párr. 142 OC 28/21). Desde esta perspectiva, limitar la democracia puede ser la única forma de resguardarla, al garantizar el pluralismo político y la participación ciudadana efectiva.

Los votos concurrentes de los ministros Maqueda, Rosatti y Rosenkrantz subrayaron que la continuidad indefinida de una misma persona en el poder mina la independencia del Poder Judicial y compromete el equilibrio institucional.

Según estos magistrados, la acumulación de poder por un período prolongado genera una influencia indebida sobre los órganos de control y la administración de justicia, debilitando así el sistema de frenos y contrapesos esencial para la República, “vaciando de sentido las pautas constitucionales” (Fallos: 344:3476).

Alberdi (1998) lo señalaba puntualizando que “la división de poder es la principal garantía contra el abuso de su ejercicio. Por veinte años la Provincia de Buenos Aires ha visto la suma de todos sus poderes públicos en manos de un solo hombre” (p. 147). En sentido concurrente, Mario Serrafero (2019) consideraba que la división de poder “(...) aparece como un medio para evitar su concentración y abuso, de efectuar la distribución del poder social y de lograr la estabilidad del sistema institucional y el control de los actos de gobierno” (p. 219).

2.2.3 Federalismo y límites a la autonomía provincial

La Corte reiteró que, si bien las provincias gozan de autonomía en el diseño de sus instituciones, esta facultad está condicionada por el mandato del artículo 5º de la Constitución Nacional, que exige garantizar un gobierno republicano.

En este sentido, el tribunal recordó que su intervención no supone una afectación indebida al federalismo, sino una medida para asegurar el respeto a los principios superiores de la carta magna (p. 27).

De acuerdo con el federalismo argentino, “la autonomía es potestad de las provincias para darse sus propias normas constitutivas y regirse por ellas, con independencia del gobierno federal, pero reconociendo las condiciones impuestas por la Constitución de la Nación” (Martínez Martínez, 1995, p. 460). Así, se “ha limitado en ese aspecto el poder constituyente originario de las Provincias” (p. 460).

Si bien la autonomía de las provincias es un principio consagrado en la Constitución Nacional, esta se encuentra subordinada al respeto por los valores republicanos. La Corte sostuvo que la intervención federal es válida cuando las normas provinciales, como en este caso, se apartan de los principios fundamentales del sistema democrático y republicano. Esta doctrina ha sido sostenida en Fallos: 336:2148, del 5 de noviembre de 2013, donde se invalidaron disposiciones provinciales de Santiago del Estero y Río Negro por vulnerar dicho principio (p. 43).

2.2.4 Doctrina de la Corte sobre límites a la reelección

En línea con precedentes como *Evolución Liberal y otro c/ San Juan, Provincia de s/ amparo* y *Partido por la Justicia Social c/ Tucumán, Provincia de s/ amparo*, la Corte reafirmó su competencia en materia federal y reiteró que los límites a la reelección son compatibles con el sistema republicano, siempre que permitan salvaguardar la alternancia y evitar el abuso del poder.

En el año 2023, la Corte analizó la situación de San Juan, donde —al oficializarse una nueva candidatura del gobernador en curso para un nuevo mandato— se había lesionado la esencia del sistema representativo republicano a la que se encontraba obligada a cumplir como condición de reconocimiento de su autonomía. Ante la circunstancia de que el gobernador en curso había cumplido de modo interrumpido un mandato como vicegobernador y dos como gobernador, la Corte consideró que su candidatura a un nuevo mandato para este último cargo solo podía fundarse en una interpretación del artículo 175 de la Constitución provincial, según la cual el límite de tres mandatos consecutivos regía exclusivamente para el mismo cargo.

El Tribunal sostuvo que tal postura se encontraba en franca contraposición con la pauta republicana consagrada en el artículo 5º de la Constitución Na-

cional, pues significaría que el mandatario podría desempeñarse como gobernador y vicegobernador de manera consecutiva e indefinida (*Evolución Liberal y otro c/ San Juan, Provincia de s/ amparo*, Fallos: 346:543, considerando 9º).

3. Reflexiones desde la Opinión Consultiva OC-28/21

La democracia representativa constituye un pilar fundamental del sistema interamericano de derechos humanos, al garantizar la protección de los derechos políticos y fomentar una gobernanza basada en la alternancia, la transparencia y el respeto al Estado de derecho. La Opinión Consultiva OC-28/21 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2021, a solicitud de Colombia, aborda una temática de particular relevancia en el contexto latinoamericano: la compatibilidad de la reelección presidencial indefinida con los principios y obligaciones establecidos en la Convención Americana.

El debate sobre la reelección presidencial indefinida ha generado una amplia discusión académica, política y jurídica en la región, especialmente en países que enfrentan desafíos para consolidar sus instituciones democráticas. La Corte IDH, en su análisis, no solo establece criterios sobre los límites a los derechos políticos, sino que también examina los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad que deben regir las restricciones a estos derechos.

3.1 Democracia representativa y derecho internacional

Como señaló Alain Touraine (1998), la democracia no se reduce a un mecanismo procedural, sino que debe animar y proteger a los individuos en su voluntad de vivir plenamente. Este enfoque es reforzado por el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), que establece límites claros a los Estados para evitar prácticas que atenten contra los derechos fundamentales de los ciudadanos, como la perpetuación en el poder. Así, el Art. 21. 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece

La voluntad de la población debe constituir la base de la autoridad de gobierno; ello se expresará en elecciones periódicas y genuinas que serán mediante sufragio universal e igual y se celebrarán por voto secreto o por procedimientos de votación libres equivalentes.

Esta disposición marca un vínculo estrecho entre la democracia y los derechos humanos.

En este sentido, la reelección indefinida, según lo analizado en la Opinión Consultiva, contradice la esencia de la democracia representativa al favorecer estructuras autoritarias y debilitar los procesos de alternancia política. Este razonamiento encuentra eco en el fallo de la Corte Suprema argentina, que consideró que la reelección ilimitada permite acumular ventajas electorales indebidas, horadando la separación de poderes y debilitando el régimen republicano. Esta Opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se sostiene desde el Art. 3 de la Carta Democrática Interamericana, que postula:

Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes público.

3.2 Derechos políticos y limitaciones legítimas

La Corte IDH ha sostenido que los derechos políticos, incluyendo el derecho a ser elegido, no son absolutos. Pueden ser restringidos cuando estas limitaciones cumplen con los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad. Por ejemplo, la prohibición de la reelección indefinida puede justificarse como una medida necesaria para proteger la democracia representativa, evitar la concentración de poder y garantizar elecciones auténticas y competitivas.

En el caso de Formosa, la Corte Suprema aplicó estos principios al considerar que la norma provincial violaba los artículos 5 y 123 de la Constitución Nacional, que consagran el federalismo y la forma republicana de gobierno. Este análisis resuena con la jurisprudencia interamericana, que tanto en la OC 28/21 como en el caso *Yatama vs. Nicaragua* señaló la obligación estadual de garantizar la participación política efectiva, respetando el principio de igualdad y evitando restricciones desproporcionadas o discriminatorias.

3.3 Proporcionalidad y alternancia democrática

El principio de proporcionalidad, desarrollado ampliamente por la Corte IDH, exige que las medidas restrictivas sean necesarias para satisfacer un interés pú-

blico imperativo, como el fortalecimiento de la democracia. La alternancia en el poder, garantizada por la limitación de los mandatos, asegura una dinámica política que les permite a los partidos de oposición competir en condiciones más equitativas y previene la perpetuación de líderes en el poder.

El fallo de la Corte Suprema argentina refuerza esta visión al invalidar una cláusula que, aunque respaldada por un proceso democrático local, generaba desequilibrios estructurales que comprometían la esencia republicana del sistema político. Este razonamiento se alinea con la postura de la Corte IDH, que considera que las restricciones al derecho a ser reelegido no violan la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuando están diseñadas para proteger la democracia representativa y el Estado de derecho.

Alberdi (1998) subraya que “la movilidad de los mandatarios es otro requisito de la República representativa” (p. 148). Al respecto, Serrafero (2019) reflexiona que

la movilidad de los mandatarios se presenta como una herramienta para que la vida institucional no dependa de ciertas figuras consideradas ‘esenciales’ para que se produzca una sana circulación de las élites, para garantizar un recambio de la clase política, para que se formen nuevas dirigencias y se instaure un clima de renovación de ideas. (p. 218)

Gelli (2015), por su parte, estima que

la prohibición de la reelección presidencial indefinida no viola el principio democrático y la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, pues el límite no implica discriminación alguna dado que se aplica a todos los eventuales aspirantes a ese cargo por igual. (p. 30)

3.4 Impactos políticos y simbólicos del fallo

Más allá de su dimensión jurídica, el fallo de la Corte Suprema tiene importantes implicancias políticas y simbólicas. En primer lugar, envía un mensaje claro sobre el compromiso del sistema judicial argentino con los principios republicanos y democráticos. En segundo lugar, refuerza la legitimidad de las normas constitucionales que limitan la reelección, promoviendo una cultura política que valora la alternancia en el poder y desalienta prácticas autoritarias.

En términos regionales, el fallo también se convierte en un referente para otros países de América Latina que enfrentan desafíos similares en relación con la reelección presidencial. Al adherirse a los estándares interamericanos, Argen-

tina refuerza su papel como un modelo de respeto por el Estado de derecho y los principios democráticos en el hemisferio. Por ejemplo, para la República Bolivariana de Venezuela, el artículo 230 de su Constitución establecía: “El período presidencial es de seis años. El Presidente o Presidenta de la República puede ser reelegido o reelegida, de inmediato y por una sola vez, para un nuevo período”. En 2009 se reformó dicho artículo mediante enmienda de la Asamblea Nacional, eliminando la limitación temporal, quedando compuesto de esta manera: “El período presidencial es de seis años. El Presidente o Presidenta de la República puede ser reelegido o reelegida”.

El fallo establece una relación indisoluble entre los derechos políticos y la democracia constitucional, destacando que los derechos a votar y ser elegido son pilares fundamentales para la participación ciudadana en el gobierno de los asuntos públicos. Sin embargo, estos derechos no pueden ser utilizados para justificar la perpetuación en el poder de un individuo, ya que esto contraviene los principios republicanos de alternancia y separación de poderes.

La Corte Suprema también resalta que el concepto de derechos políticos en la CADH no implica un derecho autónomo a la reelección indefinida, sino un derecho a participar en condiciones de igualdad en los procesos electorales. Este enfoque refuerza la interpretación según la cual la regulación o prohibición de la reelección indefinida no viola los derechos políticos, sino que garantiza su ejercicio en un contexto de igualdad y respeto por los principios democráticos. En ese orden de ideas, el art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es un hito importante y establece:

Derechos Políticos 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) De participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) De votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) De tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país...

María Angélica Gelli (2015) estima que “la democracia representativa requiere, para hacerse efectiva, de instrumentos tales como el sufragio, los sistemas electorales y los partidos políticos” (p. 20); y en relación con la Argentina, señala que “la reforma constitucional de 1994 garantizó expresamente los derechos políticos, estableciendo las notas del sufragio (Art. 37) y declaró los derechos y obligaciones de los partidos políticos (art. 38)” (p. 21)

4. La influencia de los estándares interamericanos

El fallo de la Corte Suprema argentina se alinea con los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la OC-28/21, que concluyó que la reelección indefinida es incompatible con los principios fundamentales de una democracia representativa. La Corte Suprema hace suyo el argumento de que la ausencia de límites a la reelección afecta negativamente la alternancia en el poder, el pluralismo político y la separación de poderes, elementos esenciales para la vigencia del Estado de derecho.

Asimismo, el fallo incorpora el análisis de instrumentos internacionales, como la Carta Democrática Interamericana, que consagran la interdependencia entre democracia y derechos humanos. En este sentido, se resalta que la democracia no es solo un proceso formal, sino también un sistema que debe garantizar el respeto por los derechos fundamentales y la igualdad de oportunidades en la participación política.

5. Conclusiones

El fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que declaró la inconstitucionalidad del artículo 132 de la Constitución de la Provincia de Formosa reviste una importancia singular en el ámbito jurídico y político argentino, al abordar cuestiones fundamentales relacionadas con el sistema republicano y representativo de gobierno establecido por la Constitución Nacional.

En su fallo, la Corte estableció que el actual gobernador podrá completar su mandato hasta el 10 de diciembre de 2027, respetando el resultado electoral de 2023. Sin embargo, subrayó que cualquier modificación futura de la norma debe realizarse a través de un procedimiento constituyente que respete los principios republicanos. Además, el tribunal limitó su intervención a la invalidez de la norma, absteniéndose de proponer una alternativa legislativa para evitar inmiscuirse en las competencias propias del poder constituyente provincial.

5.1 Implicancias y relevancia del fallo

El pronunciamiento de la Corte tiene implicancias profundas no solo para la provincia de Formosa, sino también para el diseño institucional de las provincias argentinas en general. Entre los puntos destacados del fallo, se encuentran:

- **Refuerzo del sistema republicano y democrático:** al invalidar la reelección indefinida, el fallo fortalece los principios de alternancia y periodicidad, esenciales para una democracia representativa.

- *Interacción entre el derecho interno y el derecho internacional:* la Corte incorpora estándares de organismos internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, reforzando la vinculación de Argentina con el derecho internacional de los derechos humanos.
- *Precedente para futuros casos:* este fallo establece una guía para analizar la constitucionalidad de normas provinciales que habiliten la perpetuación en el poder, reafirmando los valores fundamentales de la Constitución Nacional.

La decisión de la Corte Suprema reafirma el compromiso con los principios republicanos y democráticos, destacando la importancia de la alternancia como garantía de un sistema de gobierno plural y representativo. Este fallo, además de su impacto jurídico, envía un mensaje político claro sobre la necesidad de evitar la concentración del poder y promover la renovación en las instituciones democráticas.

El fallo de la Corte Suprema de Justicia de Argentina representa un avance significativo en la consolidación de una jurisprudencia que prioriza la protección de la democracia representativa y los derechos humanos. Al interpretar los derechos políticos en el marco de los principios republicanos y los estándares internacionales, el tribunal argentino reafirma su compromiso con un sistema democrático que garantice la igualdad de oportunidades, la alternancia en el poder y el respeto por el pluralismo político.

Este análisis profundo demuestra cómo la interacción entre el derecho interno y el derecho internacional puede fortalecer los sistemas democráticos, promoviendo una gobernanza más inclusiva y justa. Al limitar la reelección indefinida, se asegura que los derechos políticos cumplan su función esencial de garantizar una democracia genuina y participativa, respetando los valores fundamentales del Estado de derecho.

Bibliografía

- Alberdi, J. B. (1998). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Editorial Ciudad Argentina.
- Bidart Campos, G. J. (1993). *Tratado elemental de derecho constitucional argentino* (Tomo I). Ediar.
- Bobbio, N. (1987). *El futuro de la democracia*. Fondo de Cultura Económica.
- Gargarella, R. (2013). *La sala de máquinas de la Constitución*. Katz Editores.

- Gelli, M. A. (2015). *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada. Tomo I. Artículos 1 a 43* (4a ed. ampliada y actualizada). La Ley.
- Martínez Martínez, P. (1995). Federalismo y gobierno local. *Revista Gestión y Estrategia*, (8), 455-470. <https://doi.org/10.24275/uam/azc/dcsh/gye/1995N08/Martinez>
- Serrafero, M. D. (2019). *Presidencialismo y Parlamentarismo en Argentina*. Ediar
- Touraine, A. (1998). *¿Qué es la democracia?* Fondo de Cultura Económica.

Jurisprudencia citada

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005). *Caso Yatama vs. Nicaragua. Sentencia de 23 de junio de 2005* (Serie C No. 127). San José, Costa Rica.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2021). *Opinión Consultiva OC-28/21. La figura de la reelección presidencial indefinida*. San José, Costa Rica.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2023). *Partido por la Justicia Social c/ Tucumán, Provincia de s/ amparo*. CSJ 687/2023
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2023). *Evolución Liberal y otro c/ San Juan, Provincia de s/ amparo*. Fallos: 346:543.

Conflictos de intereses

El autor declara no poseer conflicto de interés alguno.

RECENSIONES

LECCIONES DE DERECHO CONSTITUCIONAL. TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y ORGANIZACIÓN DEL ESTADO. TOMO II. EL ESTADO CONSTITUCIONAL ARGENTINO

Alfonso Santiago. Contribuciones de María Verónica Nolazco, María del Pilar Basilici y Bernardo Braunstein.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Universidad Austral Ediciones, 2025, 488 páginas.

Sergio Díaz Ricci

Universidad Nacional de Tucumán

serdiricci@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.26422/RJA.2025.0601.dia>

Es motivo de celebración la publicación de un nuevo libro de derecho constitucional, en este caso, la segunda parte de las *Lecciones de derecho constitucional*. Es un trabajo colectivo de Alfonso Santiago, profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad Austral, con la colaboración de María Verónica Nolazco y María del Pilar Basilici —ambas, notables docentes de la materia— y de Bernardo Braustein¹ —estudiante destacado de la carrera de Derecho—, quienes también intervinieron en la primera parte, publicada en 2023. Ya de por sí es una novedad este tipo de trabajo cooperativo y colectivo, donde no se distingue la autoría de los siete capítulos que lo componen.

El Dr. Santiago señala en el Prólogo que es “un libro de texto destinado principalmente a la enseñanza y transmisión de los contenidos de la materia Derecho Constitucional I que se dicta en la Universidad Austral a los estudiant-

1 El director cita en el prólogo la colaboración de diez alumnos: Fermín Olcese, Samirah Almendra, Francisco Sanz, Lucía Santilli, Victoria Guevara, Ignacio Arizu, María del Milagro Posse Angulo, Ana Batallán, María Ángela Fiorentini y María Quiñones.

tes de las carreras de Abogacía, Ciencia Política y Relaciones Internacionales”, es decir, adecuado al programa de estudio de esta asignatura, que se imparte en segundo año. La obra completa se compone de una tríada: la primera parte (Tomo I: *Constitucionalismo, Derecho constitucional y Constitución*, 2023)² aborda los conceptos generales de Teoría Constitucional (Unidades 1 a 5); esta segunda parte es más específica porque se ocupa del “Estado constitucional argentino” en particular (Unidades 6 a 11). La tercera parte, anunciada para el año próximo, tratará el gobierno del Estado argentino (Unidades 12 a 22).

Sin embargo, la enseñanza y la trasmisión del derecho constitucional no es minuta cosa. En primer lugar, debemos remarcar que estas *Lecciones...* se alinean con la tradición de la manualística de derecho constitucional argentino. Desde aquellos primeros textos para la enseñanza de la, entonces, nueva Constitución argentina hasta estas *Lecciones...* de 2025 (Florentín González, 1869; Juan M. Estrada 1895; Joaquín V. González, 1906; Manuel A. Montes de Oca, 1910; Aristóbulo del Valle, 1911; José N. Matienzo, 1926; Juan A. González Calderón, 1930; Carlos Sánchez Viamonte; Segundo V. Linares Quintana; Carlos Bidegain; Germán Bidart Campos; Ramón Gamboa; Néstor P. Sagües; Mario Midón; Fernando Armagnague, Alberto R. Dalla Vía; Juan V. Sola; Daniel Sabsay; Ricardo Haro; Antonio M. Hernández; Guillermo Barrera Buteler; Pablo L. Manili; etc.) hubo una continua producción de este género de cursos de derecho constitucional dirigidos a la formación de estudiantes universitarios argentinos. Obras que llegaron a tener fuerte impacto en los estudios constitucionales en Latinoamérica.

Conviene detenernos aquí porque debemos llamar la atención de una circunstancia muy singular: que en Argentina no se ha interrumpido la enseñanza del derecho constitucional en las universidades argentinas, a pesar de los seis quebrantamientos institucionales que hubo durante el siglo XX. Esto es una peculiaridad en la historiografía constitucional argentina que no ocurrió en otras latitudes. La mayoría de los países iberoamericanos tuvieron varias y sucesivas constituciones, lo que los privó de contar con un texto permanente como ley fundamental para su ordenamiento jurídico y, consiguientemente, para la enseñanza del derecho constitucional. En cambio, en Argentina no se reemplazó el texto constitucional histórico, incluso durante los eclipses institucionales,³ lo que posibilitó que se siga enseñando derecho constitucional en las aulas uni-

2 Vid. las reseñas de Abalos (2024) y Miranda (2024).

3 Unos, “autocalificados” como transitorios, previendo un pronto retorno a la constitucionalidad;

versitarias, quizás como una utopía transgresora. Queda abierto el interrogante sobre la medida en que esa continuidad de los estudios constitucionales aportó al desenlace final de la feroz dictadura y colaboró para que la sociedad argentina en 1983 se reconcilie culturalmente con el valor social de la democracia y los derechos contenidos en la Constitución nacional, cuando pasamos, usando ideas de Lucas Verdú (2008), de “tener constitución” a “estar en constitución”.

Esto explica la entusiasta bienvenida de estas *Lecciones...*, porque son un valioso aporte para darle continuidad a la consolidación de la cultura constitucional que, en estos cuarenta años de restauración democrática, ha ido formando ya a tres generaciones. Argentinos que, como enseñaba Ortega y Gasset, por un lado son contemporáneos con aquellos que vivimos esos tiempos nefastos y, por otro, son coetáneos entre sí y que, por sus propias experiencias vitales de derechos y libertades, nos aseguran su perdurabilidad. A esto precisamente contribuyen magníficamente estas *Lecciones...* La enseñanza del derecho constitucional trasciende su finalidad primaria de aprender una rama del derecho porque, como señala el profesor Santiago, implica comprensión y compromiso con el modo de convivencia política adoptado por la sociedad argentina dentro del Estado constitucional, democrático, republicano y federal.

Pasando al contenido de la obra, como una primera aproximación diremos que esta segunda parte da continuidad y mayor concreción a la primera, editada en el año 2023, la que, a modo de una introducción a la “teoría de la constitución”, se ocupó del concepto abstracto de constitución y demás ideas liminares y comunes a todas las constituciones y al mayor número de Estados constitucionales.

En esta segunda parte se afronta lo concreto, que Konrad Hesse (1983, p. 3) denomina la “teoría del derecho constitucional”, porque centra su atención en la Constitución argentina vigente como expresión de la normatividad de un orden histórico y real. Una constitución está llamada a regular la vida históricoc-concreta, entonces, la tarea de exponer los rasgos básicos del derecho constitucional vigente es la relativa a la Constitución actual, individual y concreta, que, en definitiva, es la que tiene trascendencia efectiva. Esta segunda parte, con acierto, se ocupa de lo que la doctrina italiana denomina *lo stato comunità* (Esposito, Crisafulli) o *costituzione in senso materiale* (Mortati), dejando para la tercera parte *lo stato apparato o costituzione formale* (el gobierno del Estado argentino).

La segunda parte hace la descripción del Estado constitucional argentino en

otros, cada vez más prologados y cruentos, buscaron justificación en el remanido argumento del restablecimiento —futuro (e incierto)— del Estado constitucional.

seis capítulos, en los que explica el sistema constitucional pivotando sobre cinco ejes dinamizadores. El primer capítulo (Capítulo VI), como preludio, cumple la finalidad propedéutica de describir los rasgos básicos del sistema político argentino. Hace un discernimiento conceptual de sus elementos constitutivos: concepto y forma de Estado, gobierno, administración pública, sociedad-población, espacio-territorio y, finalmente, ordenamiento jurídico. Sobre esta plataforma, que sirve de fundamento material y primordial del Estado argentino, en los siguientes cinco capítulos procede a describir el edificio constitucional argentino con base en cinco ejes dinamizadores: federalismo, derecho constitucional internacional, Iglesia y Estado, representación y sistema electoral, y sistema económico-financiero. Este esquema de exposición a través de cinco ejes capilares permite una visión panorámica y dinámica del Estado argentino real, concreto y vigente, contenido en la Constitución.

Es remarcable y plausible que el primer eje que desarrolla el segundo capítulo (Capítulo VII) sea el federalismo. No se comprende el Estado argentino sin comenzar por el sistema federal. Es un acierto de estas *Lecciones...* empezar desde esta perspectiva cardinal evitando un sesgo solamente nacional, como si el fenómeno federal fuera accidental o accesorio, en lugar de esencial. ¿Cómo explicar el reparto de competencias normativas y funcionales entre el Estado nacional y los 23 estados provinciales? ¿Cómo justificar que las funciones más esenciales del Estado como administración de justicia, educación, seguridad y salud están a cargo de los estados provinciales y no en manos del Estado nacional? ¿Es posible comprender el actual Estado constitucional argentino sin referirse a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a la Capital Federal, o a la garantía constitucional de la autonomía municipal?

No es menor el mérito que dedica el tercer capítulo (Capítulo VIII) al derecho constitucional internacional, pues allí reside el núcleo del sistema de fuentes del derecho argentino. Como corresponde a unas lecciones de derecho constitucional del siglo XXI, hay que explicar el entrelazamiento multinivel entre las normas de derecho interno (federales, provinciales y municipales) con las normas internacionales de origen convencional. Y, de entre éstas, entresacar el significado superlativo del conjunto normativo que conforma el *corpus iuris* de tutela de derechos humanos.

Muy atinado es el cuarto capítulo (Capítulo IX), que se detiene en las relaciones Estado e Iglesia. Habría incurrido en una visión sesgada y errada de la realidad hacer caso omiso a un actor importante en la historia y en la vida social y política argentina, no sólo por el protagonismo histórico de la Iglesia católica

en la génesis y el desarrollo del Estado nacional, sino porque explica, entre otras cuestiones, que el actual Código Civil y Comercial de 2014 (CCCN), manteniendo la línea del de Vélez Sarsfield de 1864, le haya reconocido la categoría de persona jurídica de derecho público (art. 146 del CCCN), por cierto, desde una perspectiva de “laicidad positiva” que aquí se desarrolla con rigor y solidez. Hubiera sido un yerro en la descripción del Estado constitucional vigente soslayar esta dimensión espiritual inocultable de la cultura y sociedad argentina.

También es muy acertado el capítulo siguiente (Capítulo X), que se detiene en la dimensión dinámica de la intermediación política y los sistemas electorales. La importancia de la representación y participación política va más allá de las cuestiones relacionadas con la elección de diputados, senadores y presidente nacionales. En este componente reside la fuerza legitimadora del Estado democrático; es un asunto de importancia capital en tanto elemento dinamizador de la participación que brinda legitimación y justificación al sistema democrático. Por ello, es muy relevante que se haya tomado y desarrollado con profundidad este punto como uno de los ejes centrales del Estado democrático argentino.

Finalmente, la parte quizás más novedosa de este segundo volumen de *Lecciones...* es el capítulo dedicado al sistema económico-financiero (Capítulo XI). No es común encontrar un tratamiento unificado de esta problemática del Estado. Es valiosa la visión integral del sistema económico-financiero argentino que aquí se desarrolla, que comprende no sólo las facultades impositivas del Estado, sino también toda la dinámica económica general tanto nacional como provincial enraizada en derechos fundamentales como la libertad de empresa, el libre comercio, la competitividad de los mercados o la libertad de circulación en el territorio nacional, inter e intraprovincial, la cual conforma un mercado único. El tratamiento unificado de toda esta rica problemática es un *plus* de estas *Lecciones...*

De la publicación hay que destacar la cuidada edición de Universidad Austral Ediciones. Con una extensión razonable de 465 páginas y un tipo de letra adecuado, incluye muy buenos gráficos esquemáticos y didácticos. Asimismo, tiene un gran mérito en este género porque cada cuestión constitucional (*questio disputata*) se emprende con explicaciones, razonamientos y argumentaciones muy ponderados, nutridos con sus antecedentes históricos y en acertada conjunción con la legislación de desarrollo correspondiente, enriquecida con la atinente y más actualizada interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y las pertinentes convenciones internacionales y jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. La combinación de estos ingredientes guarda un buen

equilibrio y una proporcionada y muy adecuada dosificación, sin agobio o digresiones, logrando un balance que lo agradecerán no sólo los estudiantes, sino también todo aquel interesado en conocer el derecho constitucional argentino.

Como decía Ortega y Gasset, la claridad es la cortesía del filósofo. Este trabajo tiene mucha filosofía política y de la buena, pues todo el texto resume el “personalismo solidario” que imprime la dirección de Alfonso Santiago (2002), que, además de dar consistencia a las *Lecciones...*, nos conduce finalmente a la *Grundnorm*, que da sentido y unidad a todo el sistema constitucional argentino. No es un supuesto hipotético al modo kelseniano, sino la norma fundamental y real sobre la que se apoya todo orden constitucional democrático y el sistema jurídico correspondiente: la dignidad de la persona humana y sus derechos inviolables, que como invisible hilo hilvana toda la obra y le confiere firmeza, solidez y sustancialidad.

En conclusión: bienvenido este segundo tomo de *Lecciones...* para el aprendizaje del derecho constitucional argentino del siglo XXI, que, como ya señalamos, es mucho más que un texto para el conocimiento de una rama del derecho para alumnos en sus estudios universitarios. Quienes nos dedicamos a la enseñanza del derecho constitucional sabemos que el desafío no es simplemente acompañar a los estudiantes a vencer en el conocimiento, sino que, principalmente, nuestra misión es convencer y generar convicciones. Parafraseando al inolvidable rector de Salamanca, Miguel de Unamuno: “Vencer no es convencer y hay que convencer sobre todo”. Todo el texto trasunta este cometido: convencer que este es el sistema de valores que nos garantiza la igualdad, la libertad y los derechos de las personas.

Bibliografía

- Abalos, M. G. (2024). Recensión al libro de Alfonso Santiago *Lecciones de Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y Organización del Estado. Tomo I. Constitucionalismo, Derecho constitucional y Constitución. El Derecho*, (marzo), 38-40.
- Hesse, K. (1983). *Escritos de derecho constitucional*. CEP.
- Lucas Verdú, P. (2008). Tener y estar en constitución. *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, LX(85), 323-333.
- Miranda, M. (4 de junio de 2024). Recensión al libro de Alfonso Santiago *Lecciones de Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y Organización del Estado. Tomo I. Constitucionalismo, Derecho constitucional y Constitución. La Ley*, 116-119.

Santiago, A. (h). (2002). *Bien común y derecho constitucional. El personalismo solidario como techo ideológico del sistema político.* Ábaco.

Conflicto de intereses

El autor declara no poseer conflicto de interés alguno.

L'INCANTO DEL MONDO. UN'INTRODUZIONE AL PLURALISMO

Mauro Giuseppe Barberis

Milán, Meltemi, 2024, 254 páginas.

John A. Carlin Sánchez

Universidad de Buenos Aires. Universidad de Génova

johncarlin@derecho.uba.ar

<https://orcid.org/0000-0002-2017-7802>

DOI: <https://doi.org/10.26422/RJA.2025.0601.car>

Giuseppe Barberis es catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Trieste y codirector de revistas como *Ragion pratica* y *Materiali per una storia della cultura giuridica*. De familia del bajo Piamonte y genovés de nacimiento, cursó sus estudios en la Universidad de Génova, donde fue influenciado por Giovanni Tarello. Se transformó en uno de sus estudiantes, en compañía de otros destacados miembros de la Escuela de Génova.

En el libro en comentario, que consta de cinco capítulos y un epílogo, Barberis realiza un examen minucioso y novedoso sobre el desarrollo de conceptos fundamentales en el pensamiento jurídico-político occidental: justicia, democracia, derechos, libertad y pluralismo. La obra se destaca por su capacidad para integrar la tradición filosófica occidental con los desafíos actuales de la era digital y la crisis de valores.

El capítulo primero (“Giustizia”) analiza la evolución del concepto de justicia desde sus formas más primitivas hasta la actualidad (era digital), trazando las transformaciones institucionales, normativas y filosóficas que sufrió. Barberis examina la *vendetta* y la *faida*, mecanismos de la *giustizia primitiva* antes del derecho formal; el pensamiento aristotélico, que influyó en la *giustizia antica* con su distinción entre justicia distributiva, comutativa y equitativa, sentando las bases del derecho romano y de la tradición jurídica occidental; y el cris-

tianismo, que reconfigura las estructuras normativas al incorporar principios universalistas a la justicia. Asimismo, expone que la *giustizia contemporanea*, con especial aporte del llamado “velo de la ignorancia” de John Rawls, reconfigura el contractualismo de Thomas Hobbes, el empirismo de David Hume y el utilitarismo de Jeremy Bentham en el poder y la estructura social moderna, infundiendo nuevas normas de equidad en el entramado constitucional y globalizado. Este capítulo analiza también las dimensiones de la *giustizia giuridica* en la administración del derecho y cómo la automatización de procesos judiciales genera desafíos en la *giustizia digitale*. Menciona que la creciente complejidad del derecho contemporáneo, las limitaciones de sistemas predictivos basados en precedentes y la imposibilidad de replicar la interpretación contextual humana son tres obstáculos principales.

El capítulo segundo (“Democrazia”) estudia cómo ha cambiado el pensamiento democrático desde sus inicios hasta los retos actuales, revisando sus bases normativas, institucionales y filosóficas. La *democrazia diretta* de la polis ateniense es el inicio y se caracteriza por la participación de los ciudadanos en la *ekklesia*, así como por su conexión con la religión civil, que unía a la comunidad política. Barberis explica que Platón y Aristóteles critican la democracia por su inestabilidad y demagogia, introduciendo una visión escéptica sobre este sistema de gobierno. Asimismo, las revoluciones atlánticas marcaron la transición hacia la *democrazia rappresentativa* con la constitución escrita y la separación de poderes como garantías contra la arbitrariedad y la tiranía de las mayorías. El autor menciona que la *democrazia sociale* florece en los siglos XIX y XX al fusionar derechos económicos y sociales en el ámbito político, expandiendo así el ejercicio de la democracia en medio de las disputas entre el liberalismo y el socialismo. Por su parte, la democracia moderna se enfrenta a dos retos fundamentales: el populismo y la *recessione democratica*. El populismo desmorona las entidades, anhelando una representación directa y rechazando los métodos tradicionales de diálogo, y además se dedica a venerar a las comunidades minoritarias. Barberis menciona que la erosión de la democracia demuele el entramado de representación mundial, desvelando un desgaste en los derechos y libertades esenciales. La tensión entre principios democráticos y realidades internacionales condiciona la viabilidad de una *democrazia geopolitica*: con el ascenso de potencias no democráticas y la crisis del orden liberal, esto es especialmente relevante. La democracia moderna requiere equilibrio entre participación popular e instituciones de control, así como entre derechos individuales y decisiones colectivas, pero la crisis actual evidencia tensiones entre

ideales democráticos como representación, participación, libertad e igualdad. Esto pone en evidencia que la democracia es un proceso dinámico, el cual dependerá de la adaptación a los desafíos contemporáneos.

El capítulo tres (“Diritti”) analiza la historia, teoría, orígenes, cambios y problemas actuales de los derechos. Alasdair MacIntyre desentraña el relato de los derechos humanos admitiendo que se pintan con exageración como “brujas y unicornios”, tal como lo describe Barberis. El capítulo se estructura en tres segmentos cruciales: fronteras del poder real y arquitectura de derechos fundamentales, las revoluciones americanas y francesas y el constitucionalismo actual. El autor identifica tres problemas filosóficos centrales: la tensión entre universalismo y particularismo en los derechos, la fundamentación de los derechos a través del trilema de Münchhausen y la propuesta de una nueva distinción entre *diritti vitali* y otros derechos. Menciona que la protección específica frente a las intrusiones científicas y tecnológicas, así como la consideración de la dimensión ritual y religiosa de la existencia humana, son necesarias en la categoría vinculada a la vida biológica y los desafíos de la biotecnología. Asimismo, la efectividad de los derechos depende más de su protección real que de su base teórica.

De esta manera, el capítulo examina los retos actuales relacionados con los derechos, como los problemas ambientales, los derechos de las futuras generaciones y el impacto de la tecnología de acuerdo con la idea de Norberto Bobbio (2014) en *L'età dei diritti*. Además, proporciona instrumentos conceptuales para entender las metamorfosis del discurso de los derechos y sus desafíos en el siglo XXI mediante una perspectiva histórica, normativa y filosófica.

El capítulo cuarto (“Libertà”) analiza cómo ha cambiado el concepto de libertad a lo largo de la historia en el pensamiento occidental, desde la Antigüedad hasta hoy. Dentro de la filosofía liberal contemporánea, la libertad es entendida como un derecho personal, y dentro de la tradición republicana, se percibe al Gobierno como una entidad autónoma. Pero anteriormente se tomaba como un suceso que no guardaba relación con otros. En Roma, existía una distinción significativa entre la libertad y la esclavitud, entre los libertinos y los esclavos. En la antigua Grecia y en la república romana, participar en el Gobierno y tener autonomía como colectivo refleja la noción de libertad en las urbes autónomas. Luego, en el siglo XVIII, la libertad se ve como derechos que desafían al Estado y a las leyes, lo que lleva al surgimiento del liberalismo contemporáneo. Aquí pueden identificarse tres tendencias: el liberalismo angloamericano, que admite la intervención estatal; el liberalismo clásico, que respalda un Estado mínimo; y el anarco-capitalismo, que rechaza cualquier tipo

de Estado. El desarrollo del constitucionalismo tiene tres etapas: el preliberal (*res publica*), el liberal (*rule of law*) y el posliberal (*Estado constitucional*). Barberis explica que la progresión del Estado de derecho se extiende desde el Estado jurisdiccional hacia el Estado legislativo, culminando en el Estado constitucional. Asimismo, analiza cómo Hans Kelsen impactó en la moderna teoría jurídica con su conceptualización única del derecho, estableciendo así los cimientos para el control constitucional; a Carl Schmitt, que lleva a cabo una evaluación de sus límites, y a John Rawls, que focaliza su análisis en los conceptos de justicia y diversidad, mientras que Isaiah Berlin establece una diferenciación entre la libertad positiva y la negativa.

Así, el capítulo se dedica al examen de la función de las cortes constitucionales, las tensiones entre la democracia y el constitucionalismo y las dificultades intrínsecas al pluralismo valorativo. El autor indica que es imperativo reconsiderar las entidades jurídicas para gestionar la pluralidad de valores en respuesta a la crisis contemporánea de la democracia liberal derivada de los populismos y fundamentalismos. El constitucionalismo posliberal aborda la complejidad mediante mecanismos como el *bilanciamento costituzionale* y el control de proporcionalidad. Por ello, explica, la libertad ha evolucionado de ser una noción única a tener múltiples manifestaciones, lo cual demanda que el Estado se articule para resolver las discrepancias en los principios.

El capítulo quinto (“Pluralismo”) analiza el concepto de pluralismo desde las perspectivas filosófica, jurídica y política, estructurado en tres dimensiones: el *pluralismo politico, culturale y dei valori*. El autor inicia con un recorrido histórico que señala tres fases esenciales en la metamorfosis del pluralismo: la época de la oralidad, caracterizada por el politeísmo; la época de la escritura, dominada por el monoteísmo; y la era de internet, definida por una nueva forma de *idolatría* o culto a las imágenes. En el texto se exploran temas como la identificación de múltiples partidos políticos y la estructuración del conflicto, el multiculturalismo y las tensiones entre universalismo y particularismo y la posible incompatibilidad entre valores esenciales. Este análisis se fundamenta no solo en las teorías de Isaiah Berlin, sino también en las contribuciones de Max Weber (*politeismo dei valori*) y Friedrich Nietzsche (*trasvalutazione dei valori*). El enfoque también aborda el aspecto legal, especialmente el término *bilanciamento* o ponderación, y examina teorías como el *ordine oggettivo dei valori*, la *gerarchia mobile dei principi* y el *contemperamento*. Barberis reflexiona sobre los retos actuales del pluralismo en la era digital, el crecimiento del *populismo mediatico* y los conflictos sobre derechos fundamentales, con énfasis en la importancia

de resolver antagonismos en comunidades cada vez más complejas y divididas. El autor propone una perspectiva crítica del *monismo moral* y una comprensión más avanzada de la interacción entre valores diversos.

De esta manera, el capítulo combina ideas antiguas y modernas, con una conexión entre la teoría política y la *prassi giuridica*. Además, ofrece herramientas conceptuales para el manejo de los conflictos valorativos en la actualidad. El capítulo culmina con una reflexión sobre la importancia del pluralismo en las sociedades contemporáneas y la necesidad de estrategias para el equilibrio de múltiples valores, con respeto a las diferencias y matices que forman parte de la experiencia humana en nuestro complejo mundo actual (*l'incanto del mondo*).

El epílogo (“Un Pantheon digitale?”) examina la evolución cultural a través de tres épocas. En la *prima* época, denominada de la *oralità*, los humanos transitaron de la comunicación corporal *scimmiescamente* al lenguaje verbal. Los poetas crearon entonces los *dèi-valori*, objeto de teogonías narradas frente al fuego, que las comunidades más desarrolladas adoptaron como religión civil. La llegada del *logos* y el pensamiento racional marcó el fin de esta primera era. En la *seconda* época, la de la *scrittura*, el monoteísmo reemplazó al politeísmo, con profetas que transmitieron la palabra divina en textos sagrados. El cristianismo se impuso en Occidente con sus interpretaciones de la Biblia y los Evangelios, textos que contenían el *Verbo*, el único Dios-valor de la comunidad de creyentes. En la *terza* época, provisionalmente denominada *età di internet*, los medios digitales han sustituido al libro. Tras la invención de la fotografía, el cine, la radio y la televisión, apareció el *smartphone* como “antídoto del libro”, donde los *dèi-valori* han encontrado refugio. La idolatría digital ha superado a la pagana, creando abismos psíquicos que ni los psicoanalistas del siglo XX pudieron prever. Frente a esta fragmentación del yo, el autor propone desde su perspectiva jurídica *bilanciare i valori* y buscar compromisos, rechazando la conversión de valores en *risorse calculables*. El epílogo concluye con una defensa del pluralismo que mantiene a los *dèi-valori* en su dimensión conflictual y trágica, aspecto fundamental del *re-incanto del mundo*.

Bibliografía

Bobbio, N. (2014). *L'età dei diritti*. Einaudi.

Conflicto de intereses

El autor declara no poseer conflicto de interés alguno.

IN MEMORIAM

HOMENAJE A FEDERICO MARÍA CAMUSSO

El 21 de noviembre de 2024 falleció Federico María Camusso, estudiante de esta casa de estudios. Me unió a él una bella amistad. Sin embargo, si bien son muchas las cosas que se le pueden recordar elogiosamente como persona, padre, esposo, hijo o, en lo que a mí respecta, amigo, siento la obligación de transmitir a la comunidad universitaria su figura como persona y profesional del derecho.

En el ámbito académico se suele recordar a quienes se han destacado como profesores o doctrinarios. Y eso está muy bien. Pero tal vez aquella costumbre amerite una excepción cuando la muerte cercena a quienes demostraron tener el potencial para hacer grandes aportes. Es por esta razón, y porque realmente considero que tal fue su caso, que me aventuro a escribir esta gacetilla en su recuerdo.

Federico se recibió como abogado en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina, donde obtuvo también el título de posgrado de especialista en Derecho Penal. Era maestrando de la Maestría en Magistratura y Derecho Judicial de esta Universidad, en la que cursó la totalidad de sus materias, pero no contó con el tiempo necesario para presentar la tesis final. Trabajaba, además, como secretario en la Fiscalía Federal de Concepción del Uruguay, puesto al que llegó tras haber realizado una prometedora carrera judicial; también se desempeñaba en una cátedra de Derecho Penal en la Universidad de Buenos Aires.

En lo que hace a la academia, nos unió el interés en el derecho penal, procesal penal y constitucional, y juntos realizamos un trabajo de investigación sobre la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de la toma de decisiones de los órganos colegiados. En el año 2023, con la guía de Alfonso Santiago (h), logramos publicar por la editorial Ad-Hoc el trabajo titulado *La Corte Suprema y la doctrina de la mayoría aparente*. Una de las grandes satisfacciones que nos dejó este proyecto fue haber podido presentarlo en la Facultad de Derecho de la Austral, oportunidad en la que tuvimos el honor de compartir panel con el propio Alfonso y nuestro profesor Enrique del Carril.

Más allá de esto, esa enriquecedora experiencia nos permitió proseguir con nuestra formación y aprendizaje en cuestiones jurídicas, pero especialmente asentar y revalidar los valores que nos transmitió esta casa de estudios.

Y con esto llego al punto de lo que quería expresar: su dedicación a la actividad académica. Federico, en este aspecto, era una persona perspicaz, centrada, meticulosa y, fundamentalmente, honesta y consecuente con sus ideas. Antes de culminar cada tema de nuestros trabajos,

investigaba si restaba alguna obra por consultar o jurisprudencia por tratar; controlaba una y otra vez las citas doctrinales que realizábamos y los fallos que citábamos. Hacía todo lo posible para reducir a cero el margen de error. Tenía el objetivo de que la obra se hiciera cargo de todos los aspectos del tema y que no quedara ninguno sin tratar o abordar, más aún si eso ponía en jaque nuestras conclusiones finales. Pero, en especial, Federico era humilde, y cada cuestión la abordaba con la modestia propia de un estudiante, que sabe que tiene mucho para aprender y descubrir.

Federico fue un claro referente de los valores que inculca y promueve la Universidad Austral, y creo realmente que su partida es una gran pérdida para la comunidad universitaria, que necesita constantemente más personas como él. Estas pocas líneas que escribo en su memoria tienen por objeto graficar su integridad como profesional del derecho, en el entendimiento de que ello constituye un ejemplo y un estímulo a seguir por quienes pretendemos transitar por el mismo camino que lo hacía él.

Adiós, querido amigo.

Francisco Tomás Rizzi

Universidad Austral

ft_rizzi@hotmail.com

DOI: <https://doi.org/10.26422/RJA.2025.0601.riz>

SOBRE LOS AUTORES

Jaime Alcalde Silva

Licenciado en Derecho (Pontificia Universidad Católica de Chile). Abogado. Doctor en Derecho (Universidad de Valencia). Profesor asociado de Derecho Privado (Pontificia Universidad Católica de Chile). Autor de dos libros (*Las cartas de patrocinio. Criterios para su aplicación en Chile* y, en coautoría con Juan Luis Goldenberg, *La agencia de sociedad extranjera*) y de más de un centenar de artículos y capítulos de libros sobre distintas materias de derecho civil y comercial. Ha impartido docencia de posgrado en varias universidades nacionales y extranjeras. Integra la Comisión de Estudios para una Nueva Codificación Comercial en Chile. Ejerce la profesión en el estudio Alcalde, Goldenberg y Cía. Correo electrónico: jcaldalc@uc.cl
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4732-5585>

María Paz Arzola

Coordinadora del Área Social e investigadora del Centro de Estudios Libertad y Desarrollo, donde lidera investigaciones y análisis en áreas vinculadas a educación y pobreza. Ingeniera comercial con mención en Economía de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Posee un Magíster en Economía de la misma institución y un Magíster en Filosofía Política y Ética de la Universidad Adolfo Ibáñez. A lo largo de su carrera, ha participado activamente en debates legislativos, en la elaboración de informes sobre políticas públicas y en la evaluación de reformas implementadas en el sistema educativo chileno. Su labor combina la investigación aplicada con la incidencia en políticas públicas. Correo electrónico: mparzola@lyd.org

Leandro Baltar

Abogado. Magíster en Derecho Internacional Privado (Universidad de Buenos Aires). Doctorando en Derecho Internacional (Universidad de Buenos Aires). Investigador Siglo 21. Docente de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad Siglo 21. Miembro adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Dr. Ambrosio L. Gioja” (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires).

Correo electrónico: leandrobaltar28@gmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8848-246X>

John Anthony Carlin Sánchez

Abogado (Universidad de Buenos Aires). Docente e investigador en la Facultad de Derecho de dicha universidad. Magíster en Global Rule of Law & Constitutional Democracy por la Universidad de Génova (Italia), título obtenido mediante una beca por concurso del Instituto Tarello para la Filosofía del Derecho.

Correo electrónico: johncarlin@derecho.uba.ar
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2017-7802>

Luis Fernando Castillo Argañarás

Doctor en Derecho (UBA). Doctor en Ciencia Política (UB). Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) y de la Universidad Argentina de la Empresa (UADE). Profesor de la UBA, UNLZ, UADE y UP. Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional

Correo electrónico: lcastillo@uade.edu.ar
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5566-462X>

Sergio Díaz Ricci

Abogado por la Universidad Nacional de Tucumán (UNT, Argentina), con diploma de honor. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (España). Diploma de Especialización en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid. Profesor titular regular de Derecho Constitucional de la UNT y de Teoría y Prácticas de

Derecho Parlamentario de la UNT. Director del Instituto de Derecho Parlamentario y de la Oficina de Derecho Alemán de la UNT. Profesor de posgrado en universidades del país y del extranjero. Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de Buenos Aires y de la Academia Interamericana de Derecho Internacional y Comparado (Washington). Miembro del Consejo Directivo y Presidente de la Comisión Derecho Constitucional de la Interamerican Bar Association (Washington). Miembro del Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires y de las Asociaciones Argentinas de Derecho Constitucional, de Derecho Comparado, de Derecho Procesal Constitucional y de Derecho Parlamentario. Autor de libros y de más de un centenar de artículos de su especialidad en libros colectivos y revistas de Argentina, Latinoamérica y Europa. Autor del Código Procesal Constitucional de Tucumán. Expresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Parlamentario y de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Exlegislador provincial y exdefensor del Pueblo de Tucumán. Miembro del Tribunal de Cuentas de Tucumán.
Correo electrónico: serdiricci@gmail.com

Jorge Alberto Diegues

Abogado. Profesor de Derecho Constitucional (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires; Facultad de Derecho, Universidad Austral). Miembro de los Institutos de Derecho Constitucional de las Academias de Derecho y de Ciencias Morales y Políticas.

Correo electrónico: dieguesj@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6262-5768>

Gerardo Fiol

Abogado (Universidad de Buenos Aires). Especialista en Derecho de Daños (Universidad de Buenos Aires). Magíster en Derecho Administrativo Económico (Universidad Católica Argentina). Docente de Elementos de Derecho Administrativo y de Responsabilidad del Estado (Universidad de Buenos Aires). Autor de diversas publicaciones vinculadas con la responsabilidad del Estado y el derecho urbanístico. Codirector del proyecto de investigación “Estándares de la Corte IDH en materia de responsabilidad del Estado por omisión, género y garantías judiciales y su aplicación en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires” (Centro de Formación Judicial del Poder Judicial de la CABA).

Correo electrónico: fiolgerardo@yahoo.com.ar

Raúl Gutiérrez Canales

Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Doctor en Derecho y Ciencia Política y magíster en Derecho Constitucional (Universidad Nacional Mayor de San Marcos). Máster en Derecho Parlamentario (Universidad Complutense de Madrid) y en Giustizia Costituzionale (Università di Bologna). Abogado (Pontificia Universidad Católica del Perú). Asesor principal del Congreso de la República del Perú.

Correo electrónico: marioraulgc@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7802-6003>

Cristián Rettig

Profesor asistente en el Departamento de Filosofía de la Universidad Adolfo Ibáñez. Obtuvo su doctorado en University College London en 2018, institución en la que también fue investigador visitante en 2023. Magíster en Teoría Política (London School of Economics). Su trabajo se centra en la teoría de los derechos, los fundamentos teóricos de los derechos humanos, la filosofía moral y la metaética. Ha publicado en revistas académicas como *Journal of Social Philosophy*, *Journal of Value Inquiry*, *Ratio Juris* (en coautoría), *Jurisprudence*, *Journal of Philosophical Research*, *Journal of Global Ethics* y *Social Theory and Practice* (en coautoría), entre otras. Actualmente es investigador responsable del proyecto Fondecyt 11230361, financiado por ANID.

Correo electrónico: cristian.rettig@uai.cl

Francisco Tomás Rizzi

Abogado (Universidad Católica Argentina). Especialista en Derecho Penal (Universidad Católica Argentina). Magíster en Derecho y Magistratura Judicial (Universidad Austral). Doctorando en Derecho (Universidad de Palermo). Autor del libro *La Ignorancia Deliberada en Derecho Penal* y coautor con Federico María Camusso del libro *La Corte Suprema y la Doctrina de la Mayoría Aparente*. Miembro del Departamento de Derecho Judicial de la Universidad Austral. Prosecretario Coadyuvante con funciones en el fuero Penal, Contravencional y de Faltas (CABA).

Correo electrónico: ft_rizzi@hotmail.com

Christian G. Sommer

Abogado y doctor en Derecho (Universidad Nacional de Córdoba). Magíster en Migraciones Internacionales (Pontificia Universidad de Comillas, España). Profesor titular e investigador de Derecho Internacional Público (Universidad Nacional de Córdoba, Universidad Católica de Córdoba y Universidad Siglo 21). Director del Instituto de Derechos Humanos “Xabier Gorostiaga sj” (Universidad Católica de Córdoba). Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y de la Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional. Asociado del Instituto Hispano-Luso Americano de Derecho Internacional.

Correo electrónico: csommer@ucc.edu.ar

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9973-7840>

Erman Tejeda

Abogado (Universidad Nacional de Rosario) y doctor en Derecho (Universidad Austral). Ha sido becario doctoral del CONICET y actualmente es becario posdoctoral de dicho organismo. También fue becario posdoctoral de la Fundación Carolina y realizó su estancia de investigación en la Universidad de Navarra (2024-2025). Desde 2022 es profesor adjunto de la materia Teoría del Derecho y Filosofía del Derecho (Universidad Austral). Sus trabajos de investigación abordan temas como la interpretación en el pensamiento dworkiniano, la legitimidad del control de constitucionalidad y el problema de la determinación de los derechos.

Correo electrónico: emtejeda@austral.edu.ar

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9406-4571>

Martin Ariel Ugalde

Abogado (Universidad Nacional de Mar del Plata). Magíster en Derecho Procesal (Universidad Austral). Diplomado en Derecho de los Hidrocarburos y de la Energía (Universidad Austral). Docente de Derecho Procesal Civil y Comercial (Universidad de Buenos Aires).

Correo electrónico: mugalde@mail.austral.edu.ar / maugalde@derecho.uba.ar

Agustín Ulivarri Rodi

Abogado y especialista en Ciencias Penales (Universidad Católica de Salta). Se desempeña como jefe de despacho –relator– de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta y fue pasante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el ámbito académico, es profesor de Historia Constitucional Argentina y cursa su formación docente en la Universidad de San Andrés.

Correo electrónico: agustinulivarri@hotmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8686-6259>

Agustina N. Vazquez

Abogada (UBA). Licenciada en Educación (UFLO). Diploma en Políticas Públicas (UDESA). Magíster en Derecho Internacional y Desarrollo (UoL). Doctora en Ciencias Jurídicas (UoL-UMSA). Docente e investigadora UBA, UFLO, UP y UADE. Investigadora externa de la Universidad Católica de Córdoba. Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Fellow RCIL Latin America and the Caribbean de las Naciones Unidas.

Correo electrónico: aguvazquez@uade.edu.ar

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4753-5021>

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 períodos 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 reviewwers*)

Con el propósito de garantizar la calidad científica de las publicaciones, la Revista Jurídica Austral adopta el sistema de revisión por pares o peers reviewwers 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 recensiones 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) Recensiones

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 recensiones 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, RECENSIÓN, ANÁLISIS, CRÓNICAS O COMENTARIOS para su publicación en la RJA, cede a la UNIVERSIDAD AUSTRAL los derechos de autor en forma no exclusiva, confiriendo una licencia gratuita para ejercer por medios impresos y/o digitales los derechos de reproducción, distribución, publicación, comunicación pública, puesta a disposición, transmisión y/o depósito de aquellos en el Repositorio Institucional o en otros sitios de confianza que permitan su preservación digital. La UNIVERSIDAD AUSTRAL, por medio del Consejo Editorial, queda también autorizada para realizar las modificaciones formales y técnicas necesarias para el ejercicio de las facultades aquí conferidas, como así también para asignarle a los artículos el destino que les corresponda en la sección que considere adecuada, pudiendo explotar comercialmente las obras enviadas mediante la venta de los ejemplares de forma individual y/o como parte de una compilación. Cada una de estas formas de explotación podrá ser llevada a cabo por la licenciataria mediante cualquiera de las modalidades de explotación conocidas, incluyendo el uso de medios impresos y/o digitales.

DERECHOS MORALES. La presente licencia no transfiere derechos morales, los cuales permanecen en cabeza del AUTOR de conformidad con las normas de derecho de autor.

BUENAS PRÁCTICAS EDITORIALES. El AUTOR declara y reconoce bajo juramento, el cual se entiende prestado por el solo hecho de darse de alta con la creación de su usuario y contraseña que permite ingresar al sistema OJS de la RJA, ser autor del ARTÍCULO, RECENSIÓN, ANÁLISIS, CRÓNICAS O COMENTARIOS enviados y titular de los derechos de autor que aquí se licencian; que sobre estos derechos no se han contraído compromisos ni gravámenes de ninguna especie a favor de terceros que resulten incompatibles con la cesión o que puedan atentar contra los derechos de la UNIVERSIDAD AUSTRAL; que la obra es original, inédita y fue creada sin infringir derechos de terceros; que las imágenes, citas y/o transcripciones que incorpora se encuentran debidamente referenciadas y fueron autorizadas por su titular o están amparados 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 currículum que no exceda las diez líneas, dirección de correo electrónico y perfil ORCID.

Los trabajos se recibirán por medio del sistema Open Journal System, al cual se accede a través de este portal. El envío debe contener todos los requisitos que solicita el sistema.

Para asegurar la integridad de las evaluaciones anónimas por pares de los envíos, se hará todo lo posible para impedir que los autores conozcan la identidad de los revisores y viceversa. Para ello, se deben comprobar que se han seguido los siguientes pasos relacionados con el texto y con las propiedades del archivo:

- * Los autores del documento han borrado sus nombres del texto y han evitado autorreferenciarse.
- * En el caso de los documentos de Microsoft Office, también deberá quitarse la identificación del autor de las propiedades del archivo haciendo clic en las opciones que se indican a continuación. Empezar con Archivo en el menú principal de la aplicación de Microsoft: Archivo > Guardar como > Herramientas (u Opciones en Mac) > Seguridad > Eliminar información personal de las propiedades del archivo al guardar > Guardar.

Declaración de roles de autoría

Al final de cada artículo se deberá incluir el tipo de responsabilidad que ha tenido cada autor en la elaboración del trabajo. Para ello, deberá utilizar la taxonomía de redes de colaboración académica (CRediT), que tiene el objetivo de proporcionar crédito a todos los roles que intervienen en un proceso de investigación y garantizar que estos sean visualizados y reconocidos durante la comunicación de los resultados. La definición de catorce categorías permite, además, identificar estos roles de autoría como objetos de recuperación, por lo que serán sensibles a su clasificación y su posterior reutilización en el marco de otros procesos investigativos.

En <http://hdlab.space/taxonomia/?q=CRediT> se encuentran todos los roles.

Ejemplos

- * Un autor: "El autor declara haber desempeñado todos los roles de autoría del presente artículo".
- * Dos o más autores: "López, J.: conceptualización, metodología; Suárez, M.: curación de datos, escritura, borrador original; Gómez, A.: conceptualización, visualización, escritura, revisión y edición; García, D.: escritura, revisión y edición". / "Todos los autores contribuyeron en la concepción de la idea, diseño del estudio, el proceso de investigación, la recolección, análisis e interpretación de los datos y en la redacción del artículo".

Declaración de conflicto de interés

Al final del trabajo, se deberá consignar que el autor no posee conflicto de interés alguno.

Obligatoriedad de depósito de datos respaldatorios

Los autores nacionales deberán tener en cuenta que, conforme la Ley 26899 de "Creación de Repositorios Digitales Institucionales de Acceso Abierto, Propios o Compartidos", en el caso de que sus resultados de investigación publicados en el artículo hayan sido financiados o cofinanciados con fondos públicos, están obligados a publicar sus trabajos y datos primarios en repositorios institucionales, propios o compartidos. La cita del conjunto de datos depositados debe aparecer en la bibliografía del trabajo.

Contribuciones

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: (Figura 1), para fotos, gráficos e ilustraciones; (Tabla 4) para tablas..

* 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.

* Notas al pie: no deben exceder las 20 líneas de texto.

* 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 ejercitó 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.

Normas editoriales

* 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 con la siguiente clasificación:

Legislación

* Normas internacionales (pactos, convenios, declaraciones)

* Normativa comunitaria

* Leyes ratificadorias de tratados internacionales

* Constituciones

* Códigos

* Leyes

* Decretos

* Resoluciones

* Disposiciones

Estilo a seguir:

Constitución de la Nación Argentina.

Constitución de la Nación Argentina, artículo 75, inciso 2 (o 75.2.).

Leyes

Ley 11723.

Ley 11723 de Propiedad Intelectual, BO 30/09/1933.

Ley 11723 de Propiedad Intelectual, BO 30/09/1933, artículo 5.

Decretos

Decreto 245/2002.

Decreto 245/2002, BO 28/11/2002, artículo 5.

Resoluciones

Resolución 2030/2015.

Resolución 2030/2015, BO 12/06/2015, artículo 1.

Disposiciones

Disposición 306/2015.

Disposición 306/2015, BO 28/05/2015.

Jurisprudencia

- * Corte Suprema (nacional, federal, provincial, internacional)
- * Tribunales internacionales
- * Tribunales del sistema interamericano

Estilo a seguir:

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fernández Arias c/Poggio*, 19/09/1960, Fallos: 247:646.
- Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, *Vasena Marengo, José Francisco y otra c/Rodríguez, Jorge Mario y otra*, 28/09/2004.
- Cámara Federal de Casación Penal: *Di Plácido, Jorge Alberto*, 22/05/2014, [FBB/7963/2013/CFC1, Registro 864/14].
- Suprema Corte de los Estados Unidos, *Wood v. Milyard*, 566 U.S. 463 (2012).
- Suprema Corte de Carolina del Norte, *Bayard v. Singleton*, 1 N.C. 5 (1787).
- Sentencia del Tribunal Constitucional, 83/2016, 28 de abril. [Español].
- 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.



AUSTRAL

DERECHO
