



ISSN 2684-057X

Revista Jurídica Austral

Publicación científica de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral

Volumen 6. Número 2. Diciembre 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 2. Diciembre 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 Aicega (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 Ruíz Gálvez (Universidad de Valencia, España)

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

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

Eduardo Soderó (Universidad del Litoral, Argentina)

Renato Rabbi-Baldi Cabanillas (Universidad de Buenos Aires/Universidad Católica de Salta, Argentina)

Pablo Luis Manili (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

Equipo técnico

Lucila Scibona (edición, corrección, diagramación)

Secretaria

María Gabriela Simonelli

Revista Jurídica Austral

ISSN 2684-0537

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

revistajuridicaaustral@austral.edu.ar

Tel.: 011-5239-8000

Universidad Austral

Facultad de Derecho

Sede Bs. As.: Cerrito 1250 (C1010AAZ), CABA

Sede Pilar: M. Acosta 1611 (B1629WWA), Pilar

Buenos Aires, Argentina

PRESENTACIÓN

Con esta nueva entrega, la *Revista Jurídica Austral* vuelve a ponerse en diálogo con la comunidad jurídica, reafirmando su vocación de constituirse en un espacio abierto al pensamiento crítico, a la investigación rigurosa y al intercambio académico plural.

El número que hoy se presenta da cuenta del grado de madurez alcanzado por este proyecto editorial, a partir de la consolidación progresiva de prácticas editoriales estables, criterios de evaluación transparentes y un reconocimiento sostenido que trasciende el ámbito local, sin resignar por ello su identidad ni su anclaje institucional.

Este recorrido ha sido posible gracias al compromiso conjunto de quienes aportan sus trabajos, de quienes asumen la tarea exigente y silenciosa de la evaluación académica, del Consejo Editorial y del equipo técnico que acompaña cada etapa del proceso, así como de los lectores, cuya confianza renueva en cada número el sentido mismo de esta publicación. A todos ellos corresponde un especial agradecimiento.

El presente volumen reviste, además, una significación particular. Por un lado, alcanza un número récord de contribuciones académicas, lo que constituye un indicador elocuente del interés que la *Revista Jurídica Austral* ha logrado suscitar como ámbito de difusión científica. Por otro, se distingue por la diversidad de las materias abordadas, que comprenden —entre otras— derechos humanos, derecho civil, penal, administrativo, de familia y ambiental, inteligencia artificial, así como derecho y jurisprudencia internacional, conformando un repertorio amplio y heterogéneo que enriquece el debate jurídico contemporáneo.

En un contexto jurídico atravesado por transformaciones sociales, tecnológicas e institucionales cada vez más aceleradas, resulta especialmente valioso contar con espacios que permitan pensar el derecho con perspectiva crítica, sin urgencias coyunturales, pero con plena conciencia del tiempo histórico que se transita.

En ese marco, este número se presenta como una nueva instancia de reflexión académica, fiel al espíritu que anima a la *Revista Jurídica Austral* desde sus inicios.

En esta edición, ponemos a consideración de los lectores los trabajos de investigación de los doctores: Juan Bautista Etcheverry (Conicet, Universidad Austral): “Error judicial y decisión judicial defectuosa. Presupuestos, problemas conceptuales y tipologías”; Gabriela García Escobar (Universidad Panamericana, México): “Las decisiones judiciales como fuente jurídica principal para la creación de nuevos derechos por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”; María José Adrogué (Universidad Austral): “Gestación por subrogación y biojurídica: reflexiones y propuesta a partir del caso argentino”; Andrés Sánchez Herrero (Universidad Austral): “Existencia y alcance de la obligación de renegociar la extinción unilateral del contrato y “Análisis sistemático de la obligación de renegociar la extinción unilateral del contrato”; Carlos

H. González Bellene (Universidad Autónoma de Madrid): “Fundamentos democráticos y republicanos para un modelo argentino de juicio por jurados”; Emmanuel Catardo (Universidad Católica Argentina. Universidad de Salamanca, España): “La Constitución norteamericana y la protección contra leyes *ex post-facto*: Una infundada limitación”; Pasquale Gianniti (Consigliere della Corte di Cassazione, Italia): “Persona, dignidad y solidaridad: hacia un estatuto integral de los derechos fundamentales”; Andrés Ascárate (Universidad Austral): “Finalidad y sentido de la empresa pública en Argentina. ¿Lucro o interés público?”; Jairo Enrique Lucero-Pantoja (Universidad de Tarapacá, Chile) y Juliana Salome Díaz-Pantoja (Universidad de Tarapacá, Chile): “Hacia una protección multinivel del desplazamiento forzado por causas ambientales”; Dereck Patrick Palomino Campomanes (Universidad Nacional Federico Villarreal, Perú): “Deconstrucción histórica-dogmática de la responsabilidad penal corporativa; Bruno Rusca (Universidad Austral de Chile): “Sobre la distinción entre complicidad necesaria y no necesaria en el derecho penal argentino: un problema subdesarrollado en la doctrina y jurisprudencia locales”; E. A. Calderón-Marengo (Universidad Cooperativa de Colombia), V. H. Aristizabal-Tique (Universidad Cooperativa de Colombia), J. G. Agón López (Universidad Cooperativa de Colombia), P. Arenas (Universidad Cooperativa de Colombia), A. V. Romero Guido (Universidad Americana, Nicaragua) y G. Ravelo-Franco (Universidad Continental, Huancayo, Perú): “Desafíos regulatorios y tecnológicos de los oráculos aplicados a los *smart contracts*”; y Kevin Silva Carrillo (Pontificia Universidad Católica del Perú): “La legítima defensa en la redacción actual del Código Penal peruano. El caso del homicidio en legítima defensa”.

En la sección Análisis, crónicas y comentarios, destacamos las contribuciones de: Erman Tejeda (Universidad Austral): “El sentido de la dignidad en el derecho: fundamentos, riesgos y perspectivas. Entrevista a Carlos Ignacio Massini-Correas”; Julio César Orellana Presentación (Universidad Científica del Sur, Perú): “Los derechos de la naturaleza en el ordenamiento jurídico latinoamericano: avances, desafíos y perspectivas”; Juan Pablo Quiroga (Flacso. Georgetown University): “Declaraciones de adopción *post mortem*, interés superior del niño y derechos patrimoniales: análisis crítico de la jurisprudencia argentina reciente”; Eduardo Martín Acosta-Yparraguirre (Univ. San Ignacio de Loyola, Perú), Gianela Eugenia Curasi-Llanos (Univ. San Ignacio de Loyola, Perú) y Sharom Alessia Durand-Untiveros (Univ. San Ignacio de Loyola, Perú): “¿Inconstitucionalidad o inaplicabilidad? El Acuerdo Plenario 05-2023/CIJ-112 y un dilema de dos naturalezas en el mismo sistema jurídico”

En la última sección (Recensiones), podrán acceder a las elaboradas por: Eliana De Rosa (Universidad de Mendoza. Universidad Juan Agustín Maza. Universidad de Congreso): *Los nuevos derechos humanos. Teoría jurídica y praxis política* de Jorge Crego y Carolina Pereira Sáez (Eds.) (Granada, Editorial Comares, 2024); Sofía Calderone (Universidad Católica Argentina): *La doctrina del control de convencionalidad en el Sistema Interamericano. Fundamentos, alcances, problemas y soluciones* de Ignacio Colombo Murúa (Colección Nuevas Perspectivas del Derecho Público, P. Cami-

nos e I. González Tocci, dirs., Buenos Aires, Thomson Reuters-La Ley, 2024); Daniel Reimundes (Universidad Católica Argentina): *El Tribunal de la Federación. Los conflictos subnacionales y la competencia originaria de la Corte Suprema* de Carlos J. Laplacette (Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ediar, 2024); y Diego H. Serebrinsky (Universidad de Buenos Aires. Universidad Austral. Universidad Argentina de la Empresa): *La extinción unilateral del contrato y su renegociación* de Andrés Sánchez Herrero (Buenos Aires, Thomson Reuters-La Ley, 2025).

Finalmente, y en el marco de las celebraciones de fin de año, hacemos llegar a nuestros lectores y colaboradores nuestros más sinceros deseos de paz y bienestar, con la esperanza de que la Navidad sea ocasión de encuentro y serenidad junto a sus seres queridos.

Buenos Aires, diciembre de 2025

Académico Dr. Alfonso Santiago
Director

Mag. Luciano Ruhl
Director ejecutivo

Dr. Miguel A. Rapela
Director ejecutivo

ÍNDICE

Artículos de investigación

- 465 Error judicial y decisión judicial defectuosa. Presupuestos, problemas conceptuales y tipologías
Juan B. Etcheverry
- 519 Las decisiones judiciales como fuente jurídica principal para la creación de nuevos derechos por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
Gabriela García Escobar
- 559 Gestación por subrogación y biojurídica: reflexiones y propuesta a partir del caso argentino
María José Adrogué
- 623 Existencia y alcance de la obligación de renegociar la extinción unilateral del contrato
Andrés Sánchez Herrero
- 669 Análisis sistemático de la obligación de renegociar la extinción unilateral del contrato
Andrés Sánchez Herrero
- 707 Fundamentos democráticos y republicanos para un modelo de juicio por jurados
Carlos H. González Bellene
- 755 La Constitución norteamericana y la protección contra leyes ex post-facto: una infundada limitación
Emmanuel Catardo
- 807 Persona, dignidad y solidaridad: hacia un estatuto integral de los derechos fundamentales
Pasquale Gianniti
- 851 Finalidad y sentido de la empresa pública en Argentina. ¿Lucro o interés público?
Andrés Ascárate
- 887 Hacia una protección multinivel del desplazamiento forzado por causas ambientales
Jairo Enrique Lucero-Pantoja - Juliana Salome Díaz-Pantoja
- 917 Deconstrucción histórico-dogmática de la responsabilidad penal corporativa
Dereck Patrick Palomino Campomanes
- 951 Sobre la distinción entre complicidad necesaria y no necesaria en el derecho penal argentino: un problema subdesarrollado en la doctrina y jurisprudencia local
Bruno Rusca
- 977 Desafíos regulatorios y tecnológicos de los oráculos aplicados a los smart contracts
Eduardo Andrés Calderón-Marengo - Víctor H. Aristizabal-Tique - Juan Guillermo Agón López - Paola Arenas - Ana Valeria Romero Guido - Gabriel Ravelo-Franco
- 1011 La legítima defensa en la redacción actual del Código Penal peruano. El caso del homicidio en legítima defensa
Kevin Silva Carrillo

Análisis, crónicas y comentarios

- 1043 El sentido de la dignidad en el derecho: fundamentos, riesgos y perspectivas.
Entrevista a Carlos Ignacio Massini-Correas
Erman Tejeda
- 1063 Los derechos de la naturaleza en el ordenamiento jurídico latinoamericano: avances, desafíos y perspectivas
Julio César Orellana Presentación
- 1087 Declaraciones de adopción post mortem, interés superior del niño y derechos patrimoniales: análisis crítico de la jurisprudencia argentina reciente
Juan Pablo Quiroga
- 1109 ¿Inconstitucionalidad o inaplicabilidad? El Acuerdo Plenario 05-2023/CIJ-112 y un dilema de dos naturalezas en el mismo sistema jurídico
Sharom Alessia Durand-Untiveros - Gianaela Eugenia Curasi-Llanos - Eduardo Martín Acosta-Yparraguirre

Recensiones

- 1137 *Los nuevos derechos humanos. Teoría jurídica y praxis política*
de Jorge Crego y Carolina Pereira Sáez (Eds.)
Eliana De Rosa
- 1145 *La doctrina del control de convencionalidad en el Sistema Interamericano. Fundamentos, alcances, problemas y soluciones*
de Ignacio Colombo Murúa
Sofía Calderone
- 1155 *El Tribunal de la Federación. Los conflictos subnacionales y la competencia originaria de la Corte Suprema*
de Carlos J. Laplacette
Daniel Reimundes
- 1163 *La extinción unilateral del contrato y su renegociación*
de Andrés Sánchez Herrero
Diego H. Serebrinsky

Sobre los autores

1177

Normas editoriales

1185

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

ERROR JUDICIAL Y DECISIÓN JUDICIAL DEFECTUOSA. PRESUPUESTOS, PROBLEMAS CONCEPTUALES Y TIPOLOGÍAS

Juan B. Etcheverry

Conicet. Facultad de Derecho, Universidad Austral

jbetcheverry@ius.austral.edu.ar

<https://orcid.org/0000-0001-9018-4293>

<https://doi.org/10.26422/RJA.2025.0602.etc>

Recibido: 20/08/2025

Aceptado: 23/10/2025

Resumen

El desafío de clarificar qué es un error judicial o una decisión judicial defectuosa, irregular o anómala es complejo. Existen diferentes nociones de este fenómeno construidas para diferentes contextos jurídico-profesionales. Aunque resulte imposible identificar un elemento unificador de estas nociones, es posible buscar su caso central. Este caso central se construye poniendo en relación los datos que se recaban sobre este fenómeno, los diferentes usos que se les dan a estas nociones, etc. con las razones por las que se crean figuras, instituciones para prevenir, sancionar, reparar o corregir las decisiones judiciales defectuosas. Del esfuerzo por identificar el caso central de la decisión judicial defectuosa se logra obtener una serie de características que están presentes en sus ejemplos centrales. Esto, a su vez, nos permite iluminar la distinción entre decisiones irregulares y meramente opinables. Finalmente, este desarrollo también ayuda a identificar qué partes de la decisión judicial suelen afectar las mencionadas anomalías y ofrecer una ordenación del listado de irregularidades judiciales más comunes a fin de facilitar la tarea de quienes buscan prevenirlas, evitarlas o subsanarlas.

Palabras clave: error judicial, sentencia defectuosa, irregularidad judicial, responsabilidad judicial, sentencia arbitraria, delitos judiciales.

Judicial Error and Flawed Judicial Decision: Backgrounds, Conceptual Problems, and Typologies

Abstract

The challenge of clarifying what constitutes a judicial error or a flawed judicial decision is complex. There are various notions of this phenomenon, each constructed for different legal-professional contexts. Although it may be impossible to identify a unifying element among these notions, it is possible to seek their “central case”. This central case is built by relating the data collected about the phenomenon, the different uses of these notions, and the reasons behind the creation of mechanisms and institutions designed to prevent, sanction, remedy, or correct flawed judicial decisions. The effort to identify this central case yields a set of recurring features that tend to be present in paradigmatic examples. These features, in turn, illuminate the distinction between irregular decisions and those that are merely debatable or subject to reasonable disagreement. Moreover, this analytical framework facilitates the identification of specific components within judicial decisions that are most susceptible to such anomalies. Finally, it also enables a systematic presentation of the most prevalent judicial irregularities, in order to facilitate the work of those seeking to prevent, avoid, or remedy flawed judicial decisions.

Key words: judicial error, flawed judicial decision, irregular judicial decision, judicial accountability, judicial offenses.

1. Introducción

El problema del error judicial y de la decisión judicial defectuosa ha sido regulado legal y jurisprudencialmente de un modo particular por cada ordenamiento jurídico. A su vez, dentro de cada ordenamiento suelen abordarse distintos aspectos de esta problemática. En Argentina, esta cuestión es tratada desde el derecho civil y administrativo cuando se trata la responsabilidad patrimonial del Estado (e, incluso, de los funcionarios) por la actividad judicial irregular que produce un daño susceptible de ser indemnizado. A su vez, se analiza el problema de la anomalía judicial desde la perspectiva de la responsabilidad política de los jueces frente al Estado por su mal desempeño. Desde el derecho penal, se abordan las figuras delictivas que pueden cometer los jueces y otros funcionarios judiciales mediante un ejercicio irregular de sus funciones. Finalmente, el derecho procesal se preocupa por las decisiones judiciales anómalas, principalmente a fin de proponer recursos para lograr que las sentencias erróneas o defectuosas puedan ser corregidas.¹

1 Hay que reconocer que, además, existen otros enfoques desde los que se puede abordar el problema de la decisión judicial defectuosa. Por ejemplo, también hay desarrollos desde la perspectiva del de-

Este trabajo propone un estudio del problema del error judicial y de las decisiones judiciales defectuosas desde la filosofía del derecho y no desde una perspectiva de la doctrina jurídica local civil, administrativa, constitucional, penal, procesal, etc. En este sentido, el tipo de estudio que propone este trabajo es general, *explicativo* y, en un sentido específico, *normativo*, a diferencia de los estudios doctrinarios, que suelen ser locales y descriptivos.

Para lograr el objetivo propuesto, se utilizará el *método del caso central*, el cual ha sido utilizado por muchos filósofos del derecho. Propone estudiar no solo cómo se usan las expresiones, figuras, instituciones y recursos para prevenir, controlar y reparar (en este caso) los errores judiciales y las decisiones judiciales defectuosas, sino que, además, procura detectar las razones por las que algunas expresiones se usan en determinados sentidos y por qué se crean figuras, instituciones y recursos que permiten que se reparen y sancionen penal o políticamente determinadas decisiones de los jueces o que se recurran determinados tipos de decisiones judiciales.²

El método del caso central no es meramente descriptivo, ya que no se limita simplemente a reportar datos, usos lingüísticos, información u observaciones locales. Tampoco desprecia la imprescindible información que pueda brindar la perspectiva de la legislación, jurisprudencia y doctrina jurídica local e, incluso, los estudios empíricos sobre la temática a la cual se lo aplica. De hecho, este trabajo identificará y utilizará como insumos diferentes sentidos de la noción “decisión judicial defectuosa” propios de distintos contextos jurídico-profesionales de Argentina (penal, procesal, civil, constitucional, administrativo, etcétera).

A nuestro juicio, el método propuesto es particularmente útil por tres ra-

recho internacional. En estos casos, se analiza la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de alguna obligación internacional por medio de una decisión judicial. A su vez, también existen otros regímenes que regulan las conductas de los jueces. El incumplimiento de las obligaciones que establecen estos regímenes puede dar origen a diferentes tipos o clases de responsabilidad. En concreto, existe el régimen de responsabilidad disciplinaria-administrativa, cuyo fin es establecer cuándo los jueces han incumplido una regla de buena praxis judicial, pudiéndoles aplicar una sanción por ello que no suponga afectar su continuidad en el cargo. Sin embargo, dado que el objeto de esta investigación es la decisión judicial defectuosa y no la responsabilidad de los judiciales, el interés por esta clase de regímenes no es primario; sobre todo, teniendo en cuenta que las inconductas reguladas por este régimen no necesariamente conducen a una decisión irregular. Algo similar sucede con el régimen de responsabilidad ética de los jueces. Con este régimen, se examina la conducta del juez a la luz de criterios de excelencia que deben guiar la conducta de los magistrados. Cfr. Santiago (2006, pp. 34 y ss. y *passim*). Sobre los distintos enfoques desde los que se puede abordar el problema del error judicial y la responsabilidad del Estado y de los jueces por dichas irregularidades, también puede verse, entre otros, Marienhoff (1978, p. 363), Galli Basualdo (2006, p. 174) y Andrada (2017, p. 242).

2 Cfr. Webber et al. (2018, p. 4).

zones. Por un lado, permite reconocer los diferentes usos o sentidos que suele dársele a la noción de error judicial y decisión defectuosa y, a la vez, resulta capaz de darles prioridad explicativa a los casos que se quieren evitar o reparar y para los que típicamente se crean figuras, instituciones, recursos, etc. a tal efecto.³ Además, el mencionado método permite hacer distinciones que no sería posible realizar desde una perspectiva meramente local y descriptiva. En tercer lugar, también ayuda a valorar críticamente las figuras, instituciones y recursos de una práctica jurídica concreta y establecer en qué medida dichas figuras, instituciones y recursos son adecuadas para lograr los fines que se proponen.

Se espera que este trabajo ayude a clarificar cuáles son los presupuestos del reconocimiento de la existencia de una irregularidad judicial, su caracterización y una posible tipología. A su vez, se busca que este esfuerzo sea útil para una explicación más amplia acerca de la decisión judicial.

2. Error judicial y decisión judicial defectuosa

El significado común de “error” refiere tanto a un concepto o un juicio desacertado como a una acción u omisión equivocada. Suele considerarse que, cuando se yerra en una decisión, se produce un resultado desacertado no querido. Dicho de otro modo, el significado común de “error” parece referirse a una equivocación no intencional y, a su vez, presupone la posibilidad de acertar en el modo de comprender, de juzgar y de actuar de forma tal que debiera existir algún criterio o parámetro para diferenciar entre un yerro y un acierto.

Ferrater Mora (1964, pp. 542-544) advierte cómo a lo largo de la historia, desde la Antigüedad, la Edad Media y la Modernidad, se discute sobre la posibilidad del error, el sentido o la falta de sentido de las proposiciones erróneas y la relación entre el error y la verdad. En concreto, al concebirse al error como lo contrario a la verdad y a la verdad como la concordancia entre el juicio y lo que se juzga, muchas veces se lo consideró como la “discrepancia” entre el juicio y el objeto de ese juicio. En cambio, el acierto sería la concordancia entre el juicio y el objeto que se juzga.

Este significado común de “error” es trasladado a las ciencias jurídicas en las que suele distinguirse entre “error” y “delito”. Al respecto, muchos autores han advertido que no debe confundirse el “error judicial” con la “prevaricación” o, más ampliamente, con el “delito judicial”. Para estos autores, quien comete

3 Cfr. *Ibid.*, p. 3.

un error lo hace “por falta de cuidado o de esmero”, porque “no sabe hacer lo debido” y, por ello, “hace algo equivocado”. En cambio, comúnmente, los tipos penales relacionados con “delitos judiciales” exigen un dolo que pareciera ser conceptualmente incompatible con el error (García Amado, 2023, p. 18).

Muchos de estos autores se refieren a la violación intencionada de una regla como “desvío” o “abuso de poder”.⁴ Así, afirman que, toda vez que un juez decida con intención contraria a derecho, se produce lo que se ha denominado “desvío del poder jurisdiccional”. Esto “ocurre cuando un determinado magistrado utiliza el poder jurisdiccional, que por medio de la Constitución le confía la comunidad política, para fines ilegítimos que nada tienen que ver con los motivos que llevaron a reconocerle dicha potestad” (Santiago y Finn, 2016, p. 57).

A fin de evitar estos equívocos, en adelante utilizaré la expresión “decisión judicial defectuosa” para incluir tanto decisiones erróneas como decisiones dictadas mediante abuso de facultades o comisión delitos.⁵

3. Problemas para definir a la decisión judicial defectuosa

Si bien la mayoría de los trabajos que explican el “error judicial” y, más en general, las “decisiones judiciales defectuosas” tratan esta problemática desde la *doctrina local* civil, administrativista, constitucional, penal y procesal, existen algunos autores que también abordan esta problemática desde una perspectiva filosófica.⁶

Algunos de quienes han tratado la cuestión desde una perspectiva filosófica parecen pretender reducir el sentido de estas expresiones a una fórmula o definición. Esto lo hacen o bien proponiendo que existe una “característica”, “propiedad común” o “esencia” de las decisiones judiciales defectuosas o bien aclarando el concepto de decisión judicial defectuosa por medio de una comparación entre una decisión errada o defectuosa y otra considerada correcta.

Por ejemplo, al tratar el problema del error judicial, Malem Seña afirma que

4 Por ejemplo, Carbonell (2022, p. 63).

5 Cfr. Carbonell (2022, p. 63).

6 Uno de los esfuerzos más destacados entre los teóricos argentinos por explicar el concepto de “arbitrariedad judicial” fue el realizado por Genaro Carrió (Carrió y Carrió, 1995). En España, han trabajado específicamente la cuestión del error judicial desde una perspectiva de la filosofía del derecho Malem Seña et al. (2009), García Amado (2023) y Hernández Marín (2005), entre otros. En Chile, trabaja la cuestión Carbonell (2023); en Paraguay, Mendonca (1998, pp. 199-206).

para que exista un error judicial ha de haber, según el sistema jurídico de referencia, una o más respuestas correctas respecto de un caso. Y la decisión judicial calificada como errónea no ha de poder subsumirse en ninguna de esas posibles respuestas correctas. Estas dos condiciones parecen ser necesarias y suficientes. (Malem Seña et al., 2009, p. 12)

Quienes pretenden esto deben enfrentar la dificultad de encontrar “la propiedad común” que poseerían todas las decisiones judiciales que reciben el rótulo de erróneas o defectuosas, como si existiera un uso único, uniforme y coherente de estas expresiones de manera que todas ellas refieren a esa propiedad común, característica o esencia que debería repetirse en todas las decisiones judiciales irregulares. El riesgo de buscar tal propiedad o característica única, uniforme y coherente es que, de no existir, conduce a selecciones de un solo aspecto del fenómeno que se nombra sin mayor justificación y sin dar mayores explicaciones de por qué se excluyen otros.⁷ Además, conduce a criticar usos legislativos o jurisprudenciales de lo que se entiende por “decisión judicial defectuosa” por no respetar tal supuesta característica o propiedad, sin advertir que, en realidad, sus criterios de aplicación son múltiples y heterogéneos.

Por otra parte, tampoco está exenta de dificultades la estrategia que se propone aclarar el concepto de “error judicial” o “decisión judicial defectuosa” por medio de una comparación entre una decisión defectuosa y otra considerada correcta. Este abordaje pretende la determinación del error o el defecto de una decisión judicial confrontándola con la que hubiera sido correcta para el caso. Aquí, el problema es la dificultad para determinar las condiciones suficientes y necesarias de una decisión judicial correcta. De hecho, el propio Malem Seña sostiene que afirmar que una decisión judicial es correcta no supone atribuirle una característica o propiedad, “sino que es señalar que *no exhibe* ninguna de las muy variadas anomalías que directa o indirectamente pueden afectar un acto tan complejo como el de dictar una decisión judicial” (Malem Seña et al., 2009, p. 15). Como puede advertirse, la estrategia parece viciosamente circular. Se considera condición necesaria y suficiente de la existencia de un error judicial que haya al menos una respuesta correcta y que la decisión judicial calificada como errónea no haya sido subsumida en ninguna de esas posibles respuestas correctas; a la vez, se afirma que la satisfacción de un test de corrección no consiste en detectar en las resoluciones judiciales correctas una propiedad o característica, sino en señalar que no adolece de errores.

7 Cfr. Finnis (2000, p. 40).

Como se verá a lo largo de este trabajo, los intentos de definir por medio de una única propiedad o característica común a todas las decisiones judiciales defectuosas, para luego poder identificar las decisiones judiciales anómalas, tienen el desafío de evitar elegir sin mayor explicación una característica o propiedad, excluyendo otras sin justificación alguna.

4. Límites de *solo* describir los casos paradigmáticos de la decisión judicial defectuosa

Una alternativa a buscar una única característica o propiedad de las decisiones judiciales defectuosas es aquella que, si bien reconoce que puede ser difícil o imposible reducir a una fórmula o definición el concepto de decisión judicial defectuosa, sugiere examinar en qué tipos de supuestos la legislación y la jurisprudencia de una determinada comunidad jurídica descalifican las decisiones judiciales por considerarlas anómalas.⁸ Dicho de otro modo, propone explicar el defecto judicial destacando las características de los supuestos en que una decisión judicial es señalada legal o jurisprudencialmente como defectuosa, haciendo explícita las causales de defecto judicial, para luego poder organizarlas o sistematizarlas.⁹

En concreto, sugiere que los conceptos de error judicial o decisión judicial defectuosa son “descalificadores” porque se usan para descalificar una decisión judicial y refieren a una serie no finita de anomalías que puede sufrir dicha decisión. La serie de errores o defectos recién mencionada o las propiedades (criterios de aplicación o condiciones) que permitirían calificar a una decisión judicial como errónea o defectuosa serían inagotables porque serían inagotables las maneras de cometer irregularidades en el acto de fallar judicialmente. Por este motivo, consideran que no se puede suministrar una lista de condiciones

8 Si bien Carrió aclara que su modo de estudiar el concepto de sentencia arbitraria es por medio de una teoría descriptiva y local del derecho, pretende de dicho esfuerzo suministrar las bases de una teoría *general* del acto de sentenciar (Carrió y Carrió, 1995, p. 17). Mendonca (1998, nota 10) y Malem Seña (2009) expresamente reconocen o siguen el método propuesto por Carrió para explicar qué sería un “error judicial”. Como se dijo, en el caso de Malem Seña (Malem Seña et al., 2009, pp. 14-15), por un lado, sostiene que son condición suficiente y necesaria para que haya un error judicial que para el caso exista una o más decisiones correctas y que la decisión calificada como errónea no pueda ser subsumida en ninguna de las mencionadas respuestas correctas. Sin embargo, por otro lado, citando a Carrió, sostiene que afirmar que una decisión judicial cumple con el test del “debido proceso” significa que no adolece de las anomalías que pueden afectarla y que las posibles anomalías que pueden afectarla son innumerables.

9 Cfr. Carrió y Carrió (1995, p. 55).

necesarias y suficientes de un uso correcto de la expresión “error” o “defecto judicial”, dado que el listado de tipos de anomalías judiciales siempre es posible que pueda enriquecerse (Carrió y Carrió, 1995, p. 49).¹⁰

El mencionado listado de anomalías que puede sufrir una decisión judicial es precisado fundamentalmente gracias a la labor legislativa y jurisprudencial. Parte de ese listado ha alcanzado en diferentes jurisdicciones un importante grado de desarrollo.¹¹ Sin embargo, se advierte que parte de ese tipo de listados está en constante proceso de formulación, aceptación e intento de efectivamente valer en la práctica (Carrió y Carrió, 1995, pp. 52 y ss.).

En definitiva, esta alternativa, por un lado, solo describe la función de calificar peyorativamente o descalificar una decisión judicial que cumplen las expresiones “error” o “defecto judicial” y, por otro, describe supuestos frente a los cuales una decisión puede ser descalificada de esta manera en una determinada jurisdicción.

Finalmente, esta alternativa advierte que estas funciones están regidas por reglas convencionales, solo que la función de ofrecer supuestos no logra brindar condiciones suficientes y necesarias para su uso correcto. Por ello, se reconoce que únicamente se puede aspirar a hacer una enumeración de ejemplos paradigmáticos sin que entre ellos pueda descubrirse una propiedad común. Así como las expresiones erróneas o defectuosas serían descalificadores genéricos, los ejemplos paradigmáticos serían solo descalificadores básicos. La limitación de estos descalificadores básicos es que “[s]olo los ejemplos dan contenido aceptablemente preciso a tales expresiones, que de otro modo permanecen incurablemente vagas y/o ambiguas” (Carrió y Carrió, 1995, p. 320).

Dicho de otro modo, se defiende que no existe un significado único ni un caso central de error judicial o defecto judicial, sino tan solo unos ejemplos paradigmáticos susceptibles de ser identificados en la práctica jurídica de cada

10 Carrió toma de Hart la idea de que los conceptos jurídicos poseen ciertas características que, en muchos casos, hacen que “sea absurdo usar en conexión con ellos el lenguaje de las condiciones necesarias y suficientes” (Carrió y Carrió, 1995, nota 9).

11 Un ejemplo de ello puede encontrarse en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina cuando, a través de la noción “sentencia arbitraria”, habilita de forma excepcional un tipo de recurso ante ella, denominado “extraordinario”. Por medio de los ejemplos en los que la mencionada Corte Suprema admite un recurso extraordinario por considerar que la sentencia que se recurre es “arbitraria”, por un lado, determina el contenido de lo que sería un tipo de error judicial (el de la sentencia arbitraria) y, por el otro, especifica de forma positiva el contenido de garantías constitucionales como la “inviolabilidad de la defensa en juicio” (art. 18 de la Constitución argentina) o la garantía de que toda sentencia debe estar “fundada en ley” (art. 17 de la Constitución argentina).

comunidad política. No hay ninguna relación entre ellos posible de ser captada ni conocida, salvo porque sirven como buenos ejemplos de lo que en una práctica concreta permite descalificar una decisión judicial. En el mejor de los casos, solo podrá intentar agruparse esos ejemplos de lo que se entiende por “error” o “defecto judicial” en categorías o ejemplos básicos.

El desafío que debe afrontar esta forma de estudiar el error o defecto de las decisiones judiciales es triple. Por un lado, el tipo de explicación que ofrece es más local que general. Por otro lado, el relevamiento que propone no logra aclarar, como pretenden, el contenido del concepto de error o defecto judicial analizado. Finalmente, lo poco que logra dilucidar este tipo de aproximación no queda claro cómo se construye o con qué criterios se valora cuáles de todos los ejemplos de uso de la expresión “error” o “defecto judicial” son paradigmáticos; y el resto, secundarios. Al final de cuentas, parece haber una selección tanto de lo que se considera sentencia o decisión judicial en sentido pleno y de error o defecto judicial e, incluso, de los diferentes tipos de causales de errores o defectos; pero no se termina de explicar cómo se selecciona ese sentido de otros que existen en la práctica.¹²

5. Riesgos de una posición escéptica

Las reflexiones anteriores corren el riesgo de abonar posiciones escépticas según las cuales los problemas sobre la corrección e incorrección de las decisiones judiciales “son absolutamente insusceptibles de tratamiento racional”. Todo esfuerzo en este sentido sería inútil para estas posiciones y no tendría sentido buscar un parámetro para evaluar tales decisiones, dado que el derecho es lo que dicen/crean libremente los jueces.¹³

Un realismo jurídico radical de este tipo “no deja espacio conceptual para el error judicial” (Ferrer Beltrán, 2010, p. 147). A su vez, tampoco deja espacio para los desacuerdos sobre el derecho. Ellos serían siempre fingidos, hipócritas o fruto de una concepción equivocada de las cosas.¹⁴

Para esta visión escéptica, explicar la existencia de expresiones como “corrección” o “error” o “defecto judicial” y la de instituciones como las que permiten

12 En relación con los desafíos de este método para explicar el concepto de derecho, cfr. Etcheverry (2014, pp. 151-170).

13 Entre tantos otros autores, Carrió (Carrió y Carrió, 1995, p. 45) y Mosset Iturraspe (1999, pp. 12-13) advierten este riesgo.

14 Cfr. Moreso (2010, pp. 49 y ss.).

revisar las decisiones judiciales por otros órganos en realidad no ponen en tela de juicio la infalibilidad de los jueces, sino que establecen cuándo una decisión judicial es definitiva y en qué circunstancias y por cuáles órganos ella puede ser revisada.

Esta posición, a su vez, advierte que no existe un uso unívoco de estas expresiones y, a partir de esta afirmación, concluye que esta no es usada con un significado que pueda dilucidarse, sino que es simplemente un rótulo engañosamente único para designar una decisión judicial que no nos gusta.¹⁵

Sin embargo, es posible explicar el error o defecto judicial y la existencia de decisiones judiciales correctas, junto con las instituciones y recursos que tratan el problema del error y del defecto judicial sin necesidad de sacrificar nuestras intuiciones acerca de la posibilidad de que existan este tipo de errores y defectos y de que, por tanto, pueda haber disputas racionales y no meramente fingidas o hipócritas sobre el contenido del derecho. Esto es posible, entre otras cosas, si se distingue “sentencia definitiva” de “sentencia infalible”. Al respecto, simplemente habrá que aclarar que “tampoco Tribunales finales tienen el poder jurídico de dictar sentencias *contra legem*, aunque del hecho de que lo hagan se deriven otras consecuencias jurídicas” (Moreso, 2010, p. 85).¹⁶ Más adelante nos ocuparemos de esta cuestión.

6. Una propuesta alternativa: el método del caso central

Con este trabajo vamos a abordar la cuestión del defecto judicial desde una perspectiva filosófica y general y con una metodología alternativa a las recién expuestas. Todo esto, a fin de no caer en los problemas antes mencionados: presuponer infundadamente la existencia de una propiedad común entre los distintos tipos de defectos judiciales; elegir sin mayor explicación uno de los usos de estas nociones como correcto, excluyendo al resto como usos posibles;

15 Cfr. Carrió y Carrió (1995, pp. 320-321).

16 Como explica Moreso (2010), en parte, la posibilidad de que pueda distinguirse claramente el carácter definitivo de unas sentencias de su infalibilidad se puede explicar en que el derecho está formado por diferentes tipos de normas: primarias y secundarias. Las secundarias —que “confieren poderes y las reglas de adjudicación en aquello que se refiere a la determinación de los órganos jurídicos y de los procedimientos”, “las resoluciones judiciales y administrativas que establecen las decisiones individuales” y “las reglas que establecen qué decisiones judiciales son definitivas y los procedimientos para hacerlas cumplir por el resto de órganos judiciales y administrativos”— son las menos controvertidas. La existencia de este tipo de normas son las que aseguran cierta estabilidad al sistema jurídico, de modo tal que el derecho sea capaz de regir nuestra conducta de un modo razonable (pp. 85 y ss.).

dar explicaciones solo locales del uso de estos conceptos sin aclarar demasiado su contenido; o, finalmente, sacrificar nuestras intuiciones acerca de la posibilidad de que existan este tipo de defectos y que pueda haber disputas racionales sobre el contenido del derecho.

Para ello, trataremos la cuestión del defecto judicial desde el *método del caso central*. Este método no niega la importancia del relevamiento de cómo la legislación (entendida en un sentido amplio), la jurisprudencia y la doctrina establecen parámetros que buscan descalificar la actividad judicial como errónea o irregular, sin embargo, no es meramente local y descriptivo, en el sentido de que no se limita a simplemente reportar datos, información u observaciones locales. En otras palabras, el método del caso central busca *detectar las razones* por las que se crean estas figuras, instituciones y recursos que permiten que se responsabilice al Estado y, en algunos casos, a los jueces por el daño que produce el contenido defectuoso de sus decisiones o se los sancione penal o políticamente o que se pueda recurrir determinados tipos de decisiones que dictan.

6.1 Ventajas del método del caso central

Como se dijo en la introducción, a nuestro juicio, este método es particularmente conveniente por tres razones. Por un lado, permite darle prioridad explicativa al caso central de defecto de la decisión judicial sobre casos no centrales de estos defectos. Esta prioridad explicativa se funda en que el mencionado caso central es el que plenamente realiza las razones, en este caso, en favor de introducir figuras, instituciones, recursos, etc.¹⁷ que busquen evitar, prevenir, sancionar o corregir los mencionados errores o defectos judiciales.

Por otro lado, el método del caso central permite hacer distinciones que no sería posible realizar desde un abordaje meramente local y descriptivo. Por ejemplo, posibilita advertir que, cuando se habla de defecto judicial, puede hacérselo tanto en un sentido local y “técnico-restringido” como en un sentido “amplio”. En el primero de los sentidos, solo habrá defecto judicial cuando el sistema jurídico que se estudia haya previsto una consecuencia para el tipo de comportamiento que produce una decisión judicial defectuosa. Así, puede decirse que hay defecto judicial en sentido técnico-restringido, por ejemplo, cuando una decisión judicial genera responsabilidad patrimonial por el daño que produce. En cambio, desde un punto de vista amplio o general, es posible

17 Cfr. Webber et al. (2018, p. 3).

advertir defectos judiciales a los que algunos ordenamientos jurídicos no les han correlacionado consecuencias jurídicas.¹⁸

En tercer lugar, el método del caso central no solo es capaz de dar prioridad a unos sentidos de una expresión sobre otros y de proponer y advertir distinciones que, desde una aproximación teórica *meramente* local y descriptiva, no es posible, sino que también ayuda a valorar críticamente u ofrecer criterios para valorar las figuras, instituciones y recursos de una práctica jurídica concreta y establecer en qué medida dichas figuras, instituciones y recursos son adecuados para lograr los fines que se proponen.

6.2 Desafíos de la inexistencia de una propiedad común y de la comparación imposible

Por otra parte, consideramos que el método del caso central no tiene el problema de buscar definir de forma unívoca los defectos judiciales ni de buscar elegir sin más explicaciones una propiedad común de los mencionados defectos. Según el método del caso central, el teórico de los asuntos humanos no debe buscar el significado de los conceptos de modo que se extiendan directamente y en el mismo sentido a todos los estados de cosas que en el discurso pueda razonablemente llamarse de esa manera. Dicho de otro modo, el método del caso central es contrario a la búsqueda de un significado unívoco, en este caso, de defecto judicial, que lleva a buscar un común denominador o un único elemento o propiedad común de dichos defectos.

Este método reconoce que los rasgos que distinguen los conceptos son numerosos y es posible que todos o, al menos, muchos de ellos admitan diferentes grados. En los casos centrales de los mencionados conceptos, los rasgos se manifiestan en un alto grado, pero es posible que haya ejemplos de defectos que no reúnan todos los rasgos del caso central o que los reúnan en un grado menor que en los casos centrales. Justamente, la multiplicidad de significados del sintagma “defecto de la decisión judicial” es lo que permite diferenciar entre arbitrariedades judiciales, errores graves y leves, errores indemnizables o no indemnizables, errores inexcusables y excusables, que generan responsabilidad o no, que habilitan un recurso o no, materiales y formales, etc. Para el método del caso central, no tiene sentido circunscribir la explicación del defecto judicial solo a los casos centrales. En cambio, se busca aclarar cuál es o son los prin-

18 Cfr. Malem Seña (2009, p. 13).

cipios o fundamentos racionales por los que se extiende la expresión “decisión judicial defectuosa” desde los casos centrales a los marginales o secundarios.¹⁹

En definitiva, el método del caso central es contrario a la búsqueda de una propiedad común de los defectos judiciales. En cambio, reconoce que dichos defectos pueden tener muchos rasgos que, en distintos ejemplos, se manifiestan en diferentes grados.

Por otra parte, a nuestro juicio, el método del caso central tampoco tiene el problema de tener que hacer una “comparación imposible”. Esto es así porque no pretende explicar, en este caso, el defecto judicial comparándolo con una decisión judicial correcta, teniendo así que clarificar qué es una decisión correcta en comparación con las erradas. Lo que propone es, a partir de una descripción de los múltiples y muchos casos no uniformes de criterios identificadores de un fenómeno, ofrecer elementos para seleccionar aquellos más importantes y significativos para identificar los casos centrales del asunto humano que se busca explicar.²⁰

Es posible que, como la medicina estudia el correcto funcionamiento del cuerpo humano y esto le permite estudiar y entender las patologías que puede padecer,²¹ el método del caso central busque iluminar las razones por las cuales es esperable que las decisiones judiciales posean determinadas características y por qué, de no poseerlas, se crean figuras, instituciones o recursos para evitar o controlar este tipo de decisiones. Sin embargo, esto no quiere decir que, para describir un error o defecto judicial, se deba hacerlo en contraste con lo que consideraría una decisión judicial correcta. Lo que sí quiere decir es que, luego de describir los distintos usos de los sintagmas “error judicial” o “defecto de la decisión judicial”, para identificar su caso central, es necesario tener en cuenta las razones por las que dichos errores o defectos generan diferentes tipos de consecuencias jurídicas.

6.3 ¿Cómo se selecciona el caso central?

Del desarrollo anterior surge la obvia pregunta acerca de cómo o con qué razones, desde qué punto de vista o teniendo en cuenta qué intereses, valoramos

19 Cfr. Finnis (2000, pp. 43-45).

20 Cfr. *Ibid.*, p. 43.

21 Cfr. Webber et al. (2018, p. 4). Si bien Carrió utiliza un camino inverso, también entiende que un análisis de las sentencias arbitrarias nos conecta con una comprensión por oposición del acto de sentenciar. En concreto, en el capítulo XVIII de su libro (Carrió y Carrió, 1995).

cuáles son los criterios identificadores especialmente importantes y significativos. Este método propone hacerlo desde el punto de vista de la razonabilidad práctica, es decir, desde el punto de vista de lo que exige la razonabilidad práctica sobre el ámbito de los asuntos que se buscan explicar.

Por tanto, para aplicar este método de explicación de los fenómenos sociales a los defectos de la decisión judicial, es necesario preguntarse por las cosas importantes y significativas que hacen que haya mecanismos para intentar evitar, controlar, sancionar, indemnizar, etc. los mencionados defectos.

En definitiva, como explica Finnis (2000), la

ciencia social descriptiva es alcanzable solo por alguien en quien un amplio conocimiento de datos y una comprensión penetrante de los puntos de vista prácticos y de las preocupaciones de otros hombres están unidos a un juicio correcto sobre todos los aspectos de la genuina realización humana y de la auténtica razonabilidad práctica. (p. 51)

7. Presupuestos de la decisión judicial defectuosa

El reconocimiento de la existencia de defectos en las decisiones judiciales por parte de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina parece presuponer la aceptación de la existencia de decisiones judiciales correctas. La posibilidad de hacer responsables a los Estados y a los jueces por el contenido de sus decisiones o de controlar dichas decisiones por medio de mecanismos procesales, en general, es explicada como un mecanismo que busca, entre otras cosas, garantizar la corrección de las decisiones judiciales y de indemnizar los daños que puedan producir las decisiones judiciales erróneas o defectuosas.

A partir de lo anterior, podríamos decir que la existencia de respuestas jurídicas correctas es una condición necesaria, pero no suficiente, para encontrarnos frente a un error judicial.²² Reconocer la existencia de defectos en las decisiones judiciales supondría entonces algo más. No solo supone reconocer que existen respuestas jurídicas correctas acerca de cuáles son los derechos y las obligaciones de las partes de un caso, sino también que no son los jueces quienes las definen de forma libre y completa. Si los jueces son los que definen libre y completamente las respuestas jurídicas correctas, sería posible pensar que ellos no se equivocan al decidir y, por tanto, no cabría hablar de “errores” o “defectos” de las decisiones judiciales. Lo anterior implica, entonces, reconocer que

22 Cfr. Malem Seña (2009, p. 12).

[a]l menos algunas veces hay una respuesta correcta a los casos jurídicos y, en dichos casos, los jueces deben aplicar el Derecho creado por los órganos legislativos. Por lo tanto, los jueces pueden equivocarse cuando deciden cuáles son los derechos y los deberes de los ciudadanos. (Moore, 2002, p. 625)

A su vez, reconocer que existen respuestas jurídicas correctas e incorrectas o defectuosas y que no son los jueces quienes definen de forma completamente libre esas respuestas no supone necesariamente afirmar que las respuestas incorrectas o defectuosas son siempre indemnizables, recurribles, sancionables, etc. Por ejemplo, es posible que existan decisiones judiciales incorrectas que no sean impugnables por ser definitivas.

Esta aclaración se entiende mejor si precisamos la distinción entre sentencias definitivas y sentencias correctas.²³ Siguiendo a Hart (1998), podemos decir que una sentencia es definitiva cuando la afirmación de que esa sentencia es errónea carece de consecuencias jurídicas: nadie por esto va a ver modificados sus derechos o deberes. Sin embargo, afirmamos que una sentencia es correcta cuando es conforme a derecho, en palabras de Hart (1998), cuando respeta el derecho que define el “criterio correcto o incorrecto” que regula una determinada situación. Esto es lo que permitiría afirmar que las decisiones de una autoridad o juez, “aunque definitivas, no son infalibles” (p. 179).

También podemos distinguir entre la decisión judicial irregular capaz de generar responsabilidad penal, normalmente vinculada con la inobservancia dolosa de un deber normativo concreto y específico, de las decisiones defectuosas que, pese a no ser correctas, no dan origen a esta clase de responsabilidad por no haber sido realizadas con dolo. Lo mismo podría decirse de la noción técnica de decisión judicial irregular capaz de generar responsabilidad indemnizatoria. Esta normalmente requiere que la decisión anómala produzca un daño mensurable en dinero, lo que no necesariamente produce toda decisión judicial defectuosa, entendida esta última en un sentido más amplio.

En definitiva, como ya se ha dicho, en este trabajo se transitará un camino diferente al escéptico y al meramente descriptivo-local recién explicados. Este camino nos permite obtener resultados capaces de iluminar el problema del error y de los defectos de las decisiones judiciales de una manera que no lo hacen las otras propuestas. En concreto, este modo de aproximarnos al error judicial permitirá tanto identificar su caso central como diferenciarlo de usos periféricos.

23 Cfr. Moreso (2010, pp. 57 y ss.).

8. Sentidos de la decisión judicial defectuosa en la legislación, jurisprudencia y doctrina argentinas

Como advertimos, existen varios sentidos de defecto judicial y enfoques o maneras de proponer una tipología de dichos defectos. Cada diferente uso y manera de ordenarlos responde al objetivo que persigue el enfoque desde el que se los conceptualizan y ordenan. A continuación, describiremos los principales usos, formas y enfoques con los que la doctrina ha ordenado los aludidos errores o defectos.

8.1 El enfoque que busca reparar los daños causados por los defectos de las decisiones judiciales

Este enfoque se centra en la posibilidad de reparar el daño ocasionado por un funcionario judicial en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales y de responsabilizar al Estado y, en algunos casos, al propio funcionario por haber ocasionado el referido daño. Dicho de otro modo, su preocupación es por el error o defecto judicial como origen de un comportamiento dañoso indemnizable.

Al respecto, es pertinente señalar que, en un principio, el Estado argentino no era considerado responsable patrimonialmente. No obstante, con el correr de los años, se fue reconociendo la responsabilidad del Estado por sus actividades ilícitas y luego, incluso, por sus conductas lícitas.²⁴

El problema de la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios por el daño que puedan causar en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales y la posibilidad de que dicho daño sea indemnizado ha sido abordado tanto desde el derecho civil como desde el derecho administrativo.

En su origen, la responsabilidad del Estado fue reconocida pretorianamente. En dichos inicios, prevaleció el abordaje iusprivatista.²⁵ Este abordaje predominó sobre otros debido a la incipiente evolución del derecho administrativo, a la falta de regulación y a la concepción de que el derecho civil era el derecho común de la nación. Todo ello llevó a que se aplique a la cuestión de la responsabilidad del Estado lo previsto en el Código Civil relativo a la responsabilidad de las personas jurídicas. Así, el abordaje iusprivatista puso el acento en quien

24 Si bien en la actualidad la Ley Nacional 26944 de Responsabilidad Estatal reconoce la responsabilidad del Estado nacional por su actividad lícita, expresamente establece en su art. 5 que dicha responsabilidad es de “carácter excepcional”, que no procede de ella la “reparación del lucro cesante” y, en particular, que “[l]os daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización”.

25 Cfr. Perrino (2015, p. 14).

sufre el daño y en el hecho de que el Estado es una persona jurídica que podía ser responsable por su comportamiento dañoso (actual art. 145 del Código Civil y Comercial [CCyC]).²⁶ Por tanto, como regla se consideró que el Estado debe responder frente a un daño que se deriva del obrar de sus agentes o funcionarios (en este caso) judiciales en ejercicio de sus funciones.²⁷

Dentro del grupo de autores iusprivatistas que abordaron la cuestión de la responsabilidad patrimonial del Estado por el daño derivado de un defecto o error judicial, algunos explicaron el error judicial como un vicio de la voluntad del funcionario judicial del que emana la decisión errónea. El desarrollo de lo que se entiende por vicio de la voluntad y, en particular, por error como vicio de la voluntad sigue la tradición iusprivatista de considerarlo como una “falsa representación de la realidad”, “falso conocimiento” o una “incompleta toma de posesión de la realidad”.²⁸

El reconocimiento pretoriano de la responsabilidad del Estado por el daño causado por sus funcionarios en ejercicio de sus funciones fue evolucionando de solo hacerlo responsable cuando incumplía sus contratos por medio de sus actos de gestión, pasando luego por reconocer la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita, aceptando más adelante la responsabilidad directa y objetiva del Estado basada en el concepto de “falta de servicio”, hasta terminar reconociendo, incluso, en algunos casos, la responsabilidad del Estado por su actuar lícito.

A lo largo de esta evolución pretoriana, se terminó defendiendo que el problema de la responsabilidad del Estado es una cuestión principalmente de derecho administrativo y, por tanto, de competencia local, aunque el derecho común podía aplicarse subsidiariamente para integrar los principios de derecho administrativo.²⁹ Este abordaje iuspublicista no solo tiene en cuenta el interés de quien sufre el daño, sino que también busca armonizarlo con los del Estado y con los del resto de los ciudadanos.³⁰

En el año 2014, este abordaje iuspublicista se receptó en el nuevo Cód-

26 Entre otros, cfr. Mosset Iturraspe (1999, *passim*).

27 Cfr. Galli Basualdo (2006, p. 174) y Bee Sellares (2019, p. 545).

28 Mosset Iturraspe (1999, pp. 34-35) cita diferentes modos clásicos de definir al error como vicio de la voluntad. Entre otros, cita a Savigny, Trabucchi, Pugliatti, Cernelutti, Carrara, etcétera.

29 Cfr. Perrino (2015, p. 30).

30 Esto se advierte con claridad en el reconocimiento de la responsabilidad del Estado por su actividad lícita, que no tiene algo similar en el derecho privado. En este caso, se considera que lo que está en juego es la garantía de la igualdad frente a las cargas públicas (cfr. Perrino, 2015, pp. 34-35). Por otra parte, resta señalar que el caso particular de la responsabilidad del Estado y sus funcionarios por la prestación irregular de justicia tiene sus peculiaridades que hacen que pueda ponderarse convenien-

go Civil y Comercial. Al respecto, este Código expresamente establece que la cuestión de la responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda (art. 1765 del CCyC). Por tanto, aclara que las disposiciones del mencionado Código sobre responsabilidad no son aplicables a la cuestión de la responsabilidad del Estado ni de manera directa ni subsidiaria (art. 1764 del CCyC). A su vez, en relación con la responsabilidad de los funcionarios, también precisa que

[l]os hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda. (art 1766 del CCyC)

También en el año 2014 se sancionó la Ley 26944 de Responsabilidad del Estado (en adelante, LRE). Dicha ley regula solo la responsabilidad del Estado nacional e invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a sus términos para la regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos (art. 11).

La LRE establece expresamente que el Estado es responsable de forma *directa y objetiva* del funcionamiento regular (actividad lícita) o irregular (actividad ilícita) del servicio que presta (art. 1). Esto significa que la imputación del daño es directa contra el Estado por la sola falta de servicio (y con independencia del agente que pueda haber intervenido o dejado de intervenir) o por la actividad lícita que afecta la garantía de igualdad frente a las cargas públicas.

A su vez, el factor de atribución de la responsabilidad por el daño causado es objetivo porque no requiere que se pruebe dolo ni culpa de los agentes o funcionarios, tanto en el caso de la responsabilidad por actividad ilegítima como, obviamente, por actividad legítima.

En los casos de responsabilidad por el actuar ilícito del Estado, no es necesario probar el dolo o la culpa del agente o funcionario porque el factor de atribución de la responsabilidad al Estado es simplemente la “falta de servicio”.³¹

La distinción entre la falta de servicio institucional y la falta personal del juez radica que mientras la primera se da cuando se evidencia la influencia de la

te que tenga cierta autonomía del régimen general. Por ejemplo, admitir indiscriminadamente la responsabilidad de los funcionarios judiciales puede afectar la independencia e imparcialidad de los jueces (cfr. Andrada, 2017, pp. 243 y ss.; Uslenghi, 2014, p. 214; entre otros).

31 Cfr. Bee Sellares (2019, p. 1).

organización judicial del sistema; en la segunda la falta personal es achacable al actuar doloso o culposo del juez. (Bee Sellares, 2019, p. 7)

En el caso de responsabilidad por su actuar lícito, en cambio, dicho factor es el “sacrificio especial” que se le pide solo a una persona o grupo de personas, de manera desigual y desproporcionada, respecto del resto de la sociedad.³²

De todos modos, resulta importante resaltar que la LRE también establece unos criterios generales de eximición de responsabilidad (art. 2) y requisitos generales para que se reconozca la responsabilidad del Estado por su accionar lícito o ilícito (arts. 3 a 6). En lo que respecta a la actividad judicial del Estado, *la LRE expresamente exime al Estado de responsabilidad por la actividad judicial legítima* (art. 6).

De los requisitos de procedencia establecidos por la ley para que se reconozca la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita, de los criterios legalmente previstos de eximición de responsabilidad y del desarrollo jurisprudencial surge una serie de presupuestos para estar frente a un caso de responsabilidad del Estado por su actividad judicial. La LRE establece expresamente (arts. 2 y 3) que, para reconocer la responsabilidad del Estado en estos casos: i) el daño debe ser acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; ii) el daño debe poder ser materialmente imputado a la actividad o inactividad de un órgano estatal; iii) debe haber una relación de causalidad adecuada entre la actividad y la inactividad del órgano y el daño que se busca reparar; iv) debe producirse una falta de servicio fruto de una actuación irregular por parte del Estado o de una omisión irregular por parte de éste que surge de una inobservancia de un deber normativo expreso y determinado; v) el daño no debe derivarse de casos fortuitos o fuerza mayor; vi) el daño no debe producirse por hecho de la víctima o tercero por quien el Estado no es responsable; vii) el daño no debe poder ser reparado por medio de un “recurso ordinario”;³³ viii) la sentencia que causa el daño debe haber sido revocada. Finalmente, los funcionarios judiciales son responsables solo por su actividad o inactividad ilícita o irregular, en la que hayan incurrido con dolo o culpa (art. 9).³⁴

32 Cfr. Comadira (2012, pp. 1581-1582). Un análisis reciente sobre la doctrina del “sacrificio especial” puede encontrarse en Garay (2023, pp. 19-36).

33 Bee Sellares (2019) advierte que, para la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el acto que se ataca como erróneo “debe haber sido provocado de modo irreparable por una decisión de los órganos de la administración de justicia cuyas consecuencias perjudiciales no han logrado hacerse cesar por efecto de los medios procesales ordinariamente previstos” (p. 7).

34 Una explicación de cómo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue especificando muchos de los presupuestos de la responsabilidad del Estado recogidos luego con algunos

De estas determinaciones legales y jurisprudenciales surge una caracterización de *decisión judicial defectuosa susceptible de generar una reparación por el daño que cause* como

un acto realizado por el juez en el proceso, que resulta objetivamente contradictorio con los hechos de la causa, con el derecho y con la equidad, desviando la solución del resultado justo al que naturalmente se debió llegar. (...) Para que estemos en presencia de un error judicial, debe tratarse de una violación grave, determinada por dolo o por negligencia inexcusable, lo que descarta cualquier actividad de interpretación de las normas de derecho y las relativas a la valoración de los hechos y de las pruebas; o sea que lo meramente opinable queda fuera del ámbito del daño resarcible. (Bee Sellares, 2019, pp. 6-7)

Aunque también se reconoce que, además de responder por los yerros de los funcionarios judiciales, el Estado es responsable directa y objetivamente por el funcionamiento irregular o anormal del Poder Judicial que da origen a la falta de servicio. Esto último es lo que permitiría distinguir entre la falta de servicio institucional y la falta personal del juez.³⁵

A su vez, la doctrina iusprivatista e iuspublicista ordenó los diferentes tipos de defectos de las decisiones judiciales que generan responsabilidad del Estado entre: los de hecho (*error facti*) y los de derecho (*error iuris*). El primero se conforma cuando se produce una *deficiente interpretación de los hechos* que forman el caso. En cambio, los de derecho se generan cuando se aplica deficientemente el derecho al caso juzgado. Dentro de los errores de hecho involuntarios, también se distingue entre esenciales y accidentales. El primero recae sobre la naturaleza misma del acto, en relación con su licitud o ilicitud y no solamente sobre sus efectos o elementos secundarios; en cambio, los accidentales, sobre los efectos del acto o algún aspecto secundario de este.³⁶

También se diferenció entre defectos o errores excusables e inexcusables. La excusabilidad es determinante para establecer su responsabilidad personal del juez y la del Estado conforme a lo establecido por la LRE.³⁷

cambios en la LRE puede verse en Bee Sellares (2019, pp. 2 y ss.).

35 Cfr. *Ibid.*, p. 7.

36 Para Mosset Iturraspe (1999, p. 36), el diferente efecto entre un tipo de error o defecto y el otro es que el esencial hace desaparecer la criminalidad del acto, no así el accidental.

37 La doctrina previa a la LRE distinguió entre errores o defectos judiciales excusables e inexcusables. Si bien la LRE no recurre a esta distinción, admite la responsabilidad del Estado por falta de servicio jurisdiccional, aunque la causa de dicha falta de servicio provenga de un error excusable del funcionario judicial. En este último caso, si bien el Estado será responsable por la falta de servicio, no lo

El defecto o error judicial puede ser: doloso, culposo o deberse a un caso fortuito o fuerza mayor. Como se verá más adelante, en los casos de defecto o error judicial doloso, se puede estar frente a los delitos penales de: cohecho, prevaricato, denegación y retardo de la justicia; o, simplemente, frente a un ilícito civil. Para que, además de la responsabilidad penal, los delitos mencionados generen responsabilidad patrimonial, será necesario que exista un daño mensurable en dinero causado por ellos.³⁸ A su vez, puede que un defecto o error judicial genere responsabilidad patrimonial, aunque éste no configure un delito penal.³⁹ Finalmente, como se dijo anteriormente, la LRE establece que el Estado no es responsable en caso fortuito o fuerza mayor, salvo que sean expresamente asumidos por el Estado por ley especial (art. 2).

Los errores judiciales culposos que causan un daño también son susceptibles de generar responsabilidad patrimonial. Si bien la doctrina argentina solía circunscribirla a los errores cometidos con “culpa grave”,⁴⁰ lo cierto es que la LRE no hace esta distinción.

La doctrina también suele diferenciar los defectos judiciales *in procedendo* de los *in iudicando*. Las irregularidades *in procedendo* serían aquellas que dan origen a un funcionamiento defectuoso del servicio de justicia durante el proceso. En cambio, los errores *in iudicando* serían aquellos que dan origen a un fallo judicial defectuoso. Un tipo de defecto *in procedendo* ampliamente discutido por la doctrina y jurisprudencia es el que surge de una resolución que dicta prisión preventiva sobre personas que luego son absueltas o sobre las que se dicta la falta de mérito. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la mayoría de la doctrina afirman que la indemnización por privación de la libertad durante el proceso no debe ser reconocida automáticamente a consecuencia de la absolución o declaración de la falta de mérito, sino solo cuando el auto que dicta la prisión preventiva o su prolongación resulta incuestionable-

será el funcionario por no haber obrado con dolo o culpa. Esto puede suceder, por ejemplo, cuando la complejidad del caso que tiene que resolver y los recursos con los que cuenta no le permiten evitar un retardo no culpable en su resolución. Sobre el retardo no culpable y, por tanto, que no puede generar responsabilidad penal, ver, entre otros, Soler (1994, p. 289). Por otra parte, la LRE también recepta esta distinción cuando excusa la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios cuando el daño se produce por hechos de la víctima o tercero por quien el Estado no debe responder o por derivarse de casos fortuitos o fuerza mayor. Sobre el tratamiento de la cuestión antes de la sanción de la LRE, cfr. Mosset Iturraspe (1999, pp. 36-42).

38 Cfr. *Ibid.*, p. 83.

39 Cfr. *Ibid.*, p. 84. Según Mosset Iturraspe (1999, p. 84), la responsabilidad civil y penal de los jueces por sus errores corren por carriles diferentes.

40 Cfr. *Ibid.*, pp. 85-86.

mente infundado o arbitrario.⁴¹ Otro ejemplo de defecto o error *in procedendo* que puede dar lugar a una reparación patrimonial es el producido por medidas cautelares irregulares.⁴² Para que un defecto judicial *in iudicando* genere un daño susceptible de ser reparado, es necesario que la sentencia errónea y firme sea declarada nula o ilegítima.⁴³

Del análisis del problema de la responsabilidad del Estado y de los funcionarios judiciales por el daño que puedan causar en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales se identificaron diferentes tipos de defectos judiciales cuyas diferencias impactan en el deber de indemnizar. En este sentido, se distinguieron los siguientes defectos judiciales: de hecho y de derecho. A su vez, se distinguió entre los excusables y los inexcusables. También se diferenció entre defecto o error culposos, doloso y por caso fortuito o fuerza mayor. El Estado es responsable de forma *directa y objetiva* por el funcionamiento irregular (actividad ilícita) del servicio que prestan sus funcionarios judiciales en ejercicio de sus funciones, no siendo responsable por caso fortuito o fuerza mayor. La distinción entre error o defecto culposos o doloso es relevante a los efectos de hacer responsable a título personal a los funcionarios judiciales. También se distinguió entre defectos *in procedendo* e *in iudicando*. Un efecto relevante de la distinción es que, para indemnizar los errores *in iudicando*, se exige que las sentencias que causan el daño estén firmes y, además, sean declaradas nulas o ilegítimas.

Sin embargo, no solo es relevante la tipología de defectos judiciales que identifica este enfoque, sino también mostrar cuáles son las razones por las que se erige un determinado modo de admitir la responsabilidad del Estado y de los funcionarios por los daños que causan. El abordaje que predominó en este enfoque es aquel que buscó armonizar el interés de quien sufre el daño con los del Estado y con los del resto de los ciudadanos. Así, se reconoce que la responsabilidad del Estado es directa y objetiva y, por tanto, no es necesario mostrar la culpa o dolo de los funcionarios judiciales, sino solo la “falta de servicio”. Esto no obsta que los funcionarios judiciales sean responsables a título personal solo cuando se haya probado que han obrado con dolo o culpa.

Finalmente, es posible advertir una pluralidad de nociones de error o defecto de la decisión judicial o una evolución en esta noción propia del enfoque que busca establecer la responsabilidad patrimonial del Estado por el daño

41 Cfr. Bee Sellares (2019, p. 4). En esta obra, se cita la jurisprudencia referida al tema.

42 Cfr. Mosset Iturraspe (1999, p. 83).

43 Cfr. Bee Sellares (2019, p. 5).

que causa en ejercicio de su función jurisdiccional. El defecto judicial podía ser delictivo o fruto de un “vicio de la voluntad” del funcionario judicial del que emanaba la decisión errónea. Más en concreto, un vicio que llevaba al funcionario judicial a tener una “falsa representación de la realidad”, un “falso conocimiento” o una “incompleta toma de posesión de la realidad” y, por ello, a una decisión judicial errónea. Sin embargo, esta noción fue reemplazada por la de “falta de servicio” jurisdiccional que produce un daño patrimonial en el justiciable. Como puede advertirse, para este segundo enfoque lo relevante no es la culpa del funcionario judicial, sino la falta o una prestación deficiente del servicio de justicia por parte del Estado, lo que produce un daño indemnizable en el justiciable. Para este segundo enfoque, el Estado es responsable tanto: i) cuando los funcionarios judiciales cometen un acto u omisión ilícita, contraria a la ley, realizado con dolo o negligencia inexcusable, lo que descarta cualquier cuestión de interpretación de las normas o valoración de los hechos y las pruebas que resulte opinable; o ii) cuando la prestación de servicio jurisdiccional es defectuosa no por culpa de sus funcionarios judiciales, sino por defectos institucionales o de organización del sistema de servicio judicial.⁴⁴

8.2 El enfoque que busca especificar en qué casos se puede recurrir un defecto o error judicial

Un segundo enfoque desde el que se aborda y ordenan los diferentes tipos de irregularidades de las decisiones judiciales es el que busca clarificar qué efectos jurídicos producen esas anomalías en la posibilidad de impugnar esta clase de decisiones judiciales, incluso cuando ellas detenten el carácter de cosa juzgada.

A lo largo de la historia, se han admitido diferentes tipos o clases de errores o defectos de las decisiones judiciales como habilitantes de un recurso contra dicha decisión judicial. El reconocimiento de diferentes tipos de anomalías como causales de un recurso a lo largo de la historia se explica principalmente en relación con los diferentes objetivos que se persiguieron a la hora de institucionalizar los tribunales de apelación y los recursos para acceder a ellos. Un estudio de derecho comparado que resulta de particular interés para entender la evolución de los mencionados tribunales de apelación, sus objetivos y los tipos de irregularidades que se fueron reconociendo como habilitantes de su intervención puede encontrarse en la clásica obra de Piero Calamandrei titulada

44 Cfr. Bee Sellares (2019, p. 7).

La casación civil (1945). En dicha obra, el autor explica desde el derecho romano hasta nuestro tiempo qué tipo de recursos y frente a qué clase de tribunales se podía impugnar una decisión judicial. En particular, la obra explica con gran claridad la vinculación entre los fines con los que se fueron creando y modificando los diferentes tipos de tribunales de apelación y la relación de este fenómeno con la evolución de los medios de impugnación o recursos para acceder a dichos tribunales.⁴⁵

En el sistema procesal civil y comercial nacional de Argentina, existen principalmente dos clases de recursos: los ordinarios y los extraordinarios. En relación con los recursos ordinarios, estos pueden ser de: aclaratoria, revocatoria o reposición, apelación, nulidad y queja por apelación denegada. Estos buscan resolver irregularidades o errores tanto *in procedendo* como *in judicando*. A su vez, los recursos ordinarios buscan resolver defectos de una decisión judicial que se pueden producir cuando se valoran los aspectos de hecho o prueba de una causa (*error de hecho*) o cuando se interpreta y aplica la ley (*error de derecho*).⁴⁶ En general, los recursos ordinarios buscan garantizar principalmente que las *decisiones judiciales se ajusten*, en la mayor medida de lo posible, a las *exigencias de justicia*, garantizando de este modo el derecho de los recurrentes a una *doble instancia y aumentando la confianza* de los ciudadanos en la *jurisdicción estatal*.⁴⁷

Dentro del grupo de recursos ordinarios, el de *aclaratoria* busca que el mismo juez que dictó una resolución subsane las deficiencias materiales (v. g., de copia), conceptuales (v. g., por oscuridad en el modo de expresar las ideas) o por omisión sobre las pretensiones deducidas y discutidas en el litigio (art. 166 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación [CPCCN]). Por su parte, el recurso de *reposición* busca también que el mismo juez que dictó una providencia simple (es decir, aquellas que se dictan son sustanciación previa) las revoque por contrario imperio (art. 238 del CPCCN).

A diferencia de los anteriores, el recurso de *apelación* busca que un tribunal jerárquicamente superior revoque o modifique una resolución judicial considerada irregular en la “interpretación o aplicación del derecho, o en la aplicación de los hechos o de la prueba” (Palacio, 2022, p. 607). En principio, la apelación solo puede pretender que se revise la decisión impugnada sobre la base del material reunido en primera instancia y procede solamente contra sentencias

45 Cfr. Calamandrei (1945, *passim*).

46 Cfr. Palacio (2022, p. 601).

47 Cfr. *Ibid.*, pp. 602-603.

definitivas, interlocutorias y providencias simples que causen gravamen no reparable por sentencia definitiva (art. 242 del CPCCN). Dependiendo de cómo se conceda este recurso, de forma libre o en relación, admitirá que se aleguen hechos nuevos o no. A su vez, dependiendo de si se lo concede con efectos suspensivos o devolutivos, se paralizará o no el cumplimiento o ejecución de la resolución que se impugna. Si bien la regla es que la apelación tiene efectos suspensivos, el código procesal prevé expresamente en qué casos solo tendrá efectos devolutivos.⁴⁸

Finalmente, existen los recursos ordinarios de *queja* por apelación denegada y de *nulidad*. El recurso de *queja* permite recurrir directamente ante la Cámara en queja cuando el juez deniegue su apelación (art. 282 del CPCCN). Por su parte, el recurso de *nulidad* no busca la revisión de un pronunciamiento judicial que se estima injusto, sino lograr la rescisión o invalidación de una sentencia por ser dictada incumpliendo “los requisitos de lugar, tiempo y forma prescriptos por ley” (Palacio, 2022, p. 623).

Los recursos extraordinarios, en cambio, se otorgan por cuestiones específicamente determinadas por ley y mediante ellos, en principio, no cabe revisión de las conclusiones de hecho establecidas en los tribunales ordinarios, sino únicamente rectificación del juicio de derecho contenido en la sentencia que se recurre por una irregular aplicación o interpretación de ley o de la Constitución Nacional o de una norma federal.⁴⁹ Este tipo de recursos puede ser nacional o federal. El recurso nacional de *inaplicabilidad de ley* se puede presentar solo frente a sentencias definitivas y busca uniformar la jurisprudencia de las salas de una misma cámara en el orden nacional cuando una sala contraría la doctrina establecida durante, al menos, 10 años por otra de las salas de la misma cámara. La admisión del mencionado recurso supone que la cámara en pleno deberá fijar la “doctrina legal aplicable” y que resultará obligatoria para

48 Si bien existió un recurso ordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación para causas en las que la nación era parte o por cuestiones de extradición de criminales reclamados por países extranjeros, causas en las que se dio lugar a apresamientos o embargos marítimos en tiempo de guerra, sobre salvamento militar y sobre nacionalidad de buque y legitimidad o regularidad de sus papeles y, finalmente, a fin de servir como medio de apelación de las sentencias definitivas de la Cámara Federal de la Seguridad Social, el mencionado recurso fue siendo limitado jurisprudencialmente hasta que finalmente quedó completamente invalidado. Ya en *Itzcovich* (2005) la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró inconstitucional el art. 19 de la Ley 24463, que preveía el recurso ordinario de apelación contra los fallos de la Cámara Federal de la Seguridad Social. Finalmente, en *Anadón* (2013) declaró la inconstitucionalidad del art. 24, inc. 6 del Decreto Ley 1285/58, que recoge el mencionado recurso ordinario. Al respecto, cfr. De la Riva (2015).

49 Como explica Palacio (2022), el “recurso de inaplicabilidad de ley que lucía en el CPN hoy se

la misma cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales sea aquella tribunal de alzada (arts. 288 a 303 del CPCCN).

En Argentina, además del recurso extraordinario nacional por inaplicabilidad de ley, existe el recurso extraordinario federal que permite acceder a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Este recurso es admisible extraordinariamente cuando en el pleito se haya resuelto una *cuestión federal* prevista en el art. 14 de la Ley 48 y que, además, tenga una relación directa e inmediata con la materia del juicio y que la cuestión haya sido resuelta contra el derecho federal invocado y haya sido dictada por el tribunal superior de la causa. Como las cuestiones federales son esencialmente cuestiones de derecho, en principio,⁵⁰ este recurso no sirve para corregir errores sobre los hechos. Esto es así porque su objetivo es, por un lado, mantener la supremacía de la Constitución y, por otro, determinar su inteligencia y la de las normas contenidas en las leyes federales del Congreso. En síntesis, los mencionados objetivos hacen que, por su naturaleza, el recurso extraordinario federal sea, en principio, para subsanar errores *iuris in iudicando*.⁵¹

A su vez, también es posible acceder de forma extraordinaria y excepcional ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por medio del recurso extraordinario y excepcional cuando la sentencia que se recurre es “arbitraria”. A este recurso se lo ha denominado “recurso extraordinario por sentencia arbitraria” y su institucionalización ha sido llevada a cabo por medio de la jurisprudencia de la propia Corte Suprema. A través de una centenaria y abundante jurisprudencia, la Corte Suprema ha ido determinando los contornos de los tipos de sentencias que son consideradas arbitrarias.

Genaro Carrió (Carrió y Carrió, 1995) realizó un análisis pormenorizado de la mencionada jurisprudencia, concluyendo que es posible detectar una serie de “causales de arbitrariedad de sentencia” que mostrarían el tipo de anomalías que, a juicio de la Corte Suprema, permiten catalogar a una sentencia como “arbitraria”. En su obra *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria en*

encuentra formalmente reemplazado por los recursos de casación y de inconstitucionalidad. Decimos ‘formalmente’ porque aún no se encuentra implementada esa nueva modalidad recursiva: ello ocurrirá cuando entren en funcionamiento las Cámaras Nacionales y Federales que crea la misma ley –26.853– que introdujo los cambios referidos, tal como lo ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de la acordada 23/2013”.

50 Decimos “en principio” porque la Corte Suprema ha realizado excepciones cuando los hechos de la causa se encuentran inseparablemente vinculados con la cuestión federal o la decisión sobre los hechos es arbitraria y frustra el derecho federal invocado. Al respecto, cfr. Palacio (2022, p. 627).

51 Cfr. *Ibid.*, p. 627.

la jurisprudencia de la Corte Suprema detecta hasta trece clases de “causales” de arbitrariedad. Dichas causales serían por: i) no decidir cuestiones planteadas; ii) decidir cuestiones no planteadas; iii) arrogarse, al fallar, el papel del legislador; iv) prescindir del texto legal sin dar razón plausible alguna; v) aplicar una norma derogada o no vigente; vi) dar como fundamento pautas de excesiva latitud (ajenas al derecho positivo o con un valor solo programático); vii) prescindir de prueba decisiva; viii) invocar prueba inexistente; ix) contradecir otras constancias de los autos; x) sustentar el fallo en afirmaciones dogmáticas o dar un fundamento solo aparente; xi) incurrir en excesos rituales; xii) incurrir en autocontradicción; xiii) pretender dejar sin efecto decisiones anteriores firmes.

A su vez, ordena estas causales según si esas causales son: 1) concernientes al objeto de la decisión (causales i y ii); 2) concernientes al fundamento normativo de la decisión (causales iii, iv y vi); 3) concernientes al fundamento de hecho de la decisión (causales vii, viii y ix); 4) concernientes al fundamento normativo, de hecho o a la correspondencia entre ambos fundamentos y la conclusión (causales x, xi y xii); y 5) relativos a los efectos de la decisión (causal xiii).⁵²

Lo anterior le permite concluir a Carrió que una sentencia es arbitraria cuando “exhibe anomalías o defectos que apuntan al objeto, o a los fundamentos o al efecto (pretendido) de la decisión” (Carrió y Carrió, 1995, p. 320). Dichos defectos o anomalías serían los identificados como causales de arbitrariedad de sentencia. Sin embargo, el propio Carrió reconoce que, si bien pretendió llegar a criterios básicos, solo logró en buena medida obtener resultados que necesitan, a su vez, ser complementados con ejemplos “que den un contenido aceptablemente preciso a tales expresiones, que de otro modo permanecen incurablemente vagas y/o ambiguas” (p. 320). A su juicio, por medio de este recurso, la Corte descalifica decisiones que vienen rotuladas como sentencias, negándoles tal categoría por no satisfacer los reclamos de la Constitución Nacional.⁵³ Resta mencionar que este tipo de causales de habilitación del recurso extraordinario, por tratarse de una sentencia arbitraria, buscan remediar tanto defectos *iure* como *facti*, y tanto *inprocedendo* como *iniudicando*.

Finalmente, la jurisprudencia ha admitido para situaciones muy excepcionales la revisión de nulidad de las sentencias firmes. Este tipo de remedio procesal busca que vuelva a examinarse una sentencia que tiene autoridad de cosa juzgada, por considerarla nula (írrita) o fraudulenta debido a que se llegó a ella por

52 Cfr. Carrió y Carrió (1995, pp. 56-59).

53 Cfr. *Ibid.*, p. 316.

medios ilícitos o irregulares y sin culpa o negligencia del vencido. Para Palacio (2022), este tipo de remedios no son estrictamente recursos, sino una pretensión invalidatoria autónoma que da origen a un proceso distinto de aquel en el cual recayó la sentencia firme que se busca hacer caer.⁵⁴ Si bien este tipo de recursos no ha sido receptado legalmente a nivel nacional, es posible mencionar jurisprudencia al respecto.⁵⁵

A modo de síntesis, puede decirse que existe una serie de remedios institucionales creados a fin de rectificar diferentes tipos de anomalías o defectos de las decisiones judiciales que pueden surgir a lo largo de un proceso. Del análisis y repaso de estos remedios pueden extraerse, al menos, tres conclusiones útiles a los fines de este trabajo.

Por un lado, de la creación legal y jurisprudencial de estos remedios procesales pueden identificarse diferentes tipos de anomalías de las decisiones judiciales. Como puede advertirse, algunas de las tipologías que propone el enfoque procesalista se repiten con las que proponen otros enfoques. Así, puede distinguirse entre defectos: de forma o procedimiento y de juicio sobre lo que se decide. De esta tipología surgen diferentes remedios procesales para abordar estas diferentes clases de anomalías (v. g., recurso de nulidad y apelación respectivamente).

También se distinguió entre defectos sobre los hechos y sobre cómo se interpreta y aplica el derecho (siendo el recurso de apelación el que comúnmente se utiliza para buscar subsanar estos errores).

A su vez, se pueden observar anomalías que pudieron ser inadvertidos por el juez que los comete y, por tanto, tiene sentido que los recursos para resolverlos deban ser planteados ante el mismo juez que los cometió (recurso de aclaratoria): por errores materiales, conceptuales o por omisión de decidir cuestiones planteadas. Estos defectos pueden ser diferenciados de aquellos que es imposible o improbable que resulten inadvertidos por el juez y, para lo cual, se crean otro tipo de recursos que buscan que un tribunal jerárquicamente superior revoque o modifique una resolución judicial considerada irregular (v. g., el recurso de apelación).

A esta forma de ordenar los defectos de las decisiones judiciales que surge de la manera en que el código de procedimiento ordena los recursos para remediarlos puede sumársele la propuesta de Carrió al referirse al recurso extraor-

54 Cfr. *Ibid.*, pp. 660 y ss.

55 Palacio (2022) y otros autores recogen estos antecedentes. Al respecto, cfr. *Ibidem*.

dinario por sentencia arbitraria (Carrió y Carrió, 1995). En este último caso, el criterio de ordenación está elaborado en función de aquellos aspectos de la decisión judicial que es descalificada. La superposición entre estas formas de ordenar los distintos tipos de anomalías judiciales es obvia.

Por otro lado, no solo es relevante para este trabajo la tipología de errores judiciales que es posible reconstruir del estudio de los remedios procesales que acaba de presentarse, sino también explicitar las razones con las que se crean estos remedios procesales. En este sentido, surge del anterior análisis que, en general, estos recursos buscan garantizar principalmente que las *decisiones* judiciales se ajusten, en la mayor medida de lo posible, a las exigencias de justicia, garantizando de este modo el derecho de los recurrentes a una doble instancia, al debido proceso y aumentando la confianza de los ciudadanos en la jurisdicción estatal, aunque también se busquen otros objetivos como la unificación de la jurisprudencia, etcétera.

Finalmente, resulta interesante advertir que es posible ofrecer un tipo de significado de la expresión “defecto de la decisión judicial” propia de este enfoque. Para el derecho procesal, se entiende por “decisión judicial anómala” aquella que adolece de “irregularidades”, sean estas intencionales o negligentes, que afectan o se producen sobre el fundamento de hecho, derecho o sobre sus efectos y que buscan remediarse por medio de recursos para que el mismo juez que dictó la decisión judicial u otro tribunal jerárquicamente superior complete, aclare, corrija o deje parcial o completamente sin efectos o le niegue su condición de decisión judicial, todo esto, con el fin de garantizar, en general, la justicia de dichas decisiones y, en particular, las garantías del debido proceso, a que las sentencias estén fundadas en el derecho, a tener una doble instancia judicial y a la igualdad en la aplicación del derecho.

8.3 El enfoque que busca responsabilizar políticamente a los jueces que cometen irregularidades judiciales

Además de los enfoques que buscan establecer cuándo un defecto judicial es susceptible de producir un daño resarcible (iusprivatista/administrativista) y cuándo dichas irregularidades pueden subsanarse por medio de recursos o diferentes remedios procesales (procesalista), otros enfoques proponen establecer cuándo el defecto de una decisión judicial deja en evidencia una falta de idoneidad funcional de un determinado magistrado para continuar en el ejercicio de su cargo. En otras palabras, este enfoque, que denominamos *político*, se ca-

racteriza por examinar y juzgar la conveniencia de la continuidad en el cargo que se la ha confiado a un magistrado por los defectos de una o varias de sus decisiones judiciales.⁵⁶

Si bien en las distintas jurisdicciones de Argentina no existe un criterio doctrinal o jurisprudencial unánime acerca de si los jueces deben ser responsables políticamente por el contenido de sus decisiones jurisdiccionales, en una reciente obra sobre la temática, Santiago (2016) propone ordenar y sintetizar la cuestión por medio de la siguiente regla: en las diferentes jurisdicciones de Argentina “los jueces no responden políticamente por el contenido de sus decisiones, salvo en los supuestos de desvío de poder o de error judicial reiterado o gravísimo” (p. 43). En otras palabras, en principio, un juez no es políticamente responsable por sus errores involuntarios, salvo cuando ellos sean gravísimos o reiterados, y siempre lo es cuando hace un uso intencionado y desviado de las facultades que como juez se le otorgaron. Esta regla sería el resultado de una ponderación/armonización de los principios de “independencia judicial” y el de “responsabilidad republicana por los actos de gobierno”.⁵⁷

Así, se defiende la idea de que los jueces no deben ser políticamente responsabilizados por sus decisiones jurisdiccionales que resuelven de un modo jurídicamente fundado un determinado caso, aunque exista para el caso más de un modo fundado de ser resuelto y resulte opinable cuál es el más conveniente. En cambio, un juez será susceptible de ser removido del cargo cuando sus decisiones jurisdiccionales claramente y fuera de duda suponen un apartamiento intencional del derecho o un apartamiento negligente y reiterado o gravísimo.

Se entiende que estamos frente a un apartamiento del derecho cuando en un caso un juez no utiliza una de las opciones interpretativas que le brinda el sistema jurídico.⁵⁸ A su vez, también se aclara qué se entiende por error “gravísimo” o “reiterado”. Como ejemplo de un error gravísimo, se menciona el caso de un juez que fue destituido por un error negligente a causa del que se entregó una menor en custodia a una persona cuando existían indicios ciertos de que iba a someterla a maltratos. A su vez, se explica que la reiteración de errores sirve para evidenciar que el juez que los comete carece de capacidad profesional para su cargo. Por ello, se considera que debe operar la figura de mal desempeño como el mecanismo institucionalmente previsto para resolver esta situación.⁵⁹

56 Cfr. Santiago (2016, pp. 34 y ss.).

57 Cfr. *Ibid.*, pp. 61-66.

58 Cfr. *Ibid.*, p. 45.

59 Cfr. *Ibid.*, pp. 55-56.

Finalmente, toda vez que un juez decida con intención contraria a derecho, será políticamente responsable. En estos casos, se produce lo que algunos autores han denominado “desvío del poder jurisdiccional”. Esto “ocurre cuando un determinado magistrado utiliza el poder jurisdiccional, que por medio de la Constitución le confía la comunidad política, para fines ilegítimos que nada tienen que ver con los motivos que llevaron a reconocerle dicha potestad” Santiago (2016, p. 57). Como puede advertirse, el principal elemento del desvío de poder jurisdiccional es el propósito ilegítimo que se evidencia o puede presumir del obrar de un determinado juez y que se busca en provecho personal o de un tercero. Dicho propósito ilegítimo puede estar relacionado con la obtención de favores económicos o políticos, ser un mero ejemplo de un acto de corrupción, con afán de protagonismo del juez, etc. Es común que, cuando un juez actúa con desvío de poder, pierda su imparcialidad y pretenda beneficiar injustamente a una de las partes.

De lo expuesto puede concluirse que, a fin de establecer la responsabilidad política de los jueces y, a la vez, garantizar su independencia e imparcialidad, este enfoque caracteriza al error o defecto judicial capaz de justificar una remoción de un juez de su cargo, como aquel que supone *claramente y fuera de toda duda un apartamiento intencional del derecho o un apartamiento negligente reiterado o gravísimo*. Este apartamiento, además, no debe ser confundido con una disputa acerca de cuál de todos los modos fundados de resolver un caso es más conveniente. Como resulta obvio, no todo defecto que permitiría revocar una decisión judicial sería suficiente para justificar la sanción o remoción de un juez según el enfoque político.

La ordenación de los mencionados defectos judiciales que ofrece este enfoque es principalmente entre: 1) cuestión opinable; 2) apartamiento del derecho —por error no intencional: aislado o reiterado y con consecuencias gravísimas o sin consecuencias gravísimas—, y 3) apartamiento del derecho intencional o desvío de poder.

En el fondo, el objetivo de esta ordenación responde al objetivo o razón de ser de los procedimientos en los que se dilucida la responsabilidad política de un juez por el contenido de sus sentencias: garantizar de forma proporcionada la independencia e imparcialidad de los jueces junto con su idoneidad técnico-profesional y ética, de modo tal de lograr un nivel razonable de confianza de los ciudadanos en la jurisdicción estatal.

8.4 El enfoque que busca responsabilizar a los jueces que cometen delitos penales por medio de sus decisiones judiciales

Los jueces que obran con desvío de poder, además de ser políticamente responsables por el contenido de sus decisiones jurisdiccionales, también pueden ser penalmente responsables por la comisión de diferentes tipos de delitos. En esta oportunidad, mencionaremos tres diferentes tipos de delitos que se pueden cometer por medio del desvío de poder jurisdiccional. Ordenaremos la presentación de cada tipo según la gravedad de la sanción que prevén. Primero, se exponen los delitos cuyas penas son más graves. Los tipos penales que se desarrollarán son: el cohecho, el prevaricato y la denegación y el retardo de la justicia. En Argentina, todos estos tipos de delitos están previstos en el título XI del Código Penal (CP), que regula los delitos contra la Administración pública. Tanto los delitos de prevaricato como de denegación y retardo de la justicia (Capítulos X y XI, respectivamente) desplazan por su especificidad a los de abuso de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos (Capítulo IV), que, para estos casos, tienen una función subsidiaria o residual.⁶⁰

Los delitos de cohecho y tráfico de influencias están previstos dentro del capítulo VI del mencionado código (arts. 256 a 259bis del CP). Los magistrados del Poder Judicial o del Ministerio Público cometen el delito de *cohecho agravado* (por ser un juez el que comete el delito) y *pasivo* cuando: i) reciben dinero o cualquier otra dádiva o su promesa; ii) a cambio de *dictar, emitir, omitir o retardar* una resolución, fallo o dictamen; iii) en asuntos sometidos a su competencia (art. 257 del CP). Por su parte, el resto de funcionarios judiciales cometen el delito de *cohecho simple y pasivo* cuando: i) *reciben dinero* o cualquier otra dádiva o su promesa; ii) a cambio de *hacer, retardar o dejar de hacer* algo relativo a sus funciones (art. 256 del CP).⁶¹

Como advierte la doctrina, no necesariamente debe existir un defecto en el contenido de la decisión judicial que se emite o en su retraso u omisión, sino

60 Tanto la doctrina tradicional como la actual, pacíficamente reconocen el papel subsidiario y residual de las figuras de abuso de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos con respecto a las específicas de prevaricato y denegación y retardo de justicia. Un ejemplo de cómo operan subsidiariamente las figuras de abuso de autoridad y violación de los deberes del funcionario público con respecto a las de prevaricato y denegación y retardo de justicia puede advertirse cuando un juez comete un abuso de autoridad al dictar una resolución contraria a la Constitución o a las leyes nacionales o a las provinciales, pero dicho acto no lo hace en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, sino en funciones de mera superintendencia. Al respecto, ver Soler (1994, p. 272). En un mismo sentido, recientemente, Oribe y Valerga Aráoz (2023, p. 431).

61 A su vez, fuera del contexto de la toma de una decisión judicial, los jueces y el resto de los funciona-

que el problema en este caso se encuentra en la intención con que se toma una decisión, omisión o retraso, sea o no el resultado contrario a derecho. Por ello, estos delitos son siempre dolosos.⁶² En definitiva, el objeto tutelado por este tipo penal es el correcto y normal funcionamiento de la administración de justicia, en particular la honestidad e imparcialidad de sus funcionarios y el prestigio de la función judicial. A su vez, los magistrados y funcionarios judiciales cometen el delito de *aceptación de dádivas* o cohecho impropio y leve cuando: i) admiten dádivas; ii) entregadas en consideración a su oficio; iii) mientras permanecen en el cargo (art. 259 del CP). En este último caso, el bien jurídico protegido no es solo el correcto funcionamiento de la administración de justicia, sino también la “irreprochabilidad e insospechabilidad de los funcionarios” (Soler, 1994, p. 220).

Dentro de los delitos contra la Administración pública, también puede encontrarse el delito de prevaricato. Se encuentra regulado en el Capítulo X del Código Penal argentino (arts. 269 a 272). El delito de *prevaricato del juez* está previsto para cuando: un juez (árbitro o amigable componedor) dicta una resolución en ejercicio de su función jurisdiccional contraria a la ley expresa invocada por las partes o por el mismo juez, fundada en hechos o resoluciones falsas (art. 269 del CP), o cuando decreta o prolonga prisión preventiva cuando no procede (art. 270 del CP). Por su parte, cometerán el delito de *prevaricato de los auxiliares de la justicia* los abogados o mandatarios judiciales que defiendan o representen a partes contrarias en el mismo juicio o los fiscales, asesores y otros funcionarios encargados de emitir dictamen ante las autoridades “que de cualquier otro modo, perjudicare deliberadamente la causa que le estuviere confiada” (arts. 271 y 272 del CP). Toda la doctrina concuerda que estos delitos son dolosos. Los motivos para prevaricar pueden ser muchos: favor, enemistad, bajeza, venganza, etc. No habría así prevaricato por culpa, dado que el prevaricato del juez “consiste en el intento de hacer pasar como derecho algo que positivamente se sabe que no lo es” (Soler, 1994, p. 275) y el prevaricato de los auxiliares de justicia consiste en deliberadamente perjudicar de algún modo la causa confiada o “perjudicar los intereses confiados mediante la doble representación” (pp. 283-284). El bien jurídico tutelado por este tipo penal es la

rios judiciales cometen el delito de tráfico de influencias cuando: i) reciben dinero o cualquier otra dádiva o su promesa; ii) a cambio de hacer valer indebidamente una influencia ante un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público; iii) para que dicte, emita, omita o retarde una resolución, fallo o dictamen (art. 256bis del CP).

62 Cfr. Soler (1994, pp. 207, 213 y 215-216).

rectitud, la legalidad, imparcialidad y la honestidad en el cumplimiento de los actos de administrar la justicia.

Del desarrollo de los delitos de cohecho y prevaricato que puede cometer el juez u otro tipo de funcionario judicial puede advertirse que *es posible* que un juez u otro funcionario judicial cometa en un mismo acto los dos delitos. Por ejemplo, un juez que falla a sabiendas contra la ley expresa a cambio de dinero. Dado que, en general, la escala penal del delito de cohecho es superior a la de prevaricato, cuando la resolución corrupta sea, además, prevaricante, el hecho constituirá concurso ideal en favor de la pena del delito de cohecho. Esto es así salvo en el caso del prevaricato del juez agravado por tratarse de una sentencia condenatoria en causa penal. La pena prevista para este último caso es superior a la del cohecho agravado y, por tanto, existe la misma relación anteriormente comentada, solo que en favor de la pena del prevaricato del juez agravado (art. 269 del CP).⁶³ Sin embargo, vale la pena recordar que *no necesariamente* cuando un juez comete el delito de cohecho, a la vez, comete el de prevaricato. Es posible que un juez decida conforme a derecho, aunque a cambio de dinero, un favor, etc. En este caso, el problema se encuentra en la intención con que toma la decisión, omisión o retraso y no el resultado irregular.

Finalmente, un juez cometerá el delito de denegación o de retardo de justicia cuando se *niegue a juzgar* con el pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de ley o *retarde* maliciosamente la administración de justicia una vez vencidos los plazos legales y habiéndoselo requerido las partes (art. 273 del CP). Al igual que el prevaricato, este delito *exige una actitud maliciosa* por parte del juez. Para incurrir en este, el juez debe dejar de juzgar necesariamente alegando insuficiencia, oscuridad o silencio de ley o retardar su decisión dolosamente una vez vencidos los plazos legales y habiéndole una de las partes requerido que resuelva. Por ello, entiende la doctrina que no incurriría en este delito el juez que demore por exceso de trabajo o complejidad de lo que tiene que decidir.⁶⁴ A su vez, el bien jurídico protegido en este caso es el interés por una administración de justicia ordenada en el cumplimiento regular y legal de sus actos de autoridad. En otras palabras, se busca tutelar el normal y diligente desenvolvimiento de la administración de justicia.

Para los objetivos de este trabajo, de lo recién expuesto puede concluirse que los tipos penales presentados (cohecho, prevaricato, denegación y retardo

63 Cfr. *Ibid.*, pp. 215-216.

64 Cfr. *Ibid.*, p. 289.

de justicia) permiten reconocer unas clases de errores judiciales considerados tan graves que son susceptibles de ser sancionados penalmente con multas, inhabilitación, prisión y reclusión. En síntesis, los errores judiciales que buscan prevenir estos tipos penales son:

- a. las decisiones de la administración de justicia *corruptamente tomadas* por dinero u otras dádivas;
- b. las decisiones de la administración de justicia que *maliciosamente* son contrarias a derecho o fundadas en hechos falsos;
- c. las decisiones de la administración de justicia que *intencionalmente deniegan o retardan* las decisiones judiciales que corresponden.

De lo recién expuesto puede advertirse que los defectos judiciales que buscan evitar y sancionar los tipos penales recién desarrollados diferencian entre: i) acciones u omisiones delictivas; ii) delitos donde el defecto de la decisión se encuentra en el contenido de lo decidido o delitos en los que lo anómalo que busca evitarse es la motivación torcida de la decisión judicial; y iii) defectos maliciosa o corruptamente originados.

Las razones por las que se crean las figuras penales de cohecho, prevaricato, denegación y retardo de justicia son para proteger y garantizar el prestigio, confiabilidad e imparcialidad de la función judicial y, para ello, la rectitud y honestidad del actuar de los funcionarios judiciales, incluso hasta pretender asegurar su irreprochabilidad e insospechabilidad. A su vez, se busca garantizar el legal, normal, correcto, imparcial y diligente funcionamiento de la administración de justicia.

9. Tipologías

A partir del desarrollo anterior, es posible ordenar los distintos tipos o clases de defectos judiciales, al menos, de dos formas. Por un lado, hacerlo según lo hacen las diferentes ramas del derecho que buscan evitar, sancionar, reparar y corregir los defectos de las decisiones judiciales.⁶⁵ Por otro lado, ordenar dichas anomalías con relación a la parte de la estructura de la decisión judicial a la que afectan.

65 Carbonell (2022, pp. 63 y ss.) hace este ejercicio en relación a cómo ordena los errores judiciales la doctrina Procesal Penal de Chile.

9.1 Irregularidades judiciales según la legislación y jurisprudencia

Del desarrollo del epígrafe anterior surgen con claridad diferentes modos de ordenar los errores y defectos de las decisiones judiciales que sintetizaremos a continuación. En concreto, estos desarrollos nos permiten diferenciar entre decisiones judiciales que pueden resultar controvertidas porque deciden sobre: cuestiones opinables o porque lo hacen con defectos.

A su vez, las decisiones judiciales defectuosas pueden ordenarse según la *clase de intención* que las origina. Así, puede decirse que una decisión judicial es defectuosa por ser: dolosa —maliciosa o corruptamente motivada—; culposa o negligente; o sin culpa: solo en este último caso el error puede resultar excusable para el funcionario judicial.

El defecto de la decisión judicial puede diferenciarse también por: i) *el tipo de comportamiento* que supone del funcionario —acción u omisión de decidir, esta última, a su vez, puede ser total o parcial; ii) *la reiteración* o no del comportamiento anómalo —aislado o regular—; y iii) *los efectos* —dañosos o no dañosos—. Los errores y defectos judiciales dañosos se pueden distinguir, por su parte, por la *gravedad de los efectos dañosos*: moderada o gravísima.

Con relación a cómo afectan los aludidos defectos el contenido de las decisiones judiciales, estas anomalías pueden ordenarse según el *aspecto sustancial o no* que tengan. De este modo, pueden ser: sobre un aspecto de la decisión no sustancial —por ser un error meramente material o un concepto que necesita aclaración—; o sobre lo sustancial de la decisión. A su vez, los defectos sustanciales pueden ser: en la definición de las partes y del objeto sobre lo que se decide, en la fijación de los hechos controvertidos, en la elección o interpretación del derecho aplicable y en la relación entre el objeto de la decisión, los hechos del caso, el derecho aplicable, la decisión que se toma y sus efectos.

Finalmente, los defectos judiciales pueden presentarse con relación al *momento del proceso en que se comenten*: durante el proceso o en su sentencia.

Proponemos otra manera de presentar esta misma síntesis por medio de una lista multinivel que organiza las distintas clases de decisiones judiciales controvertidas:

1. Cuestiones opinables
2. Defectos
 - 2.1. En la voluntad del funcionario
 - 2.1.1. Defecto dolosamente originado (inexcusable)
 - 2.1.1.1. Malicioso

- 2.1.1.2. Corrupto
- 2.1.2. Error culpos o negligente(inexcusable)
- 2.1.3. Error sin culpa (excusable)
- 2.2. En el comportamiento del funcionario
 - 2.2.1. Decisión anómala
 - 2.2.2. Omisión de decidir
 - 2.2.2.1. Total
 - 2.2.2.2. Parcial
- 2.3. Según su reiteración
 - 2.3.1. Aislado
 - 2.3.2. Regular
- 2.4. Según sus efectos
 - 2.4.1. No dañosos
 - 2.4.2. Dañosos
 - 2.4.2.1. Moderado
 - 2.4.2.2. Gravísimo
- 2.5. Sobre aspectos sustanciales o no sustanciales de la decisión
 - 2.5.1. No sustancial
 - 2.5.1.1. Error meramente material
 - 2.5.1.2. Concepto que necesita aclaración
 - 2.5.2. Sustancial
 - 2.5.2.1. Definición del objeto y partes de la controversia
 - 2.5.2.2. Fijación de los hechos controvertidos
 - 2.5.2.3. Elección e interpretación del derecho aplicable
 - 2.5.2.4. Relación entre objeto, hechos, derecho aplicable y decisión
 - 2.5.2.5. Relativos a los efectos pretendidos de la decisión
- 2.6. Según el momento del proceso en que se cometen
 - 2.6.1. Durante el proceso
 - 2.6.2. En la sentencia

Finalmente, consideramos que resulta iluminador presentar esta misma ordenación de las distintas clases de anomalías judiciales por medio de una tabla que las relaciona con los distintos mecanismos para prevenirlas, sancionarlas, repararlas o subsanarlas. Como puede recordarse del epígrafe anterior, cada una de estas clases de anomalías tiene diferentes tipos de efectos en los esfuerzos que hace el derecho por prevenirlas, sancionarlas, repararlas y subsanarlas.

Resta mencionar que la tabla que a continuación se presenta refleja en qué

medida cada clase de defecto judicial es o no relevante para que se genere responsabilidad penal, política, de reparar el daño o su recurribilidad. Se colocará la letra “R” cuando la existencia de un tipo de defecto sea relevante para que se genere alguna de las clases de responsabilidad antes aludidas o para que se justifique que deba modificarse o revocarse una decisión judicial. En cambio, se utilizará el adverbio de negación “NO” para señalar que no estamos frente a una clase de defecto relevante para que se genere un tipo de responsabilidad o para que deba enmendarse una decisión judicial.

Tabla 1. Defectos y responsabilidad judicial

Decisiones judiciales	Responsabilidad penal	Responsabilidad política	Responsabilidad por daños	Recurrible
Cuestiones opinables	No	No	No	R ⁶⁶
Defectos				
2.1. En la voluntad				
2.1.1. Defecto dolosamente originado				
2.1.1.1. Malicioso	R	R	R	R
2.1.1.2. Corrupto	R	R	R	R
2.1.2. Error culposo o negligente	No	R	R	R
2.1.3. Error sin culpa (excusable)	No	No	No/C ⁶⁷	R
2.2. En el comportamiento del funcionario				
2.2.1. Decisión anómala	R	R	R	R
2.2.2. Omisión de decidir				
2.2.2.1. Total	R	R	R	R
2.2.2.2. Parcial	R	R	R	R

66 Si bien el hecho de que una sentencia trate una cuestión opinable no es obviamente condición necesaria para que pueda ser recurrida, esto sí puede ser considerada como algo relevante para un tipo de recurso en particular que busca unificar la jurisprudencia. En concreto, como se explicó, el recurso nacional de inaplicabilidad de ley se aplica a sentencias definitivas y tiene por fin uniformar la jurisprudencia de las salas de una misma cámara en el orden nacional cuando una sala contraría la doctrina establecida durante, al menos, 10 años por otra de las salas de la misma cámara. Esta falta de uniformidad en las doctrinas de las salas puede ser entendida como resultado de tratar una cuestión opinable.

67 La existencia de irregularidades judiciales sin culpa de los funcionarios puede ser condición necesaria de responsabilidad del Estado, aunque no de los mencionados funcionarios.

2.3. Reiteración en el error				
2.3.1. Aislado	No	R	R	R
2.3.2. Regular	No	R	R	R
2.4. Efectos del error				
2.4.1. No dañosos	No	No	No	R
2.4.2. Dañosos				
2.4.2.2. Moderado	No	R	R	R
2.4.2.3. Gravísimo	No	R	R	R
2.5. Sobre aspectos sustanciales o no sustanciales de la decisión				
2.5.1. No sustancial				
2.5.1.1. Error meramente material	No	No	No	R
2.5.1.2. Concepto que necesita aclaración	No	No	No	R
2.5.2. Sustancial				
2.5.2.1. Definición del objeto y partes de la controversia	R	R	R	R
2.5.2.2. Fijación de los hechos controvertidos	R	R	R	R
2.5.2.3. Elección e interpretación del derecho aplicable	R	R	R	R
2.5.2.4. Relación entre objeto, hechos, derecho y decisión	R	R	R	R
2.6. Momento del proceso en que se cometen				
2.6.1. Durante el proceso	R	R	R	R
2.6.2. En la sentencia	R	R	R	R

Fuente: elaboración propia.

9.1 Anomalías que afectan la estructura de la decisión judicial

Una segunda posibilidad es ordenar los diferentes tipos de anomalías judiciales según la parte de la estructura de la decisión judicial que afectan. Las decisiones judiciales están formadas por una estructura básica que refleja la concatenación de juicios y decisiones parciales que toma un juez a fin de poder sentenciar. A nuestro juicio, esta estructura está conformada, al menos, por cuatro partes:

competencia, sujetos y objeto de la decisión, los hechos del caso, el derecho aplicable y la resolución del caso.

Como dijimos, esta estructura cuatripartita de las decisiones judiciales refleja los cuatro juicios o partes del razonamiento judicial que necesitan tener en cuenta los jueces a fin de poder fundar sus sentencias.

Dichos juicios o partes del razonamiento judicial requieren al menos:

- i. Definir la competencia de quien decide y delimitar los sujetos y el objeto de la decisión judicial que se debe tomar;
- ii. fijar los hechos del caso y su significación en relación con un objeto litigioso en discusión;
- iii. especificar cuál es el derecho aplicable a los hechos fijados en el caso; y
- iv. finalmente, la determinación de una solución concreta al problema planteado debe poder seguirse, en alguna medida, de las premisas anteriores. Las tres primeras partes de la estructura recién descrita y el resultado de los juicios que dichas partes requieren sirven de premisas del razonamiento judicial justificatorio que permiten al juez fundar su sentencia. En cierta medida, la decisión que toma el juez ha de poder derivarse de estas premisas.

El razonamiento judicial, en tanto razonamiento, depende *en parte* de la lógica. A su vez, la lógica, en su sentido más restringido, es deductiva. Así, puede decirse que todo razonamiento judicial justificatorio es *en alguna medida* lógico-deductivo. Como han expresado Alchurrón y Bulygin (1991),

aunque sea verdad que para establecer las premisas del argumento uno debe recurrir a veces a interpretaciones, decisiones y valoraciones [ponderaciones], el razonamiento, es decir, el paso que conduce de las premisas a la conclusión, es —o más bien, puede ser— reconstruido como una inferencia deductiva. (p. 304)

Sin embargo, esto no supone afirmar que el razonamiento judicial: a) sea *solo* subsuntivo o lógico deductivo; b) sea mecánico, es decir, que no requiera hacer ningún tipo de ponderación o juicio de valor; c) tenga en cuenta deducciones lógicas que se derivan solo de reglas autoritativas y premisas semánticas y fácticas claras y certeras; d) evite recurrir a la comparación o la analogía.

A partir de esta estructura, es posible ordenar las diferentes clases de anomalías que puede adolecer una decisión judicial. En este sentido, puede decirse que al menos se han detectado los siguientes tipos de errores o defectos judiciales que afectan:

1. la delimitación de los sujetos y objeto de un caso y de la competencia de quien decide: i) resolver sobre quienes no son parte de un proceso; ii) omitir decidir sobre quienes son parte del proceso; iii) decidir sobre cuestiones no planteadas en el proceso; iv) no decidir cuestiones planteadas en el proceso; v) resolver un caso sin competencia;
2. los hechos del caso fijados: vi) admitir prueba inadmisibile, vii) no admitir prueba admisible, viii) practicar mal la prueba, ix) prescindir de prueba decisiva; x) invocar prueba inexistente; xi) no valorar adecuadamente la prueba a fin de dar por probado un hecho; xii) contradecir otras constancias de los autos; xiii) identificar erróneamente el estándar de prueba; xvi) aplicar equivocadamente el estándar de prueba;
3. la determinación del derecho aplicable y su interpretación correcta: xv) arrogarse, al fallar, el papel del legislador; xvi) prescindir del texto legal sin dar razón plausible alguna; xvii) aplicar una norma derogada o no vigente; xviii) dar como fundamento pautas de excesiva laxitud (ajenas al derecho positivo o con un valor solo programático); xix) usar un canon, regla o criterio interpretativo no admisible o aceptable por la comunidad jurídica;
4. el fundamento de la especificación de una solución concreta al problema jurídico planteado y sus efectos: xx) sustentar el fallo en afirmaciones dogmáticas o dar un fundamento solo aparente; xxi) incurrir en excesos rituales; xxii) incurrir en autocontradicción; xxiii) pretender dejar sin efecto decisiones anteriores firmes.

Otra forma de presentar esta misma síntesis de tipologías de errores judiciales es por medio de un cuadro sinóptico (Figura 1) que organice las distintas clases de decisiones judiciales erróneas y defectuosas:

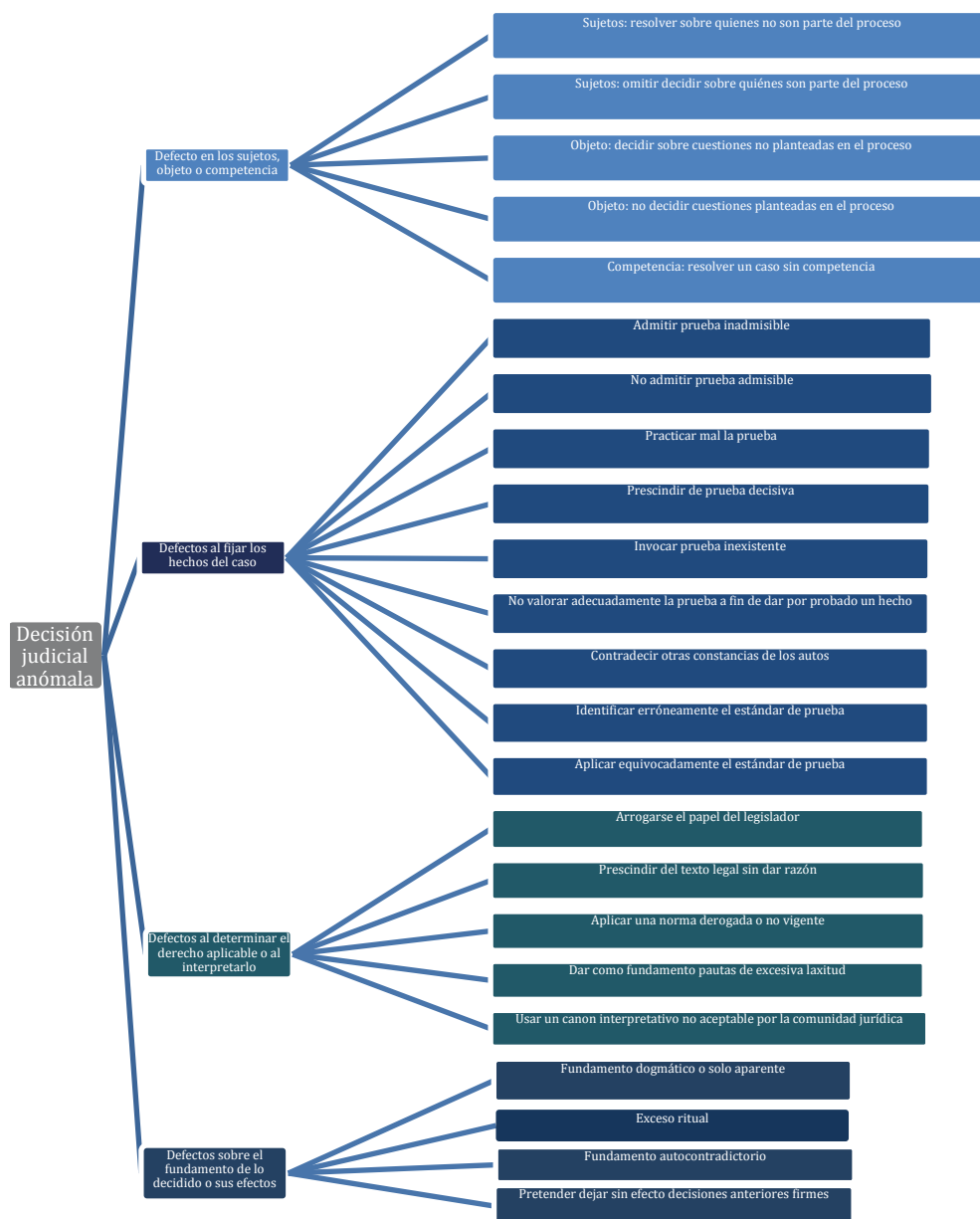


Figura 1. Fuente: elaboración propia.

10. El concepto de decisión judicial defectuosa

10.1 Diferentes sentidos de decisión judicial defectuosa

Los principales objetivos de este trabajo son, por un lado, clarificar nociones como sentencia irregular, errónea o defectuosa y, por el otro, comprender sus presupuestos y diferentes tipologías. Secundariamente, se busca aprovechar este esfuerzo para comprender con mayor profundidad la decisión judicial, sus partes, estructura, etcétera.

Para ello, en primer lugar, advertimos los riesgos de intentar definir o buscar una característica o denominador común de todos los usos de estas expresiones. Este intento termina encontrando tal característica o denominador común en que este tipo de decisiones no puede subsumirse en lo que se entendería por “decisión judicial correcta”. El problema es que esta expresión resulta aún más vaga y difícil de dilucidar. Además, conduce a explicaciones circulares al intentar aclarar lo que sería una “decisión judicial correcta”, caracterizándola como aquella que no adolece de “errores” o “defectos”.

También se advirtieron los riesgos de caer en el extremo opuesto, afirmando que los problemas sobre el sentido de la corrección o incorrección de una decisión judicial son imposibles de ser tratados racionalmente, debido a que el derecho es lo que dicen los jueces. Sin embargo, creemos que fue posible ofrecer explicaciones de lo que sería una “decisión judicial incorrecta” sin necesidad de caer en elucidaciones meramente fingidas o hipócritas que solo buscan ocultar que, con ello, solo queremos decir que esas decisiones no nos gustan. Creemos incluso que es contraintuitiva la existencia de todos los mecanismos explicados en el epígrafe anterior para prevenir, subsanar, reparar o sancionar los mencionados defectos si tales irregularidades fueran inexistentes o intratables racionalmente. Por otra parte, como se ha dicho, el hecho de que algunas sentencias puedan ser “definitivas” no supone que no puedan ser “incorrectas”.

Los intentos por buscar alternativas intermedias entre afirmar que existe un significado unívoco de decisión judicial incorrecta o que, en realidad, este es completamente equívoco también han de enfrentar desafíos. En concreto, al respecto advertimos lo parroquial que resulta la explicación que solo identifica tipos básicos de decisiones judiciales incorrectas a partir de los usos paradigmáticos de esta expresión en una jurisdicción. A su vez, al aportar solo tipos básicos relativamente vagos de decisiones judiciales irregulares, esta elucidación no logra progresar mucho sobre lo imprecisas que resultaban las expresiones que se buscaron explicar por medio de estos tipos básicos.

Del análisis de cómo se receptaron los mecanismos para prevenir, reparar,

sancionar y subsanar las decisiones judiciales irregulares se pudo diferenciar entre “errores judiciales” producto de una falta de capacidad, esmero o cuidado e irregularidades judiciales fruto de “delitos judiciales” (prevaricato, cohecho, denegación y retardo de justicia). Estos delitos judiciales suponen un “desvío” o “abuso” doloso de poder. En este último caso, el juez actúa con intención corrupta o maliciosamente contraria a derecho usando el poder jurisdiccional con fines ilegítimos.

Para referirnos tanto a los errores judiciales propiamente dichos como a los delitos judiciales, propusimos utilizar la expresión “decisión judicial defectuosa”. Utilizamos como sinónimo de esta expresión “decisión judicial anómala” o “irregular”.

A su vez, de dicho análisis también se pudo distinguir que quienes abordan el problema de las decisiones judiciales defectuosas a fin de establecer el deber del Estado (y de sus funcionarios judiciales) de reparar el daño que sus irregularidades causan, o quienes lo hacen para establecer la responsabilidad política o penal de los jueces por sus decisiones irregulares, o incluso quienes lo hacen a fin de establecer cuándo una decisión judicial es revocable, caracterizan a este tipo de decisiones en un sentido más técnico, restringido, particular y local, que podría diferenciarse de una comprensión más general o filosófica. Esto no quita que el análisis técnico resulte un insumo muy relevante para la mencionada comprensión filosófica.

Como vimos en el epígrafe anterior, en el contexto de la justicia nacional y federal de Argentina, suele entenderse por “decisión judicial defectuosa capaz de generar responsabilidad patrimonial del Estado” (o de sus funcionarios judiciales) aquellos actos u omisiones irregulares realizados por un juez en un proceso con dolo, culpa inexcusable o por un funcionamiento anormal del Poder Judicial, que resultan objetiva y gravemente contrarios a los hechos de la causa o el derecho, produciendo un resultado contrario al que el servicio de justicia debió llegar y que se diferencia de cualquier acto de aplicación, interpretación o valoración de las normas, los hechos o las pruebas que puedan resultar meramente opinables. A su vez, para que estas irregularidades puedan resultar indemnizables, se debe acreditar un daño mensurable en dinero, el cual debe poder ser imputado al Estado y debe existir una relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad irregular del Estado y el daño, no siendo responsable el Estado por casos fortuitos, fuerza mayor, hechos de la víctima o de un tercero. Finalmente, la irregularidad de la acción o inacción judicial debe surgir de la inobservancia de un deber expreso y determinado, el daño no

debe poder ser reparado por recurso ordinario y la sentencia defectuosa debe haber sido previamente revocada para poder solicitar la reparación del daño que causa.

El anterior análisis permite fácilmente advertir que es posible pensar en defectos judiciales no indemnizables. Esto nos posibilitaría diferenciar entre la noción técnica de defecto judicial indemnizable en el ámbito de la justicia nacional y federal argentina y la noción filosófica de defecto judicial. Esta última, por ejemplo, no tiene en cuenta si el defecto genera un daño mensurable en dinero para considerar que estamos frente a una irregularidad judicial.

Algo similar a lo recién destacado sucede con el concepto técnico de defecto judicial capaz de generar responsabilidad política. Al respecto, advertimos que existe un defecto de este tipo cuando un funcionario judicial, claramente y fuera de toda duda, se aparta del derecho al no utilizar alguna de las opciones interpretativas que le brinda el sistema jurídico y para que este apartamiento del derecho genere responsabilidad política debe ser intencional o grave o reiteradamente negligente. Lo anterior supone que un funcionario judicial no es políticamente responsable por sus decisiones jurisdiccionales negligentes defectuosas aisladas y que no generen consecuencias graves.

Dicho de otro modo, el concepto técnico político de decisión judicial defectuosa que surge de la práctica jurídica argentina resulta más restringido que un posible concepto filosófico de este tipo de decisiones. El primero requiere que el apartamiento del derecho sea intencional o reiteradamente negligente o gravemente negligente, mientras que, el segundo, probablemente no tenga en cuenta la gravedad o la reiteración del apartamiento negligente del derecho para calificar dicho apartamiento como irregular o defectuoso.

Lo mismo puede decirse del concepto técnico penal “delitos judiciales”. Todos ellos admiten la posibilidad de sancionar penalmente a los jueces cuando toman una decisión judicial corrompidos por dinero u otras dádivas, o cuando toman una decisión judicial maliciosamente contraria a derecho o fundada en hechos falsos o, finalmente, cuando intencionalmente deniegan o retardan decisiones judiciales que corresponden. Nuevamente, como es obvio, este concepto técnico de delito judicial excluye defectos de decisiones negligentemente originadas que un concepto de decisión judicial irregular más general admitiría.

Finalmente, es posible preguntarnos por el parecido entre el concepto técnico procesal de decisión judicial recurrible con el concepto filosófico de decisión judicial defectuosa. Como advertimos en el anterior epígrafe puede caracterizarse a la decisión judicial recurrible como una decisión que: i) adolece de

una irregularidad o anomalía, intencional o negligente, que afecta su origen, forma o fundamento de hecho, derecho o sus efectos; o ii) requiere por parte de un tribunal de apelación la unificación de un modo preciso de entender el derecho vigente. Estas irregularidades o faltas de certeza pueden ser remediadas por medio de recursos que permiten que el mismo juez, o uno jerárquicamente superior, complete, aclare, corrija, deje parcial o totalmente sin efecto o le niegue su condición de decisión judicial.

Esta noción parece la más cercana a una noción filosófica de decisión judicial defectuosa. La principal diferencia entre ambas nociones radicaría en que es una característica del concepto técnico procesal de decisión judicial recurrible que ella pueda ser revocada por algún tipo de remedio procesal; mientras que, como se dijo, no necesariamente toda decisión judicial defectuosa es recurrible. Por ello, es posible diferenciar entre decisiones definitivas y defectuosas y de esto no se deriva que los tribunales cuyas sentencias no pueden ser revocadas tienen la facultad para dictar sentencias *contra legem*, sino solo que, del hecho de que lo hagan, no se deriva la consecuencia de que pueda revocarse su sentencia defectuosa. A su vez, incluso es posible que algunas decisiones correctas puedan ser recurridas. Este último caso sería el de las sentencias impugnadas a fin de uniformar jurisprudencia de una Cámara.

De lo hasta aquí expuesto puede concluirse que existen diferentes tipos de conceptos de decisión judicial errónea o defectuosa. En concreto, en este trabajo diferenciamos el concepto de decisión judicial dañosa por irregular, el concepto de decisión judicial defectuosa capaz de generar responsabilidad política, el concepto de delito judicial y el de decisión judicial recurrible de derecho procesal. Estos conceptos son de tipo técnico. Como se dijo, su contenido es más restringido y local que el concepto filosófico de decisión judicial defectuosa.

Esta reflexión técnica y local, si bien no alcanza el grado de generalidad al que aspiramos con una noción filosófica, es de incuestionable valor para alcanzar dicha noción. Para lograr terminar de comprender el caso central del concepto de decisión judicial defectuosa, resta analizar con qué fin se buscan prevenirlas, sancionarlas, subsanarlas o repararlas —o, dicho de otro modo, por qué se crean instituciones a tal fin— y establecer en qué medida tener en cuenta estas razones nos ayuda a caracterizar a una decisión judicial defectuosa de un modo más general o filosófico.

En este sentido, puede ser de utilidad recordar que las instituciones que se crearon a fin de sancionar los delitos judiciales o supervisar la idoneidad ética o técnica de los funcionarios judiciales o reparar el daño que las decisiones ju-

diciales defectuosas producen o, finalmente, ofrecer la posibilidad de recurrir este tipo de decisiones judiciales se explican por una multiplicidad de razones. Las mencionadas razones son, en buena medida, complementarias. Sin embargo, en algunos casos requieren una ponderación a fin de alcanzar una solución que, dependiendo los casos, haga prevalecer una sobre otra sin por ello negar la importancia de ninguna de las dos.

En concreto, las razones por las que se crean las figuras penales de cohecho, prevaricato, denegación y retardo de justicia son para garantizar la imparcialidad y la idoneidad ética (rectitud u honestidad) de los funcionarios judiciales y, de ese modo, proteger el prestigio, confiabilidad e incluso hasta pretender asegurar su irreprochabilidad e insospechabilidad. Parcialmente coincidente son los objetivos o las razones por las que se crean mecanismos que permiten responsabilizar políticamente a un juez por el contenido de sus sentencias. Con estos mecanismos, se busca tanto garantizar de forma proporcionada la idoneidad ética y técnica de los funcionarios judiciales como también su independencia frente a los otros poderes del Estado. Todo eso, a fin de lograr un nivel razonable de confianza de los ciudadanos en la jurisdicción estatal.

A su vez, los objetivos por los que se erige un determinado modo de admitir la responsabilidad del Estado y de los funcionarios por los daños que causan se fundan en otras razones complementarias. En Argentina, el abordaje que predominó en este enfoque es aquel que buscó armonizar el derecho de quien sufre el daño con los bienes que persigue el Estado y con el derecho del resto de los ciudadanos. Así, se reconoce que la responsabilidad del Estado es directa y objetiva y, por tanto, alcanza con solo mostrar la “falta de servicio institucional de justicia”.

Finalmente, los remedios procesales que permiten recurrir las decisiones judiciales defectuosas buscan garantizar principalmente que las *decisiones* judiciales se ajusten, en la mayor medida de lo posible a las exigencias de justicia, al derecho a que toda sentencia esté fundada en ley, al derecho al debido proceso y al derecho a una doble instancia, aunque también se justifiquen en otras razones, como el beneficio que supone la unificación de la jurisprudencia, etc. A su vez, garantizar estos derechos y unificar la jurisprudencia colabora con el objetivo de aumentar la confianza de los ciudadanos en la jurisdicción estatal.

10.2 El caso central de la decisión judicial defectuosa

De todo este esfuerzo, es posible arribar a la siguiente caracterización del caso central de decisión judicial defectuosa:

- i. el concepto de decisión judicial defectuosa incluye: i.i) los delitos judiciales, por medio de los cuales los jueces —de forma maliciosamente contraria a derecho— deciden, retardan o se niegan a juzgar o lo hacen motivados corruptamente por dinero u otras dádivas; i.ii) las decisiones judiciales culposamente erróneas, producto de una falsa representación del caso, del derecho o de cómo debe razonar a partir de estas premisas el juez; y i.iii) la prestación deficiente del servicio de justicia por parte del Estado no por culpa de sus funcionarios, sino por defectos institucionales o de organización del sistema de servicio judicial, lo que da origen a una “falta de servicio institucional de justicia” (v. g., el retardo excusable de justicia);
- ii. la decisión judicial, para ser considerada defectuosa, debe ser: ii.i) corruptamente originada o/y ii.ii) objetiva y gravemente contraria a los hechos de la causa o al derecho: ii.ii.i) al no utilizar alguna de las herramientas u opciones interpretativas que le brinda el sistema jurídico, ii.ii.ii) produciendo un resultado contrario al que el servicio de justicia debió llegar, ii.ii.iii) lo que permite diferenciar a la decisión judicial defectuosa de cualquier acto de aplicación, interpretación o valoración de las normas, los hechos o las pruebas que puedan resultar meramente opinables;
- iii. la decisión judicial que adolece de una irregularidad o anomalía, afecta: iii.i) la recta voluntad de quien decide; o su iii.ii) competencia para decidir; o iii.iii) la forma; o iii.iv) fundamento: de hecho, derecho —o la relación las premisas de su fundamento— los efectos que pretende producir;
- iv. el uso del sintagma “error judicial o decisión judicial defectuosa” claramente tiene por fin cumplir una función descalificadora, al buscar mostrar que la decisión judicial errónea o defectuosa adolece de una anomalía o irregularidad que hace que no pueda ser calificada como “decisión judicial” en sentido pleno;
- v. los sistemas jurídicos buscan evitar, corregir, reparar y sancionar este tipo de decisiones a fin de garantizar: v.i) una serie de derechos y garantías constitucionales de los justiciables (v. g., la garantía del debido proceso, el derecho a que toda sentencia esté fundada en ley, a la doble instancia y, más ampliamente, a la tutela judicial efectiva, etc.); v.ii) la idoneidad ética y técnica de los funcionarios judiciales; y, finalmente, v.iii) la confianza de la ciudadanía en la administración de justicia,

Si tuviéramos que sintetizar el caso central de la noción “decisión judicial defectuosa”, podríamos decir que es aquella que adolece de una irregularidad o anomalía que no permite considerarla como una “decisión judicial” en su sentido pleno o conforme a su caso central. Dicha anomalía puede producirse intencionalmente o negligentemente por un funcionario judicial o por defectos institucionales o de organización del sistema de servicio judicial. Las irregularidades de las decisiones judiciales defectuosas se pueden encontrar en la intención corrupta o maliciosa de quien las toma, en la extralimitación u omisión de las facultades/deber legalmente establecidas para tomar esas decisiones, en el incumplimiento de la forma legalmente establecida para esa decisión, en el fundamento de hecho o derecho en que se las funda, en la relación entre estas premisas del fundamento o en los efectos que de ellas se pretenden. Para que el fundamento de las decisiones judiciales resulte defectuoso, dicho fundamento debe resultar objetiva y gravemente contrario a los hechos de la causa o al derecho, produciendo, por ello, un resultado contrario al que el servicio de justicia debió llegar al no utilizar alguna de las herramientas u opciones interpretativas que le brinda el sistema jurídico.⁶⁸ Lo anterior permite diferenciar este tipo de decisiones judiciales defectuosas de cualquier acto de aplicación, interpretación o valoración de las normas, los hechos o las pruebas que puedan resultar meramente opinables. Finalmente, las decisiones judiciales defectuosas afectan derechos fundamentales (v. g., debido proceso, garantía de que toda sentencia esté fundada en ley, tutela judicial efectiva, etc.); en algunos casos, reflejan falta de idoneidad ética o técnica de los funcionarios judiciales y erosionan la confianza de la ciudadanía en la administración de justicia.

Si bien esta concepción multifacética de la decisión judicial defectuosa ha sido construida con la intención de ofrecer una comprensión focal de este fenómeno, pareciera que se sitúa bien dentro del uso común de la expresión “error

68 Chiassoni (2024) precisa con detalle qué se puede entender por “interpretación correcta”. Al respecto, distingue la noción genérica, aquí utilizada bajo el nombre de “opciones interpretativas”, de seis nociones específicas: corrección ontológica, metodológica, ideológica, jurisprudencial, doctrinal y cultural. De este análisis, se concluye que la omisión de estas distinciones ha llevado a “defender una (falsa) representación *moderadamente* objetivista del derecho y *moderadamente* cognoscitivista de la interpretación, así contribuyendo a preservar el mito del derecho como algo que, *por lo menos en algunas partes relevantes*, no depende de las operaciones de los intérpretes” (p. XX). A nuestro juicio, desde el punto de vista externo, es posible que las mencionadas distinciones conduzcan a las conclusiones que este autor propone. Sin embargo, asumida esta cuestión desde el punto de vista de la razonabilidad práctica o desde el punto de vista del juez, es decir, de quien tiene que justificar o dar razones de por qué entiende una determinada interpretación como correcta, es posible que sea necesario reconstruir una noción de “corrección interpretativa” integral y más general.

judicial” o “decisión judicial defectuosa, anómala o irregular”. En este sentido, podría decirse que la comprensión propuesta se corresponde en buena medida con muchos fenómenos sociales existentes que son considerados como ejemplos paradigmáticos de este tipo de decisiones. Solo restaría aclarar que esta noción de decisión judicial defectuosa es construida como su significado focal, no como su único sentido, capaz de excluir de la referencia del término todo lo que no posea todas las mencionadas características.⁶⁹

Todo este desarrollo nos permite, además, reflexionar acerca de cuáles son las características centrales de las decisiones judiciales correctas o no defectuosas. En este sentido, del desarrollo de este trabajo se puede concluir que toda decisión judicial supone un procedimiento y el resultado de un procedimiento que lleva a cabo el juez competente para resolver un problema con relevancia jurídica que ha sido sometido a su conocimiento.⁷⁰ La decisión judicial requiere, al menos, para ser correcta: i) ser dictada con intención de obrar de forma lícita; ii) ser dictada por quien tiene competencia para ello; iii) respetar la forma que cada jurisdicción exige para el dictado de este tipo de decisiones; iv) fundar adecuadamente lo que se decide: al determinar las partes y el objeto del litigio, fijar los hechos de la causa, establecer el derecho aplicable, concluir una decisión que pueda derivarse en parte de las anteriores premisas y definir unos efectos para ella. Todo esto, haciendo uso de las herramientas y opciones interpretativas aceptadas en cada comunidad jurídica.

11. Conclusiones

El problema de dilucidar qué es un error judicial o una decisión judicial defectuosa, irregular o anómala no es sencillo. Como se ha mostrado, existen diferentes nociones de este fenómeno construidas para diferentes contextos jurídico-profesionales. Sin embargo, esta no parece ser una razón suficiente para asumir la contraintuitiva afirmación de que estas nociones son imposibles de ser tratadas racionalmente y que todo esfuerzo en este sentido es meramente fingido o hipócrita. Por más que no parece existir un elemento unificador de estas nociones, es posible buscar su caso central.

Este caso central se obtiene o se construye poniendo en relación los datos que se recaban sobre un fenómeno, los diferentes usos que se les dan a estas

69 Cfr. Finnis (2000, pp. 304 y ss.).

70 Cfr. Carbonell (2023, pp. 61-62).

nociones, etc. con las razones por las que se crean figuras, instituciones y, en este caso, recursos para prevenir, sancionar, reparar o corregir las decisiones judiciales defectuosas. De este esfuerzo se pudo concluir que existen diferentes clases de defectos judiciales, pero todas ellas afectan a la decisión judicial que los padece, de modo que ella no puede ser considerada como el caso central de una decisión de este tipo. A su vez, se advirtió que estas irregularidades pueden producirse intencionalmente, negligentemente o por defectos de la organización del sistema de justicia. Las mencionadas anomalías pueden afectar las intenciones con las que se toma la decisión judicial, a la definición y alcance de las facultades de quien la toma, su forma, fundamento de hecho, derecho, la relación entre estas premisas o los efectos que de ella se pretenden.

Sin embargo, reconociendo que el derecho puede ofrecer en algunos casos más de una respuesta correcta, para que una decisión judicial sea considerada irregular debe ser objetiva y gravemente contraria a los hechos o al derecho, obviando utilizar algunas de las herramientas u opciones interpretativas que le brinda el derecho. Esto ayuda a diferenciar entre una decisión judicial defectuosa de aquellas que son meramente opinables. Finalmente, la razón por la cual este tipo de anomalías buscan ser evitadas o prevenidas, sancionadas, reparadas o corregidas es porque tienen la capacidad de afectar derechos fundamentales (v. g., debido proceso, derecho a una sentencia fundada en ley, tutela judicial efectiva, etc.), reflejar la falta de idoneidad ética o técnica de los funcionarios judiciales y afectar la confianza de la ciudadanía en el sistema de administración de justicia.

Bibliografía

- Alchurrón, E. y Bulygin, C. E. (1991). *Análisis lógico y derecho*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2010). Two or three? *ARSP*, (119).
- Andrada, A. D. (2017). *Ley 26944. Responsabilidad del Estado y funcionarios*. La Ley.
- Bee Sellares, M. (2019). Responsabilidad del Estado por actividad judicial. *La Ley*, 2019-E.
- Calamandrei, P. (1945). *La casación judicial* (Trad. N. Alcalá-Zamora y Castillo, 2ª ed.). Ed. Bibliográfica Argentina.
- Carbonell, F. (2022). Un modelo de decisión judicial justificada para el proceso penal chileno. *Política Criminal*, (17), 58-84.
- Carbonell, F. (2023). Los errores del juez. Presupuestos y tipologías. En García Amado, J. A. (Dir.), *El error judicial. Problemas y regulaciones* (pp. 57-83). Tirant lo Blanch.

- Carrió, G. R. y Carrió, A. D. (1995). *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria en la jurisprudencia de la Corte Suprema* (3a ed.). Abeledo Perrot.
- Clérico, L. (2012). Sobre 'casos' y ponderación. Los modelos de Alexy y Moreso, ¿más similitudes que diferencias? *Isonomía*, (37), 113-145.
- Chiaassoni, P. (2024). *Corrección interpretativa*. XXXVIII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social, 16 al 18 de octubre de 2024. <https://www.aafd.org.ar/noticia/xxxviii-jornadas-argentinas-y-jornadas-argentino-brasile%C3%B1as-de-filosof%C3%ADa-jur%C3%AAdica-y-social>
- Comadira, J. R., Escola H. J. y Comadira, J. P. (Coords). (2012). *Curso de derecho administrativo* (Tomo II). Abeledo Perrot.
- De la Riva, I. M. (2015). *Réquiem para el recurso ordinario ante la Corte Suprema*. Abogados.com.ar. <https://abogados.com.ar/requiem-para-el-recurso-ordinario-ante-la-corte-suprema/17053#>
- Etcheverry, J. B. (2014). Scope and Limits of General and Descriptive Theories of Law. *Rivista di Filosofia del Diritto*, 1, 151-170. <http://dx.doi.org/10.4477/76545>
- Ferrater Mora, J. (1964). *Diccionario de Filosofía* (4ª ed., Tomo I). Sudamericana.
- Ferrer Beltrán, J. (2010). Sobre la posibilidad del error judicial y los desacuerdos irrecusables en el derecho. Once comentarios a las tesis de José Juan Moreso. En Moreso, J. J., Prieto Sanchís, L. y Ferrer Beltrán, J., *Los desacuerdos en el Derecho* (pp. 147-175). Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Finnis, J. (2000). *Ley Natural y Derechos Naturales* (Trad. C. Orrego). Abeledo-Perrot.
- Galli Basualdo, M. (2006). *Responsabilidad del Estado por su actividad judicial*. Hammurabi.
- Garay, S. A. (2023). ¿Qué es el "sacrificio especial" para la Corte Suprema de Justicia de la Nación? *Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés*, (16), 19-36.
- García Amado J. A. (Dir.). (2023). *El error judicial. Problemas y regulaciones*. Tirant lo Blanch.
- García Amado, J. A. (2023). Error judicial. Problemas conceptuales. En García Amado, J. A. (Dir.), *El error judicial. Problemas y regulaciones* (pp. 17-29). Tirant lo Blanch.
- Hart, H. L. A. (1998). *El concepto de derecho* (Trad. G. Carrió). Abeledo Perrot.
- Hernández Marín, R. (2005). *Las obligaciones básicas de los jueces*. Marcial Pons.
- Lalanne, J. (2013). *La ineludible estructura lógica (silogismo) del razonamiento forense*. IX Jornadas de Derecho Natural-Universidad Católica Argentina, 1-5. https://www.academia.edu/108747230/La_ineludible_estructura_l%C3%B3gica_silogismo_del razonamiento_forense
- Malem Seña, J. (2009). El error judicial. En Malem Seña, J., Ezquiaga Ganuzas, F. J. y Andrés Ibáñez, P., *El error judicial. La formación de los jueces* (pp. 11-93). Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Malem Seña, J., Ezquiaga Ganuzas, F. J. y Andrés Ibáñez, P. (2009). *El error judicial. La formación de los jueces*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Marienhoff, M. (1978). *Tratado de derecho administrativo* (Tomo III-B). Abeledo-Perrot.
- Mendonca, D. (1998). Errores judiciales. *Cuadernos de derecho público*, 4, 199-206.
- Moore, M. (2002). Legal Reality: A Naturalist Approach to Legal Ontology. *Law and Philosophy*, 21,
- Moore, M. (1981). The Semantics of Judging. *Southern California Law Review*, 54, 151-295.
- Moreso, J. J. (2010). La doctrina Julia Roberts y los desacuerdos irrecusables. En Moreso, J. J., Prieto Sanchís, L. y Ferrer Beltrán, J., *Los desacuerdos en el Derecho* (pp. 49-86). Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

- Mosset Iturraspe, J. (1999). *El error judicial*. Rubinzal-Culzoni.
- Oribe J. J. y Valerga Aráoz, J. A. (2023). Delitos contra la administración pública. En Ramírez, N. D. (Dir.), *Curso de Derecho Penal. Parte especial* (pp. 409-468). BdeF.
- Palacio, L. E. (2022). *Manual de Derecho Procesal Civil* (22ª ed. actualizada por C. E. Camps). Abeledo Perrot.
- Perrino, P. E. (2015). *La responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26944 comentada*. La Ley.
- Santiago, A. (2006). Régimen constitucional de la responsabilidad política de los magistrados judiciales. En Santiago, A. (Dir.), *La responsabilidad judicial y sus dimensiones* (Tomo 1, pp. 33-63). Ábaco.
- Santiago, A. y Finn, S. (2016). Un principio que reconoce algunas excepciones. En Santiago, A. (Dir.), *La responsabilidad de los jueces por el contenido de sus decisiones jurisdiccionales. Marco teórico y análisis de algunos casos paradigmáticos* (pp. 43-60). La Ley.
- Soler, S. (1994). *Derecho Penal Argentino. Parte especial* (4ª ed. actualizada por M. A. Bayala Basmobrio). TEA.
- Sunstein, C. (1993). On Analogical Reasoning. *Harvard Law Review*, 106, 741-791.
- Uslenghi, A. M. (2014). La responsabilidad del Estado por su actividad judicial. En Aberastury, P. (Dir.), *Responsabilidad extracontractual del Estado. Ley 26944* (pp. 213-249). Abeledo-Perrot.
- Vigo, R. (2017). Razonamiento judicial justificatorio. En *La interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional* (pp. 85-122). Tirant lo Blanch.
- Webber, G., Yowell, P., Ekins, R., Köpcke, M., Miller, B. W. y Urbina, F. J. (2018). *Legislated Rights – Securing Human Rights Through Legislation*. Cambridge University Press.
- Weinreb, L. L. (2024). *Razonamiento jurídico: el uso de la analogía en la argumentación jurídica* (Trad. J. M. Miller). Ad Hoc.
- Wróblewski, J. (1988). *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica* (Trad. A. Azurza). Cívitas.

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.

LAS DECISIONES JUDICIALES COMO FUENTE JURÍDICA PRINCIPAL PARA LA CREACIÓN DE NUEVOS DERECHOS POR PARTE DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Gabriela García Escobar

Universidad Panamericana

gabgarcia@up.edu.mx

<https://orcid.org/0000-0002-7030-9543>

<https://doi.org/10.26422/RJA.2025.0602.gar>

Recibido: 08/04/2025

Aceptado: 17/07/2025

Resumen

Este artículo analiza el uso de decisiones judiciales (nacionales e internacionales) como fuente jurídica principal por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) para la creación de nuevos derechos, específicamente en relación con el matrimonio entre personas del mismo sexo. Conforme a la teoría clásica de las fuentes del derecho internacional público, las decisiones judiciales son medios auxiliares para la determinación de la interpretación de tratados o para la configuración de la costumbre internacional. Sin embargo, hay una tendencia hacia el uso de decisiones judiciales como fuentes autónomas. Este enfoque es criticado porque alienta un uso selectivo y parcial de estas y coloca en segundo plano —o incluso contradice— lo adoptado por medio de las fuentes jurídicas clásicas (tratados y costumbre), como ha sucedido en la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Procediendo de esta forma, la Corte IDH determinó que existe la obligación de legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo. Su argumentación se basó en el uso selectivo de sentencias de cortes nacionales e internacionales que no evidencian un claro patrón para configurar costumbre internacional y que, en algunos casos, contradicen lo que la propia Corte IDH desea sustentar invocando estos instrumentos como fundamento jurídico de sus conclusiones.

Palabras clave: fuentes del derecho internacional, decisiones judiciales, jurisprudencia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, costumbre internacional.

Judicial Decisions as the Main Legal Source for the Creation of New Rights by the Inter-American Court of Human Rights

Abstract

This article analyzes the use of judicial decisions (national and international) as a principal legal source by the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) for the creation of new rights, specifically in relation to same-sex marriage. According to the classical theory of the sources of Public International Law, judicial decisions are auxiliary means for the determination of the interpretation of treaties or for the configuration of international custom. However, there is a tendency towards the use of judicial decisions as autonomous sources. This approach is criticized because it encourages a selective and partial use of them, and places in the background or even contradicts what has been adopted through classical legal sources (treaties and custom), as has happened in Advisory Opinion 24/17 of the IACHR Court. Proceeding in this way, the IACHR Court determined that there is an obligation to legalize same-sex marriage. Its argumentation was based on the selective use of rulings of national and international courts that do not evidence a clear pattern to configure international custom, and that in some cases, contradict what the IACHR Court itself wishes to support by invoking these instruments as the legal basis for its conclusions.

Key words: sources of international law, judicial decisions, jurisprudence, Inter-American Court of Human Rights, international custom.

1. Introducción

A pesar de que la característica más sobresaliente de las normas internacionales de derechos humanos es su universalidad, la determinación del contenido y alcances de estos es un tema disputado, incluso entre los diversos mecanismos de protección de derechos humanos que se han desarrollado en el derecho internacional. A este fenómeno se lo conoce como la fragmentación del derecho internacional (Pauwelyn, 2006, pp. 1-12; Webb, 2013, pp. 1-10), en este caso, dentro del régimen del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) (Abrusci, 2022, pp. 11-94; Ajevski, 2014, pp. 87-98).

Un ejemplo sobresaliente es el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo, donde, por un lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) postuló en su Opinión Consultiva 24/17 (OC-24/17) que existe una obligación internacional de legalizar esta figura,¹ mientras que, por su par-

1 Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo* (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17

te, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en diversos casos ha determinado que no existe una obligación en tal sentido.²

Esta divergencia de criterios podría tener su origen en una regulación distinta, respecto de la protección de la familia y el matrimonio, en la Convención Americana de los Derechos Humanos (CADH) y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), pero este no es el caso. Aunque el artículo 17 de la CADH establece el deber del Estado de proteger a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, mientras que los artículos 5 y 12 del CEDH no contemplan esta obligación, ambos tratados reconocen “el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas”³ y que el Estado debe adoptar las medidas necesarias para la protección de los hijos.⁴

Desde otra perspectiva, se podría pensar que la diferencia de pronunciamientos no se trata de una cuestión de contradicciones, sino que se funda en los diferentes métodos interpretativos que han utilizado los diversos mecanismos. Este argumento es parcialmente cierto, pero omite analizar la raíz de esta discrepancia de interpretaciones, cuyo fundamento se encuentra en el uso de las fuentes por parte de cada mecanismo, ya que las fuentes jurídicas son de donde emanan las argumentaciones e interpretaciones adoptadas.

La argumentación, en el sentido que sea, requiere de una base jurídica para encontrar un fundamento que no sea *ex nihilo* y que le permita desarrollar un argumento persuasivo que no sea considerado como arbitrario o como el mero reflejo del capricho o las preferencias personales del juez (Zambrano, 2024, pp. 88-105). En el caso de cortes internacionales, como lo son la Corte IDH y el TEDH, se refiere al uso de las fuentes que establece el derecho internacional público (DIP). Estas fuentes, bajo la doctrina clásica consagrada en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) (Fitzmaurice, 2018, pp. 179-200; Thirlway, 2019, pp. 8-12), se refieren a los tratados internacionales, la costumbre internacional y los principios generales de derechos y, además, las decisiones judiciales y la doctrina como medios auxiliares.

de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.

2 TEDH, *Fedotova y otros vs. Rusia*, núm. 40792/10, 17/01/2023; y *Schalk y Kopf vs. Austria*, núm. 30141/04, 22/11/2010.

3 Artículo 17 de la CADH. El artículo 12 del CEDH establece: “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”.

4 Artículo 5 del CEDH y artículo 17.4 de la CADH.

Respecto al uso de fuentes por parte de la Corte IDH, este tribunal se ha caracterizado por recurrir, primeramente, a la CADH, pero también por hacer un escaso uso de normas consuetudinarias (en algunos casos, negando explícitamente la necesidad de basar sus razonamientos en esta fuente formal del DIP)⁵ y por un variado uso de decisiones judiciales (tanto de cortes nacionales como internacionales) (Neuman, 2008, pp. 175-218). Además, la Corte IDH suele emplear diversos instrumentos de *soft law* (e.g., opiniones del Comité de Derechos Humanos o reportes de relatores especiales del Consejo de Derechos Humanos) (Carozza, 2015, pp. 155-163; Malarino, 2012; Neuman, 2008, pp. 175-218) e incluso reportes de organizaciones no gubernamentales (ONG), cuyo valor normativo en el DIP es disputado (Abbott y Snidal, 2000, pp. 421-456).

Considerando esta situación, este artículo analizará el uso de decisiones judiciales como fuente formal para la creación de nuevos derechos por parte de la Corte IDH, en concreto, en relación con el matrimonio entre personas del mismo sexo conforme a lo estipulado en la OC-24/17. Al respecto, se contrastará el uso que hace la Corte IDH de decisiones judiciales como fuentes autónomas o principales, con su valor normativo auxiliar, como postula la doctrina clásica de las fuentes del DIP.

A partir de este análisis, se revelará que la Corte IDH hace un uso parcial y selectivo de decisiones judiciales de cortes nacionales e internacionales que, en muchos casos, contradicen lo que la propia Corte IDH pretende sustentar. Además, se constatará que, a falta de consenso internacional, hace un uso generoso de diversos instrumentos de *soft law* como fuente autónoma o principal, mientras que las fuentes clásicas (tratados y costumbre) asumen un papel secundario (o hasta inexistente). En algunos aspectos, la Corte IDH llega al punto de privilegiar el uso de decisiones judiciales de un escaso número de cortes nacionales e instrumentos de *soft law* por encima y en contradicción con la costumbre regional e internacional. El artículo concluye con algunas interrogantes respecto del uso y manejo de las fuentes jurídicas por parte de la Corte IDH que repercute directamente en la legitimidad de sus sentencias y su carácter persuasivo.

5 En más de una ocasión, la Corte IDH ha afirmado que “la falta de un consenso al interior de algunos países” respecto de la interpretación de un determinado derecho humano o la creación de uno nuevo “no puede ser considerado como un argumento válido” que le impida a la Corte adoptar una posición que no tiene sustento en la costumbre internacional. Ver Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, párr. 83; *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 92.

2. Las teorías sobre las fuentes del DIP

Las fuentes del derecho se encuentran en el corazón de cada sistema jurídico (Shaw, 2021, pp. 51-95) y tienen como objetivo fundamentar la autoridad y legitimidad de los intérpretes del derecho, que, en el caso que nos concierne, se refiere a la autoridad y legitimidad de la Corte IDH. Cuando el razonamiento de un tribunal no se basa en una fuente jurídica, da la impresión de que el derecho o la obligación alegada simplemente no existe y que la decisión es arbitraria (Thirlway, 2019, p. 7). Por ello, las fuentes del derecho tienen más que ver con el origen de la norma que con su deseabilidad (p. 26).

Tradicionalmente, las fuentes del DIP se encuentran establecidas en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ (Thirlway, 2019, pp. 9-10). Éstas consisten en las fuentes formales, que son la costumbre internacional, tratados internacionales y principios generales de derecho. Como fuentes auxiliares, se enlistan las decisiones judiciales y la doctrina.

Existe un debate en la literatura sobre si la lista de fuentes antes mencionada es exhaustiva o enunciativa, por lo que se han desarrollado diferentes teorías (Besson, 2010; Bianchi, 2013). Por un lado, se pueden identificar las posturas tradicionales o formalistas, que siguen la doctrina clásica (D'Aspremont, 2011a, pp. 12-82). Por otro lado, están las perspectivas que pugnan por un esquema más flexible o *desformalizado* del DIP (D'Aspremont, 2011b), considerando como fuentes formales o autónomas del derecho a diversos instrumentos de *soft law* (D'Aspremont, 2011a, cap. 1; García Salmones Revira, 2018). Esta última postura se encuentra particularmente arraigada en el sector de los derechos humanos (McGrogan, 2014, pp. 347-350), donde este proceso de *desformalización* tiene su auge (Pellet, 2001).

A efectos de este artículo, se asumirá una perspectiva clásica o formalista sobre la teoría de las fuentes, debido a que las perspectivas no formalistas o anti-formalistas, aunque han acertado en algunas de sus críticas (Gaeta et al., 2020, p. 201), no han logrado plantear una teoría clara y coherente con los principios que rigen el funcionamiento del DIP. A pesar de ello, no deja de ser pertinente realizar algunas acotaciones respecto al papel que juega el denominado *soft law* como posible fuente jurídica de reciente creación.

Aunque no existe acuerdo unánime sobre la definición en sí de *soft law* (D'Aspremont y AAlberts, 2012), a grandes rasgos se trata de un concepto paraguas para aglutinar todos los documentos emitidos por canales internacionales (resoluciones, recomendaciones, observaciones generales, informes, etc.) que son de carácter no vinculante (Gaeta et al., 2020, p. 201).

Algunos autores señalan que el *soft law* implica un acuerdo político que, aunque no es vinculante, tiene la pretensión de convertirse en *hard law* y, por ello, adquiriría valor normativo como fuente del derecho (Chinkin, 2010, p. 120; Shelton, 2008). Sin embargo, esta afirmación no es exacta. Primero, porque no hay un acuerdo sobre qué instrumentos conforman o no la categoría de *soft law* (por ejemplo, no está claro si un reporte emitido por una organización no gubernamental entraría en esta categoría) (Thirlway, 2019, p. 187). En segundo lugar, no todo instrumento de *soft law* es concebido con la intención de que se convierta en *hard law* (D'Aspremont, 2008, p. 1081).

Además, no todos los instrumentos de *soft law* tienen el mismo valor normativo, sino que puede variar según las circunstancias de su adopción y el lenguaje utilizado (Abbott y Snidal, 2000, pp. 421-456), ya que no es lo mismo una resolución de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (ONU) adoptada por consenso que el reporte que emiten los miembros de una organización de la sociedad civil.

Algunos autores han estudiado este fenómeno desde la perspectiva del desarrollo jurisprudencial de los derechos humanos y han elaborado propuestas doctrinales para su ordenación (De Casas, 2025; Ratti Medaña, 2021). Sin embargo, no se ha consolidado una teoría aceptada por la comunidad internacional que explique el alcance normativo de una categoría que conglomerar un conjunto de instrumentos muy heterogéneos que pueden usarse de manera parcial y selectiva (Abrusci, 2022; Bernal Pulido, 2021, pp. 1215-1216) o incluso en contravención de normas consuetudinarias o convencionales sin la posibilidad de proveer un argumento ante estos planteamientos.

3. Naturaleza jurídica de las decisiones judiciales en el DIP

Partiendo de la teoría clásica o formalista, las decisiones judiciales son enunciadas en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ como un “medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho” y sujetas a lo dispuesto en el artículo 59 del mismo Estatuto, que establece: “[L]a decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido”.

Aunque el artículo 38 no lo establece, por “decisión judicial” se han entendido las decisiones tanto de tribunales nacionales como internacionales (Thirlway, 2019, pp. 134-143). La parte relevante de estas decisiones es el razonamiento en el que se basa la decisión de la corte en cuestión (*ratio decidendi*) (Jennings, 1996, pp. 1-12; Thirlway, 2019, p. 135), por lo que el contexto o

cualquier otro planteamiento que se desarrolle en el texto puede constituir un argumento con mayor o menor fuerza persuasiva, pero no es considerado como fuente a efectos del artículo 38 (Bing Bing, 2001, pp. 77-85).

En lo que respecta a las decisiones de tribunales internacionales, se debe explicar el funcionamiento y naturaleza del DIP. Este sistema es distinto de los ordenamientos jurídicos nacionales, ya que no existe un órgano legislativo ni un sistema judicial propiamente dicho.

Aunque la CIJ tiene un papel esencial por ser el principal órgano judicial del sistema de la ONU⁶ y el único con jurisdicción general, no existe una jerarquía entre tribunales internacionales (Alter, 2014, pp. 3-31; Shany, 2004, pp. 29-74). Asimismo, no hay una doctrina del precedente judicial como tal, ya que generalmente los fallos de cortes internacionales no son obligatorios ni para la corte que lo emitió ni para otras (Gardner, 1935, pp. 251-259; Guillaume, 2011, pp. 5-23).

Al respecto, el artículo 68 de la CADH (similar al artículo 59 del Estatuto de la CIJ) expresamente establece que las decisiones judiciales únicamente son vinculantes para las partes en el caso concreto.⁷ Esto implica, como señala Dinah Shelton (2008, pp. 64-77), que las decisiones judiciales serán consideradas como vinculantes (*hard law*) únicamente para las partes en el caso en concreto, mientras que para el resto de los Estados tendrían el valor de *soft law*.

Al respecto, habría que precisar que, a efectos de certeza jurídica, las cortes internacionales, en especial la CIJ, suelen dar continuidad a su línea jurisprudencial (Shahabuddeen, 2010, p. 128), salvo que exista una razón que justifique adoptar un razonamiento distinto. Sin embargo, en el caso de la Corte IDH, el uso de sus precedentes es confuso y parcial (Suárez Osma, 2015, pp. 15-27) debido a que no es coherente con las normas del *stare decisis*, por lo que la Corte IDH hace un uso indiscriminado de sus precedentes sin distinguir entre *ratio decidendi* y *obiter dicta* (Zavala Achurra, 2020).

Además, aunque no es un tema objeto de análisis en este artículo, cabe aclarar que la Corte IDH ha desarrollado jurisprudencialmente la doctrina del “control de convencionalidad”, la cual implica, según la Corte IDH, que

6 El artículo 92 de la Carta de la ONU establece: “La Corte Internacional de Justicia será el órgano judicial principal de las Naciones Unidas; funcionará de conformidad con el Estatuto anexo, que está basado en el de la Corte Permanente de Justicia Internacional, y que forma parte integrante de esta Carta”.

7 Art. 68 de la CADH: “Los Estado Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”.

sus interpretaciones emitidas (tanto en casos contenciosos como en opiniones consultivas) son vinculantes para todos los Estados parte de la CADH (Tello Mendoza, 2023, cap. 1). Sin embargo, la legitimidad y la legalidad del control de convencionalidad son cuestionables en el marco de las funciones otorgadas a la Corte IDH (Contesse, 2017; Malarino, 2012; Silva Abbott, 2018) y de su naturaleza jurídica como tribunal internacional, cuyo mandato está inscrito y opera conforme a la estructura y principios normativos del DIP (Silva Abbott y Castaldi, 2016).

3.1 Las decisiones judiciales como medio auxiliar para la determinación del derecho

Como especifica el artículo 38 del Estatuto de la CIJ, las decisiones judiciales son “medios auxiliares” para la determinación del derecho (*subsidiary means for the determination of rules of law*, en su versión en inglés, o *moyen auxiliaire de détermination des règles de droit*, en su versión francesa). El adjetivo “auxiliares” significa que no constituyen fuentes autónomas o independientes, porque un juez nunca afirma “esto es derecho, porque yo lo digo”, sino que declara como derecho lo que ya ha sido establecido a través de una de las fuentes principales (tratados, costumbre o principios generales) (Thirlway, 2019, p. 12). En este sentido, las decisiones judiciales pueden ser un medio auxiliar o subsidiario para la determinación de la interpretación de un tratado o de una norma consuetudinaria.

3.1.1 El papel de las decisiones judiciales en la interpretación de tratados internacionales

Respecto a los tratados, hay dos formas auxiliares de utilizar las decisiones judiciales de cortes nacionales. La primera es conforme a las reglas generales de interpretación de tratados, contenidas en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (CVDT), donde se establece que un tratado debe interpretarse “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.⁸ Junto con el contexto, conforme al artículo 31(3)(b), también se tomará en cuenta “toda práctica ulteriormente seguida en

8 El artículo 31.1 de la CVDT establece: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado”.⁹ En este sentido, las decisiones judiciales de cortes nacionales pueden constituir una práctica ulterior estatal que permite orientar la interpretación de un tratado.

La segunda forma es utilizar las decisiones judiciales como “medios de interpretación complementarios”, según el artículo 32 de la CVDT. A efectos de este artículo, las decisiones judiciales pueden ayudar a determinar el sentido de una palabra o parte del tratado una vez que se agotó el proceso establecido en el artículo 31¹⁰ y éste dio como resultado un sentido obscuro o ambiguo o un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Sin embargo, las operaciones bajo estas dos modalidades no son automáticas. La Comisión de Derecho Internacional (CDI) emitió en 2018 un reporte sobre sus conclusiones respecto de la práctica subsecuente de los Estados en relación con la interpretación de tratados, donde indicó que, para este propósito, solo contarían las decisiones judiciales nacionales que consisten en la aplicación del tratado en cuestión (Comisión de Derecho Internacional, 2018a, pp. 20-21). Además, la CDI puntualiza que por “práctica estatal” (conforme al artículo 31(3)(b) de la CVDT) se refiere a aquella que refleja un acuerdo común entre los Estados parte del tratado y no a la postura aislada de uno o varios Estados (Comisión de Derecho Internacional, 2018a, pp. 27-33; Sinclair, 1984, p. 148; Villiger, 2009, pp. 431-432).

Por el contrario, a efectos del artículo 32 de la CVDT, en relación con medios de naturaleza complementaria, se puede hacer uso de decisiones judiciales nacionales aisladas que evidencian la posición de uno o varios Estados, aunque no constituyan prueba de un acuerdo común (Comisión de Derecho Internacional, 2018a, p. 20 y 33-36; Sinclair, 1984, p. 138; Villiger, 2009, pp. 431-432). Sin embargo, bajo esta modalidad, el intérprete debe considerar las decisiones judiciales de Estados que puedan contradecir la postura presentada.

En cuanto a las decisiones judiciales de cortes internacionales, la CDI señala que éstas pueden ser “indirectamente” relevantes para identificar práctica estatal subsecuente (en términos del artículo 31(3)(b) de la CVDT), en tanto analicen

9 El artículo 31.3.b de la CVDT establece: “3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado”.

10 Como indica la redacción de los artículos 31 y 32 de la CVDT, y tal como ha señalado la Comisión de Derecho Internacional, el uso de los recursos enunciados en el artículo 31 es obligatorio, mientras que los materiales complementarios mencionados en el artículo 32 son de carácter discrecional o facultativo. Véase Comisión de Derecho Internacional (2018a, pp. 18-21).

o hagan referencia al acuerdo común de los Estados sobre la interpretación del tratado (Comisión de Derecho Internacional, 2018a, pp. 26-27; Nolte, 2013). Por lo tanto, estas decisiones judiciales no pueden constituir *per se* evidencia de un acuerdo o práctica estatal a efectos de la interpretación de un tratado.

3.1.2 El papel de las decisiones judiciales en la identificación de la costumbre internacional

Respecto a la costumbre, el reporte de 2018 de la CDI sobre sus conclusiones para identificar normas de derecho internacional consuetudinario establece que las decisiones judiciales pueden jugar un doble papel (Comisión de Derecho Internacional, 2018b, pp. 43-51, 75-82, 106-116). Por un lado, las decisiones judiciales de cortes nacionales pueden evidenciar práctica estatal y/o *opinio iuris* del Estado que las emite, los cuales son los dos elementos esenciales para la constitución de una norma consuetudinaria. Por otro lado, las decisiones judiciales (de cortes nacionales o internacionales) pueden servir como medios auxiliares o subsidiarios para la constatación de normas consuetudinarias cuando el intérprete lleva a cabo un análisis sobre la existencia y el contenido de dichas normas.

Respecto a la primera posibilidad, la CDI advierte que las decisiones de cortes nacionales deben evaluarse de manera rigurosa, teniendo en cuenta el contexto general de toda la práctica del Estado en el tema bajo estudio, con el fin de evitar inconsistencias internas (por ejemplo, entre el Poder Ejecutivo y el Judicial) (Comisión de Derecho Internacional, 2018b, pp. 134-135). Para la cristalización de una norma consuetudinaria, no basta con evidenciar las decisiones judiciales de un par de cortes nacionales, sino que debe basarse en un número considerable de decisiones judiciales nacionales que sean lo suficientemente generales y representativas de varios Estados (Comisión de Derecho Internacional, 2018b, pp. 140-143; Nollkaemper, 2003, pp. 283-284).

Además, no basta con que las decisiones judiciales sean una evidencia de práctica estatal, sino que se requiere también cumplir con el elemento psicológico: la *opinio iuris*. Para estos efectos, el reporte indica que las decisiones judiciales pueden considerarse una manifestación de *opinio iuris* cuando una corte nacional se pronuncie respecto de un tema de DIP y no sobre una cuestión de interpretación e implementación de normas únicamente locales (Comisión de Derecho Internacional, 2018b, pp. 140-143; Nollkaemper, 2003, pp. 283-284).

En cuanto a la segunda posibilidad, las decisiones judiciales de cortes nacio-

nales e internacionales pueden servir como medio auxiliar para la constatación de una norma consuetudinaria. Sin embargo, la CDI advierte que se debe tratar de decisiones donde el intérprete haya considerado, identificado y aplicado una norma consuetudinaria, por lo que ha realizado un análisis de fondo de los dos elementos constitutivos de la costumbre (Comisión de Derecho Internacional, 2018b, p. 149).

Asimismo, la CDI es cautelosa al señalar que, tratándose de decisiones de cortes nacionales, su valor normativo como fuente dependerá de la calidad del razonamiento jurídico, es decir, del rigor analítico empleado por el intérprete, ya que su conclusión debe estar sustentada en un análisis detallado de la práctica estatal y *opinio iuris* de varios Estados (Comisión de Derecho Internacional, 2018b, p. 149). De la misma manera, se deben considerar las circunstancias particulares del caso, la naturaleza del tribunal que la emitió y los votos de los jueces (Comisión de Derecho Internacional, 2018b, p. 149), así como recordar que las cortes nacionales operan conforme a las normas de su propio sistema jurídico nacional, por lo que su razonamiento puede reflejar únicamente su perspectiva nacional, sin considerar la posición de otros Estados, ya que se trata de jueces que, en la gran mayoría de los casos, no son expertos en DIP (Comisión de Derecho Internacional, 2018b, pp. 149-150; Higgins, 1995, p. 218).

3.1.3 ¿Las decisiones judiciales como fuente autónoma del DIP?

Aparte de lo explicado, existe una tercera forma de utilizar las decisiones judiciales como fuentes del DIP que no está contemplada en la teoría clásica o formalista, la cual implica su uso como fuentes principales o autónomas (Nollkaemper, 2003, pp. 277-297; Von Bogdandy y Venzke, 2011, pp. 979-1003). Aunque el juez no posee una facultad legislativa, el ejercicio de interpretación conlleva un grado de creatividad y adaptación de la norma a las circunstancias concretas del caso (Jennings, 1996).

Teniendo en cuenta estos aspectos, algunos autores han analizado el proceso de creación de normas a través de la función judicial de cortes internacionales (McWhinney, 2006; Ulfstein, 2013; Venzke, 2012) que se ha denominado *international judicial lawmaking* (Von Bogdandy y Venzke, 2011), incluyendo el caso de la Corte IDH (Benavides-Casals, 2015; Fuenzalida Bascuñán, 2015). Este planteamiento deriva de una perspectiva antiformalista o desformalizada de la teoría de las fuentes y del ordenamiento jurídico internacional en general que promueve un progresivo activismo judicial (Silva Abbott, 2024a, pp. 9-19).

Asimismo, esta tendencia presupone comprender el sistema internacional bajo el paradigma de una meta teoría del DIP denominada “constitucionalismo global” (Bianchi, 2013, pp. 44-71) o “constitucionalismo transformador” (Von Bogdandy, 2019), el cual se configura por la primacía de ciertos valores o principios que adquieren contenido según las circunstancias y perspectivas filosóficas del intérprete, es decir, de los jueces que conforman el tribunal internacional. Los proponentes de esta teoría confían en “algo así como un dogma de infalibilidad del tribunal internacional” (Sodero, 2012, p. 470).

Por lo tanto, bajo esta perspectiva, el consentimiento estatal deja de ser la principal fuente de obligación internacional e incluso se muestra una cierta hostilidad ante este fundamento del orden internacional, que se percibe como anacrónico y anticuado (González Domínguez, 2017, pp. 78-81). Por ello, los proponentes de esta postura asumen que, como los Estados manifestaron su consentimiento para vincularse a un tratado y a la jurisdicción de una corte internacional, entonces implícitamente han aceptado como criterios vinculantes todos los pronunciamientos de estas cortes (Fuenzalida Bascuñán, 2015, pp. 176-178; Nash Rojas, 2013, pp. 494-495).

Adicionalmente, en el sector de los derechos humanos se arguye que los tratados en materia de derechos humanos gozan de una especial naturaleza, ya que fueron concebidos como convenciones para el beneficio de individuos y no para la protección de intereses bilaterales entre Estados (López Hurtado, 2001, pp. 277-279; McGrogan, 2014, pp. 347-350). Según esta visión, al tratarse de normas que buscan la protección de la dignidad humana, el uso de fuentes de DIP debe ser más flexible, en tanto no se busca un rigor jurídico (González Domínguez, 2017, p. 67), sino el instrumento que mejor proteja al individuo en cuestión (principio *pro persona*),¹¹ por lo que quedaría justificado que la voluntad del Estado en la configuración de normas pasase a segundo plano.

Aunque las razones que originan y promueven esta tendencia son relevantes, se debe proceder con cautela, ya que estas buenas intenciones deben corresponder a un sólido esquema jurídico que permita una adecuada aplicación y evite abusos o la adopción de conclusiones arbitrarias. Al respecto, el uso de decisiones judiciales como fuentes autónomas, sin la necesidad de que reflejen o amplíen el contenido de normas consuetudinarias o acuerdos subsecuentes para la interpretación de un tratado, suscita dudas y complicaciones en su aplicación.

11 Un análisis de este argumento puede verse en Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220. Voto concurrente del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 59.

Primeramente, esta postura pareciera asumir que existe un consenso respecto de los alcances y límites de las normas de derechos humanos. Sin embargo, como se mencionó en la introducción, este planteamiento no refleja el desarrollo actual de la materia. Ante un escenario donde existe una proliferación de cortes internacionales y mecanismos cuasi jurisdiccionales que emiten criterios —en muchos casos, contradictorios entre sí—, ¿cuáles serían los parámetros para determinar cuál sentencia debe prevalecer sobre otra?, ¿bajo qué criterio debería la Corte IDH, según el caso de estudio, determinar que se le concede mayor valor normativo a una sentencia del TEDH en lugar de la perspectiva de sus propios jueces o la opinión de, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos?

Ahora, respecto de decisiones judiciales nacionales, ante una teoría donde la costumbre o incluso el tratado se pueden convertir en fuentes secundarias, ¿podría la Corte IDH citar únicamente las decisiones nacionales que convienen o confirman su argumentación e ignorar las sentencias nacionales que contradigan su posición?, ¿podría utilizar las sentencias de una parte minoritaria de los Estados y presentarlas como las únicas decisiones judiciales relevantes a efectos de crear nuevos derechos?

Ante una teoría que ignore estos planteamientos, el uso de decisiones judiciales como fuentes autónomas alentaría un uso selectivo y parcial de estas según apoyen o no el argumento que los jueces pretenden presentar (García Escobar, 2024a; Nollkaemper, 2003, pp. 295-296). En tal caso, incluso lo establecido en el tratado y el principio *pacta sunt servanda*, se volverían letra muerta, pues la creación de normas internacionales sería una facultad totalmente delegada a las cortes internacionales, sin que sea relevante la opinión de los Estados ni lo pactado en el tratado (Silva Abbott, 2024b, pp. 107-140).

Por otro lado, esta tendencia omite pronunciarse sobre cuáles partes de la sentencia pueden ser utilizadas como precedentes y cuáles no; al no existir propiamente una doctrina internacional del precedente judicial, ¿podría la Corte IDH hacer uso de los *obiter dicta* de una sentencia para justificar su argumentación o únicamente puede utilizar la *ratio decidendi*?, ¿podría usar como fuente autónoma una sentencia nacional o internacional (tanto la *ratio decidendi* como el *obiter dicta*) cuyos hechos no sean análogos al caso bajo estudio?, ¿podría utilizar selectivamente las partes de sentencias nacionales e internacionales que confirmen su argumentación mientras ignore las otras partes de las mismas sentencias que contraigan o maten su argumento? Este proceder podría provocar un uso descontextualizado y arbitrario de sentencias (o partes de estas) que sirvan como una suerte de *collage* para confirmar las pretensiones ideológicas de

un grupo de jueces nacionales o internacionales en turno sin que su argumento tenga mayor sustento jurídico que sus opiniones personales (Nollkaemper, 2003, p. 286).

Ahondando en este argumento, un problema más complejo que dicha perspectiva promueve es la proliferación de normas de DIP que se desarrollan de manera paralela a la práctica estatal y a lo pactado en tratados internacionales. Esto implica el desarrollo de normas internacionales que pierden legitimidad cara a los Estados al no estar respaldadas por un consenso de la comunidad internacional, y a un nivel más profundo, ponen en entredicho su legitimidad cara a los ciudadanos y los procesos democráticos.

La estructura interestatal del DIP, que sigue permeando a este sistema y constituye su base jurídica (López Hurtado, 2001, pp. 277-284), puede provocar excesos por parte del Estado. Sin embargo, también constituye el mejor mecanismo (hasta ahora formulado) que sirve como portavoz de la voluntad de cada sociedad a nivel internacional (Henríquez, 2017, pp. 11-17). La razón social por la cual la perspectiva de los Estados es indispensable para la constitución de normas internacionales es que el Estado es el mecanismo a través del cual se expresa la voluntad democrática de cada pueblo, por lo que el consenso internacional aspira a ser algo más que el reflejo de los intereses de las élites gobernantes en turno de cada Estado (García Escobar, 2024b, pp. 191-238).

Esta aspiración resulta ser aún más relevante tratándose de la configuración de normas en materia de derechos humanos, precisamente por el objeto y fin que persiguen de proteger la dignidad de la persona humana. ¿Cómo puede protegerse la dignidad humana si las normas encargadas de ello no concuerdan con las aspiraciones y preocupaciones de las personas que conforman las sociedades de cada Estado? Si nos apartamos de este planteamiento, nos encontraríamos ante la paradójica situación de que el desarrollo de las normas de derechos humanos se realizaría a través de un sistema que ignora el importante rol de la participación popular en aras de la protección de la dignidad de esas personas cuyas opiniones son ignoradas o incluso contravenidas (Bukovská, 2008).

Por lo tanto, para ilustrar estas interrogantes y consecuencias en el caso de la Corte IDH, a continuación se analizará el proceso que siguió este tribunal para la creación de nuevos derechos en su OC-24/17, en específico, la obligación de legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo.

4. El uso de decisiones judiciales por parte de la Corte IDH como fuente principal para la determinación de derechos humanos: el matrimonio entre personas del mismo sexo

La OC-24/17 se trata de una solicitud presentada por el Estado de Costa Rica en 2016 a la Corte IDH sobre cuestiones de identidad de género y la situación de las parejas del mismo sexo. Una de las preguntas que la Corte IDH abordó fue sobre si los vínculos afectivos entre personas del mismo sexo podían caracterizarse como “familia” y si ello obligaría a los Estados a reconocer el matrimonio en estos términos como parte de sus obligaciones internacionales conforme a la CADH. Para el análisis de esta cuestión, la Corte IDH se enfocó en la determinación de tres temas: (A) la definición de “familia” según la CADH; (B) la interpretación evolutiva del concepto de “familia”; y (C) la legitimidad de la protección de la “familia tradicional” por parte de los Estados según sus obligaciones establecidas en la CADH.

Por medio de este análisis, la Corte IDH concluye que no existe una definición de “familia” en la CADH ni en el DIDH, por lo que este concepto se debe interpretar de manera evolutiva, lo cual resulta en la conclusión de que la procreación no puede ser un elemento definitorio de esta institución y, por lo tanto, los Estados tienen la obligación internacional de legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo. A continuación, se analizará el uso de decisiones judiciales y otros documentos como fuentes autónomas de derecho que sirvieron como sustento para esta conclusión de la Corte IDH.

4.1 Definición de “familia” en la CADH

Para abordar la primera cuestión, la Corte IDH comenzó por recurrir a una fuente formal: la CADH. Hay dos artículos de la CADH que hacen referencia a la institución familiar. Uno es el artículo 11.2, que establece: “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”. El otro es el artículo 17, que versa específicamente sobre la protección de la familia como “el elemento natural y fundamental de la sociedad” y reconoce “el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia”. A la luz de estos artículos, la Corte IDH comenzó su análisis para determinar el contenido y alcance de estos términos, siguiendo las reglas de interpretación de la CVDT, en sus artículos 31 y 32.

Sin embargo, parece que esta referencia a las reglas de interpretación es me-

ramente enunciativa, ya que, como indica el voto individual del juez Eduardo Vio Grossi,¹² la Corte IDH no hizo mención al sentido corriente del término, al preámbulo, anexos, instrumentos adoptados con posterioridad o a la práctica estatal posterior u otras reglas de derecho internacional, como requiere la CVDT.

En lugar de seguir estos pasos, la Corte IDH señala que el artículo 17 de la CADH no contiene una “definición taxativa” sobre qué significa el concepto “familia”¹³ y reitera que la propia Corte, a través de su jurisprudencia,¹⁴ de las opiniones de organismos que monitorean tratados de derechos humanos¹⁵ y de la jurisprudencia del TEDH,¹⁶ ha determinado que la CADH no establece “un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo en particular de la misma”.¹⁷ Tal afirmación de la Corte IDH merece prestar detallada atención a cada una de las decisiones judiciales citadas como fuente y fundamento jurídico de su actuar.

Sobre los pronunciamientos de organismos monitores de tratados (TMB, por sus siglas en inglés: *treaty monitoring bodies*), estas entidades consisten en mecanismos cuasi jurisdiccionales, cuyo mandato es monitorear el cumplimiento de las obligaciones contenidas en los tratados que les dieron origen a través de la revisión de informes rendidos por Estados y la formulación de recomendaciones llamadas “observaciones finales”.

Estos organismos son conformados por personas que no necesariamente son juristas y que deliberan sin necesidad de apearse a una estructura jurídica, por lo que sus interpretaciones han sido criticadas por ser inconsistentes y por hacer un escaso uso de los principios y normas del DIP (Mechlem, 2009, pp. 905-947; O’Flaherty, 2007, pp. 27-44; Pedone y Kloster, 2012, pp. 29-84).

12 Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. Voto individual del juez Eduardo Vio Grossi, párr. 84.

13 Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, párr. 174.

14 Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas v. Chile*, párrs. 142 y 172; *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrs. 69-70.

15 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General No. 21: La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares* (1994), párr. 13; Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 7: Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, CRC/C/GC/7/Rev.1 (2006), párrs. 15 y 19; Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 19: La familia (Artículo 23)*, HRC/GEN/1/Rev.9 (1990), párr. 2; Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 16: Derecho a la intimidad (Artículo 17)*, HRC/GEN/1/Rev.9 (1988), párr. 5

16 TEDH, *Elsholz vs. Alemania*, núm. 25735/94, 13/07/2000, párr. 43; *Keegan vs. Irlanda*, núm. 16969/90, 26/05/1994, párr. 44; *Kroon y otros vs. Holanda*, núm. 18535/91, 27/10/1994, párr. 30.

17 Corte IDH, *Identidad de Género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, párr. 174.

Además, por la naturaleza de sus funciones, sus decisiones constituyen criterios no vinculantes, pero serán analizados en este artículo porque, a pesar de no encuadrar en la definición de “decisión judicial”, la Corte IDH las utiliza como si lo fueran.

Existen 9 TMB, de los cuales la Corte IDH cita los comentarios o recomendaciones generales de tres de ellos: el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), el Comité de los Derechos del Niño (CRC, por sus siglas en inglés) y el Comité de Derechos Humanos para argüir que no existe una definición de “familia” en el DIDH y que, por lo tanto, se debe proceder a su interpretación evolutiva.

Sin embargo, esta interpretación de la Corte IDH constituye un uso selectivo de las palabras de estos TMB sobre el tema sin que aborde el argumento de manera integral. La postura completa de estos mecanismos es que los tratados internacionales no establecen expresamente una definición de familia, pero ello no indica que aquel concepto esté vacío de contenido, sino que se le confiere a cada Estado la facultad de decidir qué entenderá por “familia”, conforme a lo que el “ordenamiento jurídico, la religión, las costumbres o la tradición” de cada Estado determine.¹⁸

Al respecto, el Comité de Derechos Humanos señaló que el término “familia” se debe interpretar

como un criterio amplio que incluya a todas las personas que componen la familia, tal como se entienda ésta en la sociedad del Estado Parte de que se trate (...) A ese respecto, el Comité invita a los Estados a indicar en sus informes la acepción que se da en sus respectivas sociedades a los términos “familia” y “domicilio”. (Comité de Derechos Humanos, 1988, párr. 5)

En otro comentario general, precisó que

el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto. Sin embargo, el Comité destaca que, cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, éste debe ser objeto de la protección prevista en el artículo 23. Por consiguiente, en sus informes, los Estados Partes deberían exponer la interpretación o la definición que se da del concepto de familia y de su alcance en sus sociedades y en sus ordenamientos jurídicos. Cuando existieran diversos

18 CEDAW, *Recomendación General No. 21*, párr. 13.

conceptos de familia dentro de un Estado, “nuclear” y “extendida”, debería precisarse la existencia de esos diversos conceptos de familia, con indicación del grado de protección de una y otra. (Comité de Derechos Humanos, 1988, párr. 2)

Asimismo, el CRC declaró que la familia

se refiere a una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños y que incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos y el interés superior del niño. (Comité de los Derechos del Niño, 2006, párr. 15)

Por lo tanto, ninguno de estos pronunciamientos establece que el concepto “familia” pueda definirse conforme a lo que las cortes internacionales decidan. Por el contrario, ellos apuntan a que, ante la ausencia de definición, le corresponde a cada sociedad determinar (conforme a sus mecanismos constitucionales) qué entenderá por “familia”.

Sobre las decisiones judiciales de cortes internacionales, la Corte IDH también cita casos del TEDH y su propia jurisprudencia. Respecto de los primeros, hace referencia a *Elsholz vs. Alemania*, *Keegan vs. Irlanda*, *Kroon y otros vs. Holanda*, *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*¹⁹ y *X, Y, Z vs. Reino Unido*. Sin embargo, estos casos no evidencian práctica estatal a efectos de utilizarse como medios auxiliares para la determinación de la costumbre o la interpretación de la CADH. Además, el uso indiscriminado de partes de las sentencias no distingue entre *ratio decidendi* y *obiter dicta*, sino que la Corte IDH usa frases descontextualizadas para sustentar ideas que el TEDH no ha adoptado.

Al respecto, la Corte IDH omite mencionar que, en esos casos, el TEDH categoriza los hechos como una posible violación al artículo 8.1 del CEDH, el cual se refiere al derecho al respeto de la “vida privada y familiar” de toda persona. Estos casos no los analizó bajo el artículo 12, que establece el derecho al matrimonio y a formar una familia.

Por otra parte, la Corte IDH omite considerar que esos casos (salvo el de *X, Y, Z vs. Reino Unido*) versan sobre hechos y cuestionamientos muy distintos a las interrogantes planteadas en la OC-24/17, por lo que no queda claro que se puedan utilizar por analogía como precedentes. Los casos del TEDH citados versan sobre la custodia y el derecho de visita de un padre biológico a su hijo

19 La Corte IDH no hace referencia a este caso en la OC-24/17, pero se incluye en esta lista porque lo cita en *Atala Riffo vs. Chile* para defender la misma premisa.

respecto a hijos concebidos fuera del matrimonio. Teniendo en cuenta esta circunstancia e interpretando el CEDH a la luz del interés superior de la niñez, el TEDH determinó que la protección de la “vida familiar” (conforme al artículo 8) no se limitaba a vínculos que se originan por el matrimonio, con el objetivo de proteger la relación y contacto entre padres e hijos biológicos. Al respecto, indicó en esos casos que un elemento esencial para determinar qué significa “vida familiar” es el grado de compromiso de la relación, evaluado por el hecho de haber tenido hijos juntos o no.²⁰

Este elemento resultó fundamental para la conclusión del TEDH, porque en el caso de *X, Y, Z vs. Reino Unido* —que versa sobre X, una mujer transexual que desea registrarse como el padre del hijo de Y (quien no es su hijo biológico)— determinó que no hubo una violación al derecho a la privacidad ni a la vida familiar de X.²¹ Reconoció que, debido a la falta de consenso sobre el tema, se le concedió un amplio margen de apreciación al Reino Unido para regular este aspecto.²² Como se explicará más adelante, el TEDH concuerda con los TMB en que los Estados poseen un margen de maniobra para determinar qué significa “familia”, por lo que un tribunal internacional no puede adoptar su propia definición.

Respecto de la propia jurisprudencia, la Corte IDH cita el caso *Atala Riffo vs. Chile*,²³ el cual hace referencia, a su vez, a los casos antes mencionados del TEDH. Es interesante añadir que, en este caso, la Corte IDH intenta sustentar su afirmación de que la protección de la familia tradicional “refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia”,²⁴ citando como fuente única el *obiter dicta* de una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de México,²⁵ es decir, utiliza una sola sentencia aislada de una corte nacional como fuente formal o principal para su argumento.

Además, la Corte IDH no indica si esa decisión de una corte nacional se usa como evidencia de práctica estatal para la configuración de costumbre o si es práctica ulterior sobre la interpretación de la CADH. Sobre la primera posibilidad, una única sentencia de una corte nacional no puede constituir prueba

20 TEDH, *X, Y, Z V. Reino Unido*, núm. 21830/93, 22/04/1997, párr. 36; *Kroon y otros vs. Holanda*, párr. 30; *Şerife Yiğit vs. Turquía*, núm. 51264/99, 02/11/2010, párr. 96.

21 TEDH, *X, Y, Z vs. Reino Unido*, párr. 44.

22 TEDH, *X, Y, Z vs. Reino Unido*, párr. 44.

23 Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas v. Chile*, párr. 142.

24 Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas v. Chile*, párr. 145.

25 Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, *Amparo en Revisión 704/2014* (2014), párr. 333.

suficiente para la configuración de una norma consuetudinaria, mucho menos si esta no hace un análisis de los dos elementos constitutivos de la costumbre. Sobre la segunda posibilidad, la Corte IDH no consideró que la sentencia versaba sobre la constitucionalidad de la reforma de 2009 del Código Civil de la Ciudad de México para reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo, por lo que la *litis* no fue sobre la interpretación de las obligaciones internacional en materia de derechos humanos conforme a la CADH.

Ahondando en esta cuestión y considerando que ni las decisiones judiciales del TEDH ni los pronunciamientos de los TMB reflejan el argumento que la Corte IDH pretende presentar, pareciera que la Corte IDH se queda con una única fuente para sostener su argumentación: la decisión judicial de una corte nacional. Quizá por encontrarse en esa encrucijada es que, inmediatamente después de estas afirmaciones, su razonamiento se desarrolla sin citar otras fuentes más que las propias opiniones de los jueces.

Al respecto, la propia Corte IDH se contradice unos párrafos más adelante, donde los jueces afirman, por un lado, “la imposibilidad de identificar un sentido corriente a la palabra ‘familia’”²⁶ en el artículo 17 de la CADH, pero, al mismo tiempo, reconocen que el artículo 17.2 “de manera literal reconoce el ‘derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia’”,²⁷ por lo que “estaría estableciendo de forma expresa la protección convencional de una modalidad particular del matrimonio”,²⁸ y que “es claro que los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 17 se refieren exclusivamente a una modalidad de vínculo familiar”.²⁹

Por otra parte, resulta sorprendente que, en un uso tan variado y poco estructurado de documentos de carácter no vinculante, la Corte IDH omita mencionar otros instrumentos internacionales que contienen (al igual que la CADH) una definición específica de “familia”, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (DUDH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (PIDCP), que reconocen “el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia”.³⁰ También omite mencionar el Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de 1994³¹ y el informe de Beijing de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer

26 Corte IDH, *Identidad de Género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, párr. 181.

27 Corte IDH, *Identidad de Género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, párr. 182.

28 Corte IDH, *Identidad de Género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, párr. 181.

29 Corte IDH, *Identidad de Género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, párr. 181.

30 Artículo 16 de la DUDH; artículo 23 del PIDCP.

31 Naciones Unidas (1994, párr. 5.1).

de 1995,³² que reconocen que cada Estado puede definir el concepto de familia según sus sistemas culturales, sociales y jurídicos y que el objetivo de esta institución es la protección de la maternidad, la paternidad y de los niños.³³

4.2 Interpretación evolutiva del concepto “familia”

Ahora, asumiendo que no existe una definición de “familia” en la CADH, la posición tanto del TEDH como de los TMB citados en la OC-24/17 es que el facultado para darle contenido a ese concepto es cada Estado a través de sus procesos constitucionales y democráticos, por lo que esta cuestión quedaría fuera de la esfera de competencia del DIP y, por lo tanto, de la Corte IDH. Ante ello, la Corte IDH no podría declarar como permisible o no la protección de la familia únicamente en el sentido tradicional, pero tampoco podría exigirles a los Estados el reconocimiento de otras formas de familia, ya que cualquiera de estas opciones impondría una definición internacional de “familia”.

Sin embargo, la Corte IDH parece que no se detiene a reflexionar sobre este entramado argumentativo. En lugar de ello, asume que la supuesta ausencia de definición le otorga la facultad de decidir, de manera unilateral, la definición de “familia” que los Estados deben adoptar en su derecho interno, la cual incluye legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Para ello, la Corte IDH recurre a la “interpretación evolutiva”, argumentando que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”.³⁴ Además, añade que interpretará este artículo conforme al “contexto” del “sistema jurídico” en cual se encuentra inmerso, que en este caso es el sistema interamericano de protección a derechos humanos.³⁵ Para sustentar su argumento, cita su propia jurisprudencia que, a su vez, cita algunos casos del TEDH que han desarrollado el concepto de interpretación evolutiva³⁶ y el caso *Costa Rica vs. Nicaragua* ante la CIJ.³⁷

32 Naciones Unidas (1995).

33 Naciones Unidas (1994, párrs. 5.2-5.3 y 5.11, 1995, párr. 29).

34 Corte IDH, *Identidad de Género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, párr. 187.

35 Corte IDH, *Identidad de Género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, párr. 183.

36 TEDH, *Tyrer vs. Reino Unido*, núm. 5856/72, 25/04/1978; *Marckx vs. Bélgica*, núm. 6833/74, 13/06/1979, párr. 41.

37 CIJ, *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 213.

Procede aclarar, primeramente, que la Corte IDH no ha sido consecuente con el uso de la interpretación evolutiva en los términos que ella misma cita. En algunos casos, ha entendido que el “contexto del sistema jurídico” donde se encuentra inmerso el derecho en disputa es el sistema interamericano, como en el caso presente, pero en otras sentencias ha dicho que ese sistema se refiere al *corpus juris* del DIDH.³⁸ Asimismo, ha indicado que la interpretación evolutiva requiere otorgar especial relevancia al derecho comparado para identificar la práctica y/o acuerdos posteriores de los Estados sobre la materia,³⁹ mientras que, en otros casos, expresamente ha dicho que el consenso y la práctica estatal son totalmente irrelevantes.⁴⁰

La evaluación de estos elementos no trata de debatir un mero tecnicismo jurídico, sino que es esencial para la determinación de la conclusión. Si la Corte IDH considera que el “contexto” es únicamente el sistema interamericano (normalmente reducido a sus sentencias) y que la práctica estatal es irrelevante, entonces cabría la posibilidad de construir, a través de precedentes, un derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo. Sin embargo, si el contexto se refiere a lo que llama el *corpus iuris* del DIDH, que la Corte afirma que está “formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)”⁴¹ y, para ello, el consenso internacional es indispensable, entonces no podría alegar la existencia de tal derecho.

Sin reparar en estas inconsistencias y basándose en el concepto de interpretación evolutiva, la Corte IDH afirma que por “familia” se debe entender cualquier relación afectiva “con ánimo de permanencia, que buscan emprender un proyecto de vida conjunto, típicamente caracterizado por cooperación y apoyo mutuo”.⁴² Bajo esta premisa, sostiene que incluso las familias poligámicas deben ser protegidas por parte del Estado,⁴³ emitiendo un criterio contrario al de

38 Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, párr. 193; *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114.

39 Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 245.

40 Corte IDH, *Atala Riffo y niñas v. Chile*, párr. 92; *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, párr. 83.

41 Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, párr. 115.

42 Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, párr. 191.

43 Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, párr. 190.

la Recomendación General No. 21 del CEDAW (citado por la misma Corte IDH párrafos antes).⁴⁴

Por otra parte, la Corte IDH declara que la intención inicial de los redactores de la CADH fue reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo conforme al “cambio de los tiempos”.⁴⁵ Para sustentar esta conclusión, cita diversas fuentes: los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género de 2007, el caso *Obergefell vs. Hodges* ante la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, una sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, algunos casos del TEDH, las observaciones finales a los informes de Estados emitidas por dos TMB y un informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH).

Antes de analizar las fuentes citadas, procede resaltar, en primer lugar, que este criterio sobre cuáles son los parámetros que rigen la interpretación evolutiva se distancia en gran medida de lo que afirmó la CIJ. Tanto en su caso *Nicaragua vs. Costa Rica* como en la Opinión Consultiva de *Namibia*, el razonamiento completo de la CIJ no se reduce a permitir una interpretación evolutiva completamente abierta conforme a lo que cada juez considere son las condiciones sociales actuales.

La CIJ estableció que esa interpretación evolutiva opera bajo dos condiciones. La primera es que este tipo de interpretación es factible solo cuando los redactores del tratado en cuestión hayan tenido la común intención de darle un sentido evolutivo a un término genérico.⁴⁶ La CDI ha confirmado esta idea indicando que no cualquier término es susceptible de una interpretación evolutiva, sino que se trata de conceptos que las partes (por el tipo de lenguaje que utilizaron) (Comisión de Derecho Internacional, 2006, párr. 478) tuvieron la intención de darle ese sentido o que queda claro que se trata de conceptos “evolutivos por definición” (Comisión de Derecho Internacional, 2018b, p. 65). Un factor determinante para decidir si el término es evolutivo o no es atender a la práctica subsecuente de los Estados (Comisión de Derecho Internacional, 2018b, pp. 64-65).

La segunda condición consiste en que el significado del término “evolutivo” debe establecerse conforme a la práctica estatal subsecuente que se ha llevado

44 CEDAW, *Recomendación General No. 21*, párr. 13.

45 Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, párr. 193.

46 CIJ, *Dispute regarding Navigational and Related Rights*, párr. 64.

a cabo (para ser congruente con el artículo 31(3)(b) de la CVDT) y conforme al desarrollo del resto de las normas de DIP,⁴⁷ entendiendo por esto último los tratados y la costumbre internacionales.⁴⁸ Por ello, la práctica estatal es el elemento definitorio de lo que constituye la “realidad social”, como lo confirma la jurisprudencia del TEDH.⁴⁹ Estos elementos son esenciales para comprender los parámetros y límites de la interpretación evolutiva, que no opera *ex nihilo*. Más bien es un método que sigue el proceso ordinario de las normas internacionalmente reconocidas sobre interpretación de tratados (Comisión de Derecho Internacional, 2018b, p. 66).

Sin embargo, la Corte IDH no repara en estas cuestiones, sino que recurre nuevamente a los pronunciamientos de algunos TMB, citando las observaciones finales de Bulgaria y Eslovaquia, emitidas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), y de Serbia, emitidas por el CEDAW, que se adoptaron en el proceso de un diálogo constructivo y no en un procedimiento de carácter judicial.

Recordemos que estas recomendaciones tienen como fin sugerir buenas prácticas a los Estados para cumplir las obligaciones establecidas en los tratados, por lo que no constituyen la creación de nuevas obligaciones internacionales. Además, en ambos casos, los TMB señalados emitieron “exhortaciones” a reconocer legalmente las uniones de personas del mismo sexo,⁵⁰ sin especificar que existe una obligación internacional al respecto.

Respecto al informe del ACNUDH (cuyo contenido no es vinculante), es alarmante notar que el mismo párrafo al que la Corte IDH hace referencia dice expresamente que “el derecho internacional no obliga a los Estados a reconocer el matrimonio homosexual”,⁵¹ lo cual es estratégicamente omitido por la Corte IDH.

Respecto a los tres casos citados del TEDH (*Schalk y Kopf vs. Austria*, *Vallianatos y otros vs. Grecia* y *Oliari y otros vs. Italia*), en ellos se afirmó que el artículo 12 del CEDH protege a la familia tradicional, y el TEDH determinó que “la

47 CIJ, *Dispute regarding Navigational and Related Rights*, párr. 64; *Namibia Advisory Opinion*, párr. 53.

48 CIJ, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, párr. 53.

49 TEDH, *Tyrer vs. Reino Unido*, párr. 31. Véase también *Fedotova y otros v. Rusia*, párrs. 167-168; *Goodwin vs. Reino Unido*, núm. 28957/95, 11/06/2002, párr. 85.

50 CDESC, Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud de los Artículos 16 y 17 del Pacto, Eslovaquia, E/C.12/SVK/Co/2 (2012), párr. 17; Observaciones Finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Bulgaria, E/C.12/BGR/Co/4-5 (2012), párr. 10.

51 ACNUDH, Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, A/HRC/29/23 (2015), párr. 67.

cuestión de permitir o no el matrimonio entre personas del mismo sexo se deja a la regulación del derecho nacional del Estado contratante”⁵² y que un tribunal internacional “no debe apresurarse a sustituir por su propio juicio el de las autoridades nacionales” sobre este tema.⁵³ En el caso de *Schalk y Kopf vs. Austria*, el TEDH observó que

considerado aisladamente, el texto del artículo 12 podría interpretarse en el sentido de que no excluye el matrimonio entre dos hombres o dos mujeres. Sin embargo, en contraste, todos los demás artículos sustantivos del Convenio conceden derechos y libertades a ‘toda persona’ o establecen que “nadie” debe ser sometido a determinados tipos de trato prohibido. Así pues, la elección de la redacción del artículo 12 debe considerarse deliberada. Además, hay que tener en cuenta el contexto histórico en el que se adoptó la Convención. En los años 50, el matrimonio se entendía claramente en el sentido tradicional de unión entre personas de distinto sexo.⁵⁴

Además, el TEDH añadió que no podía establecer una obligación internacional de legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo mediante una interpretación evolutiva, ya que no existe un consenso al respecto entre los Estados europeos.⁵⁵

En el caso *Oliari vs. Italia*, el TEDH determinó que Italia debería proveer alguna figura jurídica para reconocer las relaciones entre personas del mismo sexo en su legislación.⁵⁶ Sin embargo, esta conclusión fue más argumentada que en el caso de la Corte IDH, ya que se basó en el consenso europeo existente en ese momento (según la práctica de los Estados), en los pronunciamientos de la propia Corte Constitucional de Italia y en las encuestas populares de la población italiana.⁵⁷

Por otra parte, es pertinente mencionar que, en el caso más reciente que la Gran Sala del TEDH ha resuelto sobre este tema (*Fedotova y otros vs. Rusia* de 2023), declaró como inadmisibile la petición (bajo el artículo 12) por considerarla como manifiestamente infundada.⁵⁸ Respecto de las obligaciones que

52 TEDH, *Schalk y Kopf vs. Austria*, párr. 61.

53 TEDH, *Schalk y Kopf vs. Austria*, párr. 62.

54 TEDH, *Schlaf y Kopf vs. Austria*, párr. 55.

55 TEDH, *Schlaf y Kopf vs. Austria*, párr. 58.

56 TEDH, *Oliari y otros vs. Italia*, núm. 18766/11 y 36030/11, 21/07/2015, párrs. 177-178.

57 TEDH, *Oliari y otros vs. Italia*, párrs. 178-182.

58 TEDH, *Fedotova y otros vs. Rusia*, párr. 154.

emanan del artículo 8, sostuvo que el derecho a la privacidad no podía interpretarse como una cláusula que impone la obligación positiva de legalizar esta práctica,⁵⁹ incluso mencionó que obligar a los Estados en tal sentido, a falta de consenso internacional sobre el tema, implicaría violentar su función subsidiaria como corte internacional.⁶⁰ El TEDH llegó a estas conclusiones consciente de su discrepancia con la OC-24/17 de la Corte IDH, a la cual hace referencia en dos ocasiones, sin sumarse a la postura de su homólogo americano.⁶¹

Finalmente, es relevante dedicar unas líneas al último tipo de fuentes jurídicas que la Corte IDH utiliza para sustentar su interpretación evolutiva del concepto de familia: los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género de 2007. La redacción de este documento fue liderada por una ONG, la Comisión Internacional de Juristas, y elaborado por parte de un grupo de académicos y activistas. Por lo tanto, se trata de un documento elaborado por un grupo de personas cuya naturaleza jurídica no es vinculante y versa sobre un tema que no goza de consenso internacional.

Al respecto, la situación jurídica y política de este documento es tan controversial que ni siquiera ha sido adoptado o mencionado en resoluciones de la Asamblea General de la ONU o del Consejo de Derechos Humanos. A pesar de ello, diversas ONG,⁶² funcionarios públicos⁶³ e incluso organismos del sistema de la ONU⁶⁴ han presentado falsamente estos principios como instrumentos de carácter vinculante y que reflejan el estado actual del DIDH. Este proceder constituye una forma de presionar a los ciudadanos y Gobiernos (que ignoran el funcionamiento y estructura del DIP) para que adopten estas disposiciones en el derecho interno de los Estados bajo la falsa suposición de que se encuentran en la obligación internacional de hacerlo.

Lo mismo está haciendo la Corte IDH al utilizar estos principios como fuente formal de derecho, ya que no gozan de ningún valor jurídico y únicamente reflejan el acuerdo de los académicos y activistas que los redactaron. Al incluirlos en un pronunciamiento de una corte internacional, se pretende presentarlos como un instrumento vinculante.

59 TEDH, *Fedotova y otros vs. Rusia*, párr. 165.

60 TEDH, *Fedotova y otros vs. Rusia*, párr. 189.

61 TEDH, *Fedotova y otros vs. Rusia*, párrs. 63-64 y 177.

62 Por ejemplo, Parlamentarios para la Acción Global (2018); Cuentanos.org (s.f.).

63 Por ejemplo, Suprema Corte de Justicia de México (2022); Poder Judicial de Chubut (2017).

64 Véase Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2014).

4.3 Protección de la familia tradicional: la procreación como objetivo legítimo

Otra cuestión que encuentra poco sustento jurídico en la OC-24/17 es la afirmación categórica de que no existe fundamento para que los Estados protejan un modelo de “familia tradicional”.⁶⁵ La Corte IDH no define exactamente qué significa este término, aunque parece que lo relaciona con entender la procreación de hijos como un elemento definitorio de esta institución. Al respecto, afirma que dicha definición es incompatible con la CADH, porque ello sería discriminatorio e incompatible con los objetivos de proteger a la familia como “realidad social”.⁶⁶ Para justificar la primera afirmación, cita los casos de *Karner vs. Austria* y *Kozak vs. Polonia* del TEDH, y para la segunda, vuelve a citar una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de México.⁶⁷

Sobre el principio de no discriminación, se debe precisar que, conforme al DIDH, no toda distinción o trato diferenciado constituye *per se* un acto discriminatorio, sino que se debe analizar si existe o no una justificación razonable y objetiva para la distinción, lo que significa que no se persigue un objetivo legítimo o no hay un ejercicio de proporcionalidad razonable entre los medios utilizados y el objetivo perseguido.⁶⁸

En el caso específico de la Corte IDH, este test se vuelve más rígido cuando se trata de categorías protegidas por el artículo 1 de la CADH (raza, color, sexo idioma, religión, opiniones políticas, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier condición social). Este “escrutinio estricto” requiere que el trato diferente debe perseguir un fin “convencionalmente imperioso”⁶⁹ y se debe realizar un juicio de “proporcionalidad en sentido estricto” en el que se pruebe que “los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma”.⁷⁰

Por lo tanto, para afirmar que la protección de la “familia tradicional” constituye un acto discriminatorio, la Corte IDH tendría que probar y sustentar que esta medida incumple con los parámetros antes señalados. En vez de ello,

65 Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, párrs. 204 y 220.

66 Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, párr. 221.

67 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis jurisprudencial 1a./J.43/2015 (2015).

68 Corte IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 56. Véase también TEDH, *Kozak vs. Polonia*, núm. 13102/02, 02/03/2010, párr. 91; *Karner vs. Austria*, núm. 40016/98, 24/07/2003, párr. 37.

69 Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, párr. 81.

70 Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, párr. 81.

afirmó que no existe ningún objetivo legítimo para salvaguardar el matrimonio tradicional,⁷¹ citando un pasaje aislado y descontextualizado del caso *Karner vs. Austria*: “El objetivo de proteger la familia en el sentido tradicional es más bien abstracto y una amplia variedad de medidas concretas pueden utilizarse para implementarlo”⁷², y lo reforzó con el caso *Kozac vs. Polonia*.

La Corte IDH no consideró que la *litis*, tanto en *Karner* como en *Kozac*, no versaba sobre la definición de “familia” o el matrimonio. La disposición legal cuestionada se trataba de un artículo de la ley de arrendamiento sobre cuestiones de sucesión que no incluía a personas del mismo sexo viviendo juntas. Por ello, en ambos casos, el TEDH estudió la posible violación en términos del artículo 8 del CEDH (y no del artículo 12) como una afectación al “domicilio” de la víctima.⁷³

Por otra parte, la Corte IDH omitió citar el resto del razonamiento del TEDH en ambos casos, donde se afirma que “la protección de la familia en el sentido tradicional es, en principio, una razón de peso y legítima que podría justificar una diferencia de trato”⁷⁴ y que “la comunidad en su conjunto tiene interés en mantener un sistema coherente de derecho de familia que sitúe en primer plano el interés superior del menor”.⁷⁵ Además, el TEDH condenó tanto a Austria como a Polonia no porque el fin perseguido fuera inaceptable, sino porque consideró que la relación entre medio y fines no fue proporcional en el contexto de la sucesión de un contrato de arrendamiento.⁷⁶

Párrafos más adelante, la Corte IDH vuelve sobre el mismo tema y sostiene que la procreación no puede ser un elemento definitorio del matrimonio, porque sería denigrante para quienes “carecen de capacidad *generandi* o de interés en procrear”.⁷⁷ Este último planteamiento no es propio de la Corte IDH (aunque omite la referencia), sino que es copiado de una sentencia de la Corte Constitucional de Sudáfrica.⁷⁸ Por lo tanto, la fuente utilizada por la Corte

71 Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, párrs. 220-221.

72 Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, párr. 204.

73 TEDH, *Karner vs. Austria*, párr. 33; *Kozak vs. Poland*, párr. 84; TEDH, *Schalk y Kopf vs. Austria*, párr. 92.

74 TEDH, *Karner vs. Austria*, párr. 40; *Kozak vs. Polonia*, párr. 98.

75 TEDH, *X, Y, Z vs. Reino Unido*, párr. 47.

76 TEDH, *Karner vs. Austria*, párrs. 41-43; *Kozak vs. Polonia*, párrs. 98-99.

77 Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, párr. 221.

78 Corte Constitucional de Sudáfrica, *Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another* (CCT 60/04) [2005] ZACC 19; 2006 (3) BCLR 355 (CC); 2006 (1) SA 524 (CC) (1 December 2005), párr. 86.

IDH es una única decisión judicial de una corte nacional (de un Estado que no es parte de la CADH).

Pareciera ser que la única fuente jurídica que le queda a la Corte IDH —nuevamente— para sustentar su argumento es una decisión judicial de la Suprema Corte de Justicia de México. Da la impresión de que la Corte IDH se apoya en esta sentencia porque el razonamiento de la corte mexicana opera al estilo de la Corte IDH, afirmando que definir el matrimonio ligado a la procreación es discriminatorio, sin justificarlo por medio de los criterios del test de proporcionalidad⁷⁹ y citando la misma jurisprudencia del TEDH que la Corte IDH usa para falsamente sustentar que existe un derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo⁸⁰. Además, de la lectura de esta sentencia mexicana resalta que el argumento de que la familia se debe proteger como “realidad social” no es el resultado de un ejercicio de interpretación por parte de la Corte IDH, sino que es una copia del razonamiento de la corte mexicana,⁸¹ aunque —nuevamente— la Corte IDH omite señalarlo.

Por otra parte, la Corte IDH también añadió lo siguiente, citando como única referencia una sentencia de la Corte Constitucional de Colombia:⁸²

la oposición al matrimonio de personas del mismo sexo está basada en convicciones religiosas o filosóficas. El Tribunal reconoce el importante rol que juegan dichas convicciones en la vida y en la dignidad de las personas que la profesan; no obstante, éstas no pueden ser utilizadas como parámetro de convencionalidad puesto que la Corte estaría impedida de utilizarlos como una guía interpretativa para determinar los derechos de seres humanos.⁸³

Aparte de que este razonamiento involucra diversas cuestiones debatibles y no reguladas por el DIDH, hay dos aspectos a resaltar sobre esta sentencia. La primera es que el razonamiento planteado no es propio de la Corte Constitucional de la Colombia, sino que ésta cita, a su vez, el caso *Obergefell vs. Hodges* de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos.⁸⁴ Esto resulta preocupante porque se pretende que una única sentencia de una corte nacional (de un Esta-

79 Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Amparo en Revisión 704/2014*, párrs. 147-172.

80 El tribunal mexicano hace referencia al caso *Schalk y Kopf vs. Austria*: Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Amparo en Revisión 704/2014*, párr. 149.

81 Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Amparo en Revisión 704/2014*, párr. 152.

82 Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia SU-214/16* (2016).

83 Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, párr. 223.

84 Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015), § B III.

do que no es parte de la CADH), adoptada por 5 votos a favor y 4 en contra y cuyo argumento no goza de consenso internacional, se convierta en una fuente formal de DIP para todos los Estados de la región y, posiblemente, como antecedente que pueda ser aplicable, de la misma manera, a otras regiones del mundo.

Por otra parte, el argumento de la Corte IDH es problemático, ya que, como diversos académicos han reconocido, toda interpretación de normas se basa en una determinada convicción filosófica y antropológica (sea de origen religioso o no), por lo que la neutralidad en estos términos es imposible (Koskenniemi, 2010; Weiler, 2013). Al respecto, los tratados en la materia fueron diseñados para permitir que las diferentes visiones culturales, religiosas y filosóficas sirvieran como fermento para dar contenido a las normas abstractas y generales de derechos humanos (Glendon, 2002; Kaplan, 2018). Por lo tanto, esas convicciones que la Corte IDH considera como ilegítimas fueron concebidas como una parte natural y necesaria del proceso de interpretación, aunque gran parte de la doctrina ha olvidado o desconoce este aspecto (Glendon, 1998).

En segundo lugar, tanto la sentencia del caso colombiano como la del estadounidense no pueden ser consideradas como práctica que contribuya a la configuración de costumbre internacional, porque constituyen la práctica de una minoría de Estados y no se considera la práctica en sentido contrario a la mayoría de ellos. Al respecto, la Corte IDH hace algunas referencias al derecho comparado de ciertos Estados donde se ha legalizado el matrimonio entre personas del mismo sexo, ya sea por la vía judicial (México, Brasil y Colombia) o legislativa (Uruguay, Argentina y Canadá).⁸⁵ Sin embargo, se debe tener cuidado al momento de evaluar la práctica estatal, porque la opinión de un Estado no crea DIP.

Quizá, la misma Corte IDH se dio cuenta de que la práctica de únicamente 5 de los 24 Estados parte de la CADH (Canadá no es Estado parte) no puede constituir fuente jurídica suficiente para fundamentar su argumento, porque, seguido de esta lista, afirma sin mayor reparo que la falta de consenso internacional es irrelevante a efectos de la creación de nuevos derechos.⁸⁶

Debido a esta postura de la Corte IDH sobre el uso de la costumbre in-

85 Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, párrs. 206-213.

86 Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, párr. 219. Véase también Corte IDH, *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, párr. 92; *Duque vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, párr. 123; *Flor Freire vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315, párr. 124.

ternacional, este tribunal omitió indagar la práctica de la gran mayoría de los Estados, como arguyó el juez Vio Grossi.⁸⁷ La sentencia misma de la Corte Constitucional de Colombia de 2016 señala que de los 193 Estados parte del sistema de la ONU, sólo 24 habían legalizado el matrimonio entre personas del mismo sexo.⁸⁸ De esos 24 Estados, 5 han sido el resultado del activismo judicial de sus propias cortes (Canadá, Sudáfrica, México, Brasil y Estados Unidos), 18 lo han hecho por la vía legislativa (Holanda, Bélgica, España, Noruega, Suecia, Uruguay, Portugal, Argentina, Islandia, Dinamarca, Francia, Nueva Zelanda, Finlandia, Luxemburgo, Malta, Alemania y Reino Unido) y 1 por referéndum (Irlanda).⁸⁹

Además, un análisis completo de la costumbre internacional implica también considerar la práctica en contrario, como lo son las decisiones judiciales que expresamente han rechazado la creación de un nuevo derecho. Por ejemplo, la decisión del Tribunal Constitucional de Perú de 2020,⁹⁰ la Corte Suprema de Filipinas en 2019,⁹¹ la Corte Suprema de Panamá de 2023,⁹² la Corte Suprema de El Salvador en 2019⁹³ o el referéndum de Eslovenia de 2015.⁹⁴

Incluso si se analiza esta cuestión desde un sentido sociológico de la costumbre (como “realidad social”), la población de la mayoría de los Estados sigue teniendo una visión bastante tradicional de la familia. Diversos estudios comparativos demuestran que la familia, en la mayoría de las culturas del mundo (con excepción de los países occidentales), hoy en día sigue persiguiendo dos fines esenciales: la procreación y educación/socialización de los hijos (Georgas, 2011, p. 365; Georgas y Poortinga, 2005, pp. 51-72), lo cual no es analizado por la Corte IDH cuando realiza su interpretación evolutiva bajo los cuestionables criterios que ella misma establece.

87 Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, voto individual del juez Eduardo Vio Grossi, párrs. 66 y 89.

88 Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia Su-214/16*, párr. 8.

89 Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia SU-214/16*, párr. 8.

90 Tribunal Constitucional de Perú, Pleno. *Sentencia 676/2020*, 03/11/2020.

91 Corte Suprema de Filipinas, *Falcis III v. Civil Registrar-General*, 861 Phil. 388 (2019).

92 Corte Suprema de Justicia de Panamá, N° 1042-16, 13/02/2023.

93 Corte Suprema de Justicia de El Salvador, *Sentencia N° 18-2018 de Sala de lo Constitucional*, 11/01/2019.

94 Aunque a partir de 2023 se reconoció el matrimonio entre personas del mismo sexo, debido a que una sentencia de 2022 de la Corte Constitucional ordenó dicha modificación al parlamento a pesar de los resultados del referéndum.

5. Algunas reflexiones sobre el uso de fuentes

Del análisis de las fuentes empleadas por parte de la Corte IDH en la OC-24/17, se desprende que hace un uso poco riguroso de las decisiones judiciales como fuentes del DIP. Usa estos instrumentos como fuentes formales y no auxiliares, como establece la doctrina clásica, y cualquier parte de las sentencias sin distinguir entre *ratio decidendi* y *obiter dicta*. Además, las decisiones judiciales son empleadas de forma parcial y selectiva, pues utiliza las partes que convienen para el argumento a sustentar en algunas secciones, mientras que ignora el conjunto de la sentencia cuya conclusión es contraria al argumento que la Corte IDH presenta.

Por otra parte, llama la atención que en diversas cuestiones la Corte IDH emplea como única fuente una decisión judicial de una única corte nacional, ignorando las sentencias en contrario de otros tribunales nacionales de Estados parte de la CADH. Ante esta situación, surge la duda de por qué las sentencias de ciertas cortes nacionales tendrían mayor peso o valor jurídico como fuentes del derecho que las sentencias de otras cortes nacionales. Desde la teoría clásica de las fuentes, no puede surgir tal situación, pues no existe una jerarquía entre las decisiones judiciales de cortes nacionales. Por lo tanto, da la impresión de que el uso selectivo de decisiones judiciales de cortes nacionales se hace buscando los fragmentos o sentencias que sean afines a la idea preconcebida que tienen los jueces en turno sobre lo que debería ser el derecho, en vez de ser un ejercicio interpretativo que declare el estado actual del DIDH en la materia.

Un planteamiento parecido surge del uso que la Corte IDH hace de otros instrumentos de *soft law* (pronunciamientos de TMB o incluso documentos de la sociedad civil), donde la ni siquiera intenta explicar por qué estos instrumentos tendrían mayor relevancia o valor normativo que la costumbre o la práctica subsecuente de los Estados respecto a la interpretación de la CADH. Incluso, suscita la pregunta de por qué instrumentos de *soft law* deben emplearse como fuentes formales y jerárquicamente superiores cuando explícitamente contradicen la práctica estatal y lo pactado en tratados internacionales. Parecería que el uso que la Corte IDH hace del *soft law* es el de emplearlo como mecanismo para ampliar el campo del DIDH, más allá de su objeto de estudio y del consenso internacional (o, como en este caso, incluso en contra del consenso internacional), como señalan algunos autores (D'Aspremont, 2008).

Por otra parte, es preocupante que en la OC-24/17 diversos presupuestos para la creación de nuevos derechos se basaron en una única sentencia de una corte nacional (México y Colombia) o en una única sentencia de una corte

internacional (*Atala Riffo*), como apunta el juez Vio Grossi.⁹⁵ Ninguna de esas decisiones judiciales era reflejo de la costumbre internacional ni del acuerdo común de los Estados parte de la CADH respecto a la interpretación del tratado. Al respecto, habría que recordar que la misma Corte IDH afirma, por un lado, que las propias “convicciones religiosas o filosóficas” no pueden utilizarse “como una guía interpretativa para determinar los derechos de seres humanos”, pero el uso selectivo de las sentencias que apoyan el razonamiento que los jueces desean plasmar como derecho, y la omisión de las que los contradicen, indican que, en el fondo, las convicciones filosóficas de los jueces están siendo empleadas como la fuente formal y primaria del derecho.⁹⁶

6. Conclusiones

Como se analizó a lo largo de este artículo, la Corte IDH emplea las decisiones judiciales como fuente jurídica formal del DIDH y hace un uso parcial y selectivo de estas (tanto de cortes nacionales como internacionales).

La falta de una sólida fundamentación jurídica, asentada en la costumbre internacional o en el común acuerdo de los Estados sobre la interpretación de la CADH, en parte se basa en una aversión por parte de la Corte IDH al funcionamiento del DIDH, basado en el sistema del Estado soberano como esquema de organización política. Sin embargo, esta postura mezcla dos cuestiones distintas. Dejar una libertad absoluta a los Estados para que redefinan o anulen sus obligaciones internacionales arbitrariamente constituiría un *modus operandi* que haría inefectivo el DIDH, pero, como puntualiza Gerald Neuman (2008):

Los Estados de la OEA desplegaron un considerable esfuerzo al negociar y adoptar su propio tratado regional de derechos humanos. No redujeron el tratado a un mecanismo de aplicación local de los Pactos globales, y simplemente no delegaron a la Corte la tarea de adoptar cualquier estándar que eligiera de algún cuerpo futuro de textos de *soft law*. La colaboración continua entre la Corte y los

95 Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, voto individual del juez Eduardo Vio Grossi, párr. 69.

96 Al respecto, el Juez Vio Grossi añade: “Es por esa razón que este texto no es un pronunciamiento respecto a si procede o no los vínculos entre parejas del mismo sexo. Atendiéndose a la función de la Corte, cual es, declarar el Derecho Internacional aplicable, en particular, la Convención, tal cual se expresa y no de acuerdo a lo que se desee que señale, este escrito se limita a señalar que los mencionados vínculos no están previstos en aquél ni en ésta, por lo que la decisión al respecto le compete a cada Estado” (Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, voto individual del juez Eduardo Vio Grossi, p. 72).

Estados miembro refuerza la autoridad de la Corte para definir las obligaciones estatales. La “humanización” del derecho internacional no ha ido tan lejos como para hacer que los tribunales internacionales de derechos humanos se autolegitimen sobre la base de su relación directa con seres humanos individuales. (pp. 200-201)

Si la Corte IDH ignora estas cuestiones, corre el riesgo de que sus decisiones se alejen cada vez más de la verdadera “realidad social” al interior de los Estados, pues sus planteamientos podrán ser afines a un grupo de personas, partidarios de este sistema desformalizado, pero entrarán en tensión con el resto de la población y con la comunidad internacional. Además, la Corte IDH debería replantearse la utilización de este método y su compatibilidad con el control de convencionalidad, ya que una herramienta que aspire a dictar estándares uniformes en la región requerirá un rigor jurídico y analítico aún más exigente que el que se emplearía en decisiones judiciales que no aspiran a una labor tan ambiciosa.

Bibliografía

- Abbott, K. W. y Snidal, D. (2000). Hard and Soft Law in International Governance. *International Organ*, 54(3), 421-456.
- Abrusci, E. (2022). *Judicial Convergence and Fragmentation in International Human Rights Law: The Regional Systems and the United Nations Human Rights Committee*. Cambridge University Press.
- Ajevski, M. (2014). Fragmentation in International Human Rights Law – Beyond Conflict of Laws. *Nordic Journal of Human Rights*, 32(2), 87-98.
- Alter, K. J. (2014). *The New Terrain of International Law: Courts, Politics, Rights*. Princeton University Press.
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2014). *La protección internacional para las personas LGBTI*. <https://acnudh.org/wp-content/uploads/2022/02/06-Los-derechos-humanos-de-las-personas-LGBTI.pdf>
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2015). *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, A/HRC/29/23*.
- Benavides-Casals, M. A. (2015). El efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (27), 141-166.
- Bernal Pulido, C. (2021). Tres desafíos de legitimidad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *International Journal of Constitutional Law*, 19(4), 1213-1217.

- Besson, S. (2010). Theorizing the Sources of International Law. En Besson, S. y Tasioulas, J. (Eds.), *The Philosophy of International Law* (pp. 163-185). Oxford University Press.
- Bianchi, A. (2013). *International Law Theories: An Inquiry into Different Ways of Thinking*. Oxford University Press.
- Bing Bing, J. (2001). Judicial decisions as a source of international law and the defence of duress in murder or other cases arising from armed conflict. En Yee, S. y Tieya, W. (Eds.), *International Law in the Post-Cold War World: Essays in Memory of Li Haopei* (pp. 77-99). Routledge.
- Bukovská, B. (2008). Perpetrando el bien. Las consecuencias no deseadas en la defensa de los derechos humanos. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 5(9), 6-21.
- Carozza, P. G. (2015). The Anglo-Latin Divide and the Future of the Inter-American System of Human Rights. *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, 5(1), 153- 170.
- De Casas, C. I. (2025). *El valor jurídico de los estándares internacionales de derechos humanos. Estudio desde la teoría de las fuentes del derecho internacional*. Thomson Reuters.
- Comisión de Derecho Internacional. (2006). *Report of the Study Group on Fragmentation of International Law, A/CN.4/L.682 and Corr.1*.
- Comisión de Derecho Internacional. (2018a). *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with Commentaries (A/73/10)*.
- Comisión de Derecho Internacional. (2018b). *Draft Conclusions on Subsequent Agreements and Subsequent Practice in Relation to the Interpretation of Treaties, with Commentaries (A/73/10)*.
- Comité de Derechos Humanos. (1988). *Observación General No. 16: Derecho a la intimidad (Artículo 17), HRC/GEN/1/Rev.9*.
- Comité de Derechos Humanos. (1990). *Observación General No. 19: La familia (Artículo 23), HRC/GEN/1/Rev.9*.
- Comité de los Derechos del Niño. (2006). *Observación General No. 7: Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7/Rev.1*.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (1994). *Recomendación General No. 21: La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares*.
- Chinkin, C. (2010). Sources. En Moeckli, D., Shah, S. y Sivakumaran, S. (Eds.), *International Human Rights Law* (pp. 103-123). Oxford University Press.
- Contesse, J. (2017). The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights. *International Journal of Constitutional Law*, 15(1), 414-435.
- Cuentanos.org. (s.f.). *¿Qué son los principios de Yogyakarta y por qué yo como LGBTIQA+ debo conocerlos?* <https://guatemala.cuentanos.org/es/articles/5967158847773>
- D'Aspremont, J. (2008). Softness in international law: A self-serving quest for new legal materials. *European Journal of International Law*, 19(5), 1075-1093. <https://doi.org/10.1093/ejil/chn057>
- D'Aspremont, J. (2011a). *Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*. Oxford University Press.
- D'Aspremont, J. (2011b). The Politics of Deformalization in International Law. *Goettingen Journal of International Law*, 3(2), 503-550. <https://doi.org/10.3249/1868-1581-3-2-aspremont>
- D'Aspremont, J. y AAlberts, T. (2012). Which Future for the Scholarly Concept of Soft International Law? Editors' Introductory Remarks. *Leiden Journal of International Law*, 25(2), 309-312.

- Fitzmaurice, M. (2018). The History of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice: The Journey from the Past to the Present. En D'Aspremont, J. y Besson, S. (Eds.), *The Oxford Handbook of the Sources of International Law* (pp. 179-199). Oxford University Press.
- Fuenzalida Bascuñán, S. (2015). La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente de derecho. Una revisión de la doctrina del “examen de convencionalidad”. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 28(1), 171-192.
- Gaeta, P., Viñuales, J. E. y Zappalá, S. (2020). *Cassese's International Law*. Oxford University Press.
- García Escobar, G. (2024a). Fragmentation in the European and Inter-American Human Rights Courts Regarding the Scope of Religious Autonomy: An Analysis of the Use of Sources and Methodologies. *Oxford Journal of Law and Religion*, 13(1), 67-84.
- García Escobar, G. (2024b). *Plurality as the Core of Human Rights Universality: Rediscovering the Spirit of the Universal Declaration of Human Rights of 1948 through the Right to Self-Determination*. Peter Lang.
- García Salmones Revira, M. (2018). Sources in the Anti-Formalist Tradition: A Prelude to Institutional Discourses in International Law. En D'Aspremont, J. y Besson, S. (Eds.), *The Oxford Handbook of the Sources of International Law* (pp. 203-224). Oxford University Press.
- Gardner, J. C. (1935). Judicial Precedent in the Making of International Public Law. *Journal of Comparative Legislation and International Law*, 17(4), 251-259.
- Georgas, J. (2011). Differences and universals in families across cultures. En Van de Vijver, F., Chasiotis, A. y Breugelmans, S. (Eds.), *Fundamental Questions in Cross-Cultural Psychology* (pp. 341-375). Cambridge University Press.
- Georgas, J. y Poortinga, Y. (2005). Family portraits from 30 countries: an overview. En Georgas, J., Berry, J. W., Van de Vijver, F., Kagitcibasi, C. y Poortinga, Y. (Eds.), *Families Across Cultures: A 30-Nation Psychological Study* (pp. 90-99). Cambridge University Press.
- Glendon, M. A. (1998). Knowing the Universal Declaration of Human Rights. *Notre Dame Law Review*, 73(5), 1153-1190.
- Glendon, M. A. (2002). *A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*. Random House Trade Paperbacks.
- González Domínguez, P. (2017). Reconfiguración de la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho nacional sobre la base del principio de subsidiariedad. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 1(17), 719-750. <https://doi.org/10.22201/ij.24487872e.2017.17.11050>
- Guillaume, G. (2011). The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators. *Journal of International Dispute Settlement*, 2(1), 5-23.
- Henríquez, T. (2017). La política y politización de los derechos humanos. En Schalper, D. (Ed.), *Desarrollo humano y solidario: nuevas ideas para Chile* (pp. 1-27). Fundación IdeaPaís.
- Higgins, R. (1995). *Problems and Process: International Law and How We Use It*. Oxford University Press.
- Jennings, R. Y. (1996). The Judiciary, International and National, and the Development of International Law. *The International and Comparative Law Quarterly*, 45(1), 1-12.
- Kaplan, S. D. (2018). *Human Rights in Thick and Thin Societies: Universality without Uniformity*. Cambridge University Press.
- Koskenniemi, M. (2010). Whose intolerance, which democracy? En Fox, G. H. y Roth, B.

- (Eds.), *Democratic Governance and International Law* (pp. 436-440). Cambridge University Press.
- López Hurtado, C. (2001). ¿Un régimen especial para los tratados de derechos humanos del Derecho Internacional? Reservas y denuncias de tratados de derechos humanos. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 1, 247-289.
- Malarino, E. (2012). Judicial Activism, Punitivism and Supranationalisation: Illiberal and Antidemocratic Tendencies of the Inter-American Court of Human Rights. *International Criminal Law Review*, 12(4), 665-695.
- McGrogan, D. (2014). On the Interpretation of Human Rights Treaties and Subsequent Practice. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 32(4), 347-378.
- McWhinney, E. (2006). The International Court of Justice and International Law-making: The Judicial Activism/Self-Restraint Antinomy. *Chinese Journal of International Law*, 5(1), 3-13.
- Mechlem, K. (2009). Treaty Bodies and the Interpretation of Human Rights. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 42, 905-947.
- Naciones Unidas. (1994). *Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. 5 a 13 de septiembre de 1994, El Cairo, Egipto*. <https://www.un.org/es/conferences/population/cairo1994>
- Naciones Unidas. (1995). *Declaración y Plataforma de Acción de Beijing. Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer*. <https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20S.pdf>
- Nash Rojas, C. (2013). Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 19, 489-509.
- Neuman, G. L. (2008). Import, Export and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. *European Journal of International Law*, 19.
- Nollkaemper, A. (2003). Decisions of National Courts as Sources of International Law: An Analysis of the Practice of the ICTY. En Boas, G. y Schabas, W. (Eds.), *International Criminal Law Developments in the Case Law of the ICTY* (pp. 277-296). Martinus Nijhoff.
- Nolte, G. (2013). Subsequent Agreements and Subsequent Practice of States Outside of Judicial or Quasi-judicial Proceedings: Third Report for the ILC Study Group on Treaties over Time. En Nolte, G. (Ed.), *Treaties and Subsequent Practice* (pp. 307-386). Oxford University Press.
- O'Flaherty, M. (2007). Towards integration of United Nations human rights treaty body recommendations: the rights-based approach model. En Baderin, M. A. y McCorquodale, R. (Eds.), *Economic, Social and Cultural Rights in Action* (pp. 27-44). Oxford University Press.
- Parlamentarios para la Acción Global. (2018). *Los Principios de Yogyakarta diez años después*. <https://www.pgaction.org/es/news/yogyakarta-principles.html>
- Pauwelyn, J. (2006). Fragmentation of International Law. En *Max Planck Encyclopedias of International Law*. <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1406>
- Pedone, J. y Kloster, A. (2012). New Proposals for Human Rights Treaty Body Reform. *Journal of Transnational Law & Policy*, 22(1), 29-84.
- Pellet, A. (2001). "Droits-de-l'homme" et droit international. *Revue Droits Fondamentaux*, 1, 167-179.
- Poder Judicial de Chubut. (2017). *Principios de Yogyakarta +10*. https://www.juschubut.gov.ar/images/OM/2022/Gate_YP10_SimplePages_Links_1.pdf

- Ratti Medaña, F. (2021). Análisis de fórmulas usuales y criterios hermenéuticos sobre dignidad de las personas privadas de libertad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, 19(2), 3-37.
- Shahabuddeen, M. (2010). *Precedent in the World Court*. Cambridge University Press.
- Shany, Y. (2004). *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*. Oxford University Press.
- Shaw, M. (2021). *International Law* (9ª ed.). Cambridge University Press.
- Shelton, D. (2008). Soft Law. En Armstrong, D. (Ed.), *Routledge Handbook of International Law*. Routledge.
- Silva Abbott, M. (2018). ¿Es realmente viable el control de convencionalidad? *Revista Chilena de Derecho*, 45(3), 717-744.
- Silva Abbott, M. (2024a). *El control de convencionalidad y la transformación de los sistemas jurídicos interamericanos*. Tirant lo Blanch.
- Silva Abbott, M. (2024b). Lo que realmente importa no son los tratados, sino el modo en que funciona, en la práctica, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En Ranieri de Cechini, D. y Calderone, S. (Eds.), *El aborto ante la Corte IDH: A propósito del caso "Beatriz vs. El Salvador"* (pp. 107-140). El Derecho.
- Silva Abbott, M. y Castali, L. (2016). ¿Se comporta la Corte Interamericana como Tribunal (Internacional)? Algunas reflexiones a propósito de la supervisión de cumplimiento del caso "Artavia Murillo c/ Costa Rica". *Prudentia Iuris*, 82, 19-58.
- Sinclair, I. (1984). *The Vienna Convention on the Law of Treaties*. Manchester University Press.
- Sodero, E. (2012). Precedente e internacionalización del derecho constitucional. En Capaldo, G., Sieckmann, J. y Clérico, L. (Eds.), *Internacionalización del Derecho Constitucional, constitucionalización del Derecho Internacional* (pp. 451-471). Eudeba.
- Suárez Osma, I. (2015). *Control de convencionalidad y autoprecedente interamericano*. Universidad de La Sabana.
- Suprema Corte de Justicia de México. (2022). *Protocolo para Juzgar con perspectiva de orientación sexual, identidad y expresión de género, y características sexuales*. <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2022-09/Protocolo%20OSIE-GCS%20digital%2012sep22.pdf>
- Tello Mendoza, J. A. (2023). *Control de convencionalidad y Estado Constitucional de Derecho*. Tirant lo Blanch.
- Thirlway, H. (2019). *The Sources of International Law* (2ª ed.). Oxford University Press.
- Ulfstein, G. (2013). Law-making by human rights treaty bodies. En Liivoja, R. y Petman, J. (Eds.), *International Law-making: Essays in Honour of Jan Klabbers* (pp. 249-259). Routledge.
- Venzke, I. (2012). *How Interpretation Makes International Law: On Semantic Change and Normative Twists*. Oxford University Press.
- Villiger, M. E. (2009). *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Martinus Nijhoff.
- Von Bogdandy, A. (2019). El mandato transformador del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Legalidad y legitimidad de un proceso iurisgenerativo extraordinario. En Ferrer Mac-Gregor, E., Von Bogdandy, A., Morales Antoniazzi, M. y Saavedra Alessandri, P. (Eds.), *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de De-*

- rechos Humanos: *Transformando realidades* (pp. 25-56). Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Von Bogdandy, A. y Venzke, I. (Eds.). (2011). *International Judicial Lawmaking*. Springer.
- Webb, P. (2013). *International Judicial Integration and Fragmentation*. Oxford University Press.
- Weiler, J. H. H. (2013). Lautsi: A reply. *International Journal of Constitutional Law*, 11(1), 230-233.
- Zambrano, P. (2024). “Artavia Murillo”, “Beatriz”, y la disolución del Rule of Law. En Ranieri de Cechini, D. y Calderone, S. (Eds.), *El aborto ante la Corte IDH: A propósito del caso “Beatriz vs. El Salvador”* (pp. 81-106) El Derecho.
- Zavala Achurra, M. E. (2020). Atrapada entre sistemas legales: valor del precedente para la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista de La Facultad de Derecho*, 48(3), 1-27.

Legislación citada

- Carta de las Naciones Unidas (26/06/1945).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (22/11/1969).
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (23/05/1969).
- Convenio Europeo de Derechos Humanos (04/11/1950).
- Declaración Universal De Derechos Humanos (10/12/1948).
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16/12/1966).

Jurisprudencia citada

- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia SU-214/16* (2016).
- Corte Constitucional de Sudáfrica, *Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another* (CCT 60/04) [2005] ZACC 19; 2006 (3) BCLR 355 (CC); 2006 (1) SA 524 (CC) (1 December 2005).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Duque vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Flor Freire vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.
- Corte Internacional de Justicia, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971.
- Corte Internacional de Justicia, *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009.
- Corte Suprema de Filipinas, *Falcis III v. Civil Registrar-General*, 861 Phil. 388 (2019).
- Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sentencia N° 18-2018 de Sala de lo Constitucional, 11/01/2019.
- Corte Suprema de Justicia de Panamá, N° 1042-16, 13/02/2023.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, *Amparo en Revisión 704/2014* (2014).
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Marckx vs. Bélgica*, núm. 6833/74, 13/06/1979.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Elsholz vs. Alemania*, núm. 25735/94, 13/07/2000.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Fedotova y otros vs. Rusia*, núm. 40792/10, 17/01/2023
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Goodwin vs. Reino Unido*, núm. 28957/95, 11/06/2002.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Keegan vs. Irlanda*, núm. 16969/90, 26/05/1994.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Kroon y otros vs. Holanda*, núm. 18535/91, 27/10/1994.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Oliari y otros vs. Italia*, núm. 18766/11 y 36030/11, 21/07/2015.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Schalk y Kopf vs. Austria*, núm. 30141/04, 22/11/2010.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Şerife Yiğit vs. Turquía*, núm. 51264/99, 02/11/2010.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Tyrer vs. Reino Unido*, núm. 5856/72, 25/04/1978.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *X, Y, Z vs. Reino Unido*, núm. 21830/93, 22/04/1997.
- Tribunal Constitucional de Perú, Pleno. Sentencia 676/2020, 03/11/2020.
- Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

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.

GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN Y BIOJURÍDICA: REFLEXIONES Y PROPUESTA A PARTIR DEL CASO ARGENTINO

María José Adrogué

Universidad Austral

mjadrogue@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0002-0984-1095>

<https://doi.org/10.26422/RJA.2025.0602.adr>

Recibido: 09/09/2025

Aceptado: 08/12/2025

Resumen

Este trabajo toma como puntapié la primera sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina sobre la maternidad subrogada, que no cuenta en ese país con legislación específica. A partir de allí, de un breve repaso de la práctica en sí y de las circunstancias que suelen rodearla, revisa los distintos esquemas regulatorios y su clasificación y ahonda en la consideración general desde los derechos humanos. El trabajo explicita las implicaciones éticas de la maternidad subrogada y los conflictos que plantea la existencia de regulaciones marcadamente diversas en el ámbito internacional. El análisis sigue el método triangular de la bioética: parte de los hechos y circunstancias de la subrogación de vientres para abordar una reflexión interdisciplinaria que involucra sus aspectos éticos, ontológicos y jurídicos. Como consecuencia de ello, la dignidad emerge en el centro de la cuestión. El trabajo concluye con la propuesta de un acuerdo de prohibición global a nivel internacional.

Palabras clave: maternidad subrogada, gestación por sustitución, modelos regulatorios, derecho internacional, derechos humanos, abolición, prohibición, dignidad, filosofía.

Surrogacy and Biolegal: Considerations and Proposals Based on the Argentine Case

Abstract

This paper takes as its starting point the first ruling issued by the Supreme Court of the Argentine Republic on surrogacy, which has no specific legislation in this country. From there, and with a brief review of the practice itself and the circumstances that typically surround it, it examines the various regulatory frameworks and their consideration from a human rights perspective, to explain the ethical implications of the practice and the conflicts raised by the existence of markedly diverse regulations. The analysis follows the triangular method of bioethics: starting from the facts and circumstances, it leads to an interdisciplinary reflection on ethical, ontological, and legal aspects, which ultimately place dignity at the center of the issue. The paper concludes with a proposal for a global international prohibition agreement.

Key words: surrogacy, regulatory models, international law, human rights, ethical dilemmas, abolition, dignity, philosophy.

1. Introducción y justificación: el interés de la cuestión

Las técnicas de reproducción humana asistida que, en sus comienzos en el siglo pasado, asomaron como tratamientos innovadores y disruptivos —diseñados para casos de excepción— se han incorporado a la práctica médica cotidiana, asumidos por las mujeres como alternativas ordinarias que habilitan la posterogación (elegida) de la maternidad, e incluso han obtenido su incorporación a los planes médico asistenciales como prestaciones obligatorias, aun cuando no se trate de intervenciones estrictamente terapéuticas (en la medida en que no curan la infertilidad ni se reducen a esos casos).

En la actualidad, y habiendo cruzado el primer cuarto del siglo XXI, estas técnicas exhiben un nuevo salto: la maternidad subrogada implica un verdadero cambio de paradigma, al combinar técnicas de fertilización *in vitro* heterólogas con la participación de mujeres que no oficiarán como madres, sino que son simples receptoras de los embriones para darlos a luz, sin voluntad alguna de ejercer la maternidad luego de su nacimiento.¹ En este nuevo escenario de combinación de técnicas de reproducción asistida y subrogación de la gestación en mujeres ubicadas en distintas geografías, la mujer gestante ya no sólo no suele guardar relación genética directa con el niño que dará a luz, sino que tampoco suele tener una relación de familiaridad o amistad con los comiten-

1 No entraremos aquí en la cuestión sobre si se trata efectivamente (o no) de una técnica de reproducción humana asistida ni en disquisiciones sobre las denominaciones dadas en esta práctica al niño por nacer.

tes. Generalmente, no reserva para sí ni siquiera la decisión sobre las medidas y cuidados respecto de sí misma y del feto durante el embarazo.² Las contingencias propias de toda gestación natural no son, ciertamente, ajenas a esta práctica, y tratándose de gestaciones originadas en técnicas de reproducción humana asistida (fertilización *in vitro*), la incidencia registrada de complicaciones suele ser mayor, al darse algún incremento de la morbilidad materno-fetal y de la morbi-mortalidad fetal (en comparación con las gestaciones naturales); la hipertensión gestacional, el riesgo de transfusiones y desgarros perineales, el riesgo de histerectomía, las complicaciones en la placentación (acretismo, placenta previa), los defectos congénitos no cromosómicos, los desórdenes por inestabilidad epigenética, los partos prematuros, las madres con preeclampsia y la diabetes gestacional también tienen lugar (Negri Malbrán y Leguizamón, 2020). Las complicaciones médicas ocurren, desafortunadamente, por más que las partes se empeñen en preverlas, prevenirlas y anticipar soluciones, que suelen conducir al sometimiento de la gestante en un todo a la decisión de los comitentes (quienes pueden decidir la práctica de abortos eugenésicos y reducción embrionaria). Cuando todo “sale bien”, el niño sano es entregado por la mujer gestante y recibido por los comitentes (hombres, mujeres, en pareja o en solitario), y la cuestión legal suele centrarse en la determinación de la filiación del niño.³ Sin embargo, la ausencia de reclamos judiciales (en caso de no haberlos) no implica —claro está— la bondad de la práctica, pues las condiciones de contratación, la vulnerabilidad de quien acepta alquilar su cuerpo, el impacto psicológico de la mujer que entrega al niño sin verlo, la crisis del recién nacido separado al nacer, el impacto de la situación en la familia de la gestante (que suele tener otros hijos a cargo) y la imposición de un régimen de estrictísimo control sobre su vida personal siguen teniendo lugar, admitidos por un precio “compensatorio” para la gestante. En el caso de la maternidad subrogada, la salud psicológico-afectiva suele mostrarse afectada, con aparición de cuadros de inestabilidad y desorden (Khalaf et al., 2008; Van der Akker, 2007) y no siempre reciben el debido seguimiento psicológico.

-
- 2 Nótese también que utilizaremos de forma indistinta los términos “embrión”, “feto”, “bebe” o “niño por nacer”, en la inteligencia de que, en todo caso, se trata de una vida humana, de una persona.
 - 3 Más allá de ello, la ingeniería genética y la manipulación que la maternidad subrogada implica plantean lo que Michael Sandel (2007, p. 45). identifica como el “caso”, es decir, el reclamo “contra la perfección” (*the case against perfection*). Allí explica que el fenómeno ha trastocado incluso la paternidad misma, que ha de implicar que el padre no “elige” a sus hijos, cuyas características han de ser impredecibles.

Las implicancias éticas de la maternidad por subrogación son de suma entidad, a punto tal que, según el país del que se trate, mientras en ciertas latitudes se la contempla y regula como una práctica lícita dotada de amplia protección legal, en otras es considerada un delito de gravedad, que importa penas privativas de la libertad. Estos dilemas no son ajenos al lenguaje; las variadas denominaciones que recibe esta práctica bastan para exhibir las distintas posiciones (favorables o condenatorias) en el debate público: se la ha denominado “maternidad subrogada”, “gestación por sustitución”, “alquiler de vientres”, “alquiler de úteros”, “subrogación uterina”, “maternidad por otro”, “maternidad sustituta”, “maternidad intervenida”, “maternidad disociada”, “gestación por contrato”, “explotación reproductiva”, “subrogación altruista”, “gestación solidaria”, “contrato de maternidad delegada” (Albert, 2017; Marrama, 2022; Martínez Muñoz y Rodríguez Yong, 2021).

Un simple paneo de los principales tabloides a nivel global exhibe también las implicancias de esta práctica. La revista *The Economist* del 1 de febrero de 2025 da cuenta de que la subrogación internacional ha reemplazado a la adopción, que presenta caídas estrepitosas: mientras que en 2004 las adopciones internacionales relevadas en Estados Unidos ascendían a 45.000 casos, en 2022 descendieron a 3.700. En España, casos que involucran a personas públicas también son motivo de conversación y preocupación, y en Argentina, últimamente, la cuestión también ocupa informes periodísticos e investigaciones judiciales: el caso de un bebe prematuro abandonado por la gestante y la reticencia de la madre comitente extranjera, que no se presentó (Nöllmann, 2025); las investigaciones que dieron cuenta de la intermediación de profesionales (abogados, escribanos, médicos) en casos tipificados como trata de personas, cuyos servicios son promocionados abiertamente en redes sociales.⁴ No es ajena a esta práctica (que suele involucrar donación de gametos) la preocupación creciente por la falta de control de donantes masivos, que dan lugar a miles de niños que tienen más de una veintena de hermanos biológicos (*Detectaron 85 donantes...*, 2025).

Frente a esta realidad, que pone en escena la dignidad de las personas, el máximo tribunal de la República Argentina dictó en octubre de 2024 la primera sentencia relativa al estatus legal de la maternidad por subrogación y el impacto en las relaciones de familia (la filiación). Se trata de un fallo largamente esperado no sólo por las partes involucradas, sino también debido a los

4 La agencia Sudameris Surrogacy promocionaba abiertamente, entre otros, el “Programa Argentina”, que ofrecía en el extranjero el servicio de alquiler de vientres en ese país. Véase Fahsbender (2025).

diversos criterios adoptados por tribunales inferiores según las jurisdicciones (incluso, una medida cautelar general respecto del Registro Civil de la Ciudad de Buenos Aires), que nos mueve a reflexionar sobre los dilemas éticos que esta práctica encierra y las ventajas y desventajas de su regulación, para finalmente proponer una solución posible. En el análisis, aludiremos someramente a una también muy reciente sentencia dictada por el Tribunal Supremo de España (fechada con solo dos meses de diferencia), que nos permitirá relevar un enfoque jurídico sumamente distinto —puesto que incorpora una reflexión ética—, en un país que ofrece también un marco normativo diverso del argentino.

2. Marco teórico. La bioética como necesidad de una reflexión filosófico-antropológica. El iusnaturalismo

Cuanto expusimos al presentar el problema nos conduce de forma inexorable a la reflexión bioética, disciplina que tuvo su origen, precisamente, en la búsqueda de respuestas en un escenario social que mostraba el (creciente) divorcio entre el mundo científico (especialmente, las ciencias matemático-experimentales y el gigantesco desarrollo de la tecnología) y el pensamiento humanístico. Este divorcio es expresión del profundo conflicto del mundo moderno (posmoderno y neoposmoderno) y sus fisuras, abiertas —en gran medida— por el abandono de la idea de “unidad del saber”, la condena de la moral (y de Dios) al ostracismo y una cosmovisión (y su correspondiente idea del hombre, de la vida, de la conducta) vinculada al conflicto y al cambio (incluso al caos) y desligada de todo orden, naturaleza o esencia. En pocas palabras: una forzada separación entre ontología, ética, ciencia y técnica, que fue percibida como verdadero peligro por el oncólogo R. Potter (1970), a punto de llevarlo a intentar una ciencia de la supervivencia que pudiera ser puente entre dos mundos: “Mankind is urgently in need of new wisdom that will provide the knowledge of how to use knowledge for man’s survival and for improvement in the quality of life” (p. 127). Así pues, el escenario presente al que aludimos en la introducción no refleja ni más ni menos que el enfrentamiento entre las concepciones ontológicas, antropológicas y morales modernas y posmodernas (actuales) y las clásicas (González Gutiérrez y Postigo, 2019). De ahí la necesidad del retorno a la *recta ratio agibilium* aplicada a los copiosos dilemas actuales (Postigo, 2011).

Es que la nueva ética implicó una profunda transformación ontológica y antropológica: las nociones de esencia, naturaleza y ley natural cedieron frente a la materia y la conciencia (razón deductiva), el cientifismo impuso como único

criterio de certeza y verdad al modelo matemático-experimental y terminó por construir un verdadero trono a la autonomía decisoria. Esta cosmovisión —asumida con poca reflexión, pero masivamente—, combinada con el desarrollo frenético de las técnicas y las ciencias (especialmente el avance en el campo de la medicina y la biología), facilitaron la generalización y normalización de prácticas médicas nacidas como excepción, e incluso el reconocimiento del acceso a estas como verdaderos derechos subjetivos (ya no ordinarios, sino como pertenecientes a la categoría de los derechos humanos, con la prevalencia que ello implica).⁵ La misma idea de libertad y dignidad como atributos del hombre, recogidos en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948) y en la Carta de creación de la Organización de las Naciones Unidas (1945) presenta hoy una nueva fisonomía: libertad y dignidad se amalgaman en la nueva idea de la “autonomía”, centrada en la capacidad decisoria sobre la propia vida y el cuerpo, que finalmente admite la facultad de su disposición. En su obra *El derecho y los derechos del hombre*, Michel Villey (2019) expuso —hace ya tiempo— esta transformación cuando estaba en ciernes. El transcurso del tiempo, los cambios socioculturales, los avances tecnológicos y la perspectiva de derechos humanos han reforzado esta mutación, proyectándose sobre otras dimensiones más vinculadas a la subjetividad y el mundo emocional; se ha dado lugar al fenómeno de creación de derechos nacidos exclusivamente del deseo, el pasaje de los derechos humanos (derechos de las personas) a los derechos individuales y de éstos a los derechos transhumanos (Puppink, 2020).

Esta verdadera metamorfosis sociocultural impone una redoblada necesidad de reflexionar sobre el actuar humano, tarea que será más fértil —y honesta— si hacemos explícitos los presupuestos de nuestro modelo teórico (de paso, mitigamos el oscurantismo moderno que denunciaba Jérôme Lejeune): el personalismo ontológico. Es que el punto de partida de cada modelo bioético (sus fundamentos ontológicos, éticos y antropológicos) derivarán en soluciones no sólo distintas, sino incluso contrarias. El utilitarismo, el principialismo, el transhumanismo y la ética de mínimos propondrán distintas soluciones. Es por

5 Michael Sandel (2007) lo expresa así: “When science moves faster than moral understanding, as it does today, men and women struggle to articulate their unease. In liberal societies, they reach first to the language of autonomy, fairness, and individual rights. But this part of our moral vocabulary does not equip us to address the hardest questions posed by cloning, designer children, and genetic engineering. That is why the genomic revolution has induced a kind of moral vertigo. To grapple with the ethics of enhancement, we need to confront questions largely lost from view in the modern world —questions about the moral status of nature, and about the proper stance of human being toward the given world. Since these questions verge on theology, modern philosophers and political theorists tend to shrink from them. But our new powers of biotechnology make them unavoidable” (p. 9).

ello que, en un presente que ha declarado la conquista de la Naturaleza en manos del hombre —aunque ello aparezca la “abolición del hombre” (Lewis, 2016)— y en el que el respeto por la libertad y la diversidad (la autonomía personal y la búsqueda de diferenciación parecen ser valores centrales) ocupan un rol estelar, resulta doblemente necesaria la clara y sincera explicitación de los presupuestos de los que parte cada propuesta de normativa y cada solución judicial.

En nuestro caso, y a partir de la propuesta de E. Mounier (1950), la noción de persona —acompañada de fundamentación antropológica y ética asentada en la ontología y la metafísica— ocupa un lugar vital. El personalismo ontológico se apoya en los postulados de la filosofía aristotélico-tomista, que entiende al saber como unidad con organización jerárquica (hacia la ciencia del ser) y admite la existencia de una realidad cognoscible. Aquí, el hombre se presenta con naturaleza propia y, por tanto, sometido a la ley natural, que es capaz de conocer, reconocer y elegir (atributo de la libertad). La persona es aquí —como enseñó Boecio— sustancia individual de naturaleza racional y se da una identidad ontológica del ser humano y la persona, dotada de dignidad en sí misma. Sin embargo, esta realidad —la persona— no está libre de tensiones. Aunque el realismo clásico conjugue la noción de esencia de la ontología metafísica y la de naturaleza humana como principio esencial teleológico —y de ello derive el criterio o juicio de validez o moralidad (que depende de la adecuación de la conducta a la naturaleza de las cosas, de manera que el bien moral coincide en el respeto y promoción de la naturaleza humana)—, su naturaleza encierra una tensión fundamental, especialmente frente a la idea de apertura (o descentralización) hacia otros, por oposición al ensimismamiento (centralización sobre sí mismo) propio del individualismo.

The nature of the person now discloses its fundamental tension. It is constituted by a double movement, contradictory in appearance but in fact dialectical, on the one hand towards the affirmation of personal absolutes that resist any limitation, on the other towards the creation of a universal union of the world of persons. (Mounier, 1950, p. 29)

Como enseña la corriente personalista, la mera existencia humana implica ser persona y, en cuanto tal, portadora de dignidad. De este modo, la persona (única e irrepetible) es siempre un fin en sí mismo, merecedora de protección. De ahí derivarán, pues, los principios ordenadores de respeto de la vida física, el principio terapéutico de integridad o totalidad y los principios de libertad y responsabilidad, justicia y solidaridad (sociabilidad y subsidiariedad). La rea-

lidad de cada cosa consiste en tener su propia naturaleza, un orden que le imprime *telos* (o finalidad) y que se expresa como ley natural. El ser implica un orden, y las virtudes operan como principios del orden moral, que es universal. Aquí abreva la ética de la virtud de E. P. Pellegrino y D. C. Thomasma (1993).

Llevando el análisis filosófico al ámbito jurídico, surge la pregunta sobre el origen del derecho, su causa fuente y los criterios de validez normativos. Por un lado, el realismo jurídico clásico (que se nutre del realismo filosófico) asume al derecho como el arte de lo bueno y de lo justo (*ars boni et aequi*) y, consecuentemente, su analogado principal está dado por la naturaleza de las cosas (lo justo natural), de lo que el derecho positivo ha de ser reflejo (lo justo positivo). Por el contrario, el positivismo asume explícitamente la separación entre derecho y justicia, reduciendo el primero a la norma (su justificación primigenia no es de contenido, sino de forma, según su creación: dictada por el órgano político pertinente y, luego, su contenido será válido según su conformidad con la norma positiva de rango superior —recuérdese la pirámide kelseniana—). A partir de aquí, pues, las consecuencias serán enormemente diversas; aparece entonces la exhortación a retomar la reflexión sobre la naturaleza de las cosas como remedio que permita superar la oposición entre positivismo e iusnaturalismo y asumiendo la imposibilidad de una distinción tajante entre el ser y el deber ser (De Lezica, 2020).

Las discusiones que asoman son muchas, relativas no sólo a la validez de la norma jurídica, sino también a la creación de (nuevos) derechos, a sus fuentes e, incluso, la prelación entre estas últimas: la ley, la costumbre y los principios generales del derecho (en los países de derecho continental o *civil law*). Mientras las corrientes del realismo jurídico sujetarán el reconocimiento de derechos a su correspondencia con el orden natural, las positivistas admitirán su creación *ab initio*, *ex novo*: basta con una decisión política en tal sentido. En la cuestión de la maternidad subrogada, estos presupuestos marcarán distintos carriles de análisis. También estas corrientes harán jugar de diferente manera los principios jurídicos (nótese que los sistemas jurídicos occidentales —a excepción de los regímenes totalitarios— suelen admitir el principio de legalidad y de reserva, en virtud de los cuales lo no prohibido está permitido y las acciones privadas son ajenas al poder estatal). El contenido y límites de estas posibilidades (el rango de libertad) se corresponderá con el posicionamiento iusfilosófico: a nuestro entender, la legitimidad de las normas y la posibilidad de reconocimiento de un derecho subjetivo ha de perseguir criterios de justicia, que tiene por protagonista a la persona. Este último término excede en mucho la simple noción de

individuo de la especie humana, para expresar una plenitud y perfección particulares vinculadas a su capacidad espiritual (Wojtyla, 2008). Irrumpe, entonces, la idea de dignidad, esa especial cualidad de excelencia referida a la realidad concreta de cada persona humana (Santiago, 2022). Es la potente combinación de tomismo y fenomenología la que presenta al hombre como verdadera persona que se comunica con el mundo objetivo (con la realidad) por intermedio de su interioridad, que involucra la reflexión, la autodeterminación, el libre albedrío. Así, el hombre es dueño de sí mismo *sui iuris*: la persona no puede ser para otra solo un medio. “La naturaleza misma de la persona, lo que ella es, lo excluye. (...) Al tratarla únicamente como un medio se comete un atentado contra su misma esencia, contra lo que constituye su derecho natural (Wojtyla, 2008, p. 34).

Como se adelantó, el objeto de este trabajo es interrogarnos sobre el fenómeno de la maternidad subrogada y los dilemas éticos y jurídicos que plantea, tomando como punto de partida el caso judicial concreto resuelto por el máximo tribunal judicial de Argentina. Comenzamos por el análisis del fallo judicial en tanto constituye una muestra concreta y real de algunos de los conflictos (si no éticos, al menos legales) que acarrea hoy día la maternidad subrogada y, al mismo tiempo, también porque la reflexión jurídica suele replicar el método triangular de análisis de la bioética: los hechos del caso particular imponen la reflexión sobre las normas y bienes jurídicos en juego y, luego de su ponderación, la decisión sobre el caso para arribar a una solución justa (ajustada a derecho para el positivismo jurídico y, además, éticamente aceptable para las corrientes iusnaturalistas). Ello así, pues la reflexión bioética admite (en su tercer momento, práctico) la búsqueda de la respuesta jurídica adecuada (Postigo, 2003).

Luego, con la mira puesta en llegar a conclusiones que excedan el caso particular y la legislación argentina, ampliaremos el análisis a la práctica general de la subrogación de la maternidad, con alusión a las circunstancias que la rodean, los distintos regímenes legales y su extensión al ámbito transnacional. Es decir, nos adentraremos en la práctica propiamente dicha y en las consecuencias que su expansión ha aparejado. Luego de ese relevamiento, por la vía inductiva (con apoyo en la sentencia y los principios de la bioética), repasaremos los bienes en juego para deducir una propuesta de solución general. Comencemos, entonces, por nuestro caso.

3. Conocer el hecho

3.1 El caso judicial. *Sentencia S., I.N. c/A., C.L. s/impugnación de filiación*

Con fecha 22 de octubre de 2024, el máximo tribunal de justicia de la República Argentina dictó su primera (y esperada) sentencia sobre la maternidad subrogada, en una causa que tramitaba un reclamo por impugnación de filiación entablado por una pareja de hombres que había actuado como comitente y solicitaba la expedición de una nueva partida de nacimiento que desplazara a la mujer gestante inscrita como madre, reemplazándola por uno de los actores (el restante coactor había sido inscripto como padre del niño).⁶ El contrato, la práctica y el nacimiento habían tenido lugar en Argentina, cuya normativa no prevé ni regula de forma explícita y/o completa la práctica de la maternidad subrogada.

El principal cuerpo normativo de derecho común —el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC)— contiene un título dedicado a la filiación (“Título V. Filiación”), integrado por 36 artículos distribuidos en seis capítulos. En lo que aquí atañe, destacamos que contiene dos disposiciones generales (arts. 558 y 559) que acogen tres tipos de filiación (por naturaleza, por técnicas de reproducción humana asistida y por adopción) con idéntico efecto, limitan a la cantidad máxima de dos los vínculos filiales en todo caso y le imponen al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas la prohibición de indicar el tipo de filiación en la redacción de los certificados de nacimiento. De forma particular, respecto de las técnicas de reproducción humana asistida (Capítulo 2 “Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida”), establece ciertas reglas de la filiación (arts. 560-564); en especial, la norma del art. 562 establece que los nacidos por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien lo dio a luz y del hombre o la mujer que prestó su consentimiento informado previo, con independencia de quién haya aportado los gametos. Por otro lado, y para supuestos de derecho internacional, el Código Civil y Comercial prevé en su Título IV (“Disposiciones de derecho internacional privado”) algunas reglas generales (Capítulo 1, arts. 2594-2600) y secciones especiales, entre ellas, la Sección 5ª, dedicada a la Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida (arts. 2631-2638). Las disposiciones generales recogen la regla de la aplicación de la norma según los instrumentos de derecho internacional (art. 2594), los criterios de aplicación

6 Autos S., I.N. c/A., C.L. s/impugnación de filiación, CIV 86767/2015/1/RH1 y otro, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=8027721>

del derecho extranjero (art. 2595), el fraude a la ley (art. 2598), la primacía de las normas imperativas por sobre la autonomía de la voluntad (art. 2599) y la prevalencia del orden público nacional frente al derecho extranjero (art. 2600), entre otras cuestiones. Sin perjuicio de que estas normas no fueron motivo de análisis en la sentencia dictada —por tratarse de un caso estrictamente nacional que no planteaba cuestiones relativas al derecho aplicable—, el interés que presentan estas reglas es innegable, de modo muy especial frente a la creciente internacionalización de la práctica de la maternidad subrogada. Es por ello que, luego de repasar muy sintéticamente las cuestiones analizadas en la sentencia —vinculadas a los principios jurídicos y éticos en juego—, pasaremos revista brevemente a las distintas regulaciones a nivel internacional.

Yendo a la sentencia, la cuestión central radicó en dilucidar si, respecto de la práctica de la maternidad subrogada, el régimen legal argentino presenta una laguna normativa que habilite la libre regulación de su práctica y de sus efectos por vía contractual entre comitentes y gestante, o bien si se trata de una práctica que —aunque no regulada de forma especial por no estar recogida de forma expresa en la legislación nacional sobre técnicas de reproducción asistida (Ley 26862 de Reproducción médicamente asistida) y su decreto reglamentario (Decreto 956/2013)— sí está alcanzada por el régimen filiatorio establecido por el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

La primera posición (sostenida por los actores y por la gestante demandada que se allanó al reclamo y recogida en la sentencia de primera instancia), se sustentó principalmente en el principio de la autonomía personal (comprendido del derecho a la voluntad procreacional), la libertad (en sentido de no injerencia en la vida privada y familiar según las propias elecciones), el principio de legalidad (art. 19 de la Constitución Argentina), la igualdad, la no discriminación, el derecho del niño a la identidad y la consideración de los derechos reproductivos como derechos humanos. Nótese que la parte actora sostuvo que el art. 562 del CCyC (que le atribuye la maternidad a quien da a luz) regula una situación distinta de la de la maternidad por subrogación, motivo por el cual no solicitó su declaración de inconstitucionalidad. A pesar de esta circunstancia —que suele cerrar el acceso de la causa a conocimiento del máximo tribunal—, la Corte consideró de gran trascendencia la materia debatida y estimó necesaria su intervención, especialmente frente a un escenario de incertidumbre con pronunciamientos disímiles dictados por los tribunales inferiores.⁷

7 A este respecto, resulta interesante el relevamiento jurisprudencial de Laferrière (2017a), que analiza diez fallos sobre maternidad subrogada dictados entre 2014 y 2016 (todos ellos, validatorios de la

El análisis formulado por la Corte Suprema de Justicia comienza afirmando la diversidad regulatoria a nivel mundial, que “refleja las diferentes posturas éticas, sociales y legales” (considerando 6, voto mayoritario), y que la técnica de gestación por subrogación es un mecanismo de reproducción humana asistida que, aunque no haya recibido una reglamentación expresa y diferenciada en el orden jurídico argentino, tiene fijado legalmente la determinación de la filiación. Establecido lo anterior, señala: (a) que la ley es clara en su texto, de modo que no exige un esfuerzo interpretativo de integración; (b) que la norma del art. 562 del CCyC no es discriminatoria ni se opone a la diversidad sexual, pues no evidencia fin persecutorio contra determinada categoría de personas; (c) que la garantía constitucional de la igualdad sólo requiere que no se establezca privilegios o excepciones a unos, negados a otros en idénticas circunstancias; (d) que la regla filiatoria establece idénticas consecuencias para todas las hipótesis de maternidad subrogada; (e) que la obligación de dar respuesta jurisdiccional no habilita al juez a sustituir con su opinión la voluntad del legislador; (f) que el concepto de “voluntad procreacional” puede remitir a los pretensos progenitores (comitentes), a la gestante o a todos ellos, siendo esto un problema por cuanto el texto de la norma es inconciliable con las hipótesis asignables a esa expresión;⁸ (g) que no puede invocarse un vacío normativo que habilite el prin-

práctica) centrados en la cuestión de la filiación; entre ellos, sólo uno trata —y lo hace de modo parcial— la cuestión de la nulidad del contrato y todos evitan el análisis de fondo: la cosificación del niño y de la mujer y su instrumentalización. La cuestión de la dignidad y la privación de los elementos constitutivos de la identidad están también ausentes. A esos fallos luego sobrevinieron al menos otros dos de trascendencia: uno dictado el 23/03/2022 por el tribunal de Alzada en lo Civil y Comercial Federal —Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones, autos S., E.R. y otro c. *Dirección de Obra Social Servicio Penitenciario Federal s/ Amparo de Salud*— (en fecha coincidente con la sentencia 277/2022 del Tribunal Supremo de España), que, aunque ajeno a la cuestión filiatoria —pues se trataba de un amparo por cobertura de salud en la que una pareja le solicitaba a la obra social la cobertura integral de la fertilización *in vitro* y gestación por subrogación—, entendió que la práctica no había sido admitida en el régimen legal argentino. Por otro lado, en un reclamo iniciado por el Defensor del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires y la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT) por la cuestión filiatoria (causa nro. A1861-2017-0) y en el marco de una acción colectiva, se dictó sentencia de alzada (Cámara de Apelaciones en lo Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires) que le ordenó al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Capital Federal inscribir provisionalmente a los niños nacidos por subrogación como hijos de los comitentes sin emplazamiento de la gestante, haciendo una diferenciación entre la filiación y la registración.

- 8 Si la voluntad procreacional refiriera a los comitentes, no habría correspondencia entre ella y la filiación, porque uno de los comitentes quedaría excluido de la registración. Si refiriera a la gestante, la registración filiatoria guardaría consistencia biológica pero no afectiva; indica la Corte “Asumir esta conclusión importaría abrir las puertas al llamado comercio o alquiler de vientres, algo que el legislador no ha validado en absoluto y que —en el extremo— podría conducir al aprovechamiento de un sector vulnerable de la población” (Considerando 12). Por último, si la voluntad procreacional

cipio de discreción emergente del art. 19 de la Constitución Nacional; (h) que el juez no puede declarar la inconstitucionalidad basado en el desacuerdo con la norma; (i) que las partes cuentan con otro instituto jurídico que da respuesta a su petición, como es la adopción por integración prevista en la legislación.

Las limitaciones de este trabajo impiden analizar pormenorizadamente las diferencias entre los votos de los magistrados, y aclaramos aquí que la síntesis expresada en el párrafo previo corresponde al voto común de la mayoría del tribunal conformada por los Dres. H. Rosatti, C. Rosenkrantz y R. Lorenzetti. Adicionalmente, los dos últimos se explayaron separadamente sobre otras cuestiones, mientras que hubo un voto en disidencia del Dr. J. C. Maqueda. Por mencionar sólo las principales reflexiones contenidas en sus votos, destacamos: (1) la remisión al Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante, TRHA) de la Organización Mundial de la Salud del año 2009, que incluye el útero subrogado (votos de Rosenkrantz y Lorenzetti); (2) que la única interpretación que respeta el texto de la norma es que la “voluntad procreacional” y el “consentimiento” se refieren (en lo relativo a los efectos filiatorios) a la utilización de las TRHA y no es posible asignarle un sentido incompatible con la regla filiatoria de quien da a luz (votos Rosenkrantz y Lorenzetti); (3) que la ausencia de vínculo genético no puede ser invocada para impugnar la maternidad en la filiación por TRHA (votos Rosenkrantz y Lorenzetti); (4) que la ausencia de regulación de la maternidad subrogada de modo diferenciado de las restantes TRHA y el hecho de no estar prohibida no implican un vacío legal (votos Rosenkrantz y Lorenzetti); (5) que el Estado tiene un interés legítimo en adoptar para todos los casos de TRHA un sistema legal de determinación del vínculo filiatorio, basado en criterios del legislador ajenos al control judicial (voto Rosenkrantz); (6) que es irrelevante el acuerdo de gestación y la voluntad de la gestante de no tener vínculo jurídico con el niño, porque las normas de filiación se asientan en motivos de orden público (votos Rosenkrantz y Lorenzetti); (7) que el análisis sobre la eventual colisión de la aplicación de la norma del art. 562 del CCyC al caso concreto y los derechos constitucionales debe ser limitado en el sentido de considerar que, existiendo una posible solución al litigio, debe estarse a favor de la validez de las normas (voto Rosenkrantz); (8) que la decisión personal de utilizar TRHA no puede suponer (por no estar expresamente prohibida) que se reconozca —con intervención judicial— un vínculo filiatorio distinto del expresamente establecido (voto

refiriera tanto a comitentes como a la gestante, la filiación tendría tres personas, lo que está prohibido en el régimen legal argentino.

Rosenkrantz); (9) que la determinación del vínculo filiatorio no constituye una injerencia arbitraria en la vida privada, pues se trata de una regulación de orden público fundada en criterio de oportunidad y conveniencia (votos Rosenkrantz y Lorenzetti); (10) que la norma tampoco impide el derecho de fundar una familia ni impone un concepto único de familia y que la legislación prevé también diferentes mecanismos para ello, como la adopción de integración (votos Rosenkrantz y Lorenzetti); (11) que la debida atención al interés superior del niño como consideración primordial no se ve quebrada por la aplicación de la norma filiatoria vigente y que las partes no identificaron el supuesto perjuicio al niño, ni siquiera la existencia de conflicto entre las partes (votos Rosenkrantz y Lorenzetti); (12) que no hay vulneración del derecho a la identidad, puesto que el sistema legal establece la filiación según una realidad biológica (gestación), de modo que no hay incertidumbre, privación ni alteración ilegal de la identidad (voto Lorenzetti), ni hay irreversibilidad de tal situación filiatoria, dados los mecanismos de adopción disponibles (voto Rosenkrantz); (13) que la norma filiatoria no puede ser considerada inconstitucional (votos Rosenkrantz y Lorenzetti); (14) que, dada la trascendencia de los intereses en juego y la litigiosidad que ha suscitado, corresponde poner en conocimiento del Poder Legislativo este fallo (votos Rosenkrantz y Lorenzetti).

El planteo del voto del Dr. Lorenzetti, mayormente coincidente, se diferenció puntualmente al añadir el análisis consecuencialista. Así, luego de explicitar la trascendencia de la materia y la incertidumbre surgida de la variedad de pronunciamientos disímiles, expone la necesidad de delimitar los hechos, identificar la norma y formular el juicio de subsunción; como segundo paso, comprobar la coherencia entre la solución deductiva y los precedentes judiciales; en tercer lugar, asegurar la coherencia y armonización con el sistema jurídico; y como cuarto paso, analizar las repercusiones futuras. A este último respecto —luego de expresar que el examen de coherencia constitucional es también afirmativo por no evidenciarse discriminación en razón de la orientación sexual, ni fin persecutorio, y porque la aplicación de la norma tiene consecuencias semejantes para parejas homosexuales y heterosexuales—, advierte sobre la extensión analógica de la habilitación de esta práctica por medio de la interpretación jurisprudencial, que abriría una serie de problemas que sólo el Congreso puede regular, habiendo decidido no hacerlo. A ello agrega otras consideraciones, como: (1) que los actores y otras personas recurren a estas prácticas por razones que consideran legítimas y son relativas a su autonomía personal, pero esa decisión trasciende dicha autonomía; (2) que la solución

no puede basarse en el solo deseo personal porque se trata de acciones con repercusiones frente a terceros; (3) que el interés superior del niño no se ve garantizado, especialmente frente a la variedad de acuerdos —muchos, puramente comerciales— que se ofrecen en distintos países; (4) que hay una cuestión de género a atender, como es la de la vulnerabilidad de las mujeres gestantes, la extrema pobreza y la comercialización; (5) la relevancia de establecer si es una práctica excepcional (sólo admitida ante supuestos de imposibilidad) o es una opción sin limitaciones restrictivas que puede llevar a múltiples combinaciones cada vez más conflictivas y difíciles de resolver; (6) que la complejidad quedó acreditada con el debate de proyectos de ley y las estrictas condiciones requeridas para el consentimiento legal, incluida la autorización de judicial.

Por último, diremos que el voto en disidencia del Dr. J. C. Maqueda decidió que correspondía hacer lugar a la inscripción de copaternidad y el desplazamiento de la madre, fundándose en lo siguiente: (1) la ausencia de prohibición de la técnica en la legislación argentina, a diferencia de otros países; (2) una interpretación distinta de la norma del Código Civil y Comercial, a la que limita a las restantes TRHA porque entiende que la maternidad por subrogación presenta singularidades que le son propias (entre ellas, que intervengan tres personas) y dilemas éticos y jurídicos particulares, que llevaron al legislador a decidir omitir su regulación. Habría, a su entender, una laguna normativa que debe ser cubierta recurriendo a los principios generales del derecho y a la analogía, hasta tanto el Poder Legislativo regule la materia. Así, entiende que la voluntad procreacional consiste en la intención de ser padre o madre, que el interés superior del niño impone la necesidad de revisar las particularidades de cada caso, que implican la voluntad procreacional y quien cumple los deberes de cuidado y crianza; la necesidad de cumplimentar la inscripción del niño de forma inmediata a su nacimiento, la asimilación del derecho a la identidad con la individualidad y la vida privada, la experiencia histórica personal y los vínculos familiares; la consideración socioafectiva, la asunción de una maternidad “forzada” por parte de quien sólo aceptó ser gestante, y que el derecho a la identidad del niño puede ser respetado mediante la proporción de la información a él, por parte de sus progenitores, sólo cuando él lo solicite (es decir, el derecho a conocer la identidad queda relegado al ámbito doméstico).

Recapitulando: la sentencia de primera instancia había hecho lugar a la demanda, luego revocada por la Cámara de Apelaciones. El eje del debate se centró en la aplicación de la norma del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación que dispone que la filiación de los niños nacidos por esta técnica

corresponde a quien da a luz y al hombre o mujer que prestó su consentimiento previo, con independencia de la aportación de gametos. Por otra parte, la norma del art. 558 del CCyC establece que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales. Interesa recordar que, en el régimen legal argentino, luego de un gran debate y de la promulgación de un nuevo Código Civil y Comercial que entró en vigencia en el año 2015 (y receptó normas sobre las TRHA), se omitió dictar una regulación específica para la maternidad subrogada, limitándose a establecer las reglas de la filiación para las técnicas de reproducción asistida. Según vimos, aquí el máximo tribunal entendió que la posición del legislador era clara y no puede el Poder Judicial arrogarse facultades que le son del todo ajenas. Destacamos de nuevo que no hubo en el caso conflicto entre distintas regulaciones (a excepción de la contractual y la legal) o aplicación de normas de derecho internacional, sino que la discusión se centró en la (in) existencia de una laguna normativa. Si bien ninguno de los magistrados admite la inconstitucionalidad de la norma argentina que fija el régimen de filiación (se admite que la autonomía consiste en la elección de las TRHA, pero no se proyecta sobre la filiación, que es de orden público), se destaca la necesidad de dar alguna solución a estos casos, ya sea por vía de su legislación por parte del Congreso Nacional (voto mayoritario) o de forma excepcional mediante la vía judicial (voto en disidencia).

A pesar de la transcendencia de la materia y la existencia de una situación de cierta anarquía en términos de ausencia de uniformidad de criterios en los tribunales del país, el alto tribunal ciñe (a excepción del argumento consecuencialista del voto del Dr. Lorenzetti) su análisis a criterios básicamente de interpretación normativa y al análisis del caso particular. Se centra en la dilucidación de los conceptos de discriminación e igualdad, autonomía (que asimila la voluntad procreacional y limita frente al orden público del régimen filiatorio), aunque también alude a la libertad y el derecho de formar una familia, para el cual considera que existen distintos mecanismos legales disponibles, entre ellos, el instituto de la adopción. Alude, en el voto en disidencia, al derecho a la identidad. El fallo trata los argumentos traídos y evita, así, un análisis iusfilosófico o, incluso, antropológico del tema. Hemos de suponer —especialmente frente a la altura doctrinaria de los miembros de este alto tribunal— que la limitación del análisis estuvo signada por la decisión, *ex profeso*, de evitar incurrir en *obiter dictum* que pudiera adelantar criterios. En el voto mayoritario, se insta al Poder Legislativo a brindar una solución general a la subrogación, pero se lo hace con cuidado de no entrar en reflexiones que puedan exceder lo estrictamente

jurídico-normativo. Posiblemente, es por ello que la palabra “dignidad” está ausente a lo largo de todo el fallo: la *ratio decidendi* se ha ceñido a la cuestión de la laguna normativa y el juego entre la autonomía y el orden público en materia filiatoria, sin entrar en el estudio de los valores y derechos involucrados en la práctica de la subrogación. Es que la consideración de la dignidad como eje de la problemática habría comportado un doble desafío: no sólo la introducción de “la cuestión moral”, sino también (y de modo especial) la explicitación de nociones y posiciones antropológicas (posiblemente antagónicas).

Frente a esta sentencia, y en el escenario nacional descripto, intentaremos aportar un análisis ético de la cuestión, con la esperanza de contribuir al diseño de políticas públicas y modificaciones normativas que nos acerquen a una solución general. Para emitir un juicio ético adecuado, es necesaria una reflexión que contemple la cuestión teórica de la maternidad subrogada (en qué consiste esta práctica en términos conceptuales) y también las circunstancias que suelen acompañarla. Con ello, atenderemos también a quienes sostienen, como Arienza (2023) que esta práctica no supone por sí misma un atentado contra la dignidad, sino que —en todo caso—, la vulneración de la dignidad se evidenciará (o no) según el contexto.

3.2 La práctica de la subrogación (las circunstancias de la rodean)

La definición de “maternidad subrogada” presenta variantes; si bien ha estado presente en la historia de la humanidad, su conceptualización (y su práctica) han sufrido importantes modificaciones conforme no sólo el avance de la técnica, sino también la generalización de esta práctica e, incluso, el posicionamiento y adopción de distintos criterios. Así, en 1984 el Informe Warnock” (Reporte del Comité de Investigación sobre fertilización humana y embriología, del Reino Unido) la identificó como la práctica mediante la cual una mujer gesta a un niño para otra mujer con la intención de entregárselo después de que nazca (cap. 8, punto 8.1.), pudiendo importar distintas modalidades según sea el aporte genético (de la gestante, de la madre comitente, de una donante, del marido de la gestante, del padre comitente, de un donante, un embrión donado). Pero hoy día, dado el desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida, esta práctica ya no requiere de un encuentro sexual entre la gestante y quien aporta los espermatozoides, sino que mayoritariamente se trata de embriones obtenidos por fecundación *in vitro*, luego transferidos a la gestante. Sin embargo, no siempre es necesaria la concurrencia de tecnología reproductiva

y —como explica Bellver Capella (2015)— el término maternidad subrogada refiere más bien a una diversidad de actuaciones (y no a una técnica particular) que lo que tienen en común es “la voluntad de retirar la condición de madre a quien ha dado a luz al bebé y atribuirlo a otra, otro u otros” (p. 24).

Desde la primera práctica de subrogación con TRHA ocurrida en 1976 en el marco de la “solidaridad gestacional” entre mujeres estériles —para situaciones de excepcionalidad— y el Informe Warnock hasta la actualidad, la práctica ha sufrido enormes mutaciones, como la existencia de agencias de intermediación internacional, la instalación de *fertility farms* y el acceso a esta práctica por parte de toda persona que libremente lo desee (y pueda costearlo). Lejos de tratarse de “una mujer que gesta para otra mujer”, estamos frente a una compleja convención regulada, un acuerdo de voluntades (un contrato) mediante el cual una mujer lleva adelante la gestación obtenida mediante técnicas de reproducción humana asistida y asume el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que puede tratarse de una persona, una pareja heterosexual u homosexual, casada o no, que pueden aportar (o no) los gametos. También se lo ha definido más actualmente como la práctica mediante la cual los solicitantes contratan a una mujer para que geste, hasta el parto, un embrión obtenido mediante fecundación *in vitro* para entregárselo y que sea registrado como su hijo, y diferenciándola explícitamente de las técnicas biomédicas de reproducción asistida y de los tratamientos de infertilidad propiamente dichos —pues, por un lado, constituyen el uso comercial de las técnicas y, por el otro, los comitentes continúan con los mismos impedimentos de fertilidad (Alberti et al., 2024)—. Si bien hay quienes conceptualizan esta práctica como una TRHA (así se admite en la sentencia del alto tribunal que comentamos), lo cierto es que pensamos junto con Ales Uría (2020) que se acerca más a un supuesto de supresión y atribución voluntaria de la filiación, pues está ausente la fungibilidad del aporte del tercero y la colaboración o servicio es continuado (no se reduce a la donación de material genético). Así, no hay posibilidad de fragmentación física, psicológica y afectiva, en la medida en que la mujer aporta la totalidad de su cuerpo para la anidación, gestación y parto.

Hoy día, la maternidad subrogada implica —en la mayoría de los casos— varias fases diferenciadas: la obtención de óvulos y espermatozoides (usualmente denominada “donación”, aunque se trata de una compraventa), la fecundación *in vitro*, la implantación y el embarazo y finalmente el parto. Frecuentemente, cada una de estas fases ocurre en distintas geografías, ya sea por motivos legales o por razones socioeconómicas: gametos obtenidos mediante bancos que

ofrecen óvulos, espermatozoides congelados, fecundación artificial en el país de residencia de los comitentes, implantación o transferencia del embrión en el país de residencia de la gestante y nacimiento en grandes ciudades cercanas (o no) a la residencia de quien dará a luz o bien de los comitentes. Luego, nacido el niño, y según el lugar de nacimiento, generalmente hay un nuevo traslado, pues migra al país de residencia de los comitentes, donde habrá de radicarse. Ciertamente, el tipo de regulación de los países (además de los costos) impacta en la internacionalización de la subrogación: una cerrada protección legal del anonimato de los donantes (y consiguiente imposibilidad de acceso a su información y contacto y eventual reclamo filiatorio) ocupa un papel primordial en la fase de obtención de los gametos; la regulación y provisión de las técnicas de reproducción humana asistida (selección genética preimplantatoria, limitación de número de embriones a transferir, criopreservación y donación de embriones, incluso la provisión obligatoria de estas técnicas por parte del servicio público de salud) es decisiva para la segunda fase; la legalización del aborto en distintos supuestos (libre —para el escenario de arrepentimiento de las partes—, con o sin limitación temporal, eugenésico) así como la legalización (total o condicionada) o la prohibición de la subrogación y las reglas sobre filiación son centrales en la fase tercera. Finalmente, en la última etapa, suele prevalecer la exigencia (por parte de los comitentes) de clínicas privadas que cuenten con servicios permanentes de obstetricia y neonatología de cierta complejidad, así como facilidades para la inscripción del recién nacido y la obtención de su documentación personal. En cuanto al último traslado (del niño nacido), es donde suelen surgir los reclamos vinculados a la validación e impugnación de la filiación y nacionalidad del niño, como muestran las contiendas judiciales de tipo internacional.

Las principales clasificaciones sobre esta práctica refieren a su finalidad: altruista o lucrativa (según la mujer gestante reciba una mera compensación de gastos o una retribución); al origen de los gametos: subrogación tradicional (en desuso) —en la que la gestante aporta los gametos— o maternidad gestacional —en la que el embrión no guarda relación genética con ella—; a la complejidad y cantidad de personas involucradas: total (si ningún gameto corresponde a la gestante ni a los comitentes) o parcial (si la gestante o el comitente han aportado material genético), también llamadas homóloga o heteróloga. Aparecen en este último caso seis posibles progenitores, según las combinaciones de cada caso: la madre gestante, la madre comitente, la madre que aportó los gametos, el padre comitente, el padre que aportó los gametos y el cónyuge de la mujer gestante (dada su paternidad presunta). Notemos que, llegado el momento en el que se

creen gametos artificiales, aumentarán las combinaciones posibles. También se la clasifica según el tipo de padres (pareja homosexual o heterosexual, un varón, una mujer, más de dos personas en diferentes combinaciones que incluyan la poligamia o incluso una persona jurídica); según las condiciones de entrega del bebé (con o sin libertad de la gestante para conservarlo); según la causa (imposibilidad médica, biológica, razón profesional, social o personal); según la localización geográfica del comitente y de la gestante; según la existencia (o no) de vínculo afectivo o familiar (en cuyo caso, el niño tendrá un doble vínculo con la gestante, por ejemplo, su tía); según la relación jurídica entre las partes (una agencia privada que ofrece el servicio reproductivo completo, un mediador, una agencia estatal); según el marco legal (regulada, prohibida, etc.); según el nivel de conocimiento y libertad de la gestante; según otros aspectos técnicos y condiciones (que involucren la estimulación ovárica, que la gestante sea madre de otro hijo).⁹

Si bien se cuenta con algunos informes nacionales e internacionales de distinto tipo que dan cuenta de los principales aspectos de esta realidad —y, con ello, nos permiten trazar un mapa orientador—, se trata de un ámbito en el que la casuística suele ser variada (Comité de Bioética de España, 2023) y la información no suele ser abierta y transparente por parte de sus implicados principales: clínicas, Gobierno, comitentes, gestantes y abogados, lo que supone un mayor reto en términos de su investigación (Alberti et al., 2024). Sin perjuicio de lo antedicho, en el ámbito médico, la información suele ser más explícita, aunque dotada de un lenguaje técnico prácticamente inasequible al público general. En ese tipo de publicaciones, la práctica del diagnóstico prenatal de trastornos genéticos para la selección y transferencia de embriones es asumida, sin más, como necesaria para el “bienestar en la descendencia”, incluso por parte de los más prestigiosos genetistas (prólogo del Dr. E. Gadow en Quintana et al., 2020): los tests PGT-A (detección de aneuploidías), PGT-SR (de defectos cromosómicos estructurales) y PGT-EM (para enfermedades monogénicas) están a la orden del día y se proponen como “la opción diagnóstica más temprana” (Arenas et al., 2020, p. 107) frente al riesgo de descendencia portadora de alguna alteración genética. El resultado de estos tests de diagnóstico decidirá la transferencia o descarte del embrión obtenido. En esta práctica, la cuestión de la búsqueda de la perfección y la ingeniería genética también se hace palpable.

Centrémonos ahora en la maternidad subrogada propiamente dicha para

9 Conf. Bellver Capella (2015) y Comité de Bioética de España (2023).

conocer las condiciones y circunstancias que suelen rodear a esta práctica. Esto es necesario para poder aplicar el método triangular que lleve desde el conocimiento de los datos y circunstancias de la realidad (la consideración del hecho), por vía inductiva, a la de los bienes implicados y, finalmente, mediante un proceso deductivo, a la resolución práctica (la propuesta de solución jurídica). El primer momento de la reflexión, el primer paso en el método triangular requiere “saber qué se está haciendo, en qué consiste la realidad” (González Gutiérrez y Postigo, 2019, p. 183). Hemos visto previamente el caso particular y la primera sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina y, con ello, se ha despertado la necesidad de una reflexión en biojurídica. Resta conocer más detalles de la realidad de esta práctica para que el análisis no se reduzca estrictamente a lo legal, sino que cumpla con la necesaria interdisciplinariedad que evite la mirada reduccionista. Nos adentraremos entonces brevemente en esta práctica tomando dos relevantes informes: el informe del Comité de Bioética de España (2023) y el Informe temático sobre prácticas abusivas en la gestación por sustitución de la Relatora Especial de Naciones Unidas (2018, A/HRC/37/60) —junto con su informe complementario (Informe A/74/162)—. La sola revisión de ellos ofrece suficiente información para formarse idea sobre esta realidad.

Corresponderá repasar, entonces, el proceso de contratación de la subrogación que llevan a cabo las agencias intermediarias y que refieren no sólo a la selección de las mujeres, sino también a las condiciones a las que ellas se avienen. Así, suele tratarse de mujeres en situación de desventaja socioeconómica que acceden a este “servicio” por motivos estrictamente económicos. Se trata, generalmente, de mujeres casadas que cuentan con descendencia sana y no han sufrido complicaciones durante el embarazo y el parto (esto constituye, en cierto modo, garantía de una mayor calidad en el servicio), jóvenes de edad y desempleadas. Reciben un monto de dinero que varía según el país del que se trate, sea que se lo estipule como precio o se lo califique de compensación, y suele exigírsele la entrega de la documentación personal (actas de nacimiento) de la gestante, su esposo e hijos a la agencia intermediaria. También es frecuente la prohibición de mantener relaciones sexuales durante el embarazo, por lo que se le impone la separación de su familia y su entorno, en ocasiones no sólo hasta el parto, sino incluso hasta la obtención de la documentación final de filiación para los comitentes. La aplicación de estrictas terapias de desapego que les prohíben a las madres desarrollar cualquier vínculo emocional con el niño que llevan en su vientre (que conlleva una verdadera disociación cognitiva y

psicológica), la imposición de cesáreas sin consentimiento voluntario (violencia obstétrica) o de partos naturales aun en caso de riesgo de la madre, la reducción embrionaria en caso de embarazos múltiples, el aborto selectivo y la sumisión total e irrevocable por parte de la gestante a las decisiones de los comitentes respecto de la salud y la vida del niño y de la gestante conforman el menú de cláusulas de estilo.

El Informe del Comité de Bioética de España (2023) resulta vital no sólo para comprender la complejidad de la práctica (las técnicas), sino también para dimensionar su impacto en todos los planos de la vida humana —cultural, social, ético y jurídico—. Sin intentar agotarlos, destacamos: las condiciones de entrega del niño, la localización geográfica de comitentes y gestante, su diferenciación sociocultural, el nivel de conocimiento y libertad de la gestante, los aspectos biológicos y psicosociales de la relación madre-hijo (la memoria del cuerpo de la mujer gestante, el impacto en su arquitectura cerebral, la relación intrauterina y la urdimbre afectiva del bebe, el apego y la lactancia), la manipulación propia de las técnicas de reproducción asistida y el diagnóstico preimplantatorio al que hemos hecho mención (el aborto, la reducción embrionaria, la selección eugenésica), la plena potestad decisoria de los comitentes respecto de toda práctica en la madre gestante y el feto, el control completo de la vida de la madre gestante (*baby farms* con reclusión y prohibiciones de todo tipo), el pago de dinero, la cosificación del niño y de la reproducción, la mercantilización del cuerpo, el verdadero consentimiento libre e informado, la trata de personas (la venta de niños). El referido informe detalla interesantes aspectos de la relación madre-hijo durante la gestación: el microquimerismo y la incorporación por parte de la gestante de células procedentes de la sangre del embrión (que se almacenan en la médula ósea para luego dispersarse en los órganos de la madre), la modificación en la arquitectura y la morfología cerebral de la madre (desarrollo de conexiones neuronales creadoras del vínculo de apego cognitivo-afectivo). Por parte del niño, además de las cuestiones biológicas (desapego), también se lo priva del conocimiento sobre sus orígenes biológicos mediante la supresión de su identidad. A su vez, las agencias ofrecen (a quienes puedan costearlo) todo tipo de posibilidades de elección respecto de las características genéticas del niño y les garantizan a los comitentes un seguimiento completo de la evolución médica del embarazo, que incluye su presencia en los controles médicos. Las condiciones que cumplen la mujer gestante y los comitentes, relativas a las eventuales complicaciones del embarazo y el fuerte conflicto de interés entre ellos, dio lugar al dictado de nuevas recomendaciones por parte de

la American Society for Reproductive Medicine y la Society for Assisted Reproductive Technology (2022), que en un informe especial de Comisión, además de indicar que este tipo de práctica ha de corresponder a casos terapéuticos (de imposibilidad médica o riesgo de vida de embarazo), señala la necesidad de la participación de abogados independientes por parte de cada contratante, hace especial hincapié en la necesidad de profundo apoyo psicológico para ellos y recomienda un largo listado de estudios genéticos preimplantatorios (para la selección de los embriones) y posteriores (durante el embarazo, para evaluar su continuidad), además de evaluaciones que releven especialmente eventuales situaciones de coerción.

Los informes presentados por la relatora especial ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, a los que hemos aludido, dan cuenta de fuertes prácticas abusivas, venta de niños y venta de servicios, así como abandonos posparto. Especialmente se constata (en lo relativo a su regulación) un abandono de las exigencias impuestas a la adopción internacional para evitar la venta de niños (Marrama, 2019). Se daría una suerte de doble vara en cuanto a la protección de los niños y la prohibición de su venta: mientras que en la adopción internacional hay estándares estrictos para impedir y perseguir su comercialización, en la maternidad por subrogación la ausencia de regulación habilita y promueve la venta de niños. En los informes presentados por la relatora especial sobre la venta y explotación sexual de niños (A/HRC/37/60) (Marrama, 2019) se da cuenta —entre otras— de las siguientes cuestiones: (1) que la hipótesis de la venta de niños es aplicable a la gestación por sustitución; (2) que los contratos internacionales muestran, como pautas transfronterizas, que los aspirantes a progenitores corresponden a países desarrollados, mientras que las madres de alquiler se ubican en países en desarrollo, con excepciones; (3) que las redes comerciales internacionales se mueven de jurisdicción según los cambios regulatorios; (4) que es necesario elaborar normas internacionales; (5) que suele someterse a las madres de alquiler a abortos selectivos con fines de reducción; (6) que, en caso de negarse a la práctica del aborto, se les exige una indemnización monetaria; (7) que las redes comerciales suelen trasladar a las madres de un país a otro estando embarazadas; (8) que la tasa de arrepentimiento o cambio de opinión es mayor en los comitentes que en las mujeres gestantes.

3.3 Modelos regulatorios en el ámbito internacional

Resta mencionar —por tratarse de información relevante que permite conocer el “hecho” en sentido lato— los distintos modelos regulatorios sobre esta práctica. Sin pretender agotar el relevamiento ni el análisis legal en todos los países, parece importante repasar los principales modelos. Adelantamos que, *prima facie*, aquellas regulaciones que admiten la subrogación abrevan en el positivismo, de modo que el escrutinio de la conducta se reduce a su correspondencia con la norma, considerada válida *per se*. Por otro lado, el realismo jurídico clásico propone un análisis de correspondencia entre norma y valores, para luego predicar su justicia y/o validez. Esta matriz diferencial en la consideración sobre la justicia y la validez de las normas tiene fuerte impacto, y su proyección no se limita a la interpretación y aplicación de las normas (propio de los tribunales), sino incluso a su elaboración, en la medida en que se considere que ética y derecho son disciplinas conexas, o inconexas. Aquí radica, pues, la necesidad de incorporar la cuestión de la naturaleza de la persona en el debate jurídico (legislativo y judicial).

Entrando en los modelos regulatorios, adelantamos aquí cuatro salvedades. En primer lugar, esta regulación exhibe una permanente modificación en el mundo, de modo que la agrupación que aquí hacemos de los países está en constante cambio.¹⁰ En segundo lugar, los modelos regulatorios ofrecen múltiples matices, cuyo abordaje y desarrollo excede las posibilidades de este trabajo, de modo que presentamos una clasificación simplificada, sin por ello desconocer que estas categorías suelen ser continuas (especialmente, entre el segundo y el tercer grupo). Basta, para comprender la multiplicidad de variantes, señalar los casos de Brasil (en los que la ausencia de regulación por órganos de gobierno fue reemplazada por el Consejo Federal de Medicina), el de México, con regulación dispar e incluso opuesta entre sus estados, dirimida por su máximo tribunal (Callejas Arreguin, 2023) e Israel (con fuertes restricciones regulatorias, morigeradas en sede judicial). Tampoco debemos omitir la circunstancia de que, incluso dentro de un mismo país, pueden (y suelen) convivir proyectos legislativos de contenido diametralmente opuesto, que van desde su prohibición hasta su legalización y regulación, especialmente en América Latina.¹¹

Por último, dada su complejidad (y la extensión que implicaría su estudio),

10 Incluso puede haber modificaciones a esta clasificación en el tiempo que corre desde este relevamiento y su publicación.

11 Sobre la variedad regulatoria, las lagunas normativas y la regulación por parte de la judicatura en países de América Latina, véase Martínez Muñoz y Rodríguez Yong (2021).

tampoco abordamos el análisis particular de las consecuencias sociales de uno y otro esquema normativo, aunque sí destacamos que su coexistencia provoca el fenómeno del turismo reproductivo, ligado a las fases diferenciadas que hemos mencionado y se localizan en distintos sitios del globo; con ello, nuevos esquemas de relaciones comerciales y jurídicas de carácter transnacional, cuyo objeto son los niños por nacer y las mujeres.

Así, entonces, y con las prevenciones expuestas, podemos identificar principalmente los siguientes esquemas o modelos regulatorios en cuanto a su contenido (a los que se arriba básicamente por dos caminos principales: ley especial que regula exclusivamente la subrogación o bien normas dispersas contenidas en cuerpos generales). Interesa, a los fines de nuestro análisis, lo relativo al contenido, que clasificamos así:

- a. Prohibición total de la maternidad subrogada, que suele incluir alguna o varias de las siguientes previsiones: declaración de nulidad de los contratos, sanciones a los contratantes, tipificación penal (Alemania, Camboya, China, España, Estonia, Francia, Holanda, Italia, Nepal, Polonia, Suecia, Suiza, Tailandia).¹²
- b. Legalidad limitada de la maternidad subrogada, con sujeción a determinadas condiciones: altruismo, intervención y control estatal previo de los acuerdos (por un órgano judicial o administrativo), filiación sujeta a reglas estrictas en su inscripción y transferencia, que se trate de parejas heterosexuales o matrimonios, condición de infertilidad, parentesco entre comitentes y gestante, restricción a casos de nacionales (exclusión de extranjeros), exigencia de un informe médico-psicológico previo de todos los participantes, reconocimiento de un período de arrepentimiento para la gestante, anuencia por parte del su cónyuge, etc. (Australia, Brasil, Canadá, Cuba, Grecia, India, Israel, algunos estados de México, Nueva Zelanda, Portugal, Reino Unido, Sudáfrica, Uruguay).
- c. Legislación garantista de la maternidad subrogada: se trata de países o estados que no sólo la admiten, sino que también la regulan favorablemente sin restricciones importantes, y por ello son elegidos por personas de otras geografías para contratar esta práctica (algunos estados de Estados Unidos

12 Nótese que hay quienes, como Atienza (2023), diferencian, a los fines de clasificar los modelos regulatorios, entre prohibición y nulidad, y entienden que los regímenes que se limitan a privar de efectos a los acuerdos de subrogación por vía de considerarlos nulos (entre ellos, España) no estatuyen su prohibición: esto último —se sostiene— requiere de su previa consideración como ilícito o prohibido y la estipulación de una sanción.

de América, Bielorrusia, Colombia, Georgia, Guatemala, algunos estados de México, Israel, Kazajistán, Puerto Rico, Rusia, Ucrania).

- d. “Enfoque de tolerancia”: se da principalmente en países latinoamericanos, que, si bien no regulan la práctica (laguna normativa), legalizan sus efectos mediante el reconocimiento del carácter filiativo de la subrogación por distintas vías (Argentina, México, Costa Rica, Ecuador, República Dominicana, Bolivia, Chile, Paraguay).¹³

A la legislación propia de cada estado respecto de la práctica en sí se suma la cuestión de la filiación, que abre más diversidad de regulaciones para su transnacionalización. Pero, además, la regulación de la filiación no tiene efecto solamente luego de nacido el niño, sino que también tiene fuerte impacto sobre las condiciones legales durante el embarazo: si el feto es considerado hijo de la gestante hasta tanto tenga lugar la renuncia a la maternidad luego del nacimiento, será ella quien tome las decisiones relativas a sus cuidados gestacionales, los estudios y terapias, así como el parto mismo. Por el contrario, si se considera *ab initio* que el embrión es hijo de los comitentes, serán ellos quienes ejercerán plena potestad decisoria sobre la gestante y el *nasciturus* durante el embarazo. En este caso, si bien se disminuye el riesgo de explotación de la mujer, se lo hace a costa del incremento en la inseguridad jurídica del niño, respecto de quien no podrá determinarse quiénes son legalmente sus padres sino hasta después de nacido (aquí, el caso se asemeja a la compraventa).

En el caso de prácticas que involucran comitentes de un país y gestante de otro (u otro lugar de nacimiento), se ponen en juego las reglas de derecho internacional para dirimir situaciones en las que el derecho extranjero no es coincidente con el del país receptor del niño: los mecanismos del exequátur, la inscripción directa de actas de nacimiento extranjera por vía administrativa en el registro civil, un proceso judicial especial, la adopción internacional. Nuevamente, los países prohíben, admiten o silencian distintas soluciones, y el derecho internacional se pone en acción frente a la necesidad de inscribir al niño en el país donde residen los padres de intención, o, incluso previamente, la de expedir su documento de identidad para viajar desde su lugar de nacimiento hasta el de su próxima residencia.

La falta de homogeneidad y las enormes diferencias entre los modelos regulatorios en una cuestión que involucra al orden público dan lugar, al menos

13 Conf. Medina et al. (s.f.).

(por ahora), a dos momentos evidentes de tensión en cuanto a los efectos jurídicos: el primero, el turismo reproductivo (la contratación, la intermediación, las intervenciones médicas —el aborto eugenésico o selectivo, la reducción embrionaria, la atención del parto—, la renuncia y abdicación de la maternidad, etc. son algunos de los elementos escrutados para la elección del lugar); el segundo, los crecientes reclamos judiciales en torno a la filiación de los niños (la modificación de la proyección de efectos jurídicos a la situación de estos niños por parte de quienes contrataron la gestación por sustitución): la renuncia a la maternidad y paternidad, su “cesión”, la impugnación de la regla *mater semper certa es*, la adopción internacional, la asignación de nacionalidad, etcétera. Y se avizora un tercer momento de nueva tensión: la judicialización de reclamos que entablen en un futuro no muy lejano estos niños al llegar a la vida adulta por el derecho a conocer su identidad: aquí entrará en juego la discusión (ya abierta) sobre la confidencialidad de las (mal) llamadas “donaciones de gametos” (se trata de ventas) y la identidad genética.¹⁴ Debemos destacar, como señala el Informe del Comité de Bioética de España (2023), al analizar las ventajas y desventajas de los distintos modelos regulatorios, que, por un lado, la coexistencia de regímenes que permiten la práctica junto a otros que la prohíben tiene un efecto neutralizador de los segundos por el turismo reproductivo, pero, al mismo tiempo, éste no se origina necesariamente en las prohibiciones, pues incluso en países donde está permitida y regulada, sus ciudadanos acuden al exterior si les resulta más económico.

Tomando aquí la cuestión del derecho comparado, nos detenemos muy brevemente en la situación española; nos referimos no sólo a su regulación, sino también al desarrollo doctrinal llevado adelante por su Tribunal Supremo. En España, la legislación (Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida) declara de forma explícita la nulidad de los contratos de gestación por sustitución y establece, además, que la filiación de los niños nacidos por esta práctica será determinada por el parto (art. 10). Respecto de la paternidad del padre biológico, la posible acción de reclamación queda sujeta a las normas generales. Estas reglas filiatorias tienen por fin impedir el fraude a la ley, de modo que quienes acudan a esta contratación conozcan anticipadamente que el niño será considerado hijo de la mujer gestante. Tal como ocurrió en Argentina, la situación dio lugar a distintas interpretaciones y posiciones divergentes

14 A nivel internacional y a petición de hijos de donantes de gametos, progresivamente se ha reconocido el derecho de conocer la filiación genética como derecho superior al protegido por el anonimato del donante.

entre el Tribunal Supremo y la Dirección General de Registros y del Notariado, y la tramitación de reclamos judiciales en los que se intentaba el registro de la filiación en España de niños nacidos en el extranjero mediante distintas vías: reconocimiento de sentencia extranjera que admitía la impugnación de la maternidad y su cesión por vía de exequátur. Como corolario de la cuestión en suelo español, el Tribunal Supremo dictó con fecha 4 de diciembre de 2024 un muy relevante fallo (sentencia núm. 1.626/2024, en el procedimiento nro. 7904/2023),¹⁵ esto es, a sólo dos meses de distancia temporal de la sentencia argentina que motiva esta reflexión y ya hemos repasado. Se trató también, en España, de un reclamo vinculado a la situación filiatoria, aunque, en ese caso, la subrogación había sido internacional: el reclamo pretendía el reconocimiento de los efectos de una sentencia dictada por un juzgado del condado de Béxar, Texas (Estados Unidos), que les había asignado la paternidad a los actores (españoles), comitentes en el acuerdo de subrogación. El juzgado de Texas había intervenido para la validación del contrato celebrado, acordando no sólo que los comitentes fueran los padres de los niños que nacieran como fruto de esa contratación, sino también estableciendo que el hospital donde nacieran debía concederles a los comitentes la custodia y el acceso inmediato a los menores, el derecho a elegir sus nombres y el derecho a tomar toda decisión sobre su salud. Ocurrido el nacimiento, el mismo juzgado dictó sentencia estableciendo que los comitentes eran los progenitores, que el Registro Civil de Texas debía emitir los certificados de nacimiento originales en ese sentido y debía cedérseles la custodia. Pero ocurrió que, ya en España, la petición de reconocimiento de esa sentencia extranjera por vía de exequátur fue desestimada en primera y en segunda instancia (en ambas, el Ministerio Fiscal también se opuso al reconocimiento) por considerarse, por una parte, que —frente a la prohibición y nulidad impuestas por el ordenamiento español— en la práctica llevada a cabo subyacía un fraude a la ley y por entenderse también, por otra parte, que no hay vulneración del interés del menor pues éste debe ser satisfecho en el marco del orden público y no al margen de él. Al intervenir el máximo tribunal, decidió desestimar, por vía de una interesante interpretación, la alegación por parte de los actores de la vulneración del principio constitucional del desarrollo de la personalidad en la que la dignidad ocupa el rol central. Así las cosas, afirmó el Tribunal Supremo:

15 Diario La Ley, Nro. 10635, ECLI: ES:TS:2024:5879, <https://shorturl.at/dLgik>

Dicho lo anterior, lo que vulnera la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, tanto de la mujer gestante como de los menores nacidos en virtud del acuerdo de gestación por subrogación, es la celebración del propio contrato de gestación subrogada, en el que la mujer y el menor son tratados como meros objetos, así como la pretensión de que un contrato, por más que esté validado por una sentencia extranjera, puede determinar una relación paternofilial. La madre gestante se obliga desde el principio a entregar al niño que va a gestar y renuncia antes del parto, incluso antes de la concepción, a cualquier derecho derivado de su maternidad. El futuro niño, al que se priva del derecho a conocer sus orígenes, se cosifica pues se le concibe como el objeto del contrato, que la gestante (y este en este caso, también su marido) se obliga a entregar al comitente o comitentes. (motivo segundo)

Se afirma en la sentencia que la cuestión a dilucidar no es la del conflicto de leyes, sino que consiste en determinar el reconocimiento: concretamente, si una decisión judicial extranjera puede ser reconocida y desplegar sus efectos en el sistema jurídico español; se decide por la negativa, al considerarla contraria al orden público. Ello así, puesto que el respeto de la dignidad y los derechos a la integridad física y moral de la mujer gestante y del menor constituyen derechos fundamentales y principios recogidos en la Constitución, que integran el orden público y actúan como límite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras. Continúa, luego, afirmando que la gestación por subrogación importa la mercantilización de la gestación y la filiación, la cosificación de la mujer gestante y del niño. Así, con cita de fallos dictados por la Corte Europea de Derechos Humanos, recuerda que el derecho al respeto a la vida familiar no protege el simple deseo de fundar una familia, y que el deseo de una persona de tener un hijo, por muy noble que sea, no puede realizarse a costa de los derechos de otras personas. Agrega, además, que el verdadero y libre consentimiento ha de ser prestado después del nacimiento y sin compensación de especie alguna, y que la gestación por sustitución constituye un negocio enorme. También entiende el Tribunal que el ordenamiento jurídico prevé medios para determinar la filiación que sí son respetuosos de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad: se trata de la filiación biológica del padre y la adopción. Argumenta que el interés del menor lo es en consideración de los valores asumidos por la sociedad y contenidos en las reglas legales y principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales, y no según los intereses del comitente. Así, el interés del menor no es causa que le permita al juez atribuir una filiación, sino que la protección de su interés debe partir no del contrato, sino de datos, como la ruptura de todo vínculo con

quien lo dio a luz, la filiación biológica paterna y la existencia de un núcleo familiar de integración, y, consecuentemente, hallar solución mediante esas vías.

La situación de discordancia de regímenes regulatorios y la creciente judicialización de que da cuenta la sentencia española comentada ha sido puesta de manifiesto por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Así, en el derecho internacional, la temática y su conflictividad está a la orden del día. Se identifican principalmente tres cuestiones propias del derecho internacional: (i) la competencia judicial internacional; (ii) la determinación del derecho aplicable; y (iii) el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras. Sin que este trabajo nos permita más que mencionarlas, es insoslayable aludir a las principales sentencias e intervenciones internacionales, pues dan cuenta del conflicto no sólo humano, sino también legal, originado en la subrogación. En este sentido, destacamos las siguientes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:¹⁶ *Mennesson c. Francia* (Nº 65192/11) y *Labassee c. Francia* (Nº 65941/11) del 26 de junio de 2014; *D. y Otros c. Bélgica* (Nº 29176/13) del 8 de julio de 2014; *Foulon y Bouvet c. Francia*, sentencia (Sala) de 21 de julio de 2016; *Laborie c. Francia*, sentencia de 19 de enero de 2017; *Paradiso y Campanelli c. Italia* (Nº 25358/12) del 24 de enero de 2017; *C. y E. c. Francia* (Nº 1462/18 y 17348/18) del 19 de noviembre de 2019; *D. c. Francia* (Nº 11288/18) del 16 de julio de 2020; *Valdís Fjölnisdóttir y Otros c. Islandia* (Nº 71552/17) del 18 de mayo de 2021; *S.-H. c. Polonia* (Nº 56846/15 y 56849/15) del 16 de noviembre de 2021; *A.M. c. Noruega* (Nº 30254/18) del 24 de marzo de 2022; *A.L. c. Francia* (Nº 13344/20) del 7 de abril de 2022; *D.B. y otros c. Suiza* (Nº 58817/15 y 58252/15); *K.K. y otros v. Dinamarca* (Nº 25212/21) del 6 de diciembre de 2022; *C. c. Italia* (Nº 47196/21) del 31 de agosto de 2023.

Por último, no debemos silenciar que las posibilidades socioeconómicas también inciden en el cruce de fronteras que caracteriza a la maternidad subrogada, que exhibe patrones internacionales transfronterizos. Generalmente, con padres de intención ubicados en países desarrollados o personas de situación acomodada en países en desarrollo, y madres gestantes también en países en desarrollo. Se da, entonces, el desplazamiento de la provisión de los servicios de gestación no sólo según las normas locales, sino también de acuerdo con el grado de pobreza: esta situación requiere de un mayor compromiso legislativo para evitar el reclutamiento de madres gestantes (Basset, 2018).

16 Información sobre las sentencias, según la publicación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/>

4. Análisis crítico

4.1 Bienes implicados e instrumentos de derecho internacional

El análisis que hemos hecho de la sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina no necesita mayor profundización, pues de él surgen con claridad meridiana los principales bienes jurídicos en juego: la vida, la igualdad, la libertad y la dignidad se presentan como los valores centrales de este nudo, aunque la última haya sido llamada en el fallo. La concepción de cada uno de estos valores dependerá —según vimos— de la consideración ontológica del hombre y, por otro lado, consecuentemente, incidirá en el juico ético. La descripción de la práctica en sí y de las circunstancias que rodean a la maternidad subrogada exhibe la multiplicidad de dimensiones comprometidas, que difícilmente podamos enlistar de forma exhaustiva, y que involucran cuestiones vitales, aspectos centrales en el devenir de toda persona. Su profundidad y complejidad hacen imposible su abordaje en este trabajo con la seriedad y extensión que merecen, de modo que nos centraremos luego en uno de ellos: la dignidad. Sin embargo, es imperioso aquí —al menos— dejar planteados (y abiertos) algunos de los interrogantes que se presentan, cuyas respuestas ameritarían trabajos de estudio y reflexión independientes. Más allá de la imposibilidad de darles aquí respuesta, creemos importante su planteo.

Así las cosas, la vida, la igualdad, la libertad y la dignidad se hacen evidentes, y cada uno de estos bienes comprometidos pondrá en juego muchos interrogantes. Respecto a la vida: ¿cuándo comienza? ¿Alcanza la vida humana para conformar una persona? ¿Es un embrión titular de derechos? ¿Quién es custodio de su vida? La dignidad: ¿es progresiva? ¿Les corresponde a todos? ¿Existe una dignidad intrínseca? ¿El comercio de la vida y del cuerpo atentan contra la dignidad? ¿En qué radica la dignidad? ¿Son todos los seres humanos igualmente dignos? La libertad: ¿es un valor absoluto o admite limitaciones? ¿Puede asimilársela a la autodeterminación en todos los ámbitos o se trata de un simple límite a la injerencia externa en la vida privada? ¿Es admisible la disposición de la propia libertad? ¿Es moralmente lícito autoimponerse la esclavitud temporaria? ¿Cuál es el contenido de la igualdad? ¿Implica simplemente la prohibición de discriminaciones o se trata de un concepto que habilita el corrimiento de límites y barreras naturales? ¿Es violatorio del principio de igualdad el criterio del previo diagnóstico de infertilidad para el acceso a métodos de reproducción humana asistida? ¿Es violatorio de la igualdad el reconocimiento de la filiación sólo a la mujer gestante frente a los padres de intención? Y luego, ¿cuál es la relación sustancial entre atributos del hombre y derechos subjetivos? ¿Los de-

seos personales originan derechos? ¿Se trata de derechos humanos? ¿Se trata, entonces, de situaciones que ponen en juego la protección especialísima de los derechos humanos en el ámbito internacional?

- Como vemos, el derecho internacional juega un rol central en la cuestión, en la medida en que todo el sistema de derechos humanos está implicado en la temática. Esto es así puesto que, con independencia de la previsión puntual de la maternidad por subrogación, aquí se ponen en juego los atributos centrales del hombre: su dignidad, su libertad, su igualdad, la protección de su vida. Es por ello que, seguidamente, señalaremos los principales instrumentos de derecho internacional. Entre estos, incluimos no sólo aquellos de carácter obligatorio, sino también algunos que constituyen declaraciones o, incluso, propuestas, pero que no por ello carecen de relevancia en cuanto orientadores de las políticas a adoptarse. Algunos refieren a la humanidad en su conjunto, otros tienen como objeto determinadas regiones geográficas y/o grupos poblacionales (generalmente considerados más vulnerables) a los que se distingue para dotarlos de una protección adicional y/o para poner el acento en distintas realidades y/o fenómenos particulares. No se trata, ciertamente, de una enumeración exhaustiva, sino de una enunciación de instrumentos internacionales que consideramos de interés porque recogen los valores mencionados y los consideran fuente de derecho o principios rectores, a saber: Así,
 - Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948);
 - Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948);
 - Convenciones de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario (1949);
 - Convención Europea de Derechos Humanos (1950);
 - Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965);
 - Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966);
 - Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966);
 - Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica (1969);
 - Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (1979);
 - Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1989);
 - Convención sobre los Derechos del Niño (1989) y su Protocolo Facultativo;

- Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer Convención de Belem do Pará (1994);
- Declaración y plataforma de acción de Beijing (1995);
- Convención de Derechos humanos y Biomedicina o Convención de Oviedo (1997);
- Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (UNESCO, 1997);
- Declaración de Barcelona sobre Propuestas de Políticas Públicas a la Comisión Europea en materia de Principios Bioéticos y Bioderecho (1998);¹⁷
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional o Convención de Palermo (2000);
- Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de personas, especialmente de mujeres y niños o Protocolo de Palermo (2000);
- Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (UNESCO, 2005);
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006).¹⁸

Si bien los instrumentos mencionados pueden referir, según el caso, a distintos ámbitos de aplicación (así como aludir expresamente a los principios de dignidad, libertad o bien limitarse a derivar de ellos ciertos derechos), nos animamos a sostener que son coincidentes en cuanto al reconocimiento de los atributos o valores a todos los hombres, a que el respeto de la dignidad (referida en la totalidad de los instrumentos) obliga a priorizar a la persona por sobre los intereses de la ciencia y/o del conjunto y a la necesidad de cooperación internacional y armonización de normas para que el respeto sea garantizado a todos los miembros de la familia humana. Todo ello aplica de forma especial al caso de la maternidad subrogada. Esta afirmación no implica el desconocimiento sobre las distintas (y opuestas) concepciones del hombre y de su dignidad y, consecuentemente, de los derechos humanos, incluso la creación de nuevos derechos en el ámbito supranacional, a instancias de organismos internacionales, según veremos.

17 La Declaración de Barcelona correspondió a un proyecto de la Comunidad Europea y fue suscripta por 22 especialistas; su impacto en el desarrollo de la bioética es grande, pues incorporó el principio de la vulnerabilidad junto a la dignidad, la integridad y la autonomía (Sánchez Vázquez, 2018).

18 Hemos omitido incluir en el listado a Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial (1964), pues, si bien constituye un documento de relevancia en el ámbito de la biojurídica, fue suscripta por un cuerpo médico, presentó luego múltiples y sucesivas enmiendas, se aplica principalmente al ámbito de la investigación médica y omite la alusión expresa a la dignidad, libertad e igualdad.

En el terreno internacional, a pesar de la creación de nuevos derechos que están en pugna con esta visión, existen algunas propuestas abolicionistas, entre las que se cuentan las contenidas en el Informe sobre igualdad de género (2019/2169) del Parlamento Europeo, el Informe Especial de la ONU sobre trata y explotación sexual (Consejo de Derechos Humanos de la ONU, 2018) y la Coalición Internacional por la Abolición de la Maternidad Sustituta (CIAMS). Esta última, integrada por organizaciones feministas, emitió un manifiesto en el que denuncia formalmente la utilización de los seres humanos, la anulación de su dignidad y su sustitución por un valor de cambio y la mercantilización del cuerpo de mujeres, niños y niñas, y promueve la convocatoria de una convención internacional para la abolición de la gestación por sustitución.¹⁹ Denuncia esa declaración la globalización de los mercados del cuerpo humano, la firma por parte de la gestante de un contrato que aliena su salud, su persona y su vida, hace del recién nacido un producto y anula la distinción entre persona y cosa. Por su parte, el Comité de Bioética de España también promueve un acuerdo a nivel internacional (semejante al del tráfico de órganos) al denunciar el serio compromiso ético de esta práctica, en cuanto la desvinculación de la maternidad y la gestación importan también la disociación entre procreación y encuentro sexual, asemeja erróneamente el deseo del hijo (a veces, narcisista) con la asunción de responsabilidad a largo plazo y en toda circunstancia, implica la disposición del cuerpo de forma semejante a otros supuestos no admitidos (la venta de órganos), reduce a la mujer gestante a mero instrumento y existe un claro conflicto de intereses entre la gestante y los comitentes, que tienen intereses antagónicos. Por último, destacamos la reciente “Declaración de Casablanca para la abolición internacional de los vientres de alquiler”,²⁰ documento dado a conocer en marzo de 2023, suscrito por un centenar de expertos de distintas nacionalidades y disciplinas cuya portavoz es Olivia Maurel, mujer militante nacida como resultado de una gestación subrogada.

En la doctrina nacional argentina, también se han alzado voces en este sentido (Basset, 2018, Laferrière, 2017b; Marrama, 2022, 2019; Medina et al., s.f.). Sin embargo, estas voces conviven con propuestas doctrinarias e iniciativas legislativas que pugnan por su legalización y plena regulación. Se trata no sólo de propuestas previas a la sanción del Código Civil y Comercial Argentino (cuya

19 Coalition Internationale pour l’Abolition de la Maternité de Substitution (Manifiesto para la abolición universal de la maternidad subrogada). Disponible en: <https://abolition-ms.org/es/carta/>

20 Disponible en: <https://declaration-surrogacy-casablanca.org/es/texto-de-la-declaracion/>. La Declaración fue acompañada de un proyecto de Convención internacional para su prohibición global.

interpretación dio lugar a la sentencia comentada) que exhortaban a legislar positivamente la maternidad por subrogación y deconstruir el concepto de maternidad²¹ (genética y gestacional) hacia una maternidad social (Kemelmajer de Carlucci et al, 2013), sino también proyectos regulatorios para su reconocimiento extraterritorial y otros de carácter nacional (argentino) posteriores a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial Argentino, para su modificación e incorporación de la regulación de la maternidad subrogada (véase el relevamiento de Rodríguez Iturburu, 2023).

4.2 La dignidad: criterio rector de la bioética y fundamento de los derechos humanos

Hemos tocado hasta aquí muchos aspectos que parecían troncales en la maternidad subrogada; sin embargo, por otro lado, también se adelantó que en la sentencia judicial del máximo tribunal argentino hay un verdadero convidado de piedra. Es esa marginación la que nos interpeló y alentó a encarar este trabajo reflexivo, pues, aunque su nombre haya sido callado, su presencia parece inocultable. Se trata, ni más ni menos que del valor, atributo, derecho, rasgo o principio (pues ha admitido en la doctrina diversas asignaciones) de la dignidad. Esta cuestión, en cambio, es incorporada en el análisis que hace el Alto Tribunal de España en la sentencia que comparativamente hemos comentado.²²

Dedicaremos a la dignidad este último y extenso apartado porque ella exhibe una clara centralidad no sólo como fundamento del orden jurídico nacional e internacional —en este último caso, el sistema de los derechos humanos (Santiago, 2023)—, sino también como principio eminente de la ética biomédica, en la que juega rol unificador (Andorno, 2012). La dignidad —concepto tras-

21 Esta exhortación a “deconstruir” la maternidad implica —a no dudarlo— la “deconstrucción” de la familia, atada a la naturaleza del hombre, a su necesidad relacional y, más concretamente, a su sexualidad. Según explica Fabrice Hadjadj (2015), la familia —fundamentada en un deseo (incluso, un impulso natural) asumido en una decisión y desplegada en aspectos convencionales— se asienta en lazos de donación que nos traspasan y despliega sus propias reglas, su propia dinámica, sus *especificidades*: el amor sin preferencia (amor basado en la filiación y no en afinidades electivas), autoridad sin cualificación (¿quién está preparado para ser padre?), libertad sin independencia (consentimiento a lo ya dado), punto focal o foco radiante (lugar de don y recepción de vida que abre a la trascendencia), lugar de resistencia y de verificación (espacio de contrapunto al artificio), lugar de aventura y disfunción (es la aventura de nuestra humanidad, que enlaza debilidades, fracasos, misericordia y caridad). Este concepto de familia, originada en la unión de hombre y mujer, con apertura a la vida y aceptación de la diferencia (incluso el defecto), desaparece con la deconstrucción.

22 Posiblemente, el hecho de que la maternidad subrogada esté expresamente prohibida en España ha facilitado la consideración de la “cuestión moral” (asentada en la dignidad ontológica) por parte del máximo tribunal.

cedente— se explicita como rango de la persona como tal, principio rector del Estado y del ordenamiento jurídico; juega como principio general del derecho, criterio de interpretación normativo y límite al ejercicio de derechos. En este sentido, la obra de Jesús González Pérez (1986/2017) resulta insoslayable²³ y ubica a la dignidad en el centro de la organización político-jurídica.

Sin embargo, respecto de los derechos humanos en particular, comenzaremos con un reconocimiento: admitimos que autorizadísima doctrina en el ámbito de la filosofía del derecho, defensora del realismo jurídico clásico, cuestiona el concepto mismo de los “derechos del hombre”, a los que considera no sólo un (pobre) producto nacido de la filosofía moderna, sino también un verdadero problema. En este sentido, la obra de Michel Villey (2019) resulta ineluctable y plantea —luego de un enjundioso análisis histórico— que la expresión “derechos del hombre” está herida de un vicio radical, como es intentar amalgamar las ideas contrapuestas del hombre (en singular), su naturaleza genérica (humanidad) y la noción de derecho. Así, en lo relativo a la naturaleza genérica del hombre, la dignidad es “uno de los argumentos de los que se vale el abogado” (p. 104), pero se trata, para este distinguido filósofo del derecho, de una verdadera trama de ocultamiento de la retórica contemporánea, originada en la filosofía moderna individualista.²⁴

Muy a pesar de ello, y puesto que nuestra intención es formular una reflexión bioética a partir de un fallo judicial para una contribución normativa con impacto práctico, pasaremos por alto este posicionamiento crítico particular, pero traeremos el planteo —de cierto modo, coincidente— que formula actualmente

23 Véase de los Reyes, 2012.

24 “Último punto: ¿por qué y para quién esta avalancha de derechos del hombre? (...) Herramienta para todo. Se la usó en provecho de las clases obreras o de la burguesía, de los malhechores contra los jueces, de las víctimas contra los malhechores. ¡Pero atención! Es necesario elegir: o bien a unos o bien a otros. No se ha visto nunca en la historia que los derechos del hombre fuesen ejercidos en provecho de todos. El inconveniente con los derechos del hombre es que nadie podría utilizarlos sino en detrimento de algunos. ¿A qué se debe el enorme éxito del tópico de los derechos humanos en la retórica contemporánea? A que se logra extender un velo sobre el revés de la trama (...) el discurso sobre los derechos del hombre se ha impuesto la tarea de ocultar. El derecho es relación entre los seres humanos, multilateral. Cuando usáis la palabra derecho, tengáis o no conciencia, os estáis refiriendo a una relación. ¿Cómo se podría inferir una relación, que abarca varios términos, de un término único: el Hombre? La aparición de los derechos del hombre, testimonia la descomposición del concepto de derecho. Su advenimiento fue el correlato del eclipse o de la perversión, en la filosofía moderna individualista, de la idea de justicia y de su herramienta, la jurisprudencia. [...] Así, los filósofos modernos nos gratificaron con un lenguaje cuyo resultado más claro es una inmersión en la niebla. Lenguaje indistinto, peligrosamente difuso, generador de ilusiones y de falsas reivindicaciones imposibles de satisfacer. Si su triunfo es total en el siglo XX, se debe a que la decadencia de la cultura es la secuela del progreso técnico” (Villey, 2019, pp. 148-149).

Grégor Puppink (2020), quien advierte sobre la enorme relevancia del cuerpo de derechos humanos, al tiempo que describe la inmensa transformación (diríamos, por nuestra parte, deformación) que el “sistema” y la “perspectiva” de derechos humanos han hecho de éstos. En su obra *Mi deseo es ley. Los derechos del hombre sin naturaleza*, describe y analiza la mutación del concepto de hombre desde aquel que subyacía en la Declaración universal de derechos en 1948 y que dio origen a los principales instrumentos internacionales que postulaban los derechos humanos hasta la concepción del hombre actual, con la expansión y creación de nuevos derechos a su medida; en el núcleo de esa transformación, está la idea misma del hombre, de su naturaleza y de su dignidad. Comienza por explicitar una ambigüedad fundamental en los derechos humanos: por un lado, en la fundación de un nuevo orden moral e internacional basado en libertades esenciales²⁵ y en el que los Gobiernos de posguerra intentan “superar la soberanía tanto por arriba como por abajo: el Estado renuncia a ser el alfa y el omega del orden político, acepta someterse al bien común universal (arriba) y a los bienes particulares (abajo)” (Puppink, 2020, p. 30). En 1948, se restaura el primado de la moral sobre el derecho (se abandona el positivismo) por la vía de dotar de superioridad jurídica al derecho internacional sobre el nacional: los Estados renuncian al carácter absoluto de su soberanía mediante la institucionalización de instancias internacionales, y las personas rompen el techo de cristal (de su soberanía nacional) para acceder a un nivel político supranacional. La persona emerge por encima de los estados y el fundamento del nuevo orden moral es el valor de la dignidad; sin embargo, se presentan aquí dos conceptos opuestos radicalmente, dos nociones del hombre y de sus derechos: una abrevia en la antropología de inspiración cristiana cuyo exponente fue Jacques Maritain, mientras que la otra es de inspiración materialista y fue encabezada por el naturalista librepensador Julian Huxley. De ellas se derivan dos comprensiones de la dignidad: la dignidad de la persona humana y la dignidad desencarnada del individuo. En la primera, la persona es digna en cuerpo y alma (unión inescindible), la naturaleza humana es buena, la dignidad y fraternidad son universales, la dignidad se asocia a la propia naturaleza (vivir dignamente es realizar cabalmente la propia naturaleza) y la ley natural (que existe de manera independiente a la voluntad legislativa) es fundamento de los derechos humanos. En la segunda, la dignidad se asienta exclusivamente en el espíritu o la conciencia, pues sólo en ella reside la humanidad (dualismo): la dignidad se asimila a su

25 Libertad de palabra y de expresión, libertad religiosa, libertad de vivir al abrigo de la necesidad y libertad de vivir al abrigo del miedo.

capacidad de elevarse hasta la divinidad, en su plasticidad y en su perfeccionamiento indefinido, de modo que el hombre se convierte en su propio creador. Este pensamiento (que combina progresismo y materialismo) de que fue muy imbuido la UNESCO y demás organismos internacionales (nótese que Julian Huxley fue el primer director general de UNESCO) propone una nueva moral, según la cual el bien se identifica con el progreso de la evolución, la dignidad trasciende a la realidad material y no es igual en todos los individuos, prima la voluntad individual (que ha de someter al cuerpo), y los individuos compiten por la selección del más apto. Estas dos concepciones opuestas del hombre y de su dignidad generan —continúa nuestro autor— dos movimientos opuestos y derechos humanos en direcciones contrarias.²⁶ La falta de una verdadera elección entre estas dos concepciones del hombre en el ámbito internacional de los derechos humanos es la que derivó en una verdadera metamorfosis de “derechos fundamentales”, que es reflejo de la relación entre el hombre y la naturaleza, y llevó a los “derechos humanos” de 1948 hacia los “derechos del individuo” en el siglo XXI y, finalmente, a los “derechos transhumanos” aún en formación (Puppink, 2020).

Ya sea que se comparta sus interpretaciones y postulados, ya sea que se los impugne, el sistema de los derechos humanos (sus instrumentos, sus organismos, sus sentencias) reviste hoy día de una importancia sideral, a punto tal que se ha desarrollado una “perspectiva” de derechos humanos en el ámbito jurídico. La importancia de la categoría de los derechos humanos —y, en particular, la cuestión de la dignidad— es reconocida actualmente de forma mayoritaria. La dignidad se presenta hoy, simultáneamente, como “uno de los grandes tópicos del pensamiento actual y también uno de sus grandes enigmas” (Ales Uría, 2020, p. 46).

En el ámbito de la biojurídica, la dignidad parece fundamental, y esta valoración es, según vimos, común a autores que se encuentran en veredas opuestas en términos filosóficos. Así, si tomamos a un exponente del pospositivismo argumentativo español como Manuel Atienza (2023), notamos que, a pesar de que considera la dignidad una “noción ubicua y confusa”, acepta su relevancia moral y reconoce que la apelación a ella constituye un rasgo común a todas las declaraciones de derechos, aunque sin acuerdo sobre su contenido. Dicho de

26 “Simplificando las cosas: la dignidad encarnada consiste en ser plenamente criatura, la dignidad desencarnada consiste en ser el propio creador de uno mismo” (Puppink, 2020, p. 69). Consecuentemente, los derechos humanos serán expresión del derecho natural o serán expresión de la voluntad.

otra forma: hemos de aceptar la relevancia moral del término dignidad, aun frente al disenso en su caracterización (dignidad sin graduación, universal y con sentido religioso; dignidad en sentido relativo que designa el ser merecedor de algo; dignidad como fenómeno psicológico que desencadena una respuesta; dignidad como interés por el respeto de la persona vinculado a la autonomía; dignidad como principio o valor de justificación a todos los derechos). Explica ese autor que la dignidad ofrece, además, dos dimensiones: Por un lado, la idea de dignidad de los filósofos,²⁷ que constituye el *prius* lógico y ontológico de los derechos fundamentales y fundamento último de todos los derechos, y que funciona como límite (de contenido negativo) de lo moralmente admisible. Por otro lado, la dignidad ofrece una dimensión más concreta y específica, que interesa a los juristas porque conecta este principio o valor con algunos derechos en particular. Aquí se abre la necesidad de una ponderación que lleva del principio al caso concreto (del valor de la libertad a la libertad de opinión, del valor igualdad a la igualdad ante la ley). Pero que, frente a la dignidad, opera de modo diferente porque no existe un derecho “que consista simplemente en ser tratado dignamente”. De ello deriva Atienza (2023) una diferenciación vital (en términos valorativos) entre la dignidad y los otros valores primordiales de la libertad y la igualdad: a diferencia de éstos (que pueden estar sujetos a límites), el principio de la dignidad no puede ser desplazado por los principios concurrentes, y el deber de tratar según la dignidad no puede estar sujeto a excepciones. Si bien no reconoce a la dignidad una categoría superior frente a la libertad y la igualdad, admite que la primera opera como límite absoluto respecto de los derechos de igualdad y libertad. Para este autor, el carácter central e indispensable de la dignidad humana en el derecho de los Estados constitucionales está fuera de toda discusión: junto a la igualdad y la autonomía, conforma una unidad dialéctica que, puesta en tensión, sitúa a la dignidad en lugar de privilegio como vía eficaz para explicitar que “garantizar a todos los seres humanos una existencia digna es presupuesto necesario para que tengan sentido todos los otros derechos” (p. 163). Ello supone, entonces, “introducir una importante corrección en las fundamentaciones académicamente más influyentes de los derechos humanos en las que el foco suele ponerse en los derechos civiles y políticos” (p. 163). Esta posición, ciertamente novedosa, destaca la dimensión social por sobre la individual y, con ello, deriva en la jerarquización del principio de la dignidad, al que pone al tope en la escala de ponderación.

27 Atienza (2023) lo vincula principalmente al imperativo categórico kantiano en sus varias formulaciones (imperativo de la universalidad, de los fines, de la autonomía).

En este sentido, y a partir de la vaguedad de los instrumentos internacionales sobre el concepto mismo de dignidad, es que se postula su doble carácter: es fundamento de derechos y derecho en sí. Explica Ales Uría (2020) que la dignidad, en tanto principio absoluto e inderogable, no admite atentado siquiera bajo pretexto de defensa de otros derechos y “opera con eficacia legitimadora, iluminadora y propulsora, al tiempo que esclarece ambigüedades y cubre lagunas” (p. 48). Con ello, es criterio delimitador de todos los derechos (al ser ella su título fuente) y, en su vinculación con la libertad, la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad, esta última se presenta ni más ni menos que como el aspecto dinámico de la dignidad: “La dignidad contiene, en potencia, aquello que se despliega, en acto, con el proceso de perfeccionamiento y desenvolvimiento de la personalidad”, explica (p. 51).

El fenómeno de la postulación de la dignidad en los instrumentos de derecho internacional como sustento y fundamento de los derechos humanos, y núcleo de una nueva era del derecho (que corresponde al periodo 1945-2021), también es descrito —desde la óptica del iusnaturalismo personalista— por el constitucionalista argentino Alfonso Santiago (2022), quien ubica al principio de la dignidad de la persona humana (dignidad igual e inviolable) como motor que impulsa, fundamenta y explica esta nueva era jurídica; es “el alma que le dé vida, impulse y guíe su despliegue” (p. 63). Básicamente, explica que tres hitos fundamentales marcaron el nacimiento de una nueva jurídica (los juicios de Núremberg, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y la Constitución alemana de 1949), produciendo un remozamiento completo del derecho (un nuevo modo de entender y operar) en el ámbito nacional e internacional. A lo largo de esta nueva era —amplía el autor— tuvieron lugar, a su vez, cuatro procesos históricos fundamentales: la expansión de las democracias constitucionales como forma de Estado, la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos, el surgimiento y desarrollo del derecho internacional y de los derechos humanos y la aparición de procesos de integración regional hacia la coordinación del gobierno global. Como consecuencia de estos procesos, la práctica y la teoría jurídicas también se vieron transformadas. La nueva cultura jurídica encuentra más inspiración en los derechos que en las normas o deberes y los magistrados adquieren un rol clave. Simultáneamente, la teoría jurídica toma a su cargo la pregunta sobre la justicia de las normas (ya no se limita al análisis de validez) y el razonamiento judicial incorpora la reflexión filosófica. El derecho es *iuris prudentia* más que *scientia iuris*: se afirma que el derecho sólo puede ser conocido desde su interior, en la práctica social en que conviven nor-

mas, hechos y valores (Zagrebelsky, 1993-1994, como se citó en Santiago, 2023, p. 47). Esta nueva práctica —nos animamos a sostener— encuentra su paralelismo en el método triangular de análisis que propone la bioética personalista: conocimiento de las prácticas y sus circunstancias fáctico-jurídicas (hechos y regulación), identificación de los valores en juego y solución del caso.

Siguiendo a Santiago (2023), esta nueva realidad jurídica da lugar a un neo-constitucionalismo, en el que el Estado de derecho se rematerializa haciéndose cargo de contenidos concretos: en particular, la dignidad de la persona y la promoción de los derechos humanos, de modo que esos principios éticos se convierten en pautas o criterios sustantivos para el examen de validez de las normas. Este nuevo modelo de Estado de derecho (constitucional, democrático, social, convencional y pluralista) tiene entre sus rasgos dos principios comunes a la bioética: es subsidiario (reconoce ámbitos propios de autonomía) y personalista:

porque considera que cada persona humana es el principio, sujeto y fin de todas las instituciones sociales, es única e irrepetible y su igual e inviolable dignidad es la base y el fundamento de todo el ordenamiento jurídico y político. (Santiago, 2022, p. 63)

Así como importante doctrina constitucionalista ubica a la dignidad en el centro del derecho,²⁸ también en el ámbito de la bioética ésta opera como el principal criterio rector. El respeto de la dignidad humana es, en palabras de Andorno (2012), “criterio supremo de las actividades biomédicas”, “llamado a servir de guía última para la formulación e interpretación de las normas deontológicas y legales relativas a la biomedicina” (p. 38). Siguiendo a este autor, y desde el personalismo —que abreva en una ética objetivista (existe un bien objetivo que trasciende a cada individuo y puede ser conocido)—, la

28 Véase también Lafferrière (2017b). Allí, el autor identifica las nociones de dignidad (funcional, como autonomía y referida al ser) y dos posiciones en el plano de los principios: la dignidad ontológica o como autonomía. Concluye, luego de un análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en ella, por un lado, se vinculan dignidad y autonomía, especialmente en las sentencias que tratan lo relativo a la “vida privada” (ámbito de despliegue de la autonomía, según indica el autor), y, por el otro, subyace la visión ontológica de la dignidad, aunque el tribunal omita su definición expresa. Por su parte, Ales Uría (2020) divide en dos grandes temáticas el significado histórico del término “dignidad”: la consideración social (originada en Roma y asociada a los funcionarios) y la cualidad intrínseca al ser (propia de la cultura judeo-cristiana y el helenismo), que se convierte en tópico recurrente a partir del renacimiento de la filosofía humanista. Con la secularización propia de la modernidad y el aporte de Kant, dos nuevas corrientes se delinean a partir de la dignidad como valor intrínseco y la de la dignidad en sentido relacional.

persona es siempre un fin en sí mismo, y la moralidad de un acto está dada básicamente por la bondad de sus dos elementos: el objeto (en qué consiste la conducta) y el fin (intención). Solo siendo ambos calificados como buenos podrá predicarse de la conducta su justificación ética. Así las cosas, la dignidad es concebida como una categoría absoluta (sin gradación) en cuanto pertenece a toda persona (dignidad ontológica), con independencia de sus características, capacidades, condiciones y circunstancias. Con ello, se diferencia de la idea de dignidad como calificativo de una acción o condición (vida digna, acto indigno) que pueda atribuirse según el caso, y de la dignidad asociada a determinadas características y aptitudes. La dignidad es propia de toda persona. Como explica Andorno (2012), esta noción de dignidad opera, en el campo de la bioética, como principio eminente, como rol unificador del conjunto de la ética biomédica, como punto de referencia que da el último sentido a la actividad biomédica, como “necesario telón de fondo, no sólo de cada decisión clínica concreta, sino de la teoría bioética como un todo y de las normas que regulan la materia” (p. 36).

Ha quedado expuesta con claridad, a nuestro entender, la centralidad que la dignidad ocupa en el análisis tanto jurídico como bioético y la primacía que cabe atribuirle frente a otros valores, particularmente la libertad y la igualdad; frente a ellos, la dignidad actúa como verdadera limitante. Resta solamente confirmar aquí cuanto ha sido adelantado hasta ahora: la seria violación que la práctica de la maternidad implica respecto de la dignidad de la persona. En este sentido, el trabajo de Miralles (2017) resulta de toda claridad y contundencia: la maternidad subrogada pone en jaque la dignidad de la mujer porque compromete su naturaleza corporal (su cuerpo y todas sus funciones), inescindible de la subjetividad personal; convierte a la mujer en una mercancía y a su cuerpo en un mero instrumento y, con ello, disgrega su unicidad personal. Entre las implicaciones de la dignidad para las madres gestantes, señala las siguientes: (i) el cuerpo se convierte en objeto de comercio mediante la automercantilización de la función humana reproductiva; (ii) la tesis dualista del hombre (separación de la razón/autonomía de la dimensión corporal) resulta difícilmente aceptable frente a la subrogación, en la medida en que es imposible poner a disposición únicamente la función reproductiva (es por ello que se le impone a la gestante la perspectiva de abandono del niño y la indiferencia como modo de asegurar que entregará al niño al nacer); (iii) desigualdad y discriminación, porque las mujeres más desaventajadas están más expuestas a su explotación mediante esta práctica y, de modo especial, las mujeres con mayor subordinación al varón en

contextos de pobreza. Además, se da una fuerte situación de asimetría entre la gestante, los comitentes y los intermediarios en cuanto a privacidad, información y cláusulas impuestas; (iv) explotación y cosificación de las mujeres, derivada de lo dicho en el punto anterior: la mujer recibe un precio en dinero usualmente elevado y debe asegurarse un producto final de calidad, de modo que hay un estricto control de las condiciones de embarazo con segregación de las mujeres de sus familias e imposición de enormes limitaciones a la vida personal, que incluyen controles sorpresivos (test de alcoholemia), obligación de abortar si el feto presenta malformaciones, la disolución del contrato por parte de los comitentes por motivos ajenos a la gestante y la prohibición de una relación entre la gestante y el niño.

Para que se comprenda de forma cabal la medida en que esta práctica atenta contra la dignidad, basta relacionarla con la cuestión de la disposición del propio cuerpo y resaltar que toda persona alcanza su modelo de ser humano en los confines de su cuerpo (Ales Uría, 2020). De allí deriva la importancia de la integridad física del cuerpo y el reconocimiento de su inviolabilidad e inalienabilidad. Explica la autora que, mientras que la primera nota refiere al aseguramiento del derecho frente al Estado y los particulares, la segunda (inalienabilidad) se relaciona con la necesidad de reunir (nuevamente) derecho y deber y, con ello, salvaguardar lo justo de modo especial frente al voluntarismo.

Hasta aquí, entonces, lo relativo a los bienes implicados en la maternidad por subrogación y el rol central que ocupa la dignidad. A esta reflexión agregamos ahora una última, relativa estrictamente al campo de la disciplina bioética.

5. La ponderación bioética

En su obra *Principles of Biomedical Ethics* (2009) Beauchamp y Childress explican las dificultades de la bioética, en la medida en que implica una reflexión de ética práctica mediante casos difíciles que constituyen, muchas veces, verdaderos dilemas morales: circunstancias en las que la persona se enfrenta a la elección entre varias acciones moralmente incompatibles. Pero también se dan en este ámbito no sólo dilemas estrictamente morales, sino también conflictos entre un mandato o requerimiento moral y razones de interés personal, es decir, dilemas prácticos, y aquí emergen las preguntas sobre prioridades: el juego entre la razón moral y el interés personal. Para la solución de estos dilemas, proponen un marco moral de normas, conformado por cuatro principios básicos de mayor nivel de abstracción (respeto de la autonomía, no maleficencia, beneficencia,

justicia),²⁹ que han de conjugarse con reglas de distinto tipo: reglas sustantivas (*substantive rules*: que indican guías específicas de acción), de autoridad (*authority rules*: relativas a la toma de decisiones y la aplicación de acciones terapéuticas) y de procedimiento (*procedural rules*: que establecen procedimientos para el reaseguro de los principios). Se da, en este ámbito, el juego de principios, normas, obligaciones, derechos —también virtudes— que deben ser balanceados y sopesados (*process of weighing and balancing*). El proceso de balanceo implica la búsqueda de las razones que sostienen la creencia de qué norma moral ha de prevalecer (con ello, asignará mayor peso y fuerza relativa a distintas normas morales) y la especificación referirá al ámbito de aplicación. Así, los principios deben ser especificados para precipitar en el caso concreto: esta especificación (continúan Beauchamp y Childress, 2009) ha de agregar contenido particular, de modo que los principios generales se conviertan en instrumentos y prácticas de razonamiento moral. El *balancing* contribuye al juicio sobre el caso particular y el *specification* es de particular utilidad en el desarrollo de políticas a partir de normas o principios generalmente aceptados.

Más allá de la raíz filosófica del principialismo —anclada en el deontologismo por parte de J. Childress y vinculada al consecuencialismo en T. Beauchamp (Beauchamp y Childress, 2019)— la aplicación de los principios de la bioética postulados por el principialismo desarrollado por esos autores (beneficencia, no maleficencia, autonomía y justicia) presenta en el caso de la maternidad subrogada una nueva dificultad, que se adiciona al conocido debate sobre su jerarquización (principios que deben “subir y bajar” para cada solución y propuesta de mejora de Diego Gracia). Ocurre que, en el caso que estudiamos, aunque admitiéramos —como suele hacerse— la prelación de unos (beneficencia y no maleficencia) sobre otros (autonomía y justicia), la ponderación es acentuada y particularmente compleja por los diferentes protagonistas, que no son ya uno o dos, sino tres (incluso cuatro, en el caso de una pareja de comitentes). Cabe preguntarse: ¿quién es aquí el sujeto respecto de quien debe ponderarse la aplicación y respeto de estos principios bioéticos? ¿Se trata de la madre gestante, del embrión o feto o del comitente? ¿Gozan todos los “pacientes” del mismo nivel de protección o atención? Parecería que, desde el ángulo de la práctica médica estricta, cabría considerar “paciente” a la gestante en primer lugar (es sobre ella

29 Explican Beauchamp y Childress (2019) que fueron los principios de no maleficencia y beneficencia los que ocuparon un rol central en la historia de la ética médica (incluso con cierta negación del respeto por la autonomía y la justicia en la ética médica tradicional). Afirman que la autonomía y la justicia emergieron como principios en la bioética más recientemente.

que se practica la transferencia que da lugar a la maternidad subrogada) y al embrión en tanto destinatario de los cuidados y prácticas hasta que se produzca su nacimiento. Será, entonces, respecto de la gestante que debería reflexionarse primero: ¿qué bien se le hace, desde el punto de vista médico, al transferir un embrión ajeno? ¿No hay riesgos (obligatoriedad de no maleficencia) en la práctica? Si los hay, ¿están justificados por el bien mayor? ¿Puede considerarse un bien mayor el cobro de una suma de dinero? ¿O el bien mayor sería la obtención de un hijo por parte de los comitentes? ¿Pueden ser considerados “pacientes” en una práctica médica quienes solo son “padres de intención”? Puestos a reflexionar sobre el principio de autonomía: ¿ha tenido realmente oportunidad la mujer gestante de participar de un proceso dialógico para la toma de la decisión? ¿Cuenta con información plena sobre las circunstancias y riesgos médicos? Yendo al principio de justicia: ¿parece justa la distribución de cargas, en el sentido de que la gestante lleve adelante el embarazo únicamente con la mira puesta en abdicar su maternidad? ¿Es admisible éticamente la imposición del aborto a la gestante frente a un diagnóstico de alteraciones o defectos en el niño por nacer? ¿Es considerado el feto en su rol de paciente y destinatario de los cuidados gestacionales? A pesar de esta evidente coexistencia de sujetos, desde el punto de vista jurídico (y así queda constatado en los casos judiciales) la ponderación de principios se inclina a la perspectiva del comitente que contrata el servicio (con independencia del aporte de gametos). Hay, entonces, una falta de coincidencia de los sujetos dignos de protección.

En el debate bioético desde la posición que asumimos, el personalismo ontológico ofrece un fuerte basamento antropológico: los postulados de la filosofía aristotélico-tomista, la idea de orden, esencia y naturaleza y las virtudes como principio de la moral. Los trabajos de Elio Sgreccia (2018), F. D’Agostino (1991, 2004), Emmanuel Mounier (1950), E. Pellegrino (1993) contribuyeron a una postulación renovada y a un enorme desarrollo de la bioética, que recoge y ubica en un lugar central la dignidad del hombre. En el personalismo, la no maleficencia, la beneficencia, la autonomía y la justicia se delinean con otro cariz y se pasa a proponer como principios ordenadores: la defensa de la vida física, el principio de totalidad o terapéutico, la libertad-responsabilidad y la sociabilidad-solidaridad-justicia.

Hemos aludido ya a la dignidad, principio eminente de la bioética y al principio de beneficencia-no maleficencia. También se mencionó (y suele ser eje de la discusión jurídica) el principio de autonomía, vinculado al ejercicio de la libertad como medio para desplegar la potencialidad humana. Sin embargo,

pensamos que será especialmente el principio de vulnerabilidad el que debe sopesarse (aunado al de la dignidad, según vimos). El principio de la vulnerabilidad, recogido explícitamente en el derecho internacional (Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos) y ligado a la integridad personal, es de aplicación no sólo a todo cuanto refiere a las investigaciones médicas, sino que también concierne a “las cuestiones éticas relacionadas con la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas aplicadas a los seres humanos” (art. 1, Alcance) e impone tanto en el conocimiento científico como en la práctica médica y las tecnologías conexas el deber de considerar la vulnerabilidad humana y la integridad personal, con protección especial de quienes estén en situación de vulnerabilidad (art. 8).

Nos parece de toda evidencia que el caso de la maternidad subrogada lo expone y reclama dramáticamente. La aplicación de este principio obliga a prestar especialísima atención a la situación de vulnerabilidad de los pacientes en todas las prácticas médicas. Sin negar la fragilidad de la condición humana, en palabras de Andorno (2012), “[l]a vulnerabilidad inherente a la existencia humana reclama la solidaridad y el cuidado por parte de los individuos y de la sociedad en su conjunto” (p. 47). La vulnerabilidad impone un especial cuidado y protección de aquellas personas especialmente expuestas a ser utilizadas, sea por los motivos que fuere. Este principio ético ha irrumpido en el plano jurídico, dando lugar a la perspectiva de la vulnerabilidad, que la enlaza a la dignidad y la condición humana y se propone como superadora de las perspectivas atadas a determinados grupos vulnerables (nacidos de categorizaciones que suelen nutrirse de miradas conflictivistas y dar lugar a guetos identitarios). Como explica Basset (2022), “[e]l concepto de vulnerabilidad tiene además la ventaja de reinscribir la igualdad en la tradición de la noción de fraternidad humana” y el “mito de la autonomía individual” da lugar a la “autonomía relacional” (p. 2). Con ello, se “invierte la óptica y piensa el derecho desde la fragilidad compartida”, y se reinterpreta la igualdad (p. 2). Y agrega la autora que es en el derecho de familia y en el ámbito de los derechos personalísimos donde esta perspectiva es más necesaria.³⁰

30 Explica Basset (2022): “Otro aspecto en el que la vulnerabilidad ofrece un gran aporte es en la superación del concepto de individuo autónomo y fuerte, así como se percibe en el derecho decimonónico, hacia el paradigma de una condición universal de vulnerabilidad que genera interdependencia y responsabilidades recíprocas. El concepto de igualdad heredado del siglo dieciocho se basa en el individuo y su autonomía. Este paradigma, crecientemente abandonado por el derecho civil, se encuentra paródicamente muy difundido en el ámbito de los derechos personalísimos y el derecho de familia, que son lo que probablemente más requerirían de la perspectiva de vulnerabilidad, porque

A la vulnerabilidad (principio de la bioética personalista)³¹ y a los principios de la dignidad, autonomía y beneficencia que funcionan principalmente en la relación médico-paciente (es decir, a nivel individual) han de sumarse dos principios de enorme relevancia en la dimensión colectiva o social: el principio de justicia y el de solidaridad. El primero tiende a concretar la distribución equitativa de recursos,³² mientras que el segundo corresponde principalmente a las situaciones en las que el destinatario de la práctica médica no coincide con su beneficiario, pues las ventajas de la práctica le corresponden o bien a la sociedad en su conjunto (v. gr. vacunas para obtener inmunidad de rebaño, investigaciones de pruebas de medicamentos) o bien a un tercero (trasplantes). Es también nuestro caso: una mujer es receptora de un embrión, al que lleva en su vientre como propio para darlo a luz y entregarlo a los comitentes. A este respecto, interesa repasar los principios básicos derivados del código de Núremberg, que dio lugar al nacimiento de la ética biomédica moderna y al derecho internacional de derechos humanos, de los que destacamos: el carácter esencial del libre consentimiento, la obligación de evitar todo daño o sufrimiento físico o mental innecesario, la proporcionalidad de los riesgos y el derecho del participante de revocar su consentimiento en todo momento (Andorno, 2012). En la subrogación de vientres, la cuestión del consentimiento no está libre de reproches, dada la situación de vulnerabilidad de las mujeres gestantes; los riesgos son asumidos en su totalidad por ella, que no es beneficiaria del tratamiento y carece de toda facultad de revocar su consentimiento, pues le está vedado solicitar quedarse con el niño.

Por otra parte, al pensar en la libertad, la autonomía y la libre disponibilidad del cuerpo sustentada en la dignidad, Ares Uría (2020) propone su revisión con una triple perspectiva: objetiva, subjetiva y de proporcionalidad. Explica que, desde la dimensión objetiva, la mujer gestante pone a disposición la totalidad de su cuerpo, la totalidad de su persona, que incluye dimensiones físicas y psíquicas, con el triple objetivo de concebir, gestar y parir, y el resultado no es terapéutico por cuanto no se obtiene la cura, sino exclusivamente la generación de un bebé. En la faz subjetiva, la intención de la mujer gestante es (mayoritariamente) la obtención de un beneficio económico, es decir, una motivación

la intimidad vulnerabiliza y las decisiones de naturaleza personalísima generalmente exponen las aristas más susceptibles de ser heridas de la personalidad” (p. 3)

31 Conf. Andorno (2012).

32 Hemos visto que algunos actores indican que la maternidad subrogada implica una transferencia de recursos humanos de países pobres a países ricos.

lucrativa que no se vincula con el desarrollo de su identidad en el plano de la maternidad. Por último, respecto de la proporcionalidad y la dignidad, la mujer gestante —como un “todo personal”— presta su cuerpo para la gestación de un niño para otro, y se convierte así ella misma en un instrumento para la satisfacción del deseo de los comitentes. Y también el bebe es considerado un objeto, el producto de un proceso, un resultado cuya perfección es materia de contrato. De este modo, la dignidad de ambos (mujer y niño) están jaqueadas.

Nos animamos a afirmar que se trata de una verdadera servidumbre de la mujer gestante, subordinada íntegramente al comitente y a quienes intermedian en el tráfico de niños: su vida completa (puesto que el embarazo la compromete de forma cabal, sin que ese estado pueda acotarse) queda a merced no sólo de comitentes, sino especialmente de intermediarios, quienes en conjunto asumen la potestad decisoria sobre la vida de la mujer.; con quién vive, cómo se alimenta y descansa, a quién frecuenta, qué vida íntima y sexual lleva adelante, qué piensa y siente (incluso se la somete a terapias de desapego), qué información comparte con su familia, cómo se siente, con qué documentación cuenta, etc. quedan bajo el permanente escrutinio de ellos y, así, son arrebatados del plano vital de la mujer. A esta situación de brutal sometimiento a la voluntad decisoria ajena (por más que en su origen algunos puedan considerarla voluntaria, pero que es irrevocable para la madre en el contrato) y que pone en jaque su dignidad (porque, además de ser un medio para la obtención de un producto, pierde durante todo el embarazo la facultad más propia del hombre, como es el libre albedrío) se suma la de la vulnerabilidad de forma particular no sólo respecto de la mujer gestante,³³ sino también con relación al niño resultante: escenarios de discrepancia sobre los cuidados prenatales (continuación, aborto), abandono frente a cambio de opiniones o defectos físicos, la separación del bebe sin ser amamantado y sin desarrollar apego, incluso sus intereses adultos en conocer el modo de gestación y su identidad, con el consiguiente impacto psicológico y social.³⁴ El niño es privado ni más ni menos que de la posibilidad de ser fruto del amor, de un encuentro íntimo,³⁵ y también le es arrebatado el ser destinatario de la ternura y atención de quien lo lleva en su vientre y

33 Dada la asimetría habitual entre ella y el comitente, la circunstancia de que la retribución que obtenga será a costa de desatender a su familia (además de no resolver su situación económica desfavorable de forma definitiva) y el impacto psicológico y social.

34 Véase Bellver Capella (2015).

35 “El hijo reclama nacer de ese amor, y no de cualquier manera, ya que él no es un derecho sino un don que es el fruto del acto específico del amor conyugal de sus padres”. Exhortación apostólica *Amoris laetitia* sobre el amor en la familia del papa Francisco (2016, N° 81).

debería cuidarlo como propio, en un marco familiar de amor y contención. El feto no experimenta (porque así se entrena particularmente a las gestantes) el apego y la sensación de acogida propia de las madres, y su vida (su continuidad) está condicionada a exámenes y pruebas diagnósticas muchas veces invasivas, no exentas de sufrimiento fetal: es un niño nacido sin familia. Se trata de una afrenta a la dignidad de los más vulnerables.

Vemos, así, que la vulnerabilidad constituye aquí otro de los principios en juego tanto respecto a la madre como al *nasciturus*. Y agregamos una cuestión más: tratándose de salud pública —recuérdese que estamos analizando beneficios y desventajas de los distintos marcos regulatorios—, el principio de distribución equitativa (justicia) y el principio de solidaridad tampoco pueden excluirse. Se trata de un acto cuyo objeto es contrario a la moral y a las buenas costumbres, con seria afectación de la dignidad humana tanto por la explotación de la mujer como por la cosificación del niño (Lafferrière y Eleta, 2018), así como por la disociación de los elementos identitarios de la persona (Lafferrière, 2017a). Se da, además, una violación del principio bioético de justicia y equidad, de solidaridad con los más necesitados, de protección a los más vulnerables y de cooperación internacional. Nótese que el criterio de la voluntad procreacional (y la ponderación mayor de los intereses de los comitentes) no hace sino estatuir el derecho de los fuertes por sobre el de los débiles; la victoria del deseo del adulto que determina la identidad del niño —el eje adultocéntrico— (Basset, 2016).

Es en estos casos en los que el derecho ha de responder al llamado que le hace la bioética:

El derecho está llamado a desempeñar un papel fundamental en bioética. Se quiera o no, la tarea de conjurar los nuevos peligros para la dignidad humana recae principalmente sobre él, en razón de que la ética no tiene por sí sola la fuerza suficiente para asegurar el respeto de la persona. Es a la ley a quien incumbe la tarea de ejercer el poder político, de defender al ser humano de los abusos a que está expuesto, sobre todo en los momentos más frágiles de su existencia (al comienzo y al fin); es a la ley a quien corresponde evitar que nuestros congéneres, presentes y futuros, sean reducidos a puras relaciones de utilidad y rentabilidad. (Andorno, 2012, p. 60)

Así, por último, para cerrar la reflexión sobre la regulación, también corresponde destacar dos principios de la bioética que se han abierto paso en el derecho internacional y que resultan de especial interés en el caso que estudiamos: el

principio de precaución y el principio de responsabilidad. El primero impone la adopción de medidas precautorias cuando, aun frente a la ausencia de certeza absoluta, la práctica presente un riesgo de amenazas graves e irreversibles a la salud (o al medioambiente). El segundo, propuesto por Hans Jonas (1995), insta obrar de tal modo que los efectos de la acción sean compatibles con la permanencia de una vida humana auténtica. Ambos justifican la prohibición de la maternidad subrogada (Bellver Capella, 2015).

6. Reflexiones finales y propuesta

La posmodernidad trajo, con la aceleración de la tecnología y el desarrollo de la ciencia, nuevos escenarios posibles que, aunados al dualismo antropológico, impulsaron aún más la mutación del concepto de dignidad en abandono de su carácter ontológico (connatural al hombre) y para su asimilación a algunas condiciones que permitan ejercitar la capacidad de autodeterminación (libre elección), con énfasis en la libertad. Lo problemático de la cuestión es que, como vimos, de la dignidad ontológica se deriva la intangibilidad y la indisponibilidad. A su vez, esta cuestión encierra también los dos conceptos de dignidad conocidos como *dignity as empowerment* (identificada como autonomía y derecho en condiciones que favorezcan desarrollo de su personalidad) y *dignity as constraint* (dignidad como restricción), que, más allá de las opciones individuales, acentúa la existencia de límites a la libertad individual fijados en atención al interés general. Se da, pues, el doble juego propio de derecho, que es siempre relacional. La dignidad, además de derechos y libertades, da lugar a deberes y obligaciones. Las cuestiones que trae la maternidad subrogada han provocado una enorme diversidad de criterios regulatorios en el mapa mundial: desde su prohibición y penalización hasta su admisión y regulación, pasando por sistemas legales que omiten su consideración o bien regulan sus condiciones de admisibilidad y/o los efectos de su práctica. Desde una posición personalista ontológica, esta práctica resulta inaceptable por ser contraria al orden natural, criterio de justicia. Es decir, para el iusnaturalismo, que asume la justicia como condición de la validez normativa, aun cuando un sistema legal contemplara el ejercicio de esta práctica como un verdadero derecho subjetivo, la norma no sería obligatoria. Emerge, entonces, como defensa la objeción de conciencia. Como vimos, no existe al día de hoy instrumento internacional obligatorio que regule esta práctica, aunque sí hay textos internacionales con valor de recomendación (Consejo de Europa, Parlamento

Europeo).³⁶ En general, se admite que esta práctica socava la dignidad de la mujer, así como importa serios riesgos para los derechos humanos, como el abandono de niños con discapacidades, la inaptitud de los padres comitentes y el derecho a la identidad de los niños (a conocer sus orígenes genéticos y las condiciones de su gestación), entre otros.

La relación de fundamentación entre la justicia y el derecho positivo necesita ser rescatada, así como la reflexión sobre la naturaleza del hombre y la dignidad. La persona constituye un fin en sí mismo no solamente para sí (con fundamento subjetivo), sino también por antonomasia (en sentido objetivo): su dignidad obliga a su consideración como fin en sí mismo (Dicasterio para la Doctrina de la Fe, 2024). Por ello, no podemos negarles dignidad a los demás, pero tampoco podemos negárnosla a nosotros mismos. Es sorprendente la combinación que nos muestra la realidad de fenómenos y concepciones opuestas: mientras que el individualismo y la exacerbación de lo particular se han enseñoreado de las discusiones, también el avance de “lo colectivo” parece irrefrenable. Así, muchas de las cuestiones (incluso judiciales) planteadas han sido orquestadas desde organizaciones que nuclea comunidades (la LGTB, por ejemplo). Por paradójico que parezca, incluso la tiranía de lo igual, hija de esa comparación consumista y obsesiva de todo y todos (si él tiene un hijo, ¿por qué yo no?; si es mi deseo, ¿por qué no llevarlo a cabo?) nos ha sumergido, como explica Byung-Chul Han (*La agonía del eros*, 2023) en la búsqueda obsesiva y exclusiva de la realización de uno mismo, ahora por oposición al don del otro. La antigua sociedad de la disciplina (concentrada en el verbo deber) se ha transformado en la sociedad del rendimiento, donde reina el verbo modal poder (Han, 2024). Entonces, si las técnicas médicas lo hacen posible, y además es mi deseo contar con todo aquello a lo que los demás también pueden acceder, ya nada parece detenerme. Es, de algún modo, el resultado de la perspectiva baconiana del progreso, que precipitó en la primacía de la técnica por sobre la ciencia con tres características centrales (Adorno, 2012): no eticidad (hay que hacer todo lo que es posible), no ontologismo (dado que el ser mismo de las cosas se identifica con la inmovilidad y la rigidez, hay que hacer abstracción de él) y no simbolismo (la técnica sólo se sujeta a la razón técnica en todas direcciones).

Hemos visto cómo los derechos humanos, nacidos del derecho natural,

36 Entre ellos: *Textes du Conseil de l'Europe en matière de bioéthique* (Conseil de l'Europe, 2014); *Report on the Annual Report on Human Rights and Democracy in the World 2014 and the European Union's policy on the matter* (European Parliament, 2015/2229(INI)A8-0344/201530).

comunes a todo hombre en tanto parte de la familia humana y dotados de protección universal frente al totalitarismo colectivista estatal, fueron progresivamente enfatizando su faz individual para desplazar la idea de persona y exacerbar al individuo. Esta transición no es menor, a poco que se comprenda que el hombre deja de ser entendido como parte de su entorno, como inmerso en una comunidad, para mirárselo desde su soledad y desde sus sueños de empoderamiento: su deseo es protagonista y, con la ciencia, incluso su emancipación parece posible. El derecho humano (de la persona) se convierte en derecho individual, y éste, en derecho transhumano.³⁷ El primero tenía para sí la naturaleza común, la dignidad ontológica, e implicaba la participación de todos en un proyecto común; el último entroniza la competencia selectiva y la emancipación de todo límite natural para quienes deseen (y puedan costear) semejante desafío. Nótese que las técnicas de procreación artificial, la hibridación, la eutanasia, la eugenesia, la transexualidad son prácticas que implican enormes sumas de dinero, carecen de finalidad terapéutica y su “beneficio” es sólo para pocos. ¿Puede razonablemente erigirse, entonces, en verdadero derecho subjetivo el acceso a prácticas médicas de este tipo? ¿Puede un deseo personal traspasar la frontera de la intimidad para imponerse en el entramado social? Es la dignidad aquí, nuevamente, el sustento de la solidaridad y exhibe una prelación del derecho social por sobre el individual.

Como vimos, la expansión del concepto de autonomía privada y su proyección a ámbitos tradicionalmente reservados al orden público (y, por tanto, extraños a toda facultad de disposición) dio lugar a la “contractualización del derecho de familia”: así lo exhibe el reclamo traído por los actores en la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Pero el antecedente de esa contractualización —diríamos nosotros, su privatización para su mercantilización— es la constitucionalización del derecho de familia, a partir de la vinculación de la autonomía con el atributo de la libertad, y el reemplazo de la autoridad por la solidaridad: la familia es solo un instrumento para el desarrollo personal (Kemelmajer de Carlucci, 2014) —ya no social—. Esta deformación pone en evidencia el hecho de que, como indicaba Mounier (1950), es justamente la familia el lugar que pone en contacto las cuestiones privadas y las públicas, en una combinación de relaciones sociales e intimidad. “It socializes the private life while it interiorises the life of manners and customs. Through this mediatory function, the family becomes an essential factor in the personal universe” (p. 107).

37 Conf. Puppink (2020).

Entonces, la familia es aquí un factor esencial, crucial. Y, en términos del juego propio entre justicia y regulación normativa, asumimos la imposibilidad de la neutralidad ética, pues se trata de una falsa aspiración (Sandel, 2009): a la hora de regular las instituciones sociales, se parte de una concepción que identifica su finalidad o *telos* y, así, se decide si merece un reconocimiento estatal. También es vital recuperar, para ello, la noción de persona, pues de su estatuto ontológico se derivará la primera exigencia, que —lejos de ser un derecho— es una exigencia del hombre hacia sí mismo: la dignidad le impone la obligación de buscar su propia perfección. De esto se desgajan deberes correlativos, que involucran al prójimo (dada la igualdad esencial de los hombres). En definitiva, la respuesta al interrogante planteado implicará la armonización de los dos conceptos de dignidad, de modo que le reconozcamos a la persona la capacidad (y el derecho) de buscar con autonomía su plenitud y, al mismo tiempo, que entendamos que estas decisiones no pueden atentar contra su naturaleza. Esta armonización es la que permite comprender la raíz común del derecho y del deber y la de la ética, raíz que no es otra que la dignidad del hombre. Las palabras del Cardenal Robert Sarah (2021) confirman la respuesta:

La libertad sin verdad es mentirosa: la falta de vínculo moral entre libertad y verdad solo puede dar lugar a una forma de anarquía. La libertad es real cuando alcanza el bien supremo de la existencia humana, que es vivir en la verdad de Dios. (p. 221)

Somos conscientes de la sorpresa (incluso el estupor) que puede provocar para algunos esta cita en el mundo actual, en el que —como afirma R. Spaemann (2017)— “hay más gente que quiere convencer de la falta de sentido de los dogmas, que los que predicán su verdad” (p. 141). Siguiéndolo, asumimos que las religiones universalistas son esencialmente misioneras mientras mantienen su vitalidad (“sólo las ideas muertas coexisten pacíficamente”); su universalismo es teórico y práctico de forma simultánea: por un lado, consideran verdaderas ciertas hipótesis sobre la realidad, el hombre (su origen y su fin) y el mundo, de ello derivan consecuencias para la vida práctica, y finalmente también consideran que esta visión y conducta es buena para cada hombre. Sin embargo, este universalismo, que en ámbitos político-académicos se denuncia como descalificación, no es ajeno al relativismo antidogmático reinante, última versión del universalismo europeo. Los movimientos y prácticas sociales de la cancelación son finalmente un intento de imponer un pensamiento único.

Este aparente conflicto, incluso con la propuesta de un nuevo rol y una

nueva modalidad de evangelización es descripto por F. Hadjadj (2016): la revalorización del medioambiente y la propuesta de cuidado de la Tierra implican la puesta en escena de la relación del hombre y su entorno y, con ello, la necesidad de retomar la idea de naturaleza del hombre y, a partir de allí, la necesidad de humanizar nuestro pensamiento y las ciencias.³⁸ El agnosticismo, el misticismo, el positivismo y el iusnaturalismo han de darse cita frente al hombre y su recuperación. Y es aquí donde se erige la centralidad de la dignidad del hombre, que ha de convertirse en criterio ético y criterio de justicia.

Prueba de la posibilidad de lograr un acuerdo que nos reúna es que, más allá de la contienda entre posiciones y en el maremágnum de movimientos de activismo social que proponen la reconfiguración del entramado social, esta cuestión de la maternidad por subrogación ha logrado el reencuentro en un mismo posicionamiento (el de su prohibición) de sectores ideológicamente opuestos.³⁹ Así, el feminismo radical (con fundamentación filosófica diametralmente diferente) es uno de los actores más críticos de esta práctica, a la que considera, lisa y llanamente, una forma patriarcal de expropiación del cuerpo de las mujeres a través de la cultura neoliberal y de la economía de mercado, es decir, una explotación reproductiva. En este sentido, la perspectiva de género (usualmente contraria a las designaciones normativas basadas en el sexo por considerar que perpetúan la jerarquización de hombres y mujeres) ha contribuido a visibilizar el entramado económico-político-social-médico-legal que está presente en la problemática (Aberti et al., 2024, p. 5) y el activismo vinculado a esta perspectiva se ha mostrado como uno de los actores más decididos e involucrados en el movimiento global por su prohibición: este movimiento abolicionista lo considera extractivismo abusivo y proxenetismo reproductivo. También desde el Dicasterio para la Doctrina de la Fe (2024, N° 48) se ha formulado un llamamiento para que la comunidad internacional se comprometa a su prohibición internacional.

Es por ello que somos de la posición de proponer la prohibición mundial de esta práctica, incluyendo su tipificación penal, como herramienta de política pública que coadyuve a prevenir estas conductas⁴⁰ y modificar, de este modo,

38 “La Iglesia está en este mundo principalmente para revelar a Dios, cuando lo cierto es que su tarea se reduce cada vez más a preservar lo humano. Entraña esencialmente lo sobrenatural y se ve cada vez más llamada a defender la naturaleza” (Hadjadj, 2016, p. 34).

39 Basta para ello recordar la reunión habida entre Olivia Maurel, impulsora de la Declaración de Casablanca, activista que se declara atea y feminista, y el papa Francisco el 4 de abril de 2024.

40 Conf. Beccaria (2023).

esta grave práctica a nivel global.⁴¹ A este fin, los informes de la relatora especial de la ONU ofrecen interesantes recomendaciones para la implementación de la prohibición.⁴² También lo hace el Comité de Bioética de España (2023). Destacamos aquí lo ya dicho, en el sentido de que la figura encuadraría en el tráfico de niños, definido en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños para la pornografía (2000), así:

Por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución” (art. 2). Todo Estado Parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que a continuación se enumeran queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente: a) En relación con la venta de niños, en el sentido en que se define en el artículo 2 (...): (ii) inducir indebidamente, en calidad de intermediario, a alguien a que preste su consentimiento para la adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables a la adopción.

Como se ve, se exhorta a la tipificación penal de la conducta de la intermediación en el tráfico de niños, y si bien se alude a la adopción internacional, al encuadrar la maternidad subrogada como una transacción cuyo fin es la transferencia de un niño a cambio de algún beneficio, cabe su calificación como caso compraventa de niños. La cuestión de la filiación no es más que un artilugio para evitar la adopción.

Es vital, entonces, enfrentar las iniciativas que presionan por la desregulación internacional y abandonar el enfoque de tolerancia asumido por un número importante de países, entre ellos, la República Argentina. Corresponderá explicitar que en nuestro país, además, el caso encuadraría como delito cons-

41 Más allá de las distintas teorías de la prevención, general y especial (por un lado, advertencia a la población general para que se abstenga de delinquir, por el otro, actuación estatal sobre quien cometió un delito para evitar su reiteración), parece innegable la función preventiva de la pena al reafirmar la confianza en la norma. Esto se comprende desde el prisma de la teoría de los sistemas, en la medida en que “la norma no se dirige a algún sujeto en particular, sino a todos, debido a la interacción social que exige a todos conductas previsibles” (Donna, 2019, p. 77).

42 Nótese que ya se cuenta, dentro de la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 35) y de su Protocolo Facultativo sobre venta de niños (25/05/2000), con la referencia a “todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a cambio de remuneración o cualquier tipo de retribución”.

titucional,⁴³ con el agravante de tener como víctimas a las personas que gozan de tutela constitucional preferente: mujeres y niños.⁴⁴ Para la implementación efectiva de una prohibición de tipo penal a nivel global, es necesaria la articulación sistemática de políticas conjuntas, simultáneas, coherentes y consistentes en el ámbito internacional, pues el delito penal sólo se comprende dentro de la comunidad jurídica. “La ley penal, como máxima jurídica, sólo es imaginable en el seno de una comunidad jurídicamente establecida, en el cual la acción ulterior pena se vincula con la acción anterior, delito” (Donna, 2019, p. 48). Entendemos que la regulación —abolicionista— debería proyectar sus efectos en distintos planos y ámbitos, que incluyan además: la prohibición expresa de la práctica de la maternidad subrogada en todas sus variantes, la nulidad total y absoluta de todo y cualquier acto jurídico relativo a esa práctica y consiguiente privación de todo efecto a los contratos, acuerdos y renunciaciones (cláusulas de gestación, de cesión y renuncia de la responsabilidad parental, etc.); la tipificación penal de estas conductas con especial atención —y modalidad agravada— respecto de quienes actúan como intermediarios (personas jurídicas y organizaciones,⁴⁵ sus representantes y directores, y los profesionales involucrados tanto de la medicina como abogados y notarios), con aplicación de penas privativas de la libertad, económicas e inhabilitación profesional; su caracterización como delitos de máxima gravedad y consideración federal (nótese la similitud con la reducción a servidumbre y trata de personas).

A su vez, y a fin de que la abolición de la práctica no redunde en un mayor turismo reproductivo, resulta necesario —como dijimos— el acuerdo de colaboración internacional y persecución judicial tanto en territorio nacional como extranjero. Sabemos de la dificultad de lograr ese consenso internacional, especialmente en el contexto de la pendiente resbaladiza abierta hace tiempo por la redefinición del hombre como sin límites y la acogida en la perspectiva de derechos humanos, convertida en una nueva conciencia colectiva (Puppinck, 2020). Sin embargo, esta dificultad no ha de impedir —como remedio provisorio, al menos— reclamar la soberanía y regular la penalización en el ámbito nacional. Ello resulta sin duda posible al menos en aquellas latitudes donde

43 La Constitución Nacional Argentina establece, junto a la prohibición de la esclavitud, en la norma del art. 15, que “Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice”.

44 Conf. Medina (s.f.).

45 Esta propuesta no implica desconocer el dilema sobre si *societas delinquere potest o no potest* y el tradicional rechazo doctrinario a la posibilidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas frente a la teoría del delito.

la organización política estatal se ha montado sobre la noción de justicia, y la exhortación al desarrollo personal se funda en la idea de un orden moral heterónomo y objetivo. Ese es el caso de la nación Argentina, en cuyo preámbulo constitucional se invoca a Dios como “fuente de toda razón y justicia”.

Como dijimos al comenzar este trabajo, la finalidad no es otra que, a partir del importante fallo del máximo tribunal argentino, reflexionar sobre la práctica de la maternidad subrogada (conocer las conductas, acciones y circunstancias que le son propias), su regulación (tanto en distintos países como en instrumentos de derecho internacional) y los valores implicados (con atención a los sujetos, sus atributos, sus derechos naturales o positivos), para con ello emitir una solución o propuesta jurídica. Hemos intentado cumplir con la interdisciplinariedad propia de la reflexión bioética que involucra no sólo a los profesionales y saberes de la medicina, sino también al mundo del derecho, la filosofía, la teología, las autoridades públicas, recurriendo para ello a bibliografía de distinto tenor. Nuestras reflexiones han intentado vincular distintos aspectos y perspectivas, en una exposición sistemática que ponga en juego los principios propios de la bioética y no quede reducida a la casuística. Pero, además de la sistematización e interdisciplinariedad, la reflexión bioética ha de ser prospectiva, global (Andorno, 2012): para ello, ponemos la mirada en el futuro y atendemos a la humanidad en su conjunto. En esa inteligencia es que proponemos la abolición global de la práctica de la maternidad subrogada.

Esto último no es sino la conclusión a la que nos ha traído la acción de reflexionar en dos ámbitos distintos, pero inextricablemente vinculados: por un lado, la cuestión de los bienes en juego (la vida, la libertad, la dignidad) y las características de esta práctica (asimetría y explotación, mercantilización), y, por el otro, las enormes diferencias regulatorias en cada país (desde su persecución penal hasta su legalización plena, pasando por vacíos normativos), que han provocado un creciente turismo reproductivo que busca zanjar prohibiciones —y, con ello, constituye un itinerario de fraudes a la ley— y que tiene a los niños entre manos. La vulnerabilidad de las mujeres gestantes, de los embriones obtenidos mediante las TRHA y de los niños nacidos por esta práctica y sometidos a contiendas judiciales nos convence de la imperiosa necesidad de poner fin a esta extrema desnaturalización de la maternidad y la paternidad. Como dijimos, somos conscientes de las dificultades, de las distintas posiciones y del hecho de que la maternidad subrogada es una práctica creciente, incluso regulada y aceptada en algunos países. Pero también creemos en la necesidad de no dejarnos atrapar por la desazón frente a la realidad, la de reubicar al progreso

(de las técnicas y de la medicina) de modo que nos permita cambiar al mundo para acercarlo al ideal, a lo deseable, y no a la inversa.⁴⁶ En definitiva, desafiar —en palabras de Chesterton (2017)— la herejía del precedente:

Es el punto de vista de que, como nos hemos metido en un lío, tenemos que meternos en otro mayor para adaptarnos; de que, porque hemos dado un giro equivocado hace algún tiempo, tenemos que ir hacia adelante y no hacia atrás; de que como hemos perdido el camino, debemos también perder el mapa; y de que como no hemos realizado nuestro ideal, debemos olvidarlo. (p. 146)

Proponemos, simplemente, retomar el sendero.

Bibliografía

- Albert, M. (2017). La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución. *Cuadernos de bioética*, 28(2), 177-197.
- Alberti, P., López, K., Solana-Villanueva, N. y Pimentel-Aguilar, S. (2024). Alquiler de vientres como explotación reproductiva de mujeres rurales de Tabasco. *Convergencia*, 31, 1-42.
- Ales Uría, M. (2020). La dignidad humana y el derecho de disposición sobre el propio cuerpo. Reflexiones a partir del rechazo de tratamientos médicos y los acuerdos de maternidad subrogada. *Dikaion*, 29(1), 39-65.
- American Society for Reproductive Medicine y Society for Assisted Reproductive Technology. (2022). *Recommendations for practices using gestational carriers: A Committee opinion* (2022). <https://www.asrm.org/practice-guidance/practice-committee-documents/recommendations-for-practices-using-gestational-carriers-a-committee-opinion-2022/>
- Andorno, R. (2012). *Bioética y dignidad de la persona*. Tecnos.
- Arenas G., Julianelli V. y Leocata Nieto, F (2020). Técnicas de reproducción asistida. En Quintana, R., James, R., Gadow, A., Paul, N., Quintana, T., *Impacto de las técnicas de Reproducción Asistida. Desde la consulta al adulto joven* (pp. 91-112). Akadia.

46 “Y ahora viene todo el colapso y el enorme desatino de nuestra época. Hemos mezclado dos cosas diferentes, dos cosas opuestas. El progreso debería significar que estamos siempre cambiando al mundo para ajustarlo a nuestra visión. Pero en la actualidad, el progreso significa que estamos constantemente cambiando de visión. Debería significar que, despacio pero seguro, estamos estableciendo la justicia y la compasión entre los hombres; pero significa que somos rápidos en dudar de la deseabilidad de la justicia y la compasión. La página exaltada de cualquier sofista prusiano hace que las personas lo duden. El progreso debería significar que estamos constantemente caminando hacia la Nueva Jerusalén. En realidad, significa que la Nueva Jerusalén se está alejando de nosotros. No estamos alterando lo real para acomodarlo al ideal. Estamos alternando el ideal. Es más fácil” (Chesterton, 2023, p. 164).

- Atienza, M. (2023). *Sobre la dignidad humana*. Trotta.
- Basset, U. (2016). Maternidad subrogada: determinar la filiación por el parto ¿es contrario a los derechos humanos? *La Ley*, 2(05).
- Basset, U. (2018). La maternidad subrogada como Trata y Explotación de niños. Informe Oficial de la Asamblea General de la ONU. *La Ley*, 2018-E.
- Basset, U. (2022). *Fallar con perspectiva de vulnerabilidad (o el riesgo de las categorías en el derecho antidiscriminatorio)*. La Ley. AR/DOC/3111/2022.
- Beauchamp T. y Childress, J. (2009 [1979]). *Principles of Biomedical Ethics*. Oxford.
- Beauchamp, T. y Childress, J. (2019). Principles of biomedical ethics: marking its fortieth anniversary. *The American Journal of Bioethics*, 19(11), 9-12.
- Beccaria, C. (2023 [1828]). *De los delitos y de las penas*. Trotta.
- Bellver Capella, V. (2015). ¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional. *SCIO: Revista de Filosofía*, (11), 19-52.
- Berruero, R. (2023). Responsabilidad penal de las personas jurídicas en Argentina. En *La responsabilidad penal de las personas jurídicas* (pp. 63-88). Leyer Editores.
- Braque, R. (2021). *Manicomio de verdades*. Ediciones Encuentro.
- Callejas Arreguin, N. A. (2023). Maternidad subrogada en México y Brasil, un estudio jurídico comparado entre dos naciones latinoamericanas. *Revista de Bioética y Derecho*, (59), 165-180.
- Chesterton, G. K. (2017). *Lo que está mal en el mundo*. Ediciones RG.
- Chesterton, G. K. (2023). *Ortodoxia*. Ediciones Sieghels.
- Comité de Bioética de España. (2023). *Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*.
- Conseil de l'Europe. (2014) *Textes du Conseil de l'Europe en matière de bioéthique* (Vol. II). Direction Générale I - Direction des Droits de l'Homme, Service des politiques et du développement des droits de l'Homme, Unité de la Bioéthique.
- D'Agostino, F. (1991). Dalla bioetica alla biogiuridica. *Persona y Derecho*, 9-22.
- D'Agostino, F. (2004). Bioética y persona. *Cuadernos de bioética*, 15(53), 11-16.
- De Casas, C. I. (2022). Jorge Nicolás Lafferrière y Helga María Lell (Eds.). La dignidad a debate: Usos del concepto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista de Derecho*, 21(42), 313-315.
- De Lezica, M. (2020). La naturaleza de las cosas como tópico jurídico. *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada*, (26), 15-62.
- De los Reyes, A. O. (2012). Jesús González Pérez: La dignidad de la persona. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (16), 690-694.
- Department of Health & Social Security. (1984). *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology*. <https://www.hfea.gov.uk/media/2608/warnock-report-of-the-committee-of-inquiry-into-human-fertilisation-and-embryology-1984.pdf>
- Detectaron 85 donantes masivos de semen en los Países Bajos: miles de niños podrían tener más de 70 hermanos. (15 de abril de 2025). Perfil. <https://www.perfil.com/noticias/internacional/detectaron-85-donantes-masivos-de-semen-en-paises-bajos-miles-de-ninos-podrian-tener-mas-de-25-hermanos.phtml>
- Dicasterio para la Doctrina de la Fe. (2024). *Dignitas infinita. Declaración sobre la Dignidad humana*.
- Donna, E.A. (2019). *Persona y Derecho*. Rubinzal Culzoni.

- Espejo-Yaksic, N., Fenton-Glynn, C., Lathrop-Gómez, F. y Scherpe, J. M. (2022). *La gestación por subrogación en América Latina*. Centro de Estudios Constitucionales, Suprema Corte de Justicia de la Nación de México/Centro de Derecho de Familia, Universidad de Cambridge.
- Fahsbender, F. (25 de febrero de 2025). Subrogación de vientres: investigan a una abogada y a la “agencia” vinculadas al bebé rechazado en Córdoba por una francesa. *Infobae*. <https://www.infobae.com/sociedad/politicas/2025/02/25/subrogacion-de-vientres-investigan-a-una-abogada-y-a-la-agencia-vinculadas-al-bebe-rechazado-en-cordoba-por-una-francesa/>
- Francisco. (2016). *Amoris laetitia: Exhortación apostólica postsinodal sobre el amor en la familia*. Palabra.
- González Gutiérrez, A. y Postigo E. (2019). *Fundamentos de bioética*. Fundación Jérôme Lejeune.
- González Pérez, J. (2017). *La dignidad de la persona*. Aranzadi/Civitas.
- Guzmán, J. L. y Miralles, A. A. (2012). Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada. *Cuadernos de bioética*, 23(2), 253-267.
- Hadjadj, F. (2015). *¿Qué es una familia?* Editorial Nuevo Inicio.
- Hadjadj, F. (2016). *La suerte de haber nacido en nuestro tiempo*. Rialp.
- Han, B. C. (2023 [2012]). *La agonía del eros*. Herder.
- Han, B. C. (2024 [2010]). *La sociedad del cansancio*. Herder.
- Jonas, H. (1995). *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Herder.
- Kelsen, H. (2020 [1960]). *Teoría pura del derecho*. Eudeba.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2014). La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino. En Graham, M. y Herrera, M. (Dirs.), *Derecho de las familias, infancia y adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea* (pp. 3-43). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
- Kemelmajer de Carlucci, A., Lamm, E. y Herrera, M. (2013). Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional. *La Ley*, 2013-D.
- Khalaf, Z. F., Shafiabadi, A. y Tarahomi, M. (2008). Psychological aspects of surrogate motherhood. *Journal of Reproduction & Infertility*, 9(1).
- Lafferrière, J. N. (2017a). Análisis de la jurisprudencia sobre maternidad subrogada luego del Código Civil y Comercial. *La Ley*. <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/12538>
- Lafferrière, J. N. (2017b). La protección de la dignidad del niño concebido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *La Ley*. <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/8837>
- Lafferrière, J. N. y Eleta, J. B. (2018). Maternidad subrogada: la pretensión de legislar a través de una acción colectiva. *La Ley*. AR/DOC/3317/2017. <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/8943>
- Léjeune J. (2019). *En el comienzo, la vida. Conferencias inéditas (1968-1992)*. Biblioteca de Autores Cristianos.
- Lewis, C. S. (2016 [1947]). *Abolición del hombre*. Harper Collins Español.
- Marrama, S. (2019). Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre venta de niños en el contexto de acuerdos de subrogación de vientres. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 9(2), 271-289.

- Marrama, S. (2022). Contratos de maternidad subrogada. La justicia federal argentina a la vanguardia con los más altos estándares en derechos humanos. *La Ley*, 2022.
- Martínez Muñoz, K. y Rodríguez Yong, C. R. (2021). La maternidad subrogada: tendencias de regulación en Latinoamérica. *Jurídicas*, 18(1), 74-90.
- Medina, D., Bidetti, M. J. y Sagués, M. S. (s.f.). *Informe subrogación América latina y Argentina*. Asociación de Mujeres Jueces de Argentina https://amja.org.ar/wp-content/uploads/INFORME-SUBROGACION-AL-y-ARGENTINA_240126_170430-1.pdf
- Miralles, A. A. (2017). Maternidad subrogada y dignidad de la mujer. *Cuadernos de bioética*, 28(2), 163-175.
- Mounier, E. (1950). *Personalism*. Routledge/Kegan Paul Ltd.
- Negri Malbrán, M y Leguizamón, G. (2020). Embarazo luego de fertilización in vitro. Seguimiento y pronóstico. Embarazos en pacientes añosas por ovodonación. En Quintana, R., James, R., Gadow, A., Paul, N. y Quintana, T., *Impacto de las técnicas de Reproducción Asistida. Desde la consulta al adulto joven* (pp. 215-220). Akadia.
- Nöllmann, M. (19 de febrero de 2025). Nació prematura y la progenitora francesa que subrogó un vientre, aportando su óvulo, no se hizo cargo; otros casos de una práctica polémica. *La Nación*. <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/no-soy-la-madre-el-tragico-caso-del-bebe-de-ventre-subrogado-que-quedo-abandonado-en-una-clinica-de-nid19022025/>
- Ochoa Ruiz, N. (2020). *Manual de Bioética y Derecho*. Fundación Jérôme Lejeune, Delegación España.
- Pellegrino, E. D. y Thomasma D. C. (1993). *The virtues in Medical Practice*. Oxford University Press.
- Postigo, E. (2003). *Bioética y Didáctica: fundamentos, método y programa*. Biblioteca CEU. <http://hdl.handle.net/10637/3774>
- Postigo, E. (2011). *Bioética, concepciones antropológicas y corrientes actuales*. Universidad CEU San Pablo.
- Potter, V. R. (1970). Bioethics, the science of survival. *Perspectives in biology and medicine*, 14(1), 127-153.
- Puppinck, G. (2020). *Mi deseo es ley. Los derechos del hombre sin naturaleza*. Encuentro.
- Quintana, R., James, R., Gadow, A., Paul, N. y Quintana, T. M. (2020). *Impacto de las técnicas de Reproducción Asistida. Desde la consulta al adulto joven*. Akadia.
- Rodríguez Iturburu, M. R. (2023). La gestación por subrogación en Argentina. En *La gestación por subrogación en América Latina* (pp. 1-54). Tirant lo Blanch.
- Ruiz, N. O. (2019). La dignidad humana como fundamento de la identidad europea: la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la delimitación de la noción de dignidad humana. *Cuadernos europeos de Deusto*, (02), 203-224.
- Sánchez Vázquez, M. J. (2018). Vulnerabilidad de los sujetos participantes en investigaciones psicológicas: actualizaciones ético-normativas. *Anuario Temas en Psicología*, 4.
- Sandel, M. J. (2007). *The case against perfection*. Harvard University Press.
- Sandel, M. J. (2009). *Justice. What's the right thing to do?* Farrar, Strauss and Giroux.
- Santiago A. (2022). *La dignidad de la persona humana*. Abaco.
- Sarah, R. C. (2021 [2015]). *Dios o nada. Entrevista sobre la fe con Nicolás Diat*. Palabra.
- Sgreccia, E. (2018). *Manual de Bioética I. Fundamentos y Ética biomédica*. BAC.

- Spaemann, R. (2017). *El rumor inmortal. La cuestión sobre dios y la ilusión de la modernidad*. Rialp.
- Thornton, J. (2024). The Warnock Report: 40 years on. *The Lancet*, 404(10471), 2501-2502.
- Van den Akker, O. B. (2007). Psychosocial aspects of surrogate motherhood. *Human reproduction update*, 13(1), 53-62.
- Vanier, J. y Villegas, J. S. (1995). *Cada persona es una historia sagrada*. PPC.
- Villey, M. (2019). *El derecho y los derechos del hombre*. Marcial Pons.
- Warnock, M. (1984). Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology. Chairman: Dame Mary Warnock. Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology. H.M.S.O. <https://wellcomecollection.org/works/pxgeeqnf>
- Warnock, M. (1985). The Warnock report. *British Medical Journal*, 291(6489), 187-189.
- Wojtyła, K. (2023 [2008]). *Amor y responsabilidad*. Palabra.

Instrumentos, normas e informes internacionales

- Asamblea General de la ONU. Relatora Especial sobre la venta y explotación sexual de niños, niñas y adolescentes. (15 de enero de 2018). *Informe de la Relatora Especial* (A/74/162).
- Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. (2000). *Informe del Comité de Derechos Humanos* (A/55/40 Vol. I). Naciones Unidas.
- Consejo de Derechos Humanos de la ONU. Relatora Especial sobre la venta y explotación sexual de niños, niñas y adolescentes (Maud de Boer-Buquicchio). (15 de enero de 2018). *Prácticas abusivas en la gestación por sustitución* (A/HRC/37/60). <https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/ahrc3760-report-special-rapporteur-sale-and-sexual-exploitation-children>
- Consejo de Europa. (1950). *Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales* (Serie de Tratados Europeos No. 5).
- European Parliament. (2015). *Report on the Annual Report on Human Rights and Democracy in the World 2014 and the European Union's policy on the matter* (2015/2229(INI)A8-0344/201530).
- Naciones Unidas. (1945). *Carta de las Naciones Unidas* (1 UNTS XVI).
- Naciones Unidas. (1948a). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Organización de los Estados Americanos.
- Naciones Unidas. (1948b). *Declaración Universal de Derechos Humanos* (A/RES/217(III) A).
- Naciones Unidas. (1949). *Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra* (IV Convención de Ginebra) (75 UNTS 287).
- Naciones Unidas. (1965). *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* (577 UNTS 185).
- Naciones Unidas. (1966a). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (999 UNTS 171).
- Naciones Unidas. (1966b). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (993 UNTS 3).
- Naciones Unidas. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Pacto de San José de Costa Rica) (1144 UNTS 123).
- Naciones Unidas. (1979). *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (1249 UNTS 13).
- Naciones Unidas. (1989a). *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* (1465 UNTS 85).

- Naciones Unidas. (1989b). *Convención sobre los Derechos del Niño* (1577 UNTS 3).
- Naciones Unidas. (1994). *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer* (Convención de Belem do Pará). Organización de los Estados Americanos.
- Naciones Unidas. (1995). *Declaración y Plataforma de Acción de Beijing*.
- Naciones Unidas. (2000a). *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* (Convención de Palermo) (2225 UNTS 209).
- Naciones Unidas. (2000b). *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños* (Suplementa la Convención de Palermo) (2237 UNTS 319).
- Naciones Unidas. (2000c). *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía* (A/RES/54/263).
- Naciones Unidas. (2006). *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* (2515 UNTS 3).
- Parlamento Europeo. (2019). *Informe sobre igualdad de género* (2019/2169(INI)).
- UNESCO. (1997). *Declaración universal sobre el genoma humano y los derechos humanos*.
- UNESCO. (2005). *Declaración universal sobre bioética y derechos humanos*.

Roles de autoría y conflicto de intereses

El autor manifiesta que cumplió todos los roles de autoría del presente artículo (investigación, conceptualización, escritura y redacción) y declara no poseer conflicto de interés alguno.

EXISTENCIA Y ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN DE RENEGOCIAR LA EXTINCIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO¹

Andrés Sánchez Herrero

Universidad Austral

andres@sanchezherrero.com.ar

<https://doi.org/10.26422/RJA.2025.0602.san>

Recibido: 24/07/2025

Aceptado: 10/11/2025

Resumen

El tercer párrafo del artículo 1011 del Código Civil y Comercial de la Argentina impone a la parte que quiere rescindir un contrato de duración la obligación de renegociar el tema previamente. El texto ha generado posturas encontradas en cuanto a su ámbito de aplicación y a las conductas que prescribe. El autor propone interpretarlo con el siguiente alcance:

- La norma impone un deber formal y sustancial al rescindente, quien no solo debe darle a la otra parte la oportunidad de renegociar, sino que, además, debe llevar a cabo la negociación de manera razonable (lo que incluye desistir de su voluntad extintiva si la otra parte le hace una propuesta que satisface razonablemente sus intereses).
- Así entendida la norma, no puede ser aplicada ni a la rescisión liberatoria ni a la penitencial (es decir, a la rescisión incausada en ninguna de sus especies). Esto es así no solo por las dificultades prácticas inherentes a su implementación, sino, sobre todo, porque implicaría requerirle al rescindente una justa causa para apartarse de una relación contractual, lo que contradice su derecho a abandonarla de manera incausada, con raigambre constitucional.
- Por ende, el tercer párrafo del art. 1011 del Código Civil y Comercial solo se aplica a la rescisión protectoria (que es causada), no a la liberatoria ni a la penitencial (que son incausadas). Tampoco, lógicamente, a la basada en un incumplimiento.
- La obligación de renegociar alcanza a todo tipo de extinción protectoria, bien sea que la norma que la consagra la llame “rescisión” o de otro modo.
- Incluso en lo que respecta a la extinción protectoria, la obligación de renegociar solo existe en la medida en que sea compatible con la regulación específica prevista para el tipo de extinción en particular de que se trate.

1 El presente artículo ha sido remitido a la *Revista Jurídica Austral* y luego publicado como parte de la obra: Sánchez Herrero, A. (agosto de 2025). *Extinción unilateral del contrato y su renegociación*. La Ley.

Palabras clave: Código Civil y Comercial, Argentina, rescisión unilateral del contrato, obligación de renegociar, artículo 1011.

Existence and Scope of the Obligation to Renegotiate the Unilateral Termination of the Contract

Abstract

The third paragraph of section 1011 of the Argentine Civil and Commercial Code imposes on the party that wants to terminate a term contract the obligation to renegotiate the matter beforehand. The text has generated conflicting positions as to its scope of application and the conducts it prescribes. The author proposes to interpret it with the following scope:

- The rule imposes a formal and substantial duty on the terminating party, who must not only give the other party the opportunity to renegotiate, but must also carry out the negotiation in a reasonable manner (which includes desisting from its extinctive will if the other party makes it a proposal that reasonably satisfies its interests).
- Thus understood, the rule cannot be applied neither to the termination in discharge nor to the penitential termination (i.e., to the termination without cause, in any of its species). This is so not only because of the practical difficulties inherent to its implementation, but, above all, because it would imply requiring the terminating party to show just cause to withdraw from a contractual relationship, which contradicts its right to abandon it without cause, which is rooted in the Constitution.
- Therefore, the third paragraph of section 1011 of the Civil and Commercial Code only applies to the protective termination (which is caused), not to the liberatory or penitential termination (which are uncaused). Neither, logically, to the one based on a breach.
- The obligation to renegotiate extends to all types of protective termination, whether the rule enshrining it calls it “termination” or otherwise.
- Even with respect to protective termination, the obligation to renegotiate exists only to the extent that it is compatible with the specific regulation foreseen for the particular type of termination in question.

Key words: Civil and Commercial Code, Argentina, unilateral termination of contract, obligation to renegotiate, Article 1011.

1. Introducción²

El Código Civil y Comercial (CCyC) dedica un artículo —el 1011— a los “contratos de larga duración”, según la denominación adoptada por el legislador.

2 Agradezco los valiosos aportes de Ignacio Alterini, Maximiliano Calderón, Juan Cianciardo, Roberto Grané, Carlos Hernández, Pedro Rivas Palá, Pedro Sánchez Herrero, Diego Serebrinsky, Fernando M. Toller y Manuel Usandizaga.

Entre otras cuestiones, se refiere a su rescisión. Dispone lo siguiente:

En los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar.

Las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total.

La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos.

En primer lugar, la norma establece que el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto de estos contratos, a fin de que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar. Este es uno de los fundamentos normativos de la exigibilidad de la duración mínima en esta categoría de contratos.

En el párrafo que sigue, se hace hincapié en los deberes de colaboración. Lógicamente, esto no implica que en los demás contratos no tengan gravitación alguna: la tienen, pero, en términos relativos, su incidencia suele ser menor. Uno de los ámbitos principales en los que la buena fe se manifiesta es en la extinción unilateral de estos contratos, aunque asume manifestaciones muy distintas según el subtipo de extinción del que se trate.

Finalmente, en el tercer párrafo se hace referencia a la rescisión unilateral.

En lo que sigue, analizaré solo esto último. El texto ha generado posturas encontradas en cuanto a su ámbito de aplicación y a las conductas que prescribe. Hasta hay quienes le niegan toda virtualidad. Ante este cuadro, avanzaré en dos etapas: en este artículo, entraré de lleno en la polémica y referiré mi posición; en el que sigue, haré un análisis sistemático del tema sobre la base de lo previamente concluido. Lo destaco: el segundo artículo no es por completo independiente del primero, por lo que recomiendo la lectura de ambos. Si bien he procurado facilitar el asunto mediante remisiones puntuales del segundo al primero, no creo que con estas alcance para comprender cabalmente el tema.

2. Antecedentes y derecho comparado

Según los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2016, “[e]n caso de “excesiva onerosidad” (*hardship*), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato” (art. 6.2.3.).

A pesar de la redacción (“puede reclamar”), la lectura integral del artículo pone en evidencia que la renegociación es un paso previo que debe transitar la parte perjudicada que pretende la adecuación o extinción del contrato. En efecto, más adelante se agrega que “[e]n caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal”.

El acceso al tribunal está supeditado a que no se haya llegado a un acuerdo, lo cual presupone que la parte perjudicada impulsó la renegociación, más allá de que esta haya fracasado.

El cuadro es similar en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos. Según su art. 6:111, las partes tienen la obligación de negociar una adaptación del contrato o de ponerle fin.

Más adelante se agrega que “[s]i en un plazo razonable las partes no alcanzan un acuerdo al respecto, el juez o tribunal podrá: (a) Poner fin al contrato [...]. (b) O adaptarlo [...]”.

El deber de renegociar también está previsto y, con esta misma mecánica, en el Código Civil de Francia (art. 1195, reformado en 2016) y en el Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Iusprivatistas Europeos de Pavía (arts. 97.1 y 157). Lo mismo en el Código Civil de Rumania (art. 1271), donde se lo aborda como una carga del contratante perjudicado por la imprevisión, quien solo puede ir por la adecuación o la resolución del contrato si previamente intentó, sin éxito, renegociarlo.

En lo que hace al ámbito nacional, en los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial no se menciona ningún antecedente del art. 1011. Tampoco había nada previsto en este sentido en el Proyecto de 1998, su fuente principal, ni en los demás proyectos de reforma al Código Civil o al Código de Comercio que lo precedieron. Sí en la doctrina, en la que se destaca el abordaje del tema en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Rosario, 2003). *De lege lata*, se concluyó lo siguiente:

La renegociación es un remedio contractual tendiente al mantenimiento y adecuación del acto a circunstancias sobrevenidas, correspondiendo su ubicación en los efectos de los contratos.³

La obligación de renegociar puede derivar de una cláusula expresa del contrato, de una disposición de la ley o como deber emergente del principio general de buena fe.⁴

3 Conclusión n.º 9, por unanimidad.

4 Conclusión n.º 10, por mayoría.

En todas las fuentes citadas, la obligación de renegociar está prevista ante un desequilibrio o un cambio de circunstancias sobrevenido, con un doble alcance:

- 1) como obligación de la parte no perjudicada, y
- 2) como carga de la parte perjudicada, como paso previo a la adecuación o resolución del contrato.⁵

Lo más importante de estos precedentes es el contexto: la obligación de renegociar solo se plantea en el marco de la revisión del contrato por un cambio sobreviniente de circunstancias, no en el de la extinción unilateral incausada de los contratos (cuya aplicación más frecuente tiene lugar respecto de los contratos de duración indeterminada).

Interpretado literalmente, entonces (esto es, como abarcativo de todo tipo de extinción unilateral, ya sea causada o incausada), el tercer párrafo del art. 1011 del CCyC no tiene antecedentes ni en nuestro país ni en el extranjero (Heredia, 2022).⁶

3. Aclaración terminológica y conceptual

En lo que hace a la extinción unilateral del contrato, la terminología adoptada por el legislador es errática y contradictoria (Sánchez Herrero, 2018b, pp. 12-28). Lo es cuando se refiere a esta categoría en general y también en lo que respecta a sus distintos tipos, especies o clases. Por esta razón, he optado por priorizar lo sustancial y relativizar al máximo la incidencia de los términos usados en la ley en cada caso para aludir a la extinción. Así lo haré también en lo que respecta al art. 1011 del CCyC. De todos modos, como este habla de “rescisión”, al interpretarlo me centraré en este “tipo” de extinción unilateral, y recién más adelante volveré a aplicar sin ninguna restricción el criterio sustantivo adoptado. Anticipo la idea central: la obligación de renegociar existe solo ante cierto tipo de extinción unilateral, y esto no depende del nombre adoptado en cada caso por el legislador para identificarla, sino de sus propiedades sustanciales.

5 Esto último, solo en las leyes y modelos legislativos citados, no en las Jornadas, en las que solo se hizo referencia a lo primero.

6 “El último párrafo del art. 1011 se muestra como verdaderamente huérfano de antecedentes” (Heredia, 2022, p. 143).

4. Sentido y alcance del tercer párrafo del artículo 1011 del CCyC

4.1 Las tesis en pugna

Según este artículo, la parte que rescinde “debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos”.

Su alcance no es claro (Rivera et al., 2017).⁷ En los contratos de duración indeterminada, ¿la rescisión sigue siendo libre? ¿En qué consiste la negociación de buena fe? ¿Es una mera exigencia formal o implica algo más? ¿Qué hay del estándar del ejercicio no abusivo? ¿Se sigue aplicando el criterio de la libre rescindibilidad unilateral e incausada, consolidado desde hace décadas a partir de su consagración en el caso *Saavedra c/ Fiat* y positivizado en numerosas normas del CCyC? ¿O ahora hay algo más, un requisito adicional: el deber de renegociar? De ser así, ¿qué alcance tiene?

El art. 1011 del CCyC introduce una clara tensión con el principio de la libre extinguiabilidad de los contratos de duración indeterminada. Según cómo se lo interprete, podría implicar la virtual derogación de este principio.

Para avanzar en el análisis, partiré de un caso:

- A y B celebran un contrato de licencia de tecnología de duración indeterminada.

- A es el licenciante; y B, el licenciatario.

- Como regalía, B debe pagarle a A el 4% de su facturación bruta.

- Al quinto año de ejecución pacífica del contrato, A lo extingue sin causa.

Otorga un preaviso de ocho meses.

- En función de las circunstancias del caso, esos cinco años y ocho meses fueron más que suficientes para que B pudiese amortizar su inversión y obtener una rentabilidad razonable; de hecho, así ocurrió.

- Además, considerando las circunstancias, el preaviso ha sido razonable en cuanto a su extensión.

- Por lo tanto, aplicando los parámetros tradicionales, estaríamos ante una extinción legítima y no abusiva. Sin embargo, B invoca el art. 1011 y acusa a A de no haberle dado “oportunidad razonable de renegociar de buena fe” y de haber incurrido en un “ejercicio abusivo de los derechos”.

Introduzco una variante:

- Antes de extinguir el contrato, A le informa a B su intención, a los efectos de que, si está interesado, renegocien la cuestión en los términos del art. 1011 del CCyC.

7 Rivera (2017) califica al texto legal como “oscuro” (p. 520).

- Se inicia el proceso referido, durante el cual ambos contratantes participan activamente.

- En este marco, A señala que la relación contractual le genera pérdidas porque la regalía es muy baja. En concreto, según A, el problema es que la facturación de B está sensiblemente por debajo de lo que él (A) esperaba, lo que transitivamente afecta las regalías (“los cuatro puntos no me cierran”).

- Ante esta encrucijada, B le ofrece pagar una regalía equivalente al 7% de la facturación (es decir, tres puntos por encima de lo que venía pagando).

- Esta propuesta es objetivamente apta para paliar los quebrantos que el contrato le genera a A, esto es, para satisfacer los intereses que lo llevaron a contratar.

- A pesar de todo, A rechaza la propuesta de B.

- Este último manifiesta que no está en condiciones de mejorarla.

- Así las cosas, y dando por finalizada la renegociación, A extingue el contrato, a cuyo efecto otorga un preaviso de ocho meses.

- B cuestiona la extinción invocando que A, al rechazar su más que razonable propuesta, incumplió el art. 1011.

En suma:

- en la primera versión del caso, A extingue el contrato directamente (aunque da un preaviso de ocho meses);

- en la segunda, A propicia la renegociación y participa activamente de ella, aunque al final rechaza la propuesta de B y extingue el contrato (también dando un preaviso de ocho meses).

Hasta aquí, el caso en sus dos variantes. ¿Cómo encuadrarlas? ¿Tiene razón B? De ser así, ¿qué consecuencias tendría esta calificación? Las respuestas dependen de cómo interpretemos el tercer párrafo del art. 1011 del CCyC:

I) Hay quienes consideran que es una mera expresión de deseos del legislador, carente de incidencia práctica, de valor regulativo. Por lo tanto, y en relación con el caso planteado, nada podría objetarse a A.

II) Para otros, en cambio, es posible interpretar la norma de modo tal que sea aplicada. A su vez, dentro de esta línea, se la ha interpretado en varios sentidos:

II.1) Primera interpretación: la norma impone un deber formal

Según esta tesis, quien ha decidido extinguir un contrato debe informarle su intención al otro contratante, y no puede ponerle fin sino después de haber intentado renegociarlo o al menos haber permitido que la otra parte lo intentase. Solo podrá extinguirlo si la renegociación fracasa, y recién a partir de entonces.

A su vez, dentro de esta postura podrían identificarse dos subposturas:

II.1.a) Antes de extinguir el contrato, el interesado debe abrir un proceso de renegociación, y recién puede ejecutar su propósito una vez que el proceso ha fracasado.

De sostenerse esta postura, habría que considerar que en la primera variante del caso A extinguió el contrato abusivamente. Habría evitado esta calificación si se hubiese tomado el trabajo de abrir un proceso de renegociación, aunque luego hubiera extinguido el contrato por no haber arribado a nuevo acuerdo. En cambio, la extinción sería legítima en la segunda variante, ya que el mismo A inició el proceso de renegociación, invitando a la otra parte a sumarse.

II.1.b) Antes de extinguir el contrato, el interesado debe darle a la otra parte la oportunidad de que inicie un proceso de renegociación, otorgándole el tiempo necesario a este efecto, y recién puede ejecutar su propósito si la otra parte no inicia el proceso dentro de un tiempo razonable o si, iniciado, fracasa.⁸

Desde esta perspectiva, y con relación al caso de referencia en cualquiera de sus dos variantes, pareciera que A no rescindió abusivamente:

- En la primera variante, en definitiva, B contó con ocho meses (los del pre-aviso) para renegociar el contrato y no los aprovechó a este efecto.
- En la segunda variante, el mismo A inició el proceso de renegociación, invitando a B a sumarse.

Como veremos, esta subpostura (es decir, la descripta en II.1.b), en definitiva termina privando de mayor virtualidad a la norma analizada, de modo que no difiere, en la práctica, de la tesis que la concibe como una mera expresión de deseos, privada de efectos prácticos (referida en I). Por lo tanto, en lo que sigue, al aludir a la interpretación del art. 1011 del CCyC en clave formal, solo estaré haciendo referencia a la subpostura expresada en II.1.a, salvo aclaración en contrario.

II.2) Segunda interpretación: la norma impone un deber formal y sustancial

El interesado en extinguir el contrato no solo debe darle a la otra parte la oportunidad de renegociar: además, debe llevar a cabo la negociación de manera razonable. En particular, esto implica que debería desistir de su voluntad extintiva si en el curso de la renegociación la otra parte le hace una propuesta que satisface razonablemente sus intereses.

8 Esta pareciera ser la postura de Ibáñez (2016): “[...] si una parte decide ponerle fin a un contrato de larga duración, debe darle a la otra parte la oportunidad de negociar de buena fe, sin incurrir en abuso de derecho, de tal manera que si no le da la oportunidad de negociar, ésta puede acudir al juez para que fije el plazo para llevar a cabo dicha negociación, prolongando la relación durante ese plazo adicional. Por cierto que si pese a la decisión judicial de fijar un plazo adicional, la parte que desiste no se atiene a renegociar, incurrirá en incumplimiento que la hará responsable de daños y perjuicios” (§ XVIII).

Si aplicásemos este criterio, deberíamos considerar que la extinción fue abusiva en cualquiera de las dos variantes del caso:

- en la primera versión, porque A ni siquiera cumplió la dimensión formal del deber impuesto por el art. 1011;
- en la segunda, porque, aunque A impulsó la renegociación y participó activamente de ella (con lo cual cumplió desde el punto de vista formal), rechazó una propuesta razonable de B (con lo cual incumplió su deber en lo sustancial).

Según entiendo, ninguna de estas posturas es aceptable, por las razones que expondré a continuación. O no lo son, al menos, tal como las he formulado hasta aquí. De todas formas, con un ajuste importante en lo que hace al ámbito de aplicación de la norma, una de estas tesis es la correcta.

4.2 Tesis del deber formal de renegociar

De acuerdo con la versión más exigente de esta tesis, para evitar que la extinción sea considerada abusiva, bastaría con la mera formalidad de ofrecerle a la otra parte la oportunidad de renegociar las condiciones del contrato antes de rescindirlo. De primar esta interpretación, la parte que pretende extinguir el contrato debería observar un recaudo adicional a los típicos: manifestarse dispuesta a renegociar el contrato y participar de la renegociación si la otra parte la impulsa.

Por ende, como no se podría indagar en la dimensión sustancial del asunto, a quien pretende extinguir el contrato le bastaría con una puesta en escena para cumplir la exigencia derivada del art. 1011 del CCyC. Llegado un punto, daría por finalizado el proceso de renegociación y extinguiría el contrato. De nada le valdría a la otra parte alegar que la negativa a continuar la relación contractual fue irrazonable, dado que esto implicaría internarse en la dimensión sustancial del asunto, lo que estaría vedado según la tesis examinada.

Haciéndose (en parte) cargo de este problema, un sector de la doctrina entiende que no basta una mera “comunicación sin intención real de posibilitar tal renegociación”, sino que el interesado “debe proporcionarle a la contraria [...] información suficiente para que pueda reformular sus obligaciones de modo tal de posibilitar la máxima reciprocidad de intereses entre los contratantes” (Caramelo, 2015, p. 414).

Coincido en que no sería razonable que la exigencia legal pudiese burlarse mediante una simple formalidad; no obstante, lo que se propone a renglón seguido no soluciona el problema apuntado. En concreto:

1) la intención real de posibilitar la renegociación es un elemento psicológico inconstatable;

2) la exigencia de proporcionar información suficiente a la otra parte no deja de ser, también, una formalidad: en todo caso, quien pretenda extinguir el contrato, aunque ya lo tenga decidido, no solo deberá comunicar su propósito dándole a la otra parte la “oportunidad” de renegociar, sino que además deberá proporcionarle información relevante.

En suma: si la norma se interpretase en clave formal (en cualquiera de las variantes apuntadas), lo único que se lograría sería forzar al interesado a montar una puesta en escena, una renegociación destinada de antemano al fracaso, pero que debería observar como recaudo previo para preservar la legitimidad de la extinción. En definitiva, las distintas versiones de esta postura solo varían en cuanto al nivel de exigencia de las formalidades requeridas, pero ninguna se salva de esta crítica.

Evidentemente, la tesis del deber formal y sustancial supera esta objeción.

¿Qué ocurre con la versión *light* de la tesis del deber formal de renegociación según la cual, antes de extinguir el contrato, el interesado debería darle a la otra parte la oportunidad de que inicie un proceso de renegociación, y recién podría extinguirlo si este proceso no se iniciara dentro de un tiempo razonable o si, iniciado, fracasase? Conforme a esta postura, el deber ni siquiera consistiría en dar inicio o invitar a la renegociación, sino solo en permitir que la otra parte lo haga, a cuyo efecto el interesado solo debería anunciar su voluntad extintiva con cierta antelación, de modo tal que la otra parte, si así lo quiere, pueda intentar renegociar el contrato antes de su extinción.

Esta interpretación, en definitiva, termina privando de toda virtualidad a la norma analizada, de modo que no difiere, en la práctica, de la tesis que la concibe como una mera expresión de deseos privada de efectos prácticos. La razón es la siguiente:

1) si todo se reduce a preavisar la extinción con una antelación tal que la otra parte, si así lo quiere, pueda intentar la renegociación del contrato;

2) si el preaviso que se debe otorgar a este efecto corre en paralelo al preaviso “tradicional” que se otorga para que la otra parte pueda acomodarse ante la eventual extinción del contrato; y

3) si se requiere menos tiempo para renegociar el contrato que para reorganizarse ante su inminente extinción (como, de hecho, lo es: pensemos, por ejemplo, cuánto tiempo más suele requerirse para reorganizar una empresa o una parte de ella que para formular una contrapropuesta con el objeto de reencauzar la relación contractual), entonces,

4) en definitiva, siempre que se otorgue debidamente el preaviso “tradicional”, a la vez se estaría otorgando, con creces, el preaviso tendiente a posibilitar la renegociación del contrato.

Como muestra, vuelvo sobre el caso de referencia en su primera variante: el contrato de licencia extinguido al quinto año de su ejecución con un preaviso de ocho meses. Ese tiempo fue otorgado para que el licenciatario pudiese reorganizarse ante la extinción. Evidentemente, un tiempo que excede con holgura el necesario para poder renegociar razonablemente el contrato.⁹

En otros términos: así interpretada, la norma no estaría agregando ningún requisito adicional a los que la ley ya establece (asumiendo que esta requiere, en general, la concesión de un preaviso razonable cuando se extingue sin causa un contrato de duración indeterminada). Con lo cual, en definitiva, más que un requisito, se estaría añadiendo un segundo fundamento para justificar parcialmente una exigencia (la concesión del preaviso) que ya es requerida por otras normas. En suma, estaríamos ante una norma redundante.

A lo anterior se agrega que no hay nada en el tenor del tercer párrafo del art. 1011 del CCyC que indique que lo que se está requiriendo es la concesión de un preaviso a los efectos de la renegociación del contrato, lo que choca abiertamente con su exigencia explícita en otras normas, aunque lo prevean a otros efectos.

Cierro con una aclaración: esta última parte de mi análisis presupone que estamos ante una extinción liberatoria (por ende, sin causa) de un contrato de duración indeterminada, caso típico en el cual la ley suele requerir un preaviso. Lo dicho no vale para las demás clases de extinción unilateral, respecto de las cuales la ley no requiere que se las preavise.¹⁰

4.3 Tesis del deber formal y sustancial de renegociar

4.3.1 Introducción

De acuerdo con esta tesis, no basta con ofrecer la oportunidad de renegociar el contrato, sino que hay que renegociarlo de manera razonable, por lo que sería abusiva la extinción realizada a pesar de que la otra parte ha ofrecido alternativas

9 Aunque el tema no puede dilucidarse en abstracto, admito que el preaviso de ocho meses podría considerarse excesivo, habida cuenta de que el contrato había durado hasta entonces cinco años. Lo que debería importar es el preaviso que se debía otorgar, no el efectivamente otorgado. Es cierto. ¿Cuál habría sido? ¿Cinco meses, si tomamos como referencia el régimen del contrato de agencia? Incluso así, sería un tiempo más que excesivo como para requerirlo a los efectos de posibilitar la renegociación razonable del contrato. En definitiva: el argumento sigue en pie.

10 Sobre estos tipos de extinción, ver § 4.4.2.

razonables para continuar el vínculo contractual. Tiene un sólido apoyo en el texto del art. 1011: “La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad *razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos*”.¹¹

Esta interpretación supera el defecto central de la tesis formalista, ya que, de aplicársela, no bastaría con aparentar una renegociación para cumplir la exigencia legal.

No obstante, *así formulada*, esta tesis es pasible de varias críticas:

- presenta serias dificultades para su implementación;
- atenta contra el principio de la autonomía de la voluntad;
- se contradice abiertamente con el principio de libre extinguibilidad de los contratos de duración indeterminada;
- es irrazonable, y
- es injusta.

Las examinaré a continuación.

4.3.2 Dificultades para su implementación

Supongamos que esta tesis fuese correcta. El cumplimiento de la dimensión formal de este deber es fácil de verificar; no así, en cambio, el de su dimensión sustancial. Obviamente, el problema solo se presenta si en el curso de la renegociación surge una propuesta de la contraparte, pero el interesado no la acepta y extingue el contrato. Aquí, habría que determinar si la negativa de este último a celebrar un nuevo contrato o modificar el viejo implica que no le dio a la otra parte “la oportunidad razonable de renegociar de buena fe”, por lo que habría incurrido “en ejercicio abusivo de los derechos”. ¿Con qué criterio se determinaría la cuestión? ¿Quién lo haría? ¿Un juez? No me explayaré sobre las serias dificultades que la aplicación práctica de esta interpretación implicaría en la mayoría de los casos (aunque no en todos, como veremos). Tampoco sobre los problemas que generaría aplicarla a los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas: contratos que han sido celebrados en masa tendrían que renegociarse artesanalmente.

Partamos de un caso:

- A y B son partes de un contrato de duración indeterminada.
- Es un acuerdo razonable que satisface los intereses de ambos. Además, se ajusta a las prácticas y las condiciones de plaza.

11 Énfasis agregado.

- Pasados ocho años, durante los cuales el contrato se cumple con normalidad, A decide extinguirlo.

Supongamos que A tiene la obligación de renegociar la salida y que esta obligación es tanto formal como sustancial en el sentido ya expuesto. La historia sigue así:

- A le comunica a B su decisión de extinguir el contrato, pero le da la oportunidad de renegociarlo.

- B le hace una propuesta que implica una mejora en las condiciones del contrato en beneficio de A (recordemos que, aun sin esta mejora, el contrato ya satisface razonablemente los intereses de A, medida la cuestión en términos objetivos).

- Tras un amable y urbano intercambio, A rechaza la propuesta y, dando un preaviso más que suficiente, extingue el contrato.

Para avanzar con el análisis, anticipo mi postura, que luego fundamentaré: si bien adhiero a la tesis del deber formal y sustancial, considero que cualquiera de las partes de un contrato de duración indeterminada puede extinguirlo libremente y no está obligada a renegociar la salida. Esta aparente contradicción se explica por lo que sigue: considero que el art. 1011 del CCyC no se aplica a este tipo de casos, a este tipo de extinción (la extinción liberatoria).¹² Partiendo de esta base, nada hay para objetarle a A: ni siquiera estaba obligado a renegociar o darle a la otra parte la oportunidad para que lo hiciera, y mucho menos a aceptar una contrapropuesta, por muy buena que pudiera ser.

Pero asumamos, por un momento, que también a estos contratos y a este tipo de extinción los alcanza el deber de renegociar. Con su doble alcance, lógicamente: formal y sustancial. Siendo así, ¿infringió A la regla contenida en el tercer párrafo del art. 1011? Está claro que no en lo formal, pero ¿en lo sustancial? ¿Su rechazo de la propuesta implicó un abuso del derecho, un comportamiento de mala fe? ¿Cuál sería el criterio para determinarlo, conforme al cual deberían guiar su actuación las partes y, en su caso, resolver el conflicto el juez competente? En general, los partidarios de aplicar esta norma en clave formal y sustancial a todo tipo de rescisión (incluida la incausada) no dan ninguna respuesta a este interrogante (fuera de dos a las que en breve haré referencia). Se limitan a someter todo caso de rescisión a la regla prevista en el tercer párrafo del art. 1011. No es casual: no veo cuál podría ser un criterio que permitiese aplicar razonablemente el tercer párrafo del art. 1011 a la rescisión sin causa de

12 Respecto de este tipo de extinción, ver § 4.4.2.

los contratos de duración indeterminada. Esta es, precisamente, la dificultad operativa a la que me refiero. Dificultad que, como se ve, arraiga en otra más profunda, axiológica.

Me anticipo a replicar una eventual objeción: que estas dificultades también están presentes en otros casos en los que se debe proceder a la adecuación o al reajuste del contrato (por ejemplo, la excesiva onerosidad sobreviniente y la lesión), lo que no ha impedido que el legislador estableciese que fueran llevados a cabo por un juez en caso de que las partes no lograsen hacerlo renegociando el contrato. En definitiva (podría objetarse), esta labor judicial también requiere responder los interrogantes planteados en el párrafo anterior, aunque sea a efectos diversos (en un caso, para proceder a la adecuación o al reajuste del contrato; en el otro, que es el que nos convoca, para ponderar si el rescindente renegoció o no de buena fe). En concreto, en ambos casos, el juez debe representarse cuál sería la modificación o el ajuste razonable del contrato:

- en uno, para modificarlo, adecuarlo o reajustarlo en ese sentido;
- en el otro, para determinar si la propuesta de modificación de la parte no rescindente que resultó rechazada era o no razonable (de haberlo sido, la negativa a acordar y la rescisión ulterior habrán sido abusivas; en su defecto, no).

La objeción no es de recibo: en los casos en los que, en efecto, el legislador no se ha detenido ante las dificultades prácticas apuntadas y ha admitido que un tercero (por ejemplo, el juez) reajustase o adecuase el contrato, no deja de haber un punto de referencia objetivo para llevar a cabo el reajuste o la adecuación. Tomo como muestra los dos casos típicos referidos: la excesiva onerosidad sobreviniente y la lesión. Hay un criterio que guía con relativa objetividad la operación que debe llevar a cabo el tercero, que emana de las circunstancias mismas que justifican que se proceda a la adecuación del contrato:

- en la excesiva onerosidad sobreviniente, la adecuación debe dejar al contratante afectado por la imprevisión en la situación en la que se habría encontrado si la mayor onerosidad no hubiese sido excesiva;¹³
- en la lesión, la modificación del contrato debe consistir en un reajuste equitativo del convenio, de modo tal que no le reporte a una de las partes una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación en perjuicio de la otra.

Podrá argumentarse que son parámetros muy generales, impregnados de una alta dosis de subjetividad. Es cierto; sin embargo, no dejan de ser pautas

13 Para simplificar, solo aludo a la adecuación de los contratos onerosos.

relativamente objetivas que permiten adecuar o reajustar el contrato, a diferencia de lo que ocurre en el caso planteado, en el que no existe parámetro alguno, al menos en la ley.¹⁴ No estamos, entonces, ante situaciones análogas, de modo que mal cabe argumentar que, si en un caso la adecuación o modificación es practicable, también en el otro ha de ser posible ponderar la razonabilidad de una propuesta de continuidad (y, por ende, la de su rechazo). Por lo demás, no debe olvidarse que casos como el de la lesión o la imprevisión presentan alguna patología que impide que el contrato se ejecute con normalidad, a diferencia de lo que sucede en el supuesto que estamos analizando: no tiene nada de patológico o anormal que una de las partes decida ponerle fin a un contrato de duración indeterminada (es más, lo anormal o patológico sería que no pudiese hacerlo, que el vínculo fuese perpetuo o vitalicio contra su voluntad).¹⁵

Señalaba párrafos atrás que los partidarios de aplicar la obligación de renegociar también a la rescisión incausada no suelen precisar cuál sería el criterio para evaluar la conducta del rescindente. Hay, sin embargo, dos excepciones:

1) Para algunos, el criterio estaría dado por las condiciones de plaza.¹⁶

Según esta postura, sería abusivo que un contratante recibiese durante la renegociación una propuesta acorde con estas condiciones y, a pesar de todo, rescindiase el contrato.

No estoy de acuerdo. Por lo pronto, puede que el contrato, tal como se ha celebrado y se viene ejecutando, ya esté ajustado a las condiciones de plaza. De ser consecuentes con su criterio, los partidarios de la tesis objetada deberían considerar que, aun sin hacer ninguna contrapropuesta y limitándose a exigir

14 Fuera de la referencia a que la modificación debe ser “razonable” o algún otro estándar genérico, que por su propia vaguedad no se libra de la crítica apuntada. Volveré en breve sobre el tema, cuando analice la remisión que calificada doctrina hace al “leal saber y entender del juez”.

15 Serebrinsky y Cabanellas de las Cuevas (2023) consideran que han refutado mi objeción, en estos términos: “Esta crítica no corresponde, pues como en todos los casos de ejercicio abusivo de los derechos, será un juez el que determine si una de las partes ha incurrido en el mismo; no logramos detectar cuáles serían las dificultades prácticas para que un juez determine si en el caso concreto de un deber de renegociar violado existió abuso del derecho. Se suma un fundamento adicional contra esta posición del autor [se refieren a mí], que radica en que las dificultades que él plantea existirían también en otros casos en que los jueces deben readecuar el contrato si las partes no lograron ponerse de acuerdo, como en la excesiva onerosidad sobreviniente y en la lesión” (p. 319). Esta crítica no socava mi planteo: lo que objeto no es que, de haber un desacuerdo, el conflicto deba ser decidido por un juez, sino que este deba hacerlo sin tener ningún criterio legal que oriente su decisión (criterio orientador del cual también carecen las partes al tiempo que se genera la situación extintiva, lógicamente).

16 Tesis defendida por algunos ponentes en las sesiones de trabajo de la comisión N° 5 de las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Pilar, Buenos Aires, 2024).

que el contrato se siga cumpliendo como hasta entonces, la parte que no quiere rescindir tiene derecho a que el contrato no se extinga. ¿O acaso esas condiciones son mejores por ser objeto de una contrapropuesta en lugar de estar ya acordadas desde la celebración originaria del contrato?

Dejemos de lado esto último y avancemos con el análisis. Admito que esta postura aporta un criterio hasta cierto punto objetivo para guiar y, en su caso, juzgar la conducta de las partes. El problema es que carece de base legal y es por completo insatisfactorio:

- En cuanto a lo primero, ¿de dónde surge este criterio?; ¿qué norma lo consagra?

- En cuanto a lo segundo, es insatisfactorio porque, en definitiva, implica que un contratante quede atado de por vida solo por haber celebrado un contrato de duración indeterminada, que es precisamente lo que se quiere evitar al reconocer en estos casos la extinción sin causa o liberatoria. Esta postura termina identificándose con la anquilosada tesis de la inextinguibilidad de los contratos de duración indeterminada, solo que en esta nueva versión la parte no está obligada a contratar de por vida, pero sí a hacerlo si el contrato se ajusta a las condiciones de plaza o si, en su defecto, el otro contratante propone ajustarlo en este sentido durante la renegociación que debe preceder a su ruptura unilateral.

2) Calificada doctrina entiende que la cuestión deberá ser resuelta por el juez “basándose en las pruebas de la causa y obrando conforme a su leal saber y entender” (Serebrinsky y Cabanellas de las Cuevas, 2023, p 319).¹⁷

Esta posición, en definitiva, tampoco postula criterio alguno:

- Las pruebas de la causa no dan una regla para evaluar la conducta de las partes, sino solo elementos para determinar los hechos del caso.

- La remisión, al leal saber y entender del juez, implica reconocer que no hay un criterio legal y que el tema se pone totalmente en manos del magistrado. A diferencia de los casos que he citado antes (imprevisión y lesión) —en los que el juez que intervenga deberá *aplicar* el criterio que, así sea en términos generales y abstractos, está previsto en la ley—, aquí, el juez debería *crear* el criterio (y luego aplicarlo, obviamente). Por ende, no se está dando ningún criterio: es una carta en blanco para el magistrado. Por lo demás, aun asumiendo que el juez tenga esta potestad, sería interesante que los partidarios de esta tesis formularan algunas guías o directrices útiles para guiar la conducta de las partes y, en su caso,

17 “[...] el juez siempre puede decidir si se cumplió o no, basándose en las pruebas de la causa y obrando conforme a su leal saber y entender”.

la decisión del juez que intervenga en el asunto. No las he encontrado, fuera de esta remisión genérica a lo que piense (o sienta) el juez. Sin duda, no es la intención, pero, al final, esta tesis caduca en la justicia del pashá.

4.3.3 Atentado contra la autonomía de la voluntad

La idea de que una parte de un contrato de duración indeterminada no tiene derecho a extinguirlo cuando en el marco del proceso de renegociación la otra le ha hecho una propuesta razonable para continuar la relación atenta contra el principio de la autonomía de la voluntad, expresamente consagrado en el art. 958 del CCyC: “Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres”.

Este atentado es obvio cuando a la parte se la obliga a continuar el contrato, privando de eficacia a su acto extintivo, pero también cuando, sin llegar tan lejos, se la obliga a indemnizarle a la contraparte los daños derivados de la extinción supuestamente ilegítima (por el incumplimiento de la obligación de renegociar). En definitiva, también en este segundo caso, con la amenaza del rescaramiento, se la está forzando a continuar el contrato.

De adoptarse esta postura, el principio de la autonomía resultaría afectado en sus dos manifestaciones principales:

1) Obviamente, se atentaría contra la libertad contractual, dado que se estaría privando a una parte del derecho a determinar libremente el contenido del contrato. Lo peculiar del caso es que la intromisión ilegítima en el ámbito de su autonomía no se verificaría al celebrar el contrato, sino, ulteriormente, en el marco de su “renegociación”.

2) De un modo indirecto, también se atentaría contra la libertad de contratar (es decir, la facultad que tiene toda persona de celebrar un contrato o no hacerlo, y, en su caso, de celebrarlo con quien quiera), dado que el contrato modificado por la propuesta razonable sería, en definitiva, otro contrato, distinto del originariamente celebrado, más allá de los puntos de contacto y las semejanzas que seguramente tendrá con este último (Di Chiazza, 2016, § V.2.1).¹⁸

18 Como se ha observado, “[e]se ‘deber de renegociar’ de la parte que decide ejercer el derecho a rescindir no debe ser descontextualizado del ‘derecho a no acordar’, ya que así como las partes son libres, por regla, para celebrar un contrato igualmente lo son para no celebrarlo” (Di Chiazza, 2016, § V.2.1)).

4.3.4 Contradicción con el principio de libre extinguibilidad

4.3.4.1 Requerir una renegociación razonable implica, en definitiva, requerir una justa causa de extinción

Esta es la objeción más importante. La norma examinada y las que admiten la libre extinguibilidad unilateral de los contratos de duración indeterminada son concurrentes, en el sentido de que regulan total o parcialmente el mismo supuesto de hecho: la extinción unilateral y sin causa de estos contratos.¹⁹ Ahora bien: ¿son contradictorias? En otros términos: ¿la concurrencia es o no excluyente? Pareciera que lo es:

- por un lado, nuestro sistema admite la extinción unilateral y sin causa de los contratos de duración indeterminada (bien sea que se la llame “rescisión” o de otro modo);
- por el otro, el art. 1011 del CCyC, si se interpreta que impone un deber formal y sustancial de renegociar, termina requiriendo una justa causa para rescindir unilateralmente el contrato;
- luego, son normas contradictorias.

Veamos el asunto con mayor detenimiento.

Es evidente que nuestro sistema admite la extinción unilateral y sin causa de los contratos de duración indeterminada. Si bien no existe una consagración general de esta regla, se la obtiene por analogía *iuris* abstrayéndola de las numerosas normas que admiten este modo extintivo respecto de varios contratos en particular. Y ninguna de estas normas particulares requiere que se renegocie el contrato ni supedita la legitimidad de la extinción a que esto se lleve a cabo. Ninguna, ni siquiera remotamente. Sí requieren el preaviso. También debe respetarse una duración mínima del contrato: no extinguirlo prematuramente. Y nada más, en principio. En particular (lo reitero), ninguna norma requiere que se haya renegociado o intentado renegociar el contrato. A mero título de muestra, refiero tres casos:

- Contrato de suministro

Según el art. 1183 del CCyC, “[s]i la duración del suministro no ha sido establecida expresamente, cualquiera de las partes puede resolverlo, dando aviso previo”.

- Contrato de servicios continuados

De acuerdo con el art. 1279 del CCyC, cuando este contrato es de duración

¹⁹ Por supuesto, la superposición es solo parcial.

indeterminada, “[c]ualquiera de las partes puede poner fin al contrato de duración indeterminada; para ello debe dar preaviso con razonable anticipación”.

- Contrato de agencia

Según el art. 1492 del CCyC, “[e]n los contratos de agencia por tiempo indeterminado, cualquiera de las partes puede ponerle fin con un preaviso”.

El precepto es aplicable a los contratos de concesión y de distribución.²⁰

La contradicción entre estas normas y la idea de que el art. 1011 del CCyC establece un deber formal y sustancial de renegociar el contrato antes de rescindirlo es evidente:

1) Las normas particulares no requieren esa renegociación que el art. 1011 supuestamente sí requeriría. Y de nada vale alegar que tampoco la excluyen: es evidente que los textos citados *solo* requieren el preaviso.

2) El art. 1011 sí requiere esa renegociación.

Si bien el preaviso y el deber de renegociar no se contradicen, si lo hacen este deber y las normas que *solo* exigen el preaviso para extinguir legítimamente el contrato (o, más en general, las que no exigen la renegociación).

Pero la contradicción es todavía más profunda. Lo que está en juego no es, simplemente, si, amén de cumplir los demás recaudos legales (con el preaviso a la cabeza), es necesario o no renegociar el contrato antes de extinguirlo, sino si sigue en pie el principio de libre extinguibilidad (es decir, sin causa) de los contratos de duración indeterminada. Para entender el porqué, representémosnos, por un momento, cómo funcionaría el sistema legal si tomáramos con rigor la exigencia de la renegociación “razonable”, en su dimensión no solo formal, sino también sustancial. Evidentemente, ya no habría derecho a rescindir unilateralmente y sin causa el contrato, sino solo a hacerlo en caso de que, comunicada la intención rescisoria, la otra parte no haya formulado una propuesta de renegociación “razonable” que la neutralice. Es decir, el contratante que pretende rescindir debería intentar renegociar exitosamente el contrato (no lo estaría haciendo de buena fe si de antemano ya tuviese decidido ponerle fin al vínculo) y, además, no debería rechazar una propuesta razonable de la contraparte. Ahora bien: esto vale tanto como decir que para poder rechazarla debería tener una buena razón, o sea, una justa causa. Con lo cual, en definitiva, la rescisión pasaría a ser causada: no se requeriría directamente una causa para rescindir, pero sí para rechazar una propuesta razonable de la otra parte

20 Arts. 1508, inc. a, y 1511 del CCyC.

formulada en el curso de la renegociación. Dado que, sin esto último, no se podría rescindir el contrato conforme a derecho, entonces, transitivamente, se estaría requiriendo una justa causa para poner fin a la relación contractual.

Cabe concluir, entonces, que el art. 1011 del CCyC (interpretado en el sentido de que requiere no solo una renegociación, sino también una renegociación “razonable”, entendida en clave formal y sustancial) contradice las normas que admiten la libre rescindibilidad de los contratos de duración indeterminada.

4.3.4.2 ¿Cuál de las reglas contradictorias debe aplicarse?

Ha quedado claro que la regla de la libre extinguibilidad y la que supedita el derecho de rescindir al fracaso de una renegociación “razonable” son lógicamente incompatibles. Aun así, todavía hay que hacer frente a esta objeción: ¿por qué no “sacrificar” la primera en lugar de la segunda?

Esto no puede responderse a partir de un razonamiento puramente lógico: hay que recurrir al campo valorativo. En términos generales, ante una situación como la planteada, la solución depende del sentido y el fin de las reglas en juego, y de sus valoraciones subyacentes; es decir, de una interpretación teleológica y sistemática.²¹ ¿Es razonable pensar que el legislador quiso dar por tierra con el principio de libre rescindibilidad? Es evidente que no: así lo atestigua la miríada de normas que lo reconocen y aplican. Por lo demás, sería insensato que lo hiciese (implicaría admitir los vínculos contractuales forzosos a perpetuidad en los contratos de duración indeterminada), y es razonable interpretar el sistema jurídico partiendo del postulado de que el legislador no hace este tipo de cosas. Tiene más sentido sostener que el tercer párrafo del art. 1011 del CCyC contiene una formulación defectuosa, que reclama algún tipo de corrección al ser interpretada y aplicada. Responde a una inspiración legítima, pero que, desmadrada en su ámbito de aplicación, arrasaría un principio carísimo a nuestro sistema contractual, ya que, en definitiva, implicaría requerir una justa causa de extinción para contratos que, desde hace tiempo, se consideran libremente extinguibles, y con razón.

21 Me refiero al criterio teleológico concebido en clave objetiva; por lo tanto, no tiene importancia si el legislador histórico fue consciente de estos fines, en la medida que constituyan el fundamento racional de la norma, en función de cómo está diseñada y se conecta con el resto del ordenamiento jurídico. Al respecto, ver Larenz (1994, p. 331).

4.3.4.3 Digresión: de nuevo sobre el deber meramente formal de renegociar

Estos argumentos embisten contra la tesis según la cual el tercer párrafo del art. 1011 del CCyC consagra un deber formal y sustancial de renegociar de buena fe el contrato antes de rescindirlo. No así, en cambio, a la tesis que concibe este deber en clave puramente formal. No obstante, ya hemos visto que hay otras razones por las cuales esta última interpretación es inaceptable. Además, veremos que, si bien el art. 1011 no se aplica a la extinción sin causa de los contratos de duración indeterminada, sí es aplicable a otro tipo de extinción, y, respecto de esta última, es evidente que el deber de renegociar es tanto formal como sustancial. Así las cosas, sería ilógico interpretar que el deber consagrado en una misma norma tiene distinto alcance en función del supuesto de hecho de que se trate y que se debe interpretar de manera distinta según a qué supuesto se aplique, sobre todo cuando no hay ninguna razón que justifique la asimetría.

4.4 Mi posición

4.4.1 Introducción

Ninguna de las tesis referidas es satisfactoria. Pareciera que, por sus deficiencias técnicas, el tercer párrafo del art. 1011 del CCyC es insalvable. De ahí que algunos incluso hayan sostenido que la norma es inoperante.

No estoy de acuerdo. Es cierto que a veces no queda más salida que admitir esto último, cuando una norma presenta defectos de tal entidad que la hacen inaplicable.²² Sin embargo, se trata de una *ultima ratio*. No es nuestro caso. En principio, el legislador quiere decir lo que dice. Por ende, si dijo que hay obligación de renegociar, debe haberla. No se trata de exprimir la norma, de torturarla hasta sonsacarle lo que, en verdad, no dice, sino de hacer un esfuerzo hermenéutico adicional para tratar de rescatarla atribuyéndole un sentido razonable y compatible con el ordenamiento jurídico. Por las razones que siguen, considero que, en el caso del tercer párrafo del art. 1011, esto es viable. Aplicando con rigor los recursos que nuestro sistema ofrece, es posible redimir esta disposición, si no de todos sus defectos, al menos sí de buena parte.

Tal vez el problema principal de las tesis examinadas sea que, al interpretar la norma, fuerzan su sentido en función de su consecuencia jurídica. Los resultados están a la vista: un abanico de interpretaciones que va desde negarle toda operatividad (a pesar de que debería ser un último recurso) hasta la aceptación

22 Por ejemplo, porque es imposible que se presente el supuesto de hecho para el que está prevista.

de que consagra un deber formal y sustancial de renegociar (lo que implica suprimir el derecho de libre extinguiabilidad de los contratos de duración indeterminada, entre otras cosas), pasando por la versión intermedia de que solo se ha establecido un deber formal de renegociación (lo que priva de casi toda eficacia a la norma, que quedaría desvirtuada con una simple puesta en escena).

Según entiendo, la clave no pasa por el lado de la consecuencia jurídica de la norma, sino por el de su supuesto de hecho. En otros términos: por su ámbito de aplicación.

En lo que sigue, referiré mi posición y las principales razones que la sustentan.

4.4.2 El tercer párrafo del art. 1011 del CCyC solo se aplica a la rescisión protectoria

El problema principal de la doctrina que analiza esta norma es que, al hacerlo, suele tener en mira solo la rescisión unilateral liberatoria, generalmente porque identifica a esta última con la rescisión unilateral en general. Sin duda, de aplicarse el tercer párrafo del art. 1011 a este tipo de rescisión, habría que concluir que se trata de una norma desatinada y hasta contradictoria. Pero, al interpretar las leyes, hay que partir de la base de que el legislador es razonable, por lo tanto, de haber alguna interpretación que nos permita alcanzar un resultado interpretativo medianamente sensato, debe adoptársela, descartando las opciones que arrojan consecuencias disparatadas. Este es el caso de la norma bajo examen, precisamente.

Parto de una distinción ya referida. Dejando de lado la extinción basada en un incumplimiento (respecto de la cual nadie cree que exista una obligación de renegociar), la extinción unilateral del contrato puede ser liberatoria, penitencial, protectoria:

1) La primera es la que le permite a la parte ponerle fin a un contrato que, de otro modo, afectaría de manera intolerable su libertad, sujetándola en forma indefinida y potencialmente vitalicia al vínculo contractual. Su ámbito natural es el de los contratos de duración indeterminada. La ley admite este tipo de extinción para evitar los vínculos contractuales perpetuos o vitalicios. A veces lo llama “rescisión”, pero muchas otras no.

2) La extinción penitencial es la que faculta a la parte para ponerle fin total o parcialmente a un contrato por la mera razón de que así lo quiere (en otros términos: porque se ha arrepentido). Esta facultad puede provenir de un pacto (por ejemplo, una señal penitencial o un pacto de retroventa) o de la ley (por ejemplo, el derecho de arrepentimiento del consumidor en las compraventas a distancia, reconocido en el art. 34 de la Ley 24240).

El legislador llama con nombres muy diversos a esta clase de extinción. Entre otros, la identifica con el término “rescisión” o sus derivados, de modo que tiene sentido analizar cómo encaja en lo dispuesto en el tercer párrafo del art. 1011.²³

Más allá de sus diferencias, estas dos primeras clases de extinción unilateral presentan una nota en común: son incausadas, en el sentido de que no requieren una causa que las justifique para ser plenamente eficaces. Por esta razón, son incompatibles con el dispositivo previsto en el tercer párrafo del art. 1011. De hecho, las críticas referidas en los párrafos precedentes a la tesis de la obligación formal y sustancial de renegociar solo tienen sentido cuando se analiza la posibilidad de aplicar la norma a la rescisión incausada, en cualquiera de sus dos modalidades. No es preciso reiterarlas; aquí solo destacaré por qué esta tesis es inaplicable a estos dos tipos de rescisión.

Por lo ya expuesto, si la norma examinada se interpreta en clave sustancial, termina implicando, en última instancia y de modo transitivo, que solo hay derecho a rescindir si se cuenta con una justa causa. No es que se la requiera de modo directo para ejercer la facultad rescisoria, pero, en definitiva, se la termina exigiendo para que la negativa a acordar con la otra parte durante la renegociación se considere razonable. Esto supone que, indirectamente, quien rescinde, para que su apartamiento se considere legítimo o razonable, deberá contar, si no con una justa causa de rescisión, al menos sí con una justa causa para rechazar la eventual propuesta renegociadora de la otra parte. En términos prácticos, termina siendo más o menos lo mismo, al menos en el sentido de que se desfigura por completo un modo de extinción que, según la ley o el pacto que lo reconocen, es incausado.

La situación cambia por completo en lo que respecta al tercer tipo de rescisión:

3) La extinción protectoria tiene lugar cuando se le reconoce a una parte el derecho de extinguir unilateralmente el contrato como un medio para protegerse ante el acaecimiento de un hecho sobrevenido y no imputable que, al alterar algún elemento o aspecto asumido o presupuesto al celebrarlo, afecta o puede afectar negativamente sus intereses. Por definición, es una extinción causada, en el sentido de que solo surte efectos en plenitud si se funda en una justa causa: esta consiste en el acaecimiento del hecho sobreviniente que afecta de modo negativo los intereses de una de las partes y justifica, por ende, la protección (esto es, el reconocimiento de la facultad extintiva). Encajan en esta

23 Hay razones de mayor peso que también lo justifican, pero esta tal vez sea más relevante para quienes se apegan a la dimensión literal de las normas.

categoría, por ejemplo, la extinción imprevisión y por frustración del fin del contrato (arts. 1091 y 1090 del CCyC, respectivamente).

Al igual que lo hace con los demás tipos de extinción unilateral, nuestro ordenamiento jurídico designa a la extinción protectoria con nombres muy diversos (Sánchez Herrero, 2018b, pp. 12-28). En su errática terminología, el legislador la llama “rescisión” al menos en cuatro supuestos y, aunque más no sea por esto, se justifica analizar su encuadre a la luz del art. 1011 del CCyC.²⁴

Precisamente porque es causado, este tipo de extinción es compatible con la interpretación del tercer párrafo del art. 1011 en clave formal y sustancial. Como vimos, la principal objeción contra esta tesis es que termina introduciendo indirectamente la causa a través de la renegociación, lo que es incompatible, por razones obvias, con las rescisiones incausadas. Ante esto, se abren dos alternativas:

- dar por muertas las rescisiones incausadas, que pasarían a ser causadas en caso de que el otro contratante formulase una contrapropuesta (lo que no parece razonable, habida cuenta de la evidente consagración legislativa del derecho extintivo liberatorio), o
- descartar la tesis de los deberes formales y sustanciales, con lo cual solo nos quedaría recurrir a la tesis del deber formal (que presenta defectos aún más evidentes) o admitir que estamos ante una norma inaplicable (lo que, evidentemente, tampoco es bueno).

En cambio, la aplicación de la tesis del deber formal y sustancial a la rescisión protectoria no nos enfrenta a este dilema: al ser causada, no hay ningún inconveniente en someterla a una disciplina que haga depender de una causa razonable la regularidad del apartamiento de la eventual renegociación que entable la otra parte. Es más: desde el punto de vista lógico, es plenamente compatible con la tesis examinada²⁵ (y también desde el axiológico, al que luego me referiré). Para mostrarlo, tomaré tres casos hipotéticos como referencia:

24 En concreto:

- “pedir la rescisión del contrato” (locación, art. 1203, CCyC);
- “rescindir el contrato” (cuenta corriente, art. 1436, CCyC);
- “declarar rescindido el contrato” (arrendamientos rurales y aparcerías, art. 8.º, Ley 13246);
- “rescisión” (contrato de seguro, art. 37, Ley 17418).

25 De hecho, la posibilidad de que la parte interesada en la subsistencia del contrato pueda neutralizar el acto extintivo de su contraparte también se admite respecto de varios casos de extinción causada (por ejemplo, en la resolución por incumplimiento [que la parte incumplidora puede evitar cumpliendo el contrato durante el plazo de gracia] y en la resolución por excesiva onerosidad sobreviniente [que la parte no perjudicada por el cambio de las circunstancias puede evitar ofreciendo un reajuste equitativo del contrato]). Si, incluso en casos en los que la causa que justifica la extinción es imputable a la contraparte de quien pretende extinguir el contrato se admite que esta última, bajo

- Caso 1: en el marco de una locación, el locatario, basándose en el art. 1203 del CCyC,²⁶ rescinde el contrato porque, en virtud de una causa que no le es imputable y afecta a la cosa locada, se ve impedido de usarla o gozar de ella.

- Caso 2: en el marco de un contrato de obra, el contratista introduce en el proyecto variaciones necesarias para ejecutar la obra conforme a las reglas del arte, que no pudieron ser previstas cuando se celebró el contrato; como estas variaciones producen un aumento del 30% del precio pactado, el comitente, ejerciendo el derecho previsto en el art. 1264 del CCyC,²⁷ extingue el contrato.

- Caso 3: en el marco de una sociedad anónima, un socio disconforme con una resolución societaria ejerce regularmente su derecho de receso.

Hasta aquí, lo que tenemos son tres casos de extinción protectoria. Supongamos, para avanzar con el análisis, que el derecho se ha ejercido legítimamente (de lo contrario, estaríamos ante una extinción ilegítima, que, de ser cuestionada por la otra parte, no debería surtir efectos extintivos, independientemente de todo proceso de renegociación ulterior, que es lo que aquí nos interesa). Agrego que, para evitar la extinción, las contrapartes hacen lo siguiente:

- en el caso 1, el locador ofrece remover gratuitamente y de modo inmediato el obstáculo que le impide al locatario usar la cosa locada o gozar de ella;
- en el caso 2, el contratista ofrece realizar el trabajo adicional aumentando solo en un 10% el precio de la obra;
- en el caso 3, la sociedad revoca la resolución societaria que dio lugar al ejercicio del derecho de receso.

En suma: en los tres casos, la parte que no promueve la extinción del contrato, anoticiada de la voluntad extintiva de la otra, y con la finalidad de evitar la extinción, realiza una acción o una propuesta que tiende a neutralizar el hecho o acto negativo que afecta a su contraparte. El punto no pasa por resolver aquí,

ciertas condiciones, pueda hacerlo subsistir (como ocurre con la resolución por incumplimiento), es razonable que este recurso también se admita respecto de toda rescisión protectoria, habida cuenta de que en esta la causa que justifica la rescisión no es imputable a la contraparte.

- 26 “Frustración del uso o goce de la cosa. Si por caso fortuito o fuerza mayor, el locatario se ve impedido de usar o gozar de la cosa, o ésta no puede servir para el objeto de la convención, puede pedir la rescisión del contrato, o la cesación del pago del precio por el tiempo que no pueda usar o gozar de la cosa. Si el caso fortuito no afecta a la cosa misma, sus obligaciones continúan como antes”.
- 27 “Variaciones del proyecto convenido. Cualquiera sea el sistema de contratación, el contratista no puede variar el proyecto ya aceptado sin autorización escrita del comitente, excepto que las modificaciones sean necesarias para ejecutar la obra conforme a las reglas del arte y no hubiesen podido ser previstas al momento de la contratación; la necesidad de tales modificaciones debe ser comunicada inmediatamente al comitente con indicación de su costo estimado. Si las variaciones implican un aumento superior a la quinta parte del precio pactado, el comitente puede extinguirlo comunicando su decisión dentro del plazo de diez días de haber conocido la necesidad de la modificación y su costo estimado”.

en abstracto, si esta última tiene derecho a persistir en su decisión o si, por el contrario, debe volver sobre sus pasos, so pena de que se considere que no le dio a la otra parte “la oportunidad razonable de renegociar de buena fe [e] incurri[ó] en ejercicio abusivo de los derechos”, en infracción a lo prescripto en el art. 1011 del CCyC. Lo que quiero destacar es que, precisamente como la extinción es causada, en estos casos sí hay un punto de referencia (la justa causa prevista en la ley) a partir del cual se puede evaluar no solo la legitimidad de la rescisión, sino también la regularidad de su ejercicio, en función de lo ocurrido durante la renegociación posterior. No tiene mayor importancia si en cada uno de los casos referidos la eventual persistencia en la intención extintiva constituye o no un abuso del derecho. Lo que importa es que existe un parámetro (bastante) objetivo que cumple dos funciones:

- sirve como guía para las partes en cuanto a cómo deben comportarse durante este trance, y
- permite que, en su caso, el juez que intervenga en una eventual disputa judicial esté en condiciones de juzgar la actuación de las partes.

En los dos casos referidos, incluso hay pautas bastante concretas de las que valerse. Por ejemplo:

- En el caso 2, todo indica que el comitente no tiene derecho a negarse a la contrapropuesta del contratista, habida cuenta de que la misma norma que le reconoce el derecho extintivo (contenida en el art. 1264, CCyC) lo supedita a que el aumento en el precio producido por la variación sea superior al 20% del precio originario (recordemos que, durante la renegociación, el contratista se ofreció a realizar el trabajo extra incrementado el precio solo en un 10%).

- En el caso 3, el propio legislador dispone que “[e]l derecho de receso y las acciones emergentes caducan si la resolución que los origina es revocada por asamblea celebrada dentro de los sesenta (60) días de expirado el plazo para su ejercicio por los ausentes [...]” (Art. 245, cuarto apartado, Ley 19550).

No siempre será posible recurrir a pautas tan específicas, por cierto, de modo que la cuestión quedará librada a la ponderación prudencial de las circunstancias. Pero, incluso en estos casos, no dejará de haber una guía: la causa por la cual el legislador reconoció la facultad extintiva unilateral. Si la contrapropuesta no neutraliza el impacto negativo *intolerable* de la causa sobre los intereses del rescindente, este tendrá derecho a persistir en su voluntad rescisoria; en su defecto, no.²⁸ Por ejemplo, en lo que tiene que ver con el caso 1, el legislador

28 Lo destaco: no se trata de neutralizar por completo el impacto negativo de la causa, sino de hacerlo a un grado tal que deje de ser intolerable. Al respecto, ver Sánchez Herrero (2019, pp. 187 y 346).

supedita la legitimidad de la rescisión a que se verifique un obstáculo que le impida al locatario usar la cosa locada o gozar de ella. Por lo tanto, ante el ofrecimiento del locador de remover gratuitamente ese obstáculo sin exponer al locatario a una molestia intolerable, todo indica que la negativa de este último a continuar el contrato sería contraria a la buena fe e implicaría un ejercicio abusivo de su derecho extintivo.

El encuadre no siempre es tan claro, sin duda, pero no lo es menos que, por tratarse de casos de extinción protectoria, siempre habrá un punto de referencia para evaluar la legitimidad y regularidad del acto extintivo: la causa y su impacto negativo sobre los intereses del contratante afectado.

Por las razones expuestas, considero que la norma examinada solo es aplicable a la rescisión protectoria.²⁹

El tema se trató en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en las que, en línea con la postura que he adoptado, se concluyó lo siguiente:

No hay obligación de renegociar la rescisión incausada de los contratos de larga duración de plazo indeterminado.

Estrictamente, el despacho no precisa en qué tipos de rescisión *sí* hay obligación de renegociar, sino en cuáles *no*. Sin embargo, con una inferencia elemental se arriba a la postura que sostengo:

- El despacho excluye la obligación de renegociar la rescisión sin causa de los contratos de duración indeterminada.

- Por descarte, quedan dos categorías en pie: (a) la rescisión de los contratos de duración determinada; y (b) la rescisión con causa de los contratos de duración indeterminada.

- Salvo pacto en contrario, los contratos de duración determinada no son rescindibles *ante tempus* sin causa (Sánchez Herrero, 2018b, p. 191). Es algo que nadie discute. Luego, no tiene sentido analizar si hay obligación de renegociar su rescisión incausada: esta solo afecta a quien tiene derecho a extinguir el contrato. ¿Y la causada? La conclusión no se refirió al tema, ni cabe inferir nada *a contrario sensu*. Por las razones ya expuestas, entiendo que hay obligación de renegociar, pero no es algo que se infiera del despacho citado (tampoco lo contrario).

- Restan los contratos de duración indeterminada. La conclusión citada dis-

29 En este sentido, aunque hablando de “rescisión”, no de “extinción”, Damia Patiño (2024), Juárez de Ferrer y Calderón (2024) y Pitasny (2020, § II.2). En contra, considerando que el tercer párrafo del art. 1011 del CCyC se aplica a todo tipo de rescisión, sea causada o incausada, Nicolau (2024), Serebrinsky (2024) y Serebrinsky y Cabanellas de las Cuevas (2023, p. 137).

pone que no hay obligación de negociar su rescisión incausada. Lo que queda, entonces, es la rescisión causada. Es cierto que esta presenta dos subclases: la protectoria y la imputable a un incumplimiento de la contraparte. No obstante, nadie discute que en este último caso no hay obligación de renegociar. Por dos razones:

- La resolución por incumplimiento cuenta con un régimen exhaustivo y no hace ninguna referencia a la cuestión. Tampoco se la encuentra en el derecho comparado.

- Al serle imputable el incumplimiento a la otra parte, no amerita beneficiarse con el derecho a la renegociación. El contratante que resuelve el contrato sin renegociarlo ante el incumplimiento imputable del otro no actúa de mala fe ni de modo abusivo, obviamente.

Por descarte, lo que queda es la rescisión protectoria.

Tal vez se haya notado que, sobre todo a partir de que referí los tres casos, utilicé promiscuamente los términos “rescisión” y “extinción”.³⁰ En el párrafo que sigue explicaré el porqué.

4.4.3 La obligación de renegociar alcanza a toda extinción protectoria, sin importar cómo la llame el legislador

4.4.3.1 Introducción

En principio, la obligación de renegociar se aplica a toda extinción protectoria de un contrato (independientemente de cómo se la llame), bien sea en virtud de los principios generales de la buena fe y el abuso del derecho o por la aplicación directa o analógica del art. 1011 del CCyC.

Lo reitero: no tiene importancia el nombre que el legislador utilice en cada caso para identificar o aludir al derecho o acto extintivo: “rescisión” (por ejemplo, en el art. 1203 del CCyC [locación]), “resolución” (por ejemplo, en los arts. 1090 [frustración del fin del contrato] y 1091 [imprevisión]) o lo que sea (por ejemplo, “extinción”, en el caso del art. 1264 [contrato de obra]).

4.4.3.2 La obligación de renegociar se desprende de los principios generales del ordenamiento jurídico

La obligación de renegociar en el marco de la extinción protectoria se funda en

³⁰ De hecho, la ley habla de “rescisión” solo en uno de ellos (el regulado en el art. 1203, CCyC).

dos principios vertebrales de nuestro sistema jurídico: la buena fe y la prohibición del abuso del derecho, ambos reconocidos en el CCyC:

Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe. (Art. 9°)
 Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.
 La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. (Art. 10)

En la extinción protectoria, el legislador le permite a uno de los contratantes desvincularse de un contrato que, por un hecho inimputable, sobreviniente e imprevisto, se le ha tornado perjudicial o lo afecta en forma negativa en un grado tal que excede lo tolerable. Esta es la finalidad de las normas que habilitan el ejercicio de la facultad de extinción en estos casos. Refiero tres ejemplos (y remito a los tres referidos en el párrafo precedente):

1) Rescisión contrato de arrendamiento rural o aparcería por erosión y agotamiento del suelo

Según el art. 8.º de la Ley 13246, cualquiera de las partes tiene derecho a rescindir el contrato si hay erosión o agotamiento del suelo por caso fortuito o fuerza mayor.

2) Extinción del comodato por una necesidad imprevista y urgente de recuperar la cosa

De acuerdo con el art. 1539 del CCyC, el comodante puede extinguir anticipadamente el comodato de duración determinada si necesita la cosa en razón de una circunstancia imprevista y urgente.

3) Resolución por excesiva onerosidad sobreviniente

De acuerdo con el art. 1091 del CCyC, si un contrato se torna excesivamente oneroso para una de las partes por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, esta tiene derecho a resolver o adecuar el contrato.

En los tres casos, la facultad extintiva es un recurso que el legislador pone a disposición de la parte afectada para resolver un problema generado por un hecho sobreviniente y que no es imputable ni a ella ni a su contraparte. No es un fin, sino un medio del que la parte perjudicada puede valerse para evitar —o al menos limitar— el perjuicio. Por ende, si la otra parte le hace una propuesta que evita ese perjuicio o al menos lo reduce a un nivel tolerable, pareciera que ya no se justifica la extinción. De persistir en su voluntad extintiva, el afectado

estaría ejerciendo su derecho de un modo contrario no solo a los fines del ordenamiento jurídico, sino al fin específico por el cual se le reconoció esa facultad. Esto es, abusaría de su derecho y, por ende, actuaría de mala fe.

¿Qué es lo que debería hacer para no incurrir en un ejercicio abusivo de su derecho, para actuar de buena fe? Por lo pronto, en lugar de extinguir derechamente el contrato, darle noticia a la otra parte del problema que se ha presentado y, en su caso, de su voluntad de ejercer la facultad extintiva que le otorga la ley. Esto cumple dos funciones:

I) Le permite al otro contratante enterarse de la situación y manifestar lo que considere oportuno al respecto.

Por ejemplo, podría considerar que no se presenta la situación prevista en la norma que habilita el ejercicio de la facultad extintiva, dando sus razones. Puede que, como fruto de este diálogo, las partes se pongan de acuerdo, o no. En cualquier caso, cada una tomará su decisión, de la que deberá hacerse cargo. Pero parece elemental que la parte que va a extinguir el contrato en estas circunstancias, antes de hacerlo, comunique su situación a la otra y, en su caso, dialoguen sobre el tema si la otra así lo quiere. Tal vez, este potencial diálogo no sea, estrictamente, una renegociación del contrato, pero sí un intercambio de ideas y pretensiones que no se le puede negar a la contraparte y que solo podrá tener lugar si se abre un canal de comunicación antes del ejercicio de la facultad extintiva.

II) Le otorga al otro contratante la oportunidad de reencauzar la relación contractual a pesar del evento sobrevenido.

Esto sí constituye la renegociación propiamente dicha.

Por ejemplo, la otra parte podría formular alguna propuesta para tratar de superar —o al menos paliar— el problema que se ha presentado, como podría ser un cambio en las condiciones económicas del acuerdo que lo hagan dentro de todo viable a pesar del percance. Aquí se abren dos posibilidades:

1) Si las partes se ponen de acuerdo, el asunto, en lo que respecta a la extinción del contrato, está terminado.

2) En su defecto, y en función de la actitud que adopte la parte que había formulado su propósito extintivo, se abren varias opciones:

2.a) Si no extingue el contrato, el tema también se termina en lo que hace a esta cuestión.

2.b) Si lo extingue, hay que distinguir otros dos escenarios:

2.b.i) Si había recibido una propuesta razonable (en el sentido ya expuesto), todo indica que habrá extinguido abusivamente el contrato.

2.b.ⁱⁱ) En su defecto, lo habrá extinguido ejerciendo regularmente su derecho, de manera no abusiva.

4.4.3.3 Aplicación directa o analógica del art. 1011

Obviamente, la obligación de renegociar en los casos de *rescisión* protectoria resulta de la aplicación directa del art. 1011 del CCyC. Cuando hablo de “casos de rescisión protectoria” me refiero, simplemente, a un fenómeno terminológico: son aquellos en los que el legislador regula la extinción protectoria y utiliza el término “rescindir” o alguno de sus derivados. No, en cambio, a algo conceptual ni ontológico, porque no hay ninguna diferencia sustancial entre los distintos tipos de extinción protectoria en función del nombre con el que el legislador los identifica, habida cuenta de lo errático e inconsecuente que ha sido en esta materia.

Como sea, lo dicho: en los casos en los que el legislador habla de “rescisión”, y siempre que se trate de una rescisión protectoria, el art. 1011 es aplicable en forma directa. (Por lo ya expuesto, aunque esta norma no existiese, la solución sería la misma en lo que hace a la obligación de renegociar, dado que esta también se desprende de los principios generales de la buena fe y el abuso del derecho).

¿Qué hay de los casos de extinción protectoria en los que el legislador no habla de “rescisión”? También hay obligación de renegociar, con el mismo alcance que en aquellos en los que sí lo hace. A mi entender, porque así resulta de los dos principios generales señalados precedentemente. De todos modos, para el caso de que se discrepe de esta interpretación, la obligación resultaría igualmente de la aplicación analógica del tercer párrafo del art. 1011.

Obviamente, estamos fuera del ámbito de aplicación literal del art. 1011, que habla de “rescisión”. Sin embargo, nuestro legislador ha sido muy impreciso en lo terminológico en lo que hace a esta materia (Sánchez Herrero, 2018b, pp. 12-28). Ha puesto nombres distintos a modos de extinción que son idénticos, y el mismo nombre a otros que son claramente distintos. Si vamos a lo sustancial, en todos los casos de extinción protectoria, se los llame como se los llame, tras la celebración del contrato ocurre un hecho que no es imputable a las partes y que afecta negativamente a una de ellas o a ambas, y lo hace de un modo tal que el legislador ha considerado oportuno darle a la afectada o a las afectadas la facultad de extinguir el contrato para protegerse del problema y el perjuicio que causa. El inconveniente es que en el art. 1011 se usó el término

“rescisión”, con lo cual, en el plano literal, se excluyó buena parte de los casos de extinción protectoria.

Por cierto, no se trata de discutir cuál es el nombre “correcto”, cuestión puramente convencional. Lo que quiero destacar es que, en todos estos casos, se los llame como se los llame, estamos ante lo mismo, en sustancia. Estas notas compartidas son, precisamente, las que justifican que se obligue a renegociar a la parte perjudicada que quiere extinguir el contrato. Hay, entonces, identidad de razón; luego, a estos casos también habría que aplicarles el tercer párrafo del art. 1011, solo que por analogía (siempre que se entienda que la obligación de renegociar no se les aplica en forma directa por los principios generales de la buena fe y el abuso del derecho, como entiendo que es lo correcto).

4.4.4 Aplicar el art. 1011 a la extinción incausada sería irrazonable

¿Por qué hay que interpretar que el tercer párrafo del art. 1011 tiene este ámbito de aplicación más limitado, siendo que no distingue entre la rescisión causada y la incausada? En buena medida, confío en haberlo demostrado en los desarrollos precedentes. De todos modos, el tema amerita algunas consideraciones adicionales.

Al afirmar que la solución propuesta es la más razonable, no aludo a una suerte de “corazonada”, sino al sentido técnico de esta expresión, aunque sea lato: que este resultado interpretativo es adecuado, necesario y proporcionado. En otros términos, que se deriva de la aplicación del principio de razonabilidad.³¹ Veamos por qué.

31 Principio al que se ha definido como una “prescripción en virtud de la cual toda intervención pública sobre las actividades de los ciudadanos ha de ser: a) idónea; b) indispensable; y c) proporcionada” (Cianciardo, 2009, p. 27). Tiende a “asegurar la supremacía del contenido de las normas relativas a derechos fundamentales frente a la necesaria regulación legislativa” (p. 33). No está de más recordar que, conforme al art. 965 del CCyC, “[l]os derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante”, y entre ellos cabe incluir al derecho rescisorio o extintivo cuando es reconocido por la ley o el propio acuerdo de partes, que constituye un derecho potestativo de extinción. Evidentemente, este derecho “resulta del contrato”, bien sea en forma directa (en el caso del derecho rescisorio convencional) o indirecta (cuando su origen es legal). Como sea, más allá de la declaración contenida en el art. 965 (acaso innecesaria, dado que la naturaleza constitucional de un derecho resultante de un contrato no depende de lo que diga una ley, sino de la misma Constitución Nacional (Leiva Fernández, 2017, p. 30), lo cierto es que el derecho extintivo cuenta, sin duda, con esta jerarquía constitucional. Naturalmente, dada la amplitud y heterogeneidad de la figura, la justificación de por qué tiene rango constitucional no es unitaria, más allá de la referencia contenida en la norma citada: que es un derecho resultante de un contrato. Con esta salvedad, procuraré justificar sintéticamente la raigambre constitucional de los distintos tipos de derechos extintivos. Por lo pronto, cuando el derecho surge de un pacto, se funda en el principio de la au-

Punto de partida:

- si las normas deben interpretarse en el sentido que esté más alineado con la Constitución Nacional³², y
- si lo irrazonable es inconstitucional, entonces,
- si de la aplicación de los criterios hermenéuticos generalmente aceptados resulta que hay varias interpretaciones compatibles con la norma interpretada, pero también hay otras que no, deben descartarse estas últimas y, entre las primeras, debe preferirse la que sea más razonable.

Este expediente puede arrojar varios resultados:

1) Que la norma no admita ningún resultado interpretativo razonable

En este caso, la norma es irrazonable: no hay forma de salvarla. En definitiva, y en lo que hace al tercer párrafo del art. 1011, esto nos llevaría a un resultado similar al de la tesis de la inoperatividad (es decir, su no aplicación), solo que la razón para descartarlo no sería que es impracticable, sino que es inválido.

2) Que la norma admita algún resultado interpretativo razonable

En este caso, lógicamente, se deben descartar todos los resultados interpretativos irrazonables, por inconstitucionales.

A su vez, puede que

2.a) haya varios resultados interpretativos razonables, o

2.b) haya uno solo.

En 2.a, se puede escoger cualquiera de esos resultados interpretativos. Más precisamente: el principio de razonabilidad no impone que se deba escoger alguno de estos en particular, lo que no quita que eventualmente sí haya que hacerlo en virtud de algún otro factor relevante para la hermenéutica de la norma.

En 2.b, lógicamente, se debe interpretar la norma en el único sentido rescatabable.

Procuraré demostrar que la norma contenida en el tercer párrafo del art. 1011 encuadra en esta última categoría: la 2.b. A este efecto, me apoyaré en el análisis ya realizado, aunque lo ordenaré siguiendo el método tradicionalmen-

tonomía de la voluntad, cuyo estatus constitucional es innegable. Vayamos, entonces, a la extinción unilateral fundada en la ley. En el caso de la liberatoria, ya hemos visto que se la reconoce para evitar los vínculos personales a perpetuidad, lo que me exime de agregar cualquier otro comentario a los efectos de fundar su jerarquía constitucional. Los demás casos de extinción legal no se prestan a un análisis unitario, dada su heterogeneidad, pero en todos ellos se constata la protección de un interés (por lo general, económico) nacido de un contrato o relacionado con este, por lo que también goza del estatus requerido para aplicar el principio de razonabilidad.

32 Así se desprende del art. 2.º del CCyC: “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”.

te aceptado para juzgar la razonabilidad de las normas.³³ Al hacerlo, cotejaré las distintas opciones interpretativas expuestas, que podrían agruparse en tres categorías: [i] tesis del deber formal; [ii] tesis del deber formal y sustancial de aplicación generalizada; y [iii] tesis del deber formal y sustancial solo aplicable a la rescisión protectoria, a las que podría agregarse una cuarta: [iv] tesis de la inoperancia. Como a esta última se llega por descarte, recién la abordaré al final. Confío en que así quedará demostrado que la interpretación propuesta es la más razonable (*rectius*: la única razonable, al menos entre las cotejadas).

Comienzo por el test de finalidad: para ser razonable, la norma debe tener un fin no prohibido por la Constitución Nacional (Cianciardo, 2009, p. 65). Cualquiera que sea la forma en la que se interprete el art. 1011, es evidente que supera este primer paso. De su contenido se infiere que su finalidad es asegurar que la buena fe también reine en la etapa extintiva del contrato y que la facultad rescisoria no se ejerza de modo abusivo. Por lo tanto, no hay motivo para descalificar la norma en este primer paso del test.

Abordemos, entonces, el subprincipio de adecuación, conforme al cual los medios dispuestos por la norma examinada deben ser adecuados o idóneos para el logro de sus fines. En nuestro caso, entonces, lo que corresponde es cotejar las distintas opciones interpretativas consideradas y evaluar si todas ellas permiten alcanzar la finalidad ya apuntada, al menos en cierta medida.

Aquí queda varada la tesis del deber formal de renegociación, en cualquiera de sus versiones: es evidente que no basta la formalidad de abrir una ronda de renegociación para garantizar que se está rescindiendo de buena fe (para “cumplir”, bastaría con una simple puesta en escena, sin la finalidad real de reencauzar el vínculo). Mucho menos con la versión *light* de esta tesis, que solo le impone al rescindente el deber de darle al otro contratante un tiempo de preaviso como para que pueda tomar la iniciativa de renegociar.

Las otras dos tesis, en cambio, resisten el escrutinio a la luz del subprincipio de adecuación. Más allá de que difieran en cuanto al ámbito de aplicación que le asignan a la norma analizada, coinciden en que no basta una mera formalidad para cumplirla, sino que es necesario que en lo sustancial la negativa a continuar el vínculo sea razonable. Así interpretada, la norma es eficiente para alcanzar sus fines. Cuestión distinta es la de si se justifica el costo que ha de pagarse para lograr esta finalidad, lo que nos lleva al paso siguiente.

Para ser razonable, además, la norma debe ser necesaria, en el sentido de

33 Me baso principalmente en Cianciardo (2009) y Toller (2012, pp. 111-155).

que la medida que ella impone (en nuestro caso, el deber de renegociar) sea, entre todas las adecuadas para alcanzar el fin relevante, la menos restrictiva de los derechos (Cianciardo, 2009, pp. 95 y ss.).

A primera vista, de las dos tesis que quedan en pie, la que propongo es la menos restrictiva. Sin embargo, no es así. En rigor, ambas imponen la misma restricción (renegociar de buena fe, tanto en lo formal como en lo sustancial), solo que difieren en cuanto a su ámbito de aplicación: para la tesis que propugno, este deber solo corre respecto de la extinción protectoria; para la otra, en cambio, opera respecto de cualquier tipo de extinción. El debate, entonces, pasa por dilucidar cuál es el ámbito de aplicación más adecuado, cuestión que, como veremos, se dilucida con los dos pasos que siguen del test de razonabilidad. En suma, y en lo que a este tramo del análisis respecta, las dos tesis resisten el test de necesidad.

El quinto test se refiere al subprincipio de proporcionalidad, según el cual la norma es razonable si sus beneficios justifican sus costos (en otros términos, si sus costos son proporcionados con sus beneficios), lo cual, traducido al plano interpretativo, implica que, entre varias interpretaciones de una norma que resisten los test de adecuación y necesidad, debe preferirse la que tenga una mejor *ratio* costo-beneficio (es decir, la que sea más proporcionada).

Es en este paso que, si no naufraga, al menos sí hace agua la tesis del deber formal y sustancial aplicable a todo tipo de rescisión. La razón: no se justifica que un contratante que ha extinguido el contrato tenga que dar razones de su negativa a continuar un vínculo si otras normas le reconocen inequívocamente el derecho a extinguirlo sin causa (es decir, sin tener que dar razones). Y esto último es lo que ocurre, precisamente, con la extinción liberatoria y la penitencial. Luego, habiendo normas que inequívocamente reconocen el derecho extintivo *ad nutum* respecto de estos dos tipos de extinción unilateral, y no siendo claro el sentido que en este aspecto tiene el artículo 1011, debe priorizarse la interpretación no contradictoria. En lo que respecta específicamente a la proporcionalidad, parece un costo desmedido la imposición de que los contratantes que carecen de justa causa deban quedar atados potencialmente de por vida a un contrato cuando otras normas les reconocen el ejercicio libre e incausado de su derecho rescisorio. Por el contrario, nada cabe objetar en cuanto a la relación costo-beneficio; nada cabe objetar a la exigencia del deber sustancial de renegociar de buena fe en lo que respecta a la extinción protectoria. En realidad, ese costo ya está incluido en la propia norma que reconoce el derecho extintivo, al prever que la salida solo puede ser causada. Nada tiene de

desproporcionado que ese costo también deba afrontarse en la etapa de la renegociación que eventualmente preceda a la extinción. Más aún: es una derivación elemental del deber de buena fe, que debe presidir la relación contractual incluso en su etapa extintiva. De todos modos, cualquier resto de duda queda despejado con el paso final del test, que abordaré a continuación.

Conforme a una tesis que divide a la doctrina especializada, y que comparto, en el juicio de proporcionalidad también se debe incluir la invulnerabilidad del contenido esencial de los derechos fundamentales. En concreto, esto implica que, para ser constitucional, la norma examinada no debe avasallar el contenido esencial de un derecho fundamental (Cianciardo, 2009, p. 113; Toller, 2012, p. 116). En el plano hermenéutico, este subprincipio implica que, de haber dos interpretaciones posibles de la norma, una de las cuales preserva ese contenido esencial y la otra no, debe preferirse la primera.

Ahora bien, ¿es esto último lo que ocurre en nuestro caso? Entiendo que sí: la tesis amplia, que considera aplicable el tercer párrafo del art. 1011 a todo tipo de extinción, en definitiva termina avasallando el derecho extintivo en aquellos casos en los que otras normas permiten su ejercicio sin causa (esto es, cuando la extinción es liberatoria o penitencial).

Sin duda, la determinación de qué constituye el contenido esencial de un derecho siempre es problemática, dada la vaguedad del estándar y, por ende, también lo es dilucidar en qué casos se atenta contra él. Apelaré a dos criterios muy socorridos en el derecho español (Toller, 2012, p. 127):

1) Si la norma enjuiciada (en nuestro caso, su interpretación) preserva las facultades que configuran el derecho en cuestión, tal como generalmente se lo concibe o lo ha concebido la comunidad jurídica, entonces es respetuosa del contenido esencial de ese derecho; en su defecto, no. Evidentemente, esto último es lo que ocurre al requerir, en definitiva, una justa causa para no continuar la relación en aquellos casos en los que la ley admite la extinción incausada. Por el contrario, la tesis que propugno respeta esas facultades que hacen a la esencia de este derecho de extinción.

2) Si la norma bajo examen (en nuestro caso, su interpretación) preserva los intereses jurídicamente protegidos por el derecho en cuestión, entonces es respetuosa del contenido esencial de ese derecho; en su defecto, no. Esto último es lo que sucede al interpretar la norma en el sentido de la tesis criticada:

- La extinción liberatoria se reconoce para impedir las vinculaciones contractuales perpetuas o vitalicias (Sánchez Herrero, 2018b, pp. 253-262). El medio es, precisamente, el reconocimiento de una facultad extintiva unilateral e

incausada. Si no existiese, los contratantes quedarían atados indefinidamente mientras no se verificase una justa causa. En definitiva, esto último es lo que sucedería si se aplicase a esta categoría de contratos la tesis del deber formal y sustancial: si bien formalmente no se requeriría una justa causa para ejercer el derecho extintivo, sí se la exigiría para negarse a continuar el vínculo ante una eventual propuesta de la otra parte formulada durante el curso de la negociación. De no tenerla, el rescindente se vería forzado a continuar, lo que precisamente quiere evitarse con la extinción liberatoria.

- Más difícil es identificar los intereses tutelados mediante la extinción penitencial, dado que, en la mayoría de los casos, proviene de un pacto (por ejemplo, el de arras penitenciales). Incluso en los casos en que su origen es legal (por ejemplo, el derecho revocatorio del consumidor en los contratos domiciliarios o a distancia), responde a muy diversas razones. No obstante esta heterogeneidad, lo que todos estos supuestos tienen en común es que, por alguna razón, las partes o el legislador han entendido que, para tutelar cierto interés, es necesario admitir un derecho de extinción incausado, por lo tanto, se supone que el requerimiento de una justa causa para no continuar la relación ante una eventual propuesta de la contraparte afectará de modo negativo los intereses del rescindente tutelados mediante el reconocimiento de la facultad rescisoria penitencial.

- El panorama es muy distinto, en cambio, respecto de la rescisión protectoria. En estos casos, el derecho de extinción se reconoce para proteger al contratante titular de un interés perjudicado por algún hecho sobreviniente. De ahí que solo se admita la extinción con causa. Por ejemplo, en el caso de la variación en la obra del art. 1264 del CCyC, lo que se busca es proteger al comitente que deberá realizar un desembolso significativamente mayor al que había previsto. Sin embargo, si durante el curso de la renegociación la otra parte formula una propuesta que evita esa afectación negativa (por ejemplo, porque evita que el comitente deba hacer un desembolso adicional o si este no tiene mayor entidad), es razonable que el comitente ya no se pueda liberar del contrato. De lo contrario, incurriría en un ejercicio abusivo de su derecho, desviándolo del fin por el cual fue reconocido.

Cabe concluir, entonces, que, de las tres interpretaciones analizadas, la única que resiste el test de razonabilidad es la que, si bien concibe este deber de renegociación en clave formal y sustancial, circunscribe su aplicación a la extinción protectoria (ya sea que se la llame “rescisión” o de otro modo). De aquí se desprende, además, que hay que descartar la tesis de la inoperancia, dado que hay al menos una interpretación rescatable de la norma analizada.

¿Qué sucede con los otros dos tipos de extinción: la liberatoria y la penitencial? ¿Cabe aplicarles el tercer párrafo del art. 1011, al menos en su versión formal? A favor de esta tesis podría argumentarse que la imposición de un deber meramente formal de renegociación no implica requerir una justa causa para el apartamiento. Con todo, ya hemos visto que gravitan muchas otras razones para descartar esta tesis, incluso respecto de estos dos tipos de extinción. Por lo demás, no parece razonable interpretar la consecuencia jurídica prevista en una norma en dos sentidos distintos, en función de a qué supuestos se aplica, salvo que la propia norma formule la distinción (y no es el caso). Por lo tanto, la norma examinada no es aplicable a estos dos tipos de extinción.

4.4.5 Aplicar el art. 1011 a la extinción incausada sería injusto

Al margen de las consideraciones precedentes, que son más bien de orden técnico, refiero un caso que pondrá en evidencia que sería injusto aplicar el tercer párrafo del art. 1011 a la extinción sin causa de los contratos de duración indeterminada:

- Se celebra un contrato de distribución por tiempo indeterminado.
- Por varios años, se cumple con normalidad. Desde lo económico, ambas partes obtienen excelentes resultados.
- Al quinto año de ejecución, el distribuido decide ponerle fin al contrato. Sin causa. Tomando como referencia los parámetros tradicionales, lo hace de buena fe: ya ha transcurrido un tiempo más que suficiente para que el distribuidor haya podido amortizar su inversión (y así lo ha hecho, con holgura) y le otorga un preaviso de cinco meses.
- Comunicada su decisión al distribuidor, este intenta renegociar el vínculo, y le hace una propuesta que mejora significativamente las condiciones en beneficio del distribuido.
- Este último acusa recibo de la propuesta y promete considerarla. Tiempo después, la rechaza. Al hacerlo, le manifiesta al distribuidor que, si bien la propuesta es muy beneficiosa, él tiene otros planes.
- La relación comercial termina al vencimiento del preaviso.
- El exdistribuidor demanda al exdistribuido porque, según alega, este, al rechazar su propuesta más que razonable, ha incumplido su obligación de renegociar de buena fe.

¿El distribuido ha actuado *contra legem*? ¿Ha incumplido su obligación de renegociar? La pregunta presupone que esta obligación pesaba sobre él; erró-

neamente, a mi entender, pero supongamos que fuera el caso. No la ha incumplido en sentido formal, pero ¿en sentido sustancial? Es difícil responder este interrogante, dado que los partidarios de aplicar también a este caso el art. 1011 no suelen explicitar cuál sería el criterio de fondo con el cual dirimir el asunto. Pero parto de la base de que, si en un caso como este no consideran que el rechazo de la propuesta es de mala fe, prácticamente no podrían tenerlo por configurado en ningún otro. Desde su perspectiva, entonces, se ha incumplido la obligación de renegociar, en su dimensión sustancial.

Esto es lo que implica, en concreto, la tesis criticada. A mi entender, es un resultado injusto, disvalioso.

Lógicamente, como siempre que se fundamenta con valores, hay un límite: si el otro no “ve” el valor o disvalor, todo intento de avanzar naufraga. Se puede mostrar la situación y “argumentar” por qué se considera que hay un disvalor (lo hecho), pero si no se comparte la intuición axiológica inicial, no se puede avanzar mucho más, ya que no hay en qué apoyar los razonamientos. En el caso referido, por ejemplo, he procurado demostrar que la tesis criticada implica, en definitiva, la sujeción perpetua o vitalicia a un vínculo contractual, que es precisamente lo que se quiere evitar con la extinción liberatoria. Si el contratante quiere cumplir la ley, jamás podrá ponerle fin al contrato si la otra parte, ante cada intento suyo, le hace una contrapropuesta razonable. Si esto no se ve como algo negativo, toda la argumentación se derrumba.

Es cierto que la postura objetada tiene apoyo en la letra de la ley, que habla de “rescisión”, sin más. Soslayo la inconsecuencia en la que incurre la mayoría de sus partidarios, que son literalistas para extender la obligación de renegociar a ciertos casos, pero dejan de serlo en otros. Por ejemplo:

- cuando no la extienden a otros casos en los que la ley también habla de “rescisión” (por ejemplo, casos de extinción basada en un incumplimiento)³⁴ o, al revés,

- cuando la extienden a casos en los que la ley no habla de rescisión (por ejemplo, la extinción del contrato de agencia prevista en el art. 1492 del CCyC, norma en la que no se habla de “rescindir” el contrato, sino de “ponerle fin”).

Los entiendo: de no ser por este criterio selectivo, deberían

34 Que no son pocos, por cierto. Al menos, los regulados por estas cinco normas:

- art. 8.º, Ley 13246 (arrendamientos rurales y aparcerías);
- art. 20, Ley 20160 (Estatuto del jugador de fútbol profesional);
- art. 10 bis, Ley 24240;
- art. 9.º, inc. a, Ley 25169 (contrato de explotación tambera);
- art. 9.º, Ley 26682 (contrato de medicina prepaga).

- excluir del ámbito de aplicación de la norma varios de los casos más relevantes de extinción sin causa de los contratos de duración indeterminada (con el bastión de los contratos de agencia, concesión y distribución a la cabeza), e
- incluir en su ámbito de aplicación casos cuya inclusión resultaría absurda (como ocurre con varios en los que la extinción se basa en un incumplimiento de la contraparte).

De todos modos, dejo de lado esta cuestión y me quedo con lo dicho: la crítica a la postura que defendiendo tiene sustento si nos atenemos a una interpretación literal de la norma.

Sin embargo, es sabido que este no es el único criterio interpretativo que debe aplicarse. La letra de la ley es el punto de partida de su interpretación, pero no necesariamente su punto de llegada. Confío en haber demostrado, de máxima, que hay que desechar la interpretación criticada y, de mínima, que es solo una de las interpretaciones posibles a la luz de la buena metodología jurídica, pero no la única.

La referencia a la justicia e injusticia derivadas de las tesis en pugna tiene mucho que ver con lo anterior, porque, de haber varios resultados interpretativos defendibles, debe preferirse aquel que es más valioso, que realiza en mayor medida los valores relevantes para el derecho, empezando por la justicia. Por ende, aun suponiendo que las dos tesis enfrentadas sean sostenibles a la luz del derecho vigente, la que propugno debe ser preferida porque es la más justa.

4.4.6 En los precedentes nacionales y en el derecho comparado, la obligación de renegociar solo se impone ante la extinción protectoria

Este es, obviamente, un argumento de autoridad.

Ya hemos visto que la obligación de renegociar ante la extinción o ciertos tipos de extinción del contrato está prevista en varios cuerpos o modelos normativos extranjeros (entre otros, en los Principios UNIDROIT, los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, el Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de iusprivatistas europeos de Pavia, el Código Civil de Francia y el Código Civil de Rumania), y que el tema también ha sido abordado por las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, la reunión científica más relevante del derecho privado argentino (en concreto, en las XIX Jornadas). Cuestiones terminológicas al margen, en todos ellos se prevé o se recomienda regular la obligación de renegociar solo ante la extinción protectoria, no ante los demás tipos de extinción unilateral.

4.4.7 ¿*Ubi lex...*?

Hay una objeción que se cae de madura: si *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, ¿de dónde surge que el tercer párrafo del art. 1011 solo se aplica a la rescisión protectoria y no a las restantes?³⁵ La ley no distingue, al fin y al cabo: solo hace referencia a “[l]a parte que decide la rescisión”, sin más.

Esta objeción se puede replicar en dos niveles.

Primero: la regla *ubi lex* no es absoluta³⁶⁻³⁷. No debe serlo, y, en la práctica, no lo es: permanentemente se interpretan y aplican normas introduciendo distinciones que estas no hacen (es decir, excluyendo parte de lo que incluyen) e ignorando distinciones que estas sí hacen (esto es, incluyendo parte de lo que excluyen). No me refiero, tan solo, a que esto ocurre de modo generalizado en la práctica jurisprudencial, forense y doctrinaria, incluso en sus más altos niveles, sino a que, además, es lo correcto, y va en línea con las reglas indiscutidas de la metodología jurídica en general y de la interpretación y aplicación del derecho en particular. A modo de simple muestra: se acepta pacíficamente que en ciertos casos hay que hacer una interpretación restrictiva (es decir, hay que distinguir donde la ley no lo hace), mientras que en otros debe hacerse una interpretación extensiva y hasta analógica (es decir, no hay que distinguir donde la ley sí lo hace). Si aplicáramos estrictamente la regla *ubi lex*, habría que desterrar estos criterios o resultados de la interpretación y aplicación de la ley. Por esta razón, desde siempre se ha considerado que el

35 “[E]l autor [se refieren a mí] hace una distinción en el supuesto de hecho de la norma que la norma no hace, por lo que su interpretación es contra legem, ya que no tiene en cuenta el principio hermenéutico de que donde la ley no distingue, no corresponde que se distinga” (Serebrinsky y Cabanellas de las Cuevas, 2023, p. 325).

36 “Applying the principle *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* is particularly important [...] We can not, however, talk about this principle as an absolute principle, since, depending on the concrete situation, sometimes certain distinctions can be made, even if they do not result expressly from the text of the law subjected to interpretation. The interpreter must take into account all the legal provisions likely to become incidents in the case, so that a possible systematic interpretation should also be considered. Moreover, in applying this principle, an equivalence between the spirit of the norm and the spirit of law, as a whole, must be sought” (Ignatescu, 2017, p. 48); “[...] no resultaría temerario propiciar una inversión del aforismo postulando que ‘donde la ley no distingue, el jurista debe distinguir para aplicarla correctamente’” (Maggio y Miceli, 2022, p. 509).

37 De hecho, los propios autores que me objetan que distingo donde la ley no distingue “violan” la regla en sus dos facetas: distinguen en casos en que la ley no lo hace y no distinguen en casos en los que sí. En cuanto a esto último, en su magistral *Derecho de la distribución comercial* (texto de referencia insoslayable para comprender en profundidad esta familia de contratos), califican como “rescisión unilateral” la extinción regulada en el art. 1492 del CCyC, a pesar de que esta norma solo habla de “poner fin” (Cabanellas de las Cuevas y Serebrinsky, 2019, pp. 466 y ss.). Es decir, incluyen (como un caso de rescisión unilateral) donde la ley, literalmente, no lo hace. Coherentemente, consideran que la obligación de renegociar del art. 1011 (que habla de “rescisión”, no de “poner fin”) también

ubi lex es relativo. Irónico: hay que distinguir incluso al aplicar la regla que impone no hacerlo.

Paso al segundo nivel de réplica. Está claro que la interpretación del art. 1011 que propongo no se ajusta a su letra: distingo donde la ley no lo hace. Si se ajustase, no habría sido necesario el análisis precedente. De todos modos, la objeción solo tendría sustento si la distinción o restricción que se echa de menos solo pudiese provenir de la letra de la ley. No, en cambio, si se admite (como corresponde) que también puede surgir del sentido regulatorio de la norma y de otros factores relevantes para su interpretación y aplicación. Admitido este recurso, la justificación es sencilla:

- La norma examinada regula el ejercicio del derecho rescisorio requiriendo no solo el cumplimiento de una renegociación en sentido formal, sino además una justa causa de apartamiento ante una contrapropuesta razonable. Es decir, impone una obligación de renegociar en sentido formal y sustancial (de modo razonable y de buena fe, lo que incluye contar con una justa causa para rechazar una eventual contrapropuesta).

- De los distintos tipos de rescisión que existen, algunas son incausadas y otras no (Sánchez Herrero, 2018b, pp. 63-90).

- El legislador no es contradictorio ni irrazonable.

- Sería contradictorio o irrazonable aplicar la norma examinada a las rescisiones incausadas, y también hacerlo a aquella cuya causa es el incumplimiento; no, en cambio, aplicarla a la rescisión causada protectoria.

- Luego, la norma, si bien impone un deber formal y sustancial de renegociar razonablemente y de buena fe, solo se aplica a la rescisión causada protectoria, no a las restantes.

Por ende, la distinción propuesta está plenamente justificada.

5. En síntesis³⁸

De acuerdo con el tercer párrafo del art. 1011 del CCyC, la parte que rescinde un contrato de larga duración “debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos”.

se aplica a este caso (Serebrinsky y Cabanellas de las Cuevas, 2023, p. 327). También excluyen donde la ley no lo hace (que es lo que, específicamente, me reprochan), incluso en lo que respecta al art. 1011, dado que no consideran que este sea aplicable a la extinción basada en un incumplimiento (a pesar de que en más de un caso el legislador la identifica con el término “rescisión”).

38 Cfr. Larenz (1994, pp. 345-347).

Según cómo se lo interprete, puede implicar una grave restricción al principio de libre extinguiabilidad de los contratos de duración indeterminada (la extinción liberatoria), como también a la extinción penitencial. Para armonizar estos principios, hay que interpretarlo con el siguiente alcance:

1) En lo que constituye su ámbito de aplicación, la norma impone un deber formal y sustancial al rescindente, quien no solo debe darle a la otra parte la oportunidad de renegociar, sino que además debe llevar a cabo la negociación de manera razonable (lo que incluye desistir de su voluntad extintiva si la otra parte le hace una propuesta que satisface razonablemente sus intereses).

2) La tesis del deber formal es inaceptable porque el rescindente podría sortear la exigencia legal llevando a cabo una renegociación meramente simbólica o ficticia, destinada de antemano al fracaso.

3) Así entendida la norma (es decir, como consagratória de un deber formal y sustancial de renegociación), no puede ser aplicada ni a la rescisión liberatoria ni a la penitencial (es decir, a la rescisión incausada, en ninguna de sus especies). Esto es así no solo por las dificultades prácticas inherentes a su implementación, sino, sobre todo, porque implicaría requerirle al rescindente una justa causa para apartarse de una relación contractual, lo que contradice su derecho a abandonarla de manera incausada, con raigambre constitucional. Esta interpretación restrictiva se funda en el principio de razonabilidad. Si la norma no se interpretase de este modo, debería considerarse que reglamenta o restringe de modo irrazonable el derecho de libre rescindibilidad, por lo cual sería inválida.

4) En suma, el tercer párrafo del art. 1011 del CCyC solo se aplica a la rescisión protectoria (que es causada), no a la liberatoria ni a la penitencial (que son incausadas). Tampoco, lógicamente, a la basada en un incumplimiento.

5) En realidad, la obligación de renegociar alcanza a todo tipo de extinción protectoria, bien sea que la norma que la consagra la llame “rescisión” o de otro modo.

6) Incluso en lo que respecta a la extinción protectoria, la obligación de renegociar solo existe en la medida en que sea compatible con la regulación específica prevista para el tipo de extinción en particular de que se trate. En la mayoría de los casos, lo es.

Bibliografía

- Aparicio, J. M. (1997). *Contratos. Tomo I. Parte general*. Hammurabi.
- Aparicio, J. M. y Cafferata, J. M. (2024). *Los contratos de larga duración en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Ponencia presentada en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Pilar, Buenos Aires.
- Bianca, C. (2000). Massimo, *Diritto civile. III. Il contratto* (2ª ed.). Giuffrè.
- Borda, A. (2024). *La facultad rescisoria en los contratos de larga duración*. Ponencia presentada la comisión N° 5 en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Pilar, Buenos Aires.
- Cabanellas de las Cuevas, G. y Serebrinsky, D. H. (2019). *Derecho de la distribución comercial*. La Ley.
- Calderón, M. R. (2018). En Sánchez Herrero, A. y Sánchez Herrero, P. (Eds.), *Tratado de derecho civil y comercial. Tomo V. Contratos. Parte especial* (2ª ed.). La Ley.
- Calderón, M. R. (2022). *Contratos. Parte especial*. Thomson Reuters-La Ley.
- Caramelo, G. (2015a). En Herrera, M., Picasso, S. y Caramelo, G. (Eds.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. La Ley. AR/DOC/2125/2015.
- Caramelo, G. (2015b). En Stiglitz, R. S. (Ed.), *Contratos civiles y comerciales. Parte general* (3ª ed.). La Ley.
- Cianciardo, J. (2009). *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad* (2ª ed.). Ábaco.
- Damia Patiño, G. (2024). *Alcance del deber de renegociar en los contratos de larga duración*. Ponencia presentada la comisión N° 5 en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Pilar, Buenos Aires.
- Di Chiazza, I. G. (2016). *Extinción del contrato de franquicia en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Thomson Reuters Información Legal. AR/DOC/287/2016.
- Heredia, P. D. (2015). *El contrato de agencia en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Thomson Reuters Información Legal. AR/DOC/4561/2015.
- Heredia, P. D. (2022). En Heredia, P. D. y Calvo Costa, C. Al. (Eds.), *Código Civil y Comercial comentado y anotado*. Thomson Reuters-La Ley.
- Hernández, C. A. (2024). *Contratos de larga duración*. Thomson Reuters Información Legal. AR/DOC/1972/2024.
- Ibáñez, C. M. (2010). *Derecho de los contratos*. Ábaco.
- Ibáñez, C. M. (2016). *Extinción unilateral del contrato*. Thomson Reuters Información Legal. AR/DOC/2555/2016.
- Ignatescu, C. (2017). Interpretation of the Legal Norm. Applications of the Principle Ubi Lex non Distinguit, Nec nos Distinguere Debemus. *European Journal of Law and Public Administration*, 4(2), 41-49.
- Juárez de Ferrer, M. y Calderón, M. R. (2024). *Deber de renegociación. Aspectos, incumplimiento y remedios*. Ponencia presentada la comisión N° 5 en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Pilar, Buenos Aires.
- Kademian, B. y Lozano, F. (2024). *La aplicación del artículo 1011 en los contratos de locación*. Ponencia presentada la comisión N° 5 en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Pilar, Buenos Aires.
- Klein, M. (1997). *El desistimiento unilateral del contrato*. Civitas.

- Larenz, K. (1994). *Metodología de la ciencia del derecho* (2ª ed.). Ariel.
- Leiva Fernández, L. F. (2015). En Alterini, J. H. y Alterini, I. A. (Eds.), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*. La Ley.
- Leiva Fernández, L. F. (2017). *Tratado de los contratos. Parte general*. La Ley.
- Maggio, L. A. y Miceli, M. A. (2022). Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus. En *Pervivencia actual de los aforismos jurídicos latinos* (pp. 490-510), UAI Editorial.
- Nicolau, N. L. (2009). *Fundamentos de derecho contractual* (Tomo I). La Ley.
- Nicolau, N. L. (2024). *Contratos de larga duración*. Ponencia presentada la comisión N° 5 en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Pilar, Buenos Aires.
- Pita, E. M. y Pita, J. M., (2006). La extinción de los contratos de distribución. En Rouillon, A. N. y Alonso, D. F. (Eds.). *Código de Comercio comentado y anotado*. La Ley.
- Pitasny, J. (2020). *Análisis interpretativo del art. 1011 in fine del Código Civil y Comercial de la Nación*. Thomson Reuters Información Legal. AR/DOC/790/2020.
- Porello, A. y Martin Valenti, G. (2024). *Incidencia del art. 1011 CCCN en el contrato de franquicia*. Ponencia presentada la comisión N° 5 en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Pilar, Buenos Aires.
- Rivera, J. C., Covi, L. D. y Di Chiazza, I. G. (2017). *Derecho civil y comercial. Contratos. Parte general*. Abeledo Perrot.
- Sánchez Herrero, A. (2018a). *Resolución de los contratos por incumplimiento*. Thomson Reuters-La Ley.
- Sánchez Herrero, A. (2018b). *Rescisión unilateral de los contratos*. Thomson Reuters-La Ley.
- Sánchez Herrero, A. (2019). *La imprevisión contractual*. Thomson Reuters-La Ley.
- Sánchez Herrero, A. (2021). *Contratos. Parte general*. Thomson Reuters-La Ley.
- Serebrinsky, Diego H. (2024). *Los contratos de distribución en sentido amplio (franquicia, agencia, concesión y distribución en sentido estricto) son contratos de larga duración, por lo que se les aplica el deber de renegociar para la parte rescindente del tercer párrafo art. 1011*. Ponencia presentada la comisión N° 5 en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Pilar, Buenos Aires.
- Serebrinsky, D. H. y Cabanellas de las Cuevas, G. (2023). *Contratos de franquicia*. La Ley.
- Stabio, C. y Peralta, E. (2024). *¿Se aplica el artículo 1011 al contrato de distribución?* Ponencia presentada la comisión N° 5 en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Pilar, Buenos Aires.
- Stiglitz, R. S. (2015). En *Contratos civiles y comerciales. Parte general* (3ª ed., Tomo 2). La Ley.
- Toller, F. M. (2012). Los derechos in concert. Metodologías para tomar decisiones armonizadas en casos entre derechos y bienes constitucionales. En Cianciardo, J. (Ed.), *Constitución, neoconstitucionalismo y derechos. Teoría y aplicaciones en la interpretación de los derechos constitucionales* (pp. 111-155). Porrúa.
- Viramonte, C. I. (2016). En Calderón, M. R. y Tinti, G. P. (Eds.), *Contratos según el Código Civil y Comercial. Parte general*. Zavalía.

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 SISTEMÁTICO DE LA OBLIGACIÓN DE RENEGOCIAR LA EXTINCIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO¹

Andrés Sánchez Herrero

Universidad Austral

andres@sanchezherrero.com.ar

<https://doi.org/10.26422/RJA.2025.0602.her>

Recibido: 22/07/2025

Aceptado: 10/11/2025

Resumen

La obligación de renegociar solo juega cuando hay derecho a extinguir el contrato. De no haberlo, la extinción sería ilícita, pero no por no haber renegociado, sino por algo más elemental: no hay derecho extintivo.

Hay obligación de renegociar en todo caso en el cual un contratante pretende extinguir unilateralmente el contrato en virtud de un derecho de extinción protectoria, salvo que una norma especial disponga lo contrario. No tiene importancia el término que el legislador utilice en cada caso para identificar el modo extintivo.

La obligación de renegociar alcanza a la extinción de todo contrato respecto del cual el legislador admita una facultad extintiva protectoria. La obligación de renegociar se aplica, sin duda, cuando la facultad extintiva nace de la ley. En cuanto a la nacida de un acuerdo, debe distinguirse en función de si el derecho extintivo es causado o incausado; más precisamente, de si es un derecho de extinción protectoria o de otro tipo:

- En el segundo caso, la ley no impone ninguna obligación de renegociar, sin que importe de dónde nace la facultad de extinguir el contrato. Por excepción, la habría si así estuviese previsto en el pacto en el que se funda el derecho extintivo.
- En el primer caso, en el que se ha pactado un derecho de extinción protectoria del contrato, no hay obligación de renegociarlo al ejercer el derecho extintivo, salvo que así se lo haya convenido.

No basta el cumplimiento de una mera formalidad para dar por satisfecha la obligación de renegociar. Es preciso, además, que esta negociación se realice observando ciertos estándares sustanciales.

1 El presente artículo ha sido remitido a la *Revista Jurídica Austral* y luego publicado como parte de la obra: Sánchez Herrero, A. (agosto de 2025). *Extinción unilateral del contrato y su renegociación*. La Ley.

Se trata de una obligación de medios: se cumple renegociando o intentando renegociar diligentemente el acuerdo, por más que no se llegue a buen puerto.

Palabras clave: Código Civil y Comercial, Argentina, rescisión unilateral del contrato, obligación de renegociar, artículo 1011.

Systematic Analysis of the Obligation to Renegotiate the Unilateral Termination of the Contract

Abstract

The obligation to renegotiate only applies when there is a right to terminate the contract. If there is no such right, termination would be unlawful, but not because of a failure to renegotiate, but for a more fundamental reason: there is no right of termination.

There is an obligation to renegotiate in any case in which a contracting party intends to unilaterally terminate the contract by virtue of a protective right of termination, unless a special rule provides otherwise. The term used by the legislator in each case to identify the mode of termination is irrelevant.

The obligation to renegotiate extends to the termination of any contract for which the legislator admits a protective termination power. The obligation to renegotiate undoubtedly applies when the termination power arises from the law. As for the right arising from an agreement, a distinction must be made depending on whether the right of termination is caused or uncaused; more precisely, whether it is a protective termination right or another type of right:

- In the second case, the law does not impose any obligation to renegotiate, regardless of where the power to terminate the contract arises. As an exception, there would be an obligation to renegotiate if this were provided for in the agreement on which the right of termination is based.
- In the first case, where a protective right of termination of the contract has been agreed, there is no obligation to renegotiate when exercising the right of termination, unless this has been agreed.

Mere compliance with a formality is not sufficient to satisfy the obligation to renegotiate. It is also necessary for this negotiation to be conducted in accordance with certain substantive standards.

This is an obligation of means: it is fulfilled by diligently renegotiating or attempting to renegotiate the agreement, even if no agreement is reached.

Key words: Civil and Commercial Code, Argentina, unilateral termination of contract, obligation to renegotiate, Article 1011.

1. Introducción

En este artículo analizaré de modo sistemático la obligación de renegociar en el marco de la extinción unilateral del contrato. En concreto, abordaré las siguientes cuestiones:

- ¿En qué casos hay obligación de renegociar?
- ¿Quién está obligado a renegociar?
- ¿Cómo hay que renegociar?
- ¿Cómo se prueba el incumplimiento de esta obligación?
- ¿Qué sanción se aplica al incumplidor?
- ¿Es válida la dispensa de esta obligación?
- ¿Cómo interactúa esta obligación con otros institutos protectores de la parte que no extingue el contrato, como lo son la duración mínima y el preaviso?

2. ¿En qué casos hay obligación de renegociar?

2.1 Introducción

Según el tenor del art. 1011 del CCyC, la obligación de renegociar se aplica a la rescisión unilateral de los contratos de larga duración.

El tema no es tan simple: el ámbito delimitado por la norma debe acotarse en un sentido y expandirse en otro. En parte, por las razones ya señaladas en el artículo precedente, pero también por otras que referiré a continuación.

Para ordenar el análisis, tomaré como referencia tres factores:

- 1) el modo de extinción;
- 2) el tipo de contrato, y
- 3) la fuente de la facultad extintiva, que puede ser la ley o un contrato.

2.2 Ámbito de aplicación en cuanto al modo extintivo

2.2.1 Introducción: no son todos los que están; no están todos los que son

Literalmente, el tercer párrafo del art. 1011 regula la obligación de renegociar cuando se rescinde unilateralmente el contrato. Sin embargo, este no su verdadero ámbito de aplicación, en dos sentidos:

- la obligación de renegociar no se aplica a *toda* rescisión unilateral, y
- es aplicable a “otros” modos extintivos “distintos” de la rescisión.

2.2.2 Aclaración previa: la obligación de renegociar solo existe cuando hay derecho a extinguir el contrato

Si bien el art. 1011 solo alude a “la parte que decide la rescisión”, se presupone que esa parte no solo ha *decidido* rescindir, sino que *tiene derecho* a hacerlo. Si no lo tuviera, la extinción sería ilícita, pero no por no haber renegociado, sino por algo más elemental: no habría derecho a rescindir. Por ejemplo, si el contrato es de duración determinada, ninguna de las partes tiene derecho a rescindirlo *ante tempus*, y esto no se arregla ofreciendo o entablando una renegociación. Naturalmente, si las partes se pusieran de acuerdo, habría que estar a lo convenido, y, aun cuando esto implicase la extinción del contrato, no tendría nada de ilícito. Pero se trataría de una rescisión bilateral o, a lo sumo, de una rescisión unilateral consentida por la contraparte, no de un acto extintivo unilateral en toda la línea, que es lo que estoy analizando.

En suma, quien rescinde o decide rescindir ilícitamente un contrato sin tener derecho a hacerlo no está obligado por lo prescripto en el tercer párrafo del art. 1011, pero no porque tenga derecho a extinguirlo sin renegociar, sino por algo más básico: no tiene derecho extinguirlo, independientemente de si renegocia o no. De hecho, por más que no incumpla esta obligación (en sentido impropio, se entiende, dado que mal se puede incumplir una obligación que no existe), igual la rescisión seguiría siendo ilícita. Lo muestro con un ejemplo:

- A y B son partes de un contrato cuya duración pactada es de cinco años.

- A los dos años, A decide rescindir el contrato. Le informa a B su decisión, pero antes le ofrece la oportunidad de renegociar el tema. B le responde que no hay nada que renegociar, que (A) no tiene derecho a rescindir el acuerdo, de modo que debe limitarse a cumplirlo.

- Ante esta negativa de B, A rescinde el contrato *ante tempus*.

A no incumplió su obligación de renegociar, dado que no estaba obligado a hacerlo.² Su rescisión fue ilícita, pero por otra razón: ese contrato no era rescindible.

La ilicitud de una rescisión no se puede salvar renegociándola. De nuevo: esto no quita que las partes renegocien y puedan llegar a un acuerdo extintivo. Incluso en este caso, en el que la extinción sería lícita, no se trataría de una rescisión unilateral sin causa en la que se ha cumplido la obligación de renegociar y, por ello, se ha salvado su licitud, sino de una rescisión bilateral o, eventualmente, de una rescisión unilateral consentida por la contraparte, cuya licitud fue salvada por el acuerdo.

2 Al margen: aun si lo hubiese estado, tampoco habría incumplido, porque el contratante que quiere rescindir no está obligado a renegociar si la otra parte no quiere hacerlo.

Por lo expuesto, en lo que sigue solo me referiré a casos en los que quien rescinde o decide rescindir tiene derecho a hacerlo, y analizaré si tiene o no la obligación de renegociar la salida. Si la tiene y no la cumple, la extinción será ilícita, pero se tratará de una ilicitud de otra índole: no la de quien no tiene derecho a extinguir el contrato, sino la de quien, teniéndolo, está obligado a renegociar y no lo hace, cuyas consecuencias son muy diversas.

La obligación de renegociar también alcanza a “otros tipos” de extinción unilateral, independientemente de cómo los nombre el legislador.³ Por lo tanto, y con las adaptaciones correspondientes, se les aplica lo dicho en este parágrafo respecto de la rescisión unilateral: en lo que sigue, solo me referiré a casos en los que el contratante sí tiene derecho a extinguir unilateralmente el contrato.

2.2.3 Rescisión unilateral

Evidentemente, la obligación de renegociar alcanza a la rescisión unilateral: es lo que se desprende del tenor del art. 1011. Sin embargo, por las razones ya expuestas, esta norma solo alcanza a la rescisión causada protectoria, no a las incausadas ni mucho menos a la basada en un incumplimiento de la contraparte.⁴

2.2.4 “Otros” modos de extinción unilateral

La obligación de renegociar existe en todos los casos de extinción protectoria, aun cuando el legislador no utilice el término “rescisión” para identificarlos. Así resulta de los principios de la buena fe y del abuso del derecho o, en su defecto, de la aplicación analógica del art. 1011 del CCyC.⁵

2.2.5 Interacción con normas y regímenes especiales, particularmente con los que requieren el preaviso

Hasta aquí tenemos que la obligación de renegociar se aplica a toda extinción unilateral protectoria, independientemente de que se la llame “rescisión” o de otro modo. Salvo, se entiende, que esta obligación, tal como está prevista en el

3 Abordo la cuestión en mi otro artículo que se publica en este número, al que remito: <https://doi.org/10.26422/RJA.2025.0602.san>

4 Ídem.

5 Ídem.

art. 1011 o resulta de los principios de la buena fe y del abuso del derecho, sea incompatible con la regulación específica aplicable al tipo de extinción protectoria en particular de la que se trate. Por ejemplo, es muy evidente que esta norma general no se aplica cuando un socio ejerce el derecho de receso, dado que este se encuentra regulado exhaustivamente en los arts. 25, 78, 83, 85, 88, 157, 160, 129 y 245 de la Ley 19550, régimen específico en el que ya está previsto un mecanismo para proteger al contratante no recedente: “El derecho de receso y las acciones emergentes caducan si la resolución que los origina es revocada por asamblea celebrada dentro de los sesenta (60) días de expirado el plazo para su ejercicio por los ausentes [...] (Art. 245, cuarto apartado).

En virtud del principio de especialidad, entonces, se aplica la normativa específica. En la mayoría de los casos, en cambio, el régimen general de la obligación de renegociar rige sin cortapisas. En otros, por último, hay que aplicarlo, pero adaptado.

No analizaré la compatibilidad de esta regla con cada tipo de extinción protectoria en particular. Basta con señalar que el hecho de que la extinción sea protectoria es condición necesaria, pero no suficiente, para que haya obligación de renegociar antes de extinguir unilateralmente el contrato: se requiere, además, que la normativa que impone esta obligación sea compatible con la regulación específica que rige al tipo de extinción protectoria particular del que se trate. Bien entendido: para que haya incompatibilidad, no basta que la regulación específica no prevea la obligación de renegociar, sino que es preciso que la excluya, así sea implícitamente (fenómeno por demás inusual, por cierto) (Serebrinsky, 2024).⁶

Al respecto, un sector de la doctrina sostiene que la obligación de renegociar no es aplicable en aquellos casos en los que la regulación específica de un tipo especial de rescisión unilateral no impone la obligación de renegociar y prevé algún otro tipo de mecanismo extintivo (Porello y Martin Valenti, 2024; Stabio y Peralta, 2024). Típicamente, se invocan los casos en los que el legislador reconoce el derecho a extinguir el contrato y solo exige que la extinción sea preavisada, como ocurre con los contratos de agencia, concesión, distribución, suministro y servicios continuados, cuando son de duración indeterminada. Por el principio de especialidad (se argumenta), los regímenes especiales previstos para estos contratos (que, por lo general, se limitan a requerir un preaviso) desplazan al régimen general (Stabio y Peralta, 2024).

6 Respecto de los contratos de distribución en sentido amplio.

Formulada así la tesis, con esta extensión, no la comparto por varias razones.

La primera y más general es que no creo que, por el mero hecho de que se regule un tipo de extinción en particular sin aludir a la obligación de renegociar, esto implique que, por el principio de especialidad, esta obligación no se aplique a este tipo de casos (Serebrinsky, 2024; Serebrinsky y Cabanellas de las Cuevas, 2023, p. 323).

Es cierto que, por este principio, si dos normas son contradictorias, la especial desplaza a la general en lo que hace al ámbito de la contradicción. Pero tiene que haber, precisamente, contradicción. En su defecto, se trata de normas compatibles, por lo que ambas deben ser aplicadas. En lo que aquí interesa, no creo que a partir del mero silencio respecto de la obligación de renegociar se pueda inferir, sin más, que se la ha excluido. Es una cuestión que habrá que ponderar en cada caso. Por supuesto, la exclusión puede ser explícita o inferirse *a contrario sensu*, cuando sea evidente que la norma especial, al fijar ciertos recaudos, revela la intención implícita del legislador de no exigir otros. Pero esto no puede inferirse de la mera previsión de algún recaudo en particular, salvo que algo evidencie que este es incompatible con la obligación de renegociar. En sí, no hay ninguna contradicción fáctica, lógica ni axiológica entre la obligación de preavisar y la de renegociar.

La segunda razón que me lleva a rechazar esta postura tiene un alcance más limitado, pero que aun así termina abarcando casi todos los supuestos que la doctrina objetada invoca cuando plantea la cuestión, si es que no todos. Como he señalado, casi siempre que se plantea este argumento se invocan regímenes especiales que exigen el preaviso como requisito para que la extinción unilateral sea considerada de buena fe. Ahora bien, ¿en qué casos nuestro legislador exige el preaviso de la extinción o rescisión unilateral del contrato? Solo en aquellos en la que esta es incausada; más específicamente, aquellos en lo que es una extinción liberatoria, es decir, cuando se extingue unilateralmente y sin causa un contrato de duración indeterminada. Y acá es donde surge el principal problema de la tesis examinada: la obligación de renegociar no se aplica a este tipo de extinción.⁷ Luego, no tiene ningún sentido plantearse si el régimen general que impone esta obligación es incompatible con estos regímenes especiales: sin duda, no es aplicable, pero no en virtud de una supuesta incompatibilidad con estos últimos, sino por algo más elemental: este tipo de extinción está fuera del ámbito de aplicación del régimen general examinado. La obligación de renego-

7 Ver mi otro artículo que se publica en este número, al que remito: <https://doi.org/10.26422/RJA.2025.0602.san>

ciar solo corre respecto de la extinción causada protectoria, no respecto de la incausada, ya sea esta liberatoria o penitencial.⁸

En suma: el régimen general de la obligación de renegociar es inaplicable a la extinción incausada, pero no porque se lo impida alguna regulación especial, sino porque el propio régimen general, correctamente interpretado, no la alcanza. No hay concurrencia de normas contradictorias: los regímenes cotejados (el que impone la obligación de renegociar y el que obliga a preavisar la ruptura unilateral del contrato) se aplican a casos distintos.

2.2.6 Conclusión

Hay obligación de renegociar en los casos en que un contratante pretende extinguir unilateralmente el contrato en virtud de un derecho de extinción protectoria:

- si se trata de una rescisión, en virtud del art. 1011 del CCyC;
- si se trata de “otro” modo extintivo (*rectius*: de este mismo modo de extinción, solo que llamado de otra forma por la ley), en virtud de los principios generales de la buena fe y de la prohibición del abuso del derecho, o de la aplicación analógica del art. 1011.⁹

Por ende, lo que sigue vale para todo caso de extinción unilateral protectoria, sin importar si el legislador lo llama “rescisión” o de otro modo.

Naturalmente, como la ley especial desplaza a la general, la aplicabilidad de estas reglas está supeditada a que sean compatibles con la normativa específica que regule cada tipo de extinción protectoria en particular.

2.3 Ámbito de aplicación en cuanto al tipo de contrato

2.3.1 Contratos de duración o de ejecución diferida

El art. 1011 del CCyC está previsto para los contratos de larga duración. Sin embargo, y por las razones ya expuestas, la obligación de renegociar vale para todo contrato respecto del cual el legislador admita una facultad extintiva protectoria, ya sea de ejecución diferida o de duración, sea o no un contrato de larga duración. Basta con que el contrato encuadre en una u otra clase: de ejecución diferida o de duración. Por descarte, entonces, quedarían fuera del régimen los contratos de ejecución instantánea e inmediata, en principio.

8 Ídem.

9 Entrecomillo “otro” porque, en sustancia, todos pertenecen al mismo género, más allá del nombre escogido por el legislador: son modos de extinción unilateral protectoria.

Lo importante es que transcurra algún tiempo entre su celebración y su cumplimiento, de lo contrario, no podría producirse el hecho negativo sobreviniente que habilita el ejercicio de la facultad extintiva protectoria. No importa si el plazo de diferimiento o la duración son cortos o largos: lo que cuenta es que haya transcurrido un tiempo suficiente como para que se haya presentado el evento que descalabra en algún sentido el contrato. Por ejemplo:

1) rescisión de una locación de tres meses en virtud del art. 1203 del CCyC (imposibilidad del locador de usar la cosa y gozar de ella);

2) extinción anticipada de un comodato de un mes en virtud del art. 1539 del CCyC (necesidad imprevista y urgente del comodante);

3) resolución de una compraventa sujeta a un plazo suspensivo de un mes en virtud del art. 1091 del CCyC (excesiva onerosidad sobreviniente).

En todos estos casos (planteados así, en abstracto), el contratante en cuestión tiene derecho a extinguir el contrato, dado lo prescripto en las normas citadas. Aunque los límites entre los contratos de larga y corta duración son borrosos, todo indica que los contratos de los dos primeros casos (locación y comodato) pertenecen a la segunda categoría; en cuanto al tercero, ni siquiera es un contrato de duración, sino uno de ejecución diferida. No son, en suma, contratos de larga duración, pero ¿hay alguna duda de que la buena fe y la prohibición del abuso del derecho le imponen al contratante que quiere extinguir el contrato que, antes de hacerlo, le dé a la otra parte la posibilidad de renegociarlo? No hay nada en estos contratos que justifique un trato distinto al que la ley prevé para los contratos de larga duración, y en estos no hay duda de que la obligación existe, dado lo prescripto en el art. 1011.

Dos razones, entonces, para considerar que también en estos casos hay obligación de renegociar ante una extinción unilateral protectoria:

- es lo que se desprende de los principios generales de la buena fe y el abuso del derecho, y

- así resulta de la aplicación analógica del art. 1011.

2.3.2 Contratos paritarios, de adhesión o de consumo

Siendo el contrato de ejecución diferida o de duración, hay obligación de renegociar su ruptura unilateral protectoria, ya sea que se trate de un contrato paritario, de adhesión o de consumo (Juárez de Ferrer y Calderón, 2024). No hay nada que justifique su trato asimétrico, ni en términos lógicos ni en virtud de las normas que regulan la cuestión.

2.4 Ámbito de aplicación en cuanto a la fuente de la facultad extintiva

Sin duda, las consideraciones precedentes valen para todo caso en el cual el derecho extintivo nace de la propia ley. ¿Y si este derecho nace de un pacto? No me refiero al caso en el cual las partes, ya ocurrido el hecho sobreviniente, extinguen de común acuerdo el contrato, sino a aquel otro en el cual han pactado de antemano el derecho de extinción unilateral, bien sea al celebrar el contrato o al menos antes de que ocurriera ese hecho que lo ha trastocado. De ser así, ¿tendría la parte legitimada para extinguirlo la obligación de renegociarlo previamente?

En primer lugar, hay que distinguir si el derecho extintivo es causado o incausado; más precisamente, si es un derecho de extinción protectoria o de otro tipo. En el segundo caso, por las razones ya expuestas, la ley no impone ninguna obligación de renegociar, sin importar de dónde nace la facultad extintiva. Por excepción, la habría si así estuviese previsto en el pacto en que se funda el derecho extintivo.

Pasemos, entonces, al caso en el cual se ha previsto un derecho de extinción protectoria. Es decir, se ha pactado que, de presentarse cierta situación negativa, la parte afectada por el cambio tendría derecho a extinguir unilateralmente el contrato. La causa, entonces, es la situación negativa prevista. Destaco que estamos ante un pacto específico, no uno genérico: se ha previsto que, si ocurre cierto hecho, que se identifica, una de las partes (o, menos frecuentemente, cualquiera de ellas) podrá extinguir el contrato. En cuanto al tema que nos concierne, pueden presentarse tres escenarios:

1) El pacto establece la obligación de renegociar antes de extinguir el contrato. Obviamente, hay que estar a lo pactado.

2) El pacto excluye la obligación de renegociar y admite la extinción directa del contrato.

En principio, también hay que estar a lo pactado. Por lo tanto, la parte legitimada tiene derecho a extinguir el contrato directamente, sin tener que pasar por la renegociación previa.

Lo dicho presupone que este pacto es válido, cuestión que amerita un mayor análisis, sobre todo teniendo en cuenta que, *a primera vista*, su validez estaría supeditada a que el régimen que impone la obligación de renegociar fuese supletorio. Analizaré el tema más adelante.¹⁰

¹⁰ Ver § 7.

3) El pacto admite la extinción del contrato y no hace ninguna referencia a la obligación de renegociar

En principio, tampoco hay obligación de renegociar la salida. Los contratantes previeron el evento y, sin hacer ninguna referencia a la renegociación, le reconocieron a la parte afectada el derecho a extinguir el contrato. Así, en términos generales y abstractos, nada tiene de contrario a la buena fe que la parte legitimada ejerza su derecho extintivo si se presenta la situación prevista en el pacto. A diferencia del caso en el cual este derecho proviene de la ley, aquí no estamos frente a una situación que toma de sorpresa a los contratantes: la previeron expresamente y acordaron que la parte legitimada por el pacto podría ponerle fin al acuerdo.

En el fondo, en este tercer supuesto, las partes también han excluido la obligación de renegociar. Lo que ocurre es que, en el supuesto analizado en 2, lo han hecho manifestando su voluntad en tal sentido, mientras que en este la exclusión se infiere del silencio sobre el asunto unido al reconocimiento de la facultad extintiva. Por ende, también aquí es preciso justificar la aptitud de la autonomía privada para acordar algo así, cuestión que analizaré más adelante.¹¹

Esta es la regla general. Por excepción, si de las circunstancias del caso se infiriese que no estuvo en el espíritu del pacto habilitar la extinción directa, habrá obligación de renegociar antes de ejercer la facultad extintiva.

En suma: de haberse pactado el derecho de extinción protectoria del contrato, no hay obligación de renegociarlo al ejercer el derecho extintivo, salvo que así se lo haya convenido. La obligación está descartada tanto si el pacto la dispensa como si guarda silencio al respecto, caso en el cual se entiende que hay una dispensa implícita, salvo que por alguna razón haya que interpretar lo contrario. La dispensa es válida porque se refiere a un derecho de extinción previsto para una situación determinada, específica (a diferencia de la genérica, que carece de validez).¹²

3. ¿Quién está obligado a renegociar?

La obligación de renegociar solo pesa sobre el contratante legitimado para extinguir unilateralmente el contrato. En rigor, para que esté realmente obligado, deben concurrir dos factores:

11 Ver § 7.

12 Ver § 7.

- 1) que esté legitimado para extinguir el contrato, y
- 2) que quiera extinguirlo y avance en este sentido.

En cuanto a lo primero, la cuestión depende de lo que prescriba la norma o el pacto que consagra la facultad extintiva protectoria de la que se trate. Puede que reconozca la facultad a una de las partes o, menos frecuentemente, a ambas. Ejemplos:

- En la locación, el locatario tiene derecho a rescindir el contrato si, por una causa que no le es imputable y afecta a la cosa misma, se ve impedido de usarla o gozar de ella.¹³

- En el contrato de obra, el comitente tiene derecho a extinguir el contrato en los casos en que, por excepción, por tratarse de modificaciones necesarias para ejecutar la obra conforme a las reglas del arte y que no pudieron ser previstas al momento de la contratación, el contratista varíe el proyecto sin su autorización (esto es, la del comitente), siempre que la variación implique un aumento superior al 20% del precio pactado.¹⁴

- El comodante puede extinguir anticipadamente el contrato de duración determinada si necesita la cosa objeto del contrato en razón de una circunstancia imprevista y urgente.¹⁵ ¿Y el comodatario? También puede hacerlo, pero no en virtud de esta norma, sino porque siempre cuenta con este derecho, ya sea el contrato de duración determinada o indeterminada.

- En caso de excesiva onerosidad sobreviniente, solo la parte perjudicada tiene derecho a resolver el contrato.¹⁶ Es cierto que también puede adecuarlo y que, aunque el tema sea discutible, la otra parte podría solicitar, en este caso,

13 “Frustración del uso o goce de la cosa. Si por caso fortuito o fuerza mayor, el locatario se ve impedido de usar o gozar de la cosa, o ésta no puede servir para el objeto de la convención, puede pedir la rescisión del contrato, o la cesación del pago del precio por el tiempo que no pueda usar o gozar de la cosa. Si el caso fortuito no afecta a la cosa misma, sus obligaciones continúan como antes” (art. 1203, CCyC).

14 “Variaciones del proyecto convenido. Cualquiera sea el sistema de contratación, el contratista no puede variar el proyecto ya aceptado sin autorización escrita del comitente, excepto que las modificaciones sean necesarias para ejecutar la obra conforme a las reglas del arte y no hubiesen podido ser previstas al momento de la contratación; la necesidad de tales modificaciones debe ser comunicada inmediatamente al comitente con indicación de su costo estimado. Si las variaciones implican un aumento superior a la quinta parte del precio pactado, el comitente puede extinguirlo comunicando su decisión dentro del plazo de diez días de haber conocido la necesidad de la modificación y su costo estimado” (art. 1264, CCyC).

15 Así lo establece el art. 1539 del CCyC: “Restitución anticipada. El comodante puede exigir la restitución de la cosa antes del vencimiento del plazo: a. si la necesita en razón de una circunstancia imprevista y urgente [...]”.

16 Art. 1091, CCyC.

la resolución, pero solo la parte perjudicada tiene la iniciativa de resolver (o adecuar) el contrato.

También hay casos, aunque no tantos, en los que, ante un mismo evento, la facultad extintiva unilateral se les atribuye a ambas partes. Por ejemplo, en el régimen de arrendamientos rurales y aparcerías, en caso de erosión o agotamiento del suelo por caso fortuito o fuerza mayor.¹⁷

Pasemos al segundo requisito: es preciso que la parte legitimada para extinguir el contrato quiera extinguirlo y avance en este sentido. En su defecto, obviamente, no está obligada a renegociar. Por lo demás, en principio, es la única interesada en revisar de algún modo el contrato, habida cuenta de que el hecho sobrevenido la perjudica a ella, no a la otra parte. En cuanto a esta última, su interés en renegociar recién puede aparecer en escena ante el trance de que la primera quiera extinguir el contrato. Aquí cabe distinguir dos situaciones, entonces:

1) Cuando sobreviene el hecho negativo, la parte afectada, según el caso, podría contar con la facultad de extinguir el contrato o de adecuarlo. Esto depende de lo que la ley disponga al respecto (o, con menos frecuencia, el contrato). También es posible que, por esta misma causa, quiera renegociar el acuerdo, independientemente de que vaya a extinguirlo o adecuarlo. En función de lo que dispongan la ley o el contrato, puede que esta renegociación sea obligatoria o no. En cualquier caso, en este supuesto, la interesada en la eventual renegociación es la parte perjudicada por el hecho sobreveniente, que, a través de esta, buscaría reformular el contrato de modo de paliar en todo o en parte los efectos nocivos derivados de este hecho.

Esta no es la obligación de renegociar que estamos examinando.

2) Si la parte afectada decide extinguir el contrato, es la otra la que puede estar interesada en renegociarlo. En lo que a esta última respecta, la renegociación sería un medio para evitar o paliar de algún modo el impacto de una extinción contractual que la perjudica.

Esta es la obligación de renegociar objeto de este artículo.

4. ¿Cómo hay que renegociar?

4.1 Renegociación formal y sustancial

Por las razones ya expuestas, no basta el cumplimiento de una mera formalidad para dar por cumplida la obligación de renegociar. No alcanza, por ejemplo,

17 Art. 8.º, Ley 13246.

con manifestarse dispuesto a negociar y ni siquiera con hacerlo efectivamente. Es preciso, además, observar ciertos estándares sustanciales en el curso de la renegociación (Borda, 2024; Damia Patiño, 2024; Juárez de Ferrer y Calderón, 2024; Serebrinsky y Cabanellas de las Cuevas, 2023, p. 319).

Lógicamente, no es posible determinar de antemano las etapas de este proceso, ya que dependen, en buena medida, de las circunstancias del caso. De todos modos, sí cabe identificar algunos pasos que generalmente habrá que dar para cumplir cabalmente esta obligación en su aspecto formal, procedimental.

Por lo pronto, antes de extinguir el contrato, e incluso antes de realizar el acto extintivo, debe avisarse al otro contratante que se tiene esta intención, para darle así la oportunidad de renegociar; solo después, si la renegociación no es impulsada por el interesado o si, iniciada, fracasa, se puede concretar esa intención y extinguir el contrato (Nicolau, 2024; Santarelli, 2022, p. 142).

Este tiempo que se le otorga a la otra parte no debe confundirse con el tiempo del preaviso de la extinción liberatoria. Se diferencian en varios aspectos:

1) Cumplen funciones distintas

- El tiempo aquí examinado tiene por objeto darle a la otra parte la oportunidad de renegociar el contrato, generalmente para evitar su extinción.
- El preaviso tiene por objeto darle a la otra parte la oportunidad de organizarse ante la inevitable e inminente extinción del contrato.

2) Difieren en su relación temporal con la manifestación de la voluntad extintiva del contrato

- El tiempo para renegociar es anterior a esta manifestación de voluntad.
- El preaviso, en su forma típica, es coetáneo con esta manifestación. Por lo general, consiste, precisamente, en la realización del acto jurídico extintivo, solo que sometido a plazo suspensivo. Pero, incluso cuando el preaviso es un acto independiente, que precede al acto extintivo, implica la comunicación de que en el futuro cercano se va a extinguir el contrato.

3) Difieren en su extensión

Dadas sus respectivas finalidades, el tiempo de preaviso que debe otorgarse suele ser más extenso que el que debe concederse para la renegociación.

4) No suelen coincidir en su ámbito de aplicación

Me remito a lo ya dicho: la obligación de renegociar se aplica a la extinción protectoria; y la de preavisar, a la liberatoria.

El proceso comienza, entonces, cuando quien quiere extinguir el contrato le avisa a la contraparte su voluntad de hacerlo. Debe ser una puesta en conocimiento circunstanciada. Dado que se trata de una extinción unilateral protector-

ria, hay que informar cuál es su causa, lo que incluye la identificación del hecho sobreveniente y su impacto nocivo sobre quien pretende extinguir el contrato.

Aquí habrá que ver qué actitud adopta la otra parte. Está la posibilidad de que, por acción u omisión, dé por terminado el tema. De ser el caso, nada más cabe exigir a quien pretende extinguir el contrato, al menos en lo que hace a su obligación de renegociar. En particular, no está obligado a impulsar una renegociación si la otra parte no lo hizo (Juárez de Ferrer y Calderón, 2024). Más en general: no cabe exigirle que impulse la renegociación, solo que le brinde a su cocontratante la oportunidad de hacerlo.¹⁸ Naturalmente, si este lo hace, el interesado (es decir, quien quiere extinguir el contrato) debe sumarse de buena fe a la conversación. Volveré sobre el tema.

Por ende, si la otra parte no impulsa la renegociación, la interesada ya puede extinguir el contrato. ¿Cuánto tiempo debería esperar antes de hacerlo? Imposible tasarlo de antemano. Un tiempo razonable, en función de las circunstancias. ¿Razonable para qué? Para que la otra parte pueda intentar la renegociación del contrato.

La otra opción es que el cocontratante quiera intercambiar ideas, propuestas, etcétera. O sea, renegociar. Siendo así, la parte que quiere extinguir el contrato tendrá que participar razonablemente del diálogo (Juárez de Ferrer y Calderón, 2024). De lo contrario, incumplirá, desde lo formal, su obligación de renegociar.

Puede que el cocontratante coincida con el diagnóstico en cuanto a si la facultad extintiva es viable, o puede que no. De no llegarse a un acuerdo, el sedicente afectado por el hecho sobrevenido tendrá que decidir, a su riesgo, qué hacer. Si igual opta por extinguir el contrato, la legitimidad de la extinción dependerá de que se haya verificado el supuesto de hecho previsto en la norma que reconoce la facultad extintiva protectoria, cuestión que eventualmente tendrá que dilucidar la autoridad judicial, en caso de que alguna de las partes inste su intervención.

Detengámonos en la actitud que puede adoptar el contratante que no impulsó la ruptura del contrato. Hay tres posibilidades:

1) que acepte el encuadre de la contraparte (esto es, que coincida en que se ha presentado el supuesto de hecho que habilita a esta última para extinguir unilateralmente el contrato);

18 En contra (pareciera): Santarelli (2022): “[...] ‘la oportunidad razonable de renegociar’ implica una actitud del contratante de suministrar alternativas de continuidad [...] el deber de renegociar implica la obligación de hacer proposiciones razonables” (p. 142).

2) que guarde silencio, o

3) que rechace este encuadre (por ejemplo, porque considera que no ha ocurrido el hecho sobreveniente invocado por la otra parte, porque entiende que es imputable a esta última o porque no le asigna ninguna secuela nociva).

Como es obvio, en este tercer supuesto es libre de impugnar posteriormente la legitimidad de la eventual extinción del contrato realizada por la otra parte, suponiendo que esta persista en su decisión extintiva a pesar del cuestionamiento.

¿Qué sucede con los otros dos casos? En principio, habiéndosele dado la oportunidad de ser oída, si la parte notificada guardó silencio o, con mayor razón, si aceptó el encuadre realizado por la interesada en extinguir el contrato, ya no tiene derecho a cuestionar la legitimidad de la extinción. De todos modos, de haber alguna buena razón que la justifique, podrá volver sobre sus pasos y reclamar lo que le corresponda si queda en evidencia que la ruptura fue ilegítima. Supongamos, por ejemplo, que una parte invoca el art. 1091 del CCyC para resolver el contrato por excesiva onerosidad o, siendo locataria, alega el art. 1203 del CCyC para rescindirlo porque está impedida de usar la cosa locada y gozar de ella, y le aporta a la otra elementos para justificarlo, por lo que esta, confiando en estos elementos, no cuestiona el encuadre realizado por aquella. Si luego quedase en evidencia que los elementos aportados eran falsos o distorsivos, por supuesto que tendría derecho a cuestionar la legitimidad de la ruptura.

Haya o no acuerdo respecto del encuadre del caso, puede que se lleve adelante una renegociación del contrato, o no.¹⁹ La carga de una eventual propuesta de renegociación no pesa sobre la parte que pretende extinguirlo, sino sobre la otra (Juárez de Ferrer y Calderón, 2024). Veamos por qué.

Pueden presentarse dos escenarios, en función de si existe o no alguna alternativa razonable a la extinción del contrato:

1) Si no la hay, obviamente, nada se le puede reprochar a la parte que, ejerciendo su derecho extintivo, pone fin unilateralmente al contrato.

2) Si la hay, es la parte interesada en la subsistencia del contrato quien debe formular una propuesta para reencaminar la relación. Esto es, la parte que no

19 Tal vez te llame la atención que la parte que no quiere extinguir el contrato quiera avanzar con su renegociación a pesar de que considera que no están dadas las condiciones legales para que la otra parte lo extinga. Es cierto: podría abroquelarse en esa posición y, si la otra parte persistiese en su proyecto y extinguiese el contrato, demandarla por la ruptura injustificada. Sin embargo, no hay por qué descartar que, aun discrepando del encuadre de su contraparte, quiera salvar el contrato y, a este efecto, impulse su renegociación.

pretende extinguirlo. Lógicamente, la que invoca la facultad extintiva también puede hacerlo, pero no tiene la carga.

Un ejemplo sencillo basta para fundamentar lo expuesto:

- A le informa a B que, por x causa y en virtud de una norma que lo habilita para hacerlo, va a extinguir el contrato.

- B no hace ninguna contrapropuesta.

- A extingue unilateralmente el contrato.

Supongamos que había alguna alternativa razonable, entendiendo por tal una opción que habría protegido razonablemente a A frente a las consecuencias nocivas del hecho x sin tener que extinguir el contrato. Aun así, B no puede reprocharle a A que no se decantara por esa alternativa: ¿por qué no se la propuso ella (B)? Es cierto que la parte que quiere extinguir el contrato debe actuar de buena fe, pero reprocharle que no optó por una alternativa a la extinción que la otra parte ni siquiera llegó a proponerle cuando tuvo la oportunidad de hacerlo sería llevar las cosas demasiado lejos, elevar demasiado el estándar, por muy razonable que esa alternativa pudiera ser.

Sigamos avanzando y supongamos que la parte que no quiere extinguir el contrato formula una propuesta, ya sea apenas notificada o tras un intercambio con la contraparte. Si esta última la acepta, habrá un nuevo acuerdo (en sentido lato, que incluye tanto la celebración de un nuevo contrato como la modificación del anterior), pero ¿qué ocurre, en su defecto, si finalmente la otra parte extingue el contrato? Aquí es cuando cobra una importancia decisiva la cuestión de si la obligación de renegociar solo tiene un alcance formal o también es de orden sustancial:

1) Si la obligación fuera solo formal, está claro que el contratante que extinguió el contrato la habría cumplido: comunicó su voluntad de extinguir, instó —o al menos habilitó— la posibilidad de la renegociación y participó razonablemente de ella, no obstante lo cual no se llegó a un acuerdo.

2) Si la obligación también tuviera un alcance sustancial, habría que distinguir dos escenarios, en función de si la propuesta de la contraparte era o no razonable:

2.a) si lo era, la extinción habrá sido abusiva, contraria a la buena fe;

2.b) si no, la extinción habrá sido legítima, ya que el contratante, además de tener derecho a extinguir el contrato, lo ha ejercido regularmente, de buena fe.

Como hemos visto, esta obligación también tiene un contenido sustancial: no alcanza con la forma. Avanzaré, por ende, asumiendo este encuadre.

Tal vez la cuestión más importante, y la más compleja, sea la siguiente: ¿con

qué criterio se determina si la propuesta era o no razonable? La pauta principal será su aptitud para satisfacer razonablemente los intereses cuya afectación por el hecho sobrevenido llevó al legislador a reconocer el derecho de extinción.

Para mostrar su funcionamiento, tomaré tres casos hipotéticos como referencia (dos de ellos ya referidos):

- Caso 1: en el marco de una locación, el locatario, basándose en el art. 1203 del CCyC, pretende rescindirlo porque, en virtud de una causa que no le es imputable y afecta a la cosa locada, se ve impedido de usarla o gozar de ella.²⁰

- Caso 2: en el marco de un contrato de obra, el contratista introduce al proyecto variaciones necesarias para ejecutar la obra conforme a las reglas del arte, que no pudieron preverse cuando se celebró el contrato; como estas variaciones producen un aumento del 30% del precio pactado, el comitente, ejerciendo el derecho previsto en el art. 1264 del CCyC, pretende ponerle fin al contrato.²¹

- Caso 3: en el marco de un contrato de suministro, los costos del suministrante se disparan excesivamente por una causa extraordinaria, por lo que este quiere resolver el contrato ejerciendo la facultad prevista en el régimen de la imprevisión (art. 1091, CCyC).

Hasta aquí lo que tenemos son tres casos de extinción protectoria. Supongamos, para avanzar con el análisis, que el derecho se ha ejercido legítimamente (de lo contrario, estaríamos ante una extinción ilegítima, que, de ser cuestionada por la otra parte, no debería surtir efectos extintivos, independientemente de todo proceso de renegociación ulterior, que es lo que aquí nos interesa). Agrego, ahora, que, para evitar la extinción,

- en el caso 1, el locador ofrece remover gratuitamente y de modo inmediato el obstáculo que le impide al locatario usar la cosa locada o gozar de ella;

- en el caso 2, el contratista ofrece realizar el trabajo adicional aumentando solo en un 10% el precio de la obra;

20 “Frustración del uso o goce de la cosa. Si por caso fortuito o fuerza mayor, el locatario se ve impedido de usar o gozar de la cosa, o ésta no puede servir para el objeto de la convención, puede pedir la rescisión del contrato, o la cesación del pago del precio por el tiempo que no pueda usar o gozar de la cosa. Si el caso fortuito no afecta a la cosa misma, sus obligaciones continúan como antes”.

21 “Variaciones del proyecto convenido. Cualquiera sea el sistema de contratación, el contratista no puede variar el proyecto ya aceptado sin autorización escrita del comitente, excepto que las modificaciones sean necesarias para ejecutar la obra conforme a las reglas del arte y no hubiesen podido ser previstas al momento de la contratación; la necesidad de tales modificaciones debe ser comunicada inmediatamente al comitente con indicación de su costo estimado. Si las variaciones implican un aumento superior a la quinta parte del precio pactado, el comitente puede extinguirlo comunicando su decisión dentro del plazo de diez días de haber conocido la necesidad de la modificación y su costo estimado”.

- en el caso 3, el suministrado ofrece aumentar el precio, pasándolo de \$ 1000 a \$ 2000.

En los tres casos, más allá de sus diferencias, la parte no perjudicada por el evento sobreviniente, anoticiada de la voluntad extintiva de la otra y con la finalidad de evitar la extinción, realiza una acción o una propuesta que tiende a neutralizar el hecho o acto negativo que dio pie a que la primera pretendiese extinguir el contrato. El punto no pasa por resolver aquí, en abstracto, si esta parte tiene derecho a persistir en la extinción o si, por el contrario, debe volver sobre sus pasos, so pena de que se considere que no le dio a la otra parte “la oportunidad razonable de renegociar de buena fe [e] incurri[ó] en ejercicio abusivo de los derechos”, en infracción a lo prescripto en el art. 1011 del CCyC o a los principios generales de la buena fe y del abuso del derecho. No. Lo que quiero destacar es que, precisamente como la extinción es causada, en estos casos sí hay un punto de referencia (la causa prevista en la ley) a partir del cual se puede evaluar no solo la legitimidad de la extinción, sino también la regularidad de su ejercicio en función de lo ocurrido durante la renegociación posterior. No tiene mayor importancia si en cada uno de los casos referidos la eventual persistencia en la decisión extintiva inicial constituye o no un abuso. Lo que importa es que existe un parámetro (hasta cierto punto) objetivo a partir del cual un tercero (típicamente, un juez) está en condiciones de juzgar la actuación de las partes y definir si se cumplió cabalmente o no la obligación de renegociar.

En ciertos casos, incluso, habrá pautas bastante concretas de las que valerse. Por ejemplo:

- En el caso 2, todo indica que el comitente no tiene derecho a negarse a la contrapropuesta del contratista, habida cuenta de que la misma norma que le reconoce el derecho de extinción (contenida en el art. 1264, CCyC) lo supedita a que el aumento en el precio producido por la variación sea superior al 20% del precio originario (recordemos que, durante la renegociación, el contratista se ofreció a realizar el trabajo extra incrementando el precio solo en un 10%).

- En el caso 3, y suponiendo que la elevación del precio a \$ 2000 implique que el contrato ha dejado de resultarle excesivamente oneroso al suministrante, pareciera abusivo de su parte persistir en su intención resolutoria.

Por cierto, no siempre será posible recurrir a pautas normativas tan específicas como la del art. 1264, de modo que la cuestión quedará librada a la ponderación prudencial de las circunstancias, como ocurre en el caso 3. Pero, incluso en casos de este tipo (que serán los más), no dejará de haber una guía: la causa por la cual el legislador admitió el derecho a extinguir el contrato. En la

medida en que, no obstante la contrapropuesta de la contraparte, la causa siga gravitando y se mantenga su secuela negativa intolerable respecto de los intereses de quien quiere extinguir el contrato, este tendrá derecho a persistir en su voluntad extintiva; en su defecto, no. Por ejemplo, en lo que tiene que ver con el caso 1, el legislador supedita la legitimidad de la rescisión a que se verifique un obstáculo que le impida al locatario usar la cosa locada o gozar de ella. Por lo tanto, ante el ofrecimiento del locador de remover gratuitamente ese obstáculo sin exponer al locatario-rescindente a una molestia intolerable, todo indica que la negativa de este último a continuar el contrato sería contraria a la buena fe e implicaría un ejercicio abusivo de su derecho de extinción.

No siempre será claro el encuadre, pero, al menos, por tratarse de un caso de extinción protectoria, no dejará de haber un punto de referencia para evaluar la legitimidad y regularidad del accionar de las partes. Sin duda, pueden presentarse casos dudosos, en los que no esté tan claro si la contrapropuesta rechazada era apta para preservar los intereses afectados por la causa que se invocó para justificar la ruptura. En casos así, debe considerarse que la obligación de renegociar fue cumplida.²²

4.2 Naturaleza de la obligación de renegociar

La obligación es de medios,²³ es decir, se cumple renegociando o intentando renegociar diligentemente el acuerdo, por más que no se llegue a buen puerto.

Como es lógico, hay que tener en cuenta lo señalado en el parágrafo anterior. Por ende, si el contratante extingue el contrato a pesar de que en el curso de la renegociación ha recibido una propuesta razonable de la otra parte, incumple su obligación de renegociar de buena fe y en forma no abusiva.

5. Prueba del incumplimiento de la obligación de renegociar

Pesa sobre quien lo alega.²⁴ Como, en principio, el obligado es el contratante que extingue o quiere extinguir el contrato, es el otro quien debe probar su incumplimiento. Y como la obligación es de medios, no de resultado, no le bastará con probar el fracaso de la negociación. Naturalmente, si el obligado alega

22 “Un test para verificar su cumplimiento está dado por la provisión de razones al menos aparentemente razonables al acreedor de la obligación de renegociar” (Juárez de Ferrer y Calderón, 2024, s.p.).

23 Ídem.

24 Ídem.

algún hecho en su defensa (por ejemplo, que fue la otra parte quien puso fin a la negociación), tiene la carga de probarlo. Así resulta de las reglas generales.

En cuanto a lo que debe probarse, dependerá del tipo de incumplimiento de la obligación de renegociar de la que se trate:

1) Incumplimiento formal

Hay que probar el acto o la omisión respectivos. En este último caso, siendo un hecho negativo, puede que se altere la regla probatoria señalada y sea el contratante que extinguió el contrato quien deba acreditar que no incurrió en la omisión que se le imputa. Por ejemplo, si se le achaca no haber respondido a los intentos de renegociación que recibiera, tendrá que probar que participó o intentó participar de algún modo en la conversación propuesta.

2) Incumplimiento sustancial

Para valorar la razonabilidad de la negativa, habrá que invocar y probar cuáles fueron las razones en las que se fundó. Su prueba corre por cuenta de quien las invoque.

En cuanto a la valoración de estos elementos, se ha entendido que, para tener por probado el incumplimiento de la obligación de renegociar, la irrazonabilidad de la negativa a acordar por parte de quien extinguió el contrato deberá ser evidente.²⁵ Aquí nos adentramos en cuestiones de fondo, que ya he analizado en párrafos precedentes, a los que remito.

En lo que hace al factor temporal, en principio, las razones justificantes de la negativa a acordar deben haber sido invocadas y comunicadas a la contraparte antes de la ruptura del contrato. De todos modos, no cabe descartar de plano su aporte posterior. Por ejemplo, en el marco de un juicio en el cual se analiza la regularidad de la ruptura del contrato, en lo que hace a la obligación de renegociar. De ser razones válidas, quien extinguió el contrato no habrá incurrido en un incumplimiento de su obligación.²⁶ Sin perjuicio de esto, si no las comunicó oportunamente a la contraparte, puede que tenga que cargar con las costas, en función de la incidencia que su omisión haya tenido.²⁷

6. Sanción por el incumplimiento de la obligación de renegociar

¿Qué ocurre si se extingue unilateralmente el contrato sin haber cumplido la obligación de renegociar?

25 Ídem (“una irrazonabilidad que surja de la propia conducta sin necesidad de otra prueba”).

26 Ídem.

27 Ídem.

En general, la doctrina descarta la posibilidad de forzar un acuerdo que haga continuar el contrato: se entiende que esta obligación de renegociar no admite su ejecución forzada.²⁸ Se trata de una extinción unilateral habilitada por la ley y, por ende, eficaz (se argumenta); el contrato se ha extinguido.

En la misma línea, se considera que tampoco sería posible obtener el cumplimiento de la obligación por un tercero, así sea un juez.²⁹ Solo el contratante está en condiciones de determinar si la contrapropuesta satisface su interés y decidir, en consecuencia, si celebra o no un nuevo acuerdo.³⁰

Por ende, se concluye que el tema debe resolverse por la vía de la responsabilidad civil.³¹

¿Es así? En su momento adherí a esta tesis, pero ya no. Explico el porqué.

Tengo la impresión de que quienes adoptan esta postura están pensando, consciente o inconscientemente, en una extinción incausada, liberatoria. Esto es, al menos, lo que me ocurría a mí, a pesar de sostener (y seguir sosteniendo) que la obligación de renegociar no se aplica a este tipo de extinción unilateral. Si fuese el caso (esto es, si esta obligación alcanzase a este tipo de extinción unilateral y fuese incumplida), estaría de acuerdo con todo lo dicho: hay que descartar la ejecución forzada y el cumplimiento por un tercero, y el tema debe resolverse por la vía de la responsabilidad civil.

Pero no es el caso. La obligación de renegociar no se aplica a la extinción incausada. Luego, no tiene sentido plantearse qué consecuencias tendría su incumplimiento en este caso, por la sencilla razón de que no se puede incumplir una obligación que no existe. A todo evento, y para el supuesto de que (erróneamente) se considere que en la extinción incausada también hay que renegociar, ya queda sentada mi postura en cuanto a las consecuencias del incumplimiento: solo da lugar a la responsabilidad civil del incumplidor.

Vayamos, entonces, al caso respecto del cual sí tiene sentido analizar el tema: cuando se incumple la obligación de renegociar en el marco de una extinción protectoria. Aquí, hay que distinguir dos supuestos:

1) Extinción ilegítima

Este supuesto se plantea cuando se extingue unilateralmente el contrato sin tener derecho a hacerlo.

Al ser la extinción causada, solo es legítima si se verifica la causa que habilita

28 Ídem.

29 Ídem.

30 Ídem.

31 Ídem.; Nicolau (2024).

su ejercicio. Más en general, si concurren todos los requisitos previstos en la ley. Por ejemplo, si un locatario no está impedido de usar la cosa locada y gozar de ella, o si, estándolo, lo está por una causa que le es imputable, no tiene derecho ejercer la facultad rescisoria reconocida en el art. 1203 del CCyC. Si, a pesar de esto, la ejerce, la rescisión será ineficaz. Por ende, el locador tendrá a su disposición todos los medios de tutela del crédito previstos en nuestro ordenamiento jurídico. Podría optar por un resarcimiento ante la ruptura ilegítima, por supuesto, pero también por el cumplimiento del contrato. Es su elección.

En este supuesto, entonces, la cuestión no remata necesariamente en la responsabilidad civil.

Sin embargo, este no es un caso de incumplimiento de la obligación de renegociar. Más precisamente: el encuadre que acabo de referir es independiente de si el locatario ha cumplido o no su obligación de renegociar. Aun cuando lo haya hecho, tiene un problema más elemental: no tiene derecho a rescindir; su rescisión es ilegítima. Es más: habida cuenta de que la obligación de renegociar solo alcanza a quien tiene derecho a extinguir el contrato, en este caso, estrictamente, no podría ser incumplida. Lo reitero: no se puede incumplir una obligación que no existe.

Lógicamente, nada de esto cambia por el hecho de que la ilegitimidad de la extinción quede en evidencia en el marco de una renegociación. Por ejemplo:

- En el marco de una locación, el locatario le comunica al locador su intención de rescindir en virtud del art. 1203.

- El locador le responde que no tiene derecho a hacerlo, ya sea porque el locatario está en condiciones de usar la cosa y gozar de ella o porque, no estándolo, esto ha ocurrido por su culpa.

- No se ponen de acuerdo.

- A pesar de todo, el locatario rescinde el contrato.

Lo dicho: el locador podrá optar por cualquiera de estas dos opciones (tendría algunas más, pero las obvio para simplificar):

- cumplimiento del contrato (más, en su caso, el resarcimiento de los daños), o

- resarcimiento por la ruptura ilegítima del contrato.

Si bien aquí el tema no desemboca fatalmente en la responsabilidad civil, esto no es porque se haya incumplido una obligación de renegociar que no existe, sino por algo más básico: la extinción del contrato es ilegítima porque no concurren las condiciones previstas en la ley para su ejercicio.

2) Extinción legítima

Aquí el tema es un poco más complejo. Concurrir las condiciones legales

para extinguir unilateralmente el contrato (en particular, se verifica la causa a la cual se supedita el derecho extintivo), pero el legitimado, para hacerlo, incumple su obligación de renegociar. Planteo una variante del caso precedente, de modo que encaje en esta categoría:

- En el marco de una locación, el locatario le comunica al locador su intención de rescindir en virtud del art. 1203.

- Está realmente impedido de usar la cosa y gozar de ella, y esto no le es imputable.

- El locador le responde reconociéndole que se verifica la causa prevista en la ley, pero le ofrece realizar unos arreglos que, en forma inmediata y sin perturbar al locatario, le permitirán usar la cosa y gozar de ella como lo venía haciendo hasta entonces.

- El locatario rechaza el ofrecimiento y rescinde el contrato.

Todo indica que, si bien el locatario ha cumplido formalmente su obligación de renegociar, no la ha cumplido en su dimensión sustancial, dado que rechazó una propuesta razonable del locador.

¿Qué sanción cabe ante este incumplimiento? No veo por qué habría que reducir las opciones del contratante afectado solo a la alternativa resarcitoria. Nuestro ordenamiento jurídico pone a disposición del contratante una batería de medios de tutela, entre los cuales se destacan tres derechos:

- al cumplimiento,
- a la resolución por incumplimiento, y
- al resarcimiento.

No hay ninguna norma que disponga que, en el caso examinado, la única opción es la resarcitoria. Tampoco es algo que se desprenda de la naturaleza de las cosas. Luego, el contratante afectado tiene derecho a valerse de cualquiera de estos medios de tutela, incluido el derecho al cumplimiento del contrato. Por supuesto, juegan las limitaciones generales aplicables a este medio de tutela (por ejemplo, no sería viable si, para hacerlo valer, fuera necesario ejercer violencia sobre el deudor). Pero estos son límites generales, aplicables a todo caso en el que concurran, ya se trate del incumplimiento de la obligación de renegociar o de cualquier otra.

Por lo expuesto, entiendo que, ante el incumplimiento de esta obligación y la ulterior extinción unilateral del contrato, el contratante que no lo extinguió puede valerse de cualquiera de los medios generales de tutela del crédito y del contrato que nuestro sistema jurídico pone a su disposición, incluido el derecho a que se cumpla lo acordado.

Suponiendo que, no obstante, opte por la responsabilidad civil, tiene derecho a que se le resarza todo el daño que haya sufrido porque el contrato no se cumplió como habría debido cumplirse tras su adecuación razonable (y no, en cambio, al daño que sufrió porque el contrato no se cumplió tal como había sido originariamente acordado).

Para concretar la idea, tomaré como referencia dos casos ya referidos y, asumiendo que el contratante afectado opta por la vía resarcitoria, los resolveré de acuerdo con este criterio.

Caso 1

- En el marco de un contrato de obra, el contratista le introduce al proyecto variaciones necesarias para ejecutar la obra conforme a las reglas del arte, que no pudieron preverse cuando se celebró el contrato. Como estas variaciones producen un aumento del 30% del precio pactado, el comitente, ejerciendo el derecho previsto en el art. 1264 del CCyC, pretende ponerle fin al contrato.

- Informa su propósito al contratista, ante lo cual este le ofrece realizar el trabajo adicional aumentando solo en un 10% el precio de la obra. Se trata (supongamos) de una propuesta razonable.

- No obstante, el comitente extingue el contrato, por lo que incumple, en el plano sustancial, su obligación de renegociar.

El contratista tiene derecho a ser indemnizado. No obstante, no hay que dejarlo en la situación patrimonial en la que se habría encontrado si se hubiese cumplido el contrato original (que es el único que existió, por cierto). En otros términos (y concentrándome en el lucro cesante), no tiene derecho a que se le resarza lo que habría ganado si ese contrato se hubiese cumplido. De lo que se trata es de dejarlo en la situación patrimonial en la que se habría encontrado si el comitente hubiese cumplido su obligación de renegociar de buena fe. Es decir, tiene derecho a que se le resarza lo que habría ganado si el contrato *resultante de su contrapropuesta* se hubiese cumplido.³²

Caso 2

- En el marco de un contrato de suministro, los costos del suministrante se disparan excesivamente por una causa extraordinaria, por lo que este quiere resolver el contrato ejerciendo la facultad extintiva prevista en el régimen de la imprevisión (art. 1091, CCyC).

32 Eventualmente, y en función de las probabilidades, habría que resarcir la pérdida de chance, no el lucro cesante. Aun así, se aplica lo dicho, con las adaptaciones que correspondan.

- Informado de esto, el suministrado ofrece aumentar el precio, pasándolo de \$ 1000 a \$ 2000. Supongamos que se trata de una propuesta razonable, ya que, de ser aceptada, haría que el contrato dejase de ser excesivamente oneroso para el suministrante.

- No obstante, el suministrante resuelve el contrato, por lo que incumple, en el plano sustancial, su obligación de renegociar.

El suministrado tiene derecho a ser resarcido. Se le aplican las reglas referidas respecto del caso 1, con las adaptaciones correspondientes.

7. Dispensa de la obligación de renegociar. El régimen que la impone ¿es imperativo o supletorio?

¿Qué carácter tienen las normas de las que resulta la obligación de renegociar antes de extinguir unilateralmente el contrato? Me refiero al art. 1011 del CCyC, en particular, y, en general, a la norma resultante de aplicar los principios de la buena fe y el abuso del derecho al caso que nos convoca.

Hay división en la doctrina (que, en su totalidad, analiza la cuestión solo respecto del art. 1011): para algunos, se trata de normas imperativas (Serebrinsky, 2024; Serebrinsky y Cabanellas de las Cuevas, 2023); para otros, son disponibles.

Primeramente, conviene precisar el caso analizado: se presenta cuando una de las partes quiere extinguir un contrato ejerciendo un derecho extintivo *protectorio* que le reconoce una norma legal o, menos frecuentemente, una cláusula del contrato. Se trata, por ende, de una extinción con causa.

La aclaración es importante porque, entre quienes sostienen que la norma es disponible, la mayoría, si es que no todos, tienen en la mira la rescisión o extinción incausada del contrato, más específicamente, la rescisión o extinción liberatoria de un contrato de duración indeterminada. Desde la posición que he asumido (esto es, que la obligación de renegociar no alcanza a este tipo de extinción), en principio, no tendría sentido pactar que una parte (la que quiere extinguir el contrato) no estará obligada a hacer algo (renegociar) que la propia ley, interpretada como corresponde, no le impone: se la estaría liberando de una obligación que no pesa sobre ella. De todos modos, entiendo perfectamente que, con una mirada más pragmática, se quiera introducir esta cláusula por si acaso.

Sin perjuicio de lo dicho, supongamos que la regla que impone la renegociación también fuese aplicable a la extinción incausada; de ser así, ¿sería válido el pacto analizado? Entiendo que sí, ya que no implicaría legitimar un

comportamiento contrario a la buena fe y al ejercicio regular de los derechos: no tiene nada de desleal o abusivo extinguir sin causa un contrato de duración indeterminada dando un preaviso adecuado y una vez que ha transcurrido su duración mínima. Y, ya sin este fundamento, no se podría seguir sosteniendo que la regla es imperativa, al menos en este caso.

Vayamos, ahora sí, al ámbito que realmente le corresponde a la obligación de renegociar: la extinción unilateral protectoria. ¿Es válida la cláusula que exime de la obligación en este caso? Me refiero a la cláusula pactada de antemano, antes de que ocurra el hecho sobreveniente que trastoca la relación contractual: está claro que, si este hecho ya ha ocurrido y la parte legitimada quiere extinguir o ha extinguido el contrato, no tiene nada de objetable que la otra la libere de su obligación de renegociar la salida.

Aclarado el punto, ¿qué valor tiene esta dispensa anticipada? Hay que distinguir dos situaciones:

1) Cláusula genérica que exime de la obligación de renegociar

No es válida. Ha ocurrido algo imprevisto que perjudica a uno de los contratantes. Por esta razón, hay una norma que, para protegerlo, lo habilita para extinguir el contrato. Sin embargo, esto también es imprevisto para el otro contratante. Lo es el hecho sobrevenido, sí, pero también la eventual extinción del contrato que es su consecuencia. Luego, hace a la buena fe que, antes de extinguirlo, la parte legitimada le brinde a la otra la oportunidad de renegociarlo. Para ambas, la situación resulta inesperada, solo que les impacta de manera distinta:

- a una la perjudica el hecho sobreveniente y por eso se le reconoce el derecho extintivo;

- a la otra la perjudica la eventual extinción del contrato y por eso se le reconoce el derecho a la renegociación.

2) Cláusula específica que exime de la obligación de renegociar

En este caso, se ha pactado que, si se presenta determinada situación (que se identifica), una parte tendrá derecho a extinguir unilateralmente el contrato sin tener que renegociar. Es irrelevante si la facultad extintiva surge de la ley y las partes se limitan a reglamentarla o si surge del propio pacto: lo que cuenta es que hay una cláusula que prevé que, si una parte decide extinguir el contrato si se presenta cierta situación, no será preciso que previamente renegocie la salida.

Habiendo un pacto así, el hecho sobreviniente ya no sería imprevisto. Por ende, la dispensa de la obligación de renegociar no implica validar de antemano un comportamiento abusivo y contrario a la buena fe.

Planteo un ejemplo:

- Se celebra una locación.
- El locatario desarrollará una actividad comercial.
- Se pacta que, si el Gobierno llegara a prohibir el desarrollo de esa actividad por una circunstancia no imputable al locatario, este tendrá derecho a rescindir unilateralmente el contrato. En definitiva, sería una aplicación puntual de lo previsto en términos más generales en el art. 1203 del CCyC, y las partes se limitan a precisarlo y a reglamentar el ejercicio del derecho extintivo.

- Se acuerda, además, que el locatario no tendrá obligación de renegociar con el locador antes de ejercer su facultad rescisoria.

No veo por qué en este caso la rescisión directa habría de ser abusiva o contraria a la buena fe. Luego, tampoco resulta cuestionable el pacto que la habilita. De hecho, esto ocurrió durante la pandemia, con el aislamiento y la suspensión de actividades que, con carácter intermitente, se desarrollaron durante una larga temporada. ¿Por qué no habría podido pactarse algo así? Es más: se podría prever que el acaecimiento de ese hecho futuro e incierto no solo habilite para extinguir el contrato, sino que, lisa y llanamente, lo extinga. Sería una condición resolutoria. Y nadie diría que obraría de mala fe el contratante que invoca el acaecimiento del hecho para dar por terminado el contrato sin antes haber intentado renegociar el asunto.

¿Significa esto que las normas que consagran la buena fe y la prohibición del abuso del derecho, bien sea en su formulación general o en su aplicación específica contenida en el art. 1011 del CCyC, son disponibles? En lo más mínimo: en el supuesto ahora examinado no se están violando estas normas. En este supuesto, el pacto de dispensa es contradictorio con la obligación de renegociar (exime de cumplirla), no con la de comportarse de buena fe y ejercer regularmente los derechos, dado que falta el componente de la imprevisibilidad (que es el que justifica que en el escenario 1 la dispensa sea inválida). Por ende, no estamos ante un desplazamiento de las normas que mandan renegociar de buena fe y sin abuso, porque nos movemos fuera de su ámbito de aplicación.

Lo dicho presupone un pacto válido. Por las razones expuestas, no deja de serlo el que excluye la obligación de renegociar, lo que no quita que, en función de las circunstancias del caso, su invalidez pueda derivarse de las reglas generales de los contratos o de la clase de contrato a la que el extinguido pertenezca (por ejemplo, contratos celebrados por adhesión).

Estos son, en términos generales, los criterios aplicables. Por supuesto, para aplicarlos habrá que determinar en cada caso, ponderando sus circunstancias, si lo pactado encuadra en la situación 1 o en la 2.

En suma, en lo que hace a la validez de la dispensa de la obligación de renegociar, hay que distinguir varios supuestos:

I) Dispensa anticipada

I.1) Dispensa anticipada ante la extinción protectoria del contrato

I.1.a) Dispensa genérica

En principio, no es válida. Atenta contra la buena fe y la prohibición del abuso del derecho.

I.1.b) Dispensa específica

En principio, es válida. No se contradice con la buena fe y la prohibición del abuso del derecho.

I.2) Dispensa anticipada ante la extinción incausada del contrato (en especial, la liberatoria)

La dispensa no es necesaria, dado que no hay obligación de renegociar. Sin perjuicio de esto, es válida, ya que no atenta contra la buena fe y la prohibición del abuso del derecho.

II) Dispensa *a posteriori*

Es válida.

8. Interacción de la obligación de renegociar con otros institutos protectores: la duración mínima y el preaviso

8.1 Introducción

En lo que sigue, analizaré cómo interactúa la obligación de renegociar la extinción unilateral del contrato con otros dos institutos: la duración mínima y el preaviso. Las tres figuras responden a una misma inspiración: proteger a un contratante frente a la extinción unilateral que realiza el otro. De todos modos, lo hacen de maneras y ante situaciones muy distintas.

8.2 Obligación de no extinguir prematuramente el contrato (duración mínima)

Es ilícito extinguir unilateralmente y sin causa un contrato de duración indeterminada antes de que el otro contratante haya tenido la posibilidad de amortizar su inversión o, más ampliamente, de satisfacer los intereses que lo llevaron a contratar. Por ende, todo contrato de este tipo tiene una duración mínima

implícita. ¿Cómo se relaciona e interactúa este instituto con la obligación de renegociar? Ya está dicho que responden a una inspiración común: proteger al contratante que no extingue el contrato. Pero difieren tanto en sus fundamentos como en el mecanismo protectorio que aplican:

1) Duración mínima

- Fundamento: proteger a un contratante ante la extinción prematura del contrato, en el sentido apuntado.

- Mecanismo de protección: la extinción realizada *ante tempus* se considera ilícita.

2) Obligación de renegociar

- Fundamento: proteger a un contratante ante la ruptura unilateral que realiza su contraparte en ejercicio de un derecho de extinción protectoria.

- Mecanismo: se impone al contratante que decide extinguir el contrato la obligación de renegociar de buena fe.

Cada una de estas situaciones da lugar al mecanismo de protección que le corresponde. En particular, destaco que la obligación de renegociar no tiene ninguna relación con la duración mínima:

- Si uno de los contratantes quiere extinguir *ante tempus* el contrato, la extinción será ilícita. Esto no se arregla cumpliendo la eventual obligación de renegociar la salida. Obligación que, por cierto, no existe en este caso, ya que solo funciona cuando se quiere extinguir el contrato lícitamente. Por supuesto, no está prohibido renegociar, pero no hay *obligación* de hacerlo. Naturalmente, si las partes renegocian y llegan a un acuerdo, el tema queda resuelto. Pero, incluso suponiendo que este acuerdo incluya la extinción anticipada del contrato, no se tratará de una ruptura unilateral cuya licitud se ha salvado cumpliendo una obligación de renegociar que no existe, sino de una rescisión bilateral o, a lo sumo, de una extinción unilateral consentida por la contraparte.

- Si ya ha transcurrido la duración mínima, la extinción unilateral será, en este aspecto, lícita, independientemente de lo que concierna a la obligación de renegociar y su cumplimiento. Obligación respecto de la cual vale lo ya dicho: no existe en este caso.

En principio, estos dos institutos no deberían confluir en un mismo caso, precisamente porque difieren en sus respectivos ámbitos de aplicación:

- La duración mínima se aplica a la extinción unilateral incausada liberatoria, no a la causada protectoria. Esto es, al menos, lo que resulta de las numerosas normas que regulan estos dos tipos de extinción unilateral del contrato.

- A la inversa, la obligación de renegociar se aplica a la extinción unilateral causada protectoria, no a la incausada liberatoria.

Si en algún caso confluyesen ambos institutos (no tengo noticia de que haya alguno), quien extingue el contrato debería respetar los dos límites a su derecho extintivo:

- la duración mínima, y
- la obligación de renegociar.

Obviamente, la observancia de uno no dispensaría la del otro. Y, de no respetarse estas reglas, la extinción sería ilícita, bien sea por la violación de cualquiera de las dos o de ambas, con las consecuencias jurídicas respectivas.

8.3 Preaviso

Hay obligación de preavisar la extinción unilateral incausada liberatoria de un contrato de duración indeterminada. El contratante que extingue el contrato debe darle al otro un tiempo suficiente para que pueda reorganizarse ante el fin de la relación contractual. De no hacerlo, la extinción será ilícita, por lo cual, en principio, el incumplidor deberá indemnizar a su contraparte.

¿Cómo se relaciona e interactúa este instituto con la obligación de renegociar? Ya está dicho que responden a una inspiración común: proteger al contratante que no extingue el contrato. Pero difieren tanto en sus fundamentos como en el mecanismo protectorio en el que consisten:

1) Preaviso

- Fundamento: proteger a un contratante ante la ruptura precipitada del contrato, que no le da tiempo para acomodarse al cambio.
- Mecanismo de protección: se debe preavisar la ruptura con una antelación razonable.

2) Obligación de renegociar

- Fundamento: proteger a un contratante ante la ruptura unilateral que realiza su contraparte en ejercicio de un derecho de extinción protectoria.
- Mecanismo: se le impone al contratante que decide extinguir el contrato la obligación de renegociar de buena fe la salida.

Cada una de estas situaciones da lugar al mecanismo de protección que le corresponde. En particular, destaco que la obligación de renegociar no tiene ninguna relación con el preaviso:

- Si uno de los contratantes extingue el contrato sin preavisar, la extinción será ilícita. Esto no se arregla cumpliendo la eventual obligación de renegociar la salida. Obligación, que, por cierto, no existe en este caso: solo se aplica a la extinción unilateral protectoria, no a la liberatoria (única en la cual existe el

deber de preavisar, en principio). Por supuesto, no está prohibido renegociar, pero no hay *obligación* de hacerlo. Naturalmente, si las partes renegocian y llegan a un acuerdo, el tema queda resuelto. Pero no se tratará de una ruptura unilateral cuya licitud se ha salvado cumpliendo una obligación de renegociar que no existe.

- Si al extinguir el contrato se dio un preaviso suficiente, la extinción será, en este aspecto, lícita, independientemente de lo que concierna a la obligación de renegociar y su cumplimiento. Obligación respecto de la cual vale lo ya dicho: no existe en este caso.

En principio, estos dos institutos no deberían confluir en un mismo caso, precisamente porque difieren en sus respectivos ámbitos de aplicación:

- La obligación de preavisar se aplica a la extinción unilateral incausada liberatoria. Si la extinción fuera causada protectoria, no habría que preavisar (aunque sí obligación de renegociar, lo que implica darle al otro contratante algo de tiempo para adaptarse al cambio, aunque el instituto no responda a esta finalidad). Al menos, esto es lo que resulta de las numerosas normas que regulan el preaviso.

- La obligación de renegociar se aplica a la extinción causada protectoria.

Si en algún caso confluyesen ambos institutos (no tengo noticia de que haya alguno), quien extingue el contrato debería respetar los dos límites a su derecho extintivo, por lo que esta sería la secuencia apropiada:

- Un contratante decide extinguir unilateralmente el contrato.
- Se lo hace saber al otro para que este, en su caso, impulse una renegociación.
- No se llega a un acuerdo.
- El contratante interesado extingue el contrato, dando el preaviso que corresponda.
- Transcurre el tiempo del preaviso.
- El contrato se extingue.

Cierro con un planteo y una remisión. Para un sector de la doctrina, si una norma exige que se preavise la extinción, esto implica que no hay obligación de renegociarla. Serían incompatibles, se argumenta. No estoy de acuerdo por las razones que he expuesto en otro parágrafo.³³ De todos modos, insisto en que sería improbable que estos dos institutos confluyesen en un mismo caso, dadas sus características, finalidades y ámbitos de aplicación respectivos, que son tan distintos. No conozco ninguno.

33 Ver § 2.2.5.

9. En síntesis

9.1 ¿En qué casos hay obligación de renegociar?³⁴

Por lo pronto, solo cuando hay derecho a extinguir el contrato. De no haberlo, la extinción sería ilícita, pero no por no haber renegociado, sino por algo más elemental: no hay derecho extintivo.

Partiendo de esta base, delimitaré los casos en que existe obligación de renegociar, tomando como referencia estos tres parámetros:

1) Modo extintivo³⁵

Hay obligación de renegociar en todo caso en el cual un contratante pretende extinguir unilateralmente el contrato en virtud de un derecho de extinción protectoria, salvo que una norma especial disponga lo contrario. No tiene importancia el término que el legislador utilice en cada caso para identificar el modo extintivo (“rescisión”, “resolución”, etcétera).

2) Tipo de contrato³⁶

La obligación de renegociar alcanza a la extinción de todo contrato respecto del cual el legislador admita una facultad extintiva protectoria, ya sea de ejecución diferida o de duración, ya sea esta última larga o corta. En este aspecto, es indiferente si se trata de un contrato paritario, de adhesión o de consumo.

3) Origen de la facultad extintiva³⁷

La obligación de renegociar se aplica, sin duda, cuando la facultad extintiva nace de la ley.

En cuanto a la nacida de un acuerdo, debe distinguirse en función de si el derecho extintivo es causado o incausado; más precisamente, de si es un derecho de extinción protectoria o de otro tipo:

- En el segundo caso, la ley no impone ninguna obligación de renegociar, sin que importe de dónde nace la facultad de extinguir el contrato. Por excepción, la habría si así estuviese previsto en el pacto en el que se funda el derecho extintivo.

- En el primer caso, en el que se ha pactado un derecho de extinción protectoria del contrato, no hay obligación de renegociarlo al ejercer el derecho extintivo, salvo que así se lo haya convenido. Esto vale tanto si el pacto incluye una dispensa de esta obligación como si nada dispone al respecto, caso en el cual cabe entender que hay una dispensa implícita, salvo que por alguna razón haya que interpretar lo contrario.

34 Ver § 2.

35 Ver § 2.2.

36 Ver § 2.3.

37 Ver § 2.4.

9.2 ¿Quién está obligado a renegociar?³⁸

Esta obligación pesa sobre el contratante que, estando legitimado para extinguir unilateralmente el contrato, quiere hacerlo y decide avanzar en este sentido.

9.3 ¿Cómo hay que renegociar?³⁹

No basta el cumplimiento de una mera formalidad para dar por satisfecha la obligación de renegociar. Es preciso, además, que esta negociación se realice observando ciertos estándares sustanciales.

9.4 ¿Qué naturaleza tiene la obligación de renegociar?⁴⁰

Es una obligación de medios: se cumple renegociando o intentando renegociar diligentemente el acuerdo, por más que no se llegue a buen puerto.

9.5 ¿Qué sanción se aplica en caso de incumplimiento de la obligación de renegociar?⁴¹

Si uno de los contratantes extingue unilateralmente el contrato sin haber cumplido esta obligación, el otro puede valerse de cualquiera de los medios de tutela del crédito y del contrato, incluido el derecho a su cumplimiento. Si opta por la responsabilidad civil, tiene derecho a que se le resarza todo el daño que haya sufrido porque el contrato no se cumplió como habría debido cumplirse tras su adecuación como resultado de la aceptación de una propuesta razonable (y no, en cambio, al daño que sufrió porque el contrato no se cumplió tal como había sido originariamente acordado).

9.6 ¿Es válido el pacto que dispensa el cumplimiento de la obligación de renegociar?⁴²

Hay que distinguir varios supuestos:

38 Ver § 3.

39 Ver § 4.

40 Ver § 4.2.

41 Ver § 6.

42 Ver § 7.

I) Dispensa anticipada

I.1) Dispensa anticipada ante la extinción protectoria del contrato

I.1.a) Dispensa genérica

En principio, no es válida.

I.1.b) Dispensa específica

En principio, es válida.

I.2) Dispensa anticipada ante la extinción incausada del contrato (en especial, la liberatoria)

La dispensa es válida, aunque no es necesaria, dado que no hay obligación de renegociar.

II) Dispensa *a posteriori*

Es válida.

Bibliografía

- Aparicio, J. M. (1997). *Contratos. Tomo 1. Parte general*. Hammurabi.
- Aparicio, J. M. y Cafferata, J. M. (2024). *Los contratos de larga duración en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Ponencia presentada en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Pilar, Buenos Aires.
- Bianca, C. (2000). *Massimo, Diritto civile. III. Il contratto* (2ª ed.). Giuffrè.
- Borda, A. (2024). *La facultad rescisoria en los contratos de larga duración*. Ponencia presentada en la comisión N° 5 en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Pilar, Buenos Aires.
- Cabanelas de las Cuevas, G. y Serebrinsky, D. H. (2019). *Derecho de la distribución comercial*. La Ley.
- Calderón, M. R. (2018). En Sánchez Herrero, A. y Sánchez Herrero, P. (Eds.), *Tratado de derecho civil y comercial. Tomo V. Contratos. Parte especial* (2ª ed.). La Ley.
- Calderón, M. R. (2022). *Contratos. Parte especial*. Thomson Reuters-La Ley.
- Caramelo, G. (2015a). En Herrera, M., Picasso, S. y Caramelo, G. (Eds.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. La Ley. AR/DOC/2125/2015.
- Caramelo, G. (2015b). En Stiglitz, R. S. (Ed.), *Contratos civiles y comerciales. Parte general* (3ª ed.). La Ley.
- Cianciardo, J. (2009). *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad* (2ª ed.). Ábaco.
- Damia Patiño, G. (2024). *Alcance del deber de renegociar en los contratos de larga duración*. Ponencia presentada en la comisión N° 5 en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Pilar, Buenos Aires.
- Di Chiazza, I. G. (2016). *Extinción del contrato de franquicia en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Thomson Reuters Información Legal. AR/DOC/287/2016.
- Heredia, P. D. (2015). *El contrato de agencia en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Thomson Reuters Información Legal. AR/DOC/4561/2015.

- Heredia, P. D. (2022). En Heredia, P. D. y Calvo Costa, C. A. (Eds.), *Código Civil y Comercial comentado y anotado*. Thomson Reuters-La Ley.
- Hernández, C. A. (2024). *Contratos de larga duración*. Thomson Reuters Información Legal. AR/DOC/1972/2024.
- Ibáñez, C. M. (2010). *Derecho de los contratos*. Ábaco.
- Ibáñez, C. M. (2016). *Extinción unilateral del contrato*. Thomson Reuters Información Legal. AR/DOC/2555/2016.
- Ignatescu, C. (2017). Interpretation of the Legal Norm. Applications of the Principle Ubi Lex non Distinguit, Nec nos Distinguere Debemus. *European Journal of Law and Public Administration*, 4(2), 41-49.
- Juárez de Ferrer, M. y Calderón, M. R. (2024). *Deber de renegociación. Aspectos, incumplimiento y remedios*. Ponencia presentada en la comisión N° 5 en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Pilar, Buenos Aires.
- Kademian, B. y Lozano, F. (2024). *La aplicación del artículo 1011 en los contratos de locación*. Ponencia presentada en la comisión N° 5 en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Pilar, Buenos Aires.
- Klein, M. (1997). *El desistimiento unilateral del contrato*. Civitas.
- Larenz, K. (1994). *Metodología de la ciencia del derecho* (2ª ed.). Ariel.
- Leiva Fernández, L. F. (2015). En Alterini, J. H. y Alterini, I. A. (Eds.), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*. La Ley.
- Leiva Fernández, L. F. (2017). *Tratado de los contratos. Parte general*. La Ley.
- Maggio, L. A. y Miceli, M. A. (2022). Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus. En *Pervivencia actual de los aforismos jurídicos latinos* (pp. 490-510), UAI Editorial.
- Nicolau, N. L. (2009). *Fundamentos de derecho contractual* (Tomo I). La Ley.
- Nicolau, N. L. (2024). *Contratos de larga duración*. Ponencia presentada en la comisión N° 5 en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Pilar, Buenos Aires.
- Pita, E. M. y Pita, J. M., (2006). La extinción de los contratos de distribución. En Rouillon, A. N. y Alonso, D. F. (Eds.). *Código de Comercio comentado y anotado*. La Ley.
- Pitasny, J. (2020). *Análisis interpretativo del art. 1011 in fine del Código Civil y Comercial de la Nación*. Thomson Reuters Información Legal. AR/DOC/790/2020.
- Porello, A. y Martin Valenti, G. (2024). *Incidencia del art. 1011 CCCN en el contrato de franquicia*. Ponencia presentada en la comisión N° 5 en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Pilar, Buenos Aires.
- Rivera, J. C., Covi, L. D. y Di Chiazza, I. G. (2017). *Derecho civil y comercial. Contratos. Parte general*. Abeledo Perrot.
- Sánchez Herrero, A. (2018a). *Resolución de los contratos por incumplimiento*. Thomson Reuters-La Ley.
- Sánchez Herrero, A. (2018b). *Rescisión unilateral de los contratos*. Thomson Reuters-La Ley.
- Sánchez Herrero, A. (2019). *La imprevisión contractual*. Thomson Reuters-La Ley.
- Sánchez Herrero, A. (2021). *Contratos. Parte general*. Thomson Reuters-La Ley.
- Santarelli, F. (2022). En Heredia, P. D. y Calvo Costa, C. A. (Eds.), *Código Civil y Comercial comentado y anotado* (Tomo IV). Thomson Reuters-La Ley.
- Serebrinsky, D. H. (2024). *Los contratos de distribución en sentido amplio (franquicia, agencia, con-*

- cesión y distribución en sentido estricto) son contratos de larga duración, por lo que se les aplica el deber de renegociar para la parte rescindente del tercer párrafo art. 1011. Ponencia presentada en la comisión N° 5 en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Pilar, Buenos Aires.
- Serebrinsky, D. H. y Cabanellas de las Cuevas, G. (2023). *Contratos de franquicia*. La Ley.
- Stabio, C. y Peralta, E. (2024). *¿Se aplica el artículo 1011 al contrato de distribución?* Ponencia presentada en la comisión N° 5 en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Pilar, Buenos Aires.
- Stiglitz, R. S. (2015). En *Contratos civiles y comerciales. Parte general* (3ª ed., Tomo 2). La Ley.
- Toller, F. M. (2012). Los derechos in concert. Metodologías para tomar decisiones armonizadoras en casos entre derechos y bienes constitucionales. En Cianciardo, J. (Ed.), *Constitución, neoconstitucionalismo y derechos. Teoría y aplicaciones en la interpretación de los derechos constitucionales* (pp. 111-155). Porrúa.
- Viramonte, C. I. (2016). En Calderón, M. R. y Tinti, G. P. (Eds.), *Contratos según el Código Civil y Comercial. Parte general*. Zavalia.

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.

FUNDAMENTOS DEMOCRÁTICOS Y REPUBLICANOS PARA UN MODELO DE JUICIO POR JURADOS

Carlos H. González Bellene

Universidad Autónoma de Madrid

chgbellene.18@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-7085-0006>

<https://doi.org/10.26422/RJA.2025.0602.gon>

Recibido: 22/10/2025

Aceptado: 04/12/2025

Resumen

Con la reforma procesal penal argentina como punto de partida, el artículo examina el rendimiento del jurado como institución democratizadora. Se sostiene que el jurado no debe comprenderse como un mero mecanismo de perfeccionamiento técnico del proceso penal, sino como un foro de participación ciudadana destinado a enfrentar los déficits de legitimidad que aquejan al sistema judicial. Para ello, se analizan tres aspectos interrelacionados: la configuración institucional del Poder Judicial, sus vínculos con la política y el rendimiento del jurado como instancia democrática legitimadora. Sobre esta base, el estudio se orienta al diseño institucional del jurado federal. Se argumenta que la Constitución Nacional no compromete ningún modelo concreto de juicio por jurados —en particular, que no ordena la adopción del “jurado clásico”— y que la importación acrítica de instituciones extranjeras genera riesgos de inadecuación normativa y cultural. A partir de allí, se explora la relación del juicio por jurados con los fundamentos del republicanismo, su capacidad para contribuir a la construcción democrática de legitimidad del Poder Judicial y las exigencias que el respeto al debido proceso impone a su diseño. Con esa base, se justifica la necesidad de diseñar un juicio por jurados que responda de manera específica a las exigencias y particularidades de la comunidad en la que habrá de implementarse. Finalmente, se plantea que la pendiente incorporación del juicio por jurados en el orden federal argentino es una oportunidad para la construcción de un modelo capaz de responder a los actuales desafíos de legitimidad y participación democrática en la justicia penal y de incorporarse a una cultura jurídica con trayectoria, necesidades e identidad propia.

Palabras clave: juicio por jurados, legitimidad democrática, diseño institucional, activismo judicial, trasplante normativo, republicanismo, reforma legislativa.

Democratic and Republican Foundations for a Jury Trial Model

Abstract

Taking the Argentine criminal procedure reform as a point of departure, this article examines the performance of the jury as a democratizing institution. It argues that the jury should not be understood merely as a mechanism for technical improvement of the criminal procedure, but rather as a forum of citizen participation aimed at addressing the legitimacy deficits afflicting the judicial system. To this end, three interrelated aspects are analyzed: the institutional configuration of the Judiciary, its connections with politics, and the performance of the jury as a democratic legitimizing instance. On this basis, the study turns to the institutional design of the federal jury. It is argued that the National Constitution does not commit itself to any specific model of jury trial — particularly, that it does not mandate the adoption of the “classical jury” — and that the uncritical importation of foreign institutions entails risks of regulatory and cultural inadequacy. From there, the relationship of the jury trial with the foundations of republicanism is explored, as well as its capacity to contribute to the democratic construction of judicial legitimacy, and the requirements that respect for due process imposes on its design. On that basis, the need to devise a jury trial that responds specifically to the demands and particularities of the community in which it is to be implemented is justified. Finally, it is argued that the pending incorporation of the jury trial into the Argentine federal order represents an opportunity to build a model capable of addressing the current challenges of legitimacy and democratic participation in criminal justice, while integrating into a legal culture with its own trajectory, needs, and identity.

Key words: jury trial, institutional design, judicial activism, normative transplant, republicanism, legislative reform.

1. Planteamiento¹

La reforma procesal penal federal iniciada en Argentina con la sanción de la Ley 27063 en 2014 —y puesta en marcha de manera escalonada desde 2019, con avances significativos en su implementación en 2024 y 2025—² ha representado un punto de inflexión en la configuración institucional del sistema de enjuiciamiento penal. Inspirada en el modelo acusatorio, ha introducido modificaciones sustantivas en la estructura del proceso penal, en la distribución de

1 Este trabajo se benefició de las observaciones de Pablo Ravalle, Oriela De Rossetti y Juan Manuel Almada, así como de las sugerencias de los evaluadores anónimos de *Revista Jurídica Austral*; a todos ellos, agradezco especialmente. También les agradezco a Omar Palermo y a sus estudiantes de la Maestría en Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad Nacional de Cuyo, con quienes tuve ocasión de discutir las ideas aquí expuestas en el seminario de noviembre de 2024. Toda eventual deficiencia es de mi exclusiva responsabilidad.

2 Véanse Ley 27063, BO 10/12/2014; Ley 27482, BO 06/12/2018; Decreto 118/2019, BO 07/02/2019 y resoluciones de implementación del Ministerio de Justicia y la Comisión Bicameral.

funciones entre sus actores y en la lógica de la persecución penal. No obstante, uno de los aspectos más relevantes —y a la vez más elusivos— de dicha reforma es la previsión del juicio por jurados, contemplado en el artículo 23 del Código Procesal Penal Federal (CPPF),³ pero aún no implementado por una ley nacional. Esta omisión normativa ofrece una oportunidad para indagar en el fundamento y la función que se le asigna al jurado en el marco del nuevo sistema.

Este trabajo se plantea, a partir del vacío normativo, indagar si los fundamentos republicanos y democráticos pueden constituir el eje sustantivo sobre el cual se oriente el diseño institucional del juicio por jurados. Para ello, se parte de que el juicio por jurados no está incluido en el nuevo CPPF por su vínculo con el proceso acusatorio, sino por algo diferente. Distintas razones apoyan esta idea. Por un lado, de orden histórico: el juicio por jurados no siempre ha ido unido a modelos acusatorios, e incluso ha surgido —en el ámbito anglosajón— como herramienta decisiva de prácticas netamente inquisitoriales.⁴ Por otro lado, motivos coyunturales también abonan esa idea. El hecho de que la reforma procesal federal no incluyera la regulación del juicio por jurados y que su reglamentación e implementación avanzara sin él son circunstancias que dan cuenta de que no es percibido por el legislador y la administración, respectivamente, como condición necesaria del modelo acusatorio.

Ahora bien, si el fundamento de las previsiones sobre el juicio por jurados no se vincula al proyecto acusatorio, entonces debe buscarse en otra dimensión. El propio título del art. 23 del CPPF —“Participación ciudadana”— da una pista acerca del objetivo jurídico perseguido: se lo concibe como instrumento para la intervención popular en el sistema de justicia penal. La concepción del jurado en la jurisprudencia más relevante sobre el tema también lo fundamenta de ese modo, antes que como una instancia del modelo acusatorio.⁵

Esta hipótesis, sin embargo, exige una revisión profunda de los déficits de

3 “Artículo 23.- Participación ciudadana. Los ciudadanos participarán en la administración de la justicia penal, de conformidad con lo previsto en los artículos 24, 75 incisos 12 y 118 de la Constitución Nacional y según la ley especial que se dicte al efecto”. Si bien el art. 23 del CPPF prescribe expresamente —aunque en términos programáticos— la implementación del jurado en el proceso federal, los arts. 8, 52, 58, 274 y 282 también aluden al instituto y dejan previstas disposiciones para el momento de su regulación.

4 Véase Fischer (2018).

5 Véase, en este sentido, Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), *Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado – impugnación extraordinaria*, 02/05/2019, Fallos 342:697, cons. 20°; también cons. 9° y 13° del voto del juez Horacio Rosatti; y Corte Interamericana de Derechos Humanos, *V.R.P., V.P.C. y otros vs Nicaragua. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, 08/03/2018, Serie C, N° 350, párr. 122.

legitimidad que afectan al Poder Judicial (2), tanto en su configuración institucional (2.1) como en su praxis, donde es inevitable examinar la relación entre la jurisdicción y la política (2.2). En función de ello, se recupera la idea de participación ciudadana en la administración de justicia (2.3) y se examina el rendimiento del juicio por jurados como instancia democrática legitimadora (2.4).

A partir de esta primera línea de indagación centrada en la legitimidad del Poder Judicial, el artículo avanza hacia un segundo eje analítico destinado a pensar acerca del diseño institucional del juicio por jurados federal (3). Aquí se repasan las alternativas principales disponibles al legislador (3.1), se descarta que la Constitución de la Nación Argentina (CN) imponga restrictivamente la adopción de un modelo en particular (3.2) y se articula una objeción a la importación acrítica de instituciones. En este plano, se examina el fenómeno del trasplante normativo y sus implicancias en términos de adecuación institucional, especialmente cuando se adoptan modelos foráneos con base en su éxito en otras latitudes, sin atender a las condiciones sociales, políticas y culturales del sistema receptor (3.3).

Ambos ejes convergen en una propuesta orientada a delinear los principios que deberían guiar el diseño de un juicio por jurados en el ámbito federal. Se aboga por la adopción de un modelo de jurados propio, acorde a los avances de nuestra cultura procesal y a las necesidades locales (4). Por un lado, se incorpora una reflexión sobre el republicanismo como teoría normativa que exige que las instituciones representen los intereses de la comunidad donde rigen y no sean meras réplicas de estructuras funcionales en otros contextos jurídicos (4.1). Por otro, se aborda un grupo de razones vinculadas a la necesidad de compatibilizar las ventajas democratizadoras del jurado popular con el debido proceso, que también constituye un mandato constitucional y convencional (4.2). Con esta base, se concluye que el jurado federal por implementarse no necesita reproducir un modelo foráneo y —lo que es más— autoriza a idear un diseño que responda a los desafíos de la comunidad donde habrá de aplicarse. En este sentido, se exploran alternativas institucionales que permitan concebir un jurado como institución propia, capaz de canalizar las demandas de legitimidad, participación y representación que hoy interpelan al sistema de justicia penal argentino (5).

2. Los déficits de legitimidad del Poder Judicial

Desde la doctrina procesalista suelen plantearse diversas objeciones al juez técnico cuando se lo compara con el jurado popular. Entre ellas, se destaca la existencia de sesgos cognitivos que afectan sus decisiones, pese a su formación jurídica;⁶ la ausencia de deliberación efectiva, especialmente en juzgados unipersonales o en tribunales colegiados con dinámicas internas poco transparentes (Bello Hutt, 2016, pp. 1137-1139; Gargarella, 2016, p. 18; Hans, 2014, pp. 24-27); o el elitismo, derivado de una composición social poco plural que puede limitar la empatía judicial (Hans, 2014, pp. 24-27). También se señala el desacople con la realidad social, ya que el razonamiento jurídico puede alejarse de la experiencia material de los justiciables (Cavallero y Hendler, 1988, pp. 86-88), y el uso de un lenguaje excesivamente técnico que dificulta la comprensión pública de las decisiones judiciales (pp. 86-88). Estas críticas no implican que los jueces técnicos incurran necesariamente en tales defectos, pero sí evidencian ciertos “puntos ciegos” que un sistema centrado en su figura deja abiertos. Se trata, en general, de críticas dirigidas a la persona del juez, antes que a la judicatura como institución. En las páginas que siguen se analizan dos debilidades estructurales del Poder Judicial, vinculadas con su legitimidad institucional, que el juicio por jurados puede ayudar a enfrentar.

2.1 Del modelo *clásico* de Poder Judicial al “constitucionalismo fuerte”

Si podemos decir que existe una “visión clásica” acerca del rol de los jueces en un Estado de derecho —una visión tradicional, asentada en los principios ilustrados de la Modernidad—,⁷ ésta estaría caracterizada por —al menos— los siguientes puntos: a) independencia respecto de cualquier voluntad, incluidas las de otros poderes públicos o la propia del juez; b) motivación de las decisiones judiciales; c) ausencia de responsabilidad política del juez; d) ausencia de facultades de control de constitucionalidad.⁸ En esta visión, propia del consti-

6 En este sentido, Villanueva (2021, p. 842), Muñoz Aranguren (2011) y Bernalles Rojas (2021, p. 141).

7 Visión retratada por la clásica posición de Montesquieu (2007): “[...] Podría ocurrir que la ley, que es al mismo tiempo previsora y ciega, fuese, en casos dados, excesivamente rigurosa. Pero los jueces de la nación, como es sabido, no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma [...]” (XI, C. VI, 9). Para una reconstrucción histórica del surgimiento y crisis de esta forma de constitucionalismo, véase Giuffré (2023, pp. 289-314).

8 López Guerra, 1997, pp. 43-76. La visión clásica aquí presentada se identifica mejor con la concepción de la judicatura en el ámbito de la tradición continental del derecho —el *civil law*—, don-

tucionalismo europeo continental, los problemas de legitimidad del juez son eliminados de raíz: el objetivo es que los jueces no moderen “ni la fuerza, ni el rigor de las leyes”, pues la idea es que un juez será democrático si aplica la ley democrática (López Guerra, 1997, p. 51). Sin embargo, esta visión clásica de la judicatura se enfrenta, a pesar de su prolongada vigencia, a un obstáculo de difícil franqueo que surge de la forma en que empíricamente los jueces ejercen sus funciones. La idea de que los jueces tienen un ámbito de acción diferente a los demás poderes del Estado —“apolítico”, como meros aplicadores mecánicos de las normas— ha sido en cierto sentido superada por la realidad.

Actualmente, es difícil negar que la actividad de los jueces —y, particularmente, la de los jueces penales— tiene una naturaleza intrínsecamente interpretativa, en la que fácilmente se “filtran” las preferencias personales (Donini, 2015, pp. 15-20).⁹ En efecto, asignar sentido a la literalidad de la ley no es una tarea objetiva, pues rápidamente las normas reflejan las inevitables limitaciones propias de la herramienta de la que se valen —el lenguaje— y la *persona* del juez adquiere relevancia para resolver problemas como la vaguedad y ambigüedad de los términos o la *sobre* e *infra* inclusión conceptual.¹⁰ El problema es que reconocer que en muchos casos —especialmente en los “casos difíciles”—¹¹ la actividad de los jueces no consiste en “descubrir” el sentido de la ley, sino de “asignárselo”, implica sustraer al juez del rol de mero aplicador del derecho

de la justicia se ubicó, en principio, en un rango de subordinación respecto de los órganos políticos representativos, así como de las normas jurídicas producidas por éstos. Ello respondió a una forma particular de entender el principio republicano de separación de poderes, como una resistencia a que los poderes traspasaran las competencias asignadas inmiscuyéndose en las de los otros. En la tradición del *common law*, en cambio, la función judicial cuenta con una marcada autonomía, que le da un lugar simétrico al de los otros poderes y rodea de mayor peso a los pronunciamientos jurisprudenciales, dinámica consolidada como un sistema de “pesos y contrapesos” de poder —“*checks and balances*”— (Feoli, 2014).

- 9 Véase también, sobre dos concepciones contrapuestas acerca de la interpretación jurídica, Cárcova (2009, pp. 33-42).
- 10 Para un panorama de esta problemática véanse Leiter (1995, pp. 481-492), McCormick (1994), Atria, (1999, pp. 537-577), Hart (1990). Sobre este problema en el ámbito penal, véase Silva Sánchez (2008, p. 210).
- 11 Para nuestro tratamiento, podemos identificar los “casos difíciles” con aquellos en los cuales existe para el juez un margen de argumentación razonable para decidir incluir o no el caso en la regulación de una norma, como consecuencia del empleo del lenguaje. Como afirma Hart (1990), “[...] El ámbito discrecional que le deja el lenguaje [al intérprete] puede ser muy amplio; de modo que si bien la conclusión puede no ser arbitraria o irracional, es, en realidad, una elección. [...] Cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una “textura abierta [...]” (p. 159).

que le atribuía la visión clásica, para ubicarlo en un papel públicamente más relevante, como creador de normas para casos concretos y, en ciertas oportunidades y dado el carácter autoritativo de las decisiones de los tribunales, con alcance más general (López Guerra, 1997, pp. 53-54)¹² —aunque sin la misma fuerza normativa que la legislación—.¹³ Esta manera de entender la interpretación como la atribución de un significado a la norma se vincula con lo que Ferrajoli (1995) denomina el “poder de denotación”: interpretar no supone únicamente identificar el sentido de la ley, sino que implica seleccionar una entre varias posibles lecturas, y “[...] esta elección, más o menos opinable según el grado de indeterminación de la previsión legal, concluye inevitablemente en el ejercicio de un poder [...]” (pp. 38-39).¹⁴

Reconocer que la actividad de los jueces no se limita a la aplicación automática o mecanizada del derecho, sin embargo, no resuelve otros problemas

12 Véase también Bulygin (2005, pp. 37-44).

13 Para graficar tanto el potencial alcance general de las decisiones judiciales como sus límites, sirve contrastar la suerte del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en los Estados Unidos con la del divorcio vincular en Argentina. El fallo *Roe vs. Wade* de la Corte Suprema de Estados Unidos (USSC, *Roe vs. Wade*, 13/12/1973 [N° 410, U.S. 113]) tuvo como consecuencia inmediata la anulación de todas las legislaciones estatales que prohibían el aborto, para garantizar la posibilidad de un aborto legal y seguro para las mujeres de diversos niveles socioeconómicos a lo largo de todo el país. Aquella famosa decisión muestra el impacto normativo y cultural que pueden adoptar las decisiones judiciales: en ese caso, la actividad interpretativa de los jueces se tornaba una herramienta de cambio social y legislativo a nivel nacional y profundizaba un camino hacia un nuevo rol político del Poder Judicial (sobre esta sentencia y sus antecedentes, puede verse Driscoll de Alvarado, 2005). La paradoja es que el Poder Judicial puede no sólo vehiculizar reclamos por ampliación de derechos, como ocurrió en aquella oportunidad, sino también retrotraerlos: así como en 1973 *Roe vs. Wade* fue la puerta para reconocer el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, en 2022 *Dobbs vs. Jackson Women's Health Organization* (USSC, *Dobbs vs. Jackson Women's Health Organization*, 24/06/2022 [N° 19-1392, U.S. 597]) fue el camino empleado por el mismo tribunal —con diferente integración— para revocarlo (véase sobre este caso Gargarella, 2022). En Argentina, un caso similar —aunque con distinto desenlace— fue el fallo *Sejean* (CSJN, *Sejean, Juan Bautista c/ Ana María Zaks de Sejean*, 27/11/1986, [Fallos 308:2268]), que declaró inconstitucional la prohibición de contraer nuevamente matrimonio para los casos de separación. Si bien la decisión —que requirió la declaración de inconstitucionalidad de la norma jurídica pertinente— fue adoptada para el caso concreto, marcó un claro avance cultural y social que poco después fue recogido por el Congreso mediante la Ley 23515 de divorcio vincular y que fue mantenida en las reformas posteriores a la ley civil. El contraste entre ambos casos permite observar la diversa fuerza normativa de los pronunciamientos de cada uno de los poderes del Estado.

14 Este autor, desde una perspectiva crítica con el *creacionismo judicial*, reconoce que “[...] opciones ético-políticas opinables y argumentables de diversa manera, tal como lo documentan los infinitos repertorios de jurisprudencia, están inevitablemente detrás de cualquier interpretación judicial de un mismo texto, a causa de los márgenes de ambigüedad y de indeterminación del lenguaje legal, ya se halle expresado en reglas o en principios [...]” (Ferrajoli, 2011a, p. 48); en el mismo sentido, Ferrajoli (2011b, 2012 y 2020).

vinculados con la legitimidad democrática del Poder Judicial. Cuando las funciones interpretativas —más o menos discrecionales— del juez son ejercidas en un escenario de rigidez constitucional y supremacía judicial —como ocurre en Argentina—, nos encontramos frente al “constitucionalismo fuerte”,¹⁵ caracterizado por el reconocimiento de la facultad de control de constitucionalidad —y, más recientemente, de convencionalidad— y la inclusión de mecanismos de intervención política en la designación y remoción de jueces.

Como sostiene Giuffré (2023, p. 298), desde la segunda mitad del siglo XX hasta la actualidad han surgido objeciones cada vez más sólidas y complejas a la jurisdicción del constitucionalismo fuerte, especialmente desde que, a partir del conocido caso *Marbury vs. Madison* en Estados Unidos, la jurisdicción incorporó el control de constitucionalidad.¹⁶ La crítica más destacada es la conocida como “objeción contramayoritaria” al control de constitucionalidad, planteada en la década de 1960 por Alexander Bickel (1962). Esta crítica destaca la ausencia de legitimación de los tribunales para juzgar sobre la legalidad o ilegalidad de las normas que impactan en aspectos vitales de la sociedad civil, incluso en contra de las preferencias de la mayoría o de sus líderes políticos. La objeción contramayoritaria ha dado lugar al desarrollo de cuestionamientos más refinados al rol judicial. Así, se le objeta:¹⁷

- a. *El déficit de legitimidad democrática de la jurisdicción*, fundado en cuatro problemas centrales: i) la ciudadanía no interviene de modo directo en la selección, designación y remoción de jueces; ii) los cargos judiciales no tienen duración limitada; iii) las decisiones judiciales no son revisables mediante procesos mayoritarios; y iv) los jueces no están sometidos a procesos estrictos de rendición de cuentas —sino sólo mediante la fundamentación de sus decisiones, revisables dentro del sistema judicial—.¹⁸
- b. *La separación estricta entre asuntos políticos y jurídicos*, pues se concibe a la tarea de los jueces como una meramente dedicada a aplicar normas, negando la relevancia política de la tarea interpretativa.
- c. *El escaso valor epistémico de las decisiones judiciales sobre asuntos públicos*, puesto

15 Véase Giuffré (2023).

16 Véase también Lopera Mesa (2001, pp. 227-256).

17 Sigo, en este punto, parcialmente a Giuffré (2023, pp. 298-299) y a López Guerra (1997, pp. 56-60).

18 “[...] Desde la perspectiva del predominio del principio democrático, la pregunta podría reformularse sobre cómo se asegura que las normas elaboradas por los jueces reflejarán efectivamente la voluntad popular, y no las meras preferencias del poder judicial como conjunto, o de sus superiores órganos jurisdiccionales [...]” (López Guerra, 1997, p. 57).

que se adoptan sin una participación deliberativa de las personas interesadas, lo que las aleja de las razones públicas;

- d. *La negación del ideal de autogobierno y de la relevancia del desacuerdo sobre los alcances, contornos y contenidos de los derechos.*

En los debates de derecho constitucional, la discusión no se detiene en el reconocimiento de estas críticas.¹⁹ Como veremos luego, existen numerosas y sólidas propuestas para abordar este problema con herramientas democráticas, entre las que creo que debe incorporarse al juicio por jurados. Sin embargo, por ahora podemos quedarnos con este panorama: la legitimidad democrática del Poder Judicial —y, con ello, la de los jueces penales— se encuentra en entredicho, pues, a pesar de que se trata de un Poder facultado para adoptar decisiones contramayoritarias y de que en alguna medida ejerza un poder político, es el menos participativo y representativo de los Poderes del Estado.

2.2 Activismo judicial, política y *lawfare*

El paulatino abandono de la idea de que el juez se restringe a actuar como un mero aplicador de normas —como “boca de la ley”— ha promovido la introducción de nuevos enfoques sobre la esencia de la función judicial. Estas miradas visibilizan el déficit de legitimidad del Poder Judicial en el sentido de justificar la incorporación de la participación ciudadana en la administración de justicia. A las objeciones de legitimidad vinculada a su diseño institucional se incorporan otras —de idéntica raíz institucional— originadas en las crecientes relaciones entre el Poder Judicial y la política, en particular con la *política partidaria*.

Existen diversas hipótesis acerca del momento inicial de este “nuevo” y creciente vínculo entre la judicatura y la política. Se ha considerado que las nuevas democracias demandan un papel más activo a los jueces, que redefine su rol (Guarnieri y Pederzoli, 2002, pp. 15-16); también se ha ensayado la construcción de una imagen de los jueces en la que repentinamente incorporaron un compromiso con viejos reclamos sociales desatendidos (López Medina, 2006, p. 322). Probablemente, no sea posible encontrar una elucidación unívoca para

19 De hecho, la propuesta de Giuffré, inspirada en las premisas de la democracia deliberativa, está orientada a diluir los problemas del constitucionalismo fuerte mediante un proceso inclusivo y dialógico, donde la creación, reforma, interpretación y aplicación de las normas básicas sea llevada a cabo mediante “[...] procesos argumentativos, públicos, accesibles y continuos, que incluyan tanto a las diferentes autoridades públicas, así como también a las personas y grupos potencialmente afectados” (Giuffré, 2023, pp. 298-299).

este fenómeno. Una explicación útil para nuestro análisis es aquella que identifica tres orígenes en este vínculo política-judicatura: superior, inferior y exterior. Así, según Sieder et al. (2005, pp. 4-5), la politización *desde arriba* del Poder Judicial tiene lugar cuando élites se instalan en órganos de control constitucional o fortalecen las garantías judiciales en casos de su interés; ocurre *desde abajo* cuando grupos de presión recurren a tribunales en busca de reconocimiento de derechos mediante sentencias judiciales; y tiene lugar *desde el exterior* cuando tribunales supraestatales dictan jurisprudencia a la que tribunales internos se adecuan.²⁰ Independientemente de su origen —cuyo estudio escapa a los objetivos de este trabajo—, podemos advertir que nos encontramos ante un fenómeno heterogéneo que puede presentar diversas morfologías. En lo que sigue, se examinarán dos direcciones de la relación: la judicialización de la política, en un sentido, y la politización de la Justicia, en otro.

La primera dirección del asunto es, quizás, la más antigua y se vincula a un fenómeno conocido actualmente como “activismo judicial”:²¹ la idea que describe el rol protagónico del Poder Judicial en las disputas para alcanzar objetivos políticos. Principalmente, la expresión se asocia a la actividad judicial que pretende el reconocimiento de derechos sociales (Lozada, 2018, pp. 211-226), aunque el activismo judicial también puede tener un sentido opuesto (Ferrajoli, 2020, p. 70). La variedad de definiciones disponibles en la literatura académica para este fenómeno es considerable²² —lo que dificulta su comprensión exhaustiva—, aunque, a los efectos de este análisis, resulta suficiente realizar dos distinciones.

En primer lugar, que el término puede ser empleado tanto en forma descriptiva como normativa. Descriptivamente puede enfatizar la forma específica en que los jueces se implican en asuntos públicos, mediando o no una asignación formal de funciones de control sobre las actuaciones del Poder Legislativo o del Poder Judicial (Feoli, 2014, p. 22). Mientras que, normativamente, incluye una carga emotiva que refleja una evidente falta de neutralidad;²³ que puede hacer

20 Véase también Feoli (2014, pp. 12-13).

21 Sobre el origen del término vinculado primero a la Corte Suprema de Estados Unidos y luego como contraposición despectiva a la “autorrestricción judicial” —*judicial restraint*—, así como su recepción en Argentina en los años ochenta, véase Racimo (2015, pp. 88-155).

22 Sobre el punto, pueden verse Roosevelt III (2006), Lindquist y Cross (2009), Torres (2013, pp. 65-80), Feoli (2014), Pereira Coutinho et al. (2015), García Jaramillo (2016), Vega (2018), Lozada (2018), Duquelsky Gómez (2018) o Gama (2022).

23 Álvarez (2015) ofrece una contraposición entre dos visiones de la judicialización de la política: una “encantada” —que celebra el rol progresivo del derecho en manos de movimientos sociales— y otra “crítica” —que denuncia el carácter contramayoritario del Poder Judicial y su vínculo con las élites—.

referencia de manera negativa a la intromisión de los jueces en política²⁴ o, de modo positivo, al compromiso de los jueces en el reconocimiento de ciertos derechos o en la consecución de ciertas políticas.²⁵

En segundo lugar, la concepción del derecho que se adopte desde la teoría del derecho tiene consecuencias para la forma en la que se concibe el activismo judicial. Así, según Vega,²⁶ para el *formalismo jurídico* —que concibe al derecho como un conjunto cerrado de reglas—, el activismo aparece como un fenómeno patológico, una desviación perniciosa de la actividad judicial que la desnaturaliza. El *normativismo jurídico* —que ve al derecho como un conjunto sólo parcialmente determinado de reglas— entiende al activismo como un fenómeno parcialmente “fisiológico”, consecuencia necesaria de la inevitable indeterminación del derecho y, por tanto, irreprochable —aunque restringido a ciertos espacios “intersticiales”—. Por otra parte, para el *realismo jurídico* —para el que las reglas jurídicas tienen una limitada relevancia en la práctica—, la zona de indeterminación es amplia o incluso absoluta, de forma tal que tanto la función como el activismo judicial acaban siendo prácticamente coextensivos.

Ahora bien, ocupándose de este asunto desde un punto de vista positivista cercano al formalismo jurídico, Ferrajoli también ha vinculado la modificación del rol de la judicatura con una deslegitimación del Poder Judicial. En su visión, el principio de legalidad se encuentra en crisis dada la expansión de la jurisdicción y el poder de los jueces. Los jueces han llegado a tener este rol a partir de lo que considera un abuso de la argumentación interpretativa de la ley, fenómeno que responde a cuatro factores: i) la incapacidad del legislador para emitir normas jurídicas que reduzcan el margen de argumentación interpretativa de los jueces, lo que genera una expansión del “derecho judicial”; ii) la rigidez constitucional, que amplía los espacios para el control de constitucionalidad de leyes democráticamente sancionadas y contribuye a modificar la relación entre jueces y leyes; iii) el desarrollo del Estado social y de la esfera pública y su posterior crisis: la ampliación del Estado generó una expansión de los aparatos burocráticos y de la corrupción dentro de ellos, lo que, a su vez, amplió el rol de los jueces como mecanismo para vehiculizar reclamos sociales desatendidos; y iv) la tendencia del Poder Judicial a expandir su propio poder y a generar jurisprudencia que opera como “derecho judicial” (Ferrajoli, 2020, pp. 69-70).²⁷

24 En este sentido, por ejemplo, Ferrajoli (2020, p. 70), Lozada (2018, p. 212).

25 En esta posición, Duquelsky Gómez (2018).

26 El análisis que sigue corresponde a Vega (2018, pp. 125-126).

27 Véase también *supra*, nota 14.

Lo hasta aquí dicho permite llegar, sin asumir ningún compromiso normativo con el activismo judicial, a la conclusión de que se trata de un fenómeno que se vale de la indeterminación normativa para definir asuntos jurisdiccionales en función de valoraciones políticas —y, en este sentido, también de preferencias morales— de los jueces. La variante positiva del fenómeno enfatiza que, en muchas ocasiones, esa es la única manera al alcance de los jueces para garantizar —dada la coyuntura fáctica concreta y el carácter público de la función judicial— derechos sociales, políticos, civiles o garantías penales. La variante negativa subraya la discrecionalidad judicial y, nuevamente, retrata una forma de la objeción democrática. En lo que aquí respecta, la existencia del activismo judicial opera como una justificación de la inclusión del juicio por jurados en la reforma procesal: si el derecho deja abiertos espacios a la indeterminación, no será la discrecionalidad del juez —sino, eventualmente, la de los jurados— la que los rellene.

Esto, en cuanto a lo que a la primera dirección de la relación entre política y Poder Judicial —la “judicialización de la política”— respecta. En cuanto a la segunda dirección —la “politización de la justicia”—, creo que es posible identificar, al menos, dos facetas. Una de ellas se vincula al rol que desempeña la política partidaria en la selección y designación de jueces. La otra, un fenómeno actualmente conocido como *lawfare*, alude al uso de procesos judiciales como estratégica política.

La primera faceta apunta al hecho de que, en tanto los jueces son seleccionados y designados mediante un proceso político no electoral —en el que intervienen los otros Poderes del Estado, mas no la ciudadanía directamente—, uno de los espacios para la politización de la justicia es el que tiene lugar mediante el nombramiento de jueces vinculados a partidos políticos o, cuanto menos, comprometidos con ellos.

En nuestro país, el Consejo de la Magistratura —órgano encargado del nombramiento de magistrados— se ha visto sujeto a diversas regulaciones y disputas relacionadas a su conformación y funcionamiento, lo que ha causado deficiencias en los procesos de nombramiento de jueces, pero también discrecionalidad y una intervención excesiva del poder político. Problemas como la falta de perspectiva de género, la opacidad en la evaluación de candidatos, la integración de tribunales examinadores con personal no especializado y la dificultad para acceder a los dictámenes,²⁸ así como un sistema disciplinario

28 Así lo señala un análisis empírico de los concursos realizados entre 2019 y 2021 elaborado por la Asociación por los Derechos Civiles; véase Saleme y Bazet Viñas (2022); también Lavin (2016).

débil e inerte,²⁹ son algunos de los inconvenientes actuales del sistema de nombramiento de jueces que contribuyen al debilitamiento institucional del Poder Judicial.

Como afirmara Carlos S. Nino (1992, p. 452), uno de los principios fundamentales del proceso judicial es la independencia, que se ve menoscabada por los sistemas de designación de jueces. Según su visión, ningún sistema conocido para la selección y nombramiento de jueces puede evitar el favoritismo con el órgano del que proviene la designación —aunque la estabilidad de por vida atenúe ese riesgo—, y la selección de jueces por parte de cuerpos donde intervienen magistrados y representantes de entidades profesionales acaba fomentando una burocracia judicial elitista y sin contacto con las valoraciones y necesidades sociales.

En lo que al *lawfare* concierne, se trata de una expresión empleada por primera vez por Charles Dunlap para aludir al uso del derecho como arma de guerra —combinación de *law* y *warfare*—.³⁰ En América Latina, ha sido empleada como término de denuncia para referir a una forma de judicialización de la política caracterizada por el empleo de procedimientos jurídicos para neutralizar o inhabilitar a un adversario político,³¹ aunque también excede ese ámbito para denotar toda forma de intervención indebida de la justicia en asuntos de política electoral o, de modo más general, para generar cambios en la opinión pública. Se trata de una expresión que, en nuestra región, ganó popularidad con posterioridad a la reforma del CPPF, aunque alude a un fenómeno que materialmente la antecede.³²

El desacuerdo en relación con esta noción es similar al revisado en torno a la idea de “activismo judicial”, aunque aquí el énfasis está en la faz política del fenómeno, esto es, en la existencia (o su falta) de poder explicativo de *lawfare* para dar cuenta de procesos históricos concretos. Estrictamente, *lawfare* implica una forma particular de activismo político, aunque no empleado para reconocer derechos o materializar reformas políticas, sino para participar del juego político-electoral.

Se trata de una expresión con fuerte carga emotiva que, en su interacción con la estrategia política, ha suscitado recientemente en la comunidad académi-

29 Sobre esta situación en el Poder Judicial de la Nación, véase Benente (2018); también Lavin (2016, pp. 8-9).

30 Véase Kittrie (2016, pp. 4-8).

31 Véanse Zaffaroni et al. (2020), Sierra Caballero (2022); también Smulovitz (2022).

32 Véase Smulovitz (2022, pp. 233-241).

ca debates encendidos y polarizados. Como se señaló, este anglicismo remite a una expresión empleada en el ámbito internacional para aludir a un método de guerra.³³ Más concretamente, y a pesar de que conceptualmente, el fenómeno puede rastrearse hasta Hugo Grocio (Kittrie, 2016, pp. 4-5) o la Antigüedad (Gándara Pizarro y Gándara Pizarro, 2022, p. 282), el empleo de la palabra *lawfare* parece haber comenzado en Estados Unidos, o bien para referir a una forma de estrategia de guerra (Kittrie, 2016, pp. 6-8) o bien con el objetivo de “desacreditar las instancias jurídicas internacionales de derechos humanos frente a las decisiones político-militares norteamericanas” (s.p.).³⁴

Smulovitz analiza y compara meticulosamente los usos anglosajón y latinoamericano del término y considera que su empleo en América Latina no es más que un caso de *reframing* o reencuadre de prácticas y procedimientos de uso habitual y de larga data en la región, es decir, de prácticas preexistentes; también señala que en nuestra región ha sido vinculado especialmente a las estrategias que utilizan procedimientos jurídicos irregulares para perseguir líderes políticos de izquierda (Smulovitz, 2022, pp. 232-233).³⁵ Caracterización que comparten sólo parcialmente Gándara Pizarro y Gándara Pizarro, quienes —en una posición intermedia— reconocen la existencia del fenómeno, a la vez que la cuestionan. Vinculan directamente el uso de las estrategias a las que alude la palabra *lawfare* con los procesos judiciales llevados a cabo contra figuras políticas de centroizquierda, aunque también destacan que líderes de derecha fueron procesados sin ser incluidos en la misma categoría; y concluyen que no se trata de un fenómeno novedoso, llegando a afirmar que procesos como el juicio a Sócrates, los juicios de Núremberg o los procesos de Tokio siguieron la misma lógica de aquello a lo que se alude con *lawfare* (Gándara Pizarro y Gándara Pizarro, 2022, pp. 282-284). En posición abiertamente crítica con el uso de este término e incluso con la existencia del fenómeno que describe, Gargarella deslegitima el empleo de este término por considerarlo una “teoría conspirativa” (párr. 2).³⁶

33 En este sentido, Kennedy (2016) sostiene que “[...] la guerra también se puede librar mediante el derecho: el derecho como arma, como activo estratégico, como multiplicador de fuerzas. Como resultado, la lucha global es una cuestión de argumentos persuasivos, ejércitos fuertes y grandes cuentas bancarias al mismo tiempo. Es a la vez una lucha material librada con palabras y una lucha sobre valores e ideas librada por la fuerza. El poder de negociación es tanto una cuestión de conocimiento como el apalancamiento es una cuestión de autoridad persuasiva. Cuando la distribución se realiza sin el uso de la fuerza, la coacción puede no ser obvia en la superficie. Pero está ahí” (p. 59) (traducción propia).

34 Véase Silva Sánchez (2023).

35 En el mismo sentido, Romano (2022, pp. 88-111).

36 Véase Gargarella (2020). Una mirada que también ofrece Silva Sánchez (2023), quien sostiene que

El término refleja las tensiones y desacuerdos inherentes a la política. En lo que a este trabajo concierne, revela una forma en la que el Poder Judicial es visto como uno de los espacios de discrecionalidad que reclama una mirada democratizadora.

En definitiva, el activismo judicial, el *lawfare* y la partidización de la designación de jueces conforman tres maneras de mostrar la arista *política* del Poder Judicial que puede socavar su legitimidad y que justifica la necesidad de dotar de resortes democráticos —entre ellos, los que proporciona el juicio por jurados— a la administración de justicia.

2.3 La participación ciudadana como estrategia legitimadora de la justicia

Para comprender el potencial democratizador del juicio por jurados en el Poder Judicial, es conveniente ir un poco más atrás y examinar cómo la idea de diálogo progresivamente ha enriquecido la de “democracia”. Como contraposición a modelos democráticos basados en el voto, la negociación o la acción estratégica, en la década de 1980 surgió la noción de “deliberación” como forma de reconcebir el ideal democrático. Así, una definición base de “democracia deliberativa” es aquella que entiende a la democracia como un “[...] modelo normativo según el cual la imparcialidad y legitimidad de las instituciones y las decisiones de moralidad pública dependen del seguimiento de un proceso abierto y continuo de justificación argumentativa entre las personas potencialmente interesadas [...]” (Giuffré, 2023, p. 301).

Esta concepción de la democracia está vinculada, en lo que al Poder Judicial respecta, con una crítica al constitucionalismo “fuerte” y una concepción negativa del activismo judicial. Comparte, en este sentido, la crítica a que los jueces detentan la “última palabra” —imponiendo sus posiciones de modo vertical y solipsista—. Frente a ello, propone, desde una concepción dialógica de la justicia, la idea de que los tribunales actúen como órganos que fomentan la discusión comunitaria sobre asuntos de interés público, de forma transparente, diversa y participativa.³⁷ Se trata de un enfoque sobre la toma de decisiones públicas que se

[...] Frente a la tergiversación de la realidad mediante la palabrería del poder, hay que reiterar la verdad, a saber, que lo judicializado no ha sido ni es ‘la política’. Por el contrario, lo investigado y lo enjuiciado son actos concretos cometidos por sujetos que ostentan la condición de ‘políticos’ —en realidad, de autoridades y funcionarios públicos—, sean estos cuantos fueren. Basta tener nociones elementales de Derecho procesal penal para advertir que este se rige, de modo general, por los principios de legalidad penal, de legalidad procesal y de oficialidad” (párr. 6).

37 Véase Gargarella (2016, p. 21); también Sosa Sacio (2018-2019, pp. 440-441).

justifica porque persigue el ideal de garantizar la autonomía individual y colectiva de la ciudadanía, al proporcionar un espacio para que las personas discutan sus preferencias políticas y tomen parte en la formación de la voluntad política que luego dará lugar a decisiones autoritativas (Giuffré, 2023, p. 301). Se basa en una forma dinámica de comprender las preferencias políticas, que descarta la existencia de una “verdad moral” única que pueda dar espacio a uniformidad política, para —por el contrario— asignarle un rol central al debate y la transformación de las preferencias en función de la fuerza de los argumentos, brindados en una discusión que integre a los sujetos interesados.³⁸ De este modo, las decisiones públicas resultantes pueden exigir de modo justo y equitativo la obediencia de la ciudadanía autónoma. Las ventajas de este modelo se asocian a una concepción igualitaria y plural de la *imparcialidad*; una noción de *legitimidad* mixta, que reconoce sus aristas formales, procedimentales y sustanciales; una idea de *autoridad política* asentada en la “fuerza del mejor argumento”; y a un ideal de *libertad política* neorepublicano, donde la libertad es entendida como ausencia tanto de interferencias como de dominación (Giuffré, 2023, pp. 301-303).

En este sentido, se han propuesto diversas estrategias para incrementar la legitimidad de las decisiones judiciales mediante un acercamiento de la administración de justicia al ideal regulativo de la democracia deliberativa. Se pretende así que el sistema judicial se constituya en un foro de promoción de un debate sólido, transparente e inclusivo, que fortalezca la faz procedimental de la toma de decisiones y muestre deferencia por las partes alcanzadas por la decisión (Sosa Sacio, 2018-2019, p. 446).

Ejemplos de estas estrategias son la visibilización de los problemas mediante la publicidad de la agenda —por ejemplo, mediante la publicación del grupo de casos que se abordarán durante un período de tiempo—; la publicidad de las deliberaciones; la inclusión del control de constitucionalidad en función del “debido proceso legislativo” —es decir, el control procedimental de la deliberación legislativa—;³⁹ la realización de audiencias públicas⁴⁰ o de visitas *in situ*; así como la gestión de litigios estructurales —esto es, casos que amplían el ámbito de la materia a resolver más allá de los intereses de las partes involucradas directamente en el proceso—.⁴¹

38 Se trata de una visión constructivista de la moral social; véase, al respecto, Nino (1993, pp. 35-46, 1997).

39 Véanse, sobre el punto, Giuffré (2021), Olivares (2013); también Sosa Sacio (2018-2019, pp. 447-448).

40 Una investigación sobre las audiencias públicas en la CSJN puede verse en Benedetti y Sáenz (2016).

41 Véase Puga (2014).

2.4 El rendimiento legitimador del juicio por jurados

Desde un punto de vista filosófico jurídico-político, el juicio por jurados se presenta como una herramienta valiosa para reconstruir la legitimidad democrática del Poder Judicial.⁴² Su potencial radica en la participación directa de la ciudadanía en decisiones penales, lo que fortalece el vínculo entre comunidad y Estado, promueve el sentido de responsabilidad cívica y actúa como contrapeso frente al uso arbitrario del poder punitivo. Esta forma de democracia semidirecta permite descentralizar el poder, garantizar la publicidad de los actos de gobierno y asegurar una representación más plural en la administración de justicia (Bercholz, 2008, pp. 443-444; Carnevali Rodríguez, 2021, p. 109; Gargarella, 2016, pp. 16, 19; Nino, 1992, pp. 451-452, 613, 658). El jurado, al ser seleccionado de manera aleatoria y conformado por personas sin intereses particulares, ofrece un doble resguardo de imparcialidad, reforzado por mecanismos como la audiencia de desección del jurado —el *voir dire*— (Schiavo, 2016, pp. 218-219). Además, su composición heterogénea y su contacto directo con el proceso judicial contribuyen a la transparencia, la accesibilidad del lenguaje jurídico y la incorporación de valoraciones comunitarias.

En estrecha relación con estas virtudes institucionales, el juicio por jurados ofrece también ventajas epistémicas relevantes frente a la judicatura profesional, al incorporar pluralismo, imparcialidad y deliberación ciudadana en la resolución de casos penales. La selección aleatoria y la falta de trayectoria judicial permiten revertir sesgos estructurales⁴³ y aportar una sensibilidad valorativa menos condicionada. La heterogeneidad del jurado, su vinculación con mecanismos democráticos de representación y la deliberación obligatoria favorecen decisiones más justas, especialmente cuando se exige unanimidad (Nino, 1997, pp. 166-179). Además, el proceso de selección y capacitación puede minimizar estereotipos y prejuicios (Villanueva, 2021, pp. 846-850), mientras que la dinámica deliberativa promueve el civismo, la revisión crítica de opiniones y el ofrecimiento de razones públicas (Gargarella, 2016, p. 18). Asimismo, el jurado contribuye a la descorporativización del Poder Judicial (Cavallero y Hendler, 1988, pp. 91-94), impide el hermetismo técnico del derecho y mejora la comunicación procesal al exigir claridad argumentativa (pp. 86-88). Su falta de formación jurídica especializada, lejos de ser una desventaja, permite una mi-

42 La bibliografía, en este sentido, es vasta. Pueden verse, al respecto, Cavallero y Hendler (1988, p. 85), Burns (2016), Bercholz (2008), Conti Gómez y Toledo (2014), Erbetta (2017), Bernal Rojas (2021), Carnevali Rodríguez (2021), Cucchi (2022).

43 Véase Gargarella (2016, p. 17).

rada fresca y comunitaria sobre los hechos, actuando como contrapeso frente a excesos acusatorios u organismos judiciales parciales (Hans, 2014, pp. 25-27). Finalmente, al incorporar valoraciones morales propias de la comunidad (pp. 25-27), el jurado asegura que conceptos jurídicos cargados de sentido moral —como “alevosía” u “odio”— sean interpretados desde una perspectiva plural y representativa.⁴⁴ En suma, el juicio por jurados se presenta como una instancia institucional capaz de fortalecer la legitimidad democrática y mejorar la calidad epistémica de las decisiones penales.

Sin perjuicio de sus virtudes institucionales y epistémicas, el juicio por jurados presenta límites que deben ser considerados con atención. Desde el punto de vista práctico, su adopción no garantiza automáticamente mejoras en la legitimidad del Poder Judicial ni en la calidad de las decisiones penales. Como advierte Peter Duff, su impacto social puede resultar desproporcionado frente al escaso número de casos que efectivamente se resuelven por esta vía, debido a restricciones legales, decisiones discrecionales o renunciias estratégicas (Duff, 2001, p. 603). Además, su implementación exige un esfuerzo considerable —institucional, humano, económico y temporal— que no se justifica en todos los casos, razón por la cual suele reservarse para asuntos de especial trascendencia.

En efecto, la sola implementación del juicio por jurados no garantiza una automática mejora democrática en la administración de justicia.⁴⁵ Su potencial democratizador depende de una implementación capaz de afrontar las tensiones que atraviesan la teoría y la práctica del derecho penal. Así, debe atenderse al hecho de que los conceptos fundamentales de la responsabilidad penal están permeados por nociones morales de uso común entre los ciudadanos legos que integran el jurado. Es necesaria una arquitectura procedimental capaz de prevenir decisiones fundadas en sesgos, preconceptos o pulsiones vindicativas. Esto supone definir el tipo de instrucciones y orientaciones que se le proporcionan al jurado, pero también determinar cómo se estructuran las etapas preliminares del proceso: qué requisitos tienen que cumplir los casos sometidos a la decisión de ciudadanos legos, qué filtros deben operar y qué garantías —como el cambio de jurisdicción o la recusación— resultan necesarias para fortalecer la confianza del acusado en la corrección y seriedad del veredicto. Como señala Antony Duff, para determinar si el acusado es responsable, resulta necesario que el

44 Véanse Nino (1992, p. 452, 1993, pp. 35-46, 1997, pp. 154-189); Burns (2016, p. 336); Roth (2012, pp. 205-222) o Bernalés Rojas (2021, p. 137).

45 En el ámbito inglés, tampoco se acepta que cualquier modelo de juicio por jurados asegure las garantías judiciales que se pretenden alcanzar con él (Ashworth, 1968, p. 117) (traducción propia).

procedimiento por el que se lo llama a responder satisfaga ciertas condiciones de legitimidad que operan como precondiciones de la responsabilidad penal (Duff, 2014).⁴⁶ Una de esas precondiciones es que el jurado “hable el mismo lenguaje” que el acusado (Duff, 2014, pp. 9-11). Esta exigencia es especialmente relevante en sociedades plurales, fragmentadas y crecientemente polarizadas. En contextos de tal diversidad, existe un riesgo real de que acusado y jurado provengan de sectores de la comunidad que no comparten un mínimo común de sentido. Ello invita a considerar modelos de integración del jurado que, además de asegurar pluralidad, contemplen la conveniencia de que algunas características socioculturales relevantes sean compartidas por quienes juzgan y quien es juzgado. Atender a esta preocupación al reflexionar sobre el diseño institucional del jurado permite, a su vez, evitar que el juicio se erija como una forma de populismo punitivo, contrario al Estado de derecho.⁴⁷

En este marco, se ha explorado su potencial para asuntos de máxima trascendencia institucional, como el control de constitucionalidad, con referencia a experiencias como la de los grandes jurados en Canadá.⁴⁸ El valor epistémico de la construcción deliberada de decisiones del jurado es el elemento más prometedor en ese sentido. Sin perjuicio de ello, no debe asumirse sin más al jurado como un órgano *estrictamente* representativo. Sobre este asunto, hay voces que consideran que el jurado opera como un ente representativo de la comunidad (Schiavo, 2016, pp. 218-219), y cierto es que el azar por el cual es elegido es considerado una forma de elección representativa (Avaro, 2014, pp. 115-130). No obstante ello, es posible cuestionar un posicionamiento cerrado en ese sentido desde un ideal de representatividad entendido en términos robustos, que no podría asentarse únicamente en el azar —aunque, de hecho, el jurado popular no se asiente únicamente en el azar, pues suele complementarlo con mecanismos de recusación y formación—, sino que requiera una elección consciente del representante en virtud de consideraciones personales. Puesto en términos claros: no es lo mismo elegir un representante de la comunidad que conformar un órgano con una muestra aleatoria —aunque controlada— de ella. La elección apela a un sentido de representatividad *fuerte*, basado en una decisión consciente, mientras que el azar a una *débil*, asentada en el dato em-

46 En relación con el juicio por jurados, Duff (2014, pp. 1-2) se preocupa de que ciertas categorías técnicas —como “tentativa” o los distintos sentidos jurídicos de la “intención”— requieren precisiones para su correcta aplicación conforme al significado que les atribuye el ordenamiento jurídico.

47 Véase, al respecto, Cianciardo (2018).

48 Véase Spector (2013).

pírico del origen en el grupo. Dentro de esos términos, el jurado importa un incremento de legitimidad democrática respecto de los jueces técnicos.

Más allá de lo dicho, en el ámbito penal las ventajas del jurado dependen de factores difíciles de medir, como el compromiso de los jurados y el desempeño de los operadores jurídicos. La falta de control sobre estas variables puede comprometer derechos fundamentales, especialmente cuando está en juego la libertad de las personas. Asimismo, el jurado puede reproducir sesgos discriminatorios, lo que exige un diseño institucional cuidadoso (Villanueva, 2021, pp. 846-850).

El límite más significativo, sin embargo, se encuentra en el modelo de veredicto inmotivado adoptado por la mayoría de las provincias argentinas, que impide conocer las razones del fallo y dificulta su revisión. Aunque ha sido convalidado por tribunales nacionales e internacionales, este modelo ha generado un intenso debate académico sobre su compatibilidad con el deber de motivación y la garantía de doble instancia.⁴⁹

En definitiva, el juicio por jurados representa una oportunidad para avanzar en legitimación democrática y control ciudadano, pero sus beneficios dependen directamente del diseño normativo elegido y de la actuación responsable de las instituciones y personas involucradas.

Hasta aquí, entonces, se ha afirmado que la justificación de la inclusión del juicio por jurados en el CPPF puede ser fundadamente asociada a un propósito de reconstruir la legitimidad de la justicia en términos democráticos. Necesidad que nace de déficits en, al menos, dos niveles distintos: uno propio del sistema constitucional “fuerte” y otro vinculado a la dimensión política del Poder Judicial. En este sentido, la incorporación del juicio por jurados aparece como un mecanismo idóneo —aunque no como una condición suficiente— para alcanzar esos fines.

3. Sobre el diseño institucional del juicio por jurados para la Justicia federal

El Congreso de la Nación tiene ante sí el mandato, el desafío y la oportunidad de adoptar un juicio por jurados adecuado a las necesidades locales. Una vez justificado el papel del juicio por jurados en la administración de justicia, en esta segunda parte del trabajo se sostendrá que nuestro modelo constitucional no limita al legislador en la adopción de un modelo concreto y, especialmente,

49 En posición crítica con este modelo, véanse Ferrer (2014), Sánchez Gavier y Villanueva (2019), Ferrer Beltrán (2020) y Contreras Rojas (2021), entre numerosos otros.

que no lo obliga a adoptar lo que se conoce como “modelo clásico”. De hecho, se visibilizará cómo ciertos caracteres estructurales de ese diseño —como la deliberación secreta y el veredicto inmotivado— pueden entrar en conflicto con elementos centrales de nuestra tradición jurídica que es conveniente tomar en cuenta.

A fin de respaldar estas afirmaciones, en primer lugar se examinarán las variables relevantes en la adopción de un modelo de jurados, tomando como referencia el derecho comparado (3.1). En segundo orden, se justificará la tesis de que nuestro sistema constitucional no está comprometido con la adopción de ningún diseño institucional en particular en torno al instituto del juicio por jurados y que, de hecho, no existe tal cosa como un jurado “clásico”, “puro” o “anglosajón” (3.2). Tras ello, se repasarán algunos problemas del “trasplante” legislativo (3.3).

3.1 Parámetros y alternativas de diseño institucional

Siempre que se esté interesado en *algo más* que importar un modelo extranjero, el legislador nacional se ve ante la compleja tarea de adoptar un estilo de juicio por jurados. Por un lado, debe dar cuenta de un diseño institucional que sea coherente con el objetivo que el propio órgano ha plasmado en el art. 23 del CPPF, esto es, la incorporación de un mecanismo que materialice la *participación ciudadana*. Pero, además de ello, la institución debe tomar en cuenta aspectos constitucionalmente estructurales de nuestro sistema jurídico, como no contrariar el debido proceso o ser coherente con su carácter republicano.

3.1.1. Variables relevantes en la morfología del jurado

Las alternativas de diseño institucional pueden ser organizadas —con objetivos analíticos— en función de tres niveles de parámetros. Un primer nivel tiene que ver con el *tipo general de jurado*, y allí existen variables que giran en torno, fundamentalmente, al número de jurados intervinientes y al rol del juez técnico:⁵⁰

- a. jurados *puros* o *clásicos*,⁵¹ integrados exclusivamente por ciudadanos, que emiten un veredicto inmotivado; con jueces técnicos limitados a un rol de control procedimental y dictado de sentencia;

50 Véanse Hans (2008), Marder (2011), Klein (2015) y Marder y Hans (2016).

51 Como se verá luego, esta etiqueta no está libre de problemas; véase el apartado 3.1.2.

- b. jurados *mixtos* o *escabinados*, donde los jueces técnicos, junto con los jurados, contribuyen a tomar la decisión de fondo y a dictar una sentencia con fundamentos expresos. Dentro de esta categoría, pueden diferenciarse otros modelos, a modo de ejemplo:⁵²
 - iii. El *Schöffengericht* alemán, un tribunal integrado por un juez y dos jurados (donde la cantidad de jurados depende del tipo de caso) que forman parte del tribunal.
 - iv. La *Cour d'assises* francesa, con nueve jurados y tres jueces —un modelo similar al escabinado cordobés—; o la instancia de apelación, *Cour d'appel*, de doce jurados y tres jueces;⁵³ siempre con jurados elegidos por azar y separados de los jueces.
 - v. El jurado con formación y *expertise* de Croacia o Tailandia, que asiste a los jueces en materias que son de su especial conocimiento.⁵⁴

Esta enumeración podría continuar, puesto que, en el derecho comparado, existe una cantidad de variantes de jurado mixto difícilmente manejable con exhaustividad. Un segundo nivel tiene que ver con la definición de las *funciones* del jurado. Aquí también hay distintos modelos. Por mencionar algunas, al jurado pueden asignársele las tareas de:

- a. definir si el acusado es culpable o no;⁵⁵
- b. únicamente determinar si los hechos están o no probados y no expedirse sobre la culpabilidad;
- c. intervenir en instancias de apelación;
- d. tener la facultad de no aplicar normas cuando considera que sería injusto para el caso concreto —institución conocida como *jury nullification*—;⁵⁶

52 Véanse Jackson y Kovalev (2006, 2016).

53 Sobre esta caracterización de los jurados alemán y francés, véase McKillop (2006).

54 Véase Ivkovic (2007).

55 En los jurados estadounidenses, salvo contadas excepciones, los estados prevén que la tarea del jurado es determinar los hechos y aplicar el derecho que el tribunal indica en función de ello (Bianchi, 1998, pp. 100-101).

56 La tradición jurídica estadounidense reconoce el *jury nullification*, la facultad del jurado de absolver al acusado aún si considera que los hechos están acreditados y en función del derecho aplicable correspondería una condena, con el propósito de evitar condenas por violación a leyes impopulares o cuando el acusado haya logrado conmover la benevolencia o conmiseración del jurado (Bianchi, 1998, p. 101-102; también Bruzzone, 2016). El fundamento radica en que se concibe al jurado como una “reserva” de soberanía que no puede ser limitada por las normas; aunque se debate si esta facultad le debe o no ser instruida (sobre esta forma de entender al jurado, Burns, 2016, pp. 339-341). Al respecto, la Corte Suprema de Estados Unidos ha resuelto que no debe informársele de tal facultad

- e. en el ámbito de su competencia material, puede ocuparse de emitir veredictos en materia penal, colaborar en el control de constitucionalidad en abstracto,⁵⁷ intervenir en procesos civiles, administrativos, contravencionales, etcétera.

Un tercer nivel tiene que ver con cuestiones más precisas del *procedimiento* a seguir para la intervención del jurado. Esto implica determinar, entre otras cosas:

- a. si el jurado es una opción renunciable para el acusado, o un derecho de la comunidad a juzgar ciertos casos, fuera de la disponibilidad del acusado;
- b. la competencia material: en el ámbito penal, los parámetros que determinan la intervención del jurado (clase de delitos, monto de pena, bien jurídico protegido, calidad del sujeto activo o pasivo, etcétera);
- c. la forma de seleccionar e integrar al jurado popular (únicamente por azar; con paridad de género; con intervención de etnias, pueblos originarios o grupos sociales determinados);
- d. la forma en que se redactarán y litigarán las instrucciones, así como si deben contar con un mínimo de contenidos fundamentales (por ejemplo, en materia de perspectiva de géneros) y la/s oportunidad/es en las que son impartidas;
- e. la forma en que se materializa el juicio (facultades del juez y de las partes, criterios de admisión y producción de pruebas, modo de resolver incidencias, etcétera); el método de valoración de la prueba (íntima convicción, sana crítica racional, etcétera);
- f. la forma de deliberación del jurado (secreta, pública, registrada, etcétera);
- g. las condiciones para alcanzar una decisión (mayorías necesarias) y la solución para casos de estancamiento;
- h. el rol del juez técnico en la sentencia (facultado o no para apartarse de la decisión del jurado o calificar los hechos probados; limitado a imponer pena); las facultades recursivas de las partes (principalmente, si el acusador público puede recurrir, manifestando desacuerdo con la decisión del jurado popular, o en qué casos);
- i. el modo y alcance con el que se realiza (si se realiza) un control de la sentencia.

(USSC, *United States vs. Dougherty*, 30/06/1972, N° 473, F.2d 1113), con el propósito de evitar que la discusión del jurado se reabra una vez alcanzado el veredicto (Bianchi, 1998, pp. 101-102).

57 Véase Spector (2013).

Estos tres niveles generales de diseño institucional son herramientas a disposición del legislador, quien puede calibrarlas del modo que sea más adecuado a los objetivos que pretenda alcanzar con el jurado. Claro que, consideradas transversalmente, algunas de las alternativas descriptas pueden ser incoherentes entre sí. Sin embargo, la sucinta exposición anterior da cuenta de que el juicio por jurados no depende de una única receta modélica, sino que se trata de una institución con gran versatilidad para adaptarse a las necesidades de cada comunidad. En otras palabras, no existe *un* juicio por jurados correcto.

3.1.2 Sobre la idealización del “jurado puro”

Aunque es común el uso de las expresiones “jurado anglosajón”,⁵⁸ “tradicional”, “clásico” o “puro” como sinónimos, los rasgos que se evocan con ellas no son uniformes.⁵⁹ En primer lugar, la palabra “anglosajón” es imprecisa, aunque en habla hispana sea usualmente empleada para referirse a las personas de habla y cultura angloparlantes en la actualidad y, en el ámbito jurídico, al derecho de la tradición del *common law*. La imprecisión adquiere relevancia cuando se tratan instituciones jurídicas, como el jurado, precisamente porque uno de los debates abiertos versa sobre si en Inglaterra fue introducido por los pueblos *anglo-sajones*, los *francos* o los *escandinavos*.⁶⁰

58 Es particularmente equívoco el uso de las expresiones “jurado clásico” y “jurado anglosajón” como sinónimos, considerando que se encuentra fuera de discusión que el jurado reconoce un origen previo a su adopción en Inglaterra (véase Goldschmidt, 2016, p. 82 y nota 93).

59 Véanse Maier (2004, pp. 781-782), Marder (2011), Harfuch (2012), Harfuch y Penna (2012), Binder y Harfuch (2016, pp. 11, 13), Fernández López (2021), Jimeno-Bunes y Hans (2021) y Jackson y Kovalev (2016), entre otros.

60 Existen, en efecto, diversas teorías acerca del origen del jurado en Inglaterra. Si bien hay consenso en que el rey Enrique II extendió el uso del jurado popular —*jury of presentment*— tanto en Inglaterra como en Normandía con el dictado del *Assize of Clarendon* en 1166, su procedencia anterior sigue siendo incierta. Hasta mediados del siglo XIX, se había popularizado la idea de que había arribado a Gran Bretaña con la invasión de los pueblos *anglo-sajones* —esto es, las tribus germánicas de los *anglos*, *sajones* y *jutos*— entre los siglos V y VI. Sin embargo, estudios posteriores de la escuela alemana de historia del derecho, encabezados por Henrich Brunner, pusieron en duda esa idea al afirmar que el origen de la institución no era popular, sino *real*, es decir, consistía en un mecanismo usado por los nobles para llevar adelante investigaciones financieras. Esa explicación trasladaba el origen del jurado a la invasión de los *francos*, quienes lo habían tomado de los procesos del Fisco romano y lo habían introducido en el siglo XI, durante la conquista del rey Guillermo II de Normandía, I de Inglaterra. Esta tesis fue, a su vez, objetada por el historiador William Stubbs, quien insistía con el origen anglo-sajón y reconducía la institución al Código Æthelred III —compilado por el rey Æthelred II y adoptado en el año 997 en Wantage—, norma que aludía a cuerpos de acusación conformados por doce aristócratas —*twelve thegns*— con funciones muy similares a las del sistema de Enrique II. Sin embargo, a partir de esa idea, Frederic Maitland sostuvo la tesis —respaldada por

Ahora bien, si con esas expresiones se pretende aludir a una concepción “general” del jurado vigente en los países de la tradición jurídica del *common law* —esto es, Reino Unido, ciertos países de la Commonwealth y los Estados Unidos, tanto en el ámbito federal como en el estadual—,⁶¹ difícilmente pueda sostenerse la existencia de un modelo único y homogéneo. Las diferencias entre los sistemas de jurado que operan en dichas jurisdicciones son significativas y desaconsejan cualquier simplificación, que sería apresurada. En nuestro ámbito, suelen usarse esas expresiones —*anglosajón*, *puro* o *clásico*— para referir alternativamente a algunas de las siguientes características del jurado: 1) un jurado de doce personas; 2) la distinción de roles marcados entre el juez técnico y los jurados, donde estos últimos tienen monopolio sobre la decisión central sobre la “culpabilidad” del acusado y el juez está limitado a guiar el proceso y dictar sentencia;⁶² 3) la valoración de la prueba según el método de la *íntima convicción*;⁶³ o 4) el carácter inmotivado del veredicto del jurado.⁶⁴

Sin embargo, la existencia de un jurado que comparta esas características esenciales es una aspiración antes que una descripción. Una afirmación sólida sobre caracteres comunes requeriría de minuciosas y actualizadas investigaciones de derecho comparado, además de una decisión previa acerca de qué elementos, de los identificados en el apartado anterior, deben considerarse decisivos para estereotipar un jurado. Por otra parte, quien pretenda sostener la existencia de una estructura pétrea para un sistema de jurados correría con el desafío de dar cuenta de las numerosas modificaciones de las que el jurado ha sido objeto, en el ámbito del *common law*, desde sus orígenes.⁶⁵

otros historiadores— de que el Código Æthelred III estaba influido principalmente por la ley de los vikingos daneses —*Danelaw*—, lo que permitía afirmar que los pueblos *escandinavos* ya habían desarrollado el jurado antes de la adopción del *jury of presentment* de Enrique II (véase Helmholz, 1983; Stattel, 2019; Turner, 1968). La cuestión, en última instancia, continúa envuelta en la incertidumbre, aunque parece más amplio y ajustado la información disponible enunciar el origen anglo-normando, que el anglo-sajón. Agradezco a uno de los árbitros anónimos de *Revista Jurídica Austral* por sugerirme aclarar esta cuestión.

61 Así lo asume Harfuch (2012) para sostener que nuestro país se ha comprometido con “el modelo estadounidense” de jurados.

62 En este sentido, los distintos aportes contenidos en Letner y Piñeiro (2017).

63 Maier (2011, pp. 106, 145-146, 340, 480).

64 *Ibidem*, pp. 146-340.

65 George Fischer (2018) ha recogido la progresiva evolución y cambio del jurado en el ámbito inglés y estadounidense en características tan fundamentales como el tipo de casos sometido a su control, el rol y número de los jurados, la tarea que se le asignaba, las reglas de valoración probatoria o la forma de manifestar el veredicto. El juicio por jurados, además, no está exento de críticas en esos países. Así, por ejemplo, Ashworth (1968, p. 116) llama la atención sobre la importancia decisiva

Pero lo dicho también alcanza al jurado en tiempos recientes. Por caso, dentro de Estados Unidos, el juicio por jurados establecido a nivel federal y estatal dista mucho de ser uniforme o de haberse mantenido invariable a lo largo de la historia. Para el jurado civil, está prevista la posibilidad de que se expida con un “veredicto especial”, en el que responda a preguntas concretas susceptibles de respuestas categóricas, valoraciones concretas de pruebas o de alegatos de las partes u otras formas de veredicto expreso y por escrito.⁶⁶

Algunos estudios de Bianchi sobre la cantidad de jurados y la mayoría necesaria para el acuerdo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos también ilustran este punto acerca de la variabilidad del jurado. En cuanto al número de integrantes, explica Bianchi (1998, pp. 91-93) que la cantidad de jurados predominante en la tradición estadounidense es de doce personas y ha sido ratificada por la Corte Suprema de Estados Unidos desde 1898.⁶⁷ No obstante, posteriormente, ese tribunal señaló que el número no era más que un accidente histórico no esencial para el sistema de jurados y afirmó claramente que, si disminuyera la cantidad, las responsabilidades y funciones del jurado no cambiarían, en tanto seguiría siendo un cuerpo representativo del sentido común de personas sin experiencia legal, actuando como intermediarios entre el acusado y el acusador.⁶⁸ Tampoco se perjudicaría, con un número menor, la participación comunitaria en el proceso judicial y la responsabilidad compartida en el veredicto de culpabilidad o inocencia. Ulteriormente, revisó de nuevo el criterio en 1978 y concluyó que un jurado de cinco miembros vulneraría la Sexta Enmienda constitucional.⁶⁹ En la actualidad, el jurado puede componerse por hasta 23 personas en asuntos de interés público —*Grand Jury*— o reducirse hasta 6 si las partes lo estipulan y el tribunal lo acepta.⁷⁰

En cuanto a la unanimidad, hasta 1970 se la exigía para un veredicto de culpabilidad, pero en dos casos resueltos simultáneamente⁷¹ el tribunal recha-

de distintas variables regulativas —que van más allá de la mera integración por ciudadanos legos—, como las mayorías necesarias para alcanzar un veredicto, la posibilidad de su revocación por parte del fiscal o el tipo de delitos que se someten a ese proceso.

66 Véase Federal Rules of Civil Procedure, adoptadas por The Committee on the Judiciary, 01/12/2024, regla N° 49.

67 Conf. USSC, *Thompson vs. Utah*, 24/04/1898 (N° 170, U.S. 343).

68 Conf. USSC, *Williams vs. Florida*, 22/06/1970 (N° 399, U.S. 78).

69 Conf. USSC, *Ballew vs. Georgia*, 21/03/1978 (N° 435, U.S. 223).

70 Véase Federal Rules of Criminal Procedure, adoptadas por The Committee on the Judiciary, 01/12/2024, reglas N° 6 y 23, respectivamente.

71 Conf. USSC, *Johnson vs. Louisiana*, 10/01/1972 (N° 406, U.S. 356); *Apodaca vs. Oregon*, 10/01/1972

zó peticiones de inconstitucionalidad de veredictos de culpabilidad alcanzados con nueve, diez y once votos sobre doce.⁷² Actualmente, el tribunal cuenta con la facultad de encuestar individualmente a los jurados para comprobar la solidez de la unanimidad alcanzada, y también se permite excusar a un miembro del jurado y adoptar la decisión con once personas.⁷³

Similares variaciones pueden ser encontradas respecto de los restantes elementos “esenciales” del jurado, según se analicen las fuentes normativas y jurisprudenciales de otros países de la Commonwealth, Estados Unidos y sus Estados. De forma tal que difícilmente pueda encontrarse un jurado “puro” o ideal. Los diseños institucionales que se colocan bajo ese paraguas no están identificados estrictamente con las características que suelen asignárseles. En definitiva, la única acepción plausible de la expresión “jurado puro” podría ser la que alude a órganos integrados exclusivamente por ciudadanos, en contraste con aquellos en los que deciden junto a jueces profesionales.

En lo que a nuestro sistema procesal respecta, debe tenerse presente que el único elemento fundamental e ineludible de un juicio por jurados parece estar en el elemento que Nino (1992) destaca como su valor central, esto es, el vehiculizar “la participación directa de la población en el acto de gobierno fundamental que es la disposición inmediata de la coacción estatal” (p. 451). Esta participación puede alcanzarse tanto con jurados “puros” o “mixtos”.

3.2 Sobre la ausencia de un compromiso constitucional con *algún* modelo de jurado “puro”

Las normas constitucionales que prevén al juicio por jurados en nuestro país —esto es, los arts. 24, 75 inc. 12 y 118 de la CN— no contienen previsiones acerca del *tipo* de jurados que debe implementarse.⁷⁴ Quien pretendiera afirmar lo contrario, se enfrentaría al complejo desafío de explicar de qué modo herramientas interpretativas —por ejemplo, el recurso a figuras “originalistas”⁷⁵ que

(N° 406, U.S. 404).

72 Véase Bianchi (1998, pp. 94-98).

73 Véase Federal Rules of Criminal Procedure, adoptadas por The Committee on the Judiciary, 01/12/2024, reglas N° 23 y 31, respectivamente.

74 En contra, Harfuch (2012), también Anitua (2017, p. 129), quienes entienden que debe seguirse el “modelo anglosajón”, de acuerdo con la forma de organización institucional republicana y democrática, para satisfacer los mandatos constitucionales.

75 Sobre este tipo de interpretación constitucional y sus objeciones, véase Berman (2011).

invoquen una pretendida intención del convencional constituyente— podrían asociarse las genéricas menciones constitucionales del “juicio por jurados” con un diseño particular. Y, más aún, justificar que esa interpretación deba constreñir al legislador actual. Tal tarea luce poco prometedora.

La inspiración de nuestra Constitución Nacional en la Constitución de Estados Unidos⁷⁶ no puede ser interpretada en el sentido de que exista un compromiso —de coherencia sistemática, tradición jurídica o modelos interpretativos— de adoptar algún tipo de jurado característico de aquella nación.⁷⁷ De hecho, como veremos, lo más coherente con las bases del sistema republicano es incorporar un modelo propio, ajustado a las necesidades de nuestro sistema de justicia federal y de nuestra cultura jurídica.

En efecto, las ventajas en términos de construcción de legitimidad democrática que aporta el jurado no dependen directamente del tipo de jurados —“puro” u otro—, sino que lo decisivo es la intervención directa del pueblo en la administración de justicia (Nino, 1992, p. 476).⁷⁸

En contra de la adopción acrítica de algún modelo “puro” de jurado, puede mencionarse la primera experiencia del jurado en nuestro país. El jurado instituido en la provincia de Córdoba —que cuenta con una sólida trayectoria— es un modelo escabinado, donde jurados populares y jueces técnicos actúan conjuntamente en la resolución del caso. En los debates constitucionales en aquella provincia que condujeron a la reforma constitucional de 1987, el fundamento del juicio por jurados como instancia democratizadora fue esgrimido por quienes defendían una versión escabina del juicio por jurados, que

76 Sería impreciso llevar esta idea demasiado lejos, dadas las innumerables diferencias entre cada constitución. Sin embargo, ciertas semejanzas son evidentes: no sólo los textos reflejan similitudes —por ejemplo, en la existencia de preámbulos y en sus contenidos—, sino que, además, ambas reconocen una estructura general común, presidencialista y con división de poderes. En sus *Bases*, Alberdi (1943, p. 253) explica que la estructura general de su proyecto constitucional se basó en la Constitución de Massachusetts, previa a la estadounidense. Con menos matices, Rosenkrantz (2005) explica que la clase dirigente hacia 1860 —con personalidades como Domingo Faustino Sarmiento, Bartolomé Mitre o Dalmacio Vélez Sársfield a la cabeza— estaba convencida de que la adopción del modelo constitucional estadounidense sería lo mejor para el desarrollo político y económico del país, lo que incluso explicó que Buenos Aires se reservara el derecho de revisar y proponer modificaciones a la Constitución de 1853 (pp. 73-74). Rosenkrantz (2005) también cita las palabras de José Benjamín Gorostiaga —“[...] el más prominente miembro de la Convención Constituyente de 1853” (p. 72)—, quien sostuvo que aquella Constitución “fue forjada en el molde de la Constitución de los Estados Unidos” (p. 72).

77 En sentido contrario, Harfuch (2012).

78 También Cavallero y Hendler (1988, p. 160).

finalmente fue implementado.⁷⁹ Paralelamente, también en 1987 —una época de la historia nacional en la que se sentaban las bases para la continuidad democrática de nuestro país—, el Poder Ejecutivo Nacional envió un proyecto de Código Procesal Penal de la Nación al Congreso que proponía un modelo de juicio por jurados escabinado (Maier, 2004, pp. 781-782; Nino, 1992, pp. 475-476). No obstante, la legislación de las restantes provincias que ha incorporado el juicio por jurados ha respondido, con diversos matices, a un modelo de doce jurados que se expiden mediante un veredicto inmotivado.⁸⁰ Como veremos a continuación, esa decisión legislativa plantea serios desafíos.

3.3 Sobre la “importación” de instituciones

Como sostiene Rosenkrantz (2005, p. 72), una de las formas en la que se ha practicado incansablemente el “préstamo” jurídico en Argentina ha sido en el diseño institucional a nivel constitucional. Su estudio muestra cómo, a nivel de interpretación constitucional, la CSJN ha recurrido a fallos de la corte estadounidense para fundamentar muchas de sus decisiones más trascendentes en materia de libertades económicas, al ritmo en que lo hacía aquel tribunal (p. 77). La importación institucional se mantiene vigente en la actualidad y se ha profundizado en relación con la incorporación legislativa del juicio por jurados en las provincias, que en su mayoría han adoptado un modelo inspirado en la “tradición anglosajona”, con la excepción de Córdoba.⁸¹ Ello responde, en parte, a que el estudio del jurado en Argentina ha tomado como paradigma ciertas notas —ya analizadas— de distintos sistemas del *common law*, presentadas habitualmente en clave de elogio o exaltación,⁸² lo que ha llevado a soslayar otros modelos disponibles en el derecho comparado y a reducir el espacio para

79 Urquiza (2009, pp. 6-9).

80 Al momento de este trabajo, cuentan con regulación vigente sobre juicio por jurados Córdoba (1998, Ley 8123), Neuquén (2011, Ley 2784), Buenos Aires (2013, Ley 14543), Río Negro (2014, leyes 5020 y 5192), Chaco (2015, Ley 7661 / 2364-B; y 2020, Ley 3325-B para jurados civiles y comerciales), San Juan (2017, leyes 5020 y 5413), Mendoza (2018, Ley 9106), Entre Ríos (2019, Ley 10746), Chubut (2019, leyes XV 30 y XV 38), Catamarca (2021, Ley 5719) y La Rioja (2025, Ley 10796); además de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2021, Ley 6451).

81 Fenómeno, en todo caso, que no afecta únicamente a Argentina. Sobre la cuestión en España, véase Vernengo Pellejero (2021, pp. 43-56). Sobre las formas y alcance de la “americanización” del derecho, véase Langer (2018, pp. 27-31).

82 Un ejemplo de ello es la existencia de publicaciones locales centradas principalmente en el estudio del sistema norteamericano, a menudo sin considerar otras alternativas; v. gr., Bianchi (1998), Schiavo (2016), Harfuch (2021).

su problematización. La crítica, incluso, es en ocasiones señalada con sospecha como “antijuradista”, en cierta medida debido a que los argumentos que se esgrimen contra aquellos modelos fueron, en su momento, empleados para resistir el juicio por jurados en general como institución.⁸³

Langer (2018) ha señalado que la metáfora del “trasplante”⁸⁴ jurídico no es adecuada para capturar el fenómeno de la transferencia en las culturas jurídicas, puesto que evoca la irritante implantación en un cuerpo de algo “extraño” para el receptor, pero “adecuado” para el dador. Es una figura que no lograría dar cuenta de fenómenos como i) la importación parcial de una institución jurídica que en su lugar de origen tiene una aplicación más extensa o para casos diferentes; ii) el hecho de que una institución no puede trasladarse sin verse afectada por la estructura de sentido, disposiciones individuales, marcos institucionales y, en definitiva, la cultura jurídica del sistema receptor; y iii) el potencial transformador que la inclusión de una institución concreta puede implicar para la totalidad del sistema receptor (Langer, 2018, pp. 67-71). Por eso, propone, en su lugar, hablar de “traducción” de normas para dar cuenta de la *comparatividad* implicada en el “trasplante” sin sus connotaciones negativas, a la vez que ofrece espacio para explicar las diferencias textuales y lingüísticas, las transformaciones que ocurren durante la transferencia y los cambios que pueden experimentar las prácticas legales, lingüísticas y sociales de destino (Langer, 2018, pp. 71-75). Ahora bien, ya sea que hablemos de “importación”, “préstamo”, “trasplante” o “traducción”, la adopción de normas foráneas es problemática. Si bien existen buenas razones para el examen y la consideración del derecho comparado, ellas no son suficientes para su adopción devota.

Entre las razones que pueden invocarse para defender la práctica de la “importación” o “traducción” institucional, Rosenkrantz (2005, p. 79-82) señala las siguientes: i) la genealogía compartida que pueden tener distintos sistemas jurídicos; ii) el contexto, donde el “préstamo” institucional puede generar seguridad jurídica e incrementar la razonabilidad de las decisiones; iii) la confiabilidad de los procedimientos empleados para su adopción; y iv) razones ideológicas, es decir, para mostrar adhesión hacia ciertas ideas. Sin embargo, se ocupa de descartar la plausibilidad de estas razones —o, cuanto menos, su pretensión de corrección—. Así, por ejemplo, el argumento genealógico falla en cuanto se identifican características singulares de cada comunidad, que tornan

83 Véase, en este sentido, Harfuch (2012).

84 Noción que remonta a diversos trabajos de Alan Watson (1977, 1985, 1993, 1995, p. 335); véase Langer (2018, pp. 65-67).

irrelevante la genealogía común (pp. 84-86). Los demás elementos también son problemáticos como pauta de razonabilidad: ¿quién puede definir qué puntos del contexto se consideran relevantes para importar una institución?, ¿justifica la seguridad jurídica la soberanía cedida en favor de un orden jurídico foráneo?, ¿qué lugar ocupan las personas y relaciones jurídicas en la definición de un “problema jurídico”?, ¿qué queda de soberanía cuando se adhiere a ideologías cuya definición queda fuera del orden local?

En lo que a asuntos de diseño institucional-constitucional respecta —y el juicio por jurados es uno de ellos—, la importación jurídica adolece de un déficit de validación que afecta directamente a las razones en que se asienta democráticamente la autoridad, que no puede justificarse en la “deferencia” hacia el derecho de decisiones de otros Estados (Rosenkrantz, 2005, pp. 84-86).⁸⁵ En el apartado siguiente, se examinarán dos categorías de razones para implementar un sistema de jurados característico nacional.

4. Razones para construir deliberativamente un modelo vernáculo de jurado

Siempre que se esté interesado en *algo más* que importar un modelo extranjero, el legislador nacional se ve ante la compleja tarea de adoptar un estilo de juicio por jurados. Idealmente, debería dar cuenta de un diseño institucional del jurado que sea coherente con el objetivo que el propio órgano ha plasmado en el art. 23 del CPPF, esto es, la incorporación de la participación ciudadana. Pero, además de ello, el jurado instituido debe ser consistente también con la estructura política republicana de nuestro sistema constitucional, el debido proceso y el modelo acusatorio que atraviesa la reforma procesal.

4.1 Razones republicanas

Se comparte aquí con Rosenkrantz (2005, p. 78) la idea de que la adopción de un modelo institucional extranjero —convirtiéndolo en un “artículo de fe”—, así como la práctica de acudir al derecho extranjero frente a los problemas nuevos o dificultosos —en lugar de mirar hacia las propias tradiciones, experiencias y valores legales— son prácticas que impiden la construcción de una identidad y cultura institucional propias. Como explica López Medina (2004) en relación

85 En esta línea, el propio Alberdi (1943, pp. 250-253) —en sus *Bases*— prevenía que su propuesta de Constitución Nacional había intentado tomar lo mejor de los sistemas de derecho comparado y que, aun así, debía ser considerada un proyecto abstracto, un molde a partir del cual delinear una constitución.

con el conocimiento jurídico, las teorías que se generan en “lugares de producción” (p. 16) surgen en medios donde se producen discusiones argumentativas profundas y con intervención de círculos intelectuales e instituciones académicas que responden a circunstancias políticas, sociales y culturales propias. Esos ámbitos, en definitiva, constituyen “*ambientes hermenéuticos ricos*” (p. 16), donde existe un *background* común: un bagaje extratextual compartido, una experiencia sociocultural común y ciertos conocimientos presupuestos. Sin embargo, al trasladarse a “*sitios de recepción*” (p. 17), la teoría es acogida en “*ambientes hermenéuticos pobres*” (p. 17), donde la teoría local como regla es poco persuasiva, existe poca información contextual compartida sobre las estructuras subyacentes y se genera una comprensión subestándar. Esta descripción de los trasplantes teóricos propuesta por López Medina aparece enteramente aplicable a instituciones jurídicas concretas, como el juicio por jurados.

Claro que examinar la experiencia foránea ante problemas similares puede ser una herramienta útil, pero limitar el abordaje a la irreflexiva importación de doctrinas y experiencias no es coherente con un Gobierno republicano.⁸⁶

Más adelante se examinarán los inconvenientes prácticos de la importación jurídica. Ahora, quisiera enfocarme en la inconsistencia entre el ideal republicano —de raíz constitucional— y la importación de un modelo de juicio por jurados —sea o no el pretendidamente “puro”—. En efecto, la teoría política republicana brinda herramientas valorativas útiles para aproximarnos a estos problemas. Ciertamente, aludir a la idea de “republicanismo” de modo genérico es complejo, en tanto se trata de una tradición que es posible remontar a la antigüedad y en la que prácticamente cada autor que ha aportado a su conceptualización ha enfatizado matices diferentes. Por lo tanto, aunque una reconstrucción básica es necesaria, un estudio exhaustivo escapa al propósito de este trabajo.

Gargarella (2001, pp. 24-25) afirma que la nota central del republicanismo, respecto de la cual existe un consenso generalizado, es la defensa de la libertad.⁸⁷ El punto de partida puede situarse incluso en algo más abstracto, en una concepción de la *buena vida* que debe ser promovida y que es definida princi-

86 En términos generales, se acepta que la institución del jurado constituye un mecanismo “republicano” en el sentido que contribuye a la publicidad de los actos de gobierno (Maier, 2004, pp. 777, 783). El jurado también es visto como una protección de la libertad, en la medida en que constituye “la mejor protección del ciudadano ordinario contra acusaciones opresivas y tratamientos injustos” (Ashworth, 1968, p. 117).

87 En este sentido, véase Gargarella (2001, 2002); también Martí (2006), Pettit (1999), Lovett (2018).

palmente como una ciudadanía activa y una sana virtud cívica, por un lado, y en el rechazo de la corrupción que socava esas virtudes, por otro (Lovett, 2018). A su vez, dos son los elementos centrales del republicanismo: la oposición a la dominación o forma tiránica o elitista del poder y la confianza en la que los ciudadanos libres pueden ser virtuosos y defender así su propia libertad participando del gobierno (Martí, 2006, p. 244).

En este sentido, la filosofía política del republicanismo está empapada de un pensamiento sobre la *virtud política*⁸⁸ y de la defensa de ciertos valores cívicos indispensables para el logro de la libertad buscada, como la igualdad, la simplicidad, la prudencia, la honestidad, la benevolencia o el patriotismo. A ellos se oponen una serie de males sociales y vicios de conducta como la avaricia, el orgullo, la prodigalidad, la cobardía, el cinismo o el refinamiento, típicamente asignados a la monarquía (Gargarella, 2002, p. 15). Si nos interesa conocer qué tipo de jurado es más compatible con el republicanismo, podemos acudir a este modelo de republicanismo, puesto que en él cobra especial importancia el *procedimiento* de toma de decisiones públicas como forma de alcanzar el autogobierno. Este republicanismo pone el acento en tres ideas:

- a. *La idea de libertad, entendida como no dominación.* Para el republicanismo, la libertad tiene un carácter robusto y está políticamente situada: solo puede ser alcanzada en una comunidad autogobernada por sus ciudadanos. Por eso, otro rasgo fundamental del republicanismo es el ideal “anti-tiránico”, la defensa del “Estado libre” y un férreo rechazo a la dominación (Gargarella, 2002, p. 14). Desde la perspectiva republicana, no toda interferencia en nuestras decisiones constituye una intromisión ilegítima en la libertad, ni toda afectación de ésta se deriva necesariamente de la acción de terceros (Martí, 2006, p. 247). Existe la posibilidad de *dominación sin interferencia* y viceversa.⁸⁹ Por ello, la libertad política puede ser mejor entendida como

88 Montesquieu (2007, L. VI, C. IX, 1) señalaba, en este sentido, que el *terror* era el principio de gobierno del despotismo; el *honor*, el de la monarquía; y la *virtud política*, el de la república.

89 Dos ejemplos son frecuentemente empleados para señalar el lugar de la libertad como no dominación. El primero de ellos analiza el caso de un esclavo que sirve a un amo que generalmente es bondadoso. El amo puede disponer libremente de su tiempo y esfuerzo e incluso lastimarlo si le place, pero no lo hace. A su vez, el esclavo progresivamente reconoce el *timing* de su amo y logra que, cada vez, este sea más benevolente. En la medida en que el amo no interfiere en las decisiones diarias del esclavo, según una concepción negativa de la libertad entendida como no interferencia, el esclavo es libre. Conclusión que, a todas luces, es contraintuitiva. Otro caso es el de una colonia sometida al poder de un gran imperio, que le niega todo poder político y la gobierna de manera unilateral, aunque lo hace de manera benigna y sin ejercer todo el poder del que dispone. De tal manera, la colonia sufre escasas y raras interferencias del poder imperial. Sin embargo, los colonos se rebelan

una suerte de *relación estructural* que existe entre personas o grupos, antes que como un resultado contingente. La concepción neorepublicana de la libertad política apunta en esta dirección y define a la libertad como una suerte de independencia política: la condición de no ser sometido a ningún poder arbitrario e incontrolado, en otras palabras, no ser subordinado a ninguna forma de *dominación*. Es una idea de libertad entendida en términos relacionales, que pone el foco en una relación equilibrada entre libertad individual y social.

- b. *La idea de autogobierno como forma de alcanzar esa libertad.* El republicanismo necesita que el Estado carezca de poder para interferir arbitrariamente en la vida de las personas, y eso demanda que las facultades de interferencia estatal se encuentren sometidas al control popular.
- c. *La confianza en la virtud cívica.* Si se pretende una comunidad libre en los términos anteriores y capaz de autogobernarse, es necesario que el sistema político les asegure a todos la misma protección frente a la interferencia estatal, es decir, el mismo grado de libertad. Con esa libertad, es posible confiar en que todos los ciudadanos son idóneos para participar en la discusión de los asuntos públicos. Y, yendo un poco más allá, no sólo todos son idóneos, sino que, además, también son necesarias las visiones individuales. Cada ciudadano, con sus propias preferencias morales, hace a la identidad de la comunidad.

Así entendido, el republicanismo pretende alcanzar el mayor grado posible de libertad como no dominación, lo que requiere una activa participación política para su aseguramiento. A su vez, la forma de fomentar esa participación sin inmiscuirse en los planes de vida individuales —es decir, sin vulnerar el principio de inviolabilidad de la persona, que dio lugar a la crítica de “perfeccionista” al republicanismo clásico— no es mediante la promoción de determinados valores —aunque sí haya espacio para la educación cívica—, sino generando procedimientos de participación democrática. Esta perspectiva nos ofrece un punto de partida robusto para analizar críticamente la importación de modelos foráneos de juicio por jurados.

y logran independizarse, formando un Gobierno políticamente independiente que resulta ser más activo que el imperial: sanciona leyes e instituye políticas que interfieren más con la vida de la gente. Esto supondría una limitación de la libertad para quienes la entienden como no interferencia, llevando a la paradoja de afirmar que la comunidad era más libre con un Gobierno imperial que con autogobierno. Véase Lovett (2018).

Desde la óptica propuesta, puede advertirse cómo el juicio por jurados vehiculiza perfectamente los tres valores esenciales del republicanismo que han sido identificados antes. Parte de la consideración de que los jueces técnicos, como perfiles seleccionados en función de su formación y con mandatos prolongados, pueden convertirse en una forma de interferencia y dominación en la libertad. El juez, por muy imparcial e independiente que sea, no deja de ser un ciudadano dedicado profesionalmente a resolver casos: cuenta con su propio *set* de valores y sesgos y aplica sus propias preferencias morales en los intersticios que la ley no resuelve o donde deja espacio a la interpretación. El jurado también tiene que aplicar preferencias morales, pero presenta varias ventajas: lo hace sólo una vez, en grupos, tras un intercambio de opiniones y, en definitiva, refleja una síntesis de preferencias morales de más personas. El jurado canaliza así la aspiración republicana de autogobierno en el ámbito del Poder Judicial. Es la propia comunidad la que se imparte justicia a sí misma: de ese modo, las posibilidades de que se aparte de las expectativas normativas se minimizan. Y lo hace enfatizando la confianza en la virtud cívica: materializa la idea de que todos tenemos legitimidad —y la capacidad necesaria— para formar parte del órgano público que imparte justicia.

Además de lo dicho, la perspectiva republicana también permite comprender por qué la importación acrítica de un diseño institucional de jurados, frente a la enorme diversidad de posibilidades, puede ser un problema.

Un modelo de jurados que sea coherente con las exigentes expectativas políticas republicanas debe ser, en primer lugar, resultado de una decisión propia, local, pues adoptar modelos del derecho comparado a libro cerrado y trasladarlos a nuestro sistema —inyectándolos, yuxtaponiéndolos o haciéndolos encajar forzosamente— no es compatible con una comunidad libre en términos de no dominación,⁹⁰ que se da a sí misma sus normas. La confianza en la virtud cívica también implica considerar que el legislador local es capaz de alcanzar un diseño institucional propio, a la altura de las necesidades nacionales.

Ahora bien, ello no implica que la incorporación de una institución “importada” constituya, en sí misma, un despropósito. En el diseño de un sistema jurídico, resulta racional —e incluso prudente— considerar las experiencias acumuladas y las perspectivas de quienes han transitado previamente ese camino. De hecho, la adopción de una figura foránea puede ser compatible con el ideal republicano previamente delineado, siempre que se funda en un análisis crítico y se acompañe

90 Distinto es el caso en que una comunidad, informada acerca de las virtudes, problemas y sustento cultural, ideológico y teórico de una institución, *decida* adoptarla.

de un proceso de adaptación coherente con el entramado institucional receptor. Lo que vulnera dicho ideal no es la procedencia externa del instituto —en este caso, el juicio por jurados—, sino la ausencia de una mirada crítica que lo interroge desde los problemas, intereses y coordenadas culturales del contexto doméstico. En el ámbito procesal, esta cuestión reviste tal relevancia que ha motivado la consagración constitucional de la reserva legislativa en favor de las provincias.

Desde esta perspectiva, resulta particularmente llamativa la adopción casi uniforme de un mismo modelo de jurado por parte de las provincias. ¿Es verosímil sostener que once jurisdicciones deliberaron de manera rigurosa, autónoma y situada sobre la forma más adecuada de jurado para sus respectivos contextos, y que todas arribaron —por vías independientes— a un diseño estructuralmente idéntico? La hipótesis de una deliberación plural y contextualizada se debilita frente a la evidencia de una homogeneidad normativa que, lejos de expresar la diversidad institucional del federalismo argentino, parece responder a dinámicas de imitación legislativa, reproducción acrítica de modelos prefabricados o alineamientos político-legislativos que escapan al ideal deliberativo republicano. En lugar de reflejar procesos de adaptación reflexiva, dicha uniformidad sugiere la prevalencia de lógicas de conveniencia, simplificación o legitimación simbólica, antes que de una reflexión situada sobre los desafíos, intereses y coordenadas culturales propias de cada jurisdicción.

En esto consiste, entonces, la demanda del sistema republicano: si se pretende que el juicio por jurados materialice una forma de autogobierno, su estructura debe ser sensible a nuestras particularidades. Así, por ejemplo, si se admite que la corrupción política constituye en nuestro país un problema estructural, resultaría especialmente pertinente someter a juicio por jurados los delitos cometidos por funcionarios públicos. En tal caso, la configuración del sistema —incluidas las reglas sobre composición, integración y valoración de la prueba, entre otras— debería orientarse deliberadamente al mejor servicio de ese propósito, asegurando que el diseño institucional contribuya efectivamente a la rendición de cuentas y al fortalecimiento de la legitimidad democrática. De modo similar, la manera en que en nuestra cultura jurídica se define la imparcialidad demanda reglas específicas sobre los casos en los que se permite el cambio de jurisdicción del jurado. Otro tanto ocurre con la formación en violencia contra las mujeres que se exige a nivel nacional y provincial a todos los funcionarios públicos. Una mirada republicana demanda normas que reflejen los intereses locales.

¿Qué tipo de intereses locales pueden ser relevantes en este sentido? Podemos aquí detenernos brevemente en algunos otros ejemplos.

- a. *Rol de la dogmática penal.* Uno de ellos es la forma de compaginar el juicio por jurados con una cultura judicial que, en materia penal, recurre predominantemente a las reglas de imputación de la dogmática. Si nuestra tradición juridico-penal se ha construido en torno a conceptos centrales que no reconocen origen legal —nociones como dolo y sus variantes, imputación objetiva, diferencias entre justificación y exculpación, problemáticas relativas a la omisión o intervención delictiva, etc.—, es importante prever de qué manera este aparato conceptual —utilizado casi unánimemente por jueces técnicos— puede ser compatibilizado con instrucciones y veredictos de jurados populares.⁹¹ El riesgo de no hacerlo es la coexistencia de sistemas y criterios disímiles de juzgamiento, lo que puede atentar contra la igualdad ante la ley, el debido proceso, la defensa en juicio o la legalidad.
- b. *Juicio por jurados y perspectiva de géneros.* Otro ejemplo que ha tenido cierto recorrido en la jurisprudencia provincial se da respecto del mandato legal local de incorporar perspectiva de género en la actuación del Estado⁹² frente al carácter lego del jurado. Aquí pueden presentarse distintas decisiones: preservar el carácter lego del jurado y no instruirlo en la materia —lo que importaría no instruir al jurado en materia legislada— o bien tomar en consideración el mandato legal aludido y brindar instrucciones y capacitación al jurado en perspectiva de géneros, con el objetivo —entre otros— de reducir los sesgos que pudiera presentar.⁹³
- c. *Integración plural del juicio por jurados.* A diferencia de lo que ocurre en otros sistemas comparados, en nuestro país el tipo de representatividad del jurado es un asunto de central importancia. Esto se ha visto reflejado en las legislaciones provinciales, que han incluido reglas de paridad de género en la integración del jurado o han previsto la integración de jurados con miembros de comunidades indígenas cuando la víctima y el victimario pertenecan a la misma comunidad.⁹⁴

91 El juez Omar Palermo, ministro de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, ha destacado este problema y propuesto una forma de remediarlo incluyendo en las instrucciones al jurado las herramientas conceptuales imprescindibles para una adecuada aplicación de la teoría de la imputación (véase SCJMza, *Peteán Pocióvi*, 07/02/2020, voto del juez Omar Palermo).

92 Ley 27.499, “Ley Micaela”, BO 10/01/2019, cuyo art. 1 dispone: “Establécese la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres para todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación”.

93 Véase Villanueva y Stamile (2019). En la jurisprudencia, distintas posiciones al respecto pueden verse en SCJMza, *Tizza*, 08/01/2021.

94 Prevén la integración del jurado con paridad de género las provincias de Mendoza (Ley 9106, art.

4.2 Razones vinculadas al debido proceso

Así como la Constitución Nacional contempla la instauración del juicio por jurados para los asuntos criminales, también establece un conjunto de derechos y garantías propios del proceso penal e incorpora instrumentos internacionales de derechos humanos que exigen determinadas pautas para la conducción del enjuiciamiento de las personas en nuestro país. Esto implica que el juicio debe surgir de un proceso respetuoso de las garantías fundamentales, es decir, exige la “observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia”.⁹⁵ El debido proceso implica el establecimiento de límites concretos y claros al modo en que se llevan adelante los procesos criminales en tanto suponen la administración pública de penas.

Puesto en otras palabras, las ventajas en términos republicanos y democráticos que puede proveer el juicio por jurados no pueden ir en desmedro de las garantías fundamentales de los actores del proceso penal. Por eso, el diseño de juicio por jurados populares a adoptar por el Congreso de la Nación para el sistema federal no debe poner en peligro garantías como el plazo razonable, el derecho del acusado a un fallo razonado o el control de la sentencia condenatoria.

En términos de debido proceso legal —y como se abordó previamente en la sección dedicada a los límites del potencial democratizador del juicio por jurados— uno de los puntos más críticos surge al intentar compatibilizar veredictos inmotivados —usualmente atribuidos al “modelo clásico” de jurado— con un recurso efectivo, en los términos que exige la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y que ha sido reiteradamente reafirmado por la jurisprudencia interamericana y nacional. Un jurado que emite un veredicto de “culpable” o “no culpable”, sin fundamentar su decisión, plantea serias dificultades desde la perspectiva de las garantías procesales.

En el derecho penal, la motivación de las decisiones es una garantía esencial para asegurar que los fallos se basen en hechos y pruebas y no en prejuicios o percepciones subjetivas. Sin una explicación detallada, resulta imposible evaluar

6), Neuquén (Ley 2784, art. 198, inc. 6), Río Negro (Ley 5020, art. 193, inc. 6), Buenos Aires (Ley 14543, art. 2, vía inclusión del art. 338 *quater* inc. 6 al CPP); Chaco (Ley 7661, art. 3), Entre Ríos (Ley 10746, art. 4); Chubut (Ley XV 30, art. 22), Catamarca (Ley 5719, art. 2) y CABA (Ley 6451, art. 13). El jurado indígena descripto responde a la legislación procesal de Chaco (Ley 7661, art. 4), mientras que Río Negro (vía art. 193, inc. 6 de la Ley 5020) y Neuquén (vía art. 198, inc. 6 de su CPP y art. 109 de la Ley 2784) han dado lugar a jurados interculturales al prever que al menos la mitad del jurado debe pertenecer al entorno social y cultural del imputado (ver, al respecto, Harfuch et al., 2017, pp. 25-32).

95 Conf. CSJN, González, Miguel Ángel, 17/09/2019 (Fallos: 342:1501).

si el jurado aplicó correctamente los principios y reglas jurídicas, lo que limita la transparencia del proceso. Además, la ausencia de motivación impide que se ejerza plenamente el derecho a la revisión integral de la sentencia —el “doble conforme”—, ya que un tribunal revisor no puede analizar los razonamientos del jurado, como sí sucede con las decisiones de jueces técnicos, quienes están obligados a justificar sus fallos.⁹⁶ Esta disparidad puede generar desigualdad, ya que los condenados por jurado enfrentan restricciones en la revisión que no afectan a las sentencias de jueces técnicos, limitando el examen exhaustivo de la prueba a un control superficial, orientado solo a detectar arbitrariedades manifiestas. Tal situación plantea una posible infracción al principio de igualdad ante la ley, dado que las personas condenadas tendrían distintas posibilidades de revisión o corrección de posibles errores judiciales en función del tipo de proceso aplicado.

Por esas razones, especialmente en este ámbito parece necesario delinear un sistema de jurados en el orden federal que esté a la altura de los estándares que demanda el debido proceso. La alternativa menos recomendable parece ser la adopción del jurado con veredicto inmotivado. El desafío, en este punto, debe ser objeto de estudio detallado y de decisiones debidamente deliberadas de los órganos legislativos, quienes deberían evaluar en profundidad la mejor forma de integrar estos mecanismos de motivación en el jurado.

Aquí puedo limitarme a señalar que existen al menos dos formas de abordar este problema, desde cada uno de sus dos extremos: el juicio y su revisión.

Desde el extremo del *juicio y el veredicto* del jurado, es posible conservar la autoridad del veredicto sin exigirle al jurado el mismo tipo de fundamentación que se espera de los jueces técnicos. La fuerte y valiosa confianza en la decisión del jurado popular en que se asienta el veredicto como *black box* puede mantenerse sin resignar la debida motivación —expresa— de la decisión. Para ello existen variedad de herramientas: poner a disposición del jurado formularios claros en los que deban completar la valoración que realizan de cada prueba, las premisas fácticas que consideran o no acreditadas en función de ellas y los elementos típicos del delito que encuentran o no probados; o las razones por las cuales consideran culpable o no al acusado; o grabarse las deliberaciones. Otra alternativa podría ser el uso de tecnologías de registro que le permitan al jurado almacenar sus evaluaciones sobre cada elemento probatorio y su incidencia en el veredicto final. En esta línea, podría implementarse también un formato de

96 Véase Villanueva (2021, pp. 846-850).

“voto de síntesis”, en el que los jurados indiquen mediante una votación privada su respaldo o desacuerdo en puntos clave del caso, sintetizando así la postura mayoritaria del jurado y facilitando la revisión de los aspectos relevantes sin demandar una motivación extensiva.

La otra alternativa se enfoca en el extremo del *recurso de casación* y las facultades del tribunal frente a un eventual veredicto inmotivado. Desde aquí puede, por caso, conformarse un jurado de revisión —esto es, uno que cuente con la misma legitimidad democrática que el jurado de juicio—. Esta revisión también podría llevarse a cabo mediante un panel mixto en el que, además de jueces técnicos, participen ciudadanos como jurados revisores, dotando al proceso de una legitimidad equivalente a la del veredicto original. Adicionalmente, se podría dotar legalmente al tribunal de un conjunto de estándares de revisión para los veredictos inmotivados, que orienten a los jueces en la evaluación de la prueba mediante criterios interpretativos democráticamente definidos. De este modo, el tribunal no se limitaría a casos de manifiesta arbitrariedad, sino que podría realizar un examen profundo del cuadro probatorio en los puntos que la defensa señale como críticos, reforzando así la transparencia sin desvirtuar el carácter democrático del jurado.

5. Conclusiones

El nuevo CPPF deja abierta la cuestión acerca de la incorporación de la participación ciudadana en el proceso penal. A lo largo de estas reflexiones, ha sido posible sostener que el fundamento de este precepto está directamente asociado a la necesidad de dotar de un fundamento democrático al Poder Judicial. Se han identificado distintas fuentes estructurales de déficits de legitimidad que presenta el Poder Judicial y, frente a ese escenario, se ha explorado el potencial y los límites de las herramientas democrático-deliberativas en general, y del jurado en particular, para afrontar una solución general.

El carácter distintivo del juicio por jurados es introducir un modelo participativo que involucra directamente a los ciudadanos en el proceso judicial. Esta transformación está orientada a mejorar la legitimidad y transparencia del sistema judicial, promoviendo una mayor confianza en las decisiones judiciales tomadas por un grupo de pares de la sociedad. Sin embargo, la implementación de este sistema presenta desafíos en términos de capacitación, infraestructura y adaptación cultural, que deben ser abordados para asegurar su efectividad y aceptación.

En este orden, se ha sostenido que ni la Constitución de la Nación Argentina ni el CPPF constriñen al legislador futuro a adoptar un modelo de jurados en particular, de modo que el Congreso de la Nación conserva libertad para diseñar un sistema que responda a las necesidades y particularidades locales. Esto pone de relevancia la necesidad de un enfoque adaptativo y contextualizado en el diseño del juicio por jurados, que pueda evolucionar con el tiempo y responder a las dinámicas cambiantes de la sociedad y del sistema judicial.

Para contribuir a ello, se han identificado los elementos centrales que definen el diseño del juicio por jurados y se han examinado las alternativas para el legislador. Se ha enfatizado la necesidad republicana de adoptar un modelo de juicio por jurados que sea acorde a nuestras necesidades e identidad, que respete las exigencias de autonomía que emanan del principio republicano de gobierno y que no comprometa los derechos y garantías nucleares de nuestro sistema constitucional y de nuestra cultura jurídica.

Los contextos históricos, culturales y legales no deben ser indiferentes en el diseño de la regulación procesal. En el sistema de justicia federal, la adopción del juicio por jurados requiere ajustes normativos y operativos para no perder de vista las particularidades locales, buscando un equilibrio entre los beneficios del enjuiciamiento por jurados y los logros alcanzados en otras materias, como la revisión amplia en doble instancia o la incorporación de perspectiva de género en la administración de justicia.

Bibliografía

- Alberdi, J. B. (1943 [1852]). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Ediciones Estrada.
- Álvarez, L. (2015). Judicialización de la política y soberanía popular: Sobre el estatuto político de las resoluciones judiciales. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, (108), 95-110. <https://doi.org/10.4000/rccs.6122>
- Anitua, G. I. (2017). *Jueces, fiscales y defensores*. Didot.
- Ashwort, A. (1988). Criminal Justice and the Criminal Process. *The British Journal of Criminology*, 28(2), 111-123. <https://www.jstor.org/stable/23637375>
- Atria, F. (1999). Legal Reasoning and Legal Theory Revisited. *Law and Philosophy*, 18(5), 537-577. <https://www.jstor.org/stable/3505144>
- Avaro, D. (2014). El sorteo y la democracia: ¿son posibles nuevos horizontes de complementariedad con la representación? *Revista Encrucijada Americana*, 6(2), 115-130. <https://doi.org/10.53689/ea.v6i2.70>

- Bello Hutt, D. (2016). Measuring popular and judicial deliberation: A critical comparison. *I • CON*, 16(4), 1121-1147. <https://doi.org/10.1093/icon/moy085>
- Benedetti, M. A. y Sáenz, M. J. (2016). *Las audiencias públicas de la Corte Suprema. Apertura y límites de la participación ciudadana en la justicia*. Siglo XXI.
- Benente, M. (2018). *(¿)Rendición de cuentas(?) Jueces y juezas denunciados/as en el Consejo de la Magistratura*. Universidad Nacional José Clemente Paz/EDUNPAZ. <https://edunpaz.unpaz.edu.ar/OMP/index.php/edunpaz/catalog/book/20>
- Bercholz, J. (2008). El juicio por jurados y sus beneficios. En Bercholz, J. (Dir.), *El Estado y la emergencia permanente* (pp. 443-456). Lajouane.
- Berlin, I. (2002 [1969]). Two Concepts of Liberty. En Hardy, H., *Incorporating Four Essays on Liberty* (pp. 166-217). Oxford University Press.
- Berman, M. N. (2011). Constitutional Interpretation: Non-originalism. *Philosophy Compass*, 6(6), 408-420. <https://doi.org/https://doi.org/10.1111/j.1747-9991.2011.00406.x>
- Bernales Rojas, G. (2021). El tribunal por jurado y el principio democrático. En Vallespín Pérez, D. (Coord.), *25 años del tribunal del jurado. Necesidad de reforma e influencia en el área iberoamericana* (pp. 135-148). Juruá.
- Bianchi, A. B. (1998). *El juicio por jurados. La participación popular en el proceso*. Ábaco.
- Bickel, A. (1962). *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Bobbs-Merrill.
- Binder, A. y Harfuch, A. (Dir.) (2016). *El juicio por jurados en la jurisprudencia nacional e internacional. Sentencias comentadas y opiniones académicas del common law, del civil law y de la Corte Europea de Derechos Humanos*. Ad-Hoc.
- Bruzzone, G. A. (2016). El juicio por jurados y la posibilidad de controlar la ley anulándola: el jury nullification. En Binder, A. M. y Harfuch, A. (Dir.), *El juicio por jurados en la jurisprudencia nacional e internacional. Sentencias comentadas y opiniones académicas del common law, del civil law y de la Corte Europea de Derechos Humanos* (pp. 277-292). Ad Hoc.
- Bulygin, E. (2005). Creación y aplicación del derecho. En Atria, F., Bulygin, E., Moreso, J. J., Navarro, P., Rodríguez, J. L. y Ruiz Manero, J., *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial* (pp. 29-44). Marcial Pons.
- Burns, R. P. (2016). Popular Sovereignty and the Jury Trial. *Oñati Socio-Legal Series*, 6(2), 334-343. <http://ssrn.com/abstract=2765477>
- Cárcova, C. M. (2009). ¿Hay una traducción correcta de las normas? *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*, III(4), 33-42. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4357886>
- Carnevali Rodríguez, R. (2021). El juicio por jurados como expresión de la democratización de la administración de justicia. Una atención especial al estándar de la duda razonable. En Vallespín Pérez, D. (Coord.), *25 años del tribunal del jurado. Necesidad de reforma e influencia en el área iberoamericana* (pp. 107-122). Juruá.
- Cavallero, R. J. y Hendler, E. S. (1988). *Justicia y participación. El juicio por jurados en materia penal*. Editorial Universidad.
- Cianciardo, J. (2018). Populismo y rule of law. *República y Derecho*, (IV), 1-31. <https://revistaryd.derecho.uncu.edu.ar/index.php/revista/article/view/159>
- Constant, B. (2013 [1819]). Sobre la libertad de los antiguos comparada a la de los modernos. *Libertades, Revista de derecho y ciencias sociales*, (3), 83-95.

- Conti Gómez, M. E. y Toledo, A. (2014). El juicio por jurados como democratización de la administración de la justicia. *Infojus Derecho Penal*, I(3), 89-111.
- Contreras Rojas, C. (2021). Juicio al jurado: análisis crítico de una decisión inmotivada. En Vallespin Pérez, D. (Coord.), *25 años del tribunal del jurado. Necesidad de reforma e influencia en el área iberoamericana* (pp. 149-160). Juruá.
- Cucchi, L. (2022). Los jurados populares en Argentina (1868-1874). El problema de la democracia como participación del pueblo en el gobierno. *Historia y Memoria*, (24), 79-117. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=325172668004>
- Donini, M. (2015). *Poder Judicial y ética pública. La crisis del legislador y de la ciencia penal en Europa*. BdeF.
- Driscoll de Alvarado, B. (2005). *La controversia del aborto en Estados Unidos*. UNAM – CISAN.
- Duff, A. (2014). La ley, el lenguaje y la comunidad: algunas pre-condiciones de la responsabilidad penal. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, (15), 1-16. <https://revistajuridica.utdt.edu/ojs/index.php/ratj/article/view/94>
- Duff, P. (2001). The limitations on trial by jury. *Revue internationale de droit pénal*, 72(1-2), 603-609. <https://droit.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2001-1-page-603?lang=en>
- Duquelsky Gómez, D. J. (2018). La falsa dicotomía entre garantismo y activismo judicial. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (41), 193-209. <https://doi.org/10.14198/DOXA2018.41.10>
- Erbetta, D. (2017). Democratización de la justicia y participación ciudadana. El juicio por jurados populares. En Letner, G. y Piñero, L. (Coords.), *Juicio por jurados y procedimiento penal* (pp. 151-167).
- Feoli, M. (2014). Judicialización de la política y activismo judicial: ¿de qué estamos hablando? - *Anuario Facultad de Derecho - Universidad de Alcalá*, (VII), 1-28. <http://hdl.handle.net/10017/21856>
- Fernández López, M. (2021). Deliberación y motivación del veredicto. Las facultades del magistrado-presidente del tribunal del jurado. *InDret*, (1), 355-376.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón*. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2011a). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (34), 15-53. <https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.02>
- Ferrajoli, L. (2011b). El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (34), 311-360. <https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.19>
- Ferrajoli, L. (2012). El constitucionalismo entre principios y reglas. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (35), 791-817. <https://doi.org/10.14198/DOXA2012.35.33>
- Ferrajoli, L. (2020). Argumentación interpretativa y argumentación equitativa: contra el creacionismo judicial. *Teoría y Derecho*, (40), 65-95. <https://teoriayderecho.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/view/456>
- Ferrer Beltrán, J. (2020). Sobre el deber de motivación de las decisiones probatorias y el juicio por jurados. La sentencia V.R.P., V.P.C y otros vs. Nicaragua de la CorteIDH. *Quaestio Facti, Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, (1), 359-382. https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i0.22381
- Ferrer, C. (2014). La cuestión de la fundamentación de la sentencia, jurado puro vs. jurado mixto. *Revista de Derecho Procesal Penal Rubinza-Culzoni*, (II), 111-122.

- Fischer, G. (2018). *El origen del jurado como detector de mentiras*. Marcial Pons.
- Gama, L. (2022). Manuel Atienza, el activismo judicial y el consejo de Circe. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (46), 161-176. <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.46.09>
- Gándara Pizarro, J. y Gándara Pizarro, F. (2022). Lawfare. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (22), 267-287. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6816>
- García Jaramillo, L. (2016). *Neoconstitucionalismo, activismo judicial y dogmática de márgenes de acción*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Gargarella, R. (16 de diciembre de 2020). Por qué el “lawfare” es un cuento. *Diario Clarín*.
- Gargarella, R. (2022). El derecho al aborto según “Dobbs”. Originalismo y mayoritarismo, en fallidas dosis. *Revista Pensamiento Penal*, (429), 1-9.
- Gargarella, R. (2001). El republicanismo y la filosofía política contemporánea. En Borón, A. (Comp.), *Teoría y filosofía política. La tradición clásica y las nuevas fronteras* (pp. 23-43). CLACSO. <https://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20100613042507/3gargare.pdf>
- Gargarella, R. (2002). La política del republicanismo: vida pública y libertad de expresión. *Lecturas y ensayos*, (77), 13-33. https://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/pub_lye_numeros_77.php
- Gargarella, R. (2016). El lugar del pueblo en el derecho penal. En Gargarella, R. y Pastor, D. R. (Dir.), *Constitucionalismo, garantismo y democracia. Puentes dialógicos entre el derecho constitucional y el derecho penal* (pp. 15-48). Ad-Hoc.
- Giuffré, C. I. (2023). El constitucionalismo fuerte en la encrucijada. El constitucionalismo deliberativo como salida. *Revista de Derecho Político*, (118), 289-314. <https://doi.org/10.5944/rdp.118.2023.39106>
- Giuffré, C. I. (2023). Hacia un constitucionalismo dialógico. Una defensa del control judicial de la deliberación democrática en el procedimiento legislativo. En Martínez Cinca, C. D. y Scivoletto, G. (Comps.), *Estado de derecho y legitimidad democrática. Perspectivas, problemas y propuestas* (pp. 31-57). Editores del Sur.
- Goldschmidt, J. (2016). *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y enero, febrero y marzo de 1935*. BdeF.
- Guarnieri, C. y Pederzoli, P. (2002). *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy*. Oxford University Press.
- Hans, V. P. (2008). Jury Systems Around the World. *Cornell Law Faculty Publications*, 1(1), 276-297. <https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/305>
- Hans, V. P. (2014). ¿Cuál es la diferencia que hace un jurado? En Hans, V. y Gastil, J., *El Juicio por Jurados. Investigaciones sobre la Deliberación, el Veredicto y la Democracia* (pp. 21-45). Ad-Hoc.
- Harfuch, A. (2012). Inmotivación, secreto y recurso amplio en el juicio por jurados clásico. *Infojus Derecho Penal*, I(3), 113-150.
- Harfuch, A. (2021). *La unanimidad de los veredictos del jurado. Libro homenaje al fallo “Ramos vs. Louisiana” de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos*. Ad-Hoc.
- Harfuch, A. y Penna, C. (2016). El juicio por jurados en el continente de América. *Sistemas Judiciales*, 17(21), 112-120. <https://inecip.org/wp-content/uploads/Revista-Sistemas-Judiciales-N-21-3.pdf>
- Hart, H. L. A. (1990 [1959]). *El concepto del derecho*. Abeledo-Perrot.
- Helmholz, R. H. (1983). The Early History of the Grand Jury and the Canon Law. *The Uni-*

- versity of Chicago Law Review, 50(2), 613-627. https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2484&context=journal_articles
- Ivkovic, S. K. (2007). Exploring Lay Participation in Legal Decision-Making: Lessons from Mixed Tribunals. *Cornell International Law Journal*, 40(2), 429-453. <https://scholarship.law.cornell.edu/cilj/vol40/iss2/4>
- Jackson, J. D. y Kovalev, N. P. (2006). *Lay Adjudication and Human Rights in Europe*.
- Jackson, J. D. y Kovalev, N. P. (2016). Lay Adjudication in Europe: The Rise and Fall of the Traditional Jury. *Oñati Socio-Legal Series*, 6(2), 368-395.
- Jimeno-Bulnes, M. y Hans, V. (2021). Legal Interpreter for the Jury: The Role of the Clerk of the Court in Spain. *Oñati Socio-Legal Series*, 6(2), 197-215.
- Kennedy, D. (2016). *A World of Struggle: How Power, Law and Expertise Shape Global Political Economy*. Princeton University Press.
- Kittrie, O. F. (2016). *Lawfare: Law as a Weapon of War*. Oxford University Press.
- Klein, K. S. (2015). Comparative Jury Procedures. *Louisiana Law Review*, (76), 448-480. <https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol76/iss2/7>
- Langer, M. (2018). De los trasplantes legales a las traducciones legales: la globalización del plea bargaining y la tesis de la “americanización” en el proceso penal. *Revista Discusiones*, 21(1), 25-134. <https://doi.org/10.52292/j.dsc.2018.2235>
- Lavin, R. (Dir.). (2016). *Situación de la independencia judicial en Argentina*. Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/08/miscelaneas43917.pdf>
- Leiter, B. (1995). Legal indeterminacy. *Legal Theory*, (1), 481-492. <https://doi.org/10.1017/S1352325200000227>
- Letner, G. y Piñero, L. (Coords.) (2017). *Juicio por jurados y procedimiento penal*. Jusbaire.
- Lindquist, S. A. y Cross, F. B. (2009). *Measuring Judicial Activism*. Oxford University Press.
- Lopera Mesa, G. P. (2001). La problemática legitimidad de la justicia constitucional. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, (5), 227-256.
- López Guerra, L. (1997). La legitimidad democrática del juez. *Cuadernos de derecho público*, (1), 43-76.
- López Medina, D. E. (2004). *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Legis.
- López Medina, D. E. (2006). *El derecho de los jueces*. Legis.
- Lovett, F. (2021). Republicanism. En Zalta, E. N. y Nodelman, U. (Eds.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. <https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/republicanism/>
- Lozada, A. (2018). Activismo judicial y derechos sociales: un enfoque postpositivista. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (41), 211-226. <https://doi.org/10.14198/DOXA2018.41.11>
- MacCormick, N. (1994). *Legal Reasoning and Legal Theory*. Clarendon Press.
- Maier, J. B. J. (2004). *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos*. Editores del Puerto.
- Maier, J. B. J. (2011). *Derecho Procesal Penal. Tomo III. Parte general. Actos procesales*. Editores del Puerto.
- Marder, N. S. (2011). An Introduction to Comparative Jury Systems. *Chicago-Kent Law Review*, 86(2/3), 453-466. <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol86/iss2/3>
- Marder, N. y Hans, V. P. (2016). Introduction to Juries and Mixed Tribunals across the Globe:

- New Developments, Common Challenges and Future Directions. *Oñati Socio-Legal Series*, 6(2), 163-178. <http://ssrn.com/abstract=2785708>
- Martí, J. L. (2006). *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*. Marcial Pons.
- Martí, J. L. (2007). Republicanismo y Democracia: Principios básicos de una República Deliberativa. En Arango, R. (Ed.), *Filosofía de la Democracia. Fundamentos Conceptuales* (pp. 147-166). Siglo del Hombre Editores.
- McKillop, B. (2006). Review of Convictions after Jury Trials: The New French Jury Court of Appeal. *Sydney Law Review*, (28), 343-358. <https://ssrn.com/abstract=920324>
- Montesquieu, C. L. S. (2007 [1748]). *El espíritu de las leyes*. Tecnos.
- Muñoz Aranguren, A. (2011). La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación. *InDret*, (2), 1-39.
- Nino, C. S. (1992). *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Astrea.
- Nino, C. S. (1993). Derecho, moral, política. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (14), 35-46. <https://doi.org/10.14198/DOXA1993.14.02>
- Nino, C. S. (1997). *La constitución de la democracia deliberativa*. Gedisa.
- Olivares, E. (2013). En defensa de un modelo dialógico deliberativo del Control Judicial de Constitucionalidad. *Cuadernos de Doctrina Judicial de la Provincia de La Pampa*, 3(12), 105-132.
- Pereira Coutinho, L., La Torre, M. y Smith, S. D. (2015). *Judicial Activism. An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*. Springer.
- Pettit, P. (1999). *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Paidós.
- Pettit, P. y Braithwaite, J. (2015). *No sólo su merecido. Por una justicia penal que vaya más allá del castigo*. Siglo XXI.
- Puga, M. (2014). El litigio estructural. *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, I(2), 41-82.
- Racimo, F. M. (2015). El activismo judicial: sus orígenes y su recepción en la doctrina nacional. *Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés*, (2), 88-155. <https://revistasdigitales.udes.edu.ar/index.php/revistajuridica/article/view/93>
- Romano, S. (2022). De la guerra psicológica al lawfare en América Latina. *Revista Tlatelolco. Democracia democratizante y cambio social, UNAM, PUEDJS*, 1(1), 88-111.
- Roosevelt III, K. (2006). *The Myth of Judicial Activism: Making Sense of Supreme Court Decisions*. Yale University Press.
- Rosenkrantz, C. F. (2005). En contra de los “Préstamos” y de otros usos “no autoritativos” del derecho extranjero. *Revista de la Universidad de Palermo*, 6(1), 71-96.
- Roth, L. (2012). Desmalezando la discusión sobre la democracia y la participación ciudadana en el proceso penal. *Infojus Derecho Penal*, I(3), 205-222.
- Saleme, C. y Bazet Viñas, B. (2022). *El problema de la selección de jueces y juezas en Argentina. Una mirada hacia el interior del Consejo de la Magistratura*. ADC – Tinker Foundation. <https://adc.org.ar/wp-content/uploads/2022/10/ADC-El-problema-de-la-seleccion-de-jueces-y-juezas-en-Argentina-1.pdf>
- Sánchez Gavier, S. y Villanueva, C. (2019). Algunos comentarios críticos al fallo “Canales” de la CSJN sobre el juicio por jurados en la provincia de Neuquén. *ElDial*, DC 2859.
- Schiavo, N. (2016). *El juicio por jurados. Análisis jurisprudencia y doctrinal*. Hammurabi.

- Sieder, R., Schjolden, L. y Angell, A. (2005). *The judicialization of politics in Latin America*. Palgrave Macmillan.
- Sierra Caballero, F. (2022). Lawfare y guerra mediática. En Ramina, L. (Ed.), *Lawfare en América Latina: a guerra jurídica no contexto da guerra híbrida* (pp. 171-195). Íthala.
- Silva Sánchez, J. M. (2008). La interpretación de las leyes y la cultura de los juristas. En Montea-
legre Lynett, E. y Caro John, J. A. (Eds.), *El sistema penal normativista en el mundo contemporá-
neo. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario* (pp. 201-213). Universidad
Externado de Colombia.
- Silva Sánchez, J. M. (27/11/2023). El neolenguaje de la “judicialización de la política”. *Diario
ABC*.
- Smulovitz, C. (2022). Del “descubrimiento de la ley” al “lawfare” o cómo las uvas se volvieron
amargas. *Revista SAAP*, 16(2), 231-259. <https://doi.org/10.46468/rsaap.16.2.A1>
- Sosa Sacio, J. M. (2018-2019). Justicia constitucional dialógica: algunos mecanismos o estrate-
gias que favorecen la legitimación democrática de los tribunales constitucionales. *Anuario
de Investigación del CICAJ*, 439-456.
- Spector, H. (2013). Un sistema democrático de control de constitucionalidad. *Revista Argenti-
na de Teoría Jurídica*, 14(2), 275-289. [https://revistajuridica.utdt.edu/ojs/index.php/ratj/
article/view/363](https://revistajuridica.utdt.edu/ojs/index.php/ratj/article/view/363)
- Stattel, J. A. (2019). Legal culture in the danelaw: A study of III Æthelred. *Anglo-Saxon England*,
48, 163-203. <https://doi.org/10.1017/S0263675121000065>
- Torres, L. F. (2013). El Activismo Judicial en la era Neoconstitucional. *Iuris Dictio*, (15), 65-80.
<https://doi.org/10.18272/iu.v13i15.716>
- Turner, R. V. (1968). The Origins of the Medieval English Jury: Frankish, English, or Scandi-
navian? *Journal of British Studies*, 7(2), 1-10.
- Urquiza, M. I. (2009). *La fundamentación del juicio por jurados en los discursos constitucionales y
legislativos en Córdoba: contrastes con las miradas teóricas*. XXVII Congreso de la Asociación
Latinoamericana de Sociología - VIII Jornadas de Sociología de la Universidad de Buenos
Aires, Asociación Latinoamericana de Sociología, 1-16. [https://cdsa.aacademica.org/000-
062/766.pdf](https://cdsa.aacademica.org/000-062/766.pdf)
- Vega, J. (2018). Límites de la jurisdicción, concepciones del Derecho y activismo judicial.
DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (41), 123-150. [https://doi.org/10.14198/
DOXA2018.41.07](https://doi.org/10.14198/DOXA2018.41.07)
- Vernengo Pellejero, N. C. (2021). *La institución del jurado y su inspiración anglosajona: la formación
del jurado en España y en los Estados Unidos de América*. En Vallespín Pérez, D. (Coord.), *25
años del tribunal del jurado. Necesidad de reforma e influencia en el área iberoamericana* (pp. 43-
56). Editorial Juruá.
- Villanueva, C. (2021). Sesgos implícitos y juicio por jurados. *Revista Jurídica Cesumar*, 21(3),
835-863. <https://doi.org/10.17765/2176-9184.2021v21n3p835-863>
- Villanueva, C. y Stamile, N. (2019). Algunas reflexiones sobre el juzgamiento de la violencia
contra las mujeres con perspectiva de género y los diseños procesales penales: el caso de jui-
cio por jurados en la provincia de Córdoba (Argentina). *IusInkarri*, 8(8), 399-423. [https://
doi.org/10.31381/iusinkarri.vn8.2733](https://doi.org/10.31381/iusinkarri.vn8.2733)
- Watson, A. (1977). *Society And Legal Change*. Scottish Academic Press.

Watson, A. (1985). *Evolution of Law*. Johns Hopkins University Press.

Watson, A. (1993). *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. University of Georgia Press.

Watson, A. (1995). Aspects of Reception of Law. *American Journal of Comparative Law*, (44), 335.

Zaffaroni, E. R., Caamaño, C. y Wegh Weiss, V. (2020). *¡Bienvenidos al lawfare! Manual de pasos básicos para demoler el derecho penal*. Capital Intelectual.

Jurisprudencia citada

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), V.R.P., V.P.C. y otros vs Nicaragua, 08/03/2018 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado – impugnación extraordinaria, 02/05/2019 (Fallos 342:697).

Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), González, Miguel Ángel, 17/09/2019 (Fallos 342:1501).

Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), Sejean, Juan Bautista c/ Ana María Zaks de Sejean, 27/11/1986, Fallos 308:2268).

Suprema Corte de Justicia de Mendoza, (SCJMza), Peteán Pocoví, 07/02/2020.

Suprema Corte de Justicia de Mendoza, (SCJMza), Tizza, 08/01/2021.

Corte Suprema de Estados Unidos (USSC), *Apodaca vs. Oregon*, 10/01/1972 (N° 406, U.S. 404).

Corte Suprema de Estados Unidos (USSC), *Balley vs. Georgia*, 21/03/1978 (N° 435, U.S. 223).

Corte Suprema de Estados Unidos (USSC), *Dobbs vs. Jackson Women's Health Organization*, 24/06/2022 (N° 19-1392, U.S. 597).

Corte Suprema de Estados Unidos (USSC), *Johnson vs. Louisiana*, 10/01/1972, (N° 406, U.S. 356).

Corte Suprema de Estados Unidos (USSC), *Marbury vs. Madison*, 01/02/1803 (N° 5, U.S. 137).

Corte Suprema de Estados Unidos (USSC), *Roe vs. Wade*, 13/12/1973 (N° 410, U.S. 113).

Corte Suprema de Estados Unidos (USSC), *Thompson vs. Utah*, 25/04/1898 (N°170, U.S. 343).

Corte Suprema de Estados Unidos (USSC), *United States vs. Dougherty*, 30/06/1972 (N° 473, F.2d 1113).

Corte Suprema de Estados Unidos (USSC), *Williams vs. Florida*, 22/06/1970 (N° 399, U.S. 78).

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 CONSTITUCIÓN NORTEAMERICANA Y LA PROTECCIÓN CONTRA LEYES *EX POST-FACTO*: UNA INFUNDADA LIMITACIÓN

Emmanuel Catardo

Universidad Católica Argentina. Universidad de Salamanca

ecatardo@gmail.com

<https://doi.org/10.26422/RJA.2025.0602.cat>

Recibido: 04/09/2025

Aceptado: 01/12/2025

Resumen

El itinerario doctrinal de la cláusula *ex post-facto* en la Constitución norteamericana revela la fragilidad de ciertos dogmas aceptados sin escrutinio. Este estudio indaga si la limitación de dicha cláusula al ámbito penal —consagrada por la Corte Suprema en *Calder v. Bull* (1798)— halla fundamento real en la tradición del derecho inglés o si, por el contrario, deriva de una interpretación ulterior, convertida en dogma por la conjunción de un error judicial y el aval de dos prestigiosos juristas.

Para contestar esta inquietud, que luego de más de dos siglos parece herética, el trabajo se interna en las fuentes del *common law*. La lectura en profundidad de los textos antiguos muestra un uso amplio y no especializado del término *ex post-facto*, aplicado indistintamente a materias civiles y procesales. El examen filológico confirma también que la expresión latina carece de sentido penal alguno y que su ulterior restricción constituye una innovación doctrinal, ajena a esa tradición.

También se revisan los debates de los constituyentes y de las convenciones estatales: en ellos no se advierte una noción técnica del término. Algunos delegados invocaron un supuesto significado jurídico; otros, el uso corriente; pero no surge de las palabras de ambos una intención común, claramente definida, de reducir la cláusula a las leyes penales.

De todo ello se sigue que la interpretación fijada en *Calder v. Bull* no procede de la tradición del derecho inglés ni del pensamiento constitucional originario. Es una elaboración judicial incompleta que, además de un daño general, ha desvirtuado uno de los principios más antiguos del derecho —aquel que veda a la ley retroceder sobre el pasado— y que ha generado la necesidad de erigir toda una pesada teoría sobre la distinción entre leyes penales y civiles, relegando el problema de la retroactividad a un simple elemento dentro del análisis del debido proceso y de figuras análogas, en lugar de ocupar el lugar central que le corresponde.

Palabras clave: retroactividad, *common law*, *ex post facto*, leyes retroactivas.

The US Constitution and Protection against Ex Post Facto Laws: An Unfounded Limitation

Abstract

The doctrinal itinerary of the *ex post-facto* clause in the U.S. Constitution reveals the fragility of certain dogmas accepted without scrutiny. This study inquires whether the limitation of that clause to the criminal sphere—established by the Supreme Court in *Calder v. Bull* (1798)—finds genuine foundation in the tradition of English law or whether, on the contrary, it derives from a later interpretation that became dogma through the conjunction of a judicial error and the endorsement of two eminent jurists.

To address this question, which after more than two centuries may seem heretical, the work turns to the sources of the Common Law. A close reading of the early texts reveals a broad and non-specialized use of the term *ex post-facto*, applied indiscriminately to civil and procedural matters. The philological analysis likewise confirms that the Latin expression bears no inherent penal meaning, and that its later restriction constitutes a doctrinal innovation foreign to that tradition. The debates of the Constitutional Convention and of the state conventions are also examined: within them, no technical notion of the term can be discerned. Some delegates invoked a supposed legal meaning; others, its common usage; yet from neither group's words emerges a clearly defined and shared intent to confine the clause to criminal laws.

From all this it follows that the interpretation fixed in *Calder v. Bull* does not proceed from the tradition of English law nor from the original constitutional understanding. It is an incomplete judicial elaboration which—beyond its general harm—has distorted one of the most ancient principles of law: that which forbids legislation from reaching backward into the past. This distortion has also produced the need to erect an unwieldy theoretical edifice upon the distinction between criminal and civil laws, relegating the problem of retroactivity to a mere component of due process analysis and related doctrines, instead of allowing it to occupy the central place it rightfully deserves.

Key words: retroactivity, common law, *ex post facto*, retroactive laws.

*Ante sermonem non laudes virum;
hæc enim tentatio est hominum.*
Ecl.27,8

1. Introducción

El punto de partida de este estudio es una cuestión que, desde hace tiempo, ha recibido una atención desigual en la doctrina norteamericana: el verdadero

alcance de la cláusula *ex post-facto* en la Constitución de los Estados Unidos. Desde *Calder v. Bull* (1798), la Corte Suprema ha sostenido que dicha cláusula se aplica únicamente a las leyes penales. Esa interpretación, repetida con la firmeza de un dogma, sustituyó con el tiempo la antigua prohibición general de la retroactividad —heredada de la tradición inglesa— por un principio de alcance restringido.

El trabajo examina críticamente, desde una perspectiva histórica, el itinerario doctrinal que condujo a esa restricción. Comienza situando el problema de las leyes *ex post-facto* en el marco de la Constitución norteamericana y reconstruyendo los hechos, el contexto intelectual y la regla enunciada en *Calder v. Bull*; vuelve luego sobre la tradición inglesa como fuente inmediata del derecho estadounidense para seguir la pista del término *ex post-facto* en los grandes autores del *common law* y en los antiguos *abridgments*; más adelante, el análisis se desplaza hacia los diccionarios, tratados y manuales que formaron a los redactores de la Constitución y a los juristas de la América colonial, así como a los debates de las convenciones estatales, donde se discute el sentido “técnico” o “común” de la cláusula; por último, el estudio retorna a la jurisprudencia de la Corte Suprema, examina la construcción de las leyes *ex post-facto* como una categoría particular dentro de las leyes retroactivas, revisa las clasificaciones que la doctrina ha elaborado al respecto y ofrece, a modo de cierre, una reflexión de conjunto sobre el recorrido realizado.

En su desarrollo, el trabajo reconstruye el contexto histórico y conceptual en el que fue decidido *Calder v. Bull*, situándolo en el marco de una jurisprudencia todavía incierta acerca de los límites del poder legislativo y de la propia función judicial. Analiza, enseguida, las nociones de retroactividad empleadas en la decisión —imprecisas y, a veces, contradictorias—, así como los fundamentos que sirvieron para reducir la cláusula al ámbito penal.

El método seguido combina el examen histórico con el análisis lingüístico, pues ambos resultan indispensables para comprender la génesis de la cláusula. El primero permite situar las decisiones judiciales dentro del horizonte intelectual de su tiempo; el segundo, restituir el sentido original de los términos empleados por los redactores. Solo de esta conjunción puede surgir una interpretación fiel a la tradición jurídica que nutrió a los fundadores y al espíritu mismo del *common law*.

Se abandona luego el terreno de la jurisprudencia para internarse en las fuentes antiguas. Allí, en las páginas de Bracton, Coke y Blackstone, y en los compendios de Rolle, Bacon y Viner, que se han leído con detenimiento, el

término *ex post-facto* se revela con el sentido amplio y natural de una expresión común, aplicable a materias civiles, procesales o penales. El análisis filológico, no menos elocuente que el histórico, demuestra que la voz latina carece también de toda connotación criminal. Su reducción posterior a ese ámbito constituye una deformación tardía, ajena tanto al pensamiento jurídico inglés como a los tratados más difundidos en la América colonial durante la época de los fundadores. La cuestión, por tanto, no carece de interés. La interpretación de las cláusulas constitucionales no solo determina la extensión de los derechos, sino que traza, al mismo tiempo, los límites del poder. Examinar el verdadero sentido del término *ex post-facto* equivale a indagar cómo una comunidad concibe la relación entre la ley y el tiempo: si la norma puede proyectarse hacia el pasado o si debe detenerse ante él como ante una frontera infranqueable. La respuesta que se otorgue a esa pregunta revelará, quizá mejor que ninguna otra, la distancia que separa la idea moderna de Constitución de la tradición jurídica de la que nació. La conclusión que se desprende de este examen es que la interpretación de *Calder v. Bull* no procede de la tradición inglesa ni del pensamiento constitucional originario, sino de una lectura judicial posterior, convertida en dogma por la conjunción de un error y de su repetición. Con ello, la cláusula *ex post-facto* perdió su sentido primitivo —el de una interdicción general contra toda forma de retroactividad— y fue relegada a un lugar marginal dentro del derecho constitucional. Este estudio busca restituir su significado más genuino: el de un principio que, más allá de las divisiones entre lo penal y lo civil, preserva la idea misma de justicia frente al poder creador de la ley.

2. El caso *Calder v. Bull* (1798): hechos, contexto y la regla enunciada en la decisión

Conviene, ante todo, situar los hechos del caso (2.1) y las circunstancias en las que fue resuelto, ya que, además de versar sobre una cuestión de índole civil, la incipiente doctrina constitucional se hallaba todavía impregnada de vagas nociones en torno a la separación de los poderes y, en especial, de los límites que debían ceñir la acción de las legislaturas (2.2). Solo después podrá señalarse la regla formulada por la decisión (2.3).

2.1 Los hechos del caso

El caso es, en su esencia, una disputa sucesoria que atraviesa tres generaciones, todas enlazadas por un mismo nombre: Normand Morison. El primero, el abuelo, dispuso en su testamento que sus bienes pasaran a su nieto —quien sería luego el padre—. Este segundo Normand, fiel al orden de la sangre y del nombre, redactó su propio testamento, instituyendo como heredera universal a su esposa, Abigail Morison. Pero, en el momento de firmarlo, Abigail se hallaba encinta y él ignoraba que su linaje aún no se había extinguido. Poco después del otorgamiento, nació el niño —el tercer Normand Morison, el nieto— y el padre murió en un viaje por mar sin haber tenido noticia de aquel nacimiento que, en cierto modo, lo sobrevivía. Según la doctrina de ese tiempo, si la viuda no probaba que el marido conocía la existencia del hijo por nacer, tal desconocimiento obraba como revocación tácita del testamento, pues se presumía que ningún hombre, advertido de su descendencia, habría privado al hijo de su herencia para legar todo a la esposa.

Muerto el marido, Abigail Morison, ya viuda, se unió en segundas nupcias con un señor de apellido Bull. Presentó el testamento ante el tribunal, pero —por motivos que la historia no ha conservado— abandonó el trámite. Quizás juzgó, con cierta lógica, que el resultado sería el mismo: si el testamento era válido, heredaba como legataria; si se abría la sucesión intestada, conservaría su dote legal y el niño recibiría el resto; y si este moría antes que ella, los bienes retornarían a su poder. Ante la dificultad de probar que su esposo había sabido del hijo e igual decidió mantener el testamento, Abigail eligió el silencio antes que la incertidumbre, y el testamento quedó sin fuerza jurídica. El tribunal, más tarde, lo rechazó como inválido.

Años más tarde, en el estado de Connecticut reformó su ley de sucesión intestada, modificando el orden de los herederos. Desde entonces, si un hijo moría sin descendencia, los bienes no volvían ya a la madre viuda, sino que pasaban a los parientes de sangre del abuelo. Así ocurrió que, al morir el joven Normand, aún niño, en 1790, la herencia —que bajo la ley anterior habría retornado a su madre— fue reclamada por Jennet Knox, hija del abuelo Normand y esposa de Calder. Esa nueva ley, aplicada a un hecho anterior a su promulgación, obraba retroactivamente y privaba a Abigail —ya Abigail Bull— de la herencia que, conforme a la legislación vigente al morir su esposo, le habría correspondido.

Descubierto el agravio y vencido el plazo para apelar la resolución testamentaria, acudió a la legislatura de Connecticut, no en busca de una sentencia,

sino de equidad. Solicitó que se anulara la decisión que había rechazado el testamento y se ordenara un nuevo juicio para acreditar su validez. En 1795, la legislatura acogió su petición mediante un acto especial, que revocó la decisión anterior y reabrió el proceso. En ese segundo juicio, Abigail Bull consiguió probar la autenticidad del testamento y conservar lo que, a su entender, siempre había sido suyo. La Corte Suprema de Connecticut resolvió que la legislatura había actuado judicialmente, no legislativamente, al conceder el nuevo juicio: conforme a la antigua costumbre de Connecticut, la primera sentencia testamentaria no era definitiva ni inapelable, pues el caso no implicaba la promulgación de una ley *ex post-facto*.

Pero Calder, esposo de Jennet Knox, apeló el fallo. Alegó que el acto legislativo que había permitido el nuevo juicio era, en realidad, una ley retroactiva contraria a la Constitución, pues alteraba derechos adquiridos y anulaba una sentencia firme. Sostuvo que, al reabrir el caso, la legislatura, contrariamente a lo que dijo la Corte local, había dictado una ley *ex post-facto* en sentido material.

Así, un conflicto doméstico —una madre, un hijo muerto, una herencia— se transformó en el escenario de una de las decisiones más memorables de la naciente república.

2.2 El contexto en que se dictó la decisión

La sentencia se dictó en una época en la que todavía no se habían deslindado con precisión las funciones del Poder Legislativo, el cual, por herencia colonial, conservaba la facultad de revisar las decisiones de los tribunales. A nivel federal, los redactores de la Constitución habían consagrado ya una separación rigurosa de los poderes; pero se les permitió a los estados organizar sus Gobiernos con arreglo a sus propias tradiciones. Connecticut optó, en sus primeros tiempos, por mantener esa antigua estructura, aunque en la época del caso *Calder* se hallaba en proceso de transición. “La legislatura de Connecticut —observa Widen (2011, p. 33)— conservaba aún la facultad equitativa de conceder nuevos juicios, aunque había delegado en algunos tribunales la facultad de otorgarlos por motivos legales”. Tal entrelazamiento de competencias fue, sin embargo, objeto de severa censura por los publicistas más perspicaces del período. Entre ellos, destaco a dos que merecen especial mención.

Alexander Hamilton (Hamilton et al., 1868), en el N° 81 de *El Federalista*, condenó tal confusión de esferas. Sostuvo que someter el poder judicial a la legislatura —como ocurría en Gran Bretaña con la Cámara de los Lores— equi-

valdría a corromper el principio de separación de poderes. Afirmó que la independencia de los jueces es la única garantía de imparcialidad y templanza, y que la revisión legislativa de sus fallos no solo es impropia, sino también absurda: sería poner la ciencia del derecho bajo la tutela de la ignorancia o de la pasión. Celebró, por ello, que la Convención americana hubiera seguido el ejemplo de los Estados que confiaron la justicia suprema a tribunales independientes, preservando así al Poder Judicial de las usurpaciones del poder político.

Y Zephaniah Swift, jurista de temple firme y pensamiento ilustrado, sostuvo su parecer en un tratado poco recordado hoy, publicado en Windham en 1793, donde abordó el derecho del estado de Connecticut. En aquellas páginas —de prosa sobria y razonamiento acerado— fustigó con singular energía la práctica de la Asamblea General de conceder nuevos juicios y dejar sin efecto sentencias firmes, práctica que comparó con la promulgación, a su entender inconstitucional, de leyes *ex post-facto*. Swift (1795) empleó esta expresión con notable amplitud, aplicándola también a las leyes eclesiásticas (pp. 140-141)) y civiles dictadas con efecto retroactivo (p. 76). Ninguna legislatura, afirma, tiene derecho a intervenir en las controversias privadas que son de conocimiento de los tribunales, aun cuando éstos hayan desestimado una pretensión aparentemente fundada. Tal intromisión no solo destruye la certeza y uniformidad del derecho, sino que también constituye en sí misma una ley retroactiva,¹ vedada por los principios esenciales de toda constitución que aspire a ser un freno al poder.

La Corte Suprema, sin embargo, no tomó en cuenta ninguna de estas observaciones al dictar su fallo. Widen (2011, p. 33) sostiene que, si en lugar de apresurarse hubiese examinado con mayor atención los escritos de las partes —en los cuales la expresión *ex post-facto* se empleaba con notable amplitud—, si hubiese indagado la naturaleza del acto emanado de la legislatura de Connecticut —esencialmente jurisdiccional— y confrontado su análisis con el tratado de Zephaniah Swift (1795), el desenlace en *Calder v. Bull* habría sido otro.

No creo, sin embargo, que tales operaciones habrían bastado. Es cierto que, tanto en la petición de los Bull ante la Asamblea General de Connecticut como en el acto legislativo que les otorgó un nuevo juicio, el término se usó en su sentido más extenso. Pero ello se explica, con toda probabilidad, porque —al

1 Swift (1795): “Tal interferencia no solo destruye la certeza y la uniformidad de las leyes, sino que constituye, en sí misma, una ley *ex post facto*, que ninguna legislatura puede dictar constitucionalmente. Que el poder legislativo se limite a hacer buenas leyes y deje a los tribunales la tarea de interpretarlas” (p. 76).

menos las partes— lo tomaron de la obra de Swift (1795), que en aquel tiempo era la fuente inmediata y más autorizada del derecho de Connecticut y cuya doctrina, además, coincidía con sus intereses. Swift, a su vez, escribe todavía bajo la sombra de la tradición inglesa, donde —con mayor fidelidad histórica— puede advertirse que aquella expresión se empleaba con el significado más vasto. Tras examinar la regla establecida por la Corte en *Calder v. Bull*, veremos en qué consistió esa tradición.

2.3 La doctrina de *Calder v. Bull*: el sentido penal de la expresión *ex post-facto*

El fallo *Calder v. Bull* fue decidido por una Corte Suprema integrada por cuatro jueces: Samuel Chase, William Paterson, James Iredell y William Cushing, bajo la presidencia del *Chief Justice* Oliver Ellsworth, quien no intervino en la causa. No participó, tampoco, el juez James Wilson, ausente por enfermedad. La decisión, por tanto, fue adoptada por una composición reducida del tribunal.

Fue la primera ocasión en que la Corte Suprema de los Estados Unidos se pronunció sobre el alcance constitucional de la prohibición de las leyes *ex post-facto*. El juez Samuel Chase, autor de la opinión principal, introdujo en su razonamiento una distinción que habría de marcar toda la jurisprudencia posterior: la separación entre el sentido “vulgar” y “técnico” del término. Según Chase, si en el uso común la expresión designaba toda ley que operaba sobre hechos pasados, en su acepción técnica —“ya establecida mucho antes de la Revolución entre legisladores, abogados y autores”— debía entenderse únicamente como referida a leyes penales. De allí su fórmula más citada: “Toda ley *ex post facto* es necesariamente retrospectiva; pero no toda ley retrospectiva es una ley *ex post facto*” (*id.*, p. 390). Con base en esa premisa, delimitó los casos comprendidos por la cláusula: las leyes que crean delitos nuevos, las que agravan la calificación o la pena de los existentes, las que alteran las reglas de prueba en perjuicio del acusado o las que imponen sanciones más severas que las vigentes al tiempo del hecho. Los jueces Paterson e Iredell coincidieron con esta interpretación, sosteniendo que el término, “en su sentido técnico”, se aplicaba exclusivamente a las leyes criminales: el primero señaló que “las palabras *ex post facto* [...] se refieren a los crímenes, penas y castigos” (*id.*, p. 392), mientras que el segundo afirmó que “la prohibición de las leyes *ex post facto* se limita a las de naturaleza criminal”. Lo curioso es que la Corte no declaró estar creando un nuevo sentido del término ni interpretando el alcance fijado por los fundadores. Afirmó, por el contrario, haberlo hallado ya establecido en la tradición inglesa: en el uso que

de él hacían los escritores y abogados del *common law*. En esa pretendida fidelidad a la historia reside la paradoja: creyó descubrir en los antiguos comentaristas una distinción que, en realidad, nunca existió. Desde Bracton y Coke hasta los *Abridgments* de Rolle, Bacon o Viner, el término se empleaba de modo uniforme para designar toda acción —incluida la ley— que alterara las consecuencias de lo pasado. No existía, por tanto, tal dualidad, sino una amplitud conceptual que abarcaba toda acción que pretendiera regir “después del hecho”.

La decisión terminó por consolidarse solo después de recibir el aval de Joseph Story, quien le otorgó el prestigio doctrinal que hasta entonces no tenía. Story transformó en cuestión debatible lo que, en rigor, no admitía controversia: la interpretación de Chase carecía de toda base defendible. Al presentar la disputa como un problema razonablemente opinable, cubrió con el barniz de la autoridad un error histórico. Por un lado, reconoció que el término, “tomado en un sentido amplio”,² abarca toda ley retroactiva, esto es, toda norma que rige o afecta hechos pasados, ya sean civiles o penales; pero añadió, sin embargo, que la interpretación generalmente admitida ha sido, y sigue siendo, que “dicha expresión se refiere exclusivamente a actos de carácter penal”.³ Esa aparente ecuanimidad —una concesión inicial seguida de una restricción definitiva— le dio a su exposición el aire de una síntesis conciliadora, cuando en verdad consolidaba el equívoco de Chase.

Otro de los juristas que dio su aval fue Thomas M. Cooley, quien observó que, desde una época temprana, se resolvió —en oposición a lo que podría parecer el sentido “más natural y evidente”⁴ del término *ex post facto*— que tales disposiciones debían limitarse, por su alcance y finalidad, a leyes “relativas a sanciones penales”,⁵ sin relación alguna con “otras formas” de legislación retroactiva. Con ello, Cooley confirmó y normalizó la lectura restrictiva: lo que en

2 Story (1858): “La expresión *ex post facto laws*, en un sentido amplio, abarca todas las leyes retrospectivas, o las leyes que rigen o controlan transacciones pasadas, sean de naturaleza civil o penal” (vol. II, § 1345, p. 240).

3 Story (1858, vol. II, § 1345, p. 240): “La interpretación general ha sido, y continúa siendo, que la expresión se aplica únicamente a los actos de naturaleza penal; y que la prohibición abarca toda ley por la cual un acto sea declarado delito y castigado como tal cuando no lo era en el momento de su comisión; o por la cual el acto, si ya constituía un delito, se agrave en su naturaleza o en la severidad de su pena; o por la cual se exija una prueba diferente o menor para condenar al infractor que la requerida en el momento en que el acto fue cometido”.

4 Cooley (1898, p. 312): “En su sentido natural y ordinario, este término abarca todas las leyes retrospectivas”.

5 Cooley (1898, p. 312): “[...] pero en la Constitución, el sentido es más restringido y se limita exclusivamente a las leyes de carácter penal”.

un principio había sido un error interpretativo se convirtió, con el tiempo, en ortodoxia constitucional. Con ello —dijo más tarde Kent (1884, I, lect. XIX)— las leyes que despojan de derechos adquiridos no están comprendidas dentro de la prohibición contenida en la Constitución de los Estados Unidos, “por más contrarias que resulten a los principios de una legislación razonable” (p. 410).

Las intervenciones de Story y Cooley, en suma, resultaron decisivas: lo que había sido un desliz hermenéutico se convirtió en dogma. Ninguno de ellos examinó las fuentes inglesas citadas por Chase; ambos ignoraron la jurisprudencia contemporánea que contrariaba su lectura y desatendieron los propios materiales del caso —la petición de Bull y el tratado de Swift—, que empleaban *ex post-facto* en un sentido general, no penal. Ese triple descuido, cometido por los dos juristas más influyentes de su tiempo, selló el destino del fallo. Desde entonces, *Calder v. Bull* dejó de ser un error discutido para convertirse en un punto pacífico de la doctrina constitucional norteamericana.

Corresponde, por tanto, internarse en una consideración más detenida de la tradición histórica inglesa en torno al término, cuyas huellas —a veces dispersas, a veces elocuentes— permiten rescatar su sentido primitivo, anterior a la deformación que le impuso esta interpretación judicial.

3. La tradición inglesa sobre la retroactividad y sobre el término *ex post-facto*

Los redactores de la Constitución, formados en una tradición definida por los escritores ingleses, advirtieron con claridad los peligros de las leyes retroactivas y establecieron una serie de barreras y principios para impedir sus efectos. Entre ellas, destacan las cláusulas *ex post-facto*, la prohibición de los *Bills of Attainder*, la protección de los contratos frente a injerencias legislativas y las garantías de expropiación y debido proceso.

La Suprema Corte, lejos de fortalecer estos principios, ha limitado su alcance en el ámbito civil hasta hacerlos prácticamente inoperantes. La prohibición de las leyes *ex post-facto* ha sido reducida al derecho penal, mientras que las demás cláusulas, pese a su formulación explícita, han sido interpretadas con tal laxitud que le permiten al legislador operar con tranquilidad cuando decide hurgar el pasado. Lo que en su origen parecía una salvaguarda firme contra el abuso se ha transformado,⁶ por obra de la jurisprudencia

6 Tienen, dice Aiken (1992), una fuerte presunción de legitimidad: “Antes de que pueda considerarse configurada una violación *ex post facto* en el ámbito civil, quien la impugna debe demostrar que la ley civil es inequívocamente punitiva” (p. 324).

cia, en una barrera que, en ocasiones, carece de la fuerza necesaria para ser realmente efectiva.

Resulta aún más revelador advertir que, al examinar con detenimiento esa tradición y las obras que moldearon la formación jurídica de los redactores de la Constitución, no se descubre rastro alguno de la distinción entre una acepción vulgar y una profesional de la retroactividad. Antes bien, todo conduce a la certeza de que el principio de no retroactividad fue concebido como una garantía, destinada a proteger, sin excepciones, los derechos individuales frente a leyes que, como señaló James Iredell, encarnaban la esencia de la tiranía. A continuación, examinaremos en qué consistió realmente esa tradición sobre el concepto de retroactividad en general (4.1) y el uso del término *ex post-facto* en particular (3.2).

3.1 La tradición del *common law* sobre la retroactividad en general

Cualquier examen de la tradición inglesa en torno a la hostilidad hacia la legislación retroactiva debe, necesariamente, detenerse en el estudio de tres escritores fundamentales: Henry de Bracton (3.1.1), sir Edward Coke (3.1.2) y sir William Blackstone (3.1.3). Ellos comparten un rasgo común que resulta esencial para comprender la evolución de sus ideas: todos estuvieron profundamente influidos por el derecho civil romano, cuya lógica y principios impregnaron, de forma más o menos explícita, las bases doctrinales del *common law*.

Aunque en ocasiones sus escritos se abstienen de reconocerlo explícitamente, no dejan de construir sobre los cimientos del derecho romano los principios esenciales del orden jurídico inglés. Así, el rechazo a la retroactividad de las leyes encuentra en sus obras no solo alguna justificación técnica, sino también una continuidad histórica que vincula el pensamiento jurídico medieval y moderno con la herencia clásica, reafirmando la universalidad de ciertos principios.

3.1.1 Henry de Bracton

El nombre de Henry de Bracton está asociado con la adopción y uso del derecho romano en Inglaterra. A su famoso tratado —*De Legibus et Consuetudinibus Angliae Libri quinque, in varios tractatus distincti* (1640)— se le atribuye la inten-

ción de recoger en un texto el *jus non scriptum*,⁷ las leyes⁸ en uso en el país.⁹ Fue un mejor modo de conocer el derecho que, desde el trabajo más limitado de Ranulph de Glanville,¹⁰ había evolucionado y no se podía ya aprender por el uso o la divulgación. Un libro regular de estudio sobre las reglas fue necesario para guiar a los profesionales y, como dice Güterbock, para “proteger a los demandantes contra jueces ignorantes o malévolos” (1866, p. 17) que, en aquellos tiempos, podían hacer “de su propia voluntad arbitraria un sustituto de la ley”.¹¹ Un gran mérito de Bracton fue percibir esa carencia y ofrecer, bajo el modelo de las Instituciones de Justiniano, el primer tratado científico sobre la ley inglesa. En él reproduce, a veces sólo con ligeras alteraciones, muchos pasajes del *Corpus Iuris Civilis* y de la *Summa* del glosador italiano Azon.¹²

No trata —en lo que aquí interesa— la retroactividad, aunque se refiere a ella en forma marginal. Sobre la “servidumbre de pastoreo”, al explicar las decisiones de Merton de 1236, deja Bracton esta sentencia: “Item tempus spectandum erit, cum omnis nova constitutio futuris formam imponere debeat & non præteritis”.¹³ Una acotación que indica que la función de las nuevas leyes consiste en dar forma a los actos futuros, y no a los pasados, que —sin cita y con similares palabras— no es más que la reproducción de la antigua regla teodosiana.¹⁴ Es, asimismo, la que indica Azon cuando, al anotar el *Código*, dice: “[...] si factum præcedat novam l.[ex] si non erat decisum, lex antiqua servatur, non nova”.¹⁵

7 Bracton (1640, lib. I, cap. 1, núm. 2): “[...] sola Anglia usa est in suis finibus jure non scripto et consuetudine”. Cfr. Hale (1716, cap. II, p. 22).

8 Bracton (1640, lib. I, cap. 1, núm. 2): “Sed absurdum non erit leges Anglicanas (licet non scriptas) leges appellare, cum legis vigorem habeat [...] autoritate regis sive principis præcedente, juste fuerit definitum et approbatum”.

9 Puede suponerse que este derecho —o, al menos, parte de él— estaba ya vigente en la Inglaterra del 1200. Debe, en consecuencia, considerárselo una de las fuentes del *common law* pese a que, como dice Güterbock (1866), muchos “[...] jueces y abogados ingleses [...] no se avergonzaban de presumir de su ignorancia y de mostrar aversión e incluso desprecio por él” (p. 13).

10 Cfr. Scrutton (1885, p. 74).

11 En el mismo sentido dice, más tarde, Cunningham (1783, vol. II, v. *Will*): “La discreción de un juez es la ley de los tiranos: siempre es incierta, varía de un hombre a otro, depende de la constitución, el temperamento y la pasión. En el mejor de los casos, es a menudo simple capricho; en el peor, refleja cada vicio, necesidad y pasión a los que es propensa la naturaleza humana”.

12 Güterbock (1866): “El grado en que Azo era conocido y utilizado en Inglaterra se muestra claramente en un pasaje de Bracton, que remite directamente al lector a los escritos de Azo para obtener más detalles” (p. 54).

13 Bracton (1640, lib. IV, cap. 38, núm. 17, fol. 228).

14 D.1.14.7: “Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta præterita revocari, nisi nominatim et de præterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit”.

15 Solo cede —dice Azon (1540)— en el caso de la usura “cuyo límite antiguamente no estaba determi-

Es, sin duda, la primera vez que estas fuentes se mencionan en un texto inglés y, a partir de allí, comienza a pensarse como una posible regla útil para el *common law*.

3.1.2 Sir Edward Coke

La obra de Bracton fue considerada, durante largo tiempo, como la más alta y prestigiosa autoridad en el *common law*. Su reconocible rigor técnico la elevó a un lugar de privilegio en el desarrollo del derecho inglés. Sin embargo, su tamaño considerable y el elevado costo de su reproducción dificultaban su consulta y difusión. Para superar estas limitaciones, se elaboraron diversos manuales y resúmenes que buscaban condensar sus enseñanzas principales. Estos compendios, además de reproducir los aspectos más destacados de su obra, incluían frecuentemente desarrollos posteriores, adaptaciones al contexto jurídico vigente o incluso las opiniones de sus autores. Este fue un motivo más para que, con mayor o menor fidelidad, se divulgara la “ley de Bracton” en Inglaterra. Pero tanto en la *Summa* de Gilbert de Thornton,¹⁶ como en el *Fleta*¹⁷ o en el *Britton* — que Selden no considera una obra original (1685, II, III, p. 458)—, no hay otra referencia a la retroactividad. Debe entonces reconocerse a sir Edward Coke el mérito de haberla incorporado, y divulgado, como —ahora sí— una “regla y ley del Parlamento”, propia del *common law*.

En sus *Institutes of the Laws of England* (1797), Coke sugiere que los juristas repudiaban el derecho civil en general, y el romano en particular, como autoridad o fuente del *common law* existente. Indica, en ocasiones, algún acuerdo o desacuerdo entre ambos, pero “con tal inexactitud que demuestra que su propio conocimiento del derecho civil era escaso” (Scrutton, 1885, p. 133). Induce, con ello, un gran prejuicio contra estas fuentes,¹⁸ que dura —aunque atemperado— hasta nuestros días.

nado, pero hoy lo está; y esta determinación se aplica no solo al porvenir, sino también al pasado” (núm. 41, fol. 43).

16 Selden (1685, *ad Fletam*, II, I, p. 455).

17 Selden (1685, *ad Fletam*, II, I, p. 454).

18 Pearce (1848) lo recuerda: “El derecho civil, que el clero se había esforzado por introducir en Inglaterra, resultaba desagradable para la nación; por ello, desde una fecha muy temprana, muchas personas se dedicaron con celo y diligencia al estudio del derecho común o, como se le llamaba enfáticamente, *la ley del país*; sabemos que se enseñaba en la ciudad de Londres, en el decimonoveno año del reinado de Enrique III, por juristas eruditos que establecieron escuelas con ese propósito” (p. 1).

Pero su idea contra la retroactividad —extrañamente— la escribe con palabras romanas. Al comentar el Estatuto de Gloucester (6 Edw. I) dice que se extiende a las enajenaciones posteriores a su vigencia y no a las anteriores, ya que “[...] is a Rule and Law of Parliament, that Regulary Nova constitution futuris formam imponere debet, non præteritis” (Coke, 1669, II, p 292). Y, sobre el Estatuto de Merton (20 Hen. III), en relación con las restricciones al derecho de pastura, repite también que se aplicaba al futuro, considerando “[...] item tempus specandum erit cum omnis nova consticutio, futuris formam imponere debeat & non præteritis” (p. 87). Dos textos que, con variaciones, reproducen la fuente latina que desdén.

A partir de esas reglas, la hostilidad contra la aplicación retroactiva de la ley fue no solo un “principio legal”, sino también un criterio de justicia que, como bien dice Smead (1936), está unido “a la teoría de la naturaleza de la ley” (p. 778), cuya esencia indica su aplicación prospectiva, salvo que la soberanía del Parlamento dispusiera lo contrario.¹⁹

3.1.3 Sir William Blackstone

Pese a esa larga tradición del *common law*, no existió, hasta mediados del siglo XVIII, una cátedra universitaria de Derecho. Se lo estudiaba en los Inns of Courts, un grupo de edificios e instituciones legales en Londres adjuntos a los Inns of Chancery. En aquellas “posadas”, que datan al menos del año 1344, los estudiantes se dedicaban al estudio del derecho, asistían a los juicios en los tribunales y establecían vínculos con los miembros del colegio de abogados, con el propósito de adquirir un conocimiento práctico de sus métodos y costumbres. William Blackstone estudió, con cierto rigor, en uno de ellos —el Middle Temple— Derecho anglosajón; y en el All Souls College de Oxford, derecho romano. Tras la muerte de Charles Viner²⁰ en 1756 —quien legó su patrimonio para crear la cátedra de Derecho Consuetudinario— se convierte en el primer *Vinerian Professor of the Common Law* (1758) de Oxford. En 1753, ya había publicado una breve obra titulada *An Analysis of the Laws of England*,²¹

19 Troy (1988): “Sin embargo, incluso la formulación de Coke estaba sujeta a la doctrina de la supremacía parlamentaria. Un Parlamento decidido podía aprobar una ley retroactiva, siempre que lo expresara con suficiente claridad” (p. 26).

20 En el volumen XXII de su *A General Abridgement of Law and Equity* (1794, p. 147), repite la sentencia de Coke y cita 2. Inst. 292.

21 Sobre ella observa Brooke (1788), que “[...] por la elegancia particular de su redacción, ha generado un desagrado hacia los libros elementales más áridos y técnicos, que antes se consideraban compo-

pero, finalmente, en 1765 aparece el primer volumen de sus famosos *Commentaries on the Laws of England* (Blackstone, 1768).

La obra está excepcionalmente escrita. La influencia del derecho civil, y de los textos romanos y humanistas, es evidente (Blackstone, 1768, sec. I, p. 5).²² Tiene el orden y organización de la que carece el trabajo de Coke y, en general, de todos sus predecesores. No solo resume los principios centrales del *common law*, sino que también introduce, según el modelo de las instituciones, un sistema novedoso para Inglaterra. Un esfuerzo, sin duda, similar al de Domat.

Recordemos que en su conocida obra —*Les loix civiles dans leur ordre naturel*— Domat intentó poner “en orden” las leyes civiles. Expresión que, para el autor francés, refería a los fragmentos del *Corpus Iuris Civilis* y, en general, a cualquier regla que hubiese considerado Justiniano en su legislación. Pero, como ese *Ordo legalis*, que desde la *Glosa* se acató puntillosamente, parecía artificial en el siglo XVII por falta de “sistema”, los humanistas trataron de encontrar otro que, alejado de la dialéctica, fuera conforme con “el plan de la sociedad”.²³

En Blackstone, en cambio, el orden se refería al estado caótico y disperso del *common law* tal como se había desarrollado con posterioridad a Bracton y Coke. Un “enorme e irregular montón”, como observó este último, que era, como agregara Minot (2018, p. 1372), no sólo impenetrable, sino que “tampoco se prestaba a concepciones normativas amplias o a un estudio preciso”. Los *Commentaires...*, por tanto, se presentan ordenados y de fácil acceso, con una estructura y organización²⁴ totalmente novedosa para Inglaterra.

Trata Blackstone (1768) — en lo que aquí interesa — la función de la ley en el tiempo en la sección II de la Introducción. Distingue la ley natural²⁵, de gentes

nentes necesarios que debían asimilarse para seguir un método científico en el estudio de nuestra jurisprudencia” (p. 236).

- 22 Refleja, dice Minot (2018, p. 1371), las obras de derecho civil al catalogar un sistema jurídico en subgrupos.
- 23 Domat (1787), con elegancia, dice: “Omnes juris civilis materiae habent inter se simplicem ac naturalem quemdam ordinem, quo in corpus redigantur. In eo autem ordine facile est leges omnes conspiciere, ac uno oculi ictu videre, ubi earum unaquæque sit locata. Atque hujusmodi ordo fundatur in forma societatis, de qua alibi” (cap. XIV, núm. 1).
- 24 Tienen una introducción, dividida en 4 secciones, donde estudia la naturaleza y forma de la ley, así como su aplicación en Inglaterra y en otros países. El Libro I trata, en 18 capítulos, el “Derecho de las personas”; el Libro II, en 32 capítulos, el “Derecho de las cosas”; el Libro III, en 26 capítulos, los “Delitos privados”, en los que incluye sus reglas procesales; y el Libro IV, en 33 capítulos, los “Delitos Públicos”, también junto con su organización judicial. Es el sistema, en suma, que años atrás propuso Domat.
- 25 Blackstone (1768): “El hombre, considerado como criatura, debe necesariamente estar sujeto a las leyes de su Creador [...] Esta voluntad de su Hacedor se llama la ley natural” (secc. I, p. 39).

y municipal.²⁶ Y, a esta última, tema central del escrito²⁷, la considera una regla “prescrita”. Esto, a su criterio, significa dos cosas. En primer lugar, que debe exteriorizarse su contenido. No puede quedar en el “pecho del legislador”, por lo que es necesario que “sea notificada a quienes han de obedecerla”.²⁸ No importan la forma o el medio que se utilice, siempre que la promulgación se dé de la manera “más pública y perspicua”, para no ser motivo de engaño.²⁹ Y, en segundo lugar, que las leyes deben ser hechas para comenzar “en el futuro”³⁰ y ser notificadas antes de su inicio, lo cual está implícito en el término “prescrito”, pues es irrazonable hacer leyes para después de que se comete una acción.

3.2 La tradición del *common law* sobre la cláusula *ex post facto*

3.2.1 La cláusula en los escritores del *common law*

La cláusula —escrita en latín— es ampliamente conocida en el antiguo *common law*. A la sazón, no se advierte una limitación a los casos penales. Se la trata, en general, como un “asunto” o “cuestión” (*Matter ex post facto*) que modifica una situación anterior, es decir, contrasta con la expresión *ab initio*.

Tres ejemplos: un acto, que era indiferente cuando se hizo (*ab initio*) puede convertirse en ilícito por una ley posterior (*ex post-facto*). Un acto que desde el principio (*ab initio*) fue inútil, no se puede convalidar por otro posterior (*ex post-facto*).³¹ Un acto, finalmente, que se estableció (*ab initio*) válidamente y conforme a derecho, puede, por un hecho posterior (*ex post-facto*), invalidarse.³²

Bracton (1878), en este aspecto, utiliza la contraposición (varias veces) para referirse a la validez de las donaciones, las cuales —dice— pueden ser válidas *ab initio* y dejar de serlo *ex post-facto* o viceversa.³³ O sobre la forma de ejercer las ac-

26 Blackstone (1768): “[...] una regla de conducta civil prescrita por el poder supremo de un Estado, que ordena lo que es justo y prohíbe lo que es injusto” (secc. I, p. 44).

27 Blackstone (1768): “[...] *the principal subject of this section*” (secc. I, p. 44).

28 La notificación es un tema central en su pensamiento. Es, a la vez, una imposición al legislador y una obligación para el ciudadano, quien debe familiarizarse con ella pues su ignorancia no lo excusa.

29 Blackstone (1768): “[...] no como Calígula, quien (según Dio Casio) escribió sus leyes con caracteres muy pequeños y las colgó en lo alto de unas columnas, para atrapar con mayor eficacia al pueblo” (secc. I, p. 46).

30 Blackstone (1768): “Todas las leyes, por tanto, se hacen para comenzar a regir *in futuro*” (secc. I, p. 46).

31 La idea, evidentemente, se toma del derecho romano: D. 50.17.210; D. 50.17.29, entre otros.

32 D.45.1.98.

33 Bracton (1878): “Item donationum quædam valida esse possunt ab initio, et invalida fieri ex post facto, et e converso” (lib. II, cap. V, núm. 3); “[...] quæ donationes validæ sunt ab initio et quæ validæ efficiuntur ex post facto” (lib. II, cap. V, núm. 5); “[...] incontinenti revocari poterit res data

ciones que también *ab initio* pueden ejercerse con “justo juicio”, pero volverse improcedentes *ex post-facto*.³⁴ Igualmente, Coke (1662), cuando comenta el Estatuto de Gloucester sobre arrendamientos³⁵ o las acciones sobre apropiación de animales.³⁶

Más ampliamente, la expresión se encuentra en los antiguos *abridgments*,³⁷ trabajos que proporcionan una referencia rápida y accesible a la jurisprudencia más relevante y a los principios legales establecidos. Suelen clasificar las categorías temáticas alfabéticamente para facilitar la búsqueda y poner algún orden entre muchas opiniones contradictorias o en desuso.³⁸ Redactados por juristas especializados, en general para su uso particular, fueron con su divulgación una herramienta útil para la formación jurídica.³⁹

Uno de los primeros que se publicó, alrededor de 1490, generalmente se le asigna a Nicholas Statham, quien fue lector en el Lincoln’s Inn en 1471. Se lo denomina *Epitome Annalium Librorum tempore Henrici Sexti* o, más comúnmente, *Statham’s Abridgment*. Pero, dado que no tiene portada, su autoría, como dice Holdsworth (1923, II, p. 543), solo “puede deducirse de la tradición”.

sine brevi, & non sine brevi ex post facto” (lib. II, cap. VIII, núm. 3); “[...] quamvis donum irritari possit ex post facto” (lib. IV, cap. VII, núm. 1).

34 Bracton (1878): “[...] contra ipsum qui disseysinam ratam habet ex post facto, vel quia injuriam non emendaverit” (lib. IV, cap. X, núm. 1); “Sed si alius ex facto & disseysina principis statim vel ex post facto in seysina extiterit, quavis talis incidat in assisam & in poenam vel tantum ad restitutione” (lib. IV, cap. X, núm. 1); “Item poterit intervenire justum judicii ad initio, ut in destructionibus faciendis, & vertit ex post facto in disseysinam, sicut in burgagiis, terris, tenementis & tenuris exterioribus” (lib. IV, cap. XXVII, núm. 1); “[...] et disseysitus donum confirmaverit, et alio modo ratu habuerit ab initio, vel ex post facto” (lib. IV, cap. XXVII, núm. 1); “Item poterit esse legitima ab initio sed inefficax ex post facto”.

35 Coke (1699, p. 295), donde reproduce la sentencia de Bracton (1878, lib. IV, cap. XXVII, núm. 1).

36 Coke (1699): “Y aunque la aprehensión hubiera sido lícita, por un hecho *ex post facto* puede calificarse de *vetitum namium*, es decir, una toma ilícita” (p. 141).

37 *Abridgment*, según el diccionario de Benjamin V. Abbot (v. *Abridge*, I, p.4), es el proceso de condensar el lenguaje de una obra en un espacio más pequeño; es, también, el resultado de tal condensación. Difiere de una compilación, que en general se compone de extractos. Tiene, para el anglosajón, un sentido especial: una clase de libros en los que la sustancia de los *reports*, o las reglas de la ley que se deducen de ellos, se exponen de forma concisa y algo ordenada.

38 Rolle (1668), en *The Publisher’s Preface*, indica que el trabajo se ha hecho “[...] considerando la enorme magnitud que, con el paso del tiempo, han alcanzado los volúmenes y libros del *Common Law*”.

39 Hale (*The Publisher’s Preface*, en Rolle 1668): “Sería de desear que de los muchos libros de nuestras leyes inglesas se extrajera un *Corpus Iuris Communis* completo, para uso público y con el fin de condensar las leyes en un ámbito y método más reducidos, al menos para el estudio ordinario. Pero esta es una obra que requiere tiempo y la colaboración de muchas manos y mentes laboriosas y juiciosas” (p. 12).

Otro importante fue la selección de sir Anthony Fitzherbert (1565). Escrito en francés en 1516, lleva el título de *La Graunde Abridgement: Collect par le Judge tresreverend monsieur Anthony Fitzherbert*. Una obra puntillosa que recopila una amplia gama de casos judiciales, que han perdido hoy vigencia. Organizada alfabéticamente, su modelo sirvió para las generaciones futuras, que, por la reputación de su autor como juez y la fama de conocedor del derecho, la aceptaron y citaron como autoridad. La expresión, sin embargo, aparece pocas veces⁴⁰ y, en términos generales, no presenta un desarrollo considerable.

Le sigue el trabajo de sir Robert Brooke (1576), impreso en el año 1568, igualmente llamado *La Graunde Abridgement: Collecte & escrie per le Iudge tresreverend Syr Robert Brooke Chivalier*. No solo Brooke reproduce el título de la obra, sino también su contenido, al que solo agrega nuevos casos que, en la actualidad, tampoco presentan interés. No tiene, como su antecesor, un tratamiento específico de la cláusula *ex post-facto* y solo la menciona en pocas oportunidades,⁴¹ aunque expresa una regla novedosa. Una cosa, dice, por alguna circunstancia particular, “puede variar” por un hecho posterior: “[...] per matter ex post facto hōe poit varier de son specialtie”⁴².

Pero, más puntualmente, me interesa destacar tres de ellos porque, según se sabe, circulaban en Norteamérica entre los redactores de la Constitución y fueron centrales en su formación jurídica. Me refiero al *Abridgment de Rolle* (3.2.2), el de *Bacon* (3.2.3) y, más detalladamente, el de *Viner* (3.2.4), por ser este último inmediatamente anterior al trabajo de *Blackstone* (3.2.5).

3.2.2 La cláusula en el *abridgment de Rolle* (1668)

Este trabajo es una colección de diversos casos,⁴³ opiniones y resoluciones del *common law*, resumidos bajo títulos alfabéticos y subdivididos en otros títulos y párrafos. Una obra póstuma escrita en francés y pensada por el autor para el uso privado. El texto, que nunca fue corregido, alcanzó singular fama luego de

40 Fitzherbert (1577, vol. II, v. *Voucher*, núm. 45, *in fine*; v. *Travers*, núm. 17, *in fine*; v. *Quare impedit*, núm. 134, *in fine*).

41 Brooke (1576, vol. I, v. *Audita querela*, núm. 4, *in fine*; v. *Feoffements al uses*, núm. 30, *in fine*; y, en el vol. II, v. *Non est factum*, núm. 11).

42 Brooke (1576, vol. II, v. *Variance*, núm. 1), anotado al margen como: *Vary per matter ex post facto*.

43 Hale (1668): “[...] la materia principal del libro consiste en recopilaciones tomadas de los *Year Books* y de los informes posteriores ya impresos, de informes privados de otros autores y de algunas notas del propio recopilador, principalmente en el *King’s Bench*, desde aproximadamente el año duodécimo del reinado de Jacobo I; contiene poco en lo relativo a los *Pleas of the Crown*” (p. 12).

su publicación y, en buena medida, fue rápidamente divulgado entre los abogados y estudiantes ingleses por el luminoso prólogo que, a la primera edición de 1668, añadió Matthew Hale (1688).⁴⁴

Hale esboza allí el método de cómo, según las anteriores generaciones, debía aprenderse el derecho. Todo estudiante, piensa, por el vasto cúmulo de reglas, debe redactar un *commonplace book* para su uso particular: un tipo de diario o cuaderno donde se registran citas, pensamientos, ideas, observaciones o cualquier otra cosa que le parezca útil o relevante. Creía, en general, que el *common law* es reducible a un “método competente” en cuanto a sus principios generales. Y su estudio, que debía variar “según el capricho particular de cada hombre”,⁴⁵ obligaba a quien quisiera aprenderlo a hacerse de uno de estos apuntes y dividirlo en títulos alfabéticos, colocando el resumen o sustancia de los casos que se leían “bajo sus títulos apropiados”⁴⁶.

El *abridgment* de Rolle, aunque no sea el primero, consolida este método de aprendizaje. Allí, la expresión *ex post facto* aparece algunas veces. Se la encuentra en una declaración de reconocimiento de la tenencia de una propiedad (*avourie*) o tierra de un señor feudal,⁴⁷ la cual más tarde se repite en el *abridgment* de Knightley D’Anvers (1772),⁴⁸ una traducción al inglés de este trabajo de Rolle.

También la recoge Rolle en relación con la nulidad. Si un contrato —dice— contiene diversos y distintos convenios necesarios, y alguno de ellos es alterado por una adición, interlineación o tachadura, esta falla, sin la debida corrección *ex post facto*, anulará todo el contrato⁴⁹. Y, finalmente, en relación con las leyes mercantiles y la práctica de designar ciertas mercancías como *Staple*, si se adquiría la propiedad de una cosa bajo estas reglas y, más tarde, se obtenía un

44 Se encuentra, asimismo, en la *Collectanea Juridica* de Hargrave (1791), núm. 10, p. 263.

45 Hale (1668): “[...] es necesario un método, aunque varíe según la inclinación particular de cada persona” (p. 12).

46 Hale (1668): “De este modo conservará reunido, bajo títulos apropiados, todo cuanto haya leído [...] Al volver con frecuencia sobre cada título, según lo requiera la ocasión de una búsqueda o de nuevas adiciones, reavivará e imprimirá de un modo sorprendente en su memoria lo que antes había leído” (p. 13).

47 Rolle (1668): “[...] matter ex post facto il nest dauer le chose pur que le distres suit” (I, v. *Avourie*, N. 4, p. 318).

48 D’Anvers (1705): “[...] by a matter ex post facto he is not to have the thing for which the Distress was made” (v. *Avourie*, P. 4, vol. I, p. 652).

49 Rolle (1668): “[...] cest missesans ex post facto avoidera tout le fait” (II, v. *Faits*, Y., núm. 6, p. 30).

beneficio casual (*ex post facto*)⁵⁰, que no era parte del acuerdo, se concedía una *Scire facias ad rehavendum terram* para reivindicarla.

La cláusula, en toda la obra, se utiliza en relación con cuestiones civiles: no hay ninguna referencia a las penales.

3.2.3 La cláusula en el *abridgment* de Bacon

Conocido también como *New Abridgment of the Law*, es una obra recopilada a partir de materiales recolectados por el destacado jurista *Lord Chief Baron Gilbert*. Tiene el mérito, sobre sus predecesores, de ser un escrito reflexivo y original,⁵¹ que presenta la información de manera clara y metódica,⁵² y, para su época, el de omitir las reglas obsoletas o en desuso. Por estas razones, fue muy popular entre sus lectores, pasando por cinco ediciones renovadas desde su aparición entre 1736 y 1759.

La expresión se utiliza varias veces, sin ninguna referencia a los casos penales. Se menciona un caso donde un comerciante giró una letra de cambio y posteriormente cayó en bancarrota antes de que la letra venciera o hubiera sido presentada para su aceptación. Bacon señala que el beneficiario mantenía su derecho y que sus comisionistas no podían ser considerados intrusos por un pago *ex post facto* realizado por un tercero, que no podían prever.⁵³

En el caso del *Executor de son tort*, cuando una persona asume funciones propias del ejecutor testamentario sin haber sido formalmente designada, se le atribuye responsabilidad por los actos realizados como si se tratara de un ejecutor legítimo. La doctrina legal comentada por Bacon impone una responsabilidad que no puede ser eximida mediante un hecho *ex post facto*.⁵⁴

También se emplea en el caso del *Writ of Error*, una herramienta procesal para impugnar el error judicial. Este recurso, ejercido por el ejecutado mediante una acción de *Scire facias ad audiendum errores*, consiste en citar al actor para que comparezca y escuche los defectos señalados en su contra. En este contexto,

50 Rolle (1668): “[...] prist pluis profit ex post facto per casual profit” (II, v. *Statutes*, K., núm. 1, p. 483).

51 Wooddeson (1792a): “[...] está redactado más bien en el estilo de una disertación, pues el autor extrae, en su mayor parte, de los casos citados al margen lo que considera ser su resultado; por lo tanto, debe leerse con precaución” (lect. VI, p. 175).

52 Bridgman (1807): “[...] está ordenado y sistematizado de un modo claro y científico” (p. 10).

53 Bacon (1798): “[...] y no podían convertirse en infractores por un pago *ex post facto* realizado por un tercero, que ellos no podían prever” (vol. I, v. *Bankrupt*, p. 665).

54 Bacon (1798): “[...] habiéndose hecho responsable de la acción como *Executor de son tort*, no podrá luego exonerarse mediante un hecho *ex post facto*” (vol. II, v. *Ex. and Adm.*, núm. 3, p. 391).

se expone el *Scire facias quare executionem non debet*: argumentos o razones que justifican por qué la ejecución no debería continuar. El escrito, con tales manifestaciones —es accesorio al expediente, pero *ex post facto* puede convertirse en principal cuando se alega que en otra causa hay “una liberación u otro asunto posterior”⁵⁵—, permite detener la ejecución o modificar su alcance.

Finalmente, se la menciona en el caso de un documento que transfiere una propiedad en fraude al acreedor, que *ex post facto* puede volverse válido.⁵⁶ O en un contrato verbal (*assumpsit*) de servicios, cuando procede la acción *quantum meruit*, ya que no es válida la excepción *onerari non debet* si el demandado reconoce la promesa como válida, pero intenta evitarla con una cuestión *ex post facto*.⁵⁷

3.2.4 La cláusula en el *abridgment* de Viner

Este *abridgment* es una de las obras jurídicas más destacadas de la época georgiana. Creada por Charles Viner (1707-1756), un eminente abogado y jurista inglés del siglo XVIII, alcanzó tal notoriedad que Brooke (1798) años después, lo describió como uno de los escritores más “clásicos y pulidos de nuestra nación” (p. 235). Viner se propuso ofrecer, en veinticinco volúmenes,⁵⁸ una síntesis completa y ordenada del derecho inglés, creando una obra que no solo abarcaba las leyes y principios fundamentales, sino que también se convertía —más allá de las críticas— en una herramienta de consulta indispensable para juristas, jueces y estudiantes de Derecho de su época.

En esta vasta obra, se evidencia, ya sin ninguna duda, que el término *ex post facto* ha sido conocido y empleado desde tiempos remotos con notable amplitud. No es infrecuente encontrarlo en títulos que lo adoptan como marco de referencia para los asuntos tratados: *Made Good, or Void; By Matter Ex Post Facto*, se lee, por ejemplo, en el volumen XVIII.⁵⁹ No se restringe al ámbito

55 Bacon (1798): “[...] por un hecho *ex post facto*, puede convertirse en un registro” (vol. II, v. *Of Ass. Errors*, núm. 1, p. 217).

56 Bacon (1798): “Un título, aunque sea fraudulento en su origen, puede, por un hecho *ex post facto*, volverse válido” (vol. II, v. *Fraud*, núm. 1, p. 217).

57 Bacon (1798): “[...] el demandado admite que la promesa es válida, pero la invalida mediante un hecho de liberación *ex post facto*” (vol. V, v. *Pleas and Pleadings*, núm. 1, p. 402).

58 El propio Viner (1794) señala que, por su naturaleza, “debe ser una obra voluminosa”. La producción más extensa de un solo individuo, dice Marvin (1847), en “toda la bibliografía del Common Law” (p. 711).

59 Viner (1794, vol. XVIII, v. *Recovery Common*, Q, p. 216).

penal —aunque incluye consideraciones relevantes en dicho campo—, sino que su alcance se extiende a cuestiones de diversa índole, tales como la condición de los extranjeros, el arbitraje, las condiciones suspensivas, el consentimiento, las declaraciones, las herencias y sucesiones, la transmisión de inmuebles y la destrucción de bienes. Asimismo, los asuntos de naturaleza procesal no son ajenos a su aplicación. Entre ellos, pueden citarse el retiro de demandas judiciales, los recursos basados en errores en el proceso o las declaraciones sobre acciones consideradas contrarias a derecho.

Veamos, más en extenso, un análisis de los primeros diez volúmenes. Ello parece suficiente para mostrar la variedad de significados que el término *ex post-facto* ha tenido en el derecho antiguo, así como los usos que —a partir de Viner— recibió y sistematizó Blackstone al redactar su obra.

En el volumen II aparece el término en relación con el concepto de *alien* (extranjero),⁶⁰ eje del conocido *Calvin's Case* (1608), que permitió discernir entre los *antenati* —personas nacidas antes de la unión de Inglaterra y Escocia— y los *postnati* —nacidos después de dicha unión—, estableciendo una diferencia esencial en cuanto a la nacionalidad y la obediencia a la Corona. Según la doctrina desarrollada y aprobada por Viner (1794), los primeros eran considerados extranjeros desde su nacimiento (§ 7 Rep. 18 b.), sin que la unión de los reinos alterara esta condición. El principio que rigió la materia es claro e inmutable: la naturalización por nacimiento es irrevocable. Incluso frente a una hipotética separación de los reinos, quien fue súbdito por nacimiento no puede convertirse *ex post-facto* (por esa mutación en el reino) en extranjero.⁶¹

En el volumen III se lo usa en el contexto de los procedimientos de arbitraje y particularmente en relación con la figura del *umpirage*. En primer lugar, los *arbitrators* (árbitros) son los encargados de resolver las disputas sometidas, siendo su misión emitir un fallo conjunto (*award*). No obstante, en aquellos casos en los que no logran ponerse de acuerdo en su decisión, y tras declarar formalmente tal desacuerdo (*disagreement*),⁶² se activa la intervención del *umpire*, quien actúa como árbitro especial e independiente. Este, al no estar limitado por las divergencias de los anteriores, adquiere la autoridad para emitir la decisión

60 Viner (1794): “Un extranjero es un súbdito nacido fuera de la obediencia del rey y bajo la lealtad de otro” (vol. II, v. *Alien*, núm. 19, p. 262).

61 Viner (1794): “[...] ni quien, por sentencia de derecho, era súbdito natural en el momento de su nacimiento, puede convertirse en extranjero por un hecho *ex post facto*” (vol. II, v. *Alien*, nota al núm. 18, p. 262).

62 Viner (1794): “[...] el *umpire* no puede dictar ningún laudo hasta que se haya producido un desacuerdo entre los árbitros” (vol. II, v. *Arbitrement*, núm. 2, p. 92).

final sobre el asunto en cuestión,⁶³ denominada *umpirage*, la cual se convierte en vinculante para las partes que lo han sometido a su jurisdicción. Debe, sin embargo, resolver en el plazo estipulado, de modo que, si los árbitros no declararon el desacuerdo hasta el último instante de la fecha de vencimiento de ese plazo, su intervención, por tal hecho *ex post-facto*, se vuelve nula.⁶⁴

En el volumen V se lo presenta en el contexto de los arrendamientos y concesiones sujetas a condición (*conditions precedent*). Esto implica que la existencia del derecho, interés o estado sobre tierras u otros bienes se encuentra subordinada a la ocurrencia de un hecho futuro e incierto. En este marco, se cita la distinción formulada en el caso *Rector of Chedington*, recogida por Coke (1662, I Rep. 155 b.), entre convenios ciertos e inciertos. Los primeros son aquellos cuyos términos están claramente definidos y no dejan lugar a ambigüedades; los segundos, por el contrario, dependen de la ocurrencia de un hecho posterior (*ex post-facto*) que permita precisarlos. Estos últimos carecen de eficacia jurídica hasta que puedan ser “reducidos a certeza”⁶⁵ mediante dicho acto posterior.

La doctrina que establece y precisa Viner es la siguiente: en un convenio cierto, el interés sobre la tierra se adquiere inmediatamente, aun cuando la posesión pueda diferirse al futuro; en uno incierto, en cambio, el interés no se activa hasta que sus términos sean determinados con precisión a raíz de una circunstancia *ex post facto*.⁶⁶

En el mismo volumen se hace referencia al principio que se encierra en un adagio conocido: *A consent ex post facto is not of any signification*. Este precepto recuerda que el consentimiento otorgado después de que se haya realizado un acto no tiene la misma relevancia ni el mismo efecto legal que el otorgado antes de que el acto ocurra. El consentimiento *ex post facto*, como dijo el Justice Vaughan en el caso *Fry v. Porter* de 1670,⁶⁷ no puede cambiar la naturaleza de la acción que ya ha tenido lugar.

En el volumen VI se alude también al *copyhold*, un sistema feudal que les confería a los campesinos derechos de uso sobre tierras pertenecientes al señorío (*manor*). La esencia del *copyhold* residía en que la tierra formara parte del

63 Viner (1794, vol. II, v. *Arbitrement*, núm. 2, p. 92).

64 Viner (1794, vol. II, v. *Arbitrement*, nota al núm. 2, p. 93).

65 Viner (1794, vol. V, v. *Condition*, núm. 24, p. 76).

66 Viner (1794): “[...] debe adquirir certeza mediante un hecho futuro *ex post facto*” (vol. V, v. *Condition*, núm. 24, p. 76).

67 Viner (1794): “Un consentimiento *ex post facto* carece de toda significación, pues no puede otorgarse respecto de cosas que no pueden ser de otro modo” (vol. V, v. *Consent*, núm. 24, p. 76).

señorío, vínculo indispensable dado que el derecho del tenedor se basaba en la costumbre, reconocida y registrada en la *Manorial Court*. Como prueba de su tenencia, el poseedor recibía una copia del registro de la corte, origen del término *copyhold* (“tenencia por copia”). Los derechos del tenedor, determinados por las costumbres locales, solían abarcar el uso de las tierras para cultivo o pastoreo, a cambio de cumplir con ciertas obligaciones hacia el señor feudal, tales como el pago de una renta, la prestación de servicios o el abono de tasas al transferirse la tenencia (*heriot*, *fine*, etcétera).

Viner recoge un caso en el que el señor otorga una tenencia de *copyhold* y, posteriormente, separa esta propiedad del señorío mediante la concesión de la herencia a un tercero. Aunque con ello desaparezca uno de los elementos esenciales del instituto —el formar parte del señorío—, dicha separación, al ser un hecho *ex post-facto*, no puede destruir la tenencia de *copyhold* otorgada previamente.⁶⁸

En el volumen VI se menciona asimismo el término *ex post-facto* en relación con el *writ of covenant*, un procedimiento para hacer cumplir acuerdos o contratos solemnes, escritos y sellados, conocidos como *specialties*. Se aplicaba, principalmente, cuando se producía una violación de los términos del documento, cuyo contenido debía ajustarse a una interpretación formal. Sin embargo, dicha interpretación podía modificarse cuando eventos posteriores alterasen el sentido o la aplicación del documento original: “[...] *for by matter ex post facto a man may vary from his specialty*”.⁶⁹

En el volumen VII, tomado de *Coke upon Littleton*, Viner cita un caso relativo a la transmisión hereditaria. Señala que, si al momento de la muerte del poseedor legítimo (*dying seised*) el heredero tenía derecho a tomar posesión, ningún hecho posterior (*ex post facto*) podrá privárselo.⁷⁰ El principio subyacente es claro: los derechos nacidos conforme al derecho vigente en el momento en que se produce el hecho generador —en este caso, la muerte del titular— no pueden ser eliminados retroactivamente por acontecimientos o normas posteriores.

En el volumen VIII se registran tres casos de interés. El primero refiere a un legado hecho en favor de un hijo aún no nacido, que —como el destino quiso—

68 Viner (1794): “[...] esta separación, siendo un hecho *ex post facto*, no puede considerarse como causa de la extinción del *copyhold*, especialmente tratándose del acto exclusivo del propio señor” (vol. VI, v. *Copyhold*, núm. 6, p. 24).

69 Viner (1794, vol. VI, v. *New Charter. Pleadings*, núm. 1, p. 286; *ibidem*, vol. XXI, v. *Variance*, núm. 7, p. 539).

70 Viner (1794): “[...] ningún hecho *ex post facto* podrá privarlo de ese derecho de entrada” (vol. VII, v. *Descent*, L. 2, núm. 29, p. 593).

nunca llegó a existir. La cláusula disponía que, si fallecía antes de los veintiún años sin dejar descendencia, el bien pasaría a otros beneficiarios (*remainders*). El tribunal sostuvo que, aunque el legado al hijo resultó nulo *ex post facto*, tal nulidad no contaminaba las disposiciones sucesivas, que adquirirían eficacia como si aquel primer legado jamás hubiera existido.⁷¹ El segundo caso trata de un legado subordinado al cumplimiento de cierta edad, que deviene nulo *ex post facto* si el beneficiario fallece antes de alcanzarla. Aunque la cláusula parecía válida en su concepción, el hecho sobrevenido la desbarata, y el bien revierte a los herederos del destinatario anterior, porque una condición no cumplida (*contingency*) impide que el derecho llegue siquiera a consolidarse.⁷² Finalmente, el tercero examina la figura de la *discontinuance*, esto es, la interrupción de derechos futuros, la cual no nace de hechos posteriores, sino únicamente cuando el acto inicial lesiona, desde su origen, un derecho legítimo ajeno.⁷³ La invalidez no se declara por lo que sucede después, sino por lo que el acto produce en el momento mismo de su celebración.

En el volumen IX se recoge una doctrina —que también considera Bacon—⁷⁴ según la cual el *scire facias* —orden judicial que requiere justificar por qué no debe ejecutarse una sentencia firme— constituye, en principio, un acto colateral, es decir, ajeno al cuerpo del expediente principal. Carece, por sí, de eficacia procesal. Pero si *ex post facto* —esto es, a raíz de una actuación posterior— el actor (*in error*) comparece y formula una defensa sustancial, el documento se incorpora al proceso y adquiere rango de acto judicial válido. En cambio, si no hay actuación o se presenta una deficiente, el *scire facias* no pasa de ser una hoja más que queda archivada. Su valor jurídico, en suma, no se define por su emisión, sino por su desenvolvimiento posterior.⁷⁵

En el volumen X se recogen también tres casos. El primero es el resuelto en *Webbe v. Potter* (25 Eliz.), donde se discutió una donación de tierras realizada con motivo de matrimonio, bajo la forma del *frank-marriage*. Figura que exigía

71 Viner (1794): “[...] aunque nula solo *ex post facto*, cae por tierra tanto como si lo hubiera sido desde su origen, y ello hace que los derechos residuales entren en vigor de inmediato” (vol. VIII, v. *Device*, núm. 53).

72 Viner (1794): “[...] hace que la disposición testamentaria sea nula por un hecho *ex post facto*” (vol. VIII, v. *Device*, p. 342).

73 Viner (1794): “[...] pero no una interrupción producida por un hecho *ex post facto*” (vol. VIII, v. *Discontinuance*, núm. 16, p. 515).

74 Bacon (1794, vol. II, v. *Of Ass. Errors*, núm. 1, p. 217).

75 Viner (1794, vol. IX, v. *Error*, núm. 2, p. 549): “[...] por un hecho *ex post facto*, puede llegar a convertirse en un registro”.

una fórmula gramatical rigurosa —por lo general, en ablativo latino: *cum filia mea*— para que surtiera sus efectos característicos. En el caso, sin embargo, la redacción empleaba el dativo (*Johannae filia mea*), lo que suscitó dudas sobre la validez del acto bajo dicha modalidad. Aunque en un primer momento se lo tuvo por eficaz, más tarde se resolvió que no constituía ni un *frank-marriage* ni una donación en *estate tail*, sino un simple *fee*, esto es, una propiedad plena y sin restricciones hereditarias. No obstante, los jueces reconocieron que, aun sin haber producido en origen los efectos propios del *frank-marriage*, la disposición podía, por un hecho *ex post facto*, transformarse en una donación en *estate tail*. Así, la eficacia jurídica del acto no dependía exclusivamente de su forma inicial, sino también de la manera en que sus efectos se consolidaban con el tiempo. En el segundo caso se usa el término *ex post facto* en un caso de *Estoppel*;⁷⁶ y en el tercero, para negar que un arrendamiento, nulo en su origen, pueda después ser válido por un hecho posterior.⁷⁷

No tiene mayor sentido continuar acumulando los ejemplos propuestos por Viner en esta vasta obra, en los que la expresión *ex post-facto* se emplea con un alcance distinto del estrictamente penal. La reiteración, en este punto, pierde utilidad: su sola abundancia basta para mostrar que tal uso era frecuente y doctrinalmente significativo. Está claro, además, que fue Blackstone —por su proximidad con Viner y porque él mismo, en muchos casos, retoma y reproduce esos ejemplos en su propia obra— quien sistematizó y profundizó esta pluralidad de sentidos. Por ello, corresponde ya remitirnos directamente al examen de su texto.

3.2.5 La cláusula en William Blackstone

Los *Commentaries...* de William Blackstone (1768) fueron decisivos para introducir el término —escrito en latín— en la Constitución norteamericana y limitarlo a los casos penales. En su obra, indica que las leyes, por un medio adecuado, deben ser notificadas a los ciudadanos y que es irrazonable cualquier acción que dificulte tal conocimiento. Pero aclara que existe un método “más

76 Viner (1794): “Existe una diferencia cuando la escritura transfiere de inmediato el derecho que las partes pretendían, y posteriormente, por algún hecho *ex post facto*, ese derecho se extingue debido a la extinción del patrimonio del arrendador del cual se derivaba. En tal caso, las partes no están impedidas de alegar las circunstancias particulares del asunto” (vol. X, v. *Estoppel*, núm. 10, p. 483).

77 Viner (1794): “[...] cuando es nulo desde su origen, no puede volverse válido por un hecho *ex post facto*” (vol. X, v. *Estate (Leases)*, núm. 13.1, p. 359). Ídem, núm.12.

irrazonable” de afectar su publicidad, que consiste —justamente— en hacer leyes *ex post facto*, cuando después de que se comete una acción el legislador declara por primera vez que ha sido un crimen, e inflige un castigo.⁷⁸ Es irrazonable, explica, porque “es imposible que la parte pudiera prever que una acción, inocente cuando se hizo, se convirtiera después en culpable por una ley posterior” (*Introduction*, sec. I, p. 46). Un castigo, por tanto, que es “cruel e injusto” (p. 46). Y por ello concluye que las leyes “deben comenzar *in futuro* y ser notificadas antes de su inicio”⁷⁹.

En el mismo sentido, Richard Wooddeson, su discípulo de Oxford, remarcó la injusticia de los estatutos penales “aprobados *ex post facto*”, donde la justicia viste su aspecto más severo⁸⁰ y la conciencia moral y la fragilidad humana ya cuentan con la guía adicional de la ley.⁸¹

Lo que se deduce con claridad de estas citas es que una ley penal que se aplica a conductas del pasado es indudablemente una ley *ex post-facto*. Pero, salvo por el ejemplo mencionado, no parece que la mente Blackstone se limitara a restringir el alcance de tales leyes al ámbito penal. En su obra, pueden hallarse incluso indicios que sugieren lo contrario. Todo lleva a considerar que la interpretación establecida en *Calder v. Bull*, sostenida aparentemente en el pensamiento de Blackstone, no es más que un error histórico (Aiken, 1992, p. 335; Field, 1922, p. 327). Encuentro, al menos, cinco argumentos en este sentido.

En primer término, el lugar del que está tomado el párrafo citado. Me refiero a la Sección II (*Of the Nature of Laws in General*) de la Introducción, que trata la naturaleza de las leyes “en general” y, más específicamente, al párrafo quince, donde desarrolla la “ley municipal” y sus características. Sobre esta, afirma que se trata de una regla que disciplina la conducta civil de los ciudadanos y que debe ser “prescripta”, es decir, manifestada por signos exteriores a través de la promulgación. Está, por tanto, considerando toda clase de leyes.

En segundo lugar, imagina la ley *ex post facto* como un método “irrazona-

78 Blackstone (1768): “[...] cuando, después de haberse realizado una acción (en sí misma indiferente), el legislador declara por primera vez que constituye un delito e impone una pena a quien la cometió, resulta imposible que la persona haya podido prever que una acción inocente en el momento de su realización sería posteriormente convertida en culpable por una ley posterior; por consiguiente, no tenía motivo alguno para abstenerse de realizarla” (*Introduction*, sect. I, p. 46).

79 Blackstone (1768): “Todas las leyes deberían, por tanto, comenzar a regir *in futuro* y ser promulgadas antes de su entrada en vigor; lo cual está implícito en el término ‘prescritas’” (*Introduction*, sect. I, p. 46).

80 Wooddeson (1792a): “Debe admitirse que, en todas las leyes penales dictadas *ex post facto*, salvo cuando la innovación atenúa el rigor del código penal, la justicia presenta su aspecto más severo” (lect. XLI, núm. 641).

81 Wooddeson (1792a, lect. XLI, núm. 641).

ble” de publicación. Luego de señalar que las leyes deben ser dadas a conocer de la forma más “pública y perspicua” posible —no como Calígula, que procuraba ocultar su conocimiento—, advierte que existe otro método igualmente irrazonable: el de hacer leyes de esa clase. En este pasaje también se refiere, sin distinción, a toda clase de leyes.

En tercer lugar, cuando Blackstone menciona la ley penal, no define: ilustra. No recurre al rigor de la definición —pues cuando lo hace exhibe cierta precisión⁸²—, sino a la elocuencia del ejemplo. “Una ley penal *ex post facto*”, dice, no como quien delimita un concepto, sino como quien lo expone. Elige una figura concreta para denunciar un principio general: la objeción no se dirige al contenido sancionatorio, sino al procedimiento “irrazonable” de su promulgación. Así, bajo la forma de una ley penal, señala la anomalía que vicia a toda norma que, nacida después, pretende gobernar lo ya realizado.

En cuarto lugar, resulta claro que Blackstone (1768) emplea el término en consonancia con el sentido consagrado por la tradición —tal como se ha expuesto—, extendiéndolo con soltura a múltiples esferas. A veces lo usa para oponer, como hacía Bracton (1640), situaciones *ab initio* y *ex post-facto*; otras veces insinúa, siguiendo a Coke (1797), que ciertos hechos pueden alterarse por causas sobrevenidas, y que esa mutación —no el acto en sí, sino su nuevo contexto— puede tener consecuencias jurídicas. Conviene, pues, recordar algunos pasajes.

El primer sentido aparece cuando Blackstone (1768) trata la rendición de tierras de *copyhold*, un modo particular de transferencia por el cual el arrendatario le entrega su derecho al señor feudal, ordinariamente en favor de un tercero o de sus sucesores. Tal cesión se expresa mediante la entrega de un objeto —una vara, un guante— que simboliza la renuncia total del arrendatario a todo interés en la tierra. Luego, con la admisión, el señor le confiere la tenencia al nuevo ocupante conforme a los términos convenidos. Ahora bien, antes de esa admisión, el arrendatario original no puede ceder el terreno ni alterar sus cargas: si lo hiciera, dice Blackstone, la rendición sería “nula *ab initio*” y no podría volverse válida.⁸³ Aunque el beneficiario fuese luego admitido y adquiriese pleno derecho, toda cesión anterior seguiría siendo ineficaz, porque en ese instante el

82 Blackstone (1768), cuando define lo hace así: “An accessory after the fact may be, where a person, knowing a felony to have been committed, receives, relieves, comforts or assists the felon. Therefore, to make an accessory *ex post facto*, it is in the first place requisite that he knows of the felony committed” (vol. I, book IV, cap. 3, p. 37).

83 Blackstone (1768): “[...] ningún hecho *ex post facto* puede convalidarla” (vol. I, book II, cap. 22, p. 275).

rendidor tenía apenas un interés, no la propiedad, y no podía transferir lo que no poseía. Ninguna admisión posterior puede conferir validez a un acto que nació viciado.⁸⁴

También un documento que carece de alguno de sus requisitos esenciales es nulo *ab initio*. Pero, aunque haya nacido válido, puede anularse posteriormente (“*by matter ex post facto*”), por ejemplo, a causa de raspaduras, roturas, disenso entre las partes o en virtud de una sentencia judicial.⁸⁵ Asimismo, Blackstone (1768) emplea el término en materia matrimonial: si una causa *ex post facto* torna impropia la vida en común, el derecho eclesiástico prevé la separación o el divorcio *a mensa et thoro* como remedio. En cambio, si la causa existía antes del matrimonio y lo hacía ilegal *ab initio* —como en los casos de consanguinidad—, la ley lo considera inválido desde su origen, por haberse contraído *in fraudem legis*, y decreta su disolución *vinculo matrimonii*.

En el segundo de los sentidos, Blackstone (1768) se refiere a diversos casos en los que hechos posteriores pueden modificar la esencia de una cosa.⁸⁶ Un ejemplo son los hijos nacidos fuera del matrimonio. Mientras que la ley romana permite legitimarlos mediante el matrimonio posterior, sin restricciones de edad, la ley inglesa solo admite remediar dicha irregularidad si el matrimonio se celebra “dentro de unos pocos meses” tras la concepción y siempre antes del nacimiento. Esta solución, según el autor, es superior,⁸⁷ pues tal incidente solo puede ocurrir una vez: todos los hijos futuros serán concebidos y nacerán necesariamente dentro de los límites del honor y las normas de la sociedad civil (vol. I, book I, cap. 16, p. 361).

Y por quinto y último lugar, aunque tal vez ello no resulte concluyente, los comentaristas más célebres de la obra, al examinar estos pasajes y el uso general del término, se inclinan a interpretarlo en un sentido amplio. En la edición de

84 Blackstone (1768): “Ninguna admisión posterior puede validar un acto que fue nulo *ab initio*” (vol. I, book II, cap. 22, p. 275).

85 Blackstone (1768): “También puede invalidarse por un hecho *ex post facto*: como, 1) por raspadura, intercalación u otra alteración en alguna parte sustancial [...] 2) por romper o dañar el sello [...] 3) por entregarlo para su cancelación [...] 4) por el desacuerdo de quienes deben concurrir para que el instrumento conserve su validez [...] 5) por sentencia o decreto de un tribunal de justicia” (vol. I, book II, cap. 20, p. 227, III).

86 Blackstone (1768): “[...] puede cambiar de uno a otro por circunstancias *ex post facto*” (vol. I, book II, cap. 20, p. 245).

87 Blackstone (1768): “Porque, según el derecho romano, un hijo puede continuar siendo ilegítimo o ser legitimado a elección del padre y de la madre mediante un matrimonio *ex post facto*; con lo cual se abriría la puerta a muchos fraudes y favoritismos que nuestro derecho impide” (vol. I, book I, cap. 16, p. 361).

1827, Chitty observa que estas leyes son “el recurso del despotismo, ansioso de revestirse con la apariencia de justicia legislativa”.⁸⁸ Por su parte, Archbold sostiene que las leyes *ex post facto* son contrarias “tanto al espíritu como a la práctica de la Constitución”.⁸⁹ Finalmente, Christian, en la edición de 1838 publicada en Nueva York, precisa que pueden ser “de naturaleza pública o privada”, pero que, en términos generales, se refieren a una legislación que abarca “a toda la comunidad”.⁹⁰

Mal podría pensarse, entonces, que en el pensamiento de Blackstone las leyes *ex post-facto* se limitan exclusivamente al ámbito penal. Si bien el ejemplo que ofrece para ilustrar su injusticia es el de una ley penal retroactiva, lo hace dentro de una reflexión general sobre la naturaleza de las leyes y su promulgación razonable, sin restringir su análisis a dicho ámbito. Por el contrario, tanto el lugar sistemático en el que introduce el concepto como el uso amplio que hace del término en distintas partes de su obra permiten concluir que su objeción alcanza a toda norma que pretenda regir hechos anteriores a su promulgación.

4. La cláusula *ex post facto* en la Constitución norteamericana

4.1 El texto constitucional y la terminología utilizada

Su prohibición aparece dos veces en la Constitución. En el artículo I, sección 9, cláusula 3, se le dice al Congreso: “No se aplicarán [...] leyes *ex post facto*”; y, en el artículo I, sección 10, cláusula 1, se impone el mismo límite a los Estados: “No aprobarán [...] leyes *ex post facto*”. Su significado, tanto en lo gramatical como en lo material, es, sin embargo, problemático.

Esta expresión latina, considerada desde el punto de vista gramatical, suele traducirse como “después del hecho” o “después de que ocurre un hecho” y presentarse en tres palabras separadas. Sin embargo, dicha formulación no transmite adecuadamente su verdadero sentido por tres razones.

88 Chitty (como se citó en Blackstone, 1768): “Las leyes *ex post facto* son el recurso del despotismo, ansioso por revestirse con la apariencia de una justicia legislativa” (vol. I, book I, cap. 2, p. 122, nota 20).

89 Archbold (como se citó en Blackstone, 1768): “¿No sería este acaso un caso aún más grave que el de una ley *ex post facto*, contraria tanto al espíritu como a la práctica de la Constitución?” (vol. I, book I, cap. 2, p. 122, nota 20).

90 Christian (como se citó en Blackstone (1838): “[...] cuando hablamos en general de una ley *ex post facto*, quizá entendamos siempre una ley que abarca a toda la comunidad” (*Introduction*, sec. 2, p. 31, nota e).

En primer lugar, separar las palabras *post* y *facto* no genera una adecuada relación gramatical. *Post*, en realidad, debe conectarse con *facto*, ya sea como una palabra entera (*postfacto*), como correctamente aparece en *D. 50.17.210*, cuando se dice que lo inútil en el origen “[...] *ex postfacto convallescere non potest*”; o bien como una palabra doble (*post-facto*), como hace Aulo Gelio al contraponer los *post-facta* a los *ante-facta*.⁹¹

En segundo lugar, tampoco es correcto afirmar que *facto* esté limitado a los actos individuales. Los *ante-facta* y *post-facta*, tal como se contraponen en el pasaje de Gelio, se refieren, sin duda, a los actos de los individuos. Pero en la expresión *ex post-facto*, el *post-factum* (“después del acto” o “post-acto”) es el acto de la legislatura, contenido en la ley que, sobre el *ante-factum* (acto del individuo), opera retrospectivamente.

Y, en tercer lugar, la traducción que separa las palabras olvida el sentido y la fuerza de la partícula *ex*. Supone que el uso de *ex* está en yuxtaposición inmediata con *post* (*ex post*), tratando ambas palabras como preposiciones, cuando *post* es, en verdad, un adverbio que indica “después”. Tanto si se escribe como una palabra entera (*postfacto*) como si se presenta compuesta (*post-facto*), la partícula *ex* tiene un significado propio que, como veremos, se corresponde con el de *ab* en la expresión *ab initio*. *Ex postfacto* (o *post-facto*), así, correlaciona mejor con *ab initio*.

En suma, el significado más adecuado para la frase aparece cuando se escribe *post-facto* (o *postfacto*) como una sola palabra y se le da a la partícula *ex* su sentido propio: el de “por” o “de”. De este modo, se advierte con mayor claridad —no solo por la traducción literal, sino también desde el plano gramatical— que una ley *ex post-facto* es aquella que, mediante una promulgación posterior, actúa sobre hechos anteriores.

4.2 La formación jurídica de los redactores: los libros que circulaban en la América colonial

Para conocer el pensamiento de los redactores de la Constitución, parece nece-

91 La *lex Atinæ* contenía esta prohibición: *Quod subruptum erit, ejes rei aeterna auctoritas esto*. Aulii Gellii (*Noctæ Atticæ*, XVII, 7) recuerda en un conocido pasaje que se discutió si la palabra *erit* permitía entender que se trataba de una ley *ex post-facto* que “[...] *utrumne post-facta modo furta lex valeret, an in ante-facta*”, es decir, abarcaba junto a los hechos futuros (*post-facta*), también los pasados (*ante-facta*). Hay, sin embargo, diferencias en las obras. En la página 419 de la edición de Joannnis Frederici Gronovii (*Lugduni Batavorum*, 1688) y en la 418 de *Ludovicum Elzevirium* (*Amstelodami*, 1651) “*postfacta*” y “*antefacta*” se escriben juntos. En la página 602 de *Joannem Gymnicum* (*Coloniae*, 1537), en cambio, separados.

sario, en primer término, analizar las obras que, a mediados de 1700, circulaban en Norteamérica, a fin de precisar cómo estaba estructurada su formación jurídica y qué concepto de ley *ex post-facto* habrían podido tener.

Es un lugar común afirmar que los redactores se habían formado con la obra de Blackstone y que por ello él puede considerarse, como dijo alguna vez la Corte Suprema, la “autoridad preeminente en derecho inglés para la generación fundadora” (*District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570, 2008). No obstante, no existen elementos concluyentes que sostengan tal afirmación. Es cierto, como señala Minot (2018), que, una vez establecida la República, la obra de Blackstone se convirtió “en un recurso primordial para estudiantes y profesores de Derecho” (p. 1364), pero ello no justifica la idea de que su obra haya influido en la época anterior, es decir, cuando se formaron los Fundadores.

Otros eran los libros —de origen inglés— que circulaban antes de la publicación de la edición norteamericana de Bell en 1772 y con los que comúnmente se estudiaba en las colonias. Estos pueden clasificarse en tres categorías.

En primer término se encontraban las obras de carácter general, concebidas con sencillez y accesibilidad para el lector no especializado en la materia. Entre ellas, ocupaban un lugar destacado los diccionarios jurídicos, tales como el *Nomolexicon* de Thomas Blount, cuya primera edición data de 1670; el *New Law Dictionary* de Jacob Giles Jacob, publicado en 1729; y el *A New and Complete Law-Dictionary* de Timothy Cunningham (1783), impreso entre 1764 y 1765. Estas obras, si bien proporcionaban definiciones más o menos rigurosas de términos y conceptos, no pretendían ofrecer una exposición sistemática ni exhaustiva del derecho en su totalidad.

En segundo lugar se hallaba una visión más amplia y sistemática que aspiraba no solo a describir, sino también a ordenar el derecho con coherencia. Esta ambición, ya presente en obras anteriores al siglo XVIII, encontró expresión en *Law, Or A Discourse Thereof* de sir Henry Finch, publicada en 1627, y en el *Analysis of the Law* de sir Matthew Hale (1761), obra póstuma que vio la luz en 1713. Ambas reflejaban el anhelo de reducir el vasto y enmarañado cuerpo del derecho común a un sistema claro y metódico donde cada principio ocupara su lugar adecuado.

Finalmente, los escritores del siglo XVIII mostraron un mayor interés por el método y el orden de las materias jurídicas. En 1751, con la publicación del *A General Abridgement of Law and Equity* de Viner (1974), surgió una nueva modalidad de compendio, distinta de las que se habían escrito desde el siglo XVI,

expresión de una creciente demanda por obras más sistemáticas y basadas en principios. Entre 1736 y 1740, se publicaron los tres primeros volúmenes del *New Abridgment of the Law* de Matthew Bacon (1798), que se distinguía notablemente de los compendios anteriores. Aunque organizado en torno a títulos alfabéticos, sus entradas adoptaban el estilo de tratados estructurados, comenzando con definiciones y distribuyendo el material en subtítulos más lógicos, cada uno partiendo de proposiciones generales. En sentido similar, aunque con un enfoque más original, se encuentra el *Digest of the Laws of England* de John Comyns, publicado en 1762, obra que buscaba ordenar el derecho no como un mero catálogo, sino como un sistema de principios interconectados. Y, finalmente, el *A System of the Laws of the State of Connecticut* de Zephaniah Swift, uno de los juristas más relevantes de la primera generación republicana estadounidense, cuyo trabajo es inmediatamente anterior a la decisión adoptada en *Calder vs. Bull*.

Veamos seguidamente qué decían u omitían estas obras sobre la cláusula *ex post-facto*.

4.2.1 Los diccionarios

En primer lugar, cabe mencionar el *Nomolexicon* de Thomas Blount, uno de los primeros diccionarios en lengua inglesa, publicado en 1670. Su título completo, *Nomolexicon: A Law-Dictionary Interpreting Such Difficult and Obscure Words and Terms as are Found Either in Our Common or Statute, Ancient or Modern Laws*, revela su propósito: proporcionar definiciones claras y accesibles de términos y conceptos jurídicos complejos u oscuros para los no iniciados. Blount, anticuario y lexicógrafo del Inner Temple, compiló esta obra para servir tanto a abogados y estudiantes de derecho como a cualquier persona interesada en comprender el lenguaje legal. Curiosamente, no contiene referencia ni explicación alguna sobre la expresión *ex post-facto*.

En segundo lugar, destaca el *A New Law-Dictionary* de Giles Jacob, publicado por primera vez en 1729 y que se convirtió en uno de los diccionarios legales más influyentes del siglo XVIII. Esta obra fue una herramienta fundamental durante el período colonial y, posteriormente, tras la independencia, al proporcionar definiciones claras y explicar principios jurídicos esenciales para abogados y jueces en formación, especialmente en un contexto donde la educación formal en derecho en Norteamérica era limitada.

Jacob presenta una definición del término *ex post-facto* que explica sus tres

sentidos en el ámbito jurídico. En primer lugar, indica que se refiere a “algo hecho después de que ocurrió otra cosa”;⁹² en segundo término, a un acto realizado o un bien otorgado que originalmente no era válido, pero que “se convalida por un hecho posterior” (*by matter ex post facto*);⁹³ y, en tercer lugar, a algo que inicialmente fue bien hecho, pero que con el tiempo puede “volverse incorrecto”.⁹⁴

De estas definiciones generales se desprenden algunas aplicaciones más concretas. Respecto al *executor de son tort*, se señala que, si este otorga bienes a otro o paga deudas propias, aunque posteriormente adquiera legítimamente la administración, no puede liberarse de la responsabilidad por dicho hecho *ex post-facto*.⁹⁵ Sin embargo, en *equity* se le admiten todos los pagos que un ejecutor legítimo debería haber realizado.⁹⁶ En cuanto al *remainder*, se afirma que su validez no puede depender de un hecho posterior.⁹⁷

En tercer lugar, el *A New and Complete Law-Dictionary* de Timothy Cunningham, publicado en dos volúmenes en 1764, siguió la senda trazada por Jacob, pero con un espíritu más erudito y profundo. Este diccionario, al reunir los principios fundamentales del derecho inglés, no se limitó a enumerarlos: los explicó, ilustró con ejemplos y enriqueció con referencias a fuentes autorizadas y a la jurisprudencia contemporánea. Su profundidad y método lo distinguen de sus predecesores. Respecto al término *ex post-facto*, Cunningham (1783) reproduce la definición de Jacob en sus tres sentidos⁹⁸ y aporta, además, aplicaciones particulares.

Cunningham refiere un caso en el que, en virtud de una orden de asentamiento, se dispuso la colocación de un niño pobre como aprendiz mediante

92 Jacob (1729): “Es un término usado en el derecho, que significa algo hecho después de otra cosa que se había realizado anteriormente” (v. *Ex post facto*).

93 Jacob (1729, v. *Ex post facto*): “Y un acto realizado o un derecho concedido puede volverse válido por un hecho *ex post facto*, aunque no lo fuera en un principio”. *Id.*, v. *Incertaity*: “La incertidumbre puede convertirse en certeza mediante un hecho *ex post facto*”.

94 Jacob (1729, v. *Ex post facto*): “Así como algo bien hecho al principio puede, con el tiempo, volverse incorrecto”.

95 Jacob (1729, v. *Executor de son tort*): “[...] habiéndose hecho responsable de una acción como *executor de son tort*, no podrá luego exonerarse mediante un hecho *ex post facto*”.

96 Jacob (1729, v. *Executor de son tort*): “Un *executor de son tort* tendrá derecho, in *Equity*, a que se le reconozcan todos los pagos que un ejecutor legítimo debería haber efectuado”.

97 Jacob (1729, v. *Remainder*): “[...] pero no puede depender de un hecho *ex post facto*”.

98 Cunningham (1783, vol. I, v. *Ex post facto*): “Es un término usado en el derecho, que significa algo hecho después de otra cosa que se había realizado anteriormente. Y un acto realizado o un derecho concedido puede volverse válido por un hecho *ex post facto*, aunque no lo fuera en un principio, por

contrato de aprendizaje (*indenture*). Para tal efecto, el maestro recibió la suma de veinte chelines y el niño sirvió bajo su dirección durante varios años. No obstante, el maestro incurrió en el incumplimiento de su obligación fiscal al omitir el pago del impuesto de seis peniques por libra, exigido por la legislación vigente. Dicha normativa disponía, de manera expresa, que la falta de pago acarrearía la nulidad absoluta del contrato en todos sus efectos y propósitos. Sometido el asunto al juez del circuito, este resolvió que el asentamiento debía reputarse válido, argumentando que la normativa le concedía al maestro un plazo de seis meses para cumplir con la obligación fiscal. Durante dicho intervalo, razonó el juez, el aprendiz había adquirido un derecho que no podía quedar sujeto a la voluntad *ex post-facto* del maestro.⁹⁹ Sin embargo, el *King's Bench*, conociendo en última instancia, revocó la decisión y sostuvo que la interpretación del tribunal inferior equivalía a conferir eficacia al contrato para un propósito determinado, cuando la ley lo declaraba nulo de manera absoluta.

También Cunningham (1783) menciona el caso del *scire facias quare executionem non debet*. Cuando el demandado en error solicita este recurso para impugnar la ejecución de la sentencia, el procedimiento se considera únicamente colateral al expediente principal. No obstante, por un hecho posterior (*ex post-facto*), el *scire facias* puede adquirir la naturaleza de un registro formal.¹⁰⁰ Esto ocurre si, al regreso del mandamiento, el demandante comparece y presenta una liberación u otra excepción válida, con lo cual la alegación se incorpora al expediente original. Por el contrario, si el demandante comparece y asigna errores en la sentencia o se le concede plazo para hacerlo, pero su asignación resulta insuficiente o incorrecta, el *scire facias* carece de valor jurídico, limitándose a ser un documento archivado sin efecto procesal alguno.

Se utiliza el término, asimismo, en relación con el valor del consentimiento dado con posterioridad,¹⁰¹ los requisitos del arrendamiento,¹⁰² la interpretación

elección, etc.; así como algo bien hecho al principio puede, posteriormente, volverse incorrecto”.

99 Cunningham (1783): “[...] no debería estar en poder del señor anularlo mediante un hecho *ex post facto*” (vol. I, v. *Apprentice*).

100 Cunningham (1783): “[...] y, sin embargo, mediante un hecho *ex post facto* puede convertirse en un registro” (vol. I, v. *Error*).

101 Cunningham (1783): “Un consentimiento *ex post facto* no tiene ninguna significación; porque no puede darse respecto de cosas que no pueden ser de otro modo” (vol. I, v. *Consent*).

102 Cunningham (1783): “[...] o bien reduciéndolo a certidumbre sobre la base de alguna contingencia precedente mediante un hecho *ex post facto*” (vol. II, v. *Lease*).

de las leyes retroactivas,¹⁰³ los testigos en los testamentos,¹⁰⁴ la capacidad de contratar del menor (vol. II, v. *Infant*) y algunos casos de fraude (vol. II, v. *Fraud*).

4.2.2 Las obras metódicas y sistemáticas que no mencionan el término *ex post-facto*

Algunas obras desarrollaron una concepción más amplia y sistemática del derecho, que no se limitaba a su mera descripción, sino que aspiraba a dotarlo de coherencia y estructura. Esta tendencia se manifestó en *Law, or a Discourse Thereof* de sir Henry Finch (1627) y en *Analysis of the Law* de sir Matthew Hale (1716). Ambas procuraban reducir el vasto cuerpo del *common law* a un sistema claro y metódico, en el que cada principio ocupara su lugar adecuado.

Sin embargo, en ninguna de ellas se hace referencia al término *ex post-facto*. En la primera, Finch (1627) adopta un enfoque inspirado en la lógica y en la clasificación de conceptos y principios, influido por la tradición escolástica y por los métodos del derecho romano. No obstante, al tratar la ley positiva, omite toda alusión a su aplicación retroactiva.

En la segunda, que ofrece un esquema de los distintos títulos y divisiones del derecho inglés, Hale (1713) tampoco aborda esta cuestión. Aunque se trata de una obra concisa cuyo propósito es proporcionar un marco lógico y accesible para la comprensión del *Common law*, apartándose del enfoque meramente casuístico de los *Year Books* y otros textos jurídicos medievales, en ella no se hace mención siquiera a las funciones de la ley.

Habría, por tanto, que considerar otras obras metódicas que sí hayan tratado expresamente el tema.

4.2.3 Las obras metódicas y sistemáticas que mencionan el término

Entre las obras de esta índole disponibles en las colonias hacia 1700 se destacan el *New Abridgment of the Law* de Matthew Bacon (1798) y el *General Abridgment of Law and Equity* de Charles Viner (1794), ya analizadas por separado. Resta considerar, dentro de la misma línea pero con un matiz propio, dos obras de relevancia.

103 Cunningham (1783): “[...] al interpretar una ley del Parlamento dictada *ex post facto*, no debe forzarse el sentido de las palabras para dejar sin efecto un convenio respecto del cual una de las partes tenía pleno derecho al momento en que dicha ley fue dictada” (vol. II, v. *Statute*).

104 Cunningham (1783): “[...] a witness, who was not credible at the time, can become so by matter *ex post facto*” (vol. II, v. *Will*).

En primer término, el *A Digest of the Laws of England* de John Comyns (1824). En al menos dos secciones de esta obra de seis volúmenes el concepto *ex post-facto* se emplea en su sentido más amplio, abarcando todo lo que ocurre tras un hecho previo (“For matters *ex post facto*”).

En el volumen I, hay un título entero dedicado con particular detenimiento al *abatement* (H.32 a H.56), es decir, a la extinción o suspensión de una acción judicial por la ocurrencia de ciertos hechos o por la existencia de determinados defectos procesales antes de que el fondo del asunto sea resuelto. Los casos incluyen: la muerte del demandante (H.32) o de uno de varios demandantes (H.33); la muerte del demandado (H.34) o de uno de varios demandados (H.35); la muerte de un tercero ajeno (H.36), del *vouchee* (H.37), del rey (H.38) o de los jueces (H.39); hechos como el nacimiento o mayoría de edad del heredero o administrador (H.40); actos de las partes como asumir una profesión (H.41), matrimonio o insolvencia (H.42), divorcio (H.43), aceptación de dignidad (H.44), administración de bienes (H.45), privación de cargo (H.46), *disseisin* por el propio actor (H.47), entrada en el inmueble litigado (H.48), *demise* o *admittance* (H.49), búsqueda de otro remedio legal (H.50), recepción parcial del bien (H.51), excusa de una falta procesal (H.52), invocación de falta de citación (*non-summons*, H.53) y recuperación de la posesión por un tercero durante el proceso (H.54). En cada caso se analiza si el hecho extingue la acción, si debe alegarse formalmente mediante *plea* y cómo procede la réplica.

En el volumen VI explica cómo deben plantearse en el *pleading* los hechos *ex post-facto*, es decir, aquellos posteriores al acto jurídico que pueden anular un derecho ya concedido —como una herencia, un arrendamiento o una pensión—. Cuando un derecho ha nacido válidamente, pero existe una condición resolutoria posterior que puede extinguirlo, no es necesario que el actor alegue en su demanda que esa condición no ha ocurrido. Por ejemplo, quien reclama una anualidad condicionada a mantener seis soldados no debe afirmar que lo ha hecho; si no se cumple, el demandado debe alegarlo en defensa (Comyns, 1824, vol. VI, v. *Pleader*, c. 56). De igual modo, si la anualidad se concede “hasta ser promovido a un beneficio eclesiástico”, el actor no debe decir que aún no fue promovido, pues esa condición posterior extingue el derecho y corresponde al demandado probarla (c. 56).

En Comyns, por tanto, *ex post-facto* se aplica solo a hechos civiles y procesales: a circunstancias posteriores que afectan derechos o procedimientos, sin considerar la ley penal ni su retroactividad. Se trata, en esencia, de actos y procesos, no de castigos ni de delincuentes.

Y, en segundo término, merece mención una obra de importancia central para nuestro tema: el *A System of the Laws of the State of Connecticut* de Zephaniah Swift (1795). Fue uno de los juristas más eminentes de la primera generación republicana norteamericana. Abogado, legislador y luego juez de la Corte Suprema de Connecticut, consagró su vida a ordenar y racionalizar el derecho local. Entre 1795 y 1796, publicó esta obra monumental, aunque —como advierte Widen (2011, p. 33)— el manuscrito ya circulaba desde 1793. En ella, Swift dedica un extenso capítulo a la jurisdicción de la Asamblea General, donde examina los límites del Poder Legislativo frente a los tribunales ordinarios. Señala que la Asamblea solía arrogarse funciones judiciales, concediendo nuevos juicios, decretando divorcios o resolviendo peticiones privadas. Tal práctica, a su juicio, vulneraba la separación de poderes y amenazaba la seguridad jurídica. “Debe considerarse un principio inviolable que, cuando se instituyen tribunales competentes de justicia, el poder legislativo queda despojado de toda autoridad judicial” decía Swift (1795, p. 76). Esa intervención de la Asamblea en causas ya resueltas o prescriptas constituía, aunque se la presentara bajo el ropaje de la equidad, una verdadera ley retroactiva: “Tal interferencia no solo destruye la certeza y uniformidad de las leyes, sino que constituye en sí misma una ley *ex post facto*, que ninguna legislatura puede aprobar constitucionalmente” claramente indicaba (p. 76). En suma, para Swift, toda medida que reabra un juicio, modifique una sentencia firme o altere retrospectivamente los efectos de una ley vigente es una forma de retroactividad legislativa contraria al principio constitucional de legalidad.

Su razonamiento anticipa con exactitud el problema que, cinco años más tarde, habría de plantearse en *Calder v. Bull* (1798). En aquel caso, como vimos, la Asamblea de Connecticut había dictado una resolución legislativa que les otorgaba a los esposos Bull un nuevo juicio en una causa testamentaria ya decidida. La cuestión sometida a la Corte Suprema era si ese acto constituía una ley retroactiva prohibida por la Constitución. A la luz del pensamiento de Swift, la respuesta no admitía duda: aquella resolución era de esa índole, pues representaba una intervención legislativa sobre una decisión judicial firme. Aunque no impusiera una pena, afectaba derechos adquiridos y quebrantaba el principio de separación de poderes. Pese a ser el tratado más autorizado del derecho de Connecticut y describir con precisión el mismo tipo de actos que dio origen al litigio, la Corte Suprema ignoró por completo su doctrina.

4.3 Los debates y la ratificación en las convenciones estatales

El sentido de la cláusula *ex post-facto* fue motivo de un debate prolongado y, en ocasiones, vehemente durante la Convención Constitucional de 1787 y en las subsiguientes convenciones estatales. Resulta, sin embargo, manifiesto —y hasta desconcertante— que ninguno de los delegados evidenció un conocimiento preciso sobre este punto. En sus exposiciones no se advierte alusión directa a la tradición ni a los tratados doctrinales que, como hemos mostrado en páginas anteriores, circulaban con cierta familiaridad en la Norteamérica de mediados del siglo XVIII.

Los oradores, en cambio, se conformaron con generalidades opinables sobre el sentido y alcance que, según su particular criterio, correspondía atribuir a tales leyes. De esa omisión se siguió, como era de esperarse, una diversidad de posturas: desde quienes interpretaron la cláusula en su sentido amplio, abarcando tanto normas penales como civiles, hasta aquellos que pretendieron restringir su aplicación al ámbito criminal, apoyándose para ello en distinciones de supuesto carácter histórico. Así, en vez de una deliberación jurídica, se produjo un intercambio de impresiones apenas articuladas que desmienten el rigor que tantas veces se presume en los Fundadores.

El arduo trabajo de examinar y desarrollar, en su propio contexto y ámbito de deliberación, las opiniones vertidas en la Convención ha sido ya realizado por plumas más doctas¹⁰⁵ y no es nuestro propósito repetirlo aquí. Nos limitaremos, por tanto, a enunciar, en primer término, el consenso inicial en torno a la conveniencia de incorporar una cláusula de esta naturaleza; y luego, a exponer las tres posiciones principales que, a mi juicio, se formularon durante la Convención de 1787 y, ulteriormente, en las convenciones estatales: en primer lugar, las opiniones favorables a una interpretación amplia; en segundo término, las dudas y argumentos técnicos que restringen la cláusula al solo ámbito penal; y, por último, las objeciones a tales reservas y las posturas que rechazan expresamente esa lectura limitada.

4.3.1 Acuerdo sobre la necesidad de la cláusula

En el curso de los debates, emergió con nitidez una intención compartida por varios de los delegados: insertar en la Constitución una cláusula que prohibiera expresamente las leyes *ex post-facto*. Esta voluntad, sin embargo, no descansaba

105 Cfr. Field (1922, p. 315), Crosskey (1947, p. 547), Ricciardi y Sinclair (1996, p. 311), Natelson (2003, p. 490).

en una concepción única ni en fundamentos uniformes, sino que reflejaba un haz de motivaciones divergentes y comprensiones desiguales del problema. Las justificaciones esgrimidas por los delegados, por ello, variaban sensiblemente.

El señor Gerry sostuvo que esta precaución era aún más necesaria en la legislatura nacional que en la estatal, porque el número de miembros en la primera era menor y, por tanto, se les temía más. Su argumento, de índole eminentemente político, revelaba una desconfianza hacia el Poder Legislativo federal, cuya concentración numérica lo tornaba, según su criterio, más proclive a los abusos y al ejercicio arbitrario de su autoridad. Morris, en cambio, consideraba “esencial” extender la prohibición al *Bill of Attainder*. La cláusula, para él, protegería contra la persecución política, impidiendo los actos de venganza o castigo contra personas determinadas.

Otros delegados se resistieron a consagrar la prohibición, no por indulgencia con el legislador, sino por apego a la sobriedad y al decoro del texto constitucional. Mientras Ellsworth la juzgaba innecesaria, pues el principio ya estaba implícito en el derecho mismo, James Wilson sostenía que su inclusión generaría dudas sobre la Constitución y proclamaría que ignorábamos los primeros principios de la legislación o de nuestro gobierno constitucional. Para Wilson, en definitiva, la prohibición expresa implicaba una confesión de inseguridad o ignorancia jurídica.

A pesar de tales reservas, la cláusula fue finalmente aprobada. Su inclusión, sin embargo, no fue la expresión de una doctrina consolidada ni la recepción natural de una tradición compartida. Fue, más bien, el producto de un consenso precario, tejido entre razones políticas, temores institucionales y concepciones dispares —cuando no contradictorias— sobre su alcance y fundamento.

4.3.2 Opiniones a favor de una interpretación amplia

Ciertos delegados y actores políticos de la época entendían la prohibición como una barrera general contra toda legislación retroactiva, tanto penal como civil. George Mason, uno de los más claros, argumentó que “las leyes *ex post-facto* y las retroactivas son términos sinónimos”.¹⁰⁶ Para Mason, confiar en una definición meramente técnica y penal podía permitir que se cometieran injusticias graves, especialmente en el ámbito económico, donde las leyes retroactivas po-

106 *Convention of Virginia*, en *Elliot's Debates* (1836): “Sea lo que fuere en el foro o en el ámbito profesional, considero que, según la acepción común de las palabras, las leyes *ex post facto* y las leyes retrospectivas son términos sinónimos” (vol. III, p. 479).

dían “destruir y aniquilar a todos los ciudadanos de los Estados Unidos para enriquecer a unos pocos”.¹⁰⁷

Esta visión amplia se reflejó también en la preocupación sobre la redención de los dólares continentales, una cuestión central en las discusiones estatales, particularmente en Virginia. Estos, ampliamente depreciados, representaban deudas gubernamentales cuya valoración al valor nominal implicaba una carga fiscal considerable para los estados. Las propuestas de leyes para “escalar” su valor a la cotización de mercado —es decir, leyes con efecto retroactivo— se consideraban prohibidas por la cláusula *ex post-facto*, lo que generó debates intensos. Como señaló Patrick Henry, “sus manos están atadas por esta cláusula y deben pagar *shilling por shilling*”. Esta preocupación —por lo que aquí interesa— evidenciaba que, para muchos, la prohibición alcanzaba a los actos legislativos que alteraban derechos contractuales y no solo a los delitos.

La correspondencia política de la época también reflejó esta interpretación. Por ejemplo, Ellsworth y Sherman usaron la expresión para referirse a leyes que “perjudiquen la obligación de los contratos”,¹⁰⁸ lo que confirma que la visión predominante entre los actores políticos incluía el ámbito civil en el alcance de la prohibición. Estas interpretaciones muestran que la noción común y práctica del término en 1787 excedía el ámbito estrictamente penal.

4.3.3 Dudas y argumentos sobre el alcance penal de la cláusula

En contraste con estas interpretaciones amplias, algunos participantes en la Convención y comentaristas jurídicos defendieron una interpretación técnica y restringida de la cláusula *ex post-facto*, limitada a las leyes penales. Esta posición se fundamentó principalmente en el análisis de John Dickinson, quien se basó en los comentarios de William Blackstone¹⁰⁹. Según Dickinson, la prohibición de las leyes *ex post-facto* se refería a impedir que una acción “indiferente en sí

107 *Convention of Virginia*, en *Elliot's Debates* (1836, vol. III, p. 479).

108 *Elliot's Debates*: “La restricción impuesta a las legislaturas de los distintos estados —en lo relativo a la emisión de vales de crédito, a hacer que cualquier cosa distinta del dinero sea de curso legal para el pago de deudas, o a menoscabar la obligación de los contratos mediante leyes *ex post facto*— se consideró necesaria como garantía del comercio, en el cual podían verse afectados tanto los intereses de extranjeros como de ciudadanos de distintos estados” (1836, vol. I, p. 492).

109 *Records of the Federal Convention*, en *Farrand* (1911, vol. II, pp. 448-449).: “El señor Dickenson mencionó ante la Cámara que, al examinar los *Commentaries* de Blackstone, encontró que los términos *ex post facto* se referían solo a los casos penales; que, en consecuencia, no restringirían a los Estados respecto de leyes retrospectivas en materia civil, y que sería necesario establecer alguna otra disposición con tal propósito”.

misma” (*an action indifferent in itself*) se convirtiera en delito y se sancionara retroactivamente. Esta restricción buscaba evitar la “crueldad y la injusticia” (*cruel and unjust*) de aplicar penas por conductas que, en el momento de su realización, no eran ilícitas. Dickinson, así, consideraba que la prohibición debía interpretarse como un freno a las leyes penales retroactivas, pero no a las civiles, donde la legislación retroactiva podía ser legítima.

Esta interpretación técnica fue defendida también por el gobernador Edmund Randolph, quien sostuvo que “las leyes *ex post-facto*, tomadas técnicamente, se refieren únicamente a asuntos criminales”,¹¹⁰ apoyándose en el hecho de que la Constitución también prohibía los *Bills of Attainder*, que eran exclusivamente penales.¹¹¹ Randolph añadió que la prohibición, por tal limitación, no afectaba la capacidad del Congreso para legislar sobre deudas federales, distinguiendo así entre competencias federales y estatales.

4.3.4 Objeciones a la interpretación técnica

Frente a la interpretación restringida, varios delegados objetaron el uso de definiciones técnicas para delimitar la cláusula. George Mason reprochó el recurso a definiciones técnicas y advirtió contra confiar el negocio público a estas, afirmando que “la construcción contraria es el sentido común de las palabras”.¹¹² Para Mason y sus aliados, la prohibición debía entenderse en su sentido común y amplio, aplicándose a toda legislación retroactiva que afectara derechos previos. Asimismo, la oposición a la interpretación técnica se reflejó en el rechazo unánime a la moción para eliminar del texto constitucional la prohibición de leyes *ex post-facto*, lo que sugiere que la mayoría consideraba la cláusula como una protección general no limitada a los delitos. En las convenciones estatales, el debate continuó. En Carolina del Norte, por ejemplo, el futuro juez de la Corte Suprema James Iredell señaló que “no hay nada en la Constitución que afecte nuestro papel moneda presente”¹¹³, pero reconoció que la prohibición “sería *ex post-facto* si la construcción propuesta fuera correc-

110 *Records of the Federal Convention*, en Farrand (1911, vol. III, p. 328): “Las leyes *ex post facto*, si se toman en sentido técnico, se refieren únicamente a los casos penales”

111 *Records of the Federal Convention*, en Farrand (1911, vol. III, p. 328).

112 *Convention of Virginia*, en Elliot’s *Debates*: “¿Debemos confiar este tipo de asuntos a la definición técnica? El significado claro de las palabras indica lo contrario” (1836, vol. III, p. 479).

113 *Convention of North Carolina*, en Elliot’s *Debates* (1836, vol. IV, p. 185).

ta”¹¹⁴, reafirmando la preocupación por la aplicación retroactiva de leyes que comprometieran intereses económicos.

Incluso en Nueva York, la propuesta de limitar la prohibición a leyes penales fue presentada como una enmienda, con la intención expresa de que “no se interpretara que impedía llamar a los defraudadores públicos a rendir cuentas”, lo que indica que el significado general se entendía de modo más amplio y que la enmienda pretendía acotarlo. Finalmente, la mayoría de los presentes —como precisa Field (1922)— “no dio evidencia de usar el término *ex post-facto* en sentido técnico” (p. 321), predominando la idea de que la cláusula alcanzaba tanto a las leyes penales como a las civiles con efecto retroactivo.

5. La interpretación de la Corte Suprema norteamericana

5.1 El caso *Calder v. Bull*

En el célebre caso *Calder v. Bull*,¹¹⁵ la Corte Suprema fue llamada a interpretar el verdadero alcance de la cláusula *ex post-facto* en el marco de la Constitución. La cuestión planteada, como vimos, consistía en determinar si una ley promulgada por la legislatura de Connecticut —que autorizaba nuevo juicio en una causa sucesoria ya concluida— podía considerarse prohibida por dicha cláusula. El conflicto surgió cuando una intervención legislativa anuló un decreto judicial previo y permitió reabrir el juicio testamentario del nieto de Normand Morrison, favoreciendo a Calder y su esposa. En oposición, Caleb Bull y su mujer objetaron esta medida, argumentando que la ley era una verdadera ley *ex post-facto* y, por ende, inconstitucional.

La Corte, sin embargo, adoptó una interpretación restringida: sostuvo que la prohibición constitucional se aplicaba únicamente a las leyes de naturaleza penal y que la retroactividad, por sí sola, no bastaba para invalidar una disposición legislativa que hubiera sido aplicada en una causa civil.

El caso es célebre no solo por su novedad, sino también por la opinión concurrente del juez Chase, quien, más allá de expresar ciertas inquietudes sobre las imprevisibles y quizás graves consecuencias institucionales de aplicar la cláusula *ex post-facto* a los casos civiles¹¹⁶ —así como sobre la posible redundancia de

114 *Convention of North Carolina*, en *Elliot's Debates* (1836, vol. IV, p. 185).

115 *Calder v. Bull*, 3 U.S. (3 Dall.) 386 (1798).

116 *Calder v. Bull*, 3 U.S. (3 Dall.) 386, 390 (1798) (Chase, J.): “Si el término ley retroactiva se interpreta de manera que incluye y prohíbe la promulgación de cualquier ley después de un hecho, esto restringirá en gran medida el poder de las legislaturas federales y estatales; y las consecuencias de tal

dicha cláusula respecto de las leyes que afectan obligaciones contractuales—¹¹⁷, fundamentó el núcleo del fallo en una distinción fundamental: las leyes *ex post-facto* no deben confundirse con las demás leyes retroactivas. Esta distinción, dudosa —pero decisiva— se asienta a su vez en otra —también discutible— diferenciación: la que existe entre el sentido técnico y el sentido común que la cláusula puede tener en la tradición. En su razonamiento, el juez Chase no solo establece este deslinde, sino que también ofrece una definición de lo que, para él, constituye una ley *ex post-facto*. Juzguemos, con lo desarrollado hasta aquí, si tales fundamentos son suficientes y sólidos para sostener la decisión adoptada.

5.2 La ley *ex post-facto*: una clase especial de ley retroactiva

En su opinión concurrente, el juez Chase establece una célebre distinción entre las leyes *ex post-facto* y las leyes retroactivas. Para ello, advierte que la cláusula constitucional “simple y sin explicación, es ininteligible y carece de significado”,¹¹⁸ lo que exige, según él, una interpretación rigurosa de su alcance. Lo sintetiza en una fórmula que, con el tiempo, ha ganado cierta notoriedad: “Toda ley *ex post facto* debe ser necesariamente retroactiva; pero no toda ley retroactiva es una ley *ex post facto*”.¹¹⁹

No resulta claro, sin embargo, el concepto mismo de retroactividad que emplea. En su voto, pueden advertirse dos nociones distintas —e incluso difícilmente conciliables— de ley retroactiva. Por un lado, adhiere a la doctrina de los derechos adquiridos al afirmar que es retroactiva “toda ley que anule o menoscabe derechos adquiridos conforme a las leyes existentes”.¹²⁰ Por otro, introduce una definición fundada en una idea hoy rechazable de retro vigencia, al considerar retroactiva “toda ley que deba entrar en vigor antes de su promulgación”.¹²¹

interpretación pueden ser imprevisibles”.

117 *Calder v. Bull*, 3 U.S. (3 Dall.) 386, 390 (1798) (Chase, J.): “[...] las dos prohibiciones, no utilizar nada más que monedas de oro y plata como medio de pago de deudas y no aprobar ninguna ley que menoscabe las obligaciones de los contratos, eran inadecuadas e innecesarias”.

118 *Calder v. Bull*, 3 U.S. (3 Dall.) 386, 390 (1798) (Chase, J.): “La prohibición de que ‘ningún estado dictará ninguna ley *ex post facto*’ requiere necesariamente alguna explicación; porque, desnuda y sin explicación, es ininteligible y no significa nada”.

119 *Calder v. Bull*, 3 U.S. (3 Dall.) 386, 390 (1798) (Chase, J.): “Toda ley *ex post facto* debe necesariamente ser retrospectiva; pero no toda ley retrospectiva es una ley *ex post facto*: solo estas últimas están prohibidas”.

120 *Calder v. Bull*, 3 U.S. (3 Dall.) 386, 390 (1798) (Chase, J.): “Toda ley que suprima o menoscabe derechos adquiridos conforme a las leyes vigentes es retrospectiva, y es generalmente injusta; y puede ser opresiva”.

121 *Calder v. Bull*, 3 U.S. (3 Dall.) 386, 390 (1798) (Chase, J.): “Toda ley que haya de tener efecto antes

El problema central reside en la relación conceptual entre la ley retroactiva y la cláusula *ex post-facto*. Si se admite que la retroactividad es el género y que la cláusula *ex post-facto* representa tan solo una de sus especies —es decir, una forma particular y limitada de retroactividad—, entonces cualquier intento de vincular ambos conceptos exige, como punto de partida, una definición precisa y coherente de qué debe entenderse por “ley retroactiva”.

Esta tarea —que se pretende en la sentencia— tropieza con un obstáculo teórico de fondo: la falta de una noción suficiente de retroactividad. Las doctrinas clásicas que han intentado llenar ese vacío —en particular, la teoría de los derechos adquiridos y la teoría de la retro-entrada en vigor (*rétro-mise en vigueur*)— se han revelado, en última instancia, como inadecuadas para capturar la complejidad del fenómeno. Tal como han demostrado con detalle autores como Héron (1985, p. 293) y Fleury-Le Gros (2005, p. 55), estas teorías descansan en distinciones conceptuales que no resisten un análisis riguroso ni se sostienen con coherencia ante los diversos supuestos prácticos en los que una norma actúa sobre hechos anteriores a su promulgación.

La teoría de los derechos adquiridos, por ejemplo, pretende trazar una línea nítida entre situaciones jurídicas consolidadas —que la nueva ley no podría alterar— y simples expectativas —que sí podrían verse afectadas retroactivamente—. Pero esta distinción, aunque intuitiva, se apoya en una noción ambigua de “adquisición” y, en la práctica, conduce a resultados contradictorios. Por su parte, la idea de una ley que “entra en vigor hacia atrás” o que “es aplicable antes de su vigencia” incurre en una ficción normativa difícil de justificar desde una perspectiva racional.

Así, en ausencia de una teoría general satisfactoria de la retroactividad, cualquier intento de situar la cláusula *ex post-facto* dentro de esa categoría más amplia corre el riesgo de descansar sobre un terreno inestable, o incluso circular: se presupone la existencia de un género —la ley retroactiva— cuya definición es nebulosa. Por ello, más que un simple problema de clasificación conceptual, lo que aquí se revela es una insuficiencia estructural en la arquitectura teórica de la retroactividad.

de su sanción, como para comenzar en un tiempo anterior”.

5.3 El sentido “común” y “técnico” de la retroactividad

Esa relación de género a especie da lugar a una distinción complementaria entre el sentido común del concepto y su acepción técnica. Sobre esta última, el juez Chase observa: “Las expresiones ‘leyes *ex post-facto*’ son técnicas; se utilizaban mucho antes de la Revolución y habían adquirido un significado apropiado por legisladores, abogados y autores”.¹²² Ese significado “apropiado” —fundado, según se argumenta, en la célebre y juiciosa autoridad de sir William Blackstone— se limita al ámbito penal. Igualmente lo dice el juez Paterson: “El término ‘*ex post-facto*’, aplicado a una ley, tiene un significado técnico y, en la terminología jurídica, se refiere a delitos, penas y sanciones”,¹²³ y añade que la descripción que el juez Blackstone hace de estos términos es clara y precisa. Como consecuencia de ello, el juez Iredell resume su voto en la siguiente conclusión: “[...] la verdadera interpretación de la prohibición se extiende a los casos penales, no a los civiles”.¹²⁴

Del examen de estas tres opiniones se infiere que el carácter “técnico” de la expresión no proviene de una definición abstracta, sino del uso que se le ha atribuido a la cláusula en la práctica jurídica. No se trata, por tanto, de una fórmula doctrinal, sino de una acepción consagrada por una tradición prolongada —“mucho antes de la Revolución”— y repetidamente invocada por “legisladores, abogados y autores”. Esa constancia en el uso ha fijado su sentido y de allí dimana su fuerza normativa.

Mas tal afirmación —como hemos procurado establecer a lo largo del presente estudio— se revela desprovista de todo apoyo en la realidad histórica. No se encuentra, en efecto, en la tradición jurídica anglosajona un uso “técnico” de la expresión que permita cimentar la distinción sugerida, y menos aún uno que autorice a pensar que, antes de la Revolución americana, la cláusula *ex post-facto* se hallaba confinada al ámbito penal.

Ese no es, ciertamente, el alcance que se desprende de la obra de Bracton, ni de la de Coke ni del uso que ambos escritores hacen de dicha fórmula. En los *abridgments*, por lo demás, el término conserva un sentido manifiestamente más amplio: así lo demuestran Rolle, Bacon y, con particular amplitud, Viner, quien, si bien recoge algunas aplicaciones de índole penal, las entrelaza con una profusión de referencias al derecho civil que tornan imposible —salvo por

122 *Calder v. Bull*, 3 U.S. (3 Dall.) 386, 390 (1798) (Chase, J.).

123 *Calder v. Bull*, 3 U.S. (3 Dall.) 386, 390 (1798) (Paterson, J.).

124 *Calder v. Bull*, 3 U.S. (3 Dall.) 386, 390 (1798) (Iredell, J.).

arbitrariedad— limitar su campo a lo criminal. Tampoco se desprende una restricción semejante en la obra de Blackstone ni de las aplicaciones concretas que este autor realiza fuera del ámbito penal.

Análogo carácter extensivo presenta el uso de la expresión en los textos que circulaban con mayor frecuencia en la América colonial, y que —según parece razonable suponer— contribuyeron a la formación intelectual de los Fundadores. En efecto, los diccionarios elementales de Blount, Jacob y Cunningham emplean también la locución en un sentido general, no circunscripto al ámbito penal. Comyns, por su parte, va más lejos aún: consagra en el primer volumen de su obra un título particular a las cuestiones *ex post-facto* en materia civil, con lo cual disipa toda duda sobre el sentido que debe darse a la expresión en la tradición americana.

5.4 Las clasificaciones de las leyes *ex post-facto*

Finalmente, el juez Chase intentó también delimitar el alcance de la cláusula que prohíbe las leyes *ex post-facto* mediante una enumeración de los casos que, a su juicio, quedarían comprendidos bajo dicha categoría. Según su formulación, serían leyes *ex post-facto*: (1) aquellas que convierten en delito un acto que era lícito al momento de su realización y que luego lo sancionan penalmente; (2) las que agravan la calificación jurídica de un delito ya cometido; (3) las que aumentan la pena prevista al momento de la infracción; y (4) las que modifican las reglas de prueba vigentes al momento del hecho en perjuicio del imputado.¹²⁵

Aunque esta clasificación se presenta como una definición sustantiva de estas leyes, en realidad no ofrece una caracterización del fenómeno jurídico de la retroactividad, sino más bien una descripción de sus posibles efectos adversos en el ámbito penal. Lo que el juez Chase enuncia son, en definitiva, las consecuencias jurídicas que puede acarrear una ley retroactiva —esto es, su contenido materialmente injusto o gravoso— sin llegar a precisar el mecanismo normativo que da lugar a tales efectos.

Desde una perspectiva dogmática más rigurosa, resulta indispensable distinguir entre los efectos de una ley retroactiva y su estructura normativa. El rasgo constitutivo de la retroactividad reside, a mi criterio, en la pretensión de una norma de regular —como han probado Bach (1969, p. 405) y Héron (1996, p.

125 *Calder v. Bull*, 3 U.S. (3 Dall.) 386, 390 (1798) (Chase, J.).

53) —¹²⁶ situaciones o hechos pasados, es decir, en su intención consciente de extender su ámbito de aplicación a conductas o relaciones jurídicas ocurridas con anterioridad. En este sentido, la retroactividad no se define por las consecuencias que produce (por ejemplo, criminalizar lo antes permitido o agravar una pena), sino por su vocación normativa de proyectarse hacia el pasado; esto es, por la desconexión entre la fecha de la norma y la de los hechos que regula.

Así planteado, el listado del juez Chase no constituye una verdadera teoría de la retroactividad, sino apenas una tipología de injusticias legislativas bajo el ropaje del derecho penal. Esta reducción al ámbito penal empobrece, una vez más, la comprensión del problema y desatiende el uso más general —e históricamente más extendido— del término *ex post-facto* en el derecho anglosajón.

6. Conclusión

El examen realizado permite concluir que la interpretación restrictiva de la cláusula *ex post-facto* —limitada por la Corte Suprema al ámbito penal— carece de sustento en la tradición del *common law* y en el pensamiento constitucional originario. Ni Bracton, ni Coke, ni Blackstone ni los compendios que nutrieron la formación jurídica de los redactores de la Constitución reconocen en esa expresión una acepción técnica confinada a las leyes criminales. Muy por el contrario, la emplean con amplitud, refiriéndola a todo acto normativo que pretenda proyectar sus efectos sobre lo ocurrido.

La distinción de la retroactividad introducida por *Calder v. Bull* —entre un sentido común y otro profesional— no fue heredada del derecho inglés ni nació del texto constitucional, sino que constituye una construcción jurisprudencial posterior, consolidada por la reiteración. Tal limitación ha reducido el alcance de una garantía que, en su origen, se dirigía a preservar la seguridad de los derechos y la estabilidad de las relaciones jurídicas frente a la arbitrariedad del legislador.

Reconocer el verdadero alcance de la cláusula *ex post-facto* no implica alterar su sentido, sino devolverle el que tuvo en su origen: una prohibición general contra toda ley que actúe sobre hechos anteriores a su promulgación. Su restablecimiento no sería una innovación, sino una reparación. Sin embargo, resulta paradójico que haya sido precisamente en el ámbito constitucional —

126 Héron (1996): “Se verá, en efecto, que la aplicación retroactiva o retrospectiva de la ley nueva exige a menudo la adopción de disposiciones transitorias sustanciales, que no constituyen reglas sino decisiones” (p. 53).

que debía ofrecer la máxima garantía frente a los abusos del poder— donde la retroactividad terminó debilitando la posición del ciudadano. Lo que en el *common law*, y antes en el *civil law*, se había concebido como una defensa frente al legislador, en la jurisprudencia norteamericana se convirtió en un límite meramente formal, reservado al derecho penal, que deja sin amparo al individuo frente a la arbitrariedad civil, económica o administrativa. Así, la Constitución, nacida para asegurar la libertad, ha terminado por restringirla: su interpretación ha servido más para justificar la intervención del Estado en el pasado que para impedirla. Restituir a la cláusula su sentido originario equivale, en última instancia, a devolver al ciudadano la protección que la Constitución prometió y que la jurisprudencia, poco a poco, le arrebató.

Bibliografía

- Abbott, B. V. (1879). *Dictionary of terms and phrases used in American or English jurisprudence*. Boston.
- Aiken, K. H. (1992). Ex post facto in the civil context: Unbridled punishment. *Kentucky Law Journal*, 81(2), Article 4, 323-336.
- Azon. (1540). *Summa Perutilis Excellentissimi iuris monarchæ domini Azonis nuperrime maxima diligentia castigata*. Lugduni.
- Bach, L. (1969). Contribution à l'étude du problème de l'application des lois dans le temps. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 77, 405-465.
- Bacon, M. (1798). *A new abridgement of the law*. A. Strahan.
- Ballou, H. (1737). *Treatise of equity*. Nutt and Gosling.
- Black, H. (1887). *An essay on the constitutional prohibitions against legislation impairing the obligation of contracts, and against retroactive and ex post facto laws*. Little, Brown.
- Blackstone, W. (1768). *Commentaries on the laws of England: In four books*. Clarendon Press.
- Blackstone, W. (1803). *Analyse des lois anglaises, précédée d'un discours préliminaire sur l'étude des lois* (Trad. M. Joguet). Chez Leblanc.
- Blackstone, W. (1838). *Commentaries on the laws of England*. Tucker.
- Blount, T. (1670). *Nomolexicon: A Law-Dictionary Interpreting Such Difficult and Obscure Words and Terms as are Found Either in Our Common or Statute, Ancient or Modern Laws*. Printed by Newcomb for John Martin and Henry Herringman.
- Bracton, H. de. (1640). *De legibus et consuetudinibus Angliae. Libri quinque: In varios tractatus distincti*. Richardum Tottellum.
- Bracton, H. de. (1878). *De legibus et consuetudinibus Angliae libri quinque in varios tractatus distincti* (Ed. T. Twiss). Trübner & Company.
- Bridgman, R. (1807). *A short view of legal bibliography: Containing some critical observations on the authority of the reporters and other law writers*. Reed, Bell-Yard, Temple Bar.

- Brooke, E. (1788). *Bibliotheca Legum Angliae*. Bell-Yard.
- Brooke, R. (1576). *La Graunde Abridgement: Collecte & escrie per le judge tresreverend Syr Robert Brooke Chivalier*. Tottell.
- Brunner, H (1888). *The sources of English law*. Edinburgh.
- Coke, E. (1669). *The second part of the Institutes of the Lawes of England*. Printed for A. Crooke, W. Leake , A. Roper, F. Tyton , T. Dring and T. Collins.
- Coke, E. (1797). *Institutes of the laws of England*. Brooke.
- Coke, E. y Coventry, T. (1830). *A readable edition of Coke upon Littleton*. Saunders.
- Comyns, J. (1824). *A Digest of the Laws of England*. Collins & Hannay.
- Cooley, T. (1898). *The general principles of constitutional law in the United States of America*. Little, Brown.
- Cooley, T. (1927). *A treatise on the constitutional limitations*. Little, Brown.
- Cormacain, R. (2017). Legislation, legislative drafting and the rule of law. *The Theory and Practice of Legislation*, 5(2), 115–135.
- Crabb, G. (1829). *A history of English law*. Baldwin & Cradock.
- Crosskey, W. (1947). True meaning of the constitutional prohibition of ex-post-facto laws. *University of Chicago Law Review*, 14, 539-566.
- Cunningham, T. (1783). *A new and complete law-dictionary, or, general abridgment of the law*. J. F. and C. Rivington, T. Longman, S. Crowder, G. Robinson, W. Flexney, R. Baldwin, and W. Fox.
- D'Anvers, K. (1705). *A general abridgment of the common law: Alphabetically digested under proper titles. With notes and references to the whole*. John Walthoe.
- Domat, J. (1785). *Leges civiles juxta naturalem earum ordinem; jus publicum, & legum delectus*. Venetiis.
- Duxbury, N. (2013). Ex post facto law. *The American Journal of Jurisprudence*, 58(2), 135-161.
- Elliot, J. (Ed.). (1836). *The debates in the several state conventions on the adoption of the Federal Constitution*. Jonathan Elliot.
- Field, O. (1922). Ex post facto in the Constitution. *Michigan Law Review*, 20, 315-333.
- Finch, H. (1627). *Law, or a discourse thereof in foure books*. Societie of Stationers.
- Fisch, J. (1997). Retroactivity and legal change: An equilibrium approach. *Harvard Law Review*, 110, 1055-1123.
- Fitzherbert, A. (1565). *La Graunde Abridgement: Collect par le judge tresreuerend Monsieur Anthony Fitzherbert*. In Aedibus Ricardi Tottell.
- Fleury-Le Gros, P. (2005). *Contribution à l'analyse normative des conflits de lois dans le temps en droit privé interne*. Dalloz.
- Fuller, L. (1969). *The morality of law*. Yale University Press.
- Jacob, G. (1729). *A new Law-Dictionary*. E. and R. Nutt, and R. Gosling.
- Glanville, Ranulph de (1780). *Tractatus de legibus & consuetudinibus regni Angliae, tempore regis Henrici Secundi compositus: justitiae gubernacula tenente illustri viro Ranulpho de Glanvilla, juris regni et antiquarum consuetudinum eo tempore peritissimo*. Londini.
- Graetz, M. J. (1985). Retroactivity revisited. *Harvard Law Review*, 98, 1821-1841.
- Güterbock, C. (1866). *Bracton and his relation to the Roman law*. J. B. Lippincott & co.
- Hale, M. (1668). *The Publisher's Preface: Directed to the Young Students of the Common Law*. En Rolle, H. (1668), *Un abridgment des plusieurs cases et résolutions el common ley: Alphabetically digested desouth severall titles*. A. Crooke and others.

- Hale, M. (1716). *The history and analysis of the common law of England*. John Walthoe.
- Hale, M (1716). *The Analysis of the Law: being a scheme, or abstract, of the several titles and partitions of the Law of England, digested into method*. London.
- Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J. (1868). *El Federalista. Artículos sobre la Constitución de los Estados Unidos*. Impr. del Siglo.
- Hargrave, F. (1791). *Collectanea Juridica: Consisting of tracts relative to the law and constitution of England* (Vol. I). E. and R. Brooke.
- Hawkins, W. (1742). *An abridgement of the first part of my Lord Coke's Institutes*. Henry Lintot.
- Héron, J. (1985). Étude structurale de l'application de la loi dans le temps (À partir du droit civil). *Revue trimestrielle de droit civil*, (1985), 277-296.
- Héron, J. (1987). L'application dans le temps des règles de conflit. *Revue critique de droit international privé*, (76), p. 305-360.
- Héron, J. (1996). *Principes du droit transitoire*. Dalloz.
- Holdsworth, K. C. (1923). *A history of English law* (3^a ed.). Methuen & Company.
- Kent, J. (1884). *Commentaries on American Law*. Charles M. Barnes
- Littleton, T. (1594). *Littleton's tenures in English*. Lately persued and amended B. L. C. Yetsweirt Esq.
- Marvin, J. G. (1847). *Legal bibliography; or a thesaurus of American, English, Irish, and Scotch law books*. T & J.W. Johnson.
- McCreary, J M. (2002). Retroactivity of laws: An illustration of intertemporal conflicts law issues through the revised civil code articles on disinheritance. *Louisiana Law Review*, 62, 1321-1352.
- Minot, M. J. (2018). The irrelevance of Blackstone: Rethinking the eighteenth-century importance of the Commentaries. *Virginia Law Review*, 104, 1359-1397.
- Natelson, R. (2003). Statutory retroactivity: The founders' view. *Idaho Law Review*, 39, 489-529.
- Pearce, D. C. (2019). *Statutory Interpretation in Australia*. LexisNexis Butterworths, Australia.
- Pegues, F. (1953). Medieval origins of modern law reporting. *Cornell Law Review*, 38, 491-510.
- Ricciardi, L. y Sinclair, M. (1996). Retroactive civil legislation. *University of Toledo Law Review*, 27, 301-379.
- Rolle, H. (1668). *Un abridgment des plusieurs cases et résolutions el common ley: Alphabeticalment digest desouth severall titles*. A. Crooke and others.
- Scrutton, T. E. (1885). *The Influence of the Roman Law on the Law of England*. Cambridge.
- Sedgwick, T. (1857). *A treatise on the rules which govern the interpretation*. J. S. Voorhies.
- Selden, J. (1685). *Fleta, seu commentarius juris Anglicani sic nuncupatus sub Edwardo rege primo*. H. Twyford, T. Basset, J. Place, & S. Keble.
- Smead, E. E. (1936). The rule against retroactive legislation: A basic principle of jurisprudence. *Minnesota Law Review*, 20, 775-797.
- Stimson, E. S. (1939). Retroactive application of law. A problem in constitutional law. *Michigan Law Review*, 38, 30-56.
- Story, J. (1858). *Commentaries on the Constitution of the United States*. Hilliard, Gray, and company.
- Swift, Z. (1795). *A System of the Laws of the State of Connecticut, in Six Books* (Vol. I). John Byrne.
- Troy, D. (1998). *Retroactive legislation*. The AEI Press.
- Turner, R. (1985). *The English judiciary in the age of Glanvill and Bracton (c. 1176-1239)*. Cambridge University Press.

- Usman, J. (2013). Constitutional constraints on retroactive civil legislation: The hollow promises of the federal Constitution and unrealized potential of state constitutions. *Nevada Law Journal*, 14.
- Vaughan Abbott, B. (1879). *Dictionary of terms and phrases used in American or English jurisprudence* (Vol. I). Little, Brown, and company.
- Viner, C. (1794). *A general abridgement of law and equity: Alphabetically digested under proper titles; with notes and references to the whole*. G.G.J. and J. Robinson.
- Warren, S. (1846). *A popular and practical introduction to law studies, and to every department of the legal profession, civil, criminal, and ecclesiastic*. D. Appleton & Company
- Widen, W. (2011). *Original Sin. Calder v. Bull Revisited*. Paper No. 2011, 33-201.
- Winfield, P. (1925). *The chief sources of English legal history*. Harvard University Press.
- Wood, T. (1720). *An institute of the laws of England*. Eliz. Nutt and R. Gosling.
- Wooddeson, R. (1792a). *A systematical view of the laws of England*. Thomas Payne.
- Wooddeson, R. (1792b). *Elements of jurisprudence*. H. Fitzpatrick.
- Zoldan, E. (2015). The civil ex post facto clause. *Wisconsin Law Review*, 727-784.

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.

PERSONA, DIGNIDAD Y SOLIDARIDAD: HACIA UN ESTATUTO INTEGRAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Pasquale Gianniti

Consigliere della Corte di Cassazione (Italia)

pasquale.gianniti@gmail.com

<https://doi.org/10.26422/RJA.2025.0602.pas>

Recibido: 01/09/2025

Aceptado: 22/10/2025

Resumen

El ensayo aborda la definición de un estatuto personal de los derechos fundamentales a partir de una concepción antropológica precisa. Ante los retos que plantean la revolución digital, la inteligencia artificial y las derivas reduccionistas o expansionistas del concepto de persona, el estudio sostiene que solo una visión “fuerte” del ser humano puede fundamentar adecuadamente los derechos y garantizar su universalidad.

El autor reconoce la tendencia a fundamentar los derechos exclusivamente en la autodeterminación individual en detrimento de la dimensión relacional y los deberes de solidaridad, pero sostiene que solo integrando la dimensión individual con la relacional, según el modelo del personalismo solidario-relacional, es posible evitar las derivas del individualismo y del relativismo cultural, construyendo un orden jurídico en el que los derechos y los deberes se refuerzan mutuamente.

De ahí se deriva un estatuto personal de los derechos fundamentales que se basa en: el reconocimiento de la persona humana desde el momento de la formación del genoma y del cigoto, superando la distinción entre *res* y ser humano; la dignidad, como fundamento de todos los derechos, criterio de equilibrio y límite infranqueable para los poderes públicos; solidaridad, como vínculo que une indisolublemente los derechos individuales a los deberes inderogables hacia la comunidad y las generaciones futuras, en el marco de un personalismo relacional integral que proyecta la visión solidaria de la persona hacia las nuevas dimensiones biotecnológicas, digitales y ecológicas del siglo XXI.

Palabras clave: persona humana, derechos fundamentales, dignidad, solidaridad, personalismo relacional integral, estatuto personal.

Person, Dignity and Solidarity: Towards a Comprehensive Statute of Fundamental Rights

Abstract

This essay addresses the definition of a personal statute of fundamental rights based on a precise anthropological conception. Faced with the challenges posed by the digital revolution, artificial intelligence, and reductionist or expansionist drifts in the concept of the person, the study argues that only a “strong” vision of the human being can adequately ground rights and guarantee their universality.

The author acknowledges the tendency to base rights exclusively on individual self-determination, to the detriment of the relational dimension and the duties of solidarity, but argues that only by integrating the individual and relational dimensions, according to the model of solidarity-relational personalism, is it possible to avoid the excesses of individualism and cultural relativism, building a legal order in which rights and duties reinforce each other.

This gives rise to a personal statute of fundamental rights based on: the recognition of the human person from the moment of the formation of the genome and the zygote, overcoming the distinction between *res* and human being; on dignity, as the foundation of all rights, a criterion of balance and an insurmountable limit for public powers; and on solidarity, as the bond that inextricably links individual rights to irrevocable duties towards the community and future generations, within the framework of an integral relational personalism, which projects the solidaristic vision of the person toward the new biotechnological, digital, and ecological dimensions of the twenty-first century.

Key words: human person, fundamental rights, dignity, solidarity, integral relational personalism, personal status.

1. Introducción

La persona humana, en su valor individual y relacional, constituye el fundamento de todo ordenamiento jurídico contemporáneo.¹ Sin una concepción precisa de lo que significa ser persona, titular de derechos, resulta imposible abordar los desafíos biojurídicos, tecnológicos y sociales de nuestra época.

Los retos actuales —la revolución digital, la inteligencia artificial (IA), las biotecnologías— plantean interrogantes inéditos sobre el estatuto de la persona y la tutela de sus derechos fundamentales. El Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo, de 13 de junio de 2024, sobre inteligencia artificial reconoce expresamente la necesidad de establecer “un marco jurídico uniforme [...] que aseguren un alto nivel de seguridad y protección” centrado en el ser humano,

1 Para un examen exhaustivo, véase Santiago (2022).

evidenciando que la protección de los derechos fundamentales requiere hoy más que nunca una fundamentación antropológica sólida. Como ha señalado el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “para situar a las personas en el centro del desarrollo de nuevas tecnologías, cualquier solución, cualquier regulación, debe tomar como base el respeto por los derechos humanos”.

Paralelamente, persisten tendencias reduccionistas que restringen el concepto de persona a determinadas fases del desarrollo humano o a la posesión de ciertas capacidades cognitivas, así como derivas expansionistas que pretenden extender la categoría de persona a entidades no humanas o artificiales. Ambas posturas, aunque por caminos opuestos, debilitan el fundamento universal de los derechos humanos y generan nuevas formas de discriminación.

El presente artículo se propone analizar el estatuto personal de los derechos individuales desde la perspectiva del *personalismo solidario*, subrayando que la dignidad intrínseca y la relacionalidad de la persona constituyen criterios fundamentales tanto para la interpretación normativa como para la protección de la vida humana desde el cigoto hasta la vejez. Se sostiene que los derechos individuales adquieren sentido y eficacia sólo en correlación con los deberes de solidaridad, articulando un sistema que fortalezca la cohesión social y asegure la justicia distributiva.

El análisis se ancla en un marco teórico que integra los enfoques fenomenológico y ontológico de la persona, superando los extremos del individualismo y del colectivismo, y se fundamenta en referencias normativas y jurisprudenciales que incluyen: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y los principios de dignidad y solidaridad consagrados en constituciones europeas y latinoamericanas.

La experiencia del constitucionalismo latinoamericano resulta particularmente relevante. Desde la Declaración de Bogotá de 1948 —primer instrumento internacional de protección de derechos humanos a nivel mundial—, los países latinoamericanos han mostrado una comprensión integral de la persona que articula derechos y deberes en una visión solidaria de la convivencia. Esta tradición, a menudo eclipsada en el debate europeo por interpretaciones individualistas, ofrece elementos valiosos para repensar el estatuto de los derechos fundamentales en el contexto global contemporáneo.

En síntesis, la tesis que se quiere defender es esta: la protección jurídica de la persona humana requiere reconocerla como ser relacional, portador de dig-

nidad intrínseca y articular derechos y deberes de manera sistemática, garantizando así que los derechos individuales se ejerzan de forma efectiva y universal.

Esta visión, que en el presente trabajo se desarrolla inicialmente bajo la categoría de *personalismo solidario*, evolucionará hacia lo que proponemos denominar *personalismo relacional integral*: un paradigma capaz de integrar no solo la dimensión interindividual de la solidaridad, sino también las nuevas formas de relacionalidad que emergen en el contexto biotecnológico, digital y ecológico del siglo XXI. Esta evolución conceptual no representa una ruptura, sino un desarrollo orgánico que proyecta los principios del personalismo solidario hacia los desafíos inéditos de nuestro tiempo, especialmente la corresponsabilidad ante la vulnerabilidad del otro: ya no solo del prójimo humano, sino del entorno vital y de las generaciones futuras.

2. Persona humana y personalismo solidario: superando individualismos y colectivismos

Uno de los núcleos centrales de la reflexión jurídica contemporánea es la referencia a la *persona humana* como fundamento del ordenamiento y como criterio orientador de la interpretación constitucional. La centralidad atribuida a esta noción constituye una conquista del pensamiento jurídico moderno, que ha superado progresivamente las concepciones estatistas y colectivistas del pasado. Hablar de “persona humana” significa situar en la cúspide de los valores constitucionales al ser humano, reconocido en su dignidad intrínseca y en su capacidad de autodeterminación. La fuerza de este concepto reside en su apertura: no se encuentra definido rígidamente en términos filosóficos o dogmáticos, sino que actúa como punto de convergencia entre diversas tradiciones culturales, éticas y jurídicas.

2.1 Fenomenología y ontología de la persona: una integración necesaria

En el plano teórico, el debate sobre la persona se ha articulado históricamente en torno a dos grandes modelos: el fenomenológico y el ontológico. El enfoque fenomenológico describe a la persona a partir de sus manifestaciones empíricas y existenciales: la capacidad de razonar y abstraer, la autoconciencia, la aptitud para comunicarse, crear cultura y establecer relaciones. En esta perspectiva, el ser humano se distingue de los demás vivientes no solo por una dotación biológica, sino también por la posibilidad de trascender la inmediatez natural

y construir un mundo simbólico compartido (Scheler, 2000). Sin embargo, aislado, este enfoque corre el riesgo de reducir a la persona a un conjunto de funciones, olvidando que la dignidad personal precede y fundamenta toda manifestación concreta.

El enfoque ontológico, en cambio, insiste en el dato del ser: la persona se define como *sustancia individual de naturaleza racional*, titular de una dignidad que no depende ni de sus capacidades actuales ni del reconocimiento social que reciba, sino de su propia esencia (Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, I, q. 29, a. 1; Boecio, s.f.). En la tradición tomista, recuperada y desarrollada por Jacques Maritain en obras fundamentales como *La persona y el bien común* (1960),² la persona humana posee una dignidad ontológica derivada de su naturaleza espiritual. Maritain establece una distinción fundamental entre *individuo* —parte material del todo social— y *persona* —totalidad espiritual abierta a la trascendencia y a la comunidad—. Como señala el filósofo francés, “la persona es originariamente movimiento hacia el otro, ‘ser-hacia’” (p. 45), subrayando así que la relacionalidad no es un atributo accidental, sino constitutivo del ser personal.

Desde esta perspectiva, el ser humano es siempre persona —desde el inicio hasta el final de su existencia— y esa dignidad no puede ser nunca enajenada ni negada. El límite de esta visión, si se asume de manera exclusiva, es el riesgo de una excesiva abstracción, incapaz de captar la historicidad, la dimensión social y la relacionalidad de la existencia personal (Palazzani, 1996).

2.2 Individualismo y colectivismo: dos reduccionismos a superar

Otro eje relevante es la tensión entre individualismo y colectivismo. El individualismo exalta la autonomía del sujeto y el primado de la libertad personal, y de él derivan conquistas fundamentales en materia de derechos (Vidari, 1909). Pero, llevado a sus últimas consecuencias, tiende a desembocar en el aislamiento, la competencia permanente y el relativismo ético, olvidando la relacionalidad constitutiva de la persona. Como ha advertido Charles Taylor (1994), el “malestar de la modernidad” reside precisamente en un individualismo que atomiza la sociedad y vacía de contenido sustantivo la noción de bien común.³

En sentido opuesto, las concepciones colectivistas subordinan al individuo

2 Véase también Maritain (1969).

3 Véase también Taylor (1999).

a entidades supraindividuales —el Estado, el partido, la clase social, el progreso histórico—, reduciéndolo a mero instrumento para fines generales.⁴ Aquí, lo que se sacrifica es la dignidad personal, disuelta en un horizonte impersonal. Como demostró Hannah Arendt en su análisis de los totalitarismos, cuando la persona es absorbida por la masa, se destruye tanto su singularidad como su capacidad de acción responsable (Arendt, 2006).

Ambas perspectivas, aunque captan aspectos reales, son parciales: una olvida la dimensión comunitaria, la otra anula la singularidad irrepetible del ser humano.

2.3 El personalismo solidario: una síntesis superadora

De ello se sigue que ninguna perspectiva, por sí sola, basta para dar cuenta de la complejidad antropológica de la persona. El enfoque fenomenológico y el ontológico deben integrarse, reconociendo su complementariedad: el primero ilumina la riqueza de las experiencias y de las relaciones; el segundo fundamenta la dignidad originaria que permanece más allá de las condiciones contingentes (Gonella, 1959). La persona se comprende, entonces, como una unidad dinámica de corporeidad y espiritualidad, individualidad y relacionalidad, interioridad y apertura al mundo.

Sobre estas bases se ha afirmado, en el pensamiento contemporáneo, el paradigma del *personalismo solidario* (Maritain, 1960, Mounier, 1964). Se trata de una síntesis capaz de superar tanto las derivas individualistas como las colectivistas, reafirmando la centralidad de la persona sin renunciar a su dimensión social y comunitaria.

El personalismo, como corriente filosófica, hunde sus raíces en el pensamiento cristiano, pero alcanzó su formulación moderna en el siglo XX con autores como Emmanuel Mounier (1905-1950) y Jacques Maritain (1882-1973). Mounier, fundador de la revista *Esprit* en 1932, definió el personalismo comunitario en oposición tanto al fascismo como al comunismo, ambos negadores de la persona. Para Mounier (1964), “la persona es originariamente movimiento hacia el otro, ‘ser-hacia’”. La persona no es una mónada cerrada sino un ser constitutivamente abierto al encuentro, a la relación, a la comunidad. Como escribió en su obra fundamental *El Personalismo* (1949):

4 Sobre los riesgos del colectivismo, véase Aristóteles (*Política*, libro I, 2, 1253a; e III, 6, 1278b, 19-21).

Cada persona tiene un significado tal que no puede ser sustituida en el lugar que ocupa en el universo de las personas. Tal es la majestuosa grandeza de la persona que le confiere la dignidad de un universo; y sin embargo su pequeñez, en cuanto cada persona es equivalente en esta dignidad, y las personas son más numerosas que las estrellas. (p. 41)

La influencia del personalismo mouneriano se extendió significativamente en América Latina, donde inspiró movimientos políticos y sociales, así como procesos constituyentes. En Colombia, por ejemplo, la Constitución de 1991 y su concepto de “Estado social de derecho” reflejan claramente la impronta personalista en su articulación de derechos individuales y deberes de solidaridad.

El personalismo solidario subraya, por un lado, la unicidad irrepetible y la libertad del ser humano y, por otro, su radicación constitutiva en redes de relación que no limitan, sino que potencian sus posibilidades de autorrealización. A diferencia del individualismo, no reduce la libertad a mero arbitrio subjetivo, sino que la entiende como libertad responsable y abierta a los demás. A diferencia del colectivismo, no subordina a la persona a entidades supraindividuales, sino que ve en la comunidad el espacio donde la dignidad personal se desarrolla y se expresa.

Esta comprensión de la persona como ser relacional tiene implicaciones jurídicas fundamentales. Como señala Pierpaolo Donati (2022), el derecho de familia como derecho relacional representa un ejemplo paradigmático de cómo el ordenamiento debe reconocer que las relaciones interpersonales no son meros agregados de individuos, sino realidades con densidad ontológica propia que generan derechos y deberes específicos.

En las páginas que siguen, desarrollaré el paradigma del personalismo solidario aplicándolo a los tres pilares del estatuto personal de los derechos fundamentales. Sin embargo, como se expondrá en las consideraciones finales, los desafíos contemporáneos —especialmente la inteligencia artificial, las biotecnologías y la crisis ecológica— requieren una proyección de este paradigma hacia lo que denominaremos “personalismo relacional integral”, capaz de incorporar la dimensión intergeneracional y ecosistémica de la relacionalidad humana.

2.4 Relevancia del personalismo solidario para el derecho constitucional contemporáneo

El personalismo solidario constituye, en esta perspectiva, un horizonte teórico y cultural capaz de orientar la hermenéutica constitucional: la persona no es

un átomo aislado ni una parte anónima de la colectividad, sino un ser que encuentra en la relación solidaria la condición para realizar plenamente su humanidad.

Frente a los desafíos de la inteligencia artificial y las tecnologías emergentes, esta visión antropológica resulta particularmente necesaria. Como advierte el Reglamento europeo de IA, los sistemas algorítmicos pueden generar “riesgos para los derechos fundamentales” si no se fundamentan en una comprensión adecuada de la persona humana. La protección efectiva de la dignidad requiere superar tanto el tecno-optimismo ingenuo como el determinismo tecnológico, situando siempre a la persona —con su irreductible singularidad y su apertura relacional— en el centro del ordenamiento.

En tal sentido, el derecho —y en particular el derecho constitucional— encuentra en la noción de persona no solo un punto de referencia, sino un criterio interpretativo imprescindible, apto para guiar la evolución en la tutela de los derechos fundamentales en una sociedad plural y globalizada. El personalismo solidario ofrece así una respuesta equilibrada y coherente frente a las aporías del constitucionalismo contemporáneo, articulando libertad y responsabilidad, derechos y deberes, autonomía individual y pertenencia comunitaria en una síntesis que hace justicia a la complejidad del ser humano.

Este paradigma del personalismo solidario, que se desarrollará en los apartados siguientes aplicado a los tres pilares del estatuto personal de los derechos fundamentales, será proyectado en las consideraciones finales hacia lo que denominaremos *personalismo relacional integral*, capaz de incorporar las dimensiones intergeneracional y ecosistémica que los desafíos contemporáneos —la inteligencia artificial, las biotecnologías y la crisis ecológica— hacen ineludibles.

3. Tres pilares para un estatuto personal de los derechos fundamentales

En la perspectiva antropológica del personalismo solidario, el intento de elaborar y estructurar un *estatuto de los derechos de la persona humana* debería articularse, en mi opinión, en tres pasos fundamentales: a) estamos en presencia de una persona humana desde la formación del genoma y del cigoto; b) a toda persona humana debe reconocérsele una dignidad propia desde el primer hasta el último momento de su existencia histórica; c) la persona humana es en sí misma un ser en relación, con la consecuencia de que todo derecho individual debe leerse en perspectiva relacional y “hace sistema” con los deberes de solidaridad.

3.1 Persona humana desde el origen: protección jurídica del genoma y del cigoto

3.1.1 El genoma humano en el ordenamiento jurídico internacional

El genoma, como es bien sabido, es el conjunto completo del material genético de un organismo. En cierto modo, puede representarse como un manual de instrucciones que dirige: primero, el desarrollo del organismo humano (embrión-feto-recién nacido); y, después, el funcionamiento del propio organismo a lo largo de toda su existencia.

El tratamiento del genoma humano es actualmente objeto de una amplia protección normativa internacional. En el ámbito universal, existen dos documentos fundamentales de las Naciones Unidas: la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, adoptada por la Conferencia General de la UNESCO el 11 de noviembre de 1997, y la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, de 19 de octubre de 2005.

La Declaración de 1997 representa un hito histórico al proclamar que “el genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad” (art. 1). Significativamente, el artículo 2 establece que “el genoma humano, que por naturaleza evoluciona, es patrimonio de la humanidad”, introduciendo así una dimensión colectiva y transgeneracional en la protección del patrimonio genético.

En el ámbito regional europeo, el instrumento fundamental es el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio de Oviedo), adoptado el 4 de abril de 1997 y que entró en vigor el 1 de diciembre de 1999. Se trata del primer —y hasta ahora único— instrumento jurídico internacional de carácter vinculante en materia de bioética.

El Convenio de Oviedo ha sido ratificado por 29 de los 47 Estados miembros del Consejo de Europa. Italia, aunque autorizó la ratificación mediante la Ley 145, de 28 de marzo de 2001, aún no ha depositado el instrumento correspondiente, situación que ha generado importantes debates doctrinales sobre su aplicabilidad en el ordenamiento italiano.

El mayor mérito del Convenio reside en haber establecido principios vinculantes que garantizan “la primacía del ser humano” sobre los intereses de la sociedad o de la ciencia (art. 2). El artículo 13, en particular, establece que “únicamente podrá efectuarse una intervención que tenga por objeto modificar el genoma humano por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas y sólo cuando no tenga por finalidad la introducción de una modificación en el geno-

ma de la descendencia”. Esta disposición prohíbe, por tanto, la edición germinal del genoma humano, protegiendo así no solo a las personas presentes, sino también a las generaciones futuras.

En los últimos años, con la aparición de las técnicas de edición genómica CRISPR-Cas9 y otros instrumentos de modificación del ADN, algunos Estados han solicitado una revisión o “aclaración” del artículo 13. Sin embargo, como ha reafirmado el Comité de Bioética del Consejo de Europa, no se cumplen las condiciones para modificar esta prohibición fundamental, que constituye un “último valladar” para la manipulación de embriones humanos.

En síntesis, no cabe duda de que el genoma humano goza actualmente de una sólida protección en la comunidad internacional, fundamentada en el reconocimiento de que toda intervención sobre el patrimonio genético tiene implicaciones no solo individuales, sino también colectivas y transgeneracionales.

3.1.2 El cigoto: inicio biológico de la persona humana

No puede decirse lo mismo del cigoto, cuyo estatuto jurídico permanece más controvertido en el derecho comparado. El cigoto, como también se sabe, es la primera célula del nuevo organismo formado por la fusión de dos gametos, cada uno de los cuales aporta una copia de su propio genoma. Por tanto, contiene el genoma completo y único del nuevo individuo, derivado de la combinación de los genomas de sus progenitores.

El cigoto es un ser nuevo: *humano*, en la medida en que posee una estructura biológica esencial (el ADN) que difiere de la de ambos progenitores; *único*, en la medida en que nunca ha existido un ser idéntico en el pasado y nunca existirá en el futuro; *completo*, en la medida en que el código genético (genotipo) del cigoto contiene información sobre todas sus características fenotípicas futuras.

La biología enseña que la formación del cigoto y la “formación” de su genoma son contextuales, ya que se producen exactamente en el mismo momento de la fecundación. No hay un “antes” y un “después” en términos de secuencia temporal separada: la “formación” del genoma diploide del cigoto es el acto mismo de la fusión de los genomas haploides contenidos en los gametos durante la fecundación, que define el nacimiento del cigoto como una nueva entidad celular con una composición genética única. Es como barajar dos mazos de cartas (los genomas haploides) para crear uno nuevo y completo (el genoma diploide del cigoto) al mismo tiempo que se forma el nuevo mazo.

3.1.3 El debate jurídico sobre el estatuto del cigoto y del embrión

El discurso jurídico no puede prescindir de la perspectiva biológica y, de hecho, debe tomar su argumentación de esta última. Como ha señalado la doctrina científica, para la biología actual, la aceptación de que después de la fecundación tenemos un individuo nuevo de la especie humana no es una cuestión de gusto, sino un dato objetivo verificable.

Sin embargo, el debate sobre el estatuto jurídico del embrión se ha visto influenciado por dos corrientes interpretativas diferentes respecto al término “concepción”, tal como fue reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo y Otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica* (sentencia de 28 de noviembre de 2012).

Una corriente entiende “concepción” como el momento de encuentro o fecundación del óvulo por el espermatozoide. De la fecundación se genera la creación de una nueva célula: el cigoto. Esta interpretación, sostenida por numerosas academias nacionales de medicina y por la tradición jurídica romanista, considera que el cigoto contiene toda la información genética necesaria para el desarrollo del nuevo organismo y constituye, por tanto, el inicio de una nueva vida humana individual.

Otra corriente entiende “concepción” como el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero. Esta interpretación sostiene que solo la implantación, al establecer la conexión con el sistema circulatorio materno, permitiría el acceso a las hormonas y elementos necesarios para el desarrollo embrionario, siendo entonces el momento relevante para el reconocimiento de la personalidad jurídica.

La Corte IDH, en el caso *Artavia Murillo*, adoptó una posición que ha generado importantes debates doctrinales al rechazar expresamente la sinonimia entre concepción y fecundación, afirmando que el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”) no debe interpretarse en el sentido de que la protección se inicie desde la fecundación. Esta interpretación, sin embargo, ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina constitucional y bioética, que señalan una contradicción con los datos científicos y con la interpretación literal del texto convencional.

3.1.4 Argumentos a favor del reconocimiento del cigoto como persona

Es cierto que, a nivel del cigoto, las estructuras complejas que asociamos a la “personalidad”, como la conciencia, la capacidad de sentir emociones, de tener pensamientos o de interactuar con el mundo de forma compleja, aún no están presentes. Estas capacidades se desarrollan gradualmente en el curso de la gestación con la formación del sistema nervioso central.

Pero no es menos cierto que el cigoto es una célula con una constitución genética única y completa, distinta de la de sus progenitores, que contiene toda la información necesaria para el desarrollo de un nuevo organismo humano. Desde un punto de vista puramente biológico, es sin duda el comienzo de un nuevo individuo biológico de la especie *Homo sapiens*. Inmediatamente, comienza un proceso de división y diferenciación celular que conducirá a la formación de un embrión, luego de un feto y finalmente de un recién nacido, en un *continuum* biológico ininterrumpido.

En esta perspectiva, hay que subrayar el hecho de que el ser humano es persona en virtud de su naturaleza. Por tanto, no se convierte en persona en virtud de la posesión efectiva de determinadas propiedades ni del ejercicio efectivo de determinadas funciones, ni siquiera de la realización empíricamente constatable de determinadas acciones.

La transformación del embrión de *res* en persona fue durante mucho tiempo una presunción apodíctica, herencia de prejuicios culturales del pasado, pero ahora ha sido superada por las adquisiciones científicas, que hace tiempo permiten afirmar con certeza que en el genoma humano ya está contenida toda la información genética de la persona humana, desde su origen hasta su término natural.

En otras palabras, para el reconocimiento de la condición de persona es relevante únicamente la pertenencia a la especie humana desde su origen biológico, con independencia de la manifestación exterior en acto de determinados caracteres, operaciones y comportamientos. No es la adquisición de determinadas propiedades o la manifestación de determinadas funciones y actos lo que hace que un ser vivo sea persona: al contrario, es la persona la condición real de posibilidad de la existencia y puesta en práctica de determinados caracteres, operaciones y comportamientos.

3.1.5 Implicaciones prácticas del estatuto del cigoto

Esta cuestión no es meramente teórica, sino que tiene implicaciones prácticas inmediatas y fundamentales. Argumentar sobre la falta de individualidad y au-

tonomía de la existencia embrionaria podría conducir a no considerar al concebido como persona humana, con la consecuencia de que habría un momento en la vida humana en el que se es ser humano, pero aún no persona. Por otra parte, admitir que es lícito reproducir o seleccionar embriones humanos en el laboratorio significa no solo decidir sobre el uso de una técnica determinada, sino también afirmar que la persona humana, en el ámbito de la genética, es susceptible de intervenciones manipuladoras.

La cuestión del estatuto del embrión no implantado ha adquirido particular relevancia con el desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA). La falta de regulación específica sobre el embrión no implantado en numerosos ordenamientos jurídicos ha generado conflictos en diversos ámbitos: desde la negativa de cobertura de las TRHA por parte de obras sociales y empresas de medicina prepaga hasta disputas sobre el destino de embriones crioconservados en casos de separación o divorcio de las parejas.

El Convenio de Oviedo, aunque no define expresamente qué es un embrión humano ni cuándo comienza la vida humana, establece en su artículo 18 que “cuando la experimentación con embriones in vitro esté admitida por la ley, ésta deberá garantizar una protección adecuada del embrión”, y prohíbe expresamente “la constitución de embriones humanos con fines de experimentación” (art. 18.2). Esta regulación, aunque considerada insuficiente por algunos Estados —como Alemania, que no ha ratificado el Convenio por considerarlo demasiado permisivo al no prohibir toda experimentación— establece un mínimo de protección que no puede ser desconocido.

En definitiva, solo una visión “fuerte” de la persona humana, que reconozca su dignidad desde el momento mismo de la formación del genoma en el cigoto, puede fundamentar adecuadamente los derechos y garantizar su universalidad, evitando las derivas del reduccionismo funcionalista que subordina el reconocimiento de la personalidad a la posesión de determinadas capacidades cognitivas o a criterios arbitrarios de desarrollo biológico.

3.2 La dignidad como fundamento, criterio y límite del orden constitucional

3.2.1 Raíces históricas y filosóficas del principio de dignidad

La dignidad de la persona humana —afirmada durante siglos por la doctrina social cristiana— volvió a ser central con el humanismo renacentista⁵ y luego

5 Cf. Pico della Mirandola (1486).

siguió siéndolo en la obra de los filósofos modernos, a partir de Kant,⁶ aunque con una formulación diferente. Según el pensamiento social cristiano, la justicia social solo puede alcanzarse con el respeto a la dignidad trascendente del hombre; la persona humana es el fin último de la sociedad, que se ordena a ella; el respeto a la persona implica el respeto a los derechos que emanan de su dignidad. Estos derechos son anteriores a la sociedad y se imponen a ella, constituyendo el fundamento de la legitimidad moral de toda autoridad. Como afirmó Juan Pablo II en la Encíclica *Sollicitudo rei socialis* (1987, N° 47): “La defensa y la promoción de la dignidad de la persona humana nos han sido confiadas por el Creador; a ella se deben estricta y responsablemente los hombres en cada coyuntura de la historia”.

En pleno Renacimiento italiano, Pico della Mirandola mostró con su obra *Oratio de Dignitate Hominis* (1486) la continuidad de la revelación cristiana con respecto a la perspectiva pagana del mito y la filosofía clásica —griega y latina, en particular—, pero también de las tradiciones coetáneas india y de Oriente Próximo. Puede decirse que, desde entonces, se ha hecho habitual la identificación de la especial dignidad de la persona humana con la libertad con que Dios la dotó al crearla.

Unos tres siglos después de Pico della Mirandola, Immanuel Kant asumió el principio dignitario como elemento clave para la distinción fundamental (para la reflexión ética, jurídica y política) entre personas y cosas. En su *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres* (2007), estableció que

los seres cuya existencia no descansa en nuestra voluntad, sino en la naturaleza, tienen también, si son seres sin razón, sólo un valor relativo, como medios, y por eso se llaman cosas, donde por el contrario los seres racionales se llaman personas, porque su naturaleza los distingue ya como fines en sí mismos, es decir, como algo que no puede ser utilizado simplemente como medio, y en consecuencia limita toda arbitrariedad (y es objeto de respeto). (p. 83)

De esta formulación kantiana deriva el imperativo categórico según el cual debemos tratar a la humanidad, tanto en nuestra propia persona como en la de cualquier otro, siempre como un fin y nunca meramente como un medio. Este principio inspiró posteriormente la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y las constituciones democráticas de la segunda mitad del siglo XX.

6 Cf. Kant (2007, p. 89).

Sin embargo, todavía están relativamente cercanos los tiempos en los que había personas —los esclavos, para ser precisos— que eran considerados como bienes y animales.⁷ Sin querer remontarnos a la antigüedad, basta pensar en la sentencia *Dred Scott v. Sandford* del Tribunal Supremo de Estados Unidos (6 de mayo de 1857), que declaró que

los esclavos no son personas en el sentido jurídico, por lo que no tienen derechos ni privilegios, salvo los que prefieran concederles quienes detentan el poder y el gobierno. Los negros son tan inferiores que no tienen derechos que el hombre blanco esté obligado a respetar.

3.2.2 Estructura normativa del principio de dignidad

En síntesis, las articulaciones para una adecuación racional del argumento dignitario podrían ser las siguientes:

Primero. La dignidad es un atributo de la persona humana, que es independiente no sólo de la posición que ésta ocupe en la jerarquía social, sino también de la condición de ciudadanía que ostente: el valor universal de los derechos humanos fundamentales, íntimamente ligados a la dignidad humana, obliga a superar la barrera según la cual la ciudadanía es condición necesaria para su titularidad.

Segundo. La dignidad de la persona humana exige el respeto de ésta por parte de todos, empezando por los poderes públicos, según un criterio de primacía de lo individual sobre lo colectivo.

Es precisamente en ello donde emerge uno de los principales rasgos de la estructura de los derechos fundamentales: su resistencia al poder. Lejos de consistir en graciosas concesiones por parte de las instituciones públicas, ya sean nacionales o supranacionales, los derechos fundamentales se oponen enérgicamente al posible abuso de poder por parte de cualquier institución pública. Los propios tribunales constitucionales nacionales, así como los supranacionales, encuentran su razón de ser fundamental en la necesidad de limitar el poder soberano en relación con la eficacia de la protección de los derechos fundamentales.

Tercero. La dignidad humana constituye —no un derecho de ponderación, sino— el criterio y la finalidad de toda posible ponderación de los derechos

7 Sin querer remontarnos a la antigüedad, basta pensar en: a) el anuncio aparecido en el *New Orleans Bee* en 1704 (“Negros en venta: una mujer negra de 24 años y sus dos hijos, uno de ocho y otro de

fundamentales: si la multiplicidad de éstos tiene un sentido, ese sentido consiste en la armonización final, dada precisamente por el concepto de persona humana y su dignidad.

Por consiguiente, la dignidad humana:

(a) Constituye el fundamento de todos los derechos estrechamente vinculados al desarrollo de la persona y de sus relaciones sociales.

(b) Expresa un principio supremo que caracteriza el orden constitucional de todo país democrático,⁸ al tiempo que determina los fines primordiales que el sistema social y político pretende perseguir.

(c) Incorpora un criterio general de interpretación, en virtud del cual una disposición susceptible de asumir varios significados debe interpretarse en el sentido más conforme con el principio de dignidad, mientras que no puede interpretarse en conflicto con dicho principio.

3.2.3 La dignidad en el constitucionalismo europeo de posguerra

El principio de dignidad humana se ha ido afirmando progresivamente en el derecho positivo. El primer texto jurídico en el que se afirmó el concepto de dignidad fue la Constitución de Weimar (1919), que, en el apartado 1 del artículo 151, estipulaba que la organización de la vida económica debía ajustarse a los principios de justicia, a fin de garantizar “una existencia digna para todos”.⁹

Tras la Segunda Guerra Mundial, el concepto encontró un amplio reconocimiento en los ordenamientos jurídicos nacionales, así como en los tratados

tres, se venderán por separado o juntos. La mujer es una buena costurera. Se venderá barata en billetes o se cambiará por comestibles”); b) al inventario de la herencia de Josefina Beauharnais, esposa de Napoleón (“Muebles: 4.528 francos; azúcar procesado: 44.625 francos; bestias con cuernos: 20 francos; 980 esclavos: 236.780 francos”).

8 La primera forma de gobierno democrático atestiguada en la historia se encuentra en la polis de Atenas, tras el derrocamiento de la tiranía de Pisístrato por Clístenes (565-492 a. C.), pero la democracia alcanzó su forma más acabada con Pericles. Según un discurso recogido en Tucídides (II, 37, 1), fue Pericles quien afirmó que “nuestro sistema político no pretende imitar las leyes de otros pueblos: no copiamos a nadie, sino que somos nosotros mismos un modelo para los demás. Se llama democracia, porque al administrar no nos calificamos con respecto a unos pocos, sino a la mayoría”. El sistema democrático ateniense duró hasta el año 322 a. C., cuando fue suprimido por los macedonios.

9 Concretamente, el art. 151 de la Constitución de Weimar estipulaba que “el orden de la vida económica debe corresponder a las normas fundamentales de la justicia y tender a garantizar a todos una existencia digna del hombre. Dentro de estos límites, debe protegerse la libertad económica de los súbditos”. Se trataba de una norma, expresión de la gran civilización jurídica, que consideraba el perfil económico digno de protección sólo en la medida en que realizaba (o, al menos, intentaba realizar) los derechos humanos.

y cartas internacionales. En esta perspectiva, se destaca la Ley Fundamental alemana (1949), que, en su artículo 1, consagra la intangibilidad de la dignidad humana y el deber de todo poder estatal de respetarla y protegerla, y reconoce asimismo los derechos humanos fundamentales e inviolables como consecuencia de esa misma dignidad. El Tribunal Constitucional Federal alemán ha precisado en diversas sentencias que “la dignidad humana figura entre los principios básicos de la Constitución que dominan todos los preceptos de la Ley Fundamental” (Sentencia BVerfGE, 6, 32 del 16 de enero de 1957) y que constituye “el valor jurídico supremo dentro del orden constitucional” (Sentencia BVerfGE, 45, 187). La actual Constitución alemana va, por tanto, mucho más allá del primer reconocimiento constitucional de la dignidad efectuado por la Constitución de Weimar.

En la misma perspectiva se sitúan el apartado 1 del artículo 10 de la Constitución española (1978), según el cual la “dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. El Tribunal Constitucional español, en sentencias como la STC 53/1985 y STC 120/1990, ha subrayado que la dignidad humana es “valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida”.

El artículo 1 de la Constitución de Portugal (1976) proclama que ese país es una república soberana fundada en los principios de la dignidad humana y de la voluntad popular.

En la Constitución italiana no existe una disposición equivalente al art. 1 de la Ley Fundamental alemana, pero hay una referencia explícita a la “dignidad” en al menos tres disposiciones (arts. 3, 36 y 41), así como numerosos términos o expresiones que aluden indirectamente al concepto de dignidad.

3.2.4 El constitucionalismo latinoamericano y la dignidad humana

La experiencia del nuevo constitucionalismo latinoamericano resulta especialmente significativa, ya que la referencia al valor primario de la dignidad como fundamento del orden social y constitucional está presente en casi todas las cartas constitucionales de ese continente.

Un caso paradigmático es el de Colombia, cuya Constitución de 1991 establece en su artículo 1 que “Colombia es un Estado social de derecho [...] fundado en el respeto de la dignidad humana”. La Corte Constitucional colombiana

ha desarrollado una jurisprudencia particularmente rica sobre el contenido y alcance del principio de dignidad.

En la sentencia T-881 de 2002, la Corte colombiana estableció una doctrina fundamental que distingue el contenido de la dignidad humana desde dos perspectivas complementarias:

Desde el objeto concreto de protección, la dignidad humana comprende tres ámbitos exclusivos:

1. La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera).
2. La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien).
3. La dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).

Desde su funcionalidad normativa, la dignidad opera como:

1. Principio fundante del ordenamiento jurídico y, por tanto, del Estado (dignidad como valor).
2. Principio constitucional (dignidad como norma rectora).
3. Derecho fundamental autónomo (dignidad como derecho subjetivo).

Esta triple dimensión de la dignidad —valor, principio y derecho— permite comprender su papel central en el ordenamiento constitucional. Como ha señalado la misma Corte colombiana en sentencia C-147 de 2017, el lenguaje mismo utilizado por el legislador puede vulnerar la dignidad humana cuando “se utilice para causar tratos denigrantes, discriminatorios o insultantes que perpetúen prácticas sociales o representaciones simbólicas inconstitucionales”.

En casos concretos, la Corte colombiana ha aplicado el principio de dignidad para proteger a personas en situaciones de vulnerabilidad. En la sentencia T-291 de 2016, por ejemplo, protegió la dignidad de una persona discriminada por su orientación sexual en un centro comercial, ordenando programas pedagógicos sobre derechos humanos y no discriminación. En la sentencia C-143 de 2015, declaró que las sanciones impuestas a personas privadas de la libertad deben respetar en todo caso el principio de dignidad humana, reafirmando que “el respeto de la dignidad humana, esto es, del valor intrínseco del ser humano, derivado de sus atributos específicos como son la voluntad y la razón, es uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho”.

Un caso igualmente paradigmático es el de Argentina, cuya Constitución nacional, tras la reforma de 1994, incorporó con jerarquía constitucional un amplio catálogo de tratados internacionales de derechos humanos (art. 75, inc. 22), entre ellos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 11 consagra expresamente el derecho de toda persona “al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”. Esta constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos ha generado un “bloque de constitucionalidad federal” que sitúa a la dignidad humana como valor supremo del ordenamiento jurídico argentino.¹⁰

El Código Civil y Comercial de la nación argentina, vigente desde agosto de 2015, constituye un ejemplo paradigmático de codificación civil con fuerte impronta constitucional. El artículo 51 establece expresamente que “la persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”. Se trata de la primera vez que la palabra “dignidad” se introduce en un código civil argentino, consagrando así un principio que opera como fundamento de todos los derechos personalísimos reconocidos en el ordenamiento.¹¹ Como señala la doctrina argentina, la dignidad constituye “la fuente de todos los derechos” y fundamenta el reconocimiento de la persona humana “desde el momento mismo de su concepción” (Lamm, 2017).¹²

La Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina ha desarrollado una sólida jurisprudencia sobre el principio de dignidad humana. En el *leading case* *Bahamondez* (Fallos: 316:479, 6 de abril de 1993), la corte estableció que

el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen carácter instrumental.

10 Sobre la incorporación de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional en Argentina, véase el artículo 75, inciso 22 de la Constitución nacional, que establece que los tratados “en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. Esta reforma constitucional de 1994 incorporó once instrumentos internacionales de derechos humanos con rango constitucional, entre ellos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

11 El artículo 19 del Código Civil y Comercial argentino establece que “la existencia de la persona humana comienza con la concepción”, en consonancia con el artículo 1.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece que “persona es todo ser humano”. Véase De Grandis (2015).

12 La autora señala que “por primera vez se introduce la palabra ‘dignidad’ en un código civil y comercial de Argentina”. Véase también el análisis de Massini Correas (1995).

Posteriormente, en el caso *Aquino* (Fallos: 327:3753, 21 de septiembre de 2004), la corte precisó que “la dignidad de la persona humana constituye el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales del orden constitucional”.¹³

Esta jurisprudencia ha sido aplicada en múltiples ámbitos, desde la protección de personas con discapacidad hasta el derecho a la identidad y la intimidad, consolidando así una doctrina que reconoce a la dignidad humana como principio rector y límite infranqueable de todo el ordenamiento jurídico argentino.¹⁴

3.2.5 La dignidad en el derecho internacional de los derechos humanos

El valor de la dignidad humana ha encontrado también un importante reconocimiento en numerosas declaraciones internacionales de derechos. Los preámbulos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) parten del reconocimiento de la dignidad inmanente a cada miembro de la familia humana.

La Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) no menciona explícitamente la dignidad humana en su texto original. Sin embargo, la expresión se introdujo en el Preámbulo del Protocolo 13 (promulgado en 2002): allí, los Estados miembros del Consejo de Europa, signatarios del Protocolo, afirman estar

convencidos de que el derecho a la vida de toda persona es un valor fundamental en una sociedad democrática y de que la abolición de la pena de muerte es esencial para la protección de ese derecho y para el pleno reconocimiento de la dignidad inherente a todos los seres humanos.

13 CSJN, “*Aquino, Isacio c/Cargo servicios industriales s.a.s/ accidentes ley 9688*”, Fallos: 327:3753, 21 de septiembre de 2004. Véase también el análisis de esta jurisprudencia en la recopilación “Dignidad humana: jurisprudencia relevante de la Corte suprema de justicia de la nación”, publicada por la Csjn en junio de 2025, que sistematiza más de 50 Fallos: y 170 años de jurisprudencia sobre el principio de dignidad humana.

14 Para un análisis completo de la jurisprudencia de la Csjn sobre dignidad humana, véase MASSINI CORREAS, C.I., “Los derechos humanos y la constitución argentina reformada”, cit.; y el análisis jurisprudencial reciente en: “Un abordaje jurisprudencial de la dignidad humana a partir de la teoría ontológica y la teoría de la autonomía en Argentina”, *Revista de derecho*, año 2024, pp. 80-122.

3.2.6 La dignidad en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) (proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000, adaptada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007, y con valor jurídico vinculante desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009) le concede un protagonismo excepcional a la dignidad humana. Ello está vinculado a la voluntad de distanciarse de toda forma de totalitarismo, así como a la intención de subrayar el vínculo con el humanismo cristiano y laico que caracteriza la historia cultural de Occidente.¹⁵

En el Preámbulo de la Carta ya se afirma que

consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión se fundamenta en los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y el Estado de Derecho.

Significativamente, el Preámbulo también precisa que “el disfrute de tales derechos conlleva responsabilidades y deberes tanto respecto de los demás como de la comunidad humana y de las generaciones futuras”.

El Título I, que consta de cinco artículos, está dedicado íntegramente a la dignidad:

- El artículo 1 consagra la inviolabilidad de la dignidad humana, que debe ser respetada y protegida.
- El artículo 2 proclama el derecho a la vida.
- El artículo 3, en el ámbito médico, impone el respeto del consentimiento libre e informado de la persona afectada.
- El artículo 4 prohíbe la tortura y los tratos inhumanos o degradantes.
- El artículo 5 prohíbe la esclavitud y el trabajo forzado.

Significativamente, estos artículos de la Carta preceden a la proclamación de los derechos de libertad, subrayando así la primacía axiológica de la dignidad en el sistema de derechos fundamentales de la Unión.

Las “Explicaciones” elaboradas por el Praesidium de la Convención Europea, redactor de la Carta, y destinadas a servir de instrumento de interpretación de sus disposiciones, establecen que “la dignidad de la persona humana constituye la base misma de los derechos fundamentales”. De ello se deduce que

15 Así, Olivetti (2001, p. 45).

ninguno de los derechos consagrados en la presente Carta puede utilizarse para menoscabar la dignidad de los demás y que la dignidad humana forma parte de la sustancia misma de los derechos consagrados en la Carta. Por lo tanto, no puede ser menoscabada, ni siquiera en el caso de la limitación de un derecho.

Esta formulación es particularmente relevante porque establece que la dignidad no es simplemente uno más entre los derechos fundamentales, sino el fundamento y el límite infranqueable de todos ellos. Como señala la doctrina, la dignidad opera simultáneamente como valor fundacional del sistema, como principio interpretativo y como derecho subjetivo autónomo, dotado de eficacia directa.

Sin duda, la aprobación en Niza de la CDFUE y su posterior inclusión en el Tratado de Lisboa, que le confirió valor jurídico vinculante equivalente a los tratados constitutivos, contribuyen decisivamente a situar a la persona humana en el centro de atención de las instituciones de la Unión Europea, consolidando un constitucionalismo europeo fundado en la primacía de la dignidad humana.

3.3 Solidaridad: el vínculo necesario entre derechos y deberes

3.3.1 Dimensiones de la solidaridad: intra e intergeneracional

La solidaridad, como expresión de la relacionalidad de la persona humana, se refiere, ante todo, al vínculo que existe entre contemporáneos (y, por tanto, entre persona y comunidad). Este vínculo se expresa en deberes específicos, pero sobre todo se refiere a una “solidaridad cívica” global, que no depende de ninguna forma de imposición, sino que se basa en la conciencia de pertenecer a una misma comunidad, en la que todos contribuyen al bien común, aunque cada uno a su manera.

En particular, la pandemia del COVID-19 puso sobre el tapete la idea de la solidaridad de la generación más joven con respecto a la más vieja en cuanto a la posibilidad de convertirse en vehículo del virus hacia las personas más débiles. No cabe duda de que, si existe una cultura de la solidaridad intrageneracional, es más fácil que los más jóvenes acepten y apliquen las restricciones excepcionales de sus derechos individuales.

Sin embargo, la solidaridad es también un vínculo intergeneracional,¹⁶ que

16 Entendida en este sentido, en el ordenamiento jurídico italiano, la solidaridad intergeneracional se remonta desde hace tiempo al artículo 2 de la Constitución, el cual —en la parte en la que exige

convierte a cada generación en guardiana y protectora del mundo en el que vive, del que no puede disponer a su antojo porque lo ha heredado de la generación anterior y está obligada a ponerlo a disposición de la siguiente. Cuando hablamos de solidaridad intergeneracional, solemos referirnos a los deberes que la generación actual tiene para con las generaciones futuras, por ejemplo, en materia de recursos medioambientales.

Como ha señalado el constitucionalista alemán Peter Häberle, se trata de generar “un derecho constitucional para las futuras generaciones”, lo que él denomina “la otra forma del contrato social” o el “contrato generacional”. En su teorización del “principio de responsabilidad”, Hans Jonas había ya subrayado que la evolución de la técnica ha transformado totalmente la interrelación entre hombre y naturaleza, generando una obligación ética de protección hacia las generaciones que aún no existen.

En América Latina, la jurisprudencia ha desarrollado importantes avances en este sentido. La Corte Suprema de Justicia de Colombia, en respuesta a la tutela por el incremento de la deforestación en el Amazonas, fundamentó los derechos ambientales de las futuras generaciones en el

deber ético de solidaridad con la especie y en el valor intrínseco de la naturaleza; es decir, la necesidad de conservar los ecosistemas en su sentido más favorable, con el objetivo de mantener (por siempre) la vida de los seres humanos.

3.3.2 De la esfera ético-religiosa a la norma jurídica

El principio de solidaridad también adquirió importancia normativa tras un lento proceso de positivización, a raíz del cual pasó:¹⁷ primero, de la esfera ético-religiosa a la esfera política; y después, de la esfera política a la jurídica.¹⁸

el cumplimiento de los deberes imperativos de solidaridad política, económica y social— introduce implícitamente la cuestión de los derechos de las generaciones futuras con respecto a los deberes de las generaciones presentes. Sin embargo, tras la reciente reforma constitucional, ahora encuentra una referencia explícita en el artículo 9 de la Constitución. La solidaridad intergeneracional también se menciona explícitamente en el ordenamiento de la Unión Europea: en efecto, el TUE, en su artículo 3 (apartado 3), sitúa la solidaridad entre generaciones entre los objetivos de la Unión; y, por otra parte, en el Preámbulo de la Carta, en el apartado sexto, se afirma que el disfrute de los derechos en ella previstos “[...] genera responsabilidades y deberes para con los demás, así como para con la comunidad humana y las generaciones futuras”.

17 Sobre este tema, véase, entre las obras más recientes, Alpa (2023), que aborda el tema de la solidaridad en sus múltiples aspectos jurídicos, así como en sus premisas históricas, filosóficas y religiosas, desde la época de la Revolución Francesa hasta nuestros días. Véanse también Violante (2014, p. 64); Polacchini (2016).

18 La solidaridad es la legalización de la fraternidad Mattioni (2007, pp. 7 y ss.).

El ideal de fraternidad entre todos los hombres ha sido la premisa ética y filosófica para la elaboración del principio jurídico de solidaridad. En particular, en la concepción cristiana, la solidaridad es expresión de una ontología basada en la fraternidad de todos los hombres en Cristo, afirmada reiteradamente en la doctrina social de la Iglesia católica desde la encíclica *Rerum novarum* de León XIII (15 de mayo de 1891). Para Émile Durkheim, la solidaridad permite “la cohesión o la unión de la sociedad moderna”, constituyendo el vínculo que supera el mero agregado de individuos.

A partir de la segunda mitad del siglo XIX, el término solidaridad asumió un papel central en todo proyecto de reforma de la sociedad, como lo demuestra el pensamiento reformista marxista y socialista. La solidaridad deviene así “la legalización de la fraternidad”.

Las cartas del siglo XIX (incluido el Statuto Albertino de 1848), todas ellas encaminadas a definir catálogos de derechos intangibles destinados a frenar el uso arbitrario del poder público, no tuvieron en cuenta el principio de solidaridad. Se trata de una circunstancia que no puede sorprender, dado el contexto histórico y cultural en el que se promulgaron estas cartas: es un hecho que la solidaridad, como categoría política, antes incluso que jurídica, no fue tomada en consideración por ninguna de las grandes elaboraciones políticas y constitucionales continentales de los siglos XVIII y XIX.

En la primera y más solemne “Carta de Derechos” francesa (la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789), se afirma que “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en sus derechos” (art. 1), y a continuación se declara que “estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión” (art. 2); no se hizo, por tanto, ninguna referencia al problema de las desigualdades sustanciales y a sus remedios.

3.3.3 La solidaridad en el constitucionalismo del siglo XX

A diferencia de las cartas de derechos de los siglos XVIII-XIX, todas las constituciones de la segunda mitad del siglo XX, al tiempo que reconocen derechos individuales, contienen la enunciación de deberes, combinando las exigencias del constitucionalismo liberal decimonónico con los principios de solidaridad y socialidad.

Entre las constituciones de los Estados europeos, la italiana es quizás la única en la que la afirmación del principio de solidaridad y su correlación con el cumplimiento de los deberes se enuncian en una fórmula clara y solemne: el

artículo 2, de hecho, sitúa la enunciación de los deberes obligatorios de solidaridad política, económica y social junto al reconocimiento y la garantía de los derechos inviolables del hombre.¹⁹

La Constitución italiana, partiendo de la centralidad —no del individuo, atomísticamente entendido— de la persona humana relacionamente considerada, “piedra angular” de todo el edificio constitucional (La Pira, 1971, tomo I, p. 316), por un lado, afirma la prioridad del valor de la persona humana con respecto al Estado y a cualquier otra autoridad o estructura social. Por otro lado, impone el cumplimiento de deberes que, en virtud de su connotación expresa de solidaridad,²⁰ se dirigen a la satisfacción de necesidades que les pertenecen a los propios miembros de la comunidad como titulares de derechos.

En tal síntesis, cabe la referencia a la responsabilidad que cada persona deriva de formar parte de una comunidad y que conlleva la asunción de deberes recíprocos, con vistas a la consecución del bien común.

En particular, en el ordenamiento constitucional italiano, el principio de solidaridad se expresa en la afirmación del deber de todo ciudadano de:

1. Desempeñar, según las propias posibilidades y elección, una actividad o una función que contribuya al progreso material o espiritual de la sociedad (art. 4, párrafo segundo). Contribuir a los gastos públicos (art. 53) y ser fiel a la República (art. 54, párrafo 1).²¹
2. Los ciudadanos a quienes se les encomiendan funciones públicas tienen el deber de desempeñarlas con disciplina y honor, prestando juramento en los casos establecidos por la ley (art. 54, párrafo 2).

19 No cabe duda de que el artículo 2 de la Constitución hace valoraciones diferentes de los derechos y de los deberes: los derechos son reconocidos y posteriormente garantizados por el Constituyente, mientras que no hay una declaración análoga para los deberes, de modo que parece posible suponer que sólo existen en la medida en que son postulados por el derecho positivo.

20 El Tribunal Constitucional italiano ha desarrollado una jurisprudencia particularmente significativa sobre el principio de solidaridad. Con la sentencia 75/1992, reiteró que la solidaridad es un principio situado por la Constitución “entre los valores fundantes del ordenamiento jurídico, hasta el punto de ser solemnemente reconocido y garantizado, junto con los derechos inviolables del hombre, por el art. 2 de la Carta Constitucional como fundamento de la convivencia social normativamente prefigurada por el Constituyente”. Posteriormente, la sentencia N° 167/1999 explicó que la convivencia social debe construirse sobre la base del principio de solidaridad, porque la Constitución “establece como fin último de la organización social el desarrollo de cada persona humana individual”.

21 La lealtad a la República, exigida por el artículo 54, se refiere a los principios del orden democrático fundado por la República, que son absolutamente intangibles e inmutables, ni siquiera mediante el procedimiento de revisión constitucional. En otras palabras, todo ciudadano está obligado a observar las reglas de la democracia incluso en el disenso (y, por tanto, a no realizar actos materiales violentos que puedan comprometer el buen desarrollo de la vida democrática).

A los deberes mencionados, explícitamente afirmados por la Constitución italiana, se añaden los que sólo implícitamente se afirman en ella:

1. *El trabajo*, que el art. 4 les reconoce a todos los ciudadanos como derecho (en el primer párrafo) y como deber (en el segundo párrafo).²²
2. *El voto*, que el art. 48 sanciona como derecho de todos los ciudadanos (en el primer párrafo) y como deber cívico (en el segundo párrafo).
3. *La salud*, que el art. 32 configura como “derecho fundamental de la persona”, pero también como “interés de la comunidad” y como causa justificativa del deber impuesto a todos de aceptar un tratamiento sanitario obligatorio si así lo dispone la ley.
4. *La educación*, que se consagra como derecho garantizado constitucionalmente, pero que, al mismo tiempo, fundamenta una obligación —la de educarse a sí mismo— y está estrechamente relacionada con el deber de los padres de educar a sus hijos.

Trasladándonos a otros países europeos, en la Constitución española se reconoce y garantiza la solidaridad entre las regiones que integran el Estado;²³ es un instrumento para favorecer la actividad de los poderes públicos en el control de los recursos naturales para la protección de la calidad de vida y del medio ambiente;²⁴ es un principio cuya realización efectiva es objeto de protección por parte del Estado, que verifica el “establecimiento de un equilibrio económico

22 En la Constitución italiana, el trabajo se concibe no sólo como un derecho del individuo, sino también como un deber de participar y contribuir al progreso social. No parece, sin embargo, que el deber de trabajar constituya una obligación jurídica coercitiva. Ciertamente, el apartado 2 del artículo 4 de la Constitución no legitima el trabajo forzoso (infame en los regímenes autoritarios), que entraría en conflicto con las disposiciones constitucionales que protegen la libertad personal (artículo 13 de la Constitución). En el pasado, no faltaron autores que argumentaron que el artículo 4.2 podía proporcionar una base constitucional para una serie limitada de medidas, por ejemplo, las medidas preventivas contra los ociosos y vagabundos previstas en la Ley 1423 de 1956. Pero el artículo 2 de la Ley 327 de 1988 expurgó estas categorías de sujetos del ámbito de aplicación de la ley de 1956. En definitiva, según la doctrina dominante, el deber de trabajar representa una mera obligación moral.

23 Art. 2 de la Constitución española: “La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas”.

24 Art. 45 de la Constitución española: “1. Todos tienen derecho a utilizar un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida, defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”.

adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español”.²⁵ También en España, por tanto, la solidaridad parece adquirir un significado colectivo como instrumento para la protección del sistema y el fortalecimiento de todos sus componentes internos.²⁶

En la mayoría de los países europeos, además, el compromiso constitucional de solidaridad atribuye un valor general y fundamental al deber de asistencia (ignorado, en cambio, por el sistema norteamericano), justificando incluso la sanción penal de la omisión relativa (como en el artículo 593 del Código Penal italiano).

3.3.4 La solidaridad en el Convenio Europeo de Derechos Humanos

Pasando de los sistemas nacionales a los supranacionales, hay que hacer referencia a la Convención Europea de Derechos Humanos y al sistema de la Unión Europea.

La CEDH: a) en el preámbulo declara que el objetivo del Consejo de Europa es lograr “una unión más estrecha” entre las Altas Partes Contratantes; b) en el art. 4, prohíbe la esclavitud y el trabajo forzoso y, al mismo tiempo, reconoce que ni el servicio exigido a un individuo en caso de crisis o calamidad que amenace la vida o el bienestar de la comunidad ni “cualquier trabajo o servicio que forme parte de los deberes cívicos normales” están incluidos en la prohibición del trabajo forzoso; c) en el apartado 2 del artículo 10, establece que el ejercicio de la libertad de pensamiento conlleva deberes y responsabilidades; d) en los artículos 17 y 53, establece, aunque implícitamente, el deber de la persona de ejercer sus derechos y libertades de manera que no atente contra los derechos y libertades de los demás ni los restrinja.

25 Artículo 138 de la Constitución española: “1. El Estado garantizará la realización efectiva del principio de solidaridad consagrado en el artículo 2 de la Constitución, velando por el establecimiento de un adecuado y justo equilibrio económico entre las diversas partes del territorio español, teniendo en cuenta, en particular, las circunstancias relacionadas con la situación de las islas. 2. Las diferencias entre los estatutos de las distintas Comunidades Autónomas no supondrán, en ningún caso, privilegios económicos o sociales”. Véase también el artículo 156: “1. Las Comunidades Autónomas gozarán de autonomía financiera para el desarrollo y ejecución de sus competencias con respeto a los principios de coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad entre todos los españoles”. Y el artículo 158: “2. Con el fin de corregir desequilibrios económicos interterritoriales y hacer efectivo el principio de solidaridad, se constituirá un Fondo de Compensación para gastos de inversión, cuyos recursos serán distribuidos por las Cortes Generales entre las Comunidades Autónomas y, en su caso, las provincias”.

26 En este sentido Segado (2015, pp. 1036 ss.).

Por otra parte, el Protocolo Adicional a la Convención, en su artículo 1, admite la existencia de un deber de pagar impuestos u otras contribuciones o multas. El artículo 1 del Protocolo sitúa este deber en estrecha relación con el derecho de propiedad, pero, al tiempo que protege el derecho de propiedad, admite expresamente que los Estados pueden promulgar “las leyes que estimen necesarias para regular el uso de los bienes de manera compatible con el interés general”.

Sin embargo, en el ordenamiento jurídico de la Convención, a pesar de la importante jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no existe ninguna referencia a la solidaridad como deber fundamental, como tampoco existe el principio de igualdad sustantiva. Más en general, lo que falta en el ordenamiento de la Convención es la previsión de una solidaridad cívica global. Concretamente, falta también, entre los ciudadanos de cada una de las Partes Contratantes, la conciencia social de esta solidaridad. Esta debería fundamentarse, prescindiendo de cualquier imposición, en la conciencia de pertenecer a una misma comunidad y en la necesidad de que todos contribuyan a su promoción, cada uno según sus propias modalidades.

Por lo tanto: si bien es cierto que la solidaridad no está excluida del orden de la Convención (que, no obstante, se centra principalmente en la protección de los derechos civiles y políticos), no es menos cierto que aparece más bien pálida en ese orden.

3.3.5 La solidaridad en el ordenamiento de la Unión Europea

Consideraciones en parte similares se aplican al ordenamiento comunitario. La solidaridad ha sido un elemento fundamental del proceso de integración europea desde la Declaración Schuman de 9 de mayo de 1950, en la que se reconocía que: “La Europa no puede hacerse de una vez, ni se construirá de una vez; surgirá de realizaciones concretas que creen primero una solidaridad de hecho”.

Sin embargo, es un hecho irrefutable que el orden comunitario, en los orígenes del proceso de integración europea, manifestó su impacto fundamentalmente en las cuatro libertades que caracterizan al mercado común (mercancías, personas, servicios, capitales). Sólo la evolución posterior, impulsada por las numerosas modificaciones de los Tratados y el desarrollo de la teoría de los poderes implícitos por el Tribunal de Justicia, hizo del ordenamiento comunitario un sistema que tendía a la generalidad. Esta circunstancia exigió que el sistema

europeo se anclara en los principios comunes a los sistemas democráticos modernos, incluido el principio de solidaridad.

Es un hecho que, en nuestros días, la solidaridad aparece varias veces: tanto en el Tratado de la Unión Europea (TUE) como en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,²⁷ que, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, ha adquirido el mismo valor jurídico que los tratados.

Precisamente, en el ordenamiento comunitario, la solidaridad aparece:²⁸

- En cuanto al TUE: en el Preámbulo, como objeto de un proceso de intensificación; se sitúa entre los valores en los que se fundamenta la Unión (enunciados en el artículo 2) y entre los objetivos que persigue (apartados 3 y 5 del artículo 3). El reconocimiento de la solidaridad como objetivo de la Unión se reafirma en el Protocolo N° 28 sobre la cohesión económica, social y territorial.
- En cuanto al TFUE: en el Preámbulo, como principio confirmado por los Estados miembros; en varias disposiciones del Tratado (art. 67.2 y art. 80 sobre asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores; art. 194 sobre política energética; art. 222 sobre política exterior y de seguridad y defensa de la Unión y lucha contra el terrorismo); y, en particular, en el art. 20.2 del TUE, según el cual: “Los ciudadanos de la Unión serán titulares de los derechos y sujetos de los deberes previstos en los Tratados”.

En lo que respecta a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cabe hacer referencia:

- a. En primer lugar, el preámbulo,²⁹ que —tras proclamar que “consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión se fundamenta en los valores

27 La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión hace suyas las situaciones jurídicas subjetivas del CEDH, pero no menciona sus correspondientes límites. Esto no significa que los derechos de la Carta no estén sujetos a límites. El concepto de limitación surge del artículo 54 de la Carta, bajo el epígrafe “Prohibición del abuso de derecho”, que reproduce el contenido del artículo 17 del CEDH.

28 En el ordenamiento jurídico comunitario, la solidaridad se manifiesta tanto en una dimensión interna como externa. En la perspectiva interna de la Unión, la solidaridad, como principio capaz de promover y favorecer la intensificación de los vínculos que unen a los Estados miembros, puede declinarse no sólo en una dimensión vertical, que informa las relaciones entre la Unión y los Estados miembros, sino también en una dimensión horizontal, en la que interviene en las relaciones entre los Estados miembros. En la perspectiva exterior, la solidaridad, como principio que rige las relaciones que la Unión establece con otros Estados, orienta las disposiciones generales sobre la acción exterior de la UE (art. 21) y las específicas sobre la Política Exterior y de Seguridad Común (art. 24.2 y 3 del TUE).

29 El preámbulo de la Carta, por un lado, establece que “Consciente de su patrimonio espiritual y mo-

indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad”—precisa que del disfrute de los derechos fundamentales “se derivan responsabilidades y deberes para con los demás, así como para con la comunidad humana y las generaciones futuras”.

- b. A continuación, el Título IV,³⁰ que contiene una serie de derechos sociales (la mayoría de los cuales se refieren al trabajo): derecho de los trabajadores a la información y consulta en la empresa (art. 27); derecho a la negociación y a la acción colectiva (art. 28); derecho de acceso a los servicios de empleo (art. 29); derecho a la protección en caso de despido injustificado (art. 30); derecho a condiciones de trabajo justas y equitativas (art. 31); la prohibición del trabajo infantil y la protección de los jóvenes en el trabajo (art. 32); la vida familiar y profesional (art. 33); la seguridad social y la asistencia social (art. 34); la protección de la salud (art. 35); el acceso a los servicios de interés económico general (art. 36); la protección del medio ambiente (art. 37); la protección de los consumidores (art. 38).
- c. Por último, las referencias implícitas a los deberes de solidaridad, que se encuentran en: el artículo 17, que admite que el uso de los bienes pueda regularse por ley dentro de los límites impuestos por el interés general; el artículo 52, que prevé la posibilidad de limitar los derechos y libertades “sólo cuando sea necesario y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de proteger los derechos y libertades de los demás”; y el artículo 54, que expresa la “prohibición del abuso de derecho”, cuya sanción se basa en la solidaridad.

Dicho esto, hay que señalar, sin embargo, que incluso en el ordenamiento jurídico de la UE, la solidaridad, a pesar de las repetidas referencias, aparece más bien pálida. Es significativo que la Carta de Niza haga referencia a la solidaridad para agrupar bajo un mismo epígrafe una lista de derechos individuales

ral, la Unión se fundamenta en los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad”; y, por otro, precisa que el disfrute de los derechos fundamentales “genera responsabilidades y deberes para con los demás, así como para con la comunidad humana y las generaciones futuras”. La solidaridad se encuentra, por tanto, entre los valores en los que se basa el ordenamiento de la Unión Europea y llama a quienes disfrutan de los derechos reconocidos por la Carta a asumir responsabilidades y cumplir deberes para con los demás.

30 Los derechos sociales encuentran una referencia significativa en el Preámbulo del TUE. Como se indica en el párrafo cuarto, las partes contratantes confirman “su adhesión a los derechos sociales fundamentales tal como se definen en la Carta Social Europea firmada en Turín el 18 de octubre de 1961 y en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989”.

o de categorías de individuos. Por otra parte, ni siquiera en la Carta se hace referencia a la solidaridad como deber fundamental, al igual que no existe un principio de igualdad sustantiva que recoja la disposición igualmente fundamental del apartado 2 del artículo 3 de la Constitución italiana.

Los deberes a los que el sistema comunitario somete al ciudadano europeo son meramente enunciados y carecen de disposiciones que identifiquen su tipo, naturaleza y contenido, mientras que la combinación de derechos y deberes es absolutamente necesaria para la formación de un verdadero vínculo de identidad política entre los ciudadanos de la Unión.

3.3.6 La solidaridad en las cartas internacionales de derechos humanos

En cuanto a las cartas internacionales, hay que reconocer que, en general, se crearon para reconocer y afirmar derechos y ofrecer los mismos medios de protección: la perspectiva solidarista está, por tanto, generalmente ausente de ellas. Sin embargo, no faltan disposiciones relativas a los deberes de solidaridad.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de diciembre de 1948, en su artículo 29, establece que “todo individuo tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad” y prevé la posibilidad de que, por ley, se impongan a los individuos límites al ejercicio de sus derechos encaminados a reconocer y respetar los derechos y libertades de los demás y a satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

El Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, firmado en Nueva York en 1966, establece que el individuo “tiene deberes para con los demás y para con la comunidad a que pertenece” y “está obligado a promover y respetar los derechos reconocidos en el presente Pacto”.

3.3.7 La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: un paradigma para el constitucionalismo contemporáneo

Sobre todo, se destaca la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en abril de 1948 en Bogotá. Esta declaración constituye el primer instrumento internacional de protección de los derechos humanos a nivel mundial, precediendo en ocho meses a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que sería adoptada en diciembre de ese mismo año. La Declaración Americana consta de 37 artículos divididos en dos capítulos: el

primero (arts. 1-28), dedicado a los derechos de la persona humana;³¹ y el segundo (arts. 29-37), a sus deberes.³² Una de sus peculiaridades más notables es precisamente este segundo capítulo.

El Preámbulo de la Declaración establece principios fundamentales que anticipan la visión del personalismo solidario:

Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros. El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad.

Significativamente, el artículo XII de la Declaración Americana establece que “toda persona tiene derecho a la educación, la que debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas”. Esta mención explícita de la solidaridad, junto con la libertad y la moralidad, como principio rector de la educación constituye un reconocimiento temprano y fundamental del valor de la solidaridad en el orden internacional de los derechos humanos.

Entre los deberes establecidos, se destacan: el deber de convivir con las demás personas de manera que todas puedan formar y desenvolver integralmente su personalidad (art. XXIX); el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a los hijos menores de edad (art. XXX); el deber de adquirir instrucción primaria (art. XXXI); el deber de votar (art. XXXII); el deber de obedecer la ley (art. XXXIII); el deber de prestar servicios civiles y militares (art. XXXIV); el deber de cooperar con el Estado y con la comunidad en la asistencia y seguridad sociales (art. XXXV); el deber de pagar impuestos (art. XXXVI); y el deber de trabajar (art. XXXVII).

En este sentido, hay que reconocer la importante contribución que los

31 La Declaración establece que los derechos esenciales de una persona se derivan —no de su pertenencia a un Estado, es decir, de su nacionalidad, sino— de su atributo como ser humano. De este principio se desprende que los miembros de la OEA reconocen que la legislación de un Estado en materia de derechos fundamentales —ni crea ni concede derechos, sino que sólo— los reconoce en virtud del hecho de que estos derechos existen independientemente de la existencia de un Estado.

32 Los deberes individuales incluyen: obligaciones para con la sociedad, los hijos y los parientes; la obligación de recibir educación; la obligación de votar, de obedecer la ley, de servir a la comunidad y a la nación; de cooperar en la seguridad social y el bienestar, de pagar impuestos, de trabajar y de abstenerse de participar en actividades políticas en un país extranjero que, por ley, estén restringidas a los ciudadanos de ese país.

países latinoamericanos (Carozza, 2003, p. 281; Glendon, 2004, pp. 103-123) hicieron a la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: participaron activamente en la génesis del texto; aportaron el texto de la Declaración Americana como precedente inmediato y contribuyeron a la aprobación final del documento.

Incluso en la actualidad, cuando la visión antropológica que inspiró aquella Declaración Universal corre el peligro de verse empañada en el continente europeo por interpretaciones individualistas,³³ los países latinoamericanos pueden volver a realizar una importante contribución.

Las publicaciones europeas tratan convencionalmente el constitucionalismo latinoamericano como una mera derivación de los modelos europeos y estadounidenses, pero no puede escapar al hecho de que la correlación entre derechos humanos y obligaciones ha sido un rasgo distintivo de la filosofía política y el derecho constitucional latinoamericanos desde principios del siglo XIX.³⁴

4. Consideraciones finales: el estatuto personal frente a los desafíos del constitucionalismo contemporáneo

Del análisis efectuado, se desprenden conclusiones fundamentales sobre el estatuto personal de los derechos individuales y la concepción contemporánea de la persona humana.

4.1. Entre reduccionismos y expansionismos: la necesidad de una visión “fuerte” de la persona

En el debate biojurídico reciente, se enfrentan concepciones reduccionistas, que restringen el inicio y la extensión de la personalidad, y concepciones expansivas, que pretenden extender el concepto de persona a seres no humanos o a entidades artificiales. Si bien ambas buscan ofrecer criterios operativos frente a

33 Por desgracia, es un hecho que gran parte de la sociedad europea y norteamericana actual se caracteriza por una cultura individualista, que reivindica los derechos individuales y olvida los deberes de solidaridad. A este respecto, merece la pena recordar el feroz contraste que surgió durante la Segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, que tuvo lugar en Viena en junio de 1993. En esa conferencia oficial, los delegados de la mayoría de los países latinoamericanos y asiáticos impugnaron la connotación occidental de las declaraciones de derechos y defendieron la existencia de una clase de valores (disciplina, orden, cohesión social, responsabilidad familiar, espíritu de grupo), irreconciliables con el individualismo occidental.

34 Para más información, véase Espiell (1989, p. 44).

situaciones críticas, la perspectiva del personalismo solidario subraya la necesidad de reconocer a la persona humana desde su génesis biológica hasta la vejez, como titular de dignidad intrínseca y como sujeto relacional.

Los avances tecnológicos, la inteligencia artificial y los desafíos de la biomedicina requieren un entendimiento previo de lo que significa ser persona, independiente de condicionamientos sociales, políticos o económicos. En particular, la protección de los sujetos más vulnerables —cigotos, embriones, fetos, recién nacidos, personas con discapacidad severa, ancianos o enfermos terminales— refleja la vigencia del principio de dignidad y la necesidad de prevenir nuevas formas de discriminación.

4.2 Derechos y deberes como sistema integrado

El estatuto personal de los derechos individuales, articulado desde la perspectiva solidarista, enfatiza que los derechos sólo alcanzan su pleno sentido cuando se ejercen en correlación con los deberes de solidaridad. Entre derechos y deberes existe una interdependencia necesaria:³⁵ ambos contribuyen a formar la trama del tejido social.³⁶ No existe un *prius* ni un *posterius* entre las situaciones jurídicas subjetivas fundamentales, precisamente porque todas son igualmente fundamentales, es decir, caracterizan la esencia constitucional, aunque todas están sujetas a operaciones de “equilibrio”.

Como señaló Norberto Bobbio, “el derecho y el deber son como el lado bueno y el lado malo de una medalla”. Los deberes constitucionales también se “sistematizan” entre sí, al igual que los derechos fundamentales. Y derechos y deberes también forman un sistema entre sí.

La persona es, simultáneamente, autónoma y relacional; por ello, los derechos no pueden considerarse aisladamente, sino como parte de un sistema in-

35 La relación entre derecho y deber fue magistralmente expresada por Norberto Bobbio (1997): “El derecho y el deber son como el lado bueno y el lado malo de una medalla. [...]. En la historia del pensamiento moral y jurídico esta medalla se ha mirado más desde el lado de los deberes que desde el lado de los derechos”, al menos hasta que maduró la transición del código de los deberes al código de los derechos, “de la prioridad de los deberes a la prioridad de los derechos” (p. 55). El propio Bobbio, algunos años después de haber indicado en la edad de los derechos el “*signum prognosticum* del progreso moral de la humanidad”, escribió: “si aún me quedarán algunos años de vida, que no me quedarán, estaría tentado de escribir ‘La edad de los deberes’”.

36 Ruggeri (2022) observa que “no existe una escala de prioridades abstractamente preconfeccionada entre los derechos fundamentales y los deberes constitucionales, es decir, un orden preconstituido que ve ahora a estos y ahora a aquellos en una posición privilegiada respecto a los otros. En su lugar, y como es natural, se da un orden al que se acude de vez en cuando, en función de las necesidades

tegral que incluye obligaciones recíprocas, promueve el bien común y fortalece la cohesión social.

4.3. El fundamento biojurídico: del cigoto a la persona

Desde el punto de vista biojurídico, la condición de persona se mantiene a lo largo de todo el ciclo vital: la progresiva complejización neurofisiológica no introduce un cambio de naturaleza, sino un desarrollo de potencialidades ya inscritas en el genoma desde el estadio cigótico. Así, la vida temprana, terminal o marginal constituye vida personal plena, merecedora de protección jurídica y respeto (Teichman, 1985).³⁷

Sólo aclarando los presupuestos antropológicos y poniendo los derechos en sistema con los deberes, se pueden proclamar y defender los derechos individuales, promoviendo su universalidad sin incurrir en un relativismo cultural letal.

El término “relativismo” puede utilizarse en muchos sentidos diferentes, pero tiene como núcleo la convicción de que no existen verdades objetivas ni principios universalmente válidos y, en todo caso, si alguna vez existieran, tales verdades y principios no serían alcanzables por la inteligencia humana. Sin embargo, el relativismo cultural, si se toma con coherencia, es contradictorio en sí mismo, ya que, en el mismo momento en el que afirma que todo discurso no puede trascender el horizonte cultural y subjetivo del que depende, genera un metadiscurso que pretende ser absolutamente válido.

Por otra parte, si, como dicen los relativistas, no existe una verdad objetiva, entonces se afirma la dictadura del relativismo, que en todo asunto deja como medida última sólo la voluntad individual (que inevitablemente acaba imponiéndose la voluntad del más fuerte). La fuerza letal del relativismo es aún mayor en la actual sociedad multicultural: si se acepta el relativismo, se llega a la conclusión de que no hay alternativa al regionalismo de los derechos humanos, y la posibilidad misma de una comunicación constructiva entre culturas dife-

concretas y globales de los casos, en la fase de “ponderación”, al igual que —como es bien sabido— ocurre con los propios derechos inter se”; “los derechos fundamentales no sólo se remiten unos a otros, componiendo un ‘sistema’ unitario e inseparable en sus partes, sino que también, vistos en su conjunto, están inseparablemente unidos a deberes, justificándose mutuamente, es decir, prestandose constante y necesariamente ayuda y alimento recíprocos, hasta el punto de que uno sería impensable sin el otro, del mismo modo que éste sería impensable sin aquél”; “cada uno de nosotros puede encontrarse reivindicando el derecho fundamental a ejercer sus deberes y, circularmente, el deber de hacer valer sus derechos”.

37 Véase también Perlingieri (1972).

rentes para la afirmación y protección universal de los derechos de la persona humana tiende a desvanecerse.

4.4 La solidaridad como fundamento de la democracia

Finalmente, la interdependencia entre derechos y deberes constituye el núcleo de toda democracia sólida. Los derechos por sí solos no sostienen la democracia; su afirmación y consolidación dependen de la existencia de deberes efectivos y de la práctica de la solidaridad.³⁸ Como advirtió Luciano Violante (2014), “sin una cultura y una práctica de los deberes, los ciudadanos se mueven como mónadas aisladas y pendencieras, pierden la idea de pertenecer a una comunidad; cada uno actúa en su exclusivo interés utilizando sus propios derechos subjetivos como arma dirigida contra el otro” (p. 62).

Es ilusorio creer que los derechos por sí solos pueden sostener una democracia; los derechos sólo pueden afirmarse y crecer en una sociedad bien ordenada que reconozca límites y responsabilidades, deberes efectivos y lazos de solidaridad. Las democracias se desarrollan mediante la afirmación de los derechos, pero se consolidan mediante la práctica de los deberes.

4.5 El aporte latinoamericano al constitucionalismo global

La experiencia del constitucionalismo latinoamericano, desde la Declaración de Bogotá de 1948 hasta las constituciones contemporáneas de Colombia, Ecuador, Bolivia y otros países, ofrece elementos valiosos para repensar el estatuto de los derechos fundamentales en el contexto global. La correlación entre derechos y deberes, lejos de ser una limitación de la libertad, constituye la condición para su pleno ejercicio y para la construcción de comunidades verdaderamente democráticas.

En un momento histórico en el que la inteligencia artificial, las biotecnologías y la revolución digital plantean desafíos inéditos a la concepción misma de persona y de derechos fundamentales, resulta imperativo volver a los fundamentos antropológicos del orden constitucional. Solo una visión “fuerte” de la

38 El autor habla del “estrabismo de la política de los derechos”: “Es ilusorio creer que los derechos por sí solos pueden sostener una democracia; los derechos sólo pueden afirmarse y crecer en una sociedad bien ordenada que reconozca límites y responsabilidades, deberes efectivos y lazos de solidaridad. Las democracias se desarrollan mediante la afirmación de los derechos, pero se consolidan mediante la práctica de los deberes” (p. 62).

persona humana —reconocida desde el cigoto como titular de dignidad intrínseca y situada en redes de relaciones solidarias— puede garantizar la universalidad de los derechos y prevenir las derivas tanto del individualismo extremo como del colectivismo totalitario.

4.6 Hacia un estatuto personal integral

La articulación de derechos y deberes, en un sistema coherente, asegura el ejercicio universal de los derechos individuales y la protección efectiva de la dignidad humana, cumpliendo con los fines primordiales del orden social y político. El estatuto personal de los derechos fundamentales que emerge de este análisis se configura, por tanto, según tres dimensiones integradas:

Primera dimensión: ontológica. El reconocimiento de la persona humana desde el momento de la formación del genoma y del cigoto, superando la distinción entre *res* y ser humano. Esta dimensión biojurídica establece que la pertenencia a la especie humana desde su origen biológico constituye el fundamento del estatuto personal, independientemente de la manifestación actual de determinadas capacidades o funciones.

Segunda dimensión: axiológica. La dignidad como fundamento de todos los derechos, criterio de equilibrio entre derechos en conflicto y límite infranqueable para los poderes públicos. La dignidad no es un derecho más entre otros, sino el valor fundacional que da sentido y cohesión al sistema de derechos fundamentales. Opera simultáneamente como valor, principio y derecho subjetivo autónomo.

Tercera dimensión: relacional. La solidaridad como vínculo que une indisolublemente los derechos individuales a los deberes inderogables hacia la comunidad y las generaciones futuras. Esta dimensión subraya que la persona no es una mónada aislada, sino un ser constitutivamente abierto a la relación, cuya realización plena depende del ejercicio responsable de la libertad en el contexto comunitario.

4.7 Desafíos pendientes y perspectivas futuras

El constitucionalismo del siglo XXI enfrenta desafíos que requieren la consolidación de este estatuto personal integrado. Entre estos desafíos se destacan:

En el ámbito biojurídico, la necesidad de regular las tecnologías de reproducción asistida, la edición genómica y las intervenciones sobre embriones hu-

manos, garantizando que toda innovación científica respete la dignidad de la persona desde su origen. Como ha reafirmado el Comité de Bioética del Consejo de Europa, el artículo 13 del Convenio de Oviedo constituye un “último valladar” que no debe ser debilitado.

En el ámbito tecnológico, la urgencia de establecer marcos normativos que sitúen a la persona humana en el centro del desarrollo de la inteligencia artificial y de las tecnologías digitales. El Reglamento (UE) 2024/1689 sobre inteligencia artificial representa un paso importante, pero insuficiente si no se acompaña de una reflexión antropológica profunda sobre lo que significa ser persona en la era digital.

En el ámbito social, la necesidad de recuperar una cultura de la solidaridad que fortalezca los vínculos comunitarios frente a las tendencias atomizadoras del individualismo contemporáneo. La pandemia del COVID-19 demostró tanto las potencialidades de la solidaridad intergeneracional como las dificultades para su efectiva implementación en sociedades marcadas por el individualismo.

En el ámbito intergeneracional, la imperativa protección de los derechos de las generaciones futuras, especialmente en materia medioambiental y de recursos naturales. La reforma constitucional italiana de 2022, que introdujo la protección del ambiente y de las generaciones futuras en los artículos 9 y 41 de la Constitución, constituye un ejemplo significativo de cómo los ordenamientos nacionales están comenzando a incorporar esta dimensión temporal de la solidaridad.

En el ámbito del pluralismo cultural, la articulación de un diálogo intercultural que, sin caer en el relativismo, permita el reconocimiento de la diversidad dentro de un marco común de derechos universales fundados en la dignidad de la persona humana. La experiencia latinoamericana, con su capacidad de integrar tradiciones indígenas y occidentales en un constitucionalismo plural, ofrece lecciones valiosas en este sentido.

4.8 Consideraciones críticas y perspectivas de superación

Desde la perspectiva desarrollada en los apartados anteriores, la propuesta aquí elaborada constituye una reconstrucción del nexo entre dignidad humana y solidaridad como fundamentos del derecho contemporáneo.

Como toda construcción teórica de largo alcance, presenta ciertos perfiles de criticidad que quiero aquí examinar para evitar equívocos conceptuales y fortalecer su potencial normativo.

El riesgo de moralización del derecho. Se podría observar que el *personalismo*, al fundar la normatividad jurídica en una antropología relacional, conduce a una excesiva “moralización” del derecho, subordinando su autonomía a categorías éticas o incluso teológicas. A mi juicio, esta objeción se disipa si se considera la solidaridad —no como imperativo moral externo, sino— como principio constitucional “laico” derivado de la igual dignidad de todas las personas (Scaccia, G. (2022, p. 47). En este sentido, la solidaridad adquiere estatuto jurídico propio, anclado en el plano constitucional y no en la ética privada.

La tensión entre persona y comunidad. Se podría observar que existe una aparente tensión entre la autonomía individual y los deberes de solidaridad. Algunos autores temen que la insistencia en la dimensión comunitaria pueda disminuir la esfera de autodeterminación de la persona.³⁹ Sin embargo, el *personalismo* no postula una subordinación del individuo al grupo, sino una *relacionalidad recíproca*: la comunidad es el ámbito donde la persona se realiza y no su límite. Se trata, en definitiva, de una *solidaridad circular*, no jerárquica, que articula autonomía y responsabilidad.

La indeterminación conceptual de la solidaridad. Se podría observar que la solidaridad aquí descrita cumple una función transversal —filosófica, constitucional y social— que, si no se distingue adecuadamente, puede generar ambigüedad dogmática. Para superar este inconveniente, es necesario distinguir entre la solidaridad ontológica, entendida como fundamento antropológico, y la solidaridad constitucional, como principio estructurante de la arquitectura constitucional de un país y, por lo tanto, como criterio hermenéutico aplicable en la práctica judicial. La solidaridad constitucional permite que el principio se proyecte con eficacia normativa y evite su reducción a mero enunciado programático.⁴⁰

Universalismo antropológico y contextualización latinoamericana. Se podría observar que el *personalismo* responde a una concepción culturalmente localizada de la persona.⁴¹ En sentido contrario, basta con observar que la tradición latinoamericana ofrece un terreno fértil para una *reinterpretación intercultural* del *personalismo*. Desde la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948) hasta las constituciones de Colombia (1991), Bolivia (2009) y Ecuador (2008), la relacionalidad y el bien común constituyen princi-

39 Sobre el equilibrio entre autonomía y comunidad, véase Vigo (2006).

40 Para un desarrollo metodológico semejante, véase Nino (1989, pp. 102-107).

41 Cfr. Morin (2013, p. 79).

pios expresos del constitucionalismo regional.⁴² En este contexto, el paradigma, aquí elaborado puede adquirir una dimensión más universal al dialogar con las nociones de *comunidad solidaria* y *buen vivir* (*sumak kawsay*).

La traducción jurídico-operativa del principio. Otra crítica podría apuntar a la dificultad de traducir la solidaridad en criterios jurídicos verificables. Para evitar su vaguedad, es posible delinear una *metodología de concretización* basada en tres instrumentos: a) la interpretación conforme con la dignidad humana (principio de proporcionalidad y razonabilidad); b) el equilibrio dinámico entre derechos y deberes en sede constitucional; c) la incorporación explícita de la solidaridad intergeneracional en los ámbitos ambiental, digital y biotecnológico.⁴³ De esta manera, la solidaridad se convertiría en un principio —no meramente teórico, sino— operativo.

En definitiva, por todas las razones expuestas anteriormente, es necesario pasar del personalismo solidario al personalismo relacional integral.

El desafío actual consiste en proyectar el personalismo solidario hacia las nuevas dimensiones de la experiencia humana: la biotecnología, la inteligencia artificial y la ecología integral.

En tales ámbitos, la solidaridad se redefine como *corresponsabilidad* ante la vulnerabilidad del otro, ya no solo del prójimo humano, sino del entorno vital y de las generaciones futuras.

Este paso —del personalismo solidario al *personalismo relacional integral*— permite una lectura dinámica de la dignidad y de los derechos fundamentales en el siglo XXI.

5. Conclusión final

La persona humana, distinguida por una dignidad permanente y por una solidaridad igualmente permanente, es titular de una red de derechos y deberes, válida siempre, en todas partes y para todos. Por el contrario, la persona humana distinguida sólo por la dimensión individual o sólo por la dimensión societal pierde su dignidad solidaria o su relacionalidad individual y acaba siendo titular sólo de derechos o deberes, que, al no estar sistematizados, son siempre negociables (en contenido, tiempo y espacio).

Como magistralmente expresó Norberto Bobbio (1997), si aún le quedaran

42 Sobre la evolución del principio de solidaridad en América Latina, véase Lorenzetti (2021, pp. 56-59).

43 En este sentido, véase la Sentencia C-147/2017 de la Corte Constitucional de Colombia, que consagra la solidaridad intergeneracional como principio de justicia ambiental.

algunos años de vida, estaría tentado de escribir “La edad de los deberes”, reconociendo así que el “*signum prognosticum* del progreso moral de la humanidad” no reside únicamente en la proclamación de derechos, sino en su articulación sistemática con los deberes de solidaridad.

En última instancia, el estatuto personal de los derechos fundamentales, aquí delineado, no constituye una limitación de la libertad individual, sino su condición de posibilidad. La persona humana alcanza su plenitud no en el aislamiento, sino en la comunidad; no en la mera reivindicación de derechos, sino en el equilibrio virtuoso entre derechos y deberes; no en la autonomía absoluta, sino en la autonomía responsable que reconoce la dignidad propia y ajena como límite infranqueable.

Este es el legado del personalismo relacional integral para el constitucionalismo contemporáneo: una visión de la persona que integra libertad y responsabilidad, individualidad y relacionalidad, autonomía y solidaridad. Una visión que, lejos de constituir una utopía irrealizable, encuentra su expresión concreta en las constituciones democráticas de la segunda mitad del siglo XX y en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales que, día tras día, construyen el equilibrio entre los derechos individuales y las exigencias de la convivencia comunitaria.

La tarea del constitucionalismo del siglo XXI es preservar y desarrollar este patrimonio, adaptándolo a los nuevos desafíos sin traicionar sus fundamentos. Porque, en definitiva, solo un orden jurídico que reconozca y proteja a la persona humana en su integralidad —desde el cigoto hasta el final natural de la existencia, en su dimensión individual y relacional, como titular de derechos y sujeto de deberes— puede aspirar legítimamente a llamarse democrático y garante de los derechos fundamentales.

Bibliografía

- Alpa, G. (2023). *Solidarietà, Un principio normativo*. Il Mulino.
- Arendt, H. (2006). *Los orígenes del totalitarismo*. Alianza.
- Aristóteles, *Política*, libro I, 2, 1253a; e III, 6, 1278b, 19-21.
- Bobbio, N. (1997). *L'età dei diritti* (3ª ed.). Einaudi.
- Boecio. (s.f.). *De persona et duabus naturis*.
- Carozza, P. (2003). From Conquest to Constitutions: retrieving a Latin American Tradition of the Idea of Human Rights. *Human Rights Quarterly*, 25(2), 281-314.

- De Grandis, G. (2015). *La dignidad humana en el código civil y comercial*. Ponencia presentada en el marco del proyecto de investigaciones IUS de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina.
- Donati, P. (2022). Il diritto di famiglia come diritto relazionale. En *Diritto di famiglia e delle persone*, 4, 1652.
- Espiell, H. (1989). La Declaración Americana: raíces conceptuales y políticas en la Historia, la Filosofía y el Derecho Americano. *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 41, 41-64.
- Glendon, M. A. (2004). El crisol olvidado: la influencia latinoamericana en la idea de los derechos humanos universales. *Persona y Derecho*, (51), pp. 103-124.
- Gonella, G. (1959). *La persona nella filosofia del diritto*. Giuffrè.
- Juan Pablo II. (1987). Encíclica *Sollicitudo rei socialis*. La Santa Sede.
- Kant, I. (2007 [1785]). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (Trad. F. Gonelli). Laterza.
- La Pira, G. (1971). Asamblea Constituyente, sesión del 11 de marzo de 1947. En *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente* (Tomo I). Cámara de Diputados.
- Lamm, E. (2017). La dignidad humana en el código civil y comercial de Argentina. *Revista de derecho de familia*.
- León XIII (15 de mayo de 1891). Encíclica *Rerum novarum*. La Santa Sede.
- Lorenzetti, R. (2021). *Teoría del derecho ambiental*. Rubinzal-Culzoni.
- Maritain, J. (1960). *La persona y el bien común*. Club de Lectores.
- Maritain, J. (1969). *El Contadino della Garonna*. Morcelliana.
- Massini Correias, C. I. (1995). Los derechos humanos y la Constitución argentina reformada. *Persona y Derecho*, 58, 71-103.
- Mattioni, A. (2007). *La solidaridad legalización de la fraternidad*. En Marzanati, A. y Mattioni, A., *La fraternità come principio del diritto pubblico* (pp. 7-60). Città Nuova.
- Morin, E. (2013). *La vía para el futuro de la humanidad*. Paidós.
- Mounier, E. (1964). *El personalismo*.
- Nino, C.S. (1989). *Ética y derechos humanos*. Astrea.
- Olivetti, M. (2001). Art. 1. La dignidad humana. En Bifulco, R., Cartabia, M., y Celotto, A. (Eds.), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*. Il Mulino.
- Palazzani, L. (1996). *El concepto de persona entre bioética y derecho*.
- Perlingieri, P. (1972). *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Jovene Editore.
- Pico della Mirandola, G. /1486). *Oratio de hominis dignitate*.
- Polacchini, F. (2016). *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*. Bononia University Press
- Ruggeri, A. (2022). Il lascito della lezione mazziniana sui doveri dell'uomo per la Costituzione repubblicana, en el número del 7 de abril de 2022 de la revista online *Giustizia Insieme*, (7).
- Santiago, A. (2022). *La dignidad de la persona humana. Fundamento del orden jurídico nacional e internacional*. Ábaco.
- Scaccia, G. (2022). Diritti della persona e doveri solidaristici nella Costituzione italiana. *Diritto & Conti*, (2).
- Scheler, M. (2000). *El puesto del hombre en el cosmos*. Alba Editorial.
- Segado, F. (2015). El principio de solidaridad en la Constitución española de 1978. En D'Ate-
na, A. (Ed.), *Scritti in onore di Antonio D'Atena* (Tomo II). Giuffrè.

- Taylor, C. (1994). *La ética de la autenticidad*. Paidós.
- Taylor, C. (1999). *Il disagio della modernità*. Laterza.
- Teichman, J. (1985). The definition of person. *Philosophy*, 60(232), 175-185.
- Tomás de Aquino. (s.f.). *Summa Theologiae*, I, q. 29, a. 1
- Vidari, G. (1909). *L'individualismo nelle dottrine morali del XIX secolo*. U. Hoepli.
- Vigo, R. (2006). *El derecho como razón institucional*. Abeledo Perrot.
- Violante, L. (2014). *Il dovere di avere doveri*. Einaudi.

Jurisprudencia citada

Argentina

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Aquino, Isacio c/Cargo servicios industriales s.a.s/ accidentes ley 9688*, Fallos: 327:3753, 21 de septiembre de 2004.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Bahamondez*, Fallos: 316:479, 6 de abril de 1993.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Dignidad humana: jurisprudencia relevante de la Corte suprema de justicia de la nación*, junio de 2025.

Colombia

- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-881 de 2002.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-143 de 2015.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-291 de 2016.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-147 de 2017.

Alemania

- Tribunal Constitucional Federal alemán, Sentencia BVerfGE, 6, 32 del 16 de enero de 1957.
- Tribunal Constitucional Federal alemán, Sentencia BVerfGE, 45, 187.

España

- Tribunal Constitucional español, STC 53/1985.
- Tribunal Constitucional español, STC 120/1990.

Italia

- Tribunal Constitucional italiano, sentencia n. 75/1992.
- Tribunal Constitucional italiano, sentencia n. 167/1999.

Estados Unidos

- Tribunal Supremo de Estados Unidos, *Dred Scott v. Sandford*, 6 de mayo de 1857.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y Otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica*, sentencia de 28 de noviembre de 2012.

Instrumentos internacionales y europeos

- Consejo de Europa. (1997). Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio de Oviedo).
- Naciones Unidas. (1948). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Organización de los Estados Americanos.
- Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Naciones Unidas. (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Naciones Unidas. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).
- Naciones Unidas. (1989). Convención sobre los Derechos del Niño.
- Parlamento Europeo. (2007). Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Niza, 7 de diciembre de 2000; Estrasburgo, 12 de diciembre de 2007).
- UNESCO. (1997). Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos.
- UNESCO. (2005). Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos.
- Unión Europea. (2024). Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo sobre inteligencia artificial.

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.

FINALIDAD Y SENTIDO DE LA EMPRESA PÚBLICA EN ARGENTINA. ¿LUCRO O INTERÉS PÚBLICO?¹

Andrés Ascárate

Universidad Austral

ascandres@hotmail.com

<https://orcid.org/0009-0002-1103-4575>

<https://doi.org/10.26422/RJA.2025.0602.asc>

Recibido: 19/09/2025

Aceptado: 05/12/2025

Resumen

En este trabajo se busca encontrar la finalidad y el sentido de la empresa pública en Argentina y determinar su compatibilidad con el propósito de lucro propio de las empresas comerciales. Parte de la tensión conceptual entre el carácter altruista del Estado y la lógica utilitaria de la actividad empresarial. Primero se examinan las nociones de empresa, distinguiendo su concepción objetiva (actividad organizada con fines económicos) y subjetiva (sujeto de derecho), para luego caracterizar a la empresa mercantil como aquella orientada al beneficio. Esta división permite diferenciar el lucro objetivo (beneficios generados por la empresa) del lucro subjetivo (ganancias buscadas por el empresario).

Sobre esa base, se aborda el estatuto constitucional, doctrinario y legal de la empresa “pública” en Argentina. Se observa que el modelo constitucional originario limitaba su creación a supuestos excepcionales, pero las reconocía en los artículos 4° y 67, inciso 5, para servicios públicos (como el correo) o actividades más ligadas a la soberanía (como el Banco Nacional). La Constitución actual mantiene esos principios; la doctrina coincide en que no existe un concepto único de empresa pública y la legislación vigente impulsa su organización bajo formas y regímenes de derecho privado.

La conclusión radica en que la empresa pública puede conciliar el lucro con el interés público,

1 Este trabajo es producto de un proyecto de investigación IUS de la Universidad Católica Argentina sobre la empresa pública, titulado “Fundamentos, naturaleza y límites de la empresa pública como instrumento de intervención del Estado en la economía”, bajo la dirección del Dr. Ignacio María de la Riva. El autor agradece a Ignacio de la Riva, Eduardo Calvo, Bastiana Locurscio y Leonardo Toia la lectura, comentarios, aportes y críticas.

especialmente cuando se encuentra destinada a la prestación de un servicio público, si: i) se la reconoce como un sujeto de derecho autónomo, garantizando independencia funcional mediante estructuras como la sociedad anónima; ii) se admite una finalidad doble en las empresas públicas y se reconoce que pueden ser fuente de recursos estatales; y iii) se redefine la noción de beneficio, aceptando que puede consistir en preservar o incrementar el capital o reducir costos sin distribuir utilidades. Bajo esas condiciones, el lucro no resulta incompatible con la empresa pública, pero debe subordinarse a su justificación constitucional.

Palabras clave: derecho administrativo y constitucional, empresa pública, sociedades estatales, regulación económica.

Purpose and Meaning of Public Corporations in Argentina: Profit or Public Interest?

Abstract

This paper seeks to identify the purpose and meaning of public corporations in Argentina and to determine their compatibility with the profit motive inherent to commercial companies. It begins from the conceptual tension between the altruistic character of the State and the utilitarian logic of business activity. The analysis first examines the notions of “company” or “enterprise” distinguishing its objective conception (an organized activity with economic purposes) from its subjective conception (a legal entity), and then characterizes the commercial enterprise as one oriented toward profit. This distinction makes it possible to differentiate objective profit (the benefits generated by the enterprise) from subjective profit (the gains sought by the entrepreneur).

Building on that foundation, the paper explores the constitutional, doctrinal, and legal framework governing public corporations in Argentina. It notes that the original constitutional model limited their creation to exceptional cases, but recognized them in Articles 4 and 67(5) for public services (such as postal services) or activities closely tied to sovereignty (such as the National Bank). The current Constitution maintains these principles, doctrine agrees that there is no single concept of a public corporation, and existing legislation promotes their organization under private-law structures.

The conclusion is that a public enterprise can reconcile profit with the public interest—especially when it is devoted to the provision of a public service—if: (i) it is recognized as an autonomous legal entity, ensuring functional independence through structures such as the corporation; (ii) a dual purpose is acknowledged, together with recognition that public enterprises may serve as a source of state revenue; and (iii) the notion of “benefit” is redefined, accepting that it may consist in preserving or increasing capital or reducing costs without distributing profits. Under these conditions, profit is not incompatible with a public enterprise, but it must remain subordinate to its constitutional justification.

Palabras clave: administrative and constitutional law, public corporations, state-owned companies, economic regulation.

1. Introducción

En este trabajo se intentarán desentrañar los fines que el ordenamiento jurídico argentino les asigna y encomienda a las empresas públicas. La incertidumbre inicial que lo motiva radica en determinar si una organización esencialmente altruista, el Estado, es compatible con otra institución jurídica de naturaleza utilitaria o egoísta como la empresa comercial. Desde este punto de partida inicial, apriorístico y lógicamente antitético, se evaluará si en el derecho argentino las empresas públicas portan ínsita una contradicción en los propios términos.

Para afrontar el desarrollo, se expondrá primero la noción de empresa y, dentro de ella, más precisamente, de empresa comercial; luego se abordará el estado de la cuestión relativa a la empresa pública en la Constitución Nacional (CN), la doctrina y el resto de las normas nacionales; y sobre la base de esos dos institutos, es decir, depurado el estatuto de la empresa pública, se encarará el interrogante sobre su finalidad y consistencia frente al concepto de beneficio o lucro privado.

2. Punto de partida. Contradicciones aparentes de la empresa pública

“Dame un punto de apoyo y moveré el mundo”.² Tal vez, uno de los principales problemas conceptuales de la empresa pública, como sucede con muchos otros institutos del derecho administrativo, es que carece un de sustento ontológico firme en el cual apoyar los razonamientos.

El lugar común que puede identificarse en toda la doctrina es, precisamente, la inexistencia de un régimen jurídico uniforme. Se trata de un instituto que no pudo ser, todavía, definido con un concepto con sustancia propia y omnicompreensivo de todas las variantes que alcanza.³

Por ello, y no por libre decisión, como punto de partida obligado debe recordarse que las empresas públicas no se crean respondiendo a esquemas norma-

2 Frase atribuida a Arquímedes.

3 Para resumir esta amplitud, por ejemplo, Cassagne (2024) explica que “lo común en esta clase de actividades económicas que lleva a cabo el Estado es su realización *en forma de empresa*, cuya variedad de tipos jurídicos comprende desde ‘la empresa propia’, sin personalidad jurídica (*régie* en el derecho francés), las empresas del Estado o establecimientos públicos o comerciales, y las sociedades de economía mixta, hasta culminar con las sociedades anónimas, lo cual configura, según un sector de la doctrina francesa, la actuación del Estado como ‘comerciante público’. Tales formas societarias se utilizan para canalizar la realización de actividades económicas por el Estado, entendiendo dentro de este concepto aquellas que se organizan para la producción o el cambio de bienes o servicios, ya sea que persigan una finalidad de lucro o se orienten a la satisfacción de necesidades generales” (p. 376) (cursivas agregadas).

tivamente predeterminados de carácter general, sino que fueron apareciendo, caso por caso, para atender necesidades concretas y singulares (Martín-Retortillo, 1991, p. 80).

Posiblemente, la razón de esta definición esquiva se encuentra en una amalgama forzada entre el concepto de “empresa” y la noción de “pública”. Esta incongruencia es resumida por Ariño Ortiz (1981) en una serie de “contradicciones” derivadas de la práctica de las empresas públicas en España que resultan igualmente aplicables en todos los países que siguen distintos tipos de economía de mercado.⁴ El autor sostenía que la empresa pública es un “círculo cuadrado” por tres motivos, que pueden resumirse de la siguiente manera:

1. En primer lugar, se trata de “una casa sin amo”, una empresa sin empresario, concebido este como una persona o conjunto de ellas con fuerza creadora y decisión libre.⁵
2. En segundo término, es una empresa generosa y “sin beneficio”, que “tira siempre con pólvora del rey”, —en términos criollos, “tira manteca al techo”— bajo la excusa de la rentabilidad social. Es decir, no busca maximizar beneficios y reducir costos (Ariño Ortiz, 1981, p. 75).
3. Y en tercer orden, se encuentra expuesta a las tentaciones “propias de los políticos”: evitar el control, influenciar política y socialmente a las personas, incidir en los precios para reducir la inflación, encubrir actividades “benéficas” que un grupo de la sociedad no está dispuesta a abandonar.⁶

Detrás de los tres contrapuntos, existe un nudo común. Si la empresa pública carece de empresario es porque, en rigor, el Estado opera con fines sociales y no por un interés particular. El problema fue resumido, en otro contexto, por Silvio Lessona (1970), al señalar que, cuando el Estado se dedica a actividades económicas propias de los sujetos de derecho privado, se presenta una disyuntiva inevitable, a saber:

4 En el caso de Argentina, esto es así por definición constitucional (ver principalmente los artículos 9 a 12, 14, 17, 19, 20, 42, 75, incisos 18 y 19 de la CN).

5 El autor señalaba que “es una empresa [...] sin empresario. Frente al modelo privado, cuyo secreto es la existencia, detrás de cada organización, de un hombre, que es la fuerza creadora (o un equipo de hombres) que es la fuerza creadora, el espíritu dinamizador que da vida y mueve lo que ve como ‘su empresa’ sea o no el propietario directo” (Ariño Ortiz, 1981, p. 71).

6 “Estas cuatro tentaciones se resumen en una sola: poner la empresa al servicio de intereses personales, de grupo, de partido o clase, de intereses regionales o incluso malentendidos “intereses nacionales” (Ariño Ortiz, 1981 p. 77).

si dicha actividad es tratada como privada, se hierne necesariamente la naturaleza del sujeto que la ejerce; si es tratada en su aspecto de pública, se desnaturaliza su contenido privatista y se corre el riesgo de impedir la obtención de su misma finalidad. (p. 178)

Parece observarse, entonces, que, tras la aparente confrontación entre los conceptos de “empresa” y “pública”, subyace una oposición de fines, y según cuál de estos prevalezca, el instituto perdería parte de su sentido.

3. La empresa comercial

3.1 Noción de empresa

El ordenamiento positivo argentino carece de una definición del vocablo “empresa” aplicable a todas las ramas jurídicas. Es inevitable recurrir en un primer momento al derecho privado, más precisamente al derecho comercial, que se cimenta sobre la figura del comerciante y/o empresario.⁷

Dentro de ese ámbito, se ha debatido sobre la naturaleza jurídica de la empresa y se mantiene una discusión que lleva a los doctrinarios a diferenciar nociones de carácter subjetivo de otras de tenor objetivo, ya sea contraponiendo la “empresa” con la “sociedad” o distinguiendo al “empresario” de la “empresa”.⁸

El origen histórico de esta divisoria de aguas se remonta a posturas provenientes del derecho comercial europeo; en los países latinos (Italia, Francia o España) era concebida como objeto de derecho, de la que es titular el empresario —comerciante individual o, actualmente, la sociedad—, mientras que en “Alemania y la doctrina inspirada en la obra de su dogmática ya a mediados del siglo pasado concibieron a la empresa como sujeto de derecho” (Halperin, 2000, p. 42).

En otras palabras, para algunos, la empresa es una persona jurídica, un suje-

7 “El Código Civil italiano de 1942 estableció como núcleo del sistema mercantil las nociones de empresa y empresario, abandonando la figura del comerciante, y ha suscitado el interés científico por el tema de la empresa y por su conceptualización jurídica” (Ackerman et al., 2012, p. 538).

8 “... debe distinguirse la empresa del empresario y de la actividad misma de la empresa. Esto ya implica una toma de posición frente al problema, puesto que puede analizarse el punto tomando a la empresa y a su actividad como un todo único, y exponer todo el derecho mercantil en función de estas dos nociones” (Halperin, 2000, p. 89). En términos más modernos, se diferencia a la empresa y la sociedad: “Queda claro que la sociedad es una persona jurídica mientras que la empresa no lo es. La empresa es una organización, un conjunto de actividades y relaciones, y la relación empresa sociedad no puede ser otra que la que hay entre un empresario individual y la empresa de que es titular. De la misma manera que una persona física puede ser empresaria pero no empresa, la sociedad no puede ser empresa sino empresaria” (Richard y Muiño, 2004, p. 28).

to de derecho distinto de sus titulares, mientras que, para otros, es un conjunto de actividades organizadas o un patrimonio de afectación con un fin determinado (Ackerman et al., 2012, p. 538). Estos últimos postulan que

[l]jurídicamente, la empresa es este quid inmaterial y algo abstracto consistente en la actividad de organización. Junto a ella, y ocultándola un poco bajo el velo de su materialidad, se encuentra (...) el conjunto de bienes organizados para la explotación de la empresa. (Fontanarrosa, 2001, p. 179)

Todas estas visiones mercantiles coinciden en la presencia de una *organización de factores* sujeta a una finalidad específica. Es decir, tanto en la visión objetivista como en la subjetivista, parece ineludible la referencia teleológica. Aparece, así, el componente económico y la empresa en una noción mayoritariamente aceptada sería una “organización de bienes y de servicios para la producción de bienes o de servicios *con un fin económico*” (Halperín, 1974, p. 5).⁹

Este fin económico resulta determinante para comprender los vaivenes del instituto, ya que la noción jurídica ha evolucionado al compás de la disciplina económica, algo habitual en el derecho administrativo que se advierte, por ejemplo, con el servicio público, la policía y la defensa de la competencia. Son todos conceptos que requieren del auxilio de la economía para resolver conflictos en los cuales las normas utilizan términos como “calidad”, “monopolio”, “eficiencia”, “mercado”, etcétera.¹⁰

3.2 Empresa mercantil o comercial

Dentro de las instituciones asociativas propias del derecho privado, existen algunas específicas que nos interesa abordar en este trabajo. Se trata de las empresas “mercantiles” o “comerciales”.

La “comercialidad” de los actos de derecho privado ha generado debate en la doctrina, pues el artículo 8° del Código de Comercio hacía una enunciación de actividades muy diversa y definía muchos de ellos en función de los sujetos

9 Énfasis agregado.

10 En el plano del “análisis económico del derecho”, se ha señalado que la empresa ya no se define hoy como una “producción organizada”, pues “toda producción económica, aun la más primitiva, implica cierto grado de organización, y la empresa es una entre varias posibles formas de esa organización”, de manera que “no debe caerse en el error de identificar a la empresa con la organización económica, por ser solo uno de sus instrumentos” (Cabanellas de las Cuevas, 2018). No obstante, a los efectos de este trabajo, se dejarán de lado estas nuevas posturas y se partirá de la noción mayoritariamente aceptada que postula que la empresa supone una *organización con fines económicos*.

que los realizaban. Así, el inciso 5° listaba dentro de los actos de comercio a aquellos efectuados por las “empresas de fábricas, comisiones, mandatos comerciales, depósitos o transportes de mercaderías o personas por agua o por tierra”.

De acuerdo con este criterio, no toda empresa comercial tendría un fin de lucro y, a su vez, éste no sería definitorio de la comercialidad de una actividad. Ello también se plasma en la definición de “sociedad comercial” que todavía se encuentra en la Ley 19550 de sociedades comerciales. Esta norma, si bien no define ni menciona a la empresa, recoge lo que la doctrina en términos generales entiende como una de sus recepciones positivas. El artículo 1° establece que

[h]abrá sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas.

Esta última frase define un requisito esencial y, a la luz del artículo 3° de esa misma ley, reafirma el principio de *tipicidad*, asignando la comercialidad por la *forma* y no por el objeto lo cual indica la existencia de casos en que “entes asociativos sin fines de lucro ni especulativos adoptaron la estructura societaria, entre otros motivos, para asegurar a los asociados su cuota de liquidación en el patrimonio social en caso de disolución” (Zunino, 2004, p. 83).

Especulaciones fuera, el lucro —o, en términos más genéricos, el beneficio— es a nuestros días un elemento definitorio de la empresa comercial. Dentro del derecho privado, existen organizaciones de bienes y recursos con fines económicos que no son comerciales y se diferencian de estas, precisamente, por la ausencia de fin de lucro. Es el caso de las asociaciones civiles y las fundaciones. Con relación a las primeras, el artículo 168 del Código Civil y Comercial establece que “no puede perseguir el lucro como fin principal, ni puede tener por fin el lucro para sus miembros o terceros”; mientras que las segundas están reguladas en el artículo 193 del mismo código, que establece que “son personas jurídicas que se constituyen con una finalidad de bien común, *sin propósito de lucro*, mediante el aporte patrimonial de una o más personas, destinado a hacer posibles sus fines”.¹¹

De lo dicho se deriva que no todo el derecho privado se concentra en el propósito de lucro, pues el interés público también se encuentra presente dentro

11 Énfasis agregado.

de esta rama del derecho.¹² Y si bien existieron posturas de arraigo normativo e histórico que no consideraban al lucro como esencial o definitorio de los actos comerciales, al día de hoy puede asumirse sin mayores disquisiciones que la empresa mercantil tiene como finalidad la obtención de un beneficio y/o lucro para sus socios.¹³

Por ese motivo, Halperin (2000) postulaba que

[l]as empresas estatales *no son empresas mercantiles*: en su actividad con los particulares realizarán actos de comercio, pero la empresa no adquiere calidad mercantil; *falta el propósito principal de lucro*, ya que el Estado desarrolla esa empresa con el fin superior de cumplir sus propios fines en beneficio de la comunidad (sea por la prestación de un servicio público, para el afianzamiento del desarrollo industrial o fomento regional, para asegurar una mejor defensa nacional, etc.); esto es: aun en el supuesto de que la empresa arroje un beneficio económico o como tal persiga separadamente el lucro como si fuese una empresa privada, su obtención es secundaria para el Estado, que es su titular. (p. 65)¹⁴

Para lograr confrontar con mayor nitidez el problema de la empresa pública, entonces debe tenerse en cuenta que, cuando el Estado asume modalidades empresariales del derecho privado, no recurre a aquellas formas que persiguen intereses altruistas o diferentes al lucro (por medio de asociaciones civiles y fundaciones), sino que lo más realista es asumir sin rodeos que, cuando el Estado recurre a la empresa pública, pretende tomar la forma de un comerciante, es decir, actuar bajo las reglas del derecho comercial mediante la realización de actos de comercio con todo lo que ello implica.

Quizás por esa razón, Marienhoff (2011, p. 361) dedica buena parte de sus consideraciones sobre este tema a criticar la confusión entre “empresa del Estado” y “entidad autárquica”, pues ambas difieren, a su entender, esencialmente

12 En ese sentido, Cassagne (2024) considera que no es correcto asignarle únicamente al Estado la tarea de la satisfacción del interés público, tal como pretende Barra; “aunque el Estado sea el principal realizador del bien común temporal, de allí a sostener que solo a él le corresponde dicha tarea, implica una tesis que no armoniza con la concepción aristotélico-tomista, que acepta la existencia de instituciones intermedias que persiguen el bien común en forma inmediata o mediata, distintas del Estado” (p. 378).

13 Halperin (1969) explica que la terminología utilizada por la ley de sociedades comerciales, es decir, la referencia a la “participación en los beneficios y soportando las pérdidas” buscó sortear términos legislativos ambiguos y pone de manifiesto que la empresa comercial tiene por objeto fines económicos en términos amplios “que no han de menester ser un lucro o una ganancia a repartirse; puede ser el resultado de una investigación o la oficina central para la contratación en interés común de los socios, o para centralizar determinada especie de negociación o contratación” (p. 271).

14 Énfasis agregado.

entre sí por la índole de la labor que desarrollan: la entidad autárquica cumple *funciones* estatales típicas, mientras que la empresa despliega *actividades* no específicamente estatales, sino de tipo industrial o comercial.

Según este autor, la diferencia esencial entre entidad autárquica y empresa del Estado viene dada por la finalidad:

[l]os particulares explotan las empresas industriales o comerciales con un fin lucrativo, mientras que la Administración Pública lo hace con el objeto de satisfacer una necesidad pública. De parte de la Administración, esa actividad no aparece determinada por el ánimo de lucro, sino por el hecho de la participación competitiva en la vía económica (...) de modo que el particular o administrado que explota una empresa comercial o industrial lo hace con un fin de lucro, en cambio, si bien la Administración, al ejercer dicha actividad obtiene también un beneficio, un lucro, el fin que la lleva a tal ejercicio no es el lucro en sí, sino la posibilidad de emplear ese lucro en la satisfacción —directa o indirecta— de necesidades públicas. (Marienhoff, 2011, p. 365)¹⁵

Se destaca en Marienhoff (2011) la noción subjetivista de empresa y la diferencia entre la finalidad de lucro propiamente dicho del comerciante y el llamado “lucro estatal”, en el cual el beneficiario último es el pueblo y no un individuo particular.

Cabe reiterar, entonces, que, asumiendo que el Estado puede intervenir en la economía mediante la empresa pública con distintos fines que se verán más adelante, el conflicto más puro que pone en tensión al instituto y confronta las diferentes finalidades que subyacen en él sucede cuando busca constituirse en titular de una forma empresarial *mercantil propiamente dicha*, es decir, aquella que busca el lucro o un beneficio para los socios.

3.3 Propósito de lucro

Ceñidos a este tipo de entidades comerciales en las que el beneficio es esencial, cabe preguntarse, entonces, qué es el propósito de lucro y cómo se vincula con las empresas.

El lucro es la ganancia o provecho que se saca de algo y lucrar es ganar, sacar provecho de un negocio o encargo (Real Academia Española, s.f.).

Dado que el propósito es un fin, es necesario recordar que todo fin supone un movimiento. No existe una finalidad ante una realidad estática, sino

15 Énfasis agregado.

que el fin es el objetivo buscado o pretendido por alguien y lo que le da sentido (en última instancia) a algo. La causa final es aquello, como sabemos, a lo cual tienden las cosas.

Desde allí, es posible plantear el siguiente interrogante: ¿quién es el que debe perseguir ese propósito de beneficio?

Evidentemente, si se asume que la empresa es una actividad, un objeto o un conjunto de factores organizados, es decir, desde una noción objetiva, la única persona que puede tener la voluntad de lucrar es el sujeto empresario que titulariza esa actividad. En esta concepción, el lucro es lo que le da sentido y razón de ser a esa organización de factores económicos. En cambio, si se la concibe como un sujeto de derecho, con capacidad de formar una voluntad diferente, existirán dos entes que pueden perseguir este lucro: la empresa y el empresario.

En ambos casos, el concepto general de propósito de lucro se segmenta o divide en dos, pero en el primero, asumiendo a la empresa como una actividad, el “propósito” es únicamente del empresario y la actividad de organización no puede escindirse de su sentido o razón de ser fijada por la voluntad de ese sujeto, pues, como se ha dicho, la causa final es aquello en vista de lo que se hace una cosa (Aristóteles, *Metafísica*, libro quinto, 1013b).

Véase, por ejemplo, lo que sostenía calificada doctrina:

[t]oda empresa supone, por definición, una actividad organizada a los fines de obtener beneficios económicos; pero a los efectos de su comercialidad, dentro del régimen de nuestro código, no interesa el destino que se dé a esos beneficios. Por consiguiente, no dejará de ser comercial la empresa de espectáculos de beneficencia o la que de cualquier modo se proponga obtener utilidades pecuniarias, aunque sea para distribuir las desinteresadamente a terceros. Cuando se habla de que el propósito de lucro no es esencial a la empresa comercial, tal afirmación ha de entenderse en el sentido de que no es esencial el *lucro subjetivo*; pues el *lucro objetivo* existe en todas, aún en las que persiguen fines económicos desinteresados. (Fontanarrosa, 2001, pp. 181-182)¹⁶

Existirían, pues, dos tipos de lucro diferentes: el de la empresa y el del empresario. El lucro subjetivo es aquel que busca el empresario o el titular controlante, la intención de generar ganancias; el lucro objetivo es aquel que busca y procura la propia empresa.

Esta distinción de “lucros” queda ratificada en el plano normativo, por

16 Énfasis agregado.

ejemplo, en el artículo 168 del Código Civil y Comercial, citado previamente, que establece que la asociación civil es aquella que “no puede perseguir el lucro como fin principal” y *tampoco* puede “tener por fin el lucro para sus miembros o terceros”. Es decir, si no existiesen dos dimensiones del lucro, no puede comprenderse por qué se redunda en el lucro de la asociación y el de los miembros.

La bifurcación del lucro permite observar que lo que persigue una empresa comercial puede no coincidir exactamente con lo que pretenden sus socios, integrantes o titulares y, por ello algunos autores se refieren a la “neutralidad” de la empresa pública frente al fin de lucro del comerciante o la “naturaleza extrasocial” de los fines no comerciales (fines públicos) que puedan tener sus socios (Barra, 2006, p. 372).

4. La empresa pública en Argentina

4.1 La empresa pública en el texto de la Constitución Nacional

La Constitución Nacional menciona a las “empresas” en dos oportunidades. Por un lado, el artículo 14 bis refiere a las empresas al consagrar la protección de los derechos del trabajador, declarando que las leyes deben asegurarle la “participación en las ganancias de las empresas”. Por otro lado, el artículo 4° establece que

[e]l Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro nacional formado del producto de derechos de importación y exportación, del de la venta o locación de tierras de propiedad nacional, de la renta de Correos, de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General, y de los empréstitos y operaciones de crédito que decreta el mismo Congreso para urgencias de la Nación, *o para empresas de utilidad nacional*.¹⁷

Alberdi (1854, pp. 159-161) explicaba el sentido de esta cláusula, señalando que la renta de correos era “la más nacional de las rentas”, la más propia del tesoro nacional, y se esforzaba en demostrar que el correo era un negocio sumamente rentable para la nación, y era inevitable que fuera ésta quien asumiera la gestión de la actividad. Ello, no obstante, exponía con toda claridad que la Constitución de 1853 le impedía, por definición, actuar al Estado como un

17 Énfasis agregado.

comerciante, especialmente en condiciones monopólicas.¹⁸ El rol del Estado era acotado:

[es] “prudente y útil la intervención de la autoridad en la organización de estas empresas por particulares siempre que tal intervención se limite a una simple vigilancia, encaminada a conseguir que la ley protectora de los derechos privados no se quebrante en su perjuicio, por los infinitos abusos que facilita el mecanismo de negocios, que afectan a centenares de personas, que se administran por unos pocos, y que se envuelven en las regiones nebulosas de la especulación, inaccesibles de ordinario a los ojos comunes. (Alberdi, 1854, p. 36)

Interpretando la cláusula de la renta correos, sostenía Joaquín V. González (1950 que el correo y el telégrafo eran medios de correspondencia que constituían servicios públicos remunerados, pues “la renta del Correo se forma por el pago de los timbres postales aplicados a todos sus servicios, y la de Telégrafos por las tarifas que anualmente sanciona el Congreso” (p. 435). A su vez, al mencionar la finalidad del empréstito público como un recurso extraordinario, señalaba que

están requeridos en casos urgentes o para empresas de utilidad. Entre los primeros se cuentan las guerras y demás gastos de defensa del país, como reformas de armamentos, carestías, desastres materiales; y entre los segundos, por ejemplo, los ferrocarriles, *telégrafos*, canales, higiene y otras obras de beneficio permanente. (González, 1951, p. 446)

18 “Toda ley que da al gobierno el derecho de ejercer exclusivamente industrias declaradas de derecho común, crea un estanco, restablece el coloniaje, ataca la libertad. Toda ley que atribuye al Estado de un modo exclusivo, privativo o prohibitivo, que todo es igual, el ejercicio de operaciones o contratos que pertenecen esencialmente a la industria comercial, es ley derogatoria de la Constitución en la parte que ésta garantiza la libertad de comercio a todos y cada uno de los habitantes de la Confederación. Por ejemplo, son operaciones comerciales las’ operaciones de banco, tales como la venta y compra de monedas y especies metálicas, el préstamo de dinero a interés; el depósito, el cambio de especies metálicas de una plaza a otra; el descuento, es decir, la conversión de papeles ordinarios de crédito privado, como letras de cambio, pagarés, escritura, vales, etc., en dinero o en billetes emitidos por el banco. Son igualmente operaciones comerciales las empresas de seguros, las construcciones de ferrocarriles y de puentes, el establecimiento de líneas de buques de vapor (...) *No hay un solo código de comercio en que no figuren esas operaciones, como actos esencialmente comerciales. En calidad de tales, todos los códigos las defieren a la industria de los particulares* (...) la ley que da al Estado el derecho exclusivo de ejercer las operaciones conocidas por todos los códigos de comercio, como operaciones de banco y como actos de comercio, es una ley que da vuelta a la Constitución de pies a cabeza; y que además invierte y trastorna todas las nociones de gobierno y todos los principios de la sana economía política (...) El gobierno toma el rol de simple negociante; sus oficinas financieras son casas de comercio en que sus agentes o funcionarios compran y venden, cambian y descuentan, con la mira de procurar alguna ganancia a su patrón, que es el gobierno” (Alberdi, 1854, pp. 33 y ss., énfasis agregado).

En el mismo sentido, González Calderón (1943) expresaba que “la renta de correos es la equitativa y necesaria retribución que el pueblo debe al Estado por un servicio público que éste ha monopolizado en virtud de fundamentales razones de bienestar colectivo” (p. 630).

Tomando lo dicho por estos autores, puede sostenerse sin mayor dificultad que, si los correos podían concebirse como una empresa de utilidad nacional y sus rentas formaban parte del tesoro nacional, la Constitución originaria previó la posibilidad de que las rentas de empresas de utilidad nacional conformen sus recursos. Va de suyo que, en estos casos, esos recursos están asociados a la realización de una actividad de prestación de un servicio a la comunidad, como eran los correos, y no destinados a solventar otro tipo de gastos.

En otro carril, el de la práctica institucional, una excepción al principio general de titularidad privada de las empresas comerciales, provenía de una tradición preconstitucional reconocida por la doctrina como un negocio con arraigo estatal: la actividad bancaria, que remonta sus orígenes al Banco Nacional creado en 1826.¹⁹ Luego, el texto del artículo 67, inciso 5 de la CN reconocería la necesidad de contar con un banco nacional con facultad de emitir billetes.²⁰

Esta referencia al correo y a los bancos como algunas de las primeras empresas estatales no es exclusiva del ordenamiento argentino. La necesidad de una actividad bancaria de naturaleza pública iba en sintonía con la época. En 1819, la Suprema Corte de Estados Unidos de América, en el precedente *McCulloch v. Maryland* habilitaba la creación de un banco federal.²¹ A su vez, en Italia,

las primeras actividades de los poderes públicos que asumieron carácter de empresa fueron aquellas con las que se organizaron algunos servicios públicos esenciales: los transportes ferroviarios, las comunicaciones postales y sucesivamente

19 “Una importante excepción a tal doctrina contraria al intervencionismo estatal, lo fue la creación de Bancos mixtos, a cuya formación de capital y administración concurren los sectores público y privado; ello ocurrió siempre, desde los primeros Gobiernos patrios, pudiendo citarse, entre otros, por ejemplo, al Banco Nacional argentino en 1826, al Banco de Córdoba en 1872, al Banco de la Provincia de Buenos Aires en 1905, al propio Banco Central, a la Corporación de Transportes, a la Flota Mercante del estado” (Cavagna Martínez, como se citó en Varangot, 1970, p. 1810).

20 Joaquín V. González (1951) era contundente al vincular esta actividad bancaria con la emisión de moneda estatal y, al mismo tiempo, aclarar que “[n]o se propone la Constitución crear, en el sentido riguroso de la palabra, un Banco de Estado, que sea dirigido por los poderes públicos, sino que, al conferir al Congreso la facultad de establecerlo y reglamentarlo, sin fijar forma ni sistema, le ha dejado la amplitud necesaria de acción para elegir lo que le aconsejase la ciencia. Luego el Congreso, al elegir el sistema de una gran Compañía por acciones, no haría más que seguir esos consejos, y ejemplos dignos de imitación como los de Inglaterra, Francia, Bélgica y Estados Unidos” (p. 424).

21 17 U.S. 316 (1819).

las telegráficas, las telefónicas y radio telegráficas y telefónicas (...) Otras actividades que tradicionalmente pertenecían a la esfera pública fueron reducidas a actividades auxiliares de la esfera pública. Tal es el caso de los institutos de crédito de derecho público, algunos de los cuales se remontaban a entidades constitucionales del periodo anterior a la misma formación del Estado moderno. (Giannini, 1970, p. 106)

En España se sostuvo que

la empresa pública tiene una larga tradición, que varía de algunos países a otros. Los poderes públicos siempre han prestado bienes y servicios a la sociedad. Como muestra, en el siglo XVIII se crearon en España las Reales fábricas para la producción de manufacturas (paños, vidrio, latón, etc.), se administraron monopolios estatales (sal, pólvora, tabaco y loterías) y se gestionaron industrias militares (armamento, astilleros). En medio del liberalismo imperante, la actividad prestacional pública se intensifica a partir del siglo XIX, para resolver problemas concretos. (Laguna de Paz, 2016, p. 406)

La dureza de las críticas iniciales que produjo el advenimiento de estas empresas en Argentina son prueba suficiente del carácter excepcional y disruptivo que representaban en el esquema constitucional liberal primigenio.²²

Lo relevante del texto, espíritu y práctica constitucionales, viene dado, a nuestro juicio, por el hecho de que el artículo 4º menciona a las empresas públicas. La referencia a las empresas de utilidad nacional se encuentra dentro del contexto de los recursos económicos del Gobierno federal como finalidad de los empréstitos de la nación. Sin embargo, se trata de “empresas de utilidad nacional”, dentro de las cuales la doctrina consideró incluidas a los correos y telégrafos, lo que exige asumir por imperativo constitucional que la “utilidad nacional” y las “empresas” nunca fueron, por definición constitucional, excluyentes o antitéticas. Ello así, aun cuando el constituyente parezca referirse en este pasaje a las empresas en términos objetivos, como actividades.

En otras palabras, sintetizando el régimen económico constitucional originario, puede extraerse que el principio general era la regulación, no la asunción

22 Bielsa (1964) castigaba las primeras leyes sobre empresas del Estado, sostenía “el hecho de tener el Poder Ejecutivo a su cargo la administración general del país, no justifica el deber de convertirlo en un árbitro discrecional de negocios *impropios del Estado en nuestro sistema constitucional*, negocios cuya experiencia de quince años no puede ser más desastrosa, precisamente por la falta de idoneidad administrativa y moral de los funcionarios y de los gobernantes ineptos del mismo cuño. El manejo de estas entidades es antieconómico y desmoralizador, y es fuente de corrupción cívica...” (p. 489) (énfasis agregado).

por parte del Estado de un rol de comerciante; sin embargo, existían servicios denominados “públicos” por la doctrina constitucional inicial, que el propio constituyente ponía en cabeza de empresas estatales y asignaba a sus rentas el carácter de recursos del tesoro nacional. En esta primera generación de “empresas públicas” constitucionalmente aceptadas, se presentaban aquellas dedicadas a ciertos servicios que en ese momento Alberdi justificó ante la inexistencia de iniciativa privada; a su vez, la práctica daba cuenta de otro tipo de empresas (como los bancos), no solo limitadas a la prestación de un servicio, sino más bien vinculadas estrechamente con la soberanía estatal (la facultad de emitir moneda en forma monopólica).²³

La reforma de 1994 no modificó, en esencia, esas premisas con relación a las empresas públicas. Si bien incorporó directrices de indiscutible corte social que lleva a algunos a señalar que se adoptó un nuevo tipo de constitucionalismo (Dalla Vía, 2015, p. 148), también mantuvo el ideario liberal reafirmando, por ejemplo, en el nuevo artículo 42, la necesidad de las autoridades de preservar la libre competencia, regular los monopolios y garantizar la calidad y eficiencia en los servicios públicos. El progreso económico con justicia social al que hace referencia el artículo 75, inciso 19 incorpora el debate acerca del desarrollo humano, pero es un debate no superado aún (Gelli, 2015, p. 201). Fuera de todos los matices, parece claro que, luego de la reforma, se mantiene y reafirma un reconocimiento al principio de libertad e iniciativa privada como base de desarrollo, y se ordena la intervención para suplir las carencias del mercado de forma razonable (Rosatti, 2025, 622).

4.2 La empresa pública y su recepción en la doctrina nacional

Marienhoff (2011, p. 361) consideraba que por “empresa del Estado” debía entenderse toda *persona jurídica*, pública o privada, creada por el Estado que realice habitualmente actividades comerciales o industriales o que tiene a su cargo la prestación de servicios públicos de esa índole, y citaba, en ese orden, el artículo 1° de la Ley 14380. Como se explicó con anterioridad, criticaba la confusión entre “empresa del Estado” y “entidad autárquica” y adoptaba una noción subjetiva de empresa.

Gordillo (2014) descartaba la existencia de un concepto apriorístico “predeterminado por la realidad, y que la doctrina deba necesariamente hallarlo en

23 Confróntese, en tal sentido, la opinión de Alberdi expuesta en la nota al pie 18 y la de Joaquín V. González en la nota al pie 20.

cuanto única definición correcta de esa realidad” (p. 472); descreía de ese dogmatismo científico y se inclinaba por elaborar una clasificación que permitiera abordarla razonablemente “sin importar demasiado el nombre” (p. 472). Desde allí, consideraba, en sentido amplio, a las empresas públicas como “toda empresa en sentido económico (organización de medios materiales y personales para realizar determinada explotación económica) que se encuentra en el sector público (y no solamente estatal) de la economía” (p. 471). Pero en sentido estricto, reservaba el término para las empresas del Estado previstas en la Ley 13.653 por ser íntegra y expresamente estatales (sin adoptar formas de sociedades privadas), por tener personalidad propia, por dedicarse a una actividad económica y por no estar primordialmente sometidas al derecho privado.

Dromi (1983,) también coincidía en la ausencia de una “forma jurídica unitaria” de la empresa pública “como si las formas jurídicas abstractas fueran siempre representación de una realidad” (p. 78). No obstante, señalaba que, a partir de la Ley 20558 que creó la Corporación de Empresas Nacionales, resultó obligatorio en el ordenamiento jurídico argentino “hablar de ‘empresas públicas’, como género (...) la *empresa pública* es a la economía lo que el servicio público a la administración, aunque en ambos casos sus entes gestores integran la descentralización” (p. 78). Sobre esa base, definía a la empresa pública como “toda empresa en sentido económico (organización de medios materiales y personales para realizar determinada explotación económica) que se encuentra en el sector público (no solamente estatal) de la economía” (p. 79).²⁴

Prepondera en esta noción el elemento objetivo (en contraposición a la tesis de Marienhoff) y la idea de que la titularidad del Estado es la que la torna de carácter público.

Linares (1986) consideraba que las sociedades estatales forman parte de una “descentralización impropia” localizadas en una zona “gris” e intermedia entre la descentralización y las sociedades privadas. Su carácter público viene dado por la aplicación del derecho público a las relaciones con la Administración central, en el cual cobra relevancia el control de legalidad y oportunidad que el Estado, como dueño, está obligado a llevar a cabo “aunque se dictaran leyes claras y específicas imponiendo la autonomía total de esas sociedades” (p. 294).

Barra (2006) define a las empresas públicas como “aquellas organizaciones empresariales, cualquiera sea su tipicidad o forma jurídica, donde el Estado

24 El autor diferencia el elemento objetivo (la empresa como conjunto de actividades económicas comerciales, industriales, agrícolas) del elemento subjetivo (pública, carácter que “se predica de toda empresa que de una u otra manera sea controlada por el Estado. El control constituye el rasgo

tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias” (p. 374), en línea con el artículo 8, inc. “b” de la Ley 24156. Y considera dirimente para su existencia al “predominio de la voluntad del sector público —en definitiva, del Gobierno— en la formación de las decisiones del ente, ya sea por la condición mayoritaria de la participación gubernamental” (p. 378).²⁵

Sin embargo, dado que este autor asimila lo “estatal” con lo “público”, es decir, niega la existencia de “entes públicos no estatales” o “entidades privadas en el Estado”, el carácter público de las empresas determina fatalmente el fin público que tienen. Por ende, no existe la posibilidad de un lucro. Considera esta premisa como “una especie de presupuesto dogmático” que le impide al Estado perseguir una finalidad lucrativa y, por lo tanto, la actividad empresarial del Estado sería, a su juicio, “alucrativa” (no persigue fines de lucro) pero no “antilucrativa”. En otras palabras, la finalidad de lucro no es de la sociedad, sino del accionista, y si este es mayoritariamente estatal, esa sociedad no tendrá fin de lucro; en cambio, si el accionista es mayoritariamente privado, el fin será de lucro.

Cassagne (2024) explica que el término “empresa pública” no sirve para manifestar toda la gama de situaciones que se presentan y rescata la ausencia de coincidencia entre “público” y “estatal”. Reconoce la aceptación general de la terminología y confronta con las “posturas negatorias” o reduccionistas de Gordillo (2014) y Barra (2006), asumiendo que pueden existir en el Estado formas societarias regidas por el derecho privado. Se trata, afirma,

... de la utilización por parte de la Administración pública de técnicas “instrumentales” que, aunque pertenecen al derecho privado, traducen un medio práctico para cumplir sus fines, otorgándole flexibilidad a la gestión (en los aspectos contables, de administración, relaciones con el personal, actuación en el mercado) sobre la base de técnicas tradicionales del derecho privado en economías de tipo capitalista. (p. 380)

definitorio de la publicidad de la empresa” (Dromi, 1983, p. 80).

- 25 Al igual que Dromi (1983), Barra (2006) define, por un lado, a la empresa (“organización dotada o no de personalidad jurídica propia, con fin de lucro o sin él, destinada a la producción de bienes y servicios industriales o comerciales según metodologías propias de la producción industrial o del tráfico mercantil”) (p. 378) y luego agrega la noción de “pública”, carácter que se adquiere siempre que exista una “constitutiva influencia dominante de lo público en la formación de la voluntad empresarial, en su financiación, en su carácter instrumental con relación a objetivos sustanciales que, en un sistema democrático capitalista, cualquiera especialista no dudaría en calificar como “públicos” (p. 383).

En idéntico sentido, Mairal (2010) señala que la discusión sobre la empresa pública se supera distinguiendo los términos “público” y “estatal”, entendido el primero como el “derecho que rige al ente” y el segundo como “a su propietario”. “Si se acepta ese punto de vista tendremos entes públicos y estatales; entes mixtos y estatales; entes privados y estatales y entes privados y mixtos” (p. 616).

Comadira y Escola (2012, p. 344) abordan directamente el deslinde de fines, remarcando, si la Administración adopta formas de derecho privado, no necesariamente ello implica que asuma también fines particulares, ya que el Estado solo puede propender al interés público. En todo caso, existen fines inmediatos privados y mediatos de naturaleza pública.

4.3 Las empresas públicas en la legislación nacional actual

Un breve resumen de las normas que rigen a las empresas públicas actualmente nos obliga a prescindir de aquellas que, si bien refieren a la noción de empresa, no mencionan de forma explícita a las involucradas con el Estado.²⁶ Asimismo, se pasarán por alto las regulaciones de cada una de las figuras típicas de empresas públicas para relevar las normas fundamentales y generales actuales aplicables a todas ellas y relevantes para el objeto de este trabajo.²⁷

El Código Civil y Comercial de la Nación menciona en dos oportunidades a las empresas. En el artículo 320, referido a la obligación de llevar estados contables, determina que “[e]stán obligadas a llevar contabilidad todas las personas jurídicas privadas y *quienes realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de*

26 Por ejemplo, la Ley 20744 de Contrato de Trabajo, que en su artículo 5° define a la empresa y al empresario: “A los fines de esta ley, se entiende como ‘empresa’ la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos. A los mismos fines, se llama “empresario” a quien dirige la empresa por sí, o por medio de otras personas, y con el cual se relacionan jerárquicamente los trabajadores, cualquiera sea la participación que las leyes asignen a éstos en la gestión y dirección de la ‘empresa’”. También suele hacerse referencia, en el derecho tributario, al artículo 5°, inc. c) de la Ley 11683. En esta rama, dada su autonomía para calificar las realidades y definir hechos objeto de imposición, se prescinde del concepto jurídico o económico de empresa, motivo por el cual la Ley 11683 usa indistintamente el término como análogo a un sujeto, a una sociedad, a patrimonios de afectación o a cualquier tipo de unidad económica, mientras que las leyes de cada uno de los impuestos pueden, a su vez, seguir o apartarse de estas nociones.

27 Es decir, se omite considerar al Decreto Ley 15349/46, que creó la sociedad de economía mixta (en adelante, también SEM); la Ley 13653 de 1949 y las modificaciones de las leyes 14380 y 15023, referida a las empresas del Estado; la Ley 19550, en cuanto regula las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria; la Ley 20705 de Sociedades del Estado. Todas ellas se han de transformar en sociedades anónimas en los términos de la Ley 19550.

servicios".²⁸ Y en el artículo 1093, al referirse a los contratos de consumo, establece que

es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente *o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios*, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social.²⁹

De allí se desprende, sin lugar a duda, que el Código Civil y Comercial no adopta un criterio unitario de empresa, toda vez que en la primera disposición parece adherir a una teoría objetivista, mientras que en la segunda lo hace en términos subjetivos (la empresa como persona jurídica).

En otro plano, la conjunción de los artículos 148 y 149 del mismo Código parece ir en línea con la postura de Cassagne (2024), admitiendo que el Estado pueda participar en sociedades de derecho privado sin que esto cambie su naturaleza. En efecto, luego de señalar en la primera norma los tipos de "personas jurídicas privadas",³⁰ el artículo 149 establece 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".

La Ley 24156 de Administración Financiera, al delimitar su ámbito de aplicación, recoge una definición de empresa pública abarcativa de las

Empresas y Sociedades del Estado que abarca 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 empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias.

El Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023 complementa esta disposición, estableciendo que la Ley 24156 solo será aplicable a las sociedades anó-

28 Énfasis agregado.

29 Énfasis agregado.

30 "Artículo 148 - Personas jurídicas privadas. Son personas jurídicas privadas: a) las sociedades; b) las asociaciones civiles; c) las simples asociaciones; d) las fundaciones; e) las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas; f) las mutuales; g) las cooperativas; h) el consorcio de propiedad horizontal; i) toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento".

nimas resultantes de la transformación allí dispuesta cuando, producto de esa modificación, el Estado posea participación accionaria mayoritaria.³¹

Ese mismo decreto dispuso que todas las empresas con participación del Estado, “cualquier sea el tipo o forma societaria adoptada, se transformarán en Sociedades Anónimas” y quedarán regidas “a todos los efectos a las prescripciones de la Ley General de Sociedades N° 19.550 en igualdad de condiciones con las sociedades sin participación estatal y sin prerrogativa pública alguna”.³²

El mismo decreto aclara que

las empresas en las que el Estado nacional sea parte accionista no gozarán de ninguna prerrogativa de derecho público ni podrá el Estado Nacional disponer ventajas en la contratación o en la compra de bienes y servicios, ni priorizar u otorgar beneficios de ningún tipo, alcance o carácter en ninguna relación jurídica en la que intervenga.³³

La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, reformada por la Ley 27742, establece expresamente que no será aplicable a ninguna de las variantes en las que el Estado Nacional tenga, directa o indirectamente, participación total o mayoritaria, en el capital o en la formación de las decisiones societarias. Y agrega que

[l]os entes mencionados en este inciso c), así como el Banco de la Nación Argentina y cualquier otra entidad financiera o bancaria de titularidad del Estado nacional, se regirán en sus relaciones con terceros por el derecho privado. El Jefe de Gabinete de Ministros, previo dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación, podrá, a petición del interesado, someter la controversia al ámbito del derecho público siempre que, para la solución del caso, conforme con el derecho en juego, resulte relevante la aplicación de una norma o principio de derecho público.³⁴

Por su parte, la Ley 27742 establece, en su artículo 23, los principios rectores que deben respetar todas las empresas “con participación estatal total o mayoritaria”, a saber: eficiencia, transparencia, integridad, generación de valor, roles diferenciados, controles eficientes.

31 Artículo 52 del DNU 70/2023.

32 Artículo 48.

33 Artículo 50.

34 Artículo 1°, inc. “c”.

Las reformas legislativas señaladas ponen de manifiesto una clara orientación del ordenamiento jurídico positivo hacia la posibilidad de que el Estado asuma formas empresariales puramente comerciales, orientadas al beneficio y sin ninguna nota propia de derecho público.

5. El conflicto de fines en la empresa pública

Hasta aquí se han expuesto las nociones de “empresa” (objetiva y subjetiva); de empresa “comercial”, guiada y orientada al beneficio o lucro; y de empresa “pública”, abordando en esta última su estatus constitucional, discusiones doctrinarias y el estado actual de la legislación. Es momento de tratar, desde esa plataforma conceptual, el conflicto de fines que porta ínsita la empresa pública.

5.1 El fin del Estado

Partiendo de la base de que el fin del Estado es el bien común, resulta interesante memorar la diferencia entre el *bien común* y el *bien común público*. Bidart Campos (1999) sostenía que

el bien común se refiere a un bien que es común a varias personas, a un grupo, como por ejemplo, el bien de una asociación cultural, o deportiva, o *comercial*, o universitaria. Es común porque pertenece a los miembros de ese grupo, pero es particular porque alcanza únicamente a ellos y a los intereses de ese grupo; y es parcial porque satisface solamente una o algunas necesidades del hombre, y no todas. El bien común que es fin del estado no deja de ser común, en cuanto pertenece al grupo máximo y a sus miembros. Pero es, público, y no particular ni parcial, porque alcanza a todos los hombres que conviven en esa organización política —sin excluir a nadie— y porque satisface *todas las necesidades* de esa convivencia general. (p. 184)³⁵

Este autor señalaba que, en el orden de las normas jurídicas, el fin del Estado —es decir, el bien común público— aparece formulado en la Constitución formal en su preámbulo. En Argentina: afianzar la justicia, promover el bienestar general, asegurar los beneficios de la libertad, consolidar la paz, proveer a la defensa común.

Este bien común público, traducido al derecho administrativo generalmente con el interés público, solo puede escindirse de la voluntad mayoritaria ex-

35 Énfasis agregado.

presada en la Constitución Nacional en regímenes totalitarios. Sostenía Escola (1989) que

en ciertas ocasiones, sobre todo en regímenes políticos de sustancia totalitaria, se suele hablar del interés público “del pueblo” como una totalidad ideal, o de un interés público que es definido y precisado por el gobierno, por la Administración pública, por el Estado, por el partido gobernante, por el monarca, o por el jefe del gobierno, conductor o líder de turno. Después de lo hasta aquí dicho, en seguida se comprende que en tales casos no existe ni se trata de un “verdadero interés público” (...) Podrá hablarse, entonces, de un interés del Estado, del partido, del gobierno, de la Administración pública, pero no de un interés público. (p. 240)

El fin del Estado no puede ser confundido con el interés del gobernante. El bien común *público*, el interés público, no se confunde con los intereses estatales de un Gobierno determinado, sino con ciertos valores comunes expresados en la Constitución Nacional.

5.2 Los fines de las empresas públicas

La actividad empresarial del Estado responde a fines públicos diversos, que se concreta en el ejercicio de empresas diferentes. Ya se ha visto, por ejemplo, que en Argentina la existencia de un banco federal mencionado en la constitución respondía a una tradición local que se remontaba a las primeras experiencias institucionales criollas y a la experiencia comparada con los Estados Unidos; y la presencia de una empresa de correos, a la necesidad acuciante de promover la población y desarrollo de un vasto territorio nacional que solo podía asumir la nación.

Una clasificación posible de fines de las empresas públicas propuesta en la doctrina las engloba en cinco grandes grupos: a) empresas para gestionar servicios públicos, por motivos sociales, redistributivos o económicos; b) empresas que operan para contribuir al desarrollo económico del país actuando en sectores productivos estratégicos, a fin de evitar estrangulamientos en puntos críticos para el desenvolvimiento del proceso de desarrollo; c) empresas para regular la estructura del mercado, quebrantando formaciones monopolísticas y oligopolísticas o estabilizando el mercado operando sobre el mecanismo de los precios; d) empresas que actúan con fines innovativos político-sociales, como el empleo de los recursos naturales locales; e) empresas cuya actuación va dirigida a garantizar una equilibrada disponibilidad de bienes y servicios en las diferen-

tes regiones y para conseguir la elevación de las condiciones económicas de las áreas en depresión (Rivero Ysern, 1978, p. 14).

Si bien la decisión de crear una de estas instituciones tiene carácter discrecional,

hay criterios jurídicos que condicionan la creación de empresas públicas. Para empezar, la iniciativa pública empresarial, como cualquiera otra intervención pública, *no es un fin en sí mismo*, sino un instrumento para la consecución de tareas de interés general. En consecuencia, la empresa pública es legítima, si está suficientemente justificada, lo que generalmente *solo se producirá ante fallos del mercado*. (Laguna de Paz, 2016, pp. 409-410)³⁶

Esta referencia a las fallas de mercado no resulta menor, pues remite a la figura que justifica actualmente en la doctrina al servicio público, y ello coincide con la posición de, entre muchos otros, Tomás Ramón Fernández Rodríguez (1965), quien señaló que la primera gran distinción que debe realizarse en las empresas públicas es entre aquellas destinadas a la prestación de servicios públicos y las que sirven a fines de política económica.³⁷

Señala este autor que la empresa pública

aparece como una técnica al servicio de la Administración para la consecución de fines diversos, y de este modo se coloca junto a las tres clásicas formas de actividad administrativa: policía, fomento y servicio público, sin adscribirse particularmente a ninguna de ellas, en tanto que tiene sustantividad propia y tan acusada que del mismo modo que la policía caracterizó una época de la evolución del Estado moderno, esta califica hoy de forma peculiar a la Sociedad y a la administración actuales. *La empresa pública, en cierto aspecto, es una forma de gestión de los servicios públicos, como el servicio público*, desde un cierto ángulo, presenta un cariz de policía, pero su principal significado hay que reconducirlo a unos principios propios, que son los que le dan trascendencia social, económica y jurídica. (Fernández Rodríguez, 1965, p. 99)³⁸

36 Énfasis agregado.

37 Señalaba el autor: “Es cierto que en las empresas de este último grupo también existen componentes públicos en sus fines institucionales, pero lo es igualmente que su intensidad no es determinante como en las empresas de servicios públicos. Una empresa pública que viene a cubrir un vacío o un defecto en un determinado sector de la industria privada debe comportarse en principio como una empresa privada, a la cual en realidad está sustituyendo. Tiene, no obstante, fines o intereses públicos que atender, que deberán de tenerse en cuenta a la hora de valorar su eficacia, configurar su estructura o establecer su disciplina en el marco del sector público, pero fundamentalmente su comportamiento deberá ajustarse a las reglas de las empresas privadas que realizan actividades semejantes. La naturaleza de su actividad la obliga a “jugar el juego de las actividades económicas” (Fernández Rodríguez, 1965, pp. 101-102).

38 Énfasis agregado.

Esta divisoria de aguas entre empresas públicas creadas para “superar fallas del mercado” y asociadas a servicios públicos, que actúan como privados, y aquellas que se refieren a “política económica”, más vinculadas a necesidades estratégicas de soberanía nacional, es completamente compatible con el diseño constitucional argentina inicial. El correo, así, bien podría responder al primer grupo de empresas; mientras que el banco federal, al segundo.

5.3 Razonabilidad de la creación de las empresas públicas. Superposición de fines con otros institutos de derecho público. Empresa pública y servicio público

Los fines del Estado tienen una diferencia esencial con los fines de los particulares. La iniciativa individual se ampara en la libertad consagrada por el artículo 19 de la Constitución Nacional y se encuentra tutelada por los derechos de propiedad protegidos en los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional. Los individuos no deben dar cuenta de sus motivaciones personales. En cambio, por el mismo artículo 19 y el principio de competencia, los fines del Estado (más precisamente de la Administración) son verificables por el ordenamiento jurídico, de cumplimiento obligatorio y las autoridades están obligadas a dar cuenta de sus actos. De allí se deriva, entonces, que mientras la iniciativa privada es un derecho con protección constitucional, la iniciativa empresarial pública sólo será válida si se motiva y justifica suficientemente.³⁹

Desde esta postura, es posible confrontar la creación de empresas públicas con el principio de razonabilidad derivado del artículo 28 de la Constitución. Se trata de un principio que supone diversos juicios o subprincipios, como la “adecuación”, la “necesidad” y la “proporcionalidad en sentido estricto” (Cianciardo, 2004). Desde otra óptica, se traduce en la elección de la alternativa más racional (aspecto técnico) y más justa o equitativa (aspecto valorativo) de todas las posibles para obtener el fin deseado. Pero, evidentemente, la razonabilidad de un acto estatal no puede ser juzgada en abstracto, sino en una situación concreta, y en ella intervienen tanto la percepción social dominante sobre la relación entre la sociedad y el Estado (el contexto histórico e ideológico del caso) como las circunstancias concretas en las que se produce la intervención

39 “Existe, pues, una sustancial diferencia entre la iniciativa privada y la pública. La primera es expresión de un derecho fundamental, mientras que la segunda no es expresión de derecho alguno, sino un instrumento para la consecución de tareas de interés general, siempre que sea necesaria y proporcionada. En consecuencia, la iniciativa pública empresarial sólo es legítima si está suficientemente justificada, lo que generalmente sólo se producirá ante fallos del mercado” (Laguna de Paz, 2016, p. 229) (énfasis agregado).

estatal, es decir, de normalidad o de crisis (contexto histórico fáctico) (Rosatti, 2011, p. 191).

Si se vuelve a las finalidades previamente sintetizadas en este punto y se confronta a las empresas públicas con otros medios de intervención económica, se advierte que la figura cae de una u otra manera en el terreno de institutos del derecho público que tienen un contenido dogmático más consolidado.

Por un lado, la utilización de la empresa para incentivar las condiciones de mercado y cierta disponibilidad de bienes, o regular su estructura y condiciones, implica una superposición con el poder de policía (específicamente, la regulación de la defensa de la competencia) y el fomento y/o las ayudas públicas.

La razonabilidad de recurrir a la empresa pública para la contención de precios puede ser, asimismo, dudosa: si los precios son altos, pero acordes al repago de la inversión o las leyes de la oferta y demanda, la contención implica fijar precios accesibles, pero políticos, por una vía elíptica; si son altos y se pretende convalidar ese precio, lo que se busca es instaurar un monopolio, lo cual implica un solapamiento de la empresa pública con el servicio público.

A su vez, la utilización de empresas públicas para mejorar ciertas condiciones laborales u obtener información de los costos de algunas empresas del mercado, supone la creación de empleados privilegiados en el sector público o pasar por alto las técnicas informativas de la policía (Saraceno, 1970, p. 360).

Tal vez, el principal fundamento que obsta al empleo de la empresa pública para seguir todas esas finalidades radica en que las empresas, por definición, persiguen un propósito de lucro, una finalidad de beneficio para el empresario, la intención de obtener ganancias. Y lo cierto es que la búsqueda de fines por medio de instrumentos que no tienden a ellos implica un incumplimiento al principio de razonabilidad referido.

Para lograr un adecuado sinceramiento entre medios y fines, debemos preguntarnos: ¿es viable concebirse una empresa pública como un mero vehículo generador de recursos para el Estado?

Como se ha señalado con anterioridad, el texto de la Constitución lo permitiría, y el propio Alberdi creía que el correo debía ser una fuente de recursos estatales. Pero no puede perderse de vista que, al mencionarse las rentas del correo en el artículo 4° de la Constitución Nacional, se hace referencia a una actividad que el propio Alberdi y los primeros constitucionalistas consideraban como “servicio público”. La generación de esos recursos, así, no tenía por finalidad un “rédito” en favor del Estado, sino solventar la prestación de ese servicio.

En cambio, los recursos del Tesoro se generan, a grandes rasgos, por los ingresos tributarios, la deuda pública y la emisión monetaria.⁴⁰ De esta manera, se caería nuevamente en la utilización de la empresa pública como un medio de reemplazo de técnicas específicas más apropiadas. En un extremo irreal, pero gráfico, no sería admisible concebir un Estado volcado puramente a la de obtención de ganancias o al ahorro. Sostenía Bidart Campos (2002), en ese sentido, que la eficiencia económica no es un fin en sí mismo,

porque la finalidad del sistema económico —que, por supuesto, debe ser eficaz— estira su horizonte hacia lo ya tan insistido: hacer efectivos los derechos y las instituciones de la Constitución. Al sistema económico hay que hacerle rendir el máximo resultado exitoso, con un “para” que emigra del espacio económico y se dirige hacia el bienestar efectivo de las personas. Estas son quienes han de participar del interés económico general porque este interés, aun de conceptualización ambigua, tiene como destino el aprovechamiento social. (punto 5)

Descartados los tributos, la policía y el fomento, el único instituto que aparece íntimamente vinculado a la empresa pública es el servicio público. Es decir, la actividad prestacional del Estado que se ha justificado, precisamente, en las fallas del mercado. Desde esta óptica, la complementariedad de los institutos parece evidente: la empresa pública sería la técnica que se ajusta al servicio público en aquellos casos en que se decide la prestación directa por parte del Estado.

Este posicionamiento de la empresa pública en el terreno de los servicios públicos merece dos observaciones.

En primer lugar, el peligro de esta asociación viene dado por la naturaleza garantística del instituto del servicio público. De admitirse que la empresa pública y el servicio público se encuentran íntimamente vinculados, debe llamarse la atención del riesgo que supondría permitir, por esta vía, la publicación de actividades sin la garantía que supone la *publicatio* por ley formal del Congreso.⁴¹

En segundo término, la justificación constitucional de la empresa pública dentro de la técnica del servicio público deja fuera otras realidades, otro tipo de empresas que existen y han existido en nuestro ordenamiento íntimamente vinculadas a la pura soberanía estatal. Es el caso de la actividad bancaria previa-

40 Se opta aquí, por la tipología más sencilla que sigue Jarach (1999, p. 57) y se excluyen la venta de bienes y servicios y las penas pecuniarias. Una clasificación omnicompreensiva puede verse en Rosatti (2011, pp. 106-107).

41 “La justificación de la gestión directa de una determinada actividad no se encuentra en el requisito

mente señalada, comprometida en la necesidad de la emisión de una moneda nacional.

5.4 Compatibilidad del lucro con los fines de la empresa pública

La empresa pública debe perseguir, en la medida de lo posible, el máximo beneficio; al mismo tiempo, la titularidad por parte del Estado se justifica en cuanto, mediante su ejercicio, se consigan finalidades de interés general. Sostener que debe perseguirse el beneficio hasta que no contraste con las finalidades de interés público que se quieren conseguir tiene solo valor descriptivo y no exige de indagar si no puede darse una explicación mejor del fenómeno (Ottaviano, 1970, p. 271) ¿Cómo es posible conciliar estas dos finalidades opuestas?

Creemos que existen tres vías que compatibilizan la finalidad de lucro o beneficio de la empresa comercial con los fines estatales en aquellos casos en que éstos son legítimos. Es decir, cuando se ha recurrido a la empresa pública por un motivo válido y razonablemente aceptado por el ordenamiento constitucional.

1. Reconocer el concepto subjetivo de empresa

Como ya se ha dicho, el fin es el objetivo buscado o pretendido por alguien y lo que le da sentido en última instancia a algo. Si se asume que la empresa es una actividad, un objeto, un conjunto de factores organizados, la única persona que puede tener la *voluntad y el propósito* de lucrar es el sujeto empresario que titulariza esa actividad. En esta hipótesis, el lucro es lo que le da sentido y razón de ser a esa organización y esta no puede existir fuera de ese propósito. En cambio, si se la concibe como un sujeto de derecho, con capacidad de formar una voluntad diferente al empresario, ésta puede tener un propósito (de lucro) diferente al que tiene el Estado (el bien común público).

Esto implica erradicar completamente la posibilidad de que existan figuras como las “empresas propias” del derecho español, *en régie* del derecho francés, o *Regiebetrieb* del derecho alemán, estructuras empresariales sin perso-

previo de que se haya declarado su carácter de servicio público. Es decir, la administración inicia una actividad económica sin *el compromiso –político y jurídico– que comporta su declaración previa de servicio público*; de donde surge la disociación de servicio público y prestación administrativa. Es por esto que la expresión servicio público viene a ser sustituida, cuando tiene carácter económico, y la Administración asume el riesgo de su explotación, por el concepto de *Empresa pública*” (Garrido Falla, 1968, p. 120) (énfasis agregado).

nalidad jurídica propia y estructurados dentro de la Administración general con poder de imperio frente al mercado (tasas, procedimiento de apremio, etc.) (Villar Palasí, 1950, p. 91).

Al reconocer esta personalidad jurídica, cobra relevancia la llamada “neutralidad” de la empresa frente a los “fines extrasociales”, que debe ser garantizada mediante la autonomía e independencia del ente. En efecto, si al mismo tiempo que se reconoce la existencia de una persona jurídica diferente se cae en la definición subjetiva de empresa pública por el grado de control estatal sobre ese ente, la autonomía podría quedar desdibujada. En la actualidad, el inciso “b” del artículo 8 de la Ley 24156 y las definiciones de empresa pública que provienen de la Ley 27742 han adoptado la doctrina del control predominante que proponen Barra (2006) o Dromi (1983).

Para sortear la dificultad del “sujeto jurídico” diferente y lograr superar la mera ficción conceptual prevista en una norma, proponemos como estándar que el grado de autonomía debe ser tal que *invierta la regla de la competencia por la de la libre iniciativa amparada por el artículo 19 de la Constitución Nacional*.

La discusión de los fines, entonces, se traslada a la de la autonomía real y efectiva de la empresa pública y las garantías para protegerla. Al resguardar esa independencia, se permite que esta sea un “sujeto de derecho” real y no meramente declarativo y que persiga fines diferentes al Estado. Existen, por lo menos, tres niveles o técnicas de protección de tal autonomía: i) el propio reconocimiento de la personalidad jurídica; ii) un vínculo apropiado entre el Estado y la unidad de negocios que impida un nexo estrecho entre ambos; y iii) la constitución del vehículo societario que, por definición, mejor representa a la gestión capitalista: la sociedad anónima privada, en la cual el Estado es solo un accionista que concurre con otros sujetos en la formación de la voluntad y delega en un directorio independiente la gestión diaria del capital (Saraceno, 1970, p. 365).

Este último es el camino que comenzó a transitar el Decreto 70/2023, que ordenó la transformación de todas las empresas públicas en sociedades anónimas. Por ejemplo, como ya se ha señalado previamente, la posibilidad de que el Banco de la Nación Argentina fuese una sociedad anónima se encuentra expresamente reconocida por la primera doctrina constitucional (ver nota al pie 20)

2. Distinguir entre los fines primarios y los secundarios del ente

Ante la indudable necesidad de que exista un fin de lucro o beneficio en la empresa pública,

quizás sea mejor considerar en relación con los entes públicos un fin doble, uno instrumental y otro finalista, y admitir que la actividad es pública aunque el ánimo instrumental sea de lucro patrimonial, cuando el ánimo finalista es la satisfacción de un interés público. (Lessona, 1970, p. 188)

De acuerdo con este criterio, el objeto primario de la empresa pública debe ser el lucro y la obtención de ganancias, aún cuando, de forma instrumental, ese propósito quede al servicio de una finalidad de interés público válidamente reconocida por la Constitución Nacional.

En ese orden, la multiplicidad de fines se ha puesto de manifiesto al señalar que algunas actividades empresariales, que por definición son lucrativas, también impactan y tienen un relieve público, en la medida en que el sólo desarrollo de la actividad en sí mismo es valioso. Se ha dicho, así, que

la empresa pública da lugar a una hipótesis distinta de la del servicio público, en el cual existe un interés directo del Estado en producir las ventajas que se ofrecen a los ciudadanos. En el caso de la empresa pública, por el contrario, se da un fenómeno análogo al de los entes privados de interés público, ya estudiado por la doctrina, es decir, al de aquellos entes que *persiguen fines privados, pero cuya actividad tiene relieve público, en el sentido de que intenta satisfacer el interés público ligado con el desarrollo de aquella actividad*. (Ottaviano, 1970, p. 272)⁴²

3. Redefinir la noción de lucro o beneficio empresarial

En esta tercera vía, sin caer en el lugar común criticado por Ariño Ortiz y defender la “rentabilidad social”, cabría preguntarse nuevamente cuál es el beneficio o lucro en una empresa en general y en una pública en particular.

a. Una primera posibilidad es asumir que el lucro que justifica una empresa comercial no es el que permite —necesariamente— la obtención de una ganancia, sino que basta con aquel que mantiene el valor del capital o lo incrementa sin distribuir dividendos, organizando los medios de producción para alimentarse con sus propios ingresos. En ese sentido, se ha señalado que no es la

idoneidad de la actividad económica organizada para obtener una ganancia —es decir, para producir ingresos *superiores* a los costes de producción— la que se ha juzgado coesencial al concepto de empresa, sino, más limitadamente, la idoneidad de la misma para *cubrir los costes de producción*. A la luz de este criterio, se ha negado la condición de empresario a los entes públicos de “protección social” (...) porque se proveen del capital de gestión de distinta manera que con la retri-

42 Énfasis agregado.

bución de sus servicios, que prestan gratuitamente o, en cualquier caso, por un precio manifiestamente insuficiente para cubrir su coste de producción. El ejercicio de la actividad económica comporta aquí la aplicación “a fondo perdido” de la provisión financiera del ente, que debe ser constantemente alimentada por otras fuentes, tales como la ayuda financiera del Estado o la exacción de contribuciones obligatorias. De este modo, la noción de empresa teorizada por la economía clásica no viene juzgada como jurídicamente relevante: empresa en sentido técnico-jurídico es, más bien, lo que los economistas definen como “hacienda de producción”, en antítesis con “hacienda de distribución”, es decir, aquella actividad económica *que se alimenta con sus propios productos y tiende a conservar invariable, en lugar de distribuirlo, el capital empleado*. (Galgano, 1970, p. 263)⁴³

b. Desde otra perspectiva, en una economía de mercado, la empresa privada garantiza eficiencia en la producción, mientras que la acción pública puede organizarse para: i) suplir la incapacidad de la empresa privada para usar plenamente los recursos y así promover el desarrollo económico, y ii) proteger fuerzas sociales que podrían ser perjudicadas por fallas del mercado, buscando restablecer la competencia. En el primer caso, el Estado afronta actividades que no interesan a los privados y no espera beneficios; cuando hay rentas superiores a la retribución normal del capital, se reduce el aporte estatal. En el segundo caso, la empresa pública fija precios para usar al máximo su capacidad y sólo retribuir el capital invertido, sin ánimo de lucro en el sentido comercial indicado. Si obtiene beneficios superiores, estos se destinan a bajar precios en fines anti-monopolísticos o a disminuir el aporte estatal en actividades sin posibilidad de beneficio (Saraceno, 1970, pp. 370-372).

El denominador común de esta redefinición del lucro se traslada a la distribución de dividendos. Los estatutos de las empresas públicas, para compatibilizar lucro y fin público, deberían contener un régimen de distribución de dividendos diferenciado de las sociedades anónimas privadas, regulando la forma en la que el Estado reinvierte las utilidades para reducir precios hasta que el mercado en cuestión se vuelva competitivo.

6. Síntesis

Tras las aparentes contradicciones de la empresa pública y su sentido, subyace un conflicto de fines: interés público y beneficio privado o lucro.

Puede sostenerse que existen dos tipos de lucro: el subjetivo, que es el pro-

43 Énfasis agregado.

pósito de lucro del empresario o titular de la empresa de obtener ganancias con ella, y el objetivo, que es la producción de ganancias por parte de la misma empresa. Esta bifurcación permite hablar de la “neutralidad” de la empresa frente al accionista y sus fines y diferenciar las voluntades de ambos.

La empresa, en general, puede ser concebida en términos objetivos como una actividad u organización de factores para desarrollar una actividad económica o, subjetivamente, como un sujeto de derecho que despliega esa actividad. Pero, en concreto, el ordenamiento argentino repele la concepción objetiva que impide darle autonomía y voluntad propia. Si no se asume a la empresa pública como una persona, se le veda la posibilidad de perseguir un propósito de lucro individual y diferente al interés público del accionista estatal. Por ende, solo asumiendo un concepto subjetivo de empresa se puede autonomizar la finalidad de beneficio.

Podría hablarse de un estatuto constitucional de la empresa pública argentina. La letra y el espíritu de la Constitución Nacional permiten sostener que en nuestro ordenamiento siempre existieron “empresas de utilidad nacional” (artículo 4° de la Constitución Nacional). Si los correos podían concebirse como una de tales empresas de utilidad nacional y sus rentas formaban parte del tesoro, puede concluirse que el constituyente originario previó la posibilidad de que las rentas de esas empresas conformen sus recursos. Desde allí, nada prohíbe que el Estado se haga de recursos por medio de una empresa pública en la medida en que, como principio, no destine los fondos a solventar otro tipo de gastos. No obstante, el espíritu liberal de la Constitución, ratificado en esencia por la Reforma de 1994 con los matices ya analizados, siguen posicionando al Estado en una actuación subsidiaria y principalmente reguladora, librando el ejercicio del comercio a la iniciativa privada.

Esta responde a los derechos de propiedad y al ámbito de libertad individual, en tanto la iniciativa pública debe ser justificada por el principio de legalidad y competencia (artículo 19). Por ello, el mismo estatuto constitucional de la empresa pública se rige por el principio de razonabilidad (artículo 28), que exige adoptar medios válidos que tiendan a los fines declarados.

El instituto bajo estudio, como ha sido utilizado en general históricamente, se superpone con otros institutos de derecho público con contenido dogmático más arraigado: policía, servicios públicos, fomento y tributos. Singularmente lo hace con el servicio público. Al confrontarla con el principio de razonabilidad, se observa que la empresa comercial, por definición, persigue un propósito de beneficio para el empresario, la finalidad de obtener ganancias. En esas condi-

ciones, si el Estado usa un instrumento destinado a lucrar con un fin distinto (ejercer la policía, el servicio público, el fomento o la recaudación), compromete el principio de razonabilidad.

Si bien no es contrario a la Constitución que el Estado pretenda obtener recursos por medio de estas empresas, las cláusulas constitucionales analizadas y la noción misma de Estado dejan esta opción como una alternativa excepcional.

A su vez, al yuxtaponer la empresa pública con el servicio público, se observan posiciones doctrinarias que encontraban el sentido del empresariado estatal en la ausencia de un mercado competitivo. Esto permite diferenciar dos grandes tipos de empresas públicas: aquellas que se encuentran involucradas y prestan un servicio público y las que tienden al desarrollo económico o se vinculan con fines de política económica. Ambas estaban presentes en la Constitución Nacional de 1853 y su práctica (el Correo como “servicio público”, y los bancos, vinculados a la emisión de moneda).

Es mucho más factible y posible compatibilizar el lucro con el primer tipo de empresas que con el segundo. Se encuentra allí una justificación razonable para el instituto. En el segundo caso, la finalidad de la política económica es menos contrastable con la eficiencia y obtención de beneficios.

En ambos casos, para armonizar este instituto con el propósito de lucro comercial, se debe:

1. Reconocer la autonomía de la empresa, lo cual exige admitir que son sujetos de derecho independientes con garantías funcionales y formalizarlos por medio de un vehículo societario idóneo. El grado de autonomía debe ser tal que invierta la regla de la competencia por la regla de la libre iniciativa. La forma societaria más óptima para ello parece ser —por el momento— la sociedad anónima.
2. Admitir la posibilidad de que tanto la empresa como el Estado tengan fines principales e instrumentales sin que prime el interés público sobre todos los demás. La obtención de recursos estatales por medio de una empresa pública es válida, pero de excepción.
3. Redefinir el concepto de lucro para las empresas públicas, regulando diferencialmente la distribución de dividendos y admitiendo que también puede existir un beneficio en el mantenimiento o incremento del valor del capital invertido o en la reducción de los costos de producción y precios. A su vez, el régimen de distribución señalado debe permitir al Estado reinvertirlos y, al mismo tiempo, a los socios privados de la empresa pública, retirarlos con fines de lucro individuales ajenos al accionariado estatal.

Un trabajo de campo que analice los estatutos de diferentes empresas públicas a la luz de estos principios sería de gran utilidad.

7. Conclusiones

En el ordenamiento jurídico argentino existe un estatuto constitucional de la empresa pública, concebida principalmente para la prestación de servicios públicos y, de manera excepcional, para fines de política económica. Para no colisionar con los artículos 14, 17, 19, 28 y 42 de la Constitución Nacional —que consagran la propiedad, la iniciativa privada y la razonabilidad—, el Estado debe justificar la excepcional creación de empresas públicas y evitar superponerlas con otros institutos de derecho público.

El interés público del Estado puede ser compatible con el beneficio y el propósito de lucro propios del comerciante, en la medida en que la instrumentación de la empresa pública se base en tres principios esenciales: 1) el reconocimiento de personalidad jurídica, autonomía e independencia tal que invierta la regla del artículo 19 de la Constitución y se instrumente mediante la adopción de la sociedad anónima o afines; 2) el establecimiento de un régimen de utilidades y dividendos distinto al de las sociedades anónimas sin participación estatal, que permita diferenciar a los accionistas privados de los estatales (estos últimos podrían optar por no retirar dividendos); 3) la admisión de fines principales y secundarios tanto en el Estado —quien puede obtener legítimamente recursos de una empresa pública— como en la empresa —que puede procurar válidamente el lucro como medio indirecto para satisfacer un interés general—.

Bibliografía

- Ackerman, M., Ferrer, F., Piña, R. G. y Rosatti, H. (2012). *Diccionario Jurídico* (Tomo I). Rubin-
zal Culzoni.
- Alberdi, J. B. (1854). *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina*. [https://www.
hacer.org/pdf/sistema.pdf](https://www.hacer.org/pdf/sistema.pdf)
- Ariño Ortiz, G. (1981). La empresa pública. En Garrido Falla, F. (Coord.), *El modelo económico
en la Constitución española* (Vol. 2, pp. 13-234). Instituto de Estudios Económicos.
- Aristóteles. (1875). *Metafísica* (Ed. de P. de Azcárate). Medina y Navarro Editores. [https://www.
filosofia.org/cla/ari/azc10151.htm](https://www.filosofia.org/cla/ari/azc10151.htm)
- Barra, R. (2006). *Tratado de derecho administrativo* (Tomo III). Ábaco.

- Bielsa, R. (1964). *Tratado de derecho administrativo* (6ª ed., Tomo I). La Ley.
- Bidart Campos, G. (1999). *Lecciones elementales de política* (5ª ed.). Ediar.
- Bidart Campos, G. (2002). *La Constitución económica (un esbozo desde el derecho constitucional argentino)*. La Ley.
- Cabanellas de las Cuevas, G. (2018). La concepción de la empresa en el análisis económico del derecho y su impacto sobre el derecho privado. *Revista de derecho comercial*, 10, ps. 3-46.
- Cassagne, J. C. (2024). *Curso de Derecho Administrativo* (Tomo I). La Ley-Thomson Reuters.
- Cianciardo, J. (2004). *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Ábaco.
- Comadira, J. R. y Escola, H. (2012). *Curso de derecho administrativo* (Tomo I). Abeledo Perrot.
- Dalla Via, A. R. (2015). *Derecho Constitucional Económico* (3ª ed.). Abeledo Perrot.
- Dromi, J. (1983). *Derecho administrativo económico* (Tomo I). Astrea.
- Escola, H. (1989). *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Depalma.
- Fernández Rodríguez, T. R. (1965). Notas para un planteamiento de los problemas actuales de la empresa pública. *Revista de Administración Pública*, 46, 95-122.
- Fontanarrosa, R. O. (2001). *Derecho Comercial Argentino* (Tomo I). Zavalia.
- Garrido Falla, F. (1968). La empresa pública en el derecho español. *Revista de Derecho Privado*, LII, 117-127.
- Galgano, F. (1970). Sobre la estructura técnico jurídica del concepto de empresario público. En Verdera y Tuells, E. (Ed.), *La empresa pública* (pp. 257-276). Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia.
- Gelli, M. A. (2015). *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada* (4ª ed.). La ley.
- Giannini, M. S. (1970). Actividades económicas públicas y formas jurídicas privadas. En Verdera y Tuells, E. (Ed.), *La empresa pública* (pp. 99-115). Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia.
- González Calderón, J. (1943). *Curso de Derecho Constitucional*. Kraft.
- González, J. V. (1950). *Manual de la Constitución Argentina* (24ª ed.). Ángel Estrada.
- Gordillo, A. (2014). *Tratado de Derecho Administrativo* (Tomo IX). Fundación de Derecho Administrativo. <https://www.gordillo.com/tomo9.php>
- Halperin, I. (1969). El concepto de sociedad en el proyecto de ley de sociedades comerciales. *Revista del Derecho Comercial de las Obligaciones*, 2(7), pp. 265-277.
- Halperin, I. (1974). *Sociedades anónimas*. Depalma.
- Halperin, I. (2000). *Curso de Derecho Comercial* (4ª ed., Tomo I). Depalma.
- Jarach, D. (1999). *Finanzas Públicas y Derecho Tributario* (3ª ed.). Abeledo Perrot.
- Laguna de Paz, J. (2016). *Derecho Administrativo Económico*. Tirant lo Blanch.
- Lessona, S. (1970). Líneas generales sobre la empresa pública. En Verdera y Tuells, E. (Ed.), *La empresa pública* (pp. 172-187). Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia.
- Linares, J. F. (1986). *Derecho Administrativo*. Astrea.
- Mairal, H. A. (2010). El Estado como empresario. En Piaggi, A. I. (Dir.), *Tratado de la empresa* (Tomo II A, pp. 590-632). Abeledo Perrot.
- Marienhoff, M. S. (2011). *Tratado de Derecho Administrativo* (5ª ed.). Abeledo Perrot.
- Martín-Retortillo, S. (1961). Las empresas públicas: reflexiones del momento presente. *Revista de Administración Pública*, 26, 63-132.

- Ottaviano, V. (1970). Sometimiento de la empresa pública al derecho privado y exigencias conexas con los fines públicos que mediante el ejercicio de la empresa se quieran conseguir. En Verdera y Tuells, E. (Ed.), *La empresa pública* (pp. 265-281). Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia.
- Real Academia Española. (s.f.). *Diccionario de la lengua española* (24 ed). <https://dle.rae.es>
- Richard, E. H. y Muiño, O. M. (2004). *Derecho societario* (5ª ed.). Astrea.
- Rivero Ysern, E. (1978). Derecho público y Derecho privado en las organizaciones y actividad de las empresas públicas. *Revista de Administración Pública*, 86, 11-52. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1098001>
- Rosatti, H. (2011). *Tratado de derecho constitucional* (Tomo II). Rubinzal-Culzoni.
- Rosatti, H. (2025). *Tratado de derecho constitucional* (Tomo I). Rubinzal-Culzoni.
- Saraceno, P. (1970). *El fin del beneficio en las empresas públicas de producción*. En Verdera y Tuells, E. (Ed.), *La empresa pública* (pp. 357-371). Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia.
- Varangot, C. J. (1970). La empresa pública en la República Argentina. En Verdera y Tuells, E. (Ed.), *La empresa pública* (pp. 1807-1822). Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia.
- Villar Palasi, J. L. (1950). La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo. *Revista de Administración Pública*, 3, 53-129.
- Zunino, J. O. (2004). *Régimen de Sociedades Comerciales*. Astrea.

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.

HACIA UNA PROTECCIÓN MULTINIVEL DEL DESPLAZAMIENTO FORZADO POR CAUSAS AMBIENTALES

Jairo Enrique Lucero-Pantoja

Facultad de Derecho, Universidad de Tarapacá

jelucerop@academicos.uta.cl

<https://orcid.org/0000-0001-7656-3641>

Juliana Salome Díaz-Pantoja

Facultad de Derecho, Universidad de Tarapacá

jsdiazp@academicos.uta.cl

<https://orcid.org/0000-0002-5213-2262>

<https://doi.org/10.26422/RJA.2025.0602.luc>

Recibido: 31/07/2025

Aceptado: 08/10/2025

Resumen

El desplazamiento ambiental representa uno de los principales desafíos jurídicos del siglo XXI, al tensionar los marcos tradicionales de protección internacional. Es en este contexto que el presente artículo examina los vacíos normativos existentes en el derecho internacional frente a las personas desplazadas por causas ambientales, quienes no se acoplan en la definición clásica de “refugiado” establecida por la Convención de 1951. Se argumenta que el enfoque actual es insuficiente, pues ignora la multidimensionalidad del fenómeno y su vínculo con los derechos humanos, el cambio climático y la justicia ambiental. De esta forma, a través de un análisis crítico de fuentes normativas, doctrina especializada y pronunciamientos de órganos internacionales, especialmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Opiniones Consultivas 23 de 2017 y 32 de 2025) y los comités de Derechos Humanos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, el trabajo propone una mirada multinivel de protección que articule el derecho internacional de los derechos humanos con el derecho internacional ambiental. Asimismo, se identifica la evolución del principio de no devolución en contextos de degradación ambiental severa, riesgos graves derivados de fenómenos climáticos y las garantías internacionales especiales hacia poblaciones en mayor grado de vulnerabilidad

como los niños, niñas y adolescentes. El artículo concluye que el desplazamiento ambiental debe abordarse como un fenómeno complejo que requiere una respuesta jurídica integrada y basada en los derechos humanos que reconozca el derecho de las personas desplazadas por causas ambientales a permanecer, transitar o reubicarse con dignidad y seguridad.

Palabras clave: desplazamiento ambiental, cambio climático, refugio, protección multinivel.

Towards Multilevel Protection from Forced Displacement Due to Environmental Causes

Abstract

Environmental displacement represents one of the main legal challenges of the XXI century, as it strains traditional frameworks of international protection. It is in this context that this article examines the regulatory gaps that exist in international law with regard to persons displaced by environmental causes, who do not fit the classic definition of refugee established by the 1951 Convention. It argues that the current approach is insufficient, as it ignores the multidimensional nature of the phenomenon and its link to human rights, climate change, and environmental justice. In this way, through a critical analysis of normative sources, specialized doctrine, and pronouncements by international bodies, especially the Inter-American Court of Human Rights (Advisory Opinions 23 of 2017 and 32 of 2025) and the UN Committees on Human Rights and Economic, Social and Cultural Rights, the paper proposes a multilevel approach to protection that articulates international human rights law with international environmental law. It also identifies the evolution of the principle of non-refoulement in contexts of severe environmental degradation, serious risks arising from climate phenomena, and special international guarantees for the most vulnerable populations, such as children and adolescents. The article concludes that environmental displacement must be addressed as a complex phenomenon that requires an integrated, human rights-based legal response that recognizes the right of people displaced by environmental causes to remain, transit, or relocate with dignity and security.

Key words: environmental displacement, climate change, refuge, multilevel protection.

1. Introducción. Desplazamiento ambiental y crisis climática¹

La crisis climática contemporánea ha revelado con crudeza sus efectos transversales sobre las sociedades humanas, generando múltiples formas de afectación ambiental que han provocado movimientos poblacionales inéditos en escala, intensidad y frecuencia. El desplazamiento ambiental, entendido como la movilidad humana causada directa o indirectamente por fenómenos ambientales, representa uno de los mayores desafíos jurídicos y humanitarios del siglo XXI. Las transformaciones ecológicas provocadas por la degradación del ambiente, el aumento de la temperatura global, la desertificación, las inundaciones, los incendios y la pérdida de ecosistemas esenciales no solo alteran los territorios, sino que también amenazan condiciones mínimas de existencia para millones de personas (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [Comité DESC], 2025, § 1-2; Intergovernmental Panel on Climate Change, 2023, p. 7).

Si bien los movimientos migratorios por razones ambientales no son un fenómeno nuevo en la historia de la humanidad, lo que sí resulta inédito es su origen antropogénico y su carácter global. Esta particularidad ha llevado a la literatura académica a reconocer el paso del Holoceno al Antropoceno como un nuevo marco epistémico que pone en evidencia la responsabilidad humana en la generación de estos desastres (Coddou y Tapia, 2022; Lucero y Díaz, 2022, p. 225). En este contexto, el desplazamiento por causas ambientales emerge como un fenómeno multicausal y transversal, cuya comprensión exige superar las categorizaciones tradicionales de la movilidad humana, tales como migrante económico, desplazado o refugiado (Salinas, 2020, p. 32).²

Uno de los principales obstáculos para la protección efectiva de las personas desplazadas por motivos climáticos es la falta de una categoría jurídica internacional que les otorgue reconocimiento y garantía de derechos. El desplazamiento ambiental se caracteriza por su naturaleza difusa, tanto en términos de causas como de consecuencias, lo que dificulta su adecuación en los marcos

1 Financiado por los proyectos Fondecyt No. 11241049 de la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo de Chile y UTA-Mayor N° 17/2024 de la Universidad de Tarapacá.

2 El Consejo de Derechos Humanos de la ONU, ya en 2009, establecía que existían “cinco situaciones relacionadas con el cambio climático y la degradación del medio ambiente que dan lugar a desplazamientos: (a) el aumento de los desastres hidrometeorológicos como huracanes, inundaciones o el desprendimiento de fango; (b) la degradación medioambiental gradual y desastres que comienzan poco a poco como la desertificación, el hundimiento de zonas costeras o el aumento de la salinización de aguas subterráneas y suelos; (c) el “hundimiento” de pequeños Estados insulares; (d) la reubicación forzosa de personas de zonas de riesgo elevado, y (e) la violencia y los conflictos armados que se desatan debido a la escasez cada vez más pronunciada de recursos necesarios como el agua o tierras habitables” (§ 56).

jurídicos vigentes (Lucero y Díaz, 2022, pp. 226-227). En particular, la ausencia de voluntad persecutoria, la dispersión geográfica y temporal de los efectos y la multicausalidad de los desplazamientos hacen que este tipo de movilidad humana no encaje fácilmente dentro del régimen jurídico internacional del refugio.

En esta medida, el presente artículo se propone analizar críticamente la insuficiencia del régimen de protección internacional vigente, en particular la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, para responder de manera adecuada a las nuevas formas de desplazamiento humano derivadas del cambio climático.

Para ello, el trabajo se estructura en cinco apartados. El primero ofrece una introducción general al problema jurídico, destacando el nexo entre la crisis climática y las nuevas formas de movilidad forzada, así como el enfoque metodológico adoptado. El segundo apartado examina las limitaciones estructurales del régimen de la Convención de Ginebra de 1951, centrando el análisis en la cláusula de persecución y las tensiones interpretativas frente al desplazamiento ambiental. El tercero expone alternativas normativas y doctrinales que buscan una protección efectiva desde el derecho internacional y regional. El cuarto aborda la situación específica de niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA) como víctimas interseccionales del cambio climático, subrayando su especial protección jurídica. Finalmente, el quinto apartado formula una propuesta multinivel desde el enfoque de derechos humanos, orientada a superar los vacíos existentes sin diluir los marcos protectores vigentes.

El enfoque adoptado es jurídico-dogmático, pero incorpora también elementos críticos y propositivos, con el fin de avanzar hacia una concepción más garantista de la protección internacional.

2. Limitaciones del régimen de refugio clásico

El régimen internacional de refugio, tal como fue concebido en la posguerra, presenta serias limitaciones para abordar los desplazamientos provocados por el cambio climático. Este apartado examina críticamente sus fundamentos normativos, su alcance hermenéutico y las tentativas doctrinales de adaptación ante nuevos escenarios de movilidad humana.

2.1 La Convención de Ginebra de 1951 y su enfoque exegético

El régimen jurídico internacional de protección a las personas refugiadas se encuentra principalmente regulado por la Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo de Nueva York de 1967. Este instrumento fue concebido en un contexto histórico determinado: el de la posguerra europea, en respuesta a las violaciones masivas de derechos humanos cometidas por regímenes autoritarios. Así, el artículo 1.A.2 de la Convención establece que será considerada refugiada toda persona que

(...) debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se halle fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país.

Esta definición legal impone dos condiciones estructurales: una de carácter situacional (la salida del país de origen) y otra de carácter subjetivo (el temor fundado de persecución por una de las causas enumeradas). Ambas condiciones se inscriben en un modelo de protección centrado en la figura del Estado como actor persecutor o bien como actor de cuya desprotección emana la necesidad de huir. En este sentido, el estatuto del refugiado no fue diseñado para abordar desplazamientos causados por fenómenos naturales, crisis ambientales o emergencias climáticas, sino por amenazas humanas derivadas de la acción estatal o de terceros actores no estatales frente a los cuales el Estado se muestra omiso o cómplice (Salinas, 2020, pp. 38-39).

Este enfoque estrictamente exegético del artículo 1.A.2 supone que el desplazamiento ambiental no puede ser adecuadamente encuadrado dentro del régimen clásico del refugio, ya que, en la mayoría de los casos, no se verifica una persecución intencional, individualizada ni atribuible a un sujeto activo identificable. Las personas desplazadas por causas ambientales suelen huir de condiciones estructurales como la desertificación, la subida del nivel del mar o la pérdida de ecosistemas, fenómenos que no provienen directamente de una acción persecutoria, sino de procesos globales multicausales (McAdam, 2012, p. 3).

2.2 El verbo rector “persecución” y su incompatibilidad con el desplazamiento climático

El núcleo conceptual que estructura el régimen de la Convención de Ginebra es la “persecución”. Este verbo rector delimita el campo de protección del instrumento, y es precisamente este elemento el que genera mayores tensiones cuando se trata de personas desplazadas por motivos climáticos. La *persecución*, tal como está entendida en la Convención (art. 1.A.2), implica una acción deliberada, injustificada y persistente que coloca a una persona en una situación de peligro, lo que obliga a esa persona a huir para salvaguardar su integridad o su vida (Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados [ACNUR], 2002, § 9, 11; Hathaway, 1991, p. 104; Türk y Nicholson, 2010, pp. 3, 20).³

En el desplazamiento ambiental, en cambio, la amenaza suele provenir de causas impersonales y difusas, como la contaminación ambiental, la pérdida de acceso al agua potable o la ocurrencia de desastres naturales intensificados por el cambio climático. En estos casos, no hay un agente persecutor claro ni tampoco una intención de perseguir. Por lo tanto, el criterio de “persecución” resulta jurídicamente inadecuado para dar cuenta de este fenómeno (Organización Internacional para las Migraciones [OIM], 2019, pp. 31-32).

Aunado a lo anterior, la persecución exigida por la Convención debe estar vinculada a una de las cinco causas específicas enumeradas: raza, religión, nacionalidad, grupo social u opinión política. Estas categorías son inadecuadas para encuadrar la experiencia de quienes se ven forzados a migrar por la degradación de sus entornos de vida, ya que el daño ambiental no distingue etnia, ideología o religión. Aunque podría argumentarse que ciertos grupos sociales (como comunidades indígenas o mujeres) sufren impactos diferenciados del cambio climático (y, por tanto, una persecución sostenida en una “discriminación continua y generalizada”),⁴ lo cierto es que la Convención no contempla

3 Cabe advertir que existen voces disidentes de una perspectiva exegética de la persecución en la Convención. De esta forma, Türk y Nicholson (2010) advierten que “respecto al término ‘persecución’, no existe una definición legal para fines de determinar la condición de refugiado ni en la Convención de 1951 ni en el derecho internacional” (pp. 42-43), lo cual, sin embargo, fue elaborado de manera forma consciente y deliberada, pues el propósito de “[l]a ausencia de una definición jurídica de persecución es un fuerte indicativo de que con base en la experiencia del pasado, los redactores quisieron que todas las formas futuras de persecución fueran abarcadas en el término” (p. 43) y, en tal sentido, “los intentos por definirla (...) [constituyen un] riesgo de que se delimite un fenómeno que desafortunadamente se ha mostrado sumamente adaptable a lo largo de la historia de la humanidad” (p. 43). En este mismo sentido, ver Goodwin-Gill (1996, p. 66) y ACNUR (2001, § 16).

4 ACNUR (2001) ha señalado que “la persecución comprende abusos o daños graves de los derechos humanos, a menudo pero no siempre con un elemento sistemático o repetitivo. Mientras que es generalmente aceptado que la «mera» discriminación no puede, en una situación normal, constituir

expresamente la pertenencia a comunidades vulnerables al daño ambiental como una categoría protegida (Lucero y Díaz, 2022, pp. 234-235) y tampoco es posible entender la “pertenencia a determinado grupo social” como una categoría abierta a toda forma de sufrimiento o vulnerabilidad (ACNUR, 2002, § 2),⁵ por ejemplo, comunidades víctimas del cambio climático.

Ante estas limitaciones, una parte de la doctrina ha propuesto reinterpretar de manera más flexible los términos de la Convención de Ginebra, con el objetivo de incluir a las personas desplazadas por causas climáticas dentro del estatuto de refugio. Por ejemplo, algunos autores han sostenido que el cambio climático genera una forma de persecución estructural, al implicar una distribución inequitativa de sus impactos entre países desarrollados y en desarrollo, lo cual podría ser entendido como una forma de violencia global que justifica la protección internacional (Gemenne, 2015, p. 70).

Sin embargo, esta postura enfrenta importantes obstáculos jurídicos y políticos. Desde una perspectiva técnica, la persecución requiere de un sujeto activo identificable, lo que no se presenta en el caso del cambio climático. Además, se exige que la persona sea incapaz o esté impedida de acogerse a la protección de su país de origen, lo cual resulta problemático cuando no hay una autoridad específica que represente una amenaza directa (Salinas, 2020, pp. 83-84). Desde un punto de vista político, la apertura del régimen de refugio al desplazamiento ambiental podría provocar una reacción adversa de los Estados parte, que perciban esta expansión como una sobrecarga de sus obligaciones internacionales.

Otra tentativa doctrinal ha propuesto una modificación formal de la Convención de Ginebra para incluir expresamente el desplazamiento ambiental dentro de sus supuestos de protección. No obstante, esta opción también se ve limitada por la rigidez del principio *pacta sunt servanda* y por la falta de consenso internacional en torno a las causas, consecuencias y responsabilidad por el desplazamiento climático. Como advierten Lucero y Díaz (2022, pp. 236-237), una reforma de este tipo requeriría una voluntad política poco probable en el contexto actual y podría incluso generar un efecto regresivo sobre las garantías ya existentes para las personas refugiadas tradicionales.

persecución en sí misma (aunque indudablemente, serán consideradas como tal aquellas formas particularmente atroces), un patrón persistente de discriminación continua y generalizada normalmente constituirá, de forma acumulada, persecución, y justificará la protección internacional” (§ 17).

5 De esta manera, ACNUR (2002) señala: “This category should not be interpreted as a ‘catch-all’ phrase or an open-ended category. Rather, it should be interpreted in a manner consistent with the object and purpose of the 1951 Convention” y, por tanto, “Not every person who suffers harm or discrimination is automatically a member of a particular social group for purposes of the 1951 Convention” (§ 2).

Con todo, la Convención de Ginebra de 1951, en su formulación actual, no ofrece un marco jurídico adecuado para responder a las necesidades de protección de las personas desplazadas por causas ambientales. La noción de persecución, la exigencia de causalidad directa, el enfoque individualizante del estatuto de refugiado y la orientación eurocéntrica de su origen histórico limitan su aplicabilidad a contextos de desplazamiento ambiental y climático (Lucero y Díaz, 2022, pp. 232-234). Es por ello que, probablemente, la propia Organización Internacional para las Migraciones (2009) (2019) ha advertido que el uso del término “refugiado climático” puede inducir a error, y recomienda utilizar las nociones más amplias de “migrante ambiental” o “persona desplazada” (p. 32).

Ante esta constatación, cabe preguntarse (preliminarmente) si es posible (y deseable) mantener el régimen internacional de refugio como la única vía de protección para personas en situación de movilidad forzada o si, por el contrario, es necesario avanzar hacia marcos normativos más amplios e inclusivos, capaces de reconocer la especificidad del desplazamiento ambiental como una nueva frontera del derecho internacional de los derechos humanos.

3. Propuestas alternativas en el derecho internacional

Frente a la constatación de que el régimen de la Convención de Ginebra de 1951 resulta insuficiente para ofrecer protección a las personas desplazadas por causas climáticas, distintos instrumentos normativos y esfuerzos doctrinales han propuesto vías alternativas de protección. Aunque estas alternativas no reemplazan el régimen del refugio tradicional, sí configuran un *corpus* emergente (en parte *soft law*, en parte vinculante a nivel regional o sectorial) que apunta a suplir las limitaciones del enfoque clásico. Este apartado analiza tres de estas vías: los instrumentos regionales como la Convención de Kampala y la Declaración de Cartagena, así como dos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) y uno de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ), los marcos de *soft law*, como los Principios de Bangkok, y las experiencias académicas y propositivas, como el Proyecto de la Universidad de Limoges.

3.1 Instrumentos regionales: Convención de Kampala, Declaración de Cartagena y pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Una de las fuentes más prometedoras para el reconocimiento del desplazamien-

to ambiental como objeto de protección son los instrumentos jurídicos regionales, especialmente aquellos que han expandido la definición de “persona refugiada” más allá del marco estricto de la Convención de 1951.

De este modo, en África, la Convención de la Unión Africana sobre la Protección y Asistencia a los Desplazados Internos en África (Convención de Kampala, 2009) reconoce expresamente el desplazamiento interno causado por desastres naturales y cambios ambientales adversos. Su artículo 5.4 establece que los Estados deben “tomar medidas necesarias para proteger y asistir a las personas desplazadas por el cambio climático, los desastres naturales y otros desastres relacionados con el ambiente”. Aunque se refiere principalmente a desplazamientos internos, constituye un avance normativo significativo, ya que reconoce de forma explícita los factores ambientales como causas legítimas de desplazamiento forzado (Lucero y Díaz, 2022, p. 237).

En América Latina, las Naciones Unidas (1984) a través de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados, amplió la definición de “persona refugiada” al incluir a quienes huyen de “violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violaciones masivas de derechos humanos y *otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público*”.⁶ Esta cláusula abierta ha sido utilizada por algunos países como base para extender el estatuto de refugiado a personas desplazadas por eventos ambientales extremos, cuando estos se asocian a un colapso generalizado del orden público (Cantor, 2021, pp. 284 y ss.). Como señala Terreros (2020, p. 156), este marco latinoamericano ofrece un espacio fértil para una interpretación evolutiva de los derechos humanos frente a nuevos patrones de desplazamiento.

Ambos instrumentos evidencian la posibilidad de construir marcos regionales de protección que reconozcan la especificidad del desplazamiento ambiental. No obstante, también muestran sus límites: la Convención de Kampala se limita a desplazados internos y no crea un régimen internacional de asilo, mientras que la Declaración de Cartagena, al ser una declaración y no un tratado, carece de fuerza vinculante, salvo cuando ha sido incorporada por los Estados a sus legislaciones nacionales.

Por su parte, la CIDH ha establecido un vínculo entre la generación de “afectaciones ambientales” y mayor *vulnerabilidad* al “derecho a no ser desplazado forzadamente” (Opinión Consultiva —en adelante, OC— 23 de 2017, § 66), lo cual implica un fuerte salto en el reconocimiento de movilidad humana for-

6 El destacado es de los autores.

zosa causada no solo por daños, sino también por riesgos y amenazas ambientales (Lucero, 2024). Así, prosigue la Corte señalando que aquellos “desplazamientos causados por el deterioro del medio ambiente con frecuencia desatan conflictos violentos entre la población desplazada y la instalada en el territorio al que se desplaza, algunos de los cuales por su masividad asumen carácter de máxima gravedad”, lo que “afecta los derechos a la vida, libertad y seguridad de las personas e infringe el deber de conducirse fraternalmente entre las personas humanas, como el derecho a la paz” (§ 66).

Ahora bien, la CIDH añade que las poblaciones que sufren mayor vulnerabilidad (pueblos indígenas, NNA, personas viviendo en situación de extrema pobreza, minorías, personas con discapacidad, entre otros) deben afrontar una probabilidad más elevada de “reubicación o desplazamiento interno” (§ 67).

Posteriormente, en la OC 32 de 2025, la CIDH ha sido bastante más enfática en la conexión entre *cambio climático-movilidad forzada* (§ 414-434) y, por tanto, establece la necesidad de extender el espacio protector respecto a las personas que han sido desplazadas por razones ambientales y climáticas. En efecto, la Corte considera que diversos riesgos climáticos (como el aumento de nivel del mar —§ 76, 102—, daños a la infraestructura, suspensión de servicios básicos, destrucción de viviendas, pérdida de empleos e ingresos —§ 95— etc.) generan (§ 101, 103, 116, 416) y “generará[n] desplazamientos forzados” (§ 76) o “involuntarios” (§ 403) y, a su vez, “a medida que los eventos climáticos extremos se intensifican, el desplazamiento a gran escala se hace más pronunciado” (§ 103).⁷ Con todo, advierte que estos fenómenos ambientales no son esporádicos, puesto que la Corte señala que el derecho a la libertad de residencia y circulación, tratándose de cambio climático, “puede ser vulnerado de manera formal o por restricciones de facto cuando el Estado no ha establecido las condiciones, ni provisto los medios que permiten ejercerlo” (§ 414), por lo que son los Estados aquellos sujetos a responsabilidad internacional.

Para ello, en el contexto de la “emergencia climática” (que incluye “desastres climáticos o por la degradación progresiva del ambiente” [§ 404]), la CIDH ha establecido a los Estados seis obligaciones de prevención y mitigación relacionadas con la migración forzada:

- (i) asegurar políticas (...) [que] incluyan mecanismos efectivos para garantizar la unidad, o cuando corresponda, la reunificación familiar; (ii) crear registros y bases de datos para rastrear a las familias separadas (...) facilitando la reunificación

7 Similar postura adopta la CIDH, OC 32 de 2025, § 195.

y el acceso a los servicios de apoyo social requeridos; (iii) diseñar e implementar protocolos de emergencia para registrar y proteger a los NNA no acompañados durante los desastres (...) asegurando una pronta reunificación con sus familias; (iv) diseñar e implementar programas comunitarios en los sitios de reasentamiento que ofrezcan servicios de apoyo en salud física y mental, orientación legal y asistencia social para las familias (...); (v) establecer e implementar protocolos para proteger el acceso y uso de los datos personales proporcionados por familias a autoridades nacionales o agencias internacionales durante el proceso de movilización y (vi) colaborar con otros Estados para establecer acuerdos bilaterales y regionales que protejan el derecho a la unidad familiar de las personas movilizadas por desastres climáticos o la degradación progresiva del ambiente. (Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], 2025, § 404)

A ello se suma que los Estados, en un contexto de movilidad forzosa climática, tienen las obligaciones prácticas de: (i) garantizar el derecho de vivienda, las cuales deben contar con servicios básicos de bienestar que velen por la privacidad del grupo familiar; y (ii) que estas sean próximas a “centros educativos, médicos y demás servicios necesarios para la subsistencia y la cohesión del grupo familiar” (Comité DESC, 2025, § 405).⁸

Con todo, es menester recordar que las OC dentro del sistema interamericano, si bien no cuentan con fuerza vinculante (como sí lo tienen aquellas decisiones en las que la CIDH usa su competencia contenciosa [Vio Grossi, 2018, pp. 201 y ss.]), son pronunciamientos en los que la Corte actúa siendo el legítimo interprete de la Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 62.1, 62.3 y 64), por lo que su aplicación se enmarca en el cumplimiento de buena fe exigido por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (arts. 26, 31; CIDH, 2025, § 40). De esta forma, la Convención Americana, al igual que otros tratados de derechos humanos, debe ser considerada como un “instrument[o] viv[o], cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales” (§ 43), haciendo del *corpus interamericano* una norma en expansión, lo cual no es ajeno al “*corpus iuris* de derecho ambiental internacional”.

De tal suerte, las OC deben entenderse —como lo señala el juez de la CIDH Vio Grossi—, como un pronunciamiento que implica un “control de convencionalidad preventivo” y, en este sentido,

8 En el mismo sentido, Comité DESC (2025, § 55, § 71, § 77-78, § 86).

(...) los Estados que han reconocido [de la CIDH] su competencia contenciosa (...) de no ajustar su conducta a la interpretación que ella hace de la Convención, se arriesgan a que, sometido un caso a su conocimiento y resolución que diga relación con dicho proceder, declare la responsabilidad internacional del respectivo Estado. (Vio Grossi, 2018, p. 201)

De esta manera, lo emitido por la CIDH a través de la OC 23/2017 y la OC 32/2025 genera, de forma indirecta, “obligaciones derivadas del derecho ambiental en relación con las obligaciones de respeto y garantía” (CIDH, 2025, § 44) y, por tanto, sujetas a ser demandables en la instancia interamericana.

Finalmente, la CIJ (2025), en su reciente OC frente a las obligaciones de los Estados respecto al cambio climático, si bien no aborda de forma específica el fenómeno de movilidad forzada ambiental o climática, sí considera este riesgo derivado del incremento del nivel del mar en países menos desarrollados y pequeños Estados insulares (pp. 7-8, § 357). Sin embargo, lo relevante de esta OC tiene relación con la responsabilidad de los Estados respecto a los efectos adversos que pueden generar sus actos u omisiones frente a daños significativos al sistema climático producto de la emisión de gases de efecto invernadero (en adelante, GEI).

De este modo, la CIJ consolida diversas obligaciones de los Estados producto de los principales instrumentos climáticos (§ 174-270), el derecho consuetudinario (§ 271-315) y otros tratados de derecho ambiental y de derechos humanos (§ 316-404), siendo especialmente relevante respecto al desplazamiento ambiental la exigencia de actuar con debida diligencia a fin de prevenir acciones u omisiones que desde su jurisdicción o control generen daños (§ 272-300). Este deber ha sido considerado por la CIJ como una obligación consuetudinaria, cuya exigibilidad no depende de la ratificación de un tratado en específico, por lo que su incumplimiento constituye un ilícito internacional y, por ende, genera responsabilidad estatal.

Con todo, la relevancia de esta OC deviene en que el quebrantamiento de esta obligación internacional implica que el Estado causante deba no solo hacer los máximos esfuerzos para volver a cumplir en el menor tiempo posible las obligaciones subyacentes (§ 446), así como el deber de cesar el incumplimiento y consolidar garantías de no repetición (§ 447-448), sino también, fundamentalmente, el deber de reparar, el cual es entendido por la CIJ como “full reparation” (§ 450) o reparación integral, compuesto por medidas de restitución (§ 451), compensación (§ 452-454), satisfacción (§ 455) o una combinación de estas.

Ahora, si bien la OC de la CIJ no genera repercusiones en la calidad de las personas desplazadas por causas ambientales ni tampoco cuestiona la figura de protección internacional que las cobija, sí considera la obligación de reparar daños significativos provocados por la emisión de GEI y, en definitiva, de los efectos que estos causan al sistema climático y los seres humanos, entre ellos, los desplazamientos ambientales, siendo esta OC un insumo fundamental frente al reconocimiento del fenómeno migratorio y las eventuales exigencias jurisdiccionales por su causación.

3.2 *Soft law* y principios de Bangkok

El derecho blando (*soft law*) ha jugado un rol importante en la construcción de respuestas flexibles ante la ausencia de un marco jurídico global vinculante para el desplazamiento climático. Si bien carece de coercitividad jurídica, su valor radica en su capacidad de generar consensos normativos emergentes, orientar políticas públicas y ser citado como referencia en decisiones judiciales y administrativas, en un proceso de progresiva formación de costumbre internacional (a través del *opinio iuris* y *consuetudo* [Benavides Casals, 2021, pp. 6, 9-10; Verdross y Simma, 1984, p. 420; Vitzthum, 2007, p. 12]).

Un ejemplo destacado son los Principios de Bangkok de la Asian-African Legal Consultative Organization sobre el tratamiento de los refugiados de 1966, adoptada en 2001, cuyo artículo 1.2 amplía el concepto de refugiado, incluyendo también a

(...) toda persona que, debido a (...) acontecimientos que perturben gravemente el orden público en parte o en la totalidad de su país de origen o nacionalidad, se vea obligada a abandonar su lugar de residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o nacionalidad.

En tal sentido, el seguimiento de estos principios tiene la potencialidad de reconocer la protección internacional de las personas que se ven forzadas a cruzar fronteras internacionales debido a desastres y efectos del cambio climático, entendidas estas como acontecimientos que “perturban gravemente el orden público”, aun cuando no califiquen como refugiadas según la Convención de Ginebra.

De igual forma, diversos pronunciamientos de órganos de instrumentos internacionales han permitido la ampliación del principio de no devolución (*non-refoulement*), extensibles cuando existen riesgos de violación de derechos

humanos fundamentales producto de desastres naturales y el cambio climático. Este es el caso del Comité de Derechos Humanos (2020, § 9.11) en el dictamen del caso *Teitiota v. New Zealand*, al señalar que los Estados no pueden devolver a personas a territorios donde el deterioro ambiental ponga en peligro su vida o integridad.⁹

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2021), en sus recomendaciones para “hacer más efectiva la protección a la unidad familiar y la reunificación familiar” (pp. 13-19), ha establecido que

(...) la intensificación de los movimientos mixtos y el aumento en las solicitudes de reconocimiento de la condición de persona refugiada y la búsqueda de protección como respuesta a nuevas formas de desplazamiento forzado requieren de una perspectiva de protección integral y prevención, y de nuevas estrategias de cooperación y de respuestas interinstitucionales adecuadas e integrales. Por ejemplo, a través de la adaptación de los sistemas de protección para reconocer y procesar nuevos factores de desplazamiento forzado y nuevas hipótesis que generen la extensión del principio de no devolución, como las afectaciones de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en contexto de pandemias y otras emergencias. (p. 6)

De esta forma, la Comisión enfatiza diversas acciones específicas que deben implementar los Estados, como

(i) “[p]romover (...) políticas [que] deben tomar en consideración los factores de desplazamiento forzado y las nuevas hipótesis que generen la extensión del principio de no devolución, como la violencia generalizada y la reunificación familiar, así como las afectaciones profundas de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en contexto de pandemias y otras emergencias”; (ii) “[d]ichas políticas deberán contar con mecanismos adecuados que permitan monitorear y evaluar sus resultados, fomentar la transparencia y rendición de cuentas”; e (iii) “[i]mplementar y/o adaptar sistemas de protección que reconozcan y procesen nuevos factores de desplazamiento forzado y nuevas hipótesis que generen la extensión del principio de no devolución”. (p. 19, recomendaciones 15 y 17)

9 En consonancia, el Comité DESC (2025) precisa que “[e]n los casos de personas desplazadas a través de las fronteras debido al cambio climático, los Estados parte deben respetar el principio de no devolución y brindarles protección jurídica” (§ 86). Asimismo, abordando obligaciones de asistencia y cooperación entre Estados, establece que “[l]as áreas prioritarias de cooperación incluyen (...) la búsqueda de soluciones justas y duraderas para el desplazamiento y la migración inducidos por el clima” (§ 34).

3.3 Experiencias académicas y el Proyecto de la Universidad de Limoges

La academia también ha contribuido activamente a la elaboración de propuestas doctrinales y normativas que buscan llenar los vacíos de protección para las personas desplazadas por el cambio climático. Entre estas iniciativas, se destaca el Proyecto de la Universidad de Limoges de Convenio de Estatuto Internacional de Desplazados Ambientales (Lavieille et al., 2008, pp. 381-393).

Este proyecto ha desarrollado un conjunto de principios jurídicos orientadores, conocidos como los “*Principios de Limoges*”, que abogan por una reformulación del estatuto internacional de protección a personas desplazadas por causas ambientales. La propuesta articula tres enfoques complementarios. En primera medida, amplía la interpretación del concepto de refugiado mediante una lectura sistémica de la Convención de Ginebra con otros tratados de derechos humanos. Como segunda opción, considera la creación de un nuevo estatuto jurídico para los desplazados ambientales, basado en el principio de precaución ambiental, el principio de solidaridad y el principio de justicia climática. Finalmente, propone la reconfiguración de las obligaciones estatales desde una responsabilidad compartida y diferenciada, atendiendo tanto a los países emisores como a los receptores de personas desplazadas.

Aunque no se trata de un instrumento jurídico vinculante, el valor de este proyecto reside en su capacidad propositiva, al ofrecer un marco conceptual robusto que integra el derecho internacional del medio ambiente con los derechos humanos y la protección internacional de personas. Este tipo de ejercicios anticipan el derecho por venir, prefigurando futuros desarrollos normativos a partir de la sistematización de principios ético-jurídicos, indicios de una futura fuente formal (Bleicher, 1969, p. 446).

Además, estas experiencias conectan con la idea de un enfoque multinivel (Lucero, 2021, p. 88), donde las respuestas a la crisis del desplazamiento climático no dependen exclusivamente del sistema de asilo y refugio tradicional, sino que se construyen mediante la articulación entre marcos locales, regionales y globales, incluyendo jurisprudencia de órganos de tratados, legislación interna y desarrollos doctrinales (McAdam, 2012).

4. Los niños, niñas y adolescentes como víctimas interseccionales. Vulnerabilidad ampliada en contextos de movilidad forzada

El cambio climático ha intensificado fenómenos de desplazamiento humano que afectan con mayor severidad a los sectores más vulnerables de la población

mundial. Dentro de estos, los NNA figuran como un grupo especialmente expuesto a los impactos sociales, económicos y sanitarios de la crisis climática. Estos procesos de movilidad forzada no solo desarraigan a los NNA de sus comunidades, sino que los ubican en trayectorias marcadas por la precariedad, la discriminación y la desprotección legal, convirtiéndolos en personas hipervulnerables (Comité de los Derechos del Niño y Comité de Trabajadores Migratorios, 2017, § 3, § 41).

La infancia desplazada por causas climáticas enfrenta una vulnerabilidad estructural e interseccional. Por un lado, su edad los hace dependientes de las personas adultas para acceder a derechos básicos como la salud, la alimentación y la educación; por otro, cuando estos desplazamientos ocurren en contextos de pobreza, discriminación étnica o de género, los riesgos se multiplican. En este contexto, se ha constatado que, frente a situaciones de desastre natural, las condiciones precarias de las familias y comunidades se profundizan, afectando desproporcionadamente a los NNA, quienes además sufren mayores tasas de desnutrición, enfermedades y deserción escolar (UNICEF y Fundación Patrick J. McGovern, 2023, p. 4).

Además, los efectos del cambio climático (como el aumento del nivel del mar, las sequías prolongadas o los huracanes más intensos) han generado desplazamientos que, en muchos casos, no son reconocidos por los marcos normativos tradicionales de protección. En consecuencia, aquellos NNA no acceden a un estatuto migratorio regular ni a los sistemas de protección internacional asociados a la figura del refugiado, quedando atrapados en una zona gris legal (Lucero y Díaz, 2022, p. 230).

El concepto de interseccionalidad permite visibilizar cómo estas condiciones de infancia se cruzan con otras variables (género, etnicidad, condición migratoria) que agravan las formas de exclusión. Como señala el Comité de los Derechos del Niño (2005, § 23, 27-28, 31.i), la vulnerabilidad no puede entenderse como una categoría aislada, sino como el resultado de múltiples factores de riesgo que actúan simultáneamente. Por lo tanto, toda política de protección de NNA en contextos de movilidad debe adoptar un enfoque diferenciado, sensible a estas múltiples capas de riesgo.

4.1 La protección desde el derecho internacional de los derechos de los NNA: el *non-refoulement* y la unidad familiar

La Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN) constituye el principal instrumento normativo para la protección de los NNA en situaciones de desplazamiento. Su carácter casi universal, junto con el enfoque garantista que propone, la convierte en una herramienta clave para abordar el desplazamiento ambiental desde una perspectiva centrada en derechos humanos.

El artículo 3.1 de la CDN establece que el “interés superior del niño debe ser una consideración primordial” en todas las medidas que les conciernan. Este principio rector exige que las decisiones migratorias o de retorno consideren de manera preferente el bienestar, la seguridad y el desarrollo integral de los NNA. Como ha señalado el Comité de los Derechos del Niño (2005, § 84, 86), incluso cuando no se cumplan los requisitos formales para la protección como refugiado, los Estados tienen la obligación de brindar protección internacional a NNA no acompañados o separados si existen riesgos reales y graves a sus derechos fundamentales.

De esta forma, la CDN ofrece un marco normativo más amplio y flexible que la Convención de Ginebra de 1951, ya que no exige demostrar persecución ni establecer vínculos causales específicos, sino que se enfoca en los efectos del desplazamiento sobre los derechos de los NNA (Comité de los Derechos del Niño y Comité de Trabajadores Migratorios, 2017, § 19, § 20). Esta perspectiva permite ampliar la comprensión del riesgo, incluyendo las amenazas derivadas del cambio climático, la pérdida de medios de vida, la exposición a enfermedades o la falta de servicios básicos.

Aunado a lo anterior, además del principio del interés superior (en adelante, ISDN), otros derechos consagrados en la CDN resultan directamente afectados en los contextos de desplazamiento ambiental, tales como el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (art. 6), el derecho a un nivel de vida adecuado (art. 27), el derecho a la educación (art. 28) y el derecho a ser protegido contra la explotación económica y el trabajo peligroso (art. 32). Todos ellos pueden ser vulnerados cuando los NNA son obligados a migrar a causa de desastres naturales, pérdida de territorios o violencia generada por la escasez de recursos.¹⁰

10 En correspondencia con ello, el Consejo de Derechos Humanos (2018, pp. 5-6) precisa que, en escenarios de emergencia o desastre, los sistemas de protección infantil suelen colapsar o quedar superados por la magnitud de la crisis. Por ello, se requiere una planificación anticipada y coordinada entre agencias humanitarias, Gobiernos y sociedad civil para responder con enfoque de niñez a los efectos del cambio climático sobre la infancia desplazada.

En este sentido, el artículo 22.1 de la CDN establece que los NNA que soliciten refugio tienen derecho a recibir protección y asistencia humanitaria, tanto si están acompañados como si no. Aunque este artículo fue diseñado en el contexto del refugio tradicional, puede ser interpretado extensivamente para incluir a niños desplazados por causas ambientales cuando su retorno implique una amenaza a su vida, a su desarrollo integral, o, en definitiva, que implique un “peligro real de daño irreparable” (Comité de los Derechos del Niño y Comité de Trabajadores Migratorios, 2017, § 32, § 40-44, 46; Lucero y Díaz, 2022, pp. 230-231). Esta interpretación se encuentra en consonancia con el principio de interpretación *pro persona* y con la doctrina evolutiva del derecho internacional de los derechos humanos, consagrado por el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos.¹¹

Por su parte, las Naciones Unidas (2019), en el contexto de los compromisos por el “Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular”, ha fijado objetivos concernientes a la protección a la unidad familiar. Así, ha señalado que es necesario “aumentar la certidumbre y previsibilidad jurídica de los procedimientos migratorios estableciendo y fortaleciendo mecanismos eficaces basados en los derechos humanos” (objetivo 12), para lo cual es necesario “[v]elar porque los menores migrantes (...) se proteja la unidad familiar” (objetivo 12.d). Para ello, se hace indispensable “[f]ijar objetivos normativos nacionales a corto, medio y largo plazo sobre (...) la reunificación familiar” (objetivo 16).

De igual forma, UNICEF (2023, p. 54) ha precisado la necesidad de “[r]econocer la vinculación entre la movilidad humana, el desplazamiento y el cambio climático” y, en esta medida, la urgencia de “[g]estionar las opciones de movilidad ampliando vías de migración inclusivas, justas y accesibles para los niños y niñas, las familias y los jóvenes que viven en lugares críticos” que les permita la “oportunidad de adaptarse a un clima en transformación mientras persiguen sus aspiraciones y tratan de consolidar sus medios de subsistencia”. Para ello, como se hace evidente, requiere que los NNA sean incluidos en “estrategias, planes y políticas climáticas locales, nacionales, regionales e internacionales”.

En consonancia con lo anterior, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019), en el contexto de establecer buenas prácticas para proteger la vida privada y familiar en contextos de movilización y desastres, estableció:

11 Reiterado por la CIDH en múltiples ocasiones, como: Opinión Consultiva OC-32/25, § 34; Opinión Consultiva OC-21/14, § 54; Opinión Consultiva OC-26/20, § 136.

(...) [la] unidad familiar y la reunificación familiar deberán ser consideraciones primordiales en cualquier decisión acerca de la situación migratoria, valorando el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y su derecho a estar exentos de privación de la libertad (...) [y, en tal sentido, los] Estados deben prevenir, a la luz del derecho a la unidad familiar y del interés superior de la niñez, la emigración forzada de niños, niñas y adolescentes nacionales como resultado de la deportación de progenitores o familiares migrantes, priorizando la unidad familiar. (Principio 33)

Ahora bien, a pesar de los grandes avances por el reconocimiento del derecho a la no devolución y a la unificación familiar de los NNA en condición de movilidad forzada causada por el cambio climático y desastres ambientales, lo cierto es que el progreso realizado por la CIDH a través de las ya mencionadas OC-23 de 2017 y OC-32 de 2025 ha catalizado la consolidación de estos derechos como una obligación de los Estados en el ámbito interamericano.

Así, ambas OC reconocen que el ISDN debe regir todas las actuaciones estatales, incluidas las migratorias. En la OC-32/25, la Corte resalta que este principio requiere considerar los riesgos ambientales al decidir sobre la permanencia o devolución de un NNA, pues respecto a ellos se exige una “debida diligencia reforzada” (§ 404, 420, 422). Además, se enfatiza la unidad familiar como un derecho derivado del artículo 17 de la Convención Americana, señalando que la protección del NNA debe extenderse a sus referentes familiares si la separación compromete su bienestar (§ 404.iii). De este modo, se justifica que la garantía de no devolución abarque también a las familias desplazadas con NNA.

Con todo, se debe recordar que la OC-23/17 incorpora la noción de justicia intergeneracional y el deber de los Estados de proteger los derechos de las generaciones presentes y futuras frente a daños ambientales (§ 22, 59, 62). Esta visión adquiere especial relevancia respecto a los NNA, al considerar su exposición prolongada a riesgos ambientales y la obligación de los Estados de adoptar medidas precautorias y cooperativas para mitigar dichos efectos (§ 67, pie de página 122). La Corte refuerza así el deber de adoptar políticas migratorias basadas en derechos humanos que reconozcan la protección internacional de NNA desplazados por razones ambientales y climáticas.

De este modo, la OC-23/17 y la OC-32/25, en su naturaleza —como ya lo advertíamos— de “control de convencionalidad preventivo”, consolidan un marco de protección reforzada para los NNA que se ven obligados a desplazarse por efectos del cambio climático y la degradación ambiental. Ambas opiniones

reconocen que el principio de no devolución, el ISDN y la unidad familiar constituyen pilares normativos para garantizar que ningún NNA sea devuelto a contextos que comprometan su vida, dignidad o desarrollo.

Con todo, es necesario sostener que, frente a este especial grupo poblacional que sufre diversas formas de vulnerabilidad interseccional, existen distintas garantías proteccionales en el ámbito internacional que hacen exigible el *non-refoulement* y la reunificación familiar en contextos de movilidad forzada por causas de cambio climático o desastres naturales. Sin embargo, estas herramientas deben ser articuladas de manera coordinada entre los distintos subsistemas jurídicos (migración, refugio, medio ambiente, infancia) para evitar la fragmentación normativa y la desprotección práctica.

5. Hacia un marco inclusivo de protección

En este último apartado abordaremos los tres espacios de protección en los que las personas desplazadas por desastres ambientales y cambio climático pueden tener protección internacional y, especialmente, derecho de no devolución.

5.1 Los límites de la Convención de Ginebra y el valor orientador de la Declaración de Cartagena

A pesar de los numerosos esfuerzos doctrinarios por incluir el desplazamiento ambiental como una forma de persecución dentro de la Convención de Ginebra de 1951, esta incorporación enfrenta graves obstáculos jurídicos y prácticos. En primer lugar, forzar una interpretación extensiva del artículo 1.A.2 de la Convención puede generar consecuencias perjudiciales para el sistema mismo, al diluir la noción de persecución individual y concreta que caracteriza a los refugiados tradicionales. Esta ampliación, aunque bienintencionada, podría debilitar la protección para aquellos grupos históricamente perseguidos por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, al desplazar el foco hacia un fenómeno difuso y de causación multicausal.¹²

En segundo lugar, los tratados internacionales tienen una naturaleza convencional. Esto implica que sus alcances deben estar delimitados por el con-

12 Aunque algunos sectores doctrinales han planteado que ciertos colectivos vulnerables al daño ambiental podrían considerarse como grupos sociales determinados, ACNUR ha advertido que esta categoría no debe entenderse como una cláusula “atrapa-todo” y que su interpretación debe ser

sentimiento de los Estados parte y no pueden ser modificados sustantivamente solo mediante interpretaciones evolutivas. La seguridad jurídica del sistema internacional requiere que las categorías protegidas se mantengan dentro de los límites acordados en el instrumento original, salvo reforma expresa por vía convencional.

En este contexto, la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984 ha sido celebrada como una herramienta regional relevante para expandir la protección más allá del marco restrictivo de la Convención. En efecto, la Declaración de Cartagena, si bien no es un instrumento vinculante, ha sido clave para consolidar una concepción ampliada del estatuto de refugiado en América Latina. Su definición funcional de “refugio”, que incorpora como motivos de protección “las circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”, representa un punto de apoyo para avanzar en la protección de quienes huyen por causas ambientales. Sin embargo, su carácter no vinculante limita su potencial transformador. Aunque ha sido incorporada en varias legislaciones nacionales, no posee la fuerza vinculante de un instrumento de *hard law*. Por tanto, si bien su invocación es positiva y valiosa desde una perspectiva humanitaria, no puede suplir la ausencia de un marco jurídico obligatorio y universal para la protección de personas desplazadas por causas climáticas.

5.2 Los NNA como único grupo protegido mediante *hard law* frente al desplazamiento ambiental

A diferencia de otros grupos, los NNA cuentan con una protección jurídica internacional expresa frente al desplazamiento ambiental mediante instrumentos de *hard law*. La CDN, ratificada por casi la totalidad de los Estados del mundo, impone, como ya lo observamos, obligaciones positivas a los Estados para garantizar el derecho a la vida (art. 6), al desarrollo (art. 27), a condiciones de vida adecuadas (art. 24) y a la protección frente a todo tipo de amenaza (art. 19).

Desde una lectura sistémica y conforme al principio del ISDN (art. 3), diversos organismos internacionales han reconocido que los NNA desplazados por desastres climáticos deben recibir una protección reforzada. Esta protección se extiende al núcleo familiar en virtud del principio de unidad familiar, también reconocido por la CDN (art. 9) y otros tratados de derechos humanos. En efecto, proteger a los NNA implica también proteger su entorno afectivo inme-

coherente con el objeto y fin de la Convención, lo que limita su aplicación a situaciones como el desplazamiento ambiental (ACNUR, 2002, § 2; Lucero y Díaz, 2022, pp. 234-235).

diato, lo cual ha sido señalado por el Comité de los Derechos del Niño (2005, § 79, 81) como una obligación en contextos de movilidad forzada.

Esta situación configura una excepción notable en el derecho internacional: los NNA desplazados ambientalmente son el único grupo para el cual existe un mandato jurídico claro y vinculante que exige medidas de protección frente al desplazamiento inducido por el cambio climático, sin necesidad de reconducir su situación a la figura del refugio tradicional. Esto refuerza la idea de que el derecho internacional puede ofrecer soluciones específicas sin necesidad de forzar el marco de la Convención de Ginebra.

5.3 El reconocimiento del desplazamiento ambiental en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El sistema interamericano ha avanzado de forma significativa en el reconocimiento del desplazamiento ambiental como una cuestión de derechos humanos. La OC-23/17 y la OC-32/25 de la CIDH representan aportes que, si bien no tienen el mismo efecto que las sentencias contenciosas, poseen una autoridad normativa con valor preventivo y orientador. Tal como ha sido planteado por doctrina especializada, estas opiniones tienen una suerte de “obligatoriedad pausada”, ya que, si bien no son directamente ejecutables, orientan a los Estados sobre el contenido de sus obligaciones internacionales y su incumplimiento puede dar lugar a responsabilidad ulterior.

En la OC-23/17, la Corte reconoció el derecho a un medio ambiente sano como un derecho autónomo y su conexión con otros derechos fundamentales protegidos por la Convención Americana (§ 62). En la OC-32/25, se estableció expresamente que el principio de no devolución se aplica a personas desplazadas por desastres ambientales cuando el retorno represente un riesgo real a sus derechos fundamentales (§ 414, 433). Estos pronunciamientos se articulan con una visión integral y evolutiva de las obligaciones estatales y refuerzan el deber de protección frente al desplazamiento ambiental, sin requerir la condición de refugiado.

En este marco, los NNA desplazados climáticamente gozan de una protección reforzada o diferenciada en virtud de su condición de sujetos de derechos prioritarios (CIDH, 2025, § 434, 420, 422). Esta protección ha sido reafirmada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2024, p. 3, § 66; 2022, § 67) y por pronunciamientos de ACNUR (Türk y Nicholson, 2010, pp. 6-7). Sin embargo, es importante subrayar que ni la Corte ni los instrumentos

interamericanos han equiparado el desplazamiento ambiental con la condición de refugio. La protección se reconoce, pero sin atribuir necesariamente la categoría de “refugiado”. Esta distinción es fundamental para evitar confusiones normativas y para preservar la coherencia del sistema interamericano.

5.4 La opción de entendimiento multinivel de la protección hacia las personas desplazadas por causas ambientales y climáticas

A partir de los anteriores tres niveles de desarrollo garantista de derechos de personas desplazadas por causas ambientales y climáticas, es necesario proponer la construcción de un marco multinivel de protección. Este concepto implica la articulación de diferentes niveles normativos (internacional, regional y nacional) y jurisdiccionales (organismos internacionales, cortes regionales, jueces nacionales) bajo el principio de máxima protección, exigiéndole, por tanto, al funcionario estatal un ejercicio multinivel de aplicación del principio *pro persona* (Aguilar et al., 2021, pp. 42 y ss.; Lucero, 2021, pp. 74-76); ello, con el fin de armonizar las normas internacionales de derechos humanos, incluso frente a vacíos del derecho internacional clásico de refugiados.

Con este objetivo, consideramos que existen por lo menos tres principios rectores que deben orientar esta nueva lectura del desplazamiento ambiental, a saber: (i) principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, que impide jerarquizar derechos civiles por sobre los económicos, sociales, culturales (Naciones Unidas, 1968, p. 18; Nogueira, 2009, pp. 151-154) y ambientales; (ii) principio de no regresividad en materia ambiental y de derechos humanos, que obliga a los Estados a avanzar progresivamente en la protección (Comité DESC, 2000, § 32, 48; Peña Chacón, 2014; Valls, 2015, p. 37); (iii) principio de justicia climática, entendido como el reconocimiento de las desigualdades estructurales que hacen a ciertos grupos más vulnerables a los efectos del cambio climático (Aguilar et al., 2022, p. 88 y ss.).

De este modo, la integración de estos principios permitirá superar la lectura excluyente del desplazamiento ambiental como fenómeno ajeno al derecho internacional. En efecto, no se trata simplemente de adaptar el régimen de refugio, sino de construir una protección internacional garantista coherente con los estándares contemporáneos de derechos humanos y las nuevas coyunturas de vulnerabilidad.

Consideramos que este enfoque no supone una ruptura con el derecho internacional existente, sino una relectura evolutiva de sus normas. De este

modo, los marcos jurídicos actuales pueden y deben interpretarse a la luz de los nuevos desafíos que plantea la crisis climática, en tanto el objeto y fines de los tratados son “instrumentos vivos” que deben acompañarse de “la evolución de los tiempos y las condiciones de vida al momento de adopción” (CIDH, 2025, § 35). La clave está en el compromiso estatal con la aplicación progresiva y armonizada de los tratados y en el papel activo de los funcionarios estatales, pero sobre todo judiciales, para superar vacíos normativos desde una perspectiva garantista.

Con todo, lo dicho no suprime la importancia de que una figura autónoma, cobijada por un tratado internacional especial, reconozca y garantice los derechos de las personas desplazadas por razones ambientales, lo cual, sin embargo, tampoco puede observarse como la única fórmula jurídica y vinculante que permite una recepción garantista de las poblaciones afectadas, que, desde un estándar mínimo, reconozca el *non-refoulement* y, desde uno satisfactorio, exija el cumplimiento de garantías más especializadas, como las consideradas en el *corpus iuris* interamericano *supra* observadas (CIDH, OC 32, 2025, § 404); todo ello, en el marco de la responsabilidad estatal frente a actos ilícitos internacionales que generan impactos en el sistema climático (CIJ, 2025, § 272-300, 450-455).

Finalmente, avanzar hacia un esquema de protección multinivel permite reconocer la situación de las personas desplazadas por causas ambientales sin tensionar innecesariamente el régimen de refugio clásico, lo que, a su vez, garantiza la protección de todos, en particular de los grupos en situación de vulnerabilidad como los NNA. Así, el derecho internacional se adapta a los desafíos contemporáneos sin debilitar sus pilares fundamentales.

6. Conclusiones

El presente trabajo ha examinado críticamente la insuficiencia del régimen jurídico internacional vigente para responder a los desplazamientos humanos provocados por el cambio climático. A partir del análisis del régimen clásico de refugio establecido en la Convención de Ginebra de 1951, se ha demostrado que la figura del “refugiado climático” no encuentra acomodo en dicha norma, pues el desplazamiento ambiental no se ajusta en el núcleo conceptual de “persecución” requerido por el artículo 1.A.2. Intentar una reinterpretación forzada de esta cláusula no solo podría vulnerar la lógica del tratado como instrumento convencional, sino que también podría debilitar la protección de aquellas personas que, conforme a los motivos reconocidos, han sufrido históricamente persecución individualizada.

Frente a esta limitación, se exploraron otras herramientas normativas y doctrinales que han tratado de ampliar la protección, fundamentalmente la Declaración de Cartagena de 1984 y los Principios de Bangkok. Sin embargo, su carácter no vinculante las sitúa en un plano de *soft law*, lo que restringe su aplicación generalizada, con la imposibilidad de sustituir la falta de un instrumento vinculante en materia de desplazamiento ambiental.

Pese a ello, se destaca que el único grupo humano que goza de protección expresa frente al desplazamiento ambiental bajo normas de *hard law* son los NNA. A través de la Convención sobre los Derechos del Niño, y con base en el principio del ISDN, los Estados están obligados a adoptar medidas especiales de protección que incluyan los efectos del cambio climático. Esta protección se extiende al núcleo familiar inmediato, conforme a los principios de unidad familiar y no separación arbitraria. Se trata, entonces, de una vía concreta y jurídicamente exigible para brindar una protección efectiva al menos a un grupo particularmente vulnerable.

Ahora bien, se hace trascendente considerar que la OC-23/17 y la OC-32/25 de la CIDH no solo reconocen la afectación directa del medio ambiente sobre los derechos humanos, sino que establecen obligaciones estatales de protección, incluyendo la aplicación del principio de no devolución a personas desplazadas por razones climáticas. Aunque estas opiniones no tienen la fuerza de una sentencia contenciosa, su carácter orientador posee una indudable autoridad jurídica y práctica. Son herramientas de prevención de conflictos que los Estados deben considerar como parte de sus compromisos internacionales, especialmente en relación con grupos en situación de vulnerabilidad.

Por su parte, desde una perspectiva propositiva, consideramos la necesidad de aplicar una arquitectura multinivel de protección en la que confluyan normas internacionales de derechos humanos, principios interamericanos, legislación nacional y jurisprudencia evolutiva. Este enfoque busca superar la tensión entre un régimen de refugio rígido y las realidades contemporáneas de desplazamiento. A través del principio *pro persona*, es posible configurar un esquema integral y no excluyente que ofrezca respuestas efectivas a quienes huyen no por persecución política o religiosa, sino por la degradación de su entorno vital.

Asimismo, es fundamental subrayar que la protección de las personas desplazadas por el cambio climático (desde su no devolución hasta las garantías integrales establecidas por la CIDH en la OC-32/2025 descritas *supra*, § 404-405) no implica necesariamente su reconocimiento como refugiados. Por el contrario, insistir en una categoría jurídica cuya naturaleza impide la subsun-

ción del fenómeno migratorio ambiental podría generar efectos regresivos tanto para quienes necesitan protección por causas tradicionales como para las mismas personas desplazadas por causas ambientales. El camino, por tanto, no es homogeneizar bajo la etiqueta de “refugiado” nuevas coyunturas de movilidad (entre ellas, la ambiental y climática), sino diferenciar con base en los estándares internacionales disponibles la mejor opción para otorgar garantías sustantivas, efectivas y no meramente nominales.

De este modo, el desplazamiento climático o por desastres ambientales debe dejar de ser considerado un vacío normativo y pasar a ser tratado como una dimensión que ya es abordada por el derecho internacional de los derechos humanos, con obligaciones y garantías mejorables, pero vinculantes. Espacios jurisdiccionales internacionales como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Corte Internacional de Justicia, y cuasijurisdiccionales como los comités del Derechos del Niño, de Derechos Humanos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales son mecanismos a través de los cuales es posible proteger los derechos de las personas que sufren este tipo de desplazamiento.

En esta tarea, el derecho no puede ser un obstáculo, sino una herramienta para la dignidad humana, en donde el desplazamiento forzado ambiental sea asumido como una realidad que desafía los límites del derecho internacional clásico. Un marco inclusivo de protección, basado en la articulación multinivel, la interpretación *pro persona* y el anclaje en los tratados de derechos humanos, constituye una vía jurídicamente viable y éticamente necesaria frente a la urgencia de esta problemática.

Finalmente, el presente artículo no pretende clausurar el debate, sino abrir caminos para una construcción progresiva del derecho internacional. En la medida en que la emergencia climática se intensifique, será inevitable que los sistemas jurídicos enfrenten con mayor frecuencia casos de desplazamiento ambiental. La forma en que el derecho internacional reaccione a estos desafíos no solo definirá el futuro de millones de personas, sino también la legitimidad misma del sistema internacional de protección de derechos humanos.

Bibliografía

Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados. (2001). *Interpretación del artículo 1 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*. Alto Comisionado de las Naciones

- Unidas para los Refugiados. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/7392.pdf>
- Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados. (2002). *Directrices sobre protección internacional: La pertenencia a un determinado grupo social en el contexto del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 o su Protocolo de 1967 relativo al estatuto de los refugiados* (Doc. ONU HCR/GIP/02/02, 7 de mayo de 2002). Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. <https://www.unhcr.org/media/guidelines-international-protection-no-2-membership-particular-social-group-within-context>
- Aguilar, G., Contreras, C. y Lucero, J. (2021). Acceso a la justicia climática: El derecho al acceso a la justicia ambiental como instrumento de control frente al cambio climático. *Publicum*, 7(1), 24-58. <https://doi.org/10.12957/publicum.2021.63599>
- Aguilar, G., Contreras, C. y Lucero, J. (2022). Cambio climático y acceso a la información y participación ambiental. *Revista de Direito Internacional*, 19(1), 80-103. <https://doi.org/10.5102/rdi.v19i1.7968>
- Asian-African Legal Consultative Organization. (2001). "Final Text of the Bangkok Principles on the Status and Treatment of Refugees" as adopted on 24 June 2001 at the AALCO'S 40th session, New Delhi. Asian-African Legal Consultative Organization. <https://www.refworld.org/legal/resolution/aalco/1966/en/18604>
- Benavides Casals, M. A. (2021). El *soft law* en el contexto de las fuentes del derecho internacional: Aportes para la discusión. *Revista de Derecho Público*, 94, 1-16. <https://doi.org/10.5354/0719-5249.2021.64239>
- Bleicher, S. (1969). The legal significance of re-citation of General Assembly resolutions. *The American Journal of International Law*, 63(3), 444-478. <https://doi.org/10.2307/2198866>
- Cantor, D. J. (2021). Environment, mobility, and international law: A new approach in the Americas. *Chicago Journal of International Law*, 21(2), article 3. <https://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol21/iss2/3>
- Coddou, A. y Tapia, F. (2022). La política constitucional del Antropoceno. *Estudios Constitucionales*, 20(número especial), 20-51. <http://doi.org/10.4067/S0718-52002022000300020>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2019). *Principios Interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas* (Resolución No. 4/19, 7 de diciembre de 2019), principio 33. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/principios%20ddhh%20migrantes%20-%20es.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2021). *Guía práctica: ¿Cómo hacer más efectiva la protección a la unidad familiar y la reunificación familiar en situaciones de movilidad humana y movimientos mixtos, y en el contexto de pandemia?* https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/guia_practica_migracion_esp.pdf
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales. (2022). *Informe especial: Emergencia climática y derechos humanos en las Américas*. https://www.oas.org/es/CIDH/docs/anual/2022/docs/IA2022_EmergenciaClimatica_SecccionEspecial_REDESCA_SPA.docx
- Consejo de Derechos Humanos. (2009). *Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la relación entre el cambio climático y los derechos humanos* (Doc. ONU A/HRC/10/61). Naciones Unidas. <https://docs.un.org/es/A/HRC/10/61>

- Consejo de Derechos Humanos. (2018). *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible* (Doc. ONU A/HRC/37/59). Naciones Unidas. <https://docs.un.org/es/A/HRC/37/59>
- Delgado Schneider, V. (2021). El principio de no regresión en el derecho ambiental chileno: Reconocimiento, contenido, alcances, versiones y límites. *Revista de Derecho Ambiental*, (16), 9-42. <https://doi.org/10.5354/0719-4633.2021.61826>
- Gemenne, F. (2015). Una buena razón para hablar de los refugiados climáticos. *Migraciones Forzadas*, 49, 70-71. <https://bit.ly/3YB0fEk>
- Goodwin-Gill, G. S. (1996). *The refugee in international law* (2ª ed.). Clarendon Press.
- Hathaway, J. C. (1991). *The Law of Refugee Status*. Butterworths.
- Intergovernmental Panel on Climate Change. (2023). *Climate Change: Synthesis Report. Summary for Policymakers*. https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/downloads/report/IPCC_AR6_SYR_SPM.pdf
- Lavieille, J., Prieur, M., Marguenaud, J. P., Monediaire, G., Betaille, J., Drobenko, B., Gouguet, J. J., Nadaud, S. y Roets, D. (2008). Projet de convention relative au statut international des déplacés environnementaux. *Revue Européenne de Droit de l'Environnement*, 4, 381-393. <https://bit.ly/3Wwc21A>
- Lucero, J. E. (2021). El juez multinivel y la transversalidad de garantías: Un acercamiento a los escenarios fácticos en América y Europa. *Opinión Jurídica*, 20(41), 71-99. <https://doi.org/10.22395/ojum.v20n41a2>
- Lucero, J. (2024). *Elementos del sistema de responsabilidad en el proceso ambiental: Una propuesta de armonización*. Tirant lo Blanch.
- Lucero, J. y Díaz, J. (2022). Desafíos en el derecho internacional para la protección de niños, niñas y adolescentes y sus familias víctimas de desplazamiento ambiental. *Revista de Derecho Ambiental*, 18(2), 231-260. <https://doi.org/10.5354/0719-4633.2022.68289>
- McAdam, J. (2012). *Climate change, forced migration and international law*. Oxford University Press.
- Nogueira, H. (2009). Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano. *Estudios Constitucionales*, 7(2), 143-205. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002009000200007>
- Organización Internacional para las Migraciones. (2019). *Glossary on migration: International migration law*. https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_34_glossary.pdf
- Peña Chacón, M. (2014). Principio de prohibición de regresividad ambiental en la jurisprudencia comparada iberoamericana. *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, (14), IJ-LXXIV-591.
- Salinas, S. (2020). *Desplazamiento ambiental y derecho internacional: Consideraciones en torno a la necesidad de un marco regulatorio no exclusivo*. Tirant lo Blanch.
- Terreros, F. C. (2020). Derecho a la protección de los desplazados por factores medioambientales a la luz de la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos. *Estudios Constitucionales*, 18(2), 151-183. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002020000200151>
- Türk, V. y Nicholson, F. (2010). Protección de los refugiados en el derecho internacional: Una perspectiva general. En Feller, E., Türk, V. y Nicholson, F. (Eds.), *Protección de los refugiados en el derecho internacional* (pp. 3-50). Icaria Editorial y ACNUR.
- UNICEF. (2023). *Niños y niñas desplazados por el cambio climático: Prepararse para un futuro que*

- ya está aquí. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. <https://www.un-ilibrary.org/content/books/9789280654998/read>
- UNICEF y Fundación Patrick J. McGovern (2023). *Niños y niñas desplazados por el cambio climático: Prepararse para un futuro que ya está aquí*. <https://www.refworld.org/es/ref/infortem/unicef/2023/es/148846>
- Valls, M. (2015). La 'regresión' acecha al derecho ambiental. La doctrina está alerta. En Peña Chacón, M. (Ed.), *El principio de no regresión ambiental en Iberoamérica* (pp. 37-52). UICN.
- Verdross, A. y Simma, B. (1984). *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis* (3ª ed.). Duncker & Humblot.
- Vio Grossi, E. (2017). Voto individual del Juez Eduardo Vio Grossi. En *Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 24 de noviembre de 2017*. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf
- Vio Grossi, E. (2018). La naturaleza no vinculante de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Jurídica Digital UANDES*, 2(2), 200-214. <https://rjd.uandes.cl/index.php/rjduandes/article/view/62/69>
- Vitzthum, W. (2007). *Völkerrecht* (4ª ed.). De Gruyter Recht.

Instrumentos internacionales citados

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2024). *Resolución No. 2/24 sobre movilidad humana inducida por el cambio climático* (adoptada el 26 de diciembre de 2024). https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2024/resolucion_cambio_climatico.pdf
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2025). *Observación General No. 27: Derechos económicos, sociales y culturales y la dimensión de desarrollo sostenible* (Doc. ONU E/C.12/GC/27, 26 de septiembre de 2025). <https://docs.un.org/es/E/C.12/GC/27>
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2000). *Observación General No. 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto)* (Doc. ONU E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000). <https://docs.un.org/es/E/C.12/2000/4>
- Comité de Derechos Humanos. (2020). *Dictamen aprobado por el Comité a tenor del artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 2728/2016* (Doc. ONU CCPR/C/127/D/2728/2016, 23 de septiembre de 2020). <https://docs.un.org/es/CCPR/C/127/D/2728/2016>
- Comité de los Derechos del Niño y Comité de Trabajadores Migratorios. (2017). *Observación general conjunta 22 & 3 sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional* (Doc. ONU CRC/C/GC/22 y CMW/C/GC/3, 16 de noviembre de 2017). <https://undocs.org/CRC/C/GC/22>
- Comité de los Derechos del Niño. (2005). *Observación general N° 6: Tratamiento de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen* (Doc. ONU CRC/GC/2005/6, 1 de septiembre de 2005). <https://docs.un.org/es/CRC/GC/2005/6>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014). *Opinión Consultiva OC-21/14 del 19 de agosto de 2014. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Serie A No. 21. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017). *Opinión Consultiva OC-23/17. Medio Am-*

- biente y Derechos Humanos. Serie A No. 23. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2020). *Opinión Consultiva OC-26/20 de 9 de noviembre de 2020. Medio ambiente y derechos humanos (interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Serie A No. 26. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_26_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2025). *Opinión Consultiva OC-32/25. Personas en movilidad humana en el contexto de desastres y cambio climático*. Serie A No. 32. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_32_esp.pdf
- Corte Internacional de Justicia. (2025). *Opinión Consultiva “obligaciones de los Estados respecto al cambio climático”* del 23 de julio de 2025. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/187/187-20250723-adv-01-00-en.pdf>
- Naciones Unidas. (1951). *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Adoptada el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas*. https://www.acnur.org/sites/default/files/2023-05/Convencion_1951.pdf
- Naciones Unidas. (1967). *Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados*. Adoptado en Nueva York el 31 de enero de 1967. <https://www.acnur.org/sites/default/files/legacy-pdf/5b076dcd4.pdf>
- Naciones Unidas. (1968). *Proclamación de Teherán* (Doc. ONU A/CONF.32/41, 22 de abril a 13 de mayo de 1968). <https://docs.un.org/es/A/CONF.32/41>
- Naciones Unidas. (1969). *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*. https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/convencion_viena.pdf
- Naciones Unidas. (1984). *Declaración de Cartagena sobre Refugiados*. Adoptado por el “Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios”. <https://www.acnur.org/sites/default/files/legacy-pdf/5b076ef14.pdf>
- Naciones Unidas. (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. (Doc. ONU A/RES/44/25). <https://docs.un.org/es/A/RES/44/25>
- Naciones Unidas. (2019). *Resolución 73/195. Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular* (Doc. ONU A/RES/73/195, 11 de enero de 2019). <https://docs.un.org/es/A/RES/73/195>
- Organización de los Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*. https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
- Unión Africana. (2009). *Convención de la Unión Africana para la Protección y Asistencia a los Desplazados Internos en África (Convención de Kampala)*. Adoptada el 23 de octubre de 2009. https://au-int.translate.goog/en/treaties/african-union-convention-protection-and-assistance-internally-displaced-persons-africa?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=es&_x_tr_hl=es&_x_tr_pto=tc

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.

DECONSTRUCCIÓN HISTÓRICO-DOGMÁTICA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL CORPORATIVA

Dereck Patrick Palomino Campomanes

Universidad Nacional Federico Villarreal

dereck_palomino@hotmail.com

<https://orcid.org/0009-0001-4774-0669>

<https://doi.org/10.26422/RJA.2025.0602.pal>

Recibido: 01/08/2025

Aceptado: 05/11/2025

Resumen

Este artículo examina las bases histórico-dogmáticas de la responsabilidad penal corporativa a partir del análisis sistemático de fuentes normativas, teológicas, filológicas, lingüísticas y contextuales que permiten identificar expresiones tempranas de punibilidad colectiva. En particular, se desarrolla un estudio pormenorizado sobre las manifestaciones premodernas y contemporáneas de adscripción punitiva a las corporaciones, con el fin de precisar en qué medida existieron y subsisten los criterios *praeterjurídicos* y normativos orientados a imputar hechos punibles a entes colectivos.

Sobre dicha base, se objeta la *communis opinio* que asocia la responsabilidad penal de personas jurídicas a tres afirmaciones generalizadas en la literatura especializada: la inexistencia de un régimen de responsabilidad penal corporativa atribuible al derecho romano, la adscripción del aforismo *societas delinquere non potest* al canonismo medieval y el supuesto origen exógeno de la imputación penal corporativa. Finalmente, se concluye que tales premisas carecen de soporte argumentativo, demostrando cómo los dilemas histórico-dogmáticos resuenan e influyen actualmente en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos.

Palabras clave: responsabilidad penal corporativa, *municipes*, *universitas*, castigo colectivo, persona jurídica, *nomina iuris*, *societas delinquere non potest*, sistema civil law, sistema common law.

Historical-dogmatic Deconstruction of Companies' Criminal Liability

Abstract

This article examines the historical-dogmatic foundations of corporate criminal liability through systematic analysis of normative, theological, philological, linguistic, and contextual sources that reveal early expressions of collective punishability. The study particularly develops a detailed examination of premodern and contemporary manifestations of punitive ascription to corporations, aiming to determine to what extent praeter-legal and normative criteria existed for imputing criminal acts to collective entities.

On this basis, it challenges the *communis opinio* linking legal persons' criminal liability to three widespread assertions in specialized literature: (i) the alleged absence of a corporate criminal liability regime in Roman law, (ii) the attribution of the maxim *societas delinquere non potest* to medieval canon law, and (iii) the presumed exogenous origin of corporate criminal imputation. The analysis ultimately demonstrates these premises' lack of substantive support while revealing how historical dilemmas continue to resonate with unexpected relevance in contemporary Latin American legal systems.

Key words: companies' criminal liability, municipalities, universities, collective punishment, legal entity, *nomina iuris*, *societas delinquere non potest*, civil law system, common law system.

1. Introducción

La remisión histórica sobre el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (en adelante, RPPJ) no resulta una cuestión menor; al contrario, evidenciar las consecuencias de un análisis exhaustivo al respecto abonará a reconocer los fundamentos de la responsabilidad penal corporativa (en adelante, RPC) en sentido amplio y en sentido estricto; además, servirá como soporte argumentativo para replicar y/o desmentir diversas afirmaciones generalizadas sobre la materia; principalmente, contribuirá a rechazar que: 1) en el derecho romano no existía un régimen de RPC; 2) que el brocardo *societas delinquere non potest* sea una locución atribuida al derecho canónico medieval a través de Sinibaldo de Fieschi (Inocencio IV); y 3) que la RPPJ, en sentido estricto, sea una novedad o resultado de la influencia de la doctrina anglosajona y/o norteamericana durante el siglo XIX a través de su sistema jurídico *common law*.

Por lo tanto, como punto de partida de la presente investigación, corresponde señalar que la cuestión sobre la punibilidad de las PPJJ no puede ser respondida sin antes prestar atención al desarrollo histórico-dogmático sobre la materia, de esta forma, se podrá apreciar que las discusiones efectuadas en el devenir de los siglos siguen manteniéndose vigentes en el debate actual, sobre todo, a través de los criterios contextuales, lingüísticos e históricos se podrá

demostrar que la RPPJ no obedece a necesidades lógico-sistemáticas, sino a necesidades políticas o de conformidad con objetivos internacionales.

En consecuencia, para iniciar el presente acápite, nos resulta oportuno compartir la siguiente reflexión establecida por Marinucci (2008):

¿Cuáles son las causas de estos giros en la historia de la alternativa “*puede*” o “*no puede*” la *universitas cometer delitos*? No es una pregunta ociosa. Quien quiera discutir seriamente, *de lege ferenda*, si extender o no a la persona jurídica el ámbito de destinatarios de las normas incriminadoras, no puede ignorar la voz de la historia de ese “*puede*” o “*no puede*”. (p. 1174)

2. Evolución histórica sobre la responsabilidad penal corporativa

2.1. La responsabilidad penal corporativa en el Antiguo Testamento y en el Código de Hammurabi

Históricamente, resulta un anacronismo toda afirmación orientada a señalar que la discusión sobre la RPC (en sentido amplio) surgió en contexto del derecho romano clásico y/o del derecho medieval y canónico, pues, en puridad de los términos, es solo a partir de los textos bíblicos del Antiguo Testamento donde se realizan los primeros estudios sobre los crímenes y castigos atribuidos a corporaciones territoriales, en específico, nos referimos a las narraciones de: i) el Libro de Génesis 19: 1-29, destrucción de Sodoma y Gomorra (1900-1800 a. C); y ii) el Libro de Jonás 3: 3-10, con la destrucción de Nínive (760-750 a. C.).

Sobre el primer caso, respecto a la destrucción de las ciudades de Sodoma y Gomorra, el texto bíblico nos retrotrae a la llegada de dos ángeles al pueblo de Sodoma, enviados por “El Señor” para verificar el clamor insoportable de los sodomitas malvados que cometían pecados muy graves contra él. Tal es así que, a su llegada, los recibe Lot —sobrino de Abraham—, insistiendo con que pasen la noche en su hogar al ser su servidor. No obstante, al llegar la noche, el pueblo de Sodoma —entre ellos, jóvenes y ancianos sodomitas— había rodeado la casa de Lot, intentando romper la puerta de acceso con la finalidad de acostarse con los ángeles, a lo que ellos extendieron los brazos y dejaron ciegos a los sodomitas por pecadores. De esta manera, habiendo comprobado el insoportable clamor de los sodomitas, “El Señor” hizo que cayera del cielo lluvia y azufre sobre Sodoma y Gomorra, junto a todos sus habitantes, no sin antes tener compasión por Lot y su familia, sacándolos de la ciudad y permitiéndoles huir momentos antes de la destrucción.

Respecto al segundo caso, el texto bíblico narra la historia de Jonás —hijo

de Amitay—, enviado por “El Señor” —luego de intentar huir de él— a la gran ciudad de Nínive para proclamar el mensaje de que dentro de cuarenta días Nínive sería destruida. Al oír esto, los ninivitas creyeron en la palabra del Dios de Jonás, Dios del cielo, de modo que, por decreto del rey y de su corte, todo el pueblo compuesto por más de veinte mil ninivitas proclamó ayuno y guardó luto en señal de arrepentimiento por sus hechos violentos y por enrumbarse en el mal camino. Al ver esto, Dios, lento para la ira y lleno de amor, cambió de parecer y decidió no llevar a cabo la destrucción de Nínive.

En relación con ambos casos, interesa destacar que el análisis histórico de los textos bíblicos del Antiguo Testamento se circunscribe a narrar los primeros casos de castigos corporativos (contra corporaciones territoriales) con base en los comportamientos individuales pecaminosos, sea el caso de los sodomitas, en donde se adscribe el castigo corporativo (en sentido amplio) contra sujetos individuales, o el caso de los ninivitas, a quienes se les purga de la culpa corporativa mediante el bando.

Con todo, paradójicamente, con base en el argumento *ad verecundiam* o discurso de autoridad, Dios reconoce la RPC (contra corporaciones territoriales), por lo que resulta válida la proposición de que en la doctrina del Antiguo Testamento se aceptaba la RPC, volviéndose dicha afirmación prácticamente irrefutable.

Al respecto, podemos sostener con Martínez (2016) lo siguiente:

La doctrina del Antiguo Testamento respecto a la responsabilidad penal corporativa es clara: las corporaciones territoriales son sujetos de responsabilidad penal, pero pueden ser perdonados (indultados) en determinadas circunstancias (así Nínive y los ninivitas). Los miembros individuales de estas que se opusieron activamente al delito (Lot y su familia), no serán nunca castigados. (pp. 141-142)

Posteriormente a la redacción del Génesis, como segunda referencia histórica para marcar la transición del mito al logos en lo concerniente a la RPC, se destaca la legislación hammurábica. Históricamente, la promulgación de estos textos se ubica en la región de Mesopotamia, durante el Primer Imperio Babilónico o paleobabilónico, donde el rey de Hammurabi, sexto rey de la ciudad de Babilonia (1792-1750 a. C.), realizó una recopilación de leyes que luego se sintetizaron en el Código de Hammurabi.

Particularmente, el Código tiene la característica saltante de irradiar de sus efectos pautadores en el tiempo más allá de la vigencia de la civilización babilónica y de su propia decadencia (Basadre, 2011, p. 170). Como bien grafica

la *Estela de Hammurabi*, el rey Hammurabi recibe las leyes en manos del dios Shamash (el sol), siendo que en esta se hallan grabadas las 282 leyes del Código de Hammurabi.

Específicamente, en lo que respecta a la RPC, el Código de Hammurabi estableció dos tipos de responsabilidad colectiva: la responsabilidad familiar y la responsabilidad de ciudades o de la corporación territorial.

En cuanto a la responsabilidad colectiva en la esfera familiar, se destaca el famoso caso del arquitecto que, debido a su mala praxis, no construye con solidez la casa del propietario, trayendo como consecuencia su derrumbe y, subsecuentemente, la muerte del propietario, su hijo y su esclavo. En ese contexto, dependiendo del tipo de supuesto, se aplicaban los artículos 229,¹ 230² y 231³ del Código de Hammurabi a fin de dar un castigo vengativo o igualitario en términos drásticos en contra del arquitecto.

En nuestra tradición, este tipo de supuestos nos retrotrae a la célebre referencia bíblica del Éxodo (21, 23-25) “ojo por ojo y diente por diente”, basada en la ley del Tali3n, a efectos de garantizar un castigo proporcional o idéntico al incumplimiento del mandato general de la legislación hammurábica, a decir de Basadre (2011):

En materia penal, el Código de Hammurabi se orientó sobre la base de la ley del Tali3n que, sin duda, constituye una etapa de incipiente desarrollo dentro de la regulaci3n de sanciones insertas en el sistema jur3dico arcaico. La pena, originalmente sustentada en la venganza de la sangre tiene una primera moderaci3n hist3rica con el principio: “ojo por ojo y diente por diente”. En la 3poca babil3nica no se podr3a matar a quien s3lo golpe3 u ofendi3 a una persona. Por lo dem3s, las penas establecidas en el C3digo de Hammurabi son crueles. (p. 174)

Ahora bien, en lo que respecta a la responsabilidad colectiva de ciudades o de la corporaci3n territorial, el C3digo de Hammurabi establec3a en sus art3culos 23⁴ y 24⁵ un castigo dirigido a la propia ciudad o corporaci3n territorial. En

-
- 1 Art. 229.- “Si un arquitecto hizo una casa para otro, y no la hizo s3lida, y si la casa que hizo se derrumb3 y ha hecho morir al propietario de la casa, el arquitecto ser3 muerto”.
 - 2 Art. 230.- “Si ello hizo morir al hijo del propietario de la casa, se matar3 al hijo del arquitecto”.
 - 3 Art. 231.- “Si hizo morir al esclavo del due3o de la casa, dar3 al propietario de la casa esclavo como esclavo.”.
 - 4 Art. 23.- “Si el bandido no fue apresado, el hombre despojado prestar3 juramento de todo lo que ha sido despojado, y la ciudad y el jeque en cuyos l3mites fue el despojo, le devolver3n todo lo que perdi3”.
 - 5 Art. 24.- “Si se trata de una persona, la ciudad y el jeque pagar3n una mina de plata”.

el primer supuesto, ante el no apresamiento del ladrón (autor), se castigaba a la ciudad (colectivo) por su aquiescencia o permisión del bandidaje y despojos, bajo la obligación de restituir sus bienes (v. g., ganado, cosechas, dinero, etc.) al despojado. En cambio, en el segundo supuesto —más grave, por cierto—, la semántica del texto hammurábico regulaba supuestos donde la persona era objeto del delito, esto es, casos de secuestro u homicidio dentro del territorio comunal, compensando dicha afectación la corporación mediante una mina de plata.

En efecto, con el castigo a las propias corporaciones territoriales en estos tipos de supuestos, el Código de Hammurabi ya regulaba lo que actualmente identificamos como una responsabilidad objetiva por el hecho de otro (la ciudad responde por el robo o despojo) o, con otra interpretación de los mismos textos, ante la falta de apresamiento del autor (ladrón) la ciudad respondería por un hecho propio (aquiescencia o permisión) frente a secuestros. En ese sentido, concluimos con Martínez (2016) que:

(...) esta responsabilidad de la ciudad por el hecho criminal cometido en su territorio puede ser analizada de dos maneras: como una responsabilidad por el hecho de un tercero, ciudadano o residente ocasional, o como un hecho propio, consistente en la generación de unas determinadas características que posibilitan precisamente la acción criminal del sujeto y su posibilidad de huir. (pp. 144)

Por último, como ejemplo de responsabilidad penal corporativa basada en hechos extratextuales, se destaca el caso de la ciudad de Babilonia, que fue destruida hasta en tres oportunidades: primero, con la orden de destrucción de Mursili II en 1531 a. C., luego, en 689 a. C. con Senaquerib, y, finalmente, con la invasión meda en 539 a. C.

2.2 La responsabilidad penal corporativa en el derecho romano

Por otro lado, en lo que respecta a la discusión sobre la admisibilidad o rechazo de la RPC en Roma, debe tenerse en cuenta que estas dudas interpretativas surgen a raíz del análisis antitético sobre los dos principales extractos del Digesto planteado por Ulpiano, los cuales se refieren al *dolo malo* (*De dolo malo*) y a la interpretación indubitada (*Quod metus causa*), que, a través de su traducción del latín al castellano, literalmente refieren lo siguiente:

Tabla 1. Comentarios de Ulpiano sobre el Digesto: *De dolo malo* y *Quod metus causa*

TEMA	COMENTARIO DE ULPIANO	REFERENCIA
De dolo malo	Pero se duda si contra los <i>municipes</i> se da la acción de dolo. Y opino que verdaderamente por dolo suyo no puede darse; porque ¿qué pueden hacer con dolo los <i>municipes</i> ? Pero entiendo que debe darse si ellos han ganado algo por el dolo de aquellos que administran los bienes de los <i>municipes</i> . En cambio, por el dolo de los decuriones se dará la acción de dolo contra los mismos decuriones.	(Ulpiano, Digesto, l. 4, t. 3, n. 15, 1)
Quod metus causa	Se debe advertir, sin embargo, que en este edicto el pretor habla en términos generales y objetivamente, sin añadir quien sea el autor de la coacción, y por ello se aplica este edicto tanto si es una persona particular la que causa la intimidación, como el pueblo, la curia, un colegio o una colectividad.	(Ulpiano, Digesto, l. 4, t. 2, n. 9, 1.)

Fuente: elaboración propia adaptado de Martínez Patón (2016, pp. 161-165).

En ese orden de ideas, lo cierto es que toda colisión o bifurcación de interpretaciones surge a partir del análisis sintáctico del sustantivo *municipes*. Por un lado, de la interpretación literal del primer texto se comprende que el municipio no puede actuar con dolo, pero sí sus gobernantes individuales (*singularis persona*), mientras que, por el otro, según el segundo texto, se acepta la idea de que una colectividad (*populus*) puede ser autor de actos penalmente relevantes, como son los actos de coacción.

Al respecto, en relación con el primer texto, debe tenerse en cuenta que, con base en el caso particular resuelto a través del Digesto, Ulpiano tan solo se cuestionaba retóricamente lo que podrían hacer los municipios con el dolo, por lo que, para comprender realmente la posibilidad de admitir o no la RPC en el contexto romano, debe realizarse una valoración conjunta en armonía con el segundo texto, el cual, a saber, admite que las *universitates*, *collegium*, *corpus* y *populus* tengan una capacidad de acción delictiva, por lo que no cabe sino interpretar el primer texto de forma contraria a lo que pareciera su tenor literal, puesto que el sustantivo *municipes* se entendería bajo la acepción de “cámara de ciudadanos” sin capacidad de acción.

Suma a lo anterior que, en realidad, el derecho romano sí admitía la RPC, pues no es hasta el siglo XIX que, a través de Friedrich Karl von Savigny, se

comienza a postular y difundir interpretaciones de los dos textos citados en un sentido negacionista.

Con todo, parece insuficiente el mero análisis textual y filológico sobre los dos textos en cuestión como para arribar a conclusiones acérrimas, por lo que, para complementar con suficiencia ello, se deberá formular una interpretación histórica basada en instituciones extrajurídicas del contexto romano, por lo cual, siguiendo a Martínez (2016),

[e]l reconocimiento o no de la responsabilidad penal corporativa en Roma no debe basarse en la interpretación de esas pocas reliquias textuales, sino que entendemos que sería oportuno buscar otras instituciones positivas e indubitadas que pudiesen aclarar la cuestión. Si hallamos esas instituciones, entonces estaremos en disposición de hacer una interpretación histórica de estos y no meramente filológica textual, y será esa interpretación basada en hechos históricos indubitados la que aportará información más sólida al respecto. (p. 169)

En relación con lo anterior, es preciso señalar que las instituciones extrajurídicas del contexto romano a las que nos referiremos serán la destrucción de ciudades y el diezmo, en tanto sean comprendidas como un castigo colectivo o pena corporativa.

Respecto a la primera institución extrajurídica, el caso concreto más ilustrativo de destrucción de ciudades en el contexto romano es el de la ciudad de Capua, hecho que suscitó durante el periodo de la Segunda Guerra Púnica (218-201 a. C.), cuando Capua traicionó a Roma al cambiar de bando y formar una alianza con Aníbal Barcas al unir fuerzas con el ejército de los cartagineses en el 216 a. C., de forma que, después de años de combate, cuando la guerra se inclinó a favor de Roma, en el año 211 a. C. el ejército romano tomó represalias contra la ciudad de Capua por su traición y destruyó su estructura política, al punto de despojarla de su constitución municipal y eliminar su autonomía, además de eliminar a sus principales líderes que habían apoyado a Aníbal. Todas estas medidas punitivas comunicaron una advertencia severa para evitar futuras deslealtades contra Roma.

Sobre la segunda institución extrajurídica, la figura del diezmo era trascendental al momento de entender la ideología romana relativa a los castigos colectivos, de forma que, en el contexto romano, la *decimatio*, proveniente del término latín *decimus* —que al castellano significaría décimo—, era un castigo disciplinario extremadamente severo que se aplicaba a una unidad militar para ejecutar a uno de cada diez hombres —mientras que los otros nueve sufrían la

pena “mitigada” de haber estado en riesgo de muerte—, generalmente cuando una cohorte o legión habrían demostrado cobardía, desobediencia o incompetencia en el campo de batalla.

Este hecho extratextual es analizado de forma magistral por Bueno (2011) de la siguiente manera:

La práctica del diezmo o del diezmar se aplicaba al ejército romano, cuando había una legión que por ejemplo había sido cobarde o había huido o cualquier otra cosa atribuida colectivamente, en lugar de sacrificar a toda la legión, lo que se hacía era elegir de cada diez a uno, entonces se les crucificaba o se les ahorcaba, con lo cual la legión quedaba incorruptible, mientras que eran unos cuantos individuos por sorteo además, lo cual era un procedimiento completamente absurdo, pero que sin embargo se debía prácticamente para estos efectos, había una culpa o unos responsables pero el resto quedaba suelto por así decirlo. (4m35s-5m27s)

Uno de los casos más emblemáticos de esta especie de diezmo es la decimación contra las tropas romanas que habían demostrado cobardía e inclusive huido de la batalla de Cannae en el 216 a. C., con la finalidad de castigar el fracaso militar de Roma y restaurar la disciplina de su ejército.

De esta manera, se comprueba que los castigos colectivos impuestos contra ciudades y la aplicación de la *decimatio* permiten constatar que en Roma las medidas punitivas corporativas sí eran frecuentes y, en consecuencia, corresponde afirmar que en Roma sí existía la RPC (en sentido amplio).

2.3 La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho canónico

En el derecho medieval y canónico, se dejan de lado conceptos de antiguo cuño como los municipios (*universitas*), reducidos a la exigencia de adscribir una responsabilidad penal a sus integrantes individuales (*singuli*) en el marco funcional de su administración por la comisión de delitos, para abrirse a un giro conceptual y reconocer nuevas formas de manifestación social a través de entidades colectivas, por mejor decir, es a partir del comienzo de la Edad Media cuando se plantea en estricto la cuestión de la RPPJ, toda vez que en este periodo histórico es donde el rol social de las corporaciones ostenta una mayor importancia al ser titulares del poder político y funciones económicas.

Es en ese sentido que, entre los siglos XI y XIII de la Edad Media, cierto grupo de juristas medievales, identificados como glosadores de las primeras escuelas de derecho de Bolonia (Italia), se dedicaron al estudio, recopilación,

sistematización y comentario del derecho romano, con especial énfasis en el Corpus Juris Civilis del emperador bizantino Justiniano I del siglo VI, al ser considerado como el principal conjunto de normas fundamentales de Roma para el desarrollo del derecho europeo.

De ahí que, en lo que respecta a la RPC, los glosadores se basaron en los principios del derecho romano para diferenciar cuándo la responsabilidad por un hecho delictivo se explicaba como un delito individual, o, antes bien, como un delito de la corporación, en tanto en cuanto la totalidad de miembros de la organización daba comienzo a una acción penalmente relevante a través de una toma de decisión conjunta, materializándose así una acción corporativa (Bacigalupo, 2001, p. 42).

Posteriormente, durante los siglos XII y XIII en la Edad Media, los canonistas, quienes eran juristas especializados en el estudio de las leyes eclesiásticas de la Iglesia católica —como las Decretales (leyes papales) o el *Decretum* de Graciano (año 1140)—, consolidaron el estudio sistemático del derecho canónico en las escuelas eclesiásticas y universidades de Europa, principalmente en Bolonia (Italia) y París (Francia), comenzando de esta manera la elaboración del concepto técnico-jurídico de la PPJJ.

De esta manera, a partir de este periodo histórico, la PPJJ es comprendida bajo el concepto de persona y, en consecuencia, trae aparejadas todas las implicancias jurídicas de ser un sujeto de derecho, sin embargo, a diferencia del ser humano entendido bajo un concepto real de persona, en aquel entonces la corporación eclesiástica era comprendida bajo un concepto ficticio de persona, siendo reconocida como un ser incorporeal, espiritual o una mera ficción jurídica (*nomina iuris*).

Lo cierto es que esta formulación doctrinal fue elaborada con la finalidad de evitar el castigo contra las corporaciones que contravenían las leyes eclesiásticas del papa o aquellas impuestas por el emperador, toda vez que resultaba imposible excomulgar a las corporaciones, principalmente las eclesiásticas, porque resultaban seres sin alma, sin capacidad de acción y, en consecuencia, sin capacidad delictiva.

En ese orden de ideas, entre los representantes de la teoría de la ficción se destaca la figura de Sinibaldo de Fieschi o Sinibaldo Flisco (1185-1254), conocido como el papa Inocencio IV, tanto es así que, inclusive, el mismo Gierke (como se citó en Martínez, 2021) lo denominó “*el padre del dogma de la ficción*”⁶

6 Las cursivas son propias del texto original.

(p. 1306), siendo un precursor de esta teoría que aparecería de forma predominante en el siglo XIX.

No obstante ello, es aquí donde surge un importante debate a saber, pues, mientras que la mayoría de los penalistas de forma generalizada le atribuyen a la figura del papa Inocencio IV la autoría del brocardo *societas delinquere non potest*,⁷ una minoría sostiene que, en realidad, Sinibaldo de Fieschi no estuvo en contra de la RPC al comentar la Decretal de Honorio III *Gravem Venerabilis Fratis* mediante la frase *impossibile est quod universitas delinquat*, que traducida al castellano significaría “es imposible que la corporación delinca”, sino más bien aceptaba que las PPJJ pudieran tener capacidad de acción y responsabilidad criminal, negando únicamente su capacidad de sufrir la pena espiritual de la excomunión al ser entes sin alma y sin capacidad de recibir los sacramentos.

Claro ejemplo del reconocimiento generalizado del papa Inocencio IV como un partidario de la tesis negacionista contra la RPPJ es Pérez (2014), quien enfáticamente sostiene que:

Es al derecho canónico a quien se debe que en el siglo XIV surgiera la locución *Societas delinquere non potest* atribuida a Sinibaldo de Fieschi (Inocencio IV), aunque no sea extraordinario el error, no debemos al derecho romano este principio sino al derecho canónico medieval. (p. 51)

Contrarios a esta afirmación generalizada, empezaremos con poner en evidencia que la interpretación tradicional que entiende la postura de Sinibaldo de Fieschi como una *rara avis medieval* o el primer autor contrario a la RPC, en realidad resulta una interpretación errónea, sesgada, parcial e incompleta que toma como base la literalidad de sus comentarios a la Decretal de Honorio III *Gravem Venerabilis Fratis*; además, fundamentaremos que el brocardo *societas delinquere non potest* no es de su autoría.

En relación con lo anterior, corresponde realizar una revisión contextualizada de los comentarios a la Decretal de Honorio III *Gravem Venerabilis Fratis* con la finalidad de formular un análisis completo e integral de ella.

7 Por todos, Bueno (2011) sostiene que este principio significa que cualquier crimen o delito atribuido a un grupo (organización terrorista, banda, equipo de fútbol o una empresa) no puede delinquir, sino que, cuando llega esto al Código Penal, habrá que depurar la responsabilidad, determinando quiénes son los sujetos corpóreos que forman parte de ese grupo, esto es, un proceso de holización de las culpas y de imputación, lo que en principio se atribuye a la totalidad hay que resolverlo en los individuos.

Tabla 2. Comentarios de Sinibaldo de Fieschi (Inocencio IV) a la Decretal de Honorio III *Gravem Venerabilis Fratis* (año 1234)

NÚMERO	COMENTARIO DE INOCENCIO IV	REFERENCIA
1	Estas personas especiales son excomulgadas por el delito propio, pero la corporación no puede ser excomulgada porque es imposible que la corporación delinca, porque la corporación, puesto que es un capítulo, un pueblo, una estirpe, y de algún modo son nombres de derecho y no de personas, entonces en ella no puede recaer la excomunión.	Decretal de Honorio III <i>Gravem Venerabilis Fratis</i>
2	Así en la corporación también están los niños que tienen solo un día. Porque la corporación es la misma en el tiempo del delito y en el tiempo futuro, que en ningún caso ha delinquido: y sería por lo tanto muy injusto excomulgar a aquellos que en ningún caso han cometido el delito.	Decretal de Honorio III <i>Gravem Venerabilis Fratis</i>
3	De hecho la corporación nada puede hacer con dolo, según el Digesto (4, 3, 15, 1). Sin embargo debemos afirmar que si los rectores de una corporación u otras personas con mandato de toda la corporación cometen algún crimen, o si una parte cometió un crimen en contra de la voluntad de otra, o si lo hicieron sin mandato pero después la corporación en cuyo nombre cometieron el crimen lo acepta, entonces se castiga a la corporación con la pena especial de suspensión o interdicto temporal, o con pena pecuniaria.	Decretal de Honorio III <i>Gravem Venerabilis Fratis</i>
4	También se castiga a la corporación con la pena capital, de muerte o de confinamiento si contra ella se actúa criminalmente; pero la pena capital se sustituye por pena pecuniaria.	Decretal de Honorio III <i>Gravem Venerabilis Fratis</i>
5	También se castiga a la corporación con la pena capital, de muerte o de confinamiento si contra ella se actúa criminalmente; pero la pena capital se sustituye por pena pecuniaria.	Decretal de Honorio III <i>Gravem Venerabilis Fratis</i>
6	Finalmente dicen otros que hay que hacer una colecta para pagar la pena económica, de la que quedarán inmunes aquellos que se opusieron al crimen, los niños y cualesquiera otros sin culpa. Sin embargo hay otros que sostienen que nadie puede quedar eximido del pago.	Decretal de Honorio III <i>Gravem Venerabilis Fratis</i>

Fuente: elaboración propia adaptado de Martínez Patón (2016, pp. 213-215).

En principio, corresponde ubicar estos comentarios en su contexto histórico, esto es, en la resolución del caso concreto ocurrido en la ciudad de Pisa (Italia) y no en el establecimiento de una doctrina general.

Así las cosas, es importante contextualizar este caso concreto durante el siglo XIII, periodo histórico donde la ciudad de Pisa experimentaba intensas dispu-

tas relacionadas con actos de herejía, disidencia religiosa e intentos de reformas eclesiásticas contra el catolicismo, hasta el punto de plantearse el dilema jurídico de si era o no necesario establecer la excomunión contra la ciudad de Pisa como colectividad por haber tolerado, apoyado o no haber corregido estos actos de individuos excomulgados.

Ahora bien, respecto al primer párrafo de los comentarios a la Decretal de Honorio III *Gravem Venerabilis Fratis*, debe tenerse en cuenta que el carácter axiomático de la frase *impossibile est quod universitas delinquat* es fuente de ambigüedades, toda vez que una interpretación literal y tradicional de esta aconseja la imposibilidad de las corporaciones para delinquir. Sin embargo, lo cierto es que, desde una exégesis contextual, se podrá apreciar que la verdadera función sintáctica de esta frase en realidad no niega la capacidad criminal de las corporaciones, antes bien, únicamente subordina esta capacidad de delinquir a la imposibilidad de que las corporaciones puedan recibir la pena de excomunión.

De ahí que, a partir de Martínez (2021, p. 1311), se sostenga que aquí no se discute si las corporaciones tienen o no capacidad criminal para delinquir, pues, en el caso concreto, únicamente interesa saber si la ciudad de Pisa debía o no recibir la pena de excomunión, por lo tanto, al tornarse imposible esta adscripción estatal a seres sin alma e incapaces de recibir los sacramentos, no resulta necesario cuestionarse planteamientos previos como su capacidad de delinquir, concluyéndose, en el caso concreto, con la innecesariedad de aplicar una pena espiritual contra la ciudad de Pisa, pues en dicho supuesto fueron los rectores que se extralimitaron en el mandato, lo que *prima facie* excluye toda posibilidad de atribuir una responsabilidad criminal de la *universitas*.

De esta manera, podemos sostener que es errónea la *communis opinio* que reconoce a Sinibaldo de Fieschi como el primer partidario contra la RPPC, pues, en puridad a los términos, este autor siguió los postulados y doctrinas que Johannes Teutonicus Zemeke o Juan Teutónico (1180-1245) había realizado con sus glosas sobre el *Decretum* de Graciano (1140), por lo que, en consecuencia, Inocencio IV sí reconocía que las corporaciones podían delinquir, pero sólo negaba que estas pudieran recibir la pena de excomunión por la propia naturaleza de este castigo religioso.

Por otro lado, merece especial énfasis replicar el reconocimiento generalizado de Sinibaldo de Fieschi como autor de la frase *societas delinquere non potest* (teoría inocentista), pues definir la correcta autoría de este brocardo implica atribuir la originalidad de un giro conceptual que cambiaría la discusión de la RPC hasta nuestra actualidad, centrando el meollo del asunto ya no en la res-

ponsabilidad criminal de las *universitas* (en sentido amplio), sino solamente en la posibilidad de atribuir una RPPJ o mercantiles con ánimo de lucro (sentido estricto).

En esa misma línea, compartimos el argumento histórico-jurídico sostenido por Martínez (2016, pp. 78-79) al afirmar que la frase *societas delinquere non potest* no pertenecería a Inocencio IV, en tanto que, en realidad, este representante del derecho canónico no estaba en contra de la RPC, sino, más bien, la aceptaba.

De esta forma, contribuye a descartar de manera contundente esta hipótesis el hecho de que, desde un argumento histórico-filológico, esta frase no apareciera en ninguno de los textos conocidos de Sinibaldo de Fieschi, con mayor razón aún, por cuanto la doctrina inocentista solo hace uso del léxico *universitas* para referirse a la responsabilidad de las corporaciones (en sentido amplio), pues el término *societas* sólo comenzó a utilizarse a partir del siglo XIX.

Por lo tanto, resulta aconsejable evitar el tradicional error de confusión al momento de referirse a las frases *impossibile est quod universitas delinquat* y *societas delinquere non potest*, pues, si bien ambas resultan sinónimas al identificarse con la imposibilidad ontológica de las corporaciones para delinquir, en puridad a los términos, la primera pertenece a Inocencio IV y se refiere a la imposibilidad de delinquir de las corporaciones en sentido amplio, mientras que el segundo brocardo sólo se refiere a la incapacidad de delinquir de las sociedades mercantiles o PPJJ con ánimo de lucro, siendo esta última comprensión la que se mantiene hasta nuestros días.

Por último, respecto a la correcta autoría de la frase *societas delinquere non potest*, resulta imprescindible tener en cuenta la tesis de Martínez (2016, p. 122) que considera como autor de esta frase al penalista alemán Franz Ritter von Liszt (1851-1919) por la primera edición de su Tratado de derecho penal alemán publicado en 1881, valiéndose del argumento de autoridad de Gierke y del análisis de referencias posteriores para llegar a esta conclusión.

Sobre el primer argumento, no resultaría admisible que el alemán Otto Friedrich von Gierke (1841-1921), reconocido como el primer tratadista de la RPC y el más erudito en la materia, haya ignorado la frase *societas delinquere non potest* en su tercer tomo publicado en 1881, hasta el punto de no citarla siquiera una sola vez, por lo que el *terminus post quem* aparecería esta frase sería en 1881, siendo efectivamente probable que su creador fuera Von Liszt.

Sobre el segundo argumento, señala Martínez (2016, p. 125) que autores como el croata Nikola Ogorelica o el español Quintiliano Saldaña citan a Von

Liszt para utilizar el axioma *societas delinquere non potest*, aunque, si bien ninguno de estos atribuye directamente la frase a este autor, lo cierto es que antes de él ningún otro autor había enunciado el brocardo *in comento*.

En ese orden de ideas, de acuerdo con Martínez (2020), Von Liszt inventó la frase *societas delinquere non potest* siguiendo el sistema introducido por Feuerbach, el cual consistía en explicar un tema determinado para luego resumirlo en latín, de forma que, en particular, este axioma no sería más que la negación de la frase *societas delinquere potest* inventada por el penalista holandés Oncko Quirijn van Swinderen en 1875, de esta manera, su traducción más precisa sería “una empresa no puede delinquir”⁸ (pp. 24-25).

No obstante ello, si bien Von Liszt creó dicha frase, no por eso estuvo en contra de la RPPJ, pues lo cierto es que su voluntad consistía en limitar el contenido de las corporaciones dotadas de ánimo de lucro y cuestionar las críticas contrarias al régimen de su punibilidad, por mejor decir, para este autor, la responsabilidad penal de las asociaciones se presentaba como conveniente. En palabras del propio Von Liszt (1927):

Según el Derecho imperial vigente, no sólo tiene capacidad jurídica los individuos, sino que también poseen las personas sociales, las asociaciones; es decir, que también pueden realizar manifestaciones de voluntad, capaces de producir trascendencia jurídica. Sin embargo, abstracción hecha de ciertas disposiciones esenciales, su capacidad jurídica no se extiende al terreno de los actos punibles. *Societas delinquere non potest*. Únicamente puede exigirse responsabilidad a los individuos que funcionan como representantes, pero nunca al cuerpo colectivo a quien representan. (pp. 286-287)

2.4 La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho moderno hasta el siglo XIX

Después del contexto histórico medieval, la Iglesia católica padeció la pérdida progresiva y definitiva de su poder político y social, principalmente a partir de las críticas religiosas lideradas por Martín Lutero (1483-1546) a través de su obra *Las noventa y cinco tesis* o *Disputa sobre el poder y la eficacia de las indulgencias*, que buscó criticar severamente la doctrina de la indulgencia, la cual proclamaba la salvación por la fe y no por las obras, lo que produjo el comienzo de la Reforma protestante (1517), que tuvo la finalidad de exhortar a las Iglesias

8 Las cursivas son nuestras.

católicas de Europa a que retornaran a las enseñanzas originales de la Biblia.

Adicionalmente, se comenzó a cuestionar el monopolio cultural e intelectual de la Iglesia católica, rompiéndose con la unidad religiosa mediante el movimiento renacentista (XV-XVI) que buscó reivindicar el interés por el humanismo y el conocimiento de la antigüedad clásica.

De esta manera, tras el declive de la autoridad papal, los monarcas europeos comenzaron a consolidar su poder político y social de forma centralizada, dando lugar a la monarquía absoluta o, por mejor decir, al absolutismo (XVII-XVIII). Entre los ejemplos más destacados del absolutismo se encuentra el monarca Luis XIV de Francia (1643-1715), con su célebre frase “el Estado soy yo”.

Posteriormente, en contra de la desigualdad, la opresión, el despotismo y la falta de representación popular de las monarquías absolutistas, surgió la época de la Ilustración (XVIII) como movimiento intelectual y cultural que promovió un nuevo enfoque político, social, cultural, científico y religioso. Entre sus representantes, se destacan los filósofos John Locke (1632-1704), Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) y Charles Louis de Secondat (Montesquieu, 1689-1755), quienes criticaron la legitimidad de las monarquías absolutistas con base en principios racionales, las libertades individuales y los derechos naturales de la persona humana.

En ese orden de ideas, el punto culminante del rechazo al absolutismo aconteció con la Revolución Francesa (1789) mediante la ejecución de Luis XVI (1793), lo que marcó el inicio de un nuevo orden republicano basado en los principios de la Ilustración, como la soberanía popular y los derechos humanos de la persona natural, lo cual inspiró posteriormente a otras revoluciones en Europa y América Latina.

Recapitulando lo anterior con relación a la RPC, podemos reconocer que, posterior a la Edad Media, las necesidades políticas propias de las monarquías absolutistas y el liberalismo de la Ilustración fueron determinantes para rechazar la punibilidad de las corporaciones, pues, en ambos contextos históricos, el rol protagónico de las corporaciones quedó desplazado por la persona humana como centro de la concepción del mundo, además de la imposición de la concepción liberal individualista de la Ilustración,⁹ que marcó la época de soberanía del ser humano (Bacigalupo, 2001, pp. 51-53).

En consecuencia, se rechazó todo tipo de responsabilidad colectiva, puesto

9 Al respecto, Córdova (2025, pp. 100-101) señala que desde el siglo XVIII, a consecuencia de la ilustración y la influencia que tuvo el renacimiento, surgen tres paradigmas que marcaron nuestra disciplina durante los años siguientes, los cuales son: la idea del hombre y su libertad como centro

que en aquel entonces las organizaciones solo eran valoradas por su finalidad última de garantizar la autodeterminación y libertad de la persona humana (Menéndez, 2021, p. 106).

Ahora bien, en lo sucesivo resulta imprescindible señalar que en el contexto histórico de la primera y segunda mitad del siglo XIX se iniciaron con las más imbricadas discusiones teóricas dirigidas a reconocer o rechazar a las PPJJ como sujetos de derecho.

Con todo, no es menos cierto sostener que los debates fundamentales entre la teoría de la ficción propuesta por Friedrich Karl von Savigny (1779-1861) y la teoría de la personalidad real de la asociación propuesta por Otto Friedrich von Gierke (1841-1921) resultan ser el precedente histórico que inspira a las modernas discusiones de nuestros días.

Al respecto, entre los estudios más relevantes en la materia a efectos de distinguir ilustrativamente la teoría de Savigny y la de Gierke, sostiene Baciagalupo (2001, p. 64) que la principal diferencia estribaría en que la teoría de la ficción parte de un concepto prejurídico de sujeto, mientras que la teoría de la personalidad real parte de los efectos sociales reconocidos por el derecho y que considera como sujeto a aquel al que dichos efectos le son atribuidos.

En la primera mitad del siglo XIX, se imponía la teoría de la ficción formulada por Savigny para negar la punibilidad de las corporaciones. Con esta teoría, la PPJJ era reconocida como un sujeto artificial, ficticio o ser abstracto que únicamente existía para fines jurídicos, en contraposición a la persona natural como ser sensible e inteligente.

Para esta formulación teórica, la sustancia esencial de la personalidad jurídica era la voluntad (presupuesto psicológico) en sentido ético, la cual únicamente era poseída por el individuo y no por la PPJJ, pues, a través de ella, se tendría la capacidad para relacionarse intersubjetivamente en los negocios jurídicos y en sociedad (Azzolini y Eloísa, 2019, p. 10).

En la segunda mitad, se estableció la concepción organicista de la PPJJ, formulada originariamente por Hugo Grocio (1583-1645), profundizada por Samuel Freiherr von Pufendorf (1632-1694) y desarrollada de forma culminante por Gierke, hasta el punto de comprender a la PPJJ como una realidad con sustancia propia y con un cuerpo moral.

y fundamento del derecho, el principio de culpabilidad y la construcción de la teoría del delito. Si bien aquellos representan los principales baluartes del derecho penal, lo cierto es que, debido a este enfoque cultural, social y normativo centrado en la persona humana, acontece un pleno rechazo (o, mejor dicho, indiferencia) sobre la RPPJ.

Mediante esta teoría organicista, la significación de personalidad jurídica abandona el ámbito de lo ético para circunscribirse enfáticamente al ámbito social, de manera que tanto a la persona natural como a la jurídica se les adscribe un cuerpo y alma para expresar su voluntad a través del concepto superior de organismo.

En ese sentido, aquí a las PPJJ se les atribuye personalidad jurídica al ser portadores reales de una voluntad única que se manifiesta por medio de sus órganos en sentido análogo a las personas naturales, además, también se les reconocería una existencia independiente y derechos y deberes distintos a los miembros que la integran (Menéndez, 2021, pp. 110-111).

Así las cosas, es importante destacar que el clásico debate de reconocer a la PPJJ como mera ficción o como realidad en el mundo circundante del derecho aún tiene repercusión en nuestra actualidad; por ejemplo, en Alemania, magníficamente ha defendido Renzikowski (2023) una resolución sobre la cuestión:

Una ficción es solo un concepto que no puede ser aplicado a un objeto del mundo real, tal como “unicornio” o “Jabberwocky”. Ciertamente, las organizaciones son, de hecho, “artificiales”, ya que son constituidas por medio de ciertos actos especiales, a diferencia de las personas naturales. Pero esta artificialidad no exige que se les considere como ficciones, ya que los actos constitutivos son, asimismo, estados de cosas del mundo real. Debido a que una PPJJ comprende un aspecto real del comportamiento de las cosas, no puede ser una mera ficción. (pp. 28-29)

Por otro lado, en el estado de cosas actual resulta una *communis opinio* la afirmación tendiente a sostener que la configuración de la RPC en sentido estricto se debe a las teorías formuladas por la doctrina anglosajona y norteamericana del siglo XIX (Pérez, 2014, p. 56).

Sobre el particular, resulta imprescindible realizar una aclaración, pues, en principio, la RPPJ no se trata de una innovación del derecho anglosajón o sistema *common law*, antes bien, a partir de la revisión histórica elaborada precedentemente, podemos sostener que la punibilidad de las corporaciones se originó en el derecho continental o sistema *civil law*¹⁰ durante los siete siglos anteriores al siglo XIX (Herrera et al., 2023, p. 7).

De ahí que, en realidad, lo correcto sea precisar que la cuestión sobre los sis-

10 En esa misma línea, Menéndez (2024, pp. 1-2) sostiene que, si bien podría parecer que la RPPJ surge en Estados Unidos, no podemos caer en el equivoco de creer que este régimen de responsabilidad penal es una creación suya, ya que la responsabilidad penal de los entes colectivos ha existido en el derecho de Europa continental durante siglos, teniendo sus orígenes más remotos en textos tan

temas o modelos de imputación que sirvieron para configurar la RPPJ iniciaron formal y técnicamente con el sistema *common law*, toda vez que, a mediados del siglo XIX, las empresas eran ya responsables por meras infracciones objetivas con base en sistema de *strict liability* (Gómez-Jara, 2010, p. 56).

Por lo tanto, con la finalidad de profundizar en esta aclaración, importará detenernos a analizar el desarrollo de la RPPJ en los sistemas del *civil law* del derecho continental y el sistema *common law* del derecho anglosajón durante el siglo XIX.

2.4.1 La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema *civil law* (derecho europeo-continental)

En el siglo XIX, la responsabilidad penal empresarial deja de ser una discusión doctrinaria para convertirse en una cuestión a resolver por el derecho positivo, destacando notoriamente el sistema *civil law* por su falta de uniformidad legal y jurisprudencial, de forma que, para apreciar una visión global de la doctrina europea continental, será imprescindible remitirnos principalmente al desarrollo normativo de Alemania, España y Francia.

En Alemania, se destacaba la figura de Maximiliano I (1756-1825), primer monarca del Reino de Baviera, quien —con un enfoque reformista— buscaba la consolidación de un Código Penal (en adelante, CP) uniforme que modernizara el sistema judicial de su reino, alineándolo con los avances legales y sociales de la época para garantizar el orden de la sociedad, además de que este afán de codificar el derecho era influencia directa de Napoleón para la reorganización de Alemania.

Así las cosas, el principal encargado de redactar el CP de Baviera (1813) fue Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach (1775-1833), quien tuvo encomendada la labor de poner en práctica las construcciones teóricas sostenidas en su *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania* de 1801.

antiguos como el Código de Hammurabi, escrito en el año 1750 a. C. En el derecho romano, podemos hallar supuestos de RPC en la destrucción o pérdida de derechos de ciudades como castigo y en la institución del diezmo. En la Edad Media, los glosadores consideraban que las corporaciones eran capaces de delinquir y los canonistas desarrollaron una teoría específica de la corporación eclesiástica entendiéndola como persona y sujeto de derecho. Esta es también la postura dominante durante la Edad Moderna. Sin embargo, a partir del siglo XIX comienza a rechazarse en Europa la capacidad delictiva de las personas jurídicas. En contra, Bernard (1984, p. 3) postula que la RPC se desarrolló en la tradición angloamericana del derecho consuetudinario (países de *common law*) y no se desarrolló en absoluto en los países de derecho continental o sistema *civil law*, donde toda responsabilidad penal recae sobre individuos y ninguna sobre la corporación en sí.

En línea con sus postulados, Feuerbach terminó condensando en el art. 49 del CP de Baviera que las personas morales o “místicas” eran incapaces de cometer delitos, reconociendo únicamente a la persona humana como sujeto para el derecho penal y, en consecuencia, de forma expresa se prohibió la RPC:

Art. 49. [Si comunidades y otras corporaciones son penadas como autor de un crimen].¹¹ Cuando la mayoría o la totalidad de los miembros de una comunidad, gremio u otra corporación, haya cometido un crimen, deberán ser considerados sólo los individuos culpables y no la unión social misma como parte punible; conforme a esto, no se sacarán de los bienes comunes, ni la reparación del daño, ni las costas procesales, sino del patrimonio privado de los miembros culpables; queda a salvo de ello lo que excepcionalmente se determina en preceptos especiales.

Además, en el Capítulo II, titulado “De los posibles sujetos de un crimen”, estableció que los sujetos de un crimen sólo puede ser un individuo, que sea súbdito u obligado por la ley penal del Estado; en palabras de Feuerbach (1989):

Únicamente el individuo puede ser sujeto de un crimen, no pudiendo serlo jamás una persona moral (sociedad, *universitas* o *collegium*). Cualquiera sea la sociedad, sólo los individuos son los criminales, aun cuando todos los miembros hayan querido que se ejecute el crimen. Puesto que la sociedad sólo se crea en razón de un determinado objetivo como persona moral y existe sólo en función de éste, los miembros individuales no actúan como sociedad cuando no lo hacen con el fin de la sociedad, sino con una finalidad diferente. (p. 67)

Posteriormente, se promulgó el CP de Prusia (1851) y el Código Imperial (1871), siendo que en ambos cuerpos normativos nada se diría sobre la RPPJ, en tanto que, debido al propio contexto histórico, esto significaba una obviedad, pues para entonces la doctrina alemana aceptaba pacíficamente la irresponsabilidad penal de las PPJJ (Martínez, 2016, p. 463).

En similar sentido, Francia, mediante su CP napoleónico (1810), mantenía silencio de cualquier mención expresa sobre la RPPJ. Si bien en este contexto histórico existieron algunos pronunciamientos que resolvían casos concretos a favor de la RPC, lo cierto es que, a partir de la sentencia del 14 de diciembre de 1838, la Corte de Casación de Francia sostuvo expresamente que las corporaciones no podían delinquir, consagrándose así el principio de la irresponsabilidad penal de las PPJJ.

11 Las cursivas son nuestras.

Por último, España continuó con esta tendencia al promulgar el primer CP español de 1822, el CP de 1848 y el de 1870, siendo que en ninguno de los tres se aprecia mención alguna sobre la RPPJ. No obstante ello, lo anterior no necesariamente significa un silencio negativo contra la RPPJ, pues no es sino a partir de la Constitución española de 1869 que la introducción de la RPC alcanza un rango constitucional; además, en 1873 se introdujo expresamente la RPC mediante la Ley de prensa (Martínez, 2016, pp. 489-495).

2.4.2 La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema *common law* (derecho angloamericano)

El primer antecedente de la RPC en el Reino Unido fue la institución de la *frankpledge* o *frith-borh*, conocida en castellano como la responsabilidad colectiva genérica, que fue introducida en el siglo XI por el rey de Inglaterra Canuto II o Canuto “el Grande” (994-1035) para organizar a la sociedad anglosajona en grupos de diez a cien hombres, delegándoles a todos ellos el deber de supervisión y control de sus miembros con la finalidad de evitar la comisión de delitos mediante la autoadministración del colectivo, de forma que, si algún miembro cometía un delito, era el propio colectivo el que asumía la responsabilidad por el hecho. Sin embargo, hasta aquí el concepto de responsabilidad colectiva no comprendía a una entidad diferenciada e independiente de sus miembros, antes bien, solo era entendida como una atribución contra la suma de individuos o personas naturales.

Posteriormente, en el año 1580 acontece el antecedente británico más antiguo sobre la interdicción de la RPC a través de la célebre sentencia del jurista Roger Manwood (1525-1592), de esta manera, se introduce la doctrina clásica de la RPC, estableciendo la distinción entre la RPPJ y la responsabilidad penal individual con la finalidad de comprender la propia naturaleza de las corporaciones como entes impersonales que no podían ser tratadas como los individuos en términos de responsabilidad penal al no tener alma ni voluntad propia e independiente (Martínez, 2016, p. 280).

Es en ese orden de ideas que, a partir del siglo XIX comienza a promoverse el discurso teórico de la reintroducción de la RPC, principalmente, debido al rol protagónico que se reflejaría en las sociedades mercantiles dentro del contexto político-social de la revolución industrial en Inglaterra, teniendo al ferrocarril como actor principal y causante de los nuevos riesgos de la modernidad que necesitaban ser contrarrestados y regulados. Un claro ejemplo de ello es el caso

Queen v. Great North of England Railway Company (1846), donde se aplicó la RPPJ a una empresa ferroviaria que construyó un puente sin cumplir los requisitos del estatuto correspondiente, a cuya consecuencia se produjo un accidente con pérdidas de vidas humanas (Azzolini y Eloísa, 2019, p. 24).

Es en esa línea que, ante estos cambios normativos sumamente complejos, en el año 1889 el Parlamento británico promulgó un Interpretation Act con la finalidad de clarificar y unificar las reglas para la interpretación de la RPPJ y la definición de términos legales comunes. Sobre esto último, se destaca la consolidación del concepto de persona, incluyendo también a la entidad corporativa.

Por otro lado, en lo que respecta al desarrollo de la RPPJ en los Estados Unidos de América durante el siglo XIX, la cuestión es aún más clara, pues, a partir del 1 de diciembre de 1882, se promulgó el CP de Nueva York, que estableció expresamente la punibilidad de las corporaciones por la comisión de delitos de sus miembros y, en el mismo sentido que la Interpretation Act de Inglaterra, para el derecho norteamericano, el término “persona” comprendía a las asociaciones e individuos.

Es en este contexto que la jurisprudencia norteamericana estableció una doctrina consolidada sobre la RPPJ por delitos omisivos y comisivos, extendiendo la punibilidad de las corporaciones a delitos de diversa índole, como la asociación para delinquir, obstrucción de navíos, distribución de publicaciones obscenas, etc. (Martínez, 2016, p. 523).

2.5 La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho contemporáneo (siglo XX)

Mientras que los países del *common law* mantuvieron inalterado su reconocimiento sobre la RPPJ (destacándose en Reino Unido el Decreto de House of Lords de 1915 y en Estados Unidos el caso *New York Central & Hudson River Railroad v. US* de 1909 y la ley RICO de 1970), los países de Europa continental resultarían afectados por la propia complejidad política y social internacional del siglo XX que definiría la reintroducción de la punibilidad de las corporaciones en los países continentales por razones estrictamente políticas o cuestiones *praeterjurídicas*.

Hasta inicios del siglo XX, los países continentales mantenían el discurso de la irresponsabilidad penal empresarial, pues no es sino hasta el término de la Primera Guerra Mundial (1914-1918) que surgiría la cuestión del Estado delincuente, principalmente por lo establecido en el Tratado de Versalles (1919), que

promulgaba una cláusula de culpabilidad de guerra para atribuirle a Alemania y a sus aliados la responsabilidad de ser los causantes de la Gran Guerra.

Si bien esto último significó un castigo severo contra Alemania, trastocando su orgullo nacional y provocándole una necesidad de revancha, es en este contexto que la comunidad internacional comenzó a promulgar normas con base en acuerdos para prevenir futuros conflictos bélicos a través de la justicia internacional, destacándose así en primer orden el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional de Ginebra (1920) y el Primer Congreso de Bucarest (1929).

Este último sería, en palabras de Martínez (2016, p. 549), el hecho de toda la historia que mayor trascendencia tuvo sobre el desarrollo de la RPC, pues resolvió la cuestión del Estado delincuente y su impunidad al establecer que los Estados debían reconocer la RPPJ en su derecho interno y que los Estados responderían ante la Corte Permanente de Justicia Internacional, diferenciándose así la tratativa de estas dos especies del género PPJJ.

Sin embargo, en este contexto terminaría consolidándose el revanchismo y descontento social de Alemania por la humillación nacional y la crisis económica que contrajeron con el Tratado de Versalles, lo cual permitiría el ascenso del partido nazi y su nacionalismo extremo, para finalmente concretar el inicio de la Segunda Guerra Mundial (1939-1945), lo que significó una interrupción sobre la progresiva reinstauración de la RPPJ en los países continentales.

A consecuencia de lo anterior, en el contexto de la posguerra mundial se llevaron a cabo los juicios de Núremberg (1945-1949) mediante un Tribunal Militar Internacional presidido por jueces de Estados Unidos, Unión Soviética, Reino Unido y Francia.

De esta manera, se terminó sancionando a veinticuatro jerarcas nazis —entre ellos se destacaban Hermann Göring, Rudolf Hess y Albert Speer—, condenándose así a diecisiete de ellos a penas de prisión o cadena perpetua; y a once, a la pena de muerte por los crímenes contra la paz, de guerra y de lesa humanidad durante el régimen nazi.

Esta sanción representó una nueva doctrina basada en identificar a individuos concretos para responsabilizarlos por los crímenes alemanes con el fin de prevenir las consecuencias negativas que trajo aparejado el Tratado de Versalles. De esta forma, por decisiones políticas, se proscribiría la doctrina del Estado delincuente.

Este importante acontecimiento es analizado de forma sugerente por Bueno (2011):

Este principio exculpatorio de la imputación atribuida a un colectivo se aplicó en los últimos tiempos con una importancia decisiva en el famoso tribunal de Núremberg en donde los crímenes atribuidos a los alemanes por la guerra -pues Alemania era la culpable-, determinó y depuro las responsabilidades, eligiendo a unos cuantos jefes o jerarcas de los nazis como responsables de esos actos, pero con esto se procedió como si Alemania quedase ya limpia de todas sus culpas, porque los culpables eran los jerarcas, los alemanes no eran los culpables en absoluto. Naturalmente con este principio se evitaba por lo pronto las dificultades prácticas insuperables de tener que ahorcar, no ya a quince o veinte individuos, sino a millones de alemanes, por ejemplo, suponiendo que los alemanes fueran culpables, el partido nazi o gran parte de colaboracionistas, es decir, como la pena sería imposible, entonces un procedimiento práctico para seguir adelante era dar por clausurado los crímenes con una etapa histórica. (2m57s-4m24s)

En ese orden de ideas, superadas las interrupciones, naturalmente, a partir de la Recomendación del Consejo de Europa (1988) los países continentales continuaron con su progresiva reintroducción de la RPPJ, mientras que los países europeos perdedores o que conformaron la alianza del Eje (Alemania e Italia) optaron por el derecho administrativo sancionador para castigar a las corporaciones por razones de coherencia con su sistema legal y tradición o filosofía jurídica (culpabilidad individual), los efectos económicos y sociales y por la mayor flexibilidad del modelo administrativo en el contexto empresarial.

2.6 La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Latinoamérica (siglo XXI)

Latinoamérica ha experimentado un proceso gradual de reconocimiento de la RPPJ, influenciado por estándares internacionales y por la necesidad de combatir la criminalidad corporativa, específicamente nos referimos a Chile,¹² Argentina,¹³

12 Chile fue el país pionero en adoptar esta regulación normativa en América Latina mediante la Ley 20393 de 2 de diciembre de 2009, que establece un régimen de RPPJ. Esta ley, inspirada en el modelo italiano del Decreto Legislativo de 2001, se centra en la prevención de delitos a través de programas de cumplimiento normativo.

13 Argentina avanzó en esta materia con la Ley 27401 del 1 de diciembre de 2017, que introduce un régimen de RPPJ. Esta normativa fue impulsada, en parte, por los requisitos de la OCDE en materia de anticorrupción, con el objetivo de alinear la legislación argentina con los estándares internacionales.

Colombia,¹⁴ Ecuador¹⁵ y Perú.¹⁶ Este desarrollo ha sido promovido por organismos internacionales como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y, de manera destacada, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), a fin de que las legislaciones latinoamericanas minimicen los riesgos de daños a la colectividad y prevengan conductas ilícitas en el ámbito empresarial (Herrera et al., 2023, p. 13).

Así las cosas, la OCDE ha sido un actor clave en la promoción de una cultura de cumplimiento normativo para prevenir delitos corporativos, evidenciando que los países con economías más débiles suelen carecer de legislaciones robustas en materia de RPPJ. Por ello, ha impulsado la regulación de sistemas de prevención de delitos empresariales y la implementación de modelos de RPC en América Latina (Herrera et al., 2023, p. 15).

En relación con lo anterior, a fin de comprender la repercusión de la evolución histórica de la RPC a nuestra actualidad, corresponde remitirnos a los pronunciamientos judiciales que destacamos sobre la materia, en específico, los casos de Chile¹⁷ y Perú,¹⁸ a efectos de evidenciar que los problemas del castigo

14 La Corte Constitucional de Colombia, en su Sentencia C-320 de 1998, determinó que no existen impedimentos constitucionales para criminalizar conductas antijurídicas desarrolladas por empresas, siempre que se evite la responsabilidad objetiva y se respeten los principios del derecho penal (Zúñiga, 2020, p. 219). En ese contexto, a raíz de escándalos de corrupción —como los casos Odebrecht y SaludCoop EPS—, Colombia promulgó la Ley 1778 de 2 de febrero de 2016, que establece un régimen de responsabilidad administrativa para las PPIJ en casos de soborno transnacional.

15 Recientemente, Feijoo (2025) ha postulado que el art. 49 del Código Orgánico Integral Penal de Ecuador es un modelo vicarial impuro, que comprende un modelo del principal impuro.

16 Anteriormente, en Palomino (2025, pp. 163-166) hemos sostenido que, en el caso peruano, la RPPJ fue introducida mediante la Ley 30424, promulgada el 21 de abril de 2016. Si bien nominalmente establece un régimen de “responsabilidad administrativa”, lo cierto es que, según nuestra apreciación, materialmente postula una RPPJ inicialmente para delitos como el cohecho, lavado de activos y financiamiento del terrorismo. Luego, a través de la Ley 31740, promulgada el 13 de mayo de 2023, el parlamentario peruano amplió el catálogo delictivo aplicable a las PPIJ, hasta el punto de comprender en la “Parte especial del Derecho penal de asociaciones” delitos tan paradigmáticos como los de terrorismo. Sin embargo, esta reforma ha generado debates sobre la coherencia sistemática del régimen de la RPC en el Perú.

17 A decir de Feijoo (2024, pp. 107-109), se valora de forma positiva la reciente reforma de la ley chilena mediante la Ley 21595, del 17 de agosto de 2023, en la medida en que adopta una perspectiva organizativa de gestión de riesgos propios al incumplimiento de la actividad social de la corporación, siendo que, al desvincular tal valoración del cumplimiento de deberes por personas concretas, se inserta en un modelo de autorresponsabilidad por el hecho propio. Sumado a ello, tiene especial relevancia que la reforma chilena haya flexibilizado los criterios de imputación corporativa al ya no exigir el criterio del beneficio en favor de la corporación, lo que desdibuja los criterios materiales que convierten al delito individual en un hecho propio de la persona jurídica, bajo el riesgo de transitar en un modelo puramente policial-preventivo ante la insuficiencia del vínculo funcional.

18 Particularmente, en Palomino (2025, pp. 182-188) hemos concluido de los diversos pronunciamien-

punitivo a las corporaciones que se remontaban al contexto hamurábico, romano, medieval y contemporáneo aún resuenan en nuestros días.

En ese orden de ideas, sobre la jurisprudencia chilena, interesa hacer énfasis sobre el caso *Asevertrans*, resuelto por el Tribunal Oral en lo Penal de Arica mediante sentencia de 2 de junio de 2015 (RIT N.º 33-2014). Su importancia radica en que es uno de los primeros pronunciamientos judiciales latinoamericanos en el que se debatió la procedencia de la RPPJ conforme a la Ley 20393, a propósito de un esquema de corrupción a nivel municipal en Arica. Según los hechos acreditados, entre los años 2004 y 2012 se concretó un pacto venal entre funcionarios municipales y particulares, dirigidos por J. F. E., dueño y representante legal de *Asevertrans*, cuyo objeto era defraudar a la Municipalidad de Arica mediante licitaciones amañadas, falsificación de antecedentes y sobornos, a fin de asegurar la adjudicación y renovación de contratos públicos en beneficio de *Asevertrans*.

En ese contexto, el Ministerio Público solicitó la condena de *Asevertrans* por el delito de cohecho (art. 250 del CP chileno) en relación con los artículos 3º y 4º de la Ley 20393, solicitando su disolución como sanción. Sin embargo, lo cierto es que finalmente el tribunal consideró que *Asevertrans* y su propietario (J. F. E.) eran, en la práctica, una misma entidad, toda vez que la corporación carecía de órganos, estructura interna y/o autonomía decisional al ser una empresa unipersonal, en la medida en que el 98% de las participaciones pertenecían a J. F. E., quien además ejercía el control total de sus operaciones sin delegar funciones de dirección, supervisión o administración.

En ese sentido, el tribunal sostuvo que no podía configurarse una RPPJ, debido a que el art. 3º de la Ley 20393 exige una relación de imputación por “defecto de organización”, esto es, que el delito cometido por la persona natural derive del incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión de la PPJJ. En el caso concreto, al tratarse de una empresa unipersonal, el órgano de dirección coincidía plenamente con el sujeto infractor, por lo que resultaba imposible distinguir entre el hecho individual y el hecho propio de la PPJJ, lo cual tornaba inocuo todo análisis de *compliance*.¹⁹ De este modo, si bien el cohecho se realizó nominalmente en beneficio de *Asevertrans*, J. F. E. lo ejecutó en

tos judiciales en el Perú que, en su mayoría, la magistratura se ha mostrado reacia a reconocer una auténtica RPPJ, o cuanto menos a desarrollar en *grosso modo* sus fundamentos y/o presupuestos de imputación, debido a las precompresiones del sistema de imputación penal arraigada a concepciones antropológicas y bajo el equívoco de que los límites constitucionales no hacen posible reconocer esta evidente realidad.

19 En palabras de Artaza (2024, p. 149), no parece necesario recurrir a la RPPJ en aquellos supuestos en que no resulte posible diferenciar realmente entre el integrante que comete el delito y un sujeto

ventaja propia, lo que motivó la aplicación del art. 3°, inciso cuarto, de la Ley 20393, que excluye la RPPJ cuando el delito se comete exclusivamente en beneficio del autor o de un tercero, a cuya consecuencia se resolvió la absolución de la Asevertrans, pese a la condena penal de su representante legal.

Por otro lado, en lo que respecta al caso *Corpesca S.A.*, resuelto mediante sentencia del Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, de fecha 16 de abril de 2021 (RIT N.º 309-2018), constituye un hito en la jurisprudencia chilena al ser la primera condena penal firme dictada contra una PPJJ en aplicación de la Ley 20393, por el delito de cohecho (art. 250 del CP chileno). En dicho pronunciamiento, el tribunal estableció la responsabilidad penal de Corpesca S.A. por hechos vinculados al financiamiento irregular de campañas políticas, en los cuales se acreditó la existencia de un entramado de pagos ilícitos dirigidos a influir en decisiones parlamentarias favorables a la empresa en el contexto de la discusión de la “Ley de Pesca”.

En concreto, se acreditó que Corpesca S.A., bajo la dirección de su gerente general Francisco Mujica Ortiz, efectuó entre los años 2009 y 2013 una serie de pagos indebidos a la senadora Marta Isasi y a otros actores políticos, canalizados mediante boletas de asesorías ideológicamente falsas, con el propósito de asegurar beneficios normativos en materia de cuotas de extracción pesquera y mantener su posición dominante en el mercado. Tales pagos, ascendentes a más de 30 millones de pesos chilenos, se realizaron con fondos de la propia empresa y fueron registrados contablemente como gastos operacionales, encubriendo su real finalidad ilícita.

En ese marco, el tribunal estableció que la comisión del cohecho por parte de los altos directivos de Corpesca S.A. no fue un hecho aislado ni exclusivo de interés personal, sino una manifestación del defecto de organización de la corporación, entendido como la falta de mecanismos de control interno idóneos para prevenir conductas delictivas en beneficio de la entidad. Así, Corpesca S.A. creó condiciones estructurales que permitieron la ejecución de actos de corrupción en su nombre y provecho, con miras a preservar ventajas económicas y políticas, configurándose plenamente la imputación por el hecho propio de la PPJJ. En consecuencia, se la condenó a como responsable penalmente del delito de cohecho, imponiéndosele en una multa de 10.000 UTM.

diverso que haya infringido su propio deber relativo a la gestión de riesgos asociado a la conducta del integrante. De forma que, en el caso *in comento*, el acusado habría actuado en su exclusivo beneficio, aplicando la regla que impide sancionar a la persona jurídica para tales supuestos, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 3, inciso 4 de la Ley 20393.

Ahora bien, en lo que respecta al caso peruano, no todos los pronunciamientos judiciales han sido favorables a la RPPJ, salvo pocas excepciones. En la sentencia del 6 de noviembre de 2023, emitida en el Expediente N.º 00100-2010-0-5001-JR-PE-02 (*Caso Sánchez Paredes*), la Tercera Sala Penal Superior Liquidadora Transitoria de la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada rechazó la posibilidad de atribuir RPPJ. El fallo sostuvo que solo las PPFF tienen capacidad de conducta y, por tanto, de comisión delictiva, basándose en límites antropológicos (sólo los seres humanos pueden actuar) y constitucionales (la Constitución limita la responsabilidad penal a la conducta humana). Este pronunciamiento reafirma que el principio *societas delinquere non potest* se mantiene inquebrantable y cuestiona la viabilidad de las ficciones normativistas que intentan adaptar la teoría del delito a las características de las PPJJ.

De esta manera, la jurisprudencia peruana ha dejado en claro que las ficciones normativistas, aunque útiles para justificar la RPPJ, tienen límites insuperables. En todos los supuestos analizados, se mantiene el modelo de heterorresponsabilidad, en el que la responsabilidad de las conductas de las PPFF se transfiere a las PPJJ. Sin embargo, como señala el fallo del caso *Sánchez Paredes*, esta transferencia no puede ignorar los límites antropológicos y constitucionales que impiden equiparar la RPPJ con la de las PPFF.

En el estado actual de cosas de Perú, ha llamado la atención la primera condena a una PPJJ a través del empleo de la Ley 30424. En la sentencia del 12 de mayo de 2025, emitida en el Expediente N.º 00028-2017-58-5001-JR-PE-01, el Cuarto Juzgado Penal Colegiado Nacional de la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada declaró a la empresa Alpha Consult S.A. como vinculada al delito de lavado de activos agravado (relacionada con la recepción de dinero proveniente de la División de Operaciones Estructuradas de Odebrecht), imponiéndole una multa de 6.975.880,40 de soles e inhabilitación de carácter efectiva respecto a la prohibición de recibir dinero de manera directa o indirecta de su socio Rómulo Jorge Peñaranda Castañeda (recomendado por Odebrecht mediante su director de contrato, Ronny Loor Campoverde).

En esa línea, es menester enfatizar que la imputación efectuada contra la empresa Alpha Consult S.A. se fundamenta en que su gerente general (2012-2017), Rómulo Jorge Peñaranda Castañeda, se aprovechó del control y dominio fáctico que ejerció sobre ella, a fin de instrumentalizarla y realizar los siguientes actos delictivos:

- a. En febrero de 2018, realizó actos de ocultamiento de la modalidad de recibir, por haber recepcionado una carta fianza por el valor de 100.000 dólares en beneficio de la empresa Alpha Consult S.A., ocultando un dinero ya lavado procedente de la cuenta de ahorros en el BBVA de Rómulo Peñaranda Castaneda.
- b. Entre 2010 y 2018, realizó actos de ocultamiento en la modalidad de ocultar el dinero ilícito ya lavado, al recibir en calidad de préstamo la suma de 398.446,54 dólares y 2.028.829,04 de soles por parte de Rómulo Peñaranda Castaneda, a fin de evitar su identificación por las autoridades peruanas.

Al respecto, es necesario precisar que identificar el fundamento de la imputación contra la empresa Alpha Consult S.A. bajo la premisa de que Jorge Rómulo Peñaranda Castañeda habría instrumentalizado su organización para realizar actos de ocultamiento y conversión de dinero maculado significa desconocer los verdaderos presupuestos de imputación establecidos con la Ley 30424, que fundamenta la RPPJ en el hecho propio de la PPJJ en atención a los principios acendrados del DP.

En concreto, de la lectura de sentencia contra Rómulo Peñaranda Castañeda y Otros se desprende lo siguiente:

Se puede concluir que la empresa ha sido creada para fines de convertir el dinero maculado obtenido por el acusado Jorge Peñaranda Castañeda, tanto más que, no sólo por haber sido el referido acusado socio de la citada empresa, sino que, además, fue quien proporcionó el capital de la empresa a través de los llamados préstamos que no fueron devueltos. (Justicia TV - Audiencias, 2025, 1h43m02s-1h43m17s)

En ese orden de ideas, al margen de cuestiones de temporalidad o vigencia de la Ley 30424, basta con remitirnos al análisis semántico de la premisa *ha sido creada para fines de convertir dinero maculado* para reconducir este supuesto delictivo a la hipótesis de las consecuencias accesorias prevista en el art. 105 del CP peruano, en la medida en que el fundamento de la imputación contra Alpha Consult S.A. desconozca la libertad autónoma de la PPJJ como manifestación de su personalidad jurídica y, en consecuencia, su responsabilidad prescinda de su capacidad de imputabilidad penal.

Esta comprensión confunde y/o desconoce la *ratio essendi* de la Ley 30424,

pues no fundamenta la responsabilidad en meras instrumentalizaciones²⁰ o hechos ajenos, sino, antes bien, en un hecho propio de la PPJJ.

En relación con lo expuesto, si bien bajo el entendido de la jurisprudencia y normativa latinoamericana aún resuenan problemas categóricos como reconocer o no una (in)capacidad de acción, imputación subjetiva, (in)capacidad de culpabilidad o (in)capacidad punitiva de las PPJJ, lo cierto es que cada una de estas cuestiones se remontan a los contextos históricos anotados precedentemente, por cuanto ya con el Código de Hammurabi se iniciaba la discusión de interpretar la responsabilidad de corporaciones territoriales de forma objetiva (por hecho ajeno) o autónoma e independiente (por hecho propio), así como en Roma se empezaba con la cuestión de cómo concebir corporaciones con dolo y si es que tenían capacidad para delinquir; en similar sentido, en la época medieval, si las corporaciones podían ser sancionadas y, modernamente, si las PPJJ tienen o no una existencia real, esto es, la posibilidad de reconocerlas como sujetos de derecho (específicamente, centro de imputación) o una mera ficción (*nomina iuris*).

De ahí que se torne imprescindible reconocer que los ecos de los antecedentes históricos²¹ de la RPC aún resuenan en nuestra actualidad, o, mejor dicho, que los problemas que acontecen en nuestros tiempos en realidad se remontan a las manifestaciones premodernas de responsabilidad corporativa, de forma que la imposibilidad de regular un régimen de RPPJ o quebrantar el abocardado *societas delinquere non potest*, tan solo resulta un dilema aparente (no insalvable), pues una deconstrucción histórica como la aquí formulada demuestra que desde sus inicios estos paradigmas fueron replicados²² de forma racionalmente fundamentada.

Además, que para el presente acápite corresponde advertir que el reconocimiento de la RPPJ en América Latina ha sido un proceso gradual, influenciado

20 Para este tipo de supuestos, como sostiene Córdova (2025, pp. 197-198), no hay ningún inconveniente en reconocer a las PPJJ como instrumentos, en forma similar a los ámbitos de imputación de autoría mediata de la persona humana o en aparatos organizados de poder, en la medida en que se las sancione como sujetos responsables (no objetos) mediante consecuencias accesorias por ser una fuente de peligro para nuestro ordenamiento jurídico.

21 En palabras de Matos (2020, p. 803), los hechos históricos de universal trascendencia se alzan frente a los opositores de la doctrina de la RPC, cuyas argumentaciones formalistas en defensa del viejo proloquio *universitas non delinquit* son ineficaces para detener la marcha de nuestra justicia, de ahí que la controversia sobre el profundo problema de la responsabilidad penal de las corporaciones seguirá su curso preñado de interés doctrinario.

22 Sobre nuestras réplicas a las críticas contra la RPPJ, nos remitimos en grosso modo a Palomino (2025, pp. 140-150) a efectos de comprobar que estas no resultan insalvables.

por estándares internacionales y marcados por la necesidad de combatir la criminalidad corporativa. Si bien los avances legislativos y jurisprudenciales son notorios, aún persisten desafíos para consolidar ordenamientos jurídicos coherentes, armónicos²³ y efectivos que permitan consolidar una cohesión equilibrada para fomentar la prevención de delitos en el ámbito corporativo bajo el respeto irrestricto de los principios acendrados del derecho penal.

3. Conclusión

El análisis histórico-dogmático desarrollado ha permitido desmontar con argumentos verificables tres afirmaciones ampliamente difundidas en la literatura penal especializada: la inexistencia de un régimen de responsabilidad penal corporativa en el derecho romano, la supuesta autoría canónica del aforismo *societas delinquere non potest*, y el carácter exógeno de la imputación penal a entes colectivos. La revisión crítica de fuentes normativas, teológicas, filológicas, lingüísticas y contextuales demuestra que dichas afirmaciones no resisten un escrutinio metodológico riguroso.

En efecto, el reconocimiento premoderno de manifestaciones punitivas dirigidas contra corporaciones territoriales —como en el caso bíblico de Sodoma y Gomorra—, los comentarios de Ulpiano en el *Digesto* y la aplicación del castigo colectivo romano mediante instituciones como la *decimatio* o la destrucción de ciudades son evidencia de una praxis sancionadora que no se limitaba a sujetos individuales. A esto se suma la tergiversación doctrinal sobre la postura de Inocencio IV, quien no negó la capacidad delictiva de las corporaciones, sino tan solo su posibilidad de recibir penas de naturaleza espiritual, como la excomunión.

Todo ello corrobora que la responsabilidad penal corporativa no es una construcción tardía ni una imposición del sistema *common law* (derecho angloamericano), sino una categoría que ha atravesado diversas fases de validación y rechazo, influida por contextos políticos del sistema *civil law* (derecho europeo-continental), ideológicos y contingencias extrajurídicas.

Así las cosas, si bien la adopción del régimen de responsabilidad penal corporativa es de reciente data en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos,

23 Al respecto, Gil, Olasolo y Hernández (2025, p. 555), formulan recomendaciones en el ámbito latinoamericano para que la cooperación jurídica internacional pueda operar con mayor eficacia, siendo necesario un nivel suficiente de armonización entre las legislaciones nacionales, como la consagración de la RPPJ, su tipificación armonizada de delitos y circunstancias de exención, etc.

los fundamentos que la sostienen no lo son. Por el contrario, persisten latentes en la estructura misma de los sistemas normativos, lo que exige una lectura más rigurosa de sus antecedentes histórico-dogmáticos. De esta manera, comprender la responsabilidad penal corporativa desde dicha perspectiva resulta indispensable para evitar afirmaciones anacrónicas y superar las limitaciones interpretativas que aún condicionan el debate penal sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Bibliografía

- Artaza, O. (2024). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Materiales docentes 25. Academia Judicial de Chile.
- Azzolini, A. y Eloísa, M. (2019). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un acercamiento a la temática*. INACIPE.
- Bacigalupo, S. (2001). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Hammurabi.
- Basadre, J. (2011). *Historia del derecho universal y peruano*. Ediciones Legales.
- Bernard, T. J. (1984). The Historical Development of Corporate Criminal Liability. *Criminology*, 22(1), 1-18.
- Bueno, G. (10 de febrero de 2011). *Societas delinquere non potest*. Universidad Oviedo. <https://fgbueno.es/med/tes/t072.htm>
- Córdova, J. (2025). *Los modelos de responsabilidad de la persona jurídica en el sistema penal peruano luego de la entrada en vigencia de la Ley N.º 30424*. (Tesis de maestría). Repositorio Institucional de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Feijoo, B. J. (2024). Reflexiones críticas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Una visión española y latinoamericana. REDEPEC. <https://www.redepec.com/reflexiones-criticas-sobre-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-una-vision-espanola-y-latinoamericana/>
- Feijoo, B. J. (3 de octubre de 2025). *La legislación peruana en el contexto de los modelos latinoamericanos de responsabilidad penal de personas jurídicas*. Sesión extraordinaria del Taller de Derecho Penal Económico y de la Empresa. <https://www.facebook.com/reel/806496471765438/?app=fbl>
- Feuerbach, A. (1989). *Tratado de Derecho Penal* (2ª ed.). Hammurabi.
- Gil, M., Olasolo, H. y Hernández, J. (2025). Recomendaciones para los ámbitos latinoamericano y colombiano. En Gil, M., Olasolo, H. y Hernández, J. (Dirs.), *Las respuestas a la corrupción desde la parte general del Derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte II, Personas jurídicas* (Vol. 35, pp. 585-611). Tirant lo Blanch. https://editorial.tirant.com/free_ebooks/9788410714564.pdf
- Gómez-Jara, C. (2010). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Estados Unidos de América*. Ara Editores.

- Herrera, E., Barrera, K. y Rodríguez, I. (2023). Responsabilidad penal de las personas jurídicas en Perú: una reevaluación del aforismo *societas delinquere nec punire potest* a partir de una perspectiva anticonceptualista. *Revista Direito GV*, (19). pp. 1-26.
- Marinucci, G. (2008). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un bosquejo histórico-dogmático. En García, C., Cuerda, A., Martínez, M., Alcácer, R. y Valle, M. (Coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat* (Tomo II, pp. 1173-1200). Edisofer.
- Martínez, V. (2016). *Análisis histórico de la responsabilidad penal corporativa* (Tesis doctoral). Repositorio Institucional de la Universidad Autónoma de Madrid. <https://repositorio.uam.es/server/api/core/bitstreams/981d6d54-c4f9-4757-a41a-5a523f3d1864/content>
- Martínez, V. (2020). *Refutación del principio societas delinquere non potest*. Discurso leído el 23 de enero de 2020 en el acto de su recepción pública por el Ilmo. Sr. D. Víctor Martínez Patón y presentado por la Ilma. Sra. Dña. Manuela Fernández Junquera. Imprenta del Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo.
- Martínez, V. (2021). El origen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho canónico. *Revista Española de Derecho Canónico*, 78(191), 1291-1324.
- Matos, R. (2021). La responsabilidad penal corporativa. *Revista Criminalia, LXXXVII, Nueva época, Diciembre 2020, Conmemorativo*. <https://www.criminalia.com.mx/index.php/revista/article/view/63/63>
- Menéndez, L. G. (2021). Antecedentes históricos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Ratio Juris*, 16(32), 93-116.
- Menéndez, L. G. (2024). La evolución de la responsabilidad penal corporativa en Estados Unidos. *Revista de derecho y proceso penal*, (75).
- Palomino, D. P. (2025). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas como instrumento de lucha contra las organizaciones terroristas en el Perú* (Tesis de pregrado). Repositorio Institucional de la Universidad Nacional Federico Villarreal. <https://repositorio.unfv.edu.pe/handle/20.500.13084/11229>
- Pérez, J. (2014). *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. Dykinson.
- Renzikowski, J. (2023). Observaciones iusfilosóficas sobre la responsabilidad penal de las organizaciones. En Saliger, F., Ruiz, C., Pastor, N. y Coca, I. (Eds.), *La responsabilidad penal de personas jurídicas* (Vol. I., pp. 19-47). Tirant Derecho.
- Von Liszt, F. (1927). *Tratado de Derecho Penal* (Tomo Segundo, 2ª ed., Trad. L. J. de Asúa). Editorial Reus.
- Zúñiga, L. (2020). *Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Instituto Pacífico.

Legislación citada

- Ley 1778, Por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción. *Diario Oficial de la República de Colombia*, 2 de febrero de 2016 (Colombia). <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=67542>
- Ley 20393, Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos que indica. *Diario Oficial de la República de Chile*, 2 de diciembre de 2009 (Chile). <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1008668>

Ley 27401, Régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas por delitos contra la administración pública y por cohecho transnacional. *Boletín Oficial de la República Argentina*, 1 de diciembre de 2017 (Argentina). <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-27401-296846/texto>

Ley 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional. *Diario Oficial El Peruano*, 21 de abril de 2016 (Perú). <https://www.leyes.congreso.gob.pe/documentos/leyes/30424.pdf>

Ley 31740, Ley que modifica la Ley 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, para fortalecer la normativa anticorrupción referida a las personas jurídicas y promover el buen gobierno corporativo. *Diario Oficial El Peruano*, 13 de mayo de 2023 (Perú). <https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/2177547-1>

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.

SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE COMPLICIDAD NECESARIA Y NO NECESARIA EN EL DERECHO PENAL ARGENTINO: UN PROBLEMA SUBDESARROLLADO EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA LOCALES

Bruno Rusca

Universidad Austral de Chile

bruno.rusca@uach.cl

<https://orcid.org/0000-0001-5460-9207>

<https://doi.org/10.26422/RJA.2025.0602.rus>

Recibido: 12/08/2025

Aceptado: 29/10/2025

Resumen

La clasificación entre complicidad necesaria y no necesaria, conforme a la legislación argentina, resulta de crucial importancia, ya que es la única distinción que tiene relevancia respecto a la escala penal aplicable a los diferentes intervinientes en el delito. A pesar de su importancia, los criterios que, en la doctrina y jurisprudencia argentinas, se han propuesto para trazar esta distinción son, en su mayoría, problemáticos. En ocasiones, la calificación de cómplice necesario se funda en afirmaciones que no constituyen ningún criterio para trazar la distinción. En otras circunstancias, la calificación se apoya en distinciones que son cuestionables desde un punto de vista valorativo, pues conducen a considerar como complicidad necesaria conductas que no merecen esa calificación. Por último, a veces se utilizan criterios tan vagos que no se ofrece ninguna orientación para solucionar dicho problema. En líneas generales, el trabajo argumenta que este escenario da lugar a que la responsabilidad penal que se les atribuye a los cómplices sea con frecuencia demasiado severa, pues si se asume que —con el resto de las condiciones iguales, el ilícito del cómplice es menos grave que el del autor—, la equiparación de la pena entre ambos debería ser más bien excepcional.

Palabras clave: participación, complicidad necesaria, complicidad no necesaria, criterios de delimitación.

About the Distinction between Substantial and Insubstantial Complicity in Argentinian Criminal Law: An Underdeveloped Topic in the Local Legal Theory and Judicial Practice

Abstract

The classification between substantial and insubstantial complicity under Argentine law is of crucial importance, since it is the only distinction that is relevant to the penalty range to be applied to the different individuals involved in the crime. Despite its importance, the criteria that Argentinian scholars and judges have proposed to draw this distinction are mostly problematic. Sometimes, the label of substantial accomplice is based on assertions that do not constitute any criterion for drawing the line. In other circumstances, the classification is based on distinctions that are objectionable from a normative point of view, because behaviors that do not justify that label are considered as substantial complicity. Finally, sometimes the criteria used are so vague that no guidance is given on how to solve the problem. In general, this paper argues that this scenario results in criminal liability attributed to accomplices often being too severe, because if it is assumed that, all other things being equal, the accomplice's wrongdoing is less serious than that of the perpetrator, equating the two penalties should be rather exceptional.

Key words: accomplice, substantial complicity, insubstantial complicity, distinguishing criteria.

1. Introducción¹

Joshua Dressler (2008, p. 429) afirma que el derecho penal norteamericano sobre participación criminal es una desgracia, porque el potencial castigo que prevé para el cómplice es igual al del autor, a pesar de que la culpabilidad de aquél pueda ser menor y su involucramiento en el delito menos importante. Aunque en la etapa de la determinación de la pena el juez tiene discrecionalidad para imponer al cómplice un castigo menor que al del autor, no hay ninguna regla que lo obligue a adoptar dicha medida, incluso cuando la contribución del cómplice al delito haya sido trivial (Chiesa, 2013, p. 485). La situación en el derecho penal inglés es similar. El art. 8 de la Accessories and Abettors Act de 1861, en su versión modificada, establece que el que ayude, incite, aconseje o procure la comisión de un delito será procesado, acusado y castigado como el autor de tal delito.² En la etapa de determinación de la pena, tampoco existe una norma que obligue al juez a reducir la pena por el solo hecho de que el condenado sea el cómplice y no el autor del delito (Du Bois-Pedain, 2020 p. 105).

1 El autor le agradece especialmente a Santiago Roldán por la lectura de una versión previa de este trabajo y por sus valiosas críticas y sugerencias.

2 Accessories and Abettors Act 1861. Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/24-25/94/section/8>

Si bien es frecuente que en los sistemas jurídicos pertenecientes a la tradición continental europea se establezca un castigo diferenciado para algunos de los intervinientes en el delito, el contraste entre ambas tradiciones jurídicas es menos notorio de lo que parece, pues no siempre las consecuencias de tales distinciones son tan relevantes. Así, por ejemplo, el ordenamiento jurídico chileno establece una atenuación obligatoria de la pena para los cómplices del delito, pero la definición de autor que adopta el Código Penal es tan amplia que la categoría de complicidad acaba por tener una aplicación muy limitada; paradigmáticamente, conforme a dicha legislación, se consideran también autores a los “que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte de él”.³

Conforme a otras legislaciones, como el Código Penal español y el Código Penal argentino, la atenuación de la pena para los cómplices sólo rige respecto de aquellos que presten al autor una contribución no necesaria; o, expresado con las palabras de la ley, respecto de aquellos que cooperan con actos sin los cuales el delito igualmente se hubiera cometido.⁴ Asimismo, aun respecto de una legislación como la alemana, que prevé una atenuación obligatoria de la pena para todos los cómplices del delito, ello solo rige para los delitos dolosos, pues, en relación con los delitos imprudentes, rige un sistema unitario de autor, en virtud del cual se consideran autores del delito a todos los que hayan realizado una contribución relevante para su comisión (Du Bois-Pedain, 2020, pp. 99-100).

Por último, aunque existan reglas de responsabilidad diferenciadas en la parte general, puede haber disposiciones aplicables a un delito en particular que unifiquen el tratamiento de los distintos intervinientes; así lo hacen, por ejemplo, el Código Penal chileno respecto a los delitos de alzamiento armado (arts. 121 y 122) y cohecho (arts. 248 a 250); y el Código Penal argentino, respecto del delito de traición a la patria (art. 214).

La tendencia a establecer las mismas consecuencias jurídicas para los distintos intervinientes en un delito es cuestionable si se asume la premisa de que el autor constituye el principal responsable del delito, o, dicho de otro modo,

3 Así lo dispone el art. 15 del Código Penal chileno. Sobre el concepto de cómplice en el derecho chileno, véase Matus Acuña y Ramírez Guzmán (2021, p. 498).

4 El artículo 28 del Código Penal español establece que también serán considerados autores del hecho “los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”. El art. 45 del Código Penal argentino dispone que tendrá la pena establecida para el delito los “que prestaren al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse”.

si se considera que entre la autoría y la participación en sentido estricto existe una diferencia *cualitativa*. En este sentido, tanto por razones de carácter teórico como desde un punto de vista intuitivo, resulta difícil de negar que el hecho ilícito del autor sea, con el resto de las condiciones iguales, más grave que el de los demás intervinientes. En principio, pareciera que el que ayuda a otro a matar, por más relevante que pudiera ser esa ayuda, hace algo que no es tan grave como la conducta misma de matar; en consecuencia, sería sensato que la aplicación de la pena más grave quedara reservada para los autores de ese delito (Green, 2013, pp. 275-276).

Si bien la legislación argentina no ha seguido esta orientación, ya que no establece una atenuación de la pena para todos los cómplices, una interpretación adecuada de la regulación legal sobre la distinción entre complicidad necesaria y no necesaria podría ayudar a atenuar los efectos de tal defectuoso punto de partida. Si se asume que ser autor involucra la realización de un hecho ilícito *prima facie* más grave que el de los demás intervinientes en el delito, entonces debería aplicarse la categoría de cómplice necesario de modo *excepcional*, solo para aquellos en los que el aporte del cómplice sea tan relevante que lo haga casi equiparable a un autor; en todos los demás casos, la regla debería ser la aplicación de la categoría de cómplice no necesario. En líneas generales, el trabajo asume la defensa de este punto de partida interpretativo.

La estructura del texto se divide de la siguiente manera: en primer lugar, se presenta un apartado en el cual se ofrecen razones en apoyo de la premisa de que existe una diferencia *cualitativa* entre el hecho ilícito que realiza el autor y el de los demás intervinientes (1). Para ello, se recurre tanto a estudios empíricos sobre intuiciones acerca de la responsabilidad penal como a razones de carácter teórico, que permiten fundamentar tales intuiciones. En segundo lugar, se presentan los lineamientos generales que sigue la jurisprudencia y doctrina argentinas para distinguir entre cómplices necesarios y no necesarios. Luego de analizar las distintas fórmulas utilizadas para trazar tal distinción, se sostiene que, en la mayoría de los casos, los criterios empleados son deficientes, porque o bien no ofrecen ninguna orientación para distinguir entre ambas clases de partícipes o bien dan lugar a resultados que son valorativamente cuestionables (2). Posteriormente, se ofrecen algunas directrices que resultan orientadoras para solucionar el problema y que conducen a considerar como cómplices necesarios solo a aquellos intervinientes que realicen un aporte de *extraordinaria* relevancia (3). Por último, el texto culmina con un apartado de conclusiones, en el cual se presenta un resumen de las ideas centrales defendidas en el trabajo (4).

2. Sobre el *menor* disvalor de la complicitad

2.1 Intuiciones sobre responsabilidad de autores y partícipes

En un estudio realizado por Paul Robinson y John Darley (2018), se les pidió a los participantes expresar su opinión acerca de la responsabilidad que les atribuirían a los agentes en distintos escenarios que involucraban la intervención de dos personas en un hecho de homicidio.⁵ En todos los casos, el escenario base trataba de una mujer que anhela la muerte de su marido, lo cual la haría una viuda rica; en ese contexto, un amigo de ella, que sabe de sus sentimientos, decide prestarle ayuda de distintas maneras para que ella lo mate. La mujer finalmente mata a su esposo, o, en otras variaciones del caso, ella intenta matarlo, pero no lo logra. Los participantes en el estudio debían asignar a ambos intervinientes en el delito —i. e., la esposa y el amigo— un valor en una escala de responsabilidad que iba desde el cero (no recibe pena) al diez (equivalente a prisión perpetua).

La ayuda que efectivamente le presta el amigo a la esposa varía en los distintos escenarios. Uno de ellos consiste en que el amigo escucha por casualidad que la mujer planea matar a su esposo e intenta encontrarse con ella para proporcionarle un arma, sin embargo, antes de que él logre dar con ella, la mujer ya había matado a su esposo [*failed attempt*]. En otra de las variantes, una vez enterado del plan homicida de la esposa, el amigo se limita a alentarla a seguir adelante [*encourages*]. En otra variante, el amigo le dice a la esposa dónde comprar el arma para llevar a cabo su plan homicida [*minimal help*]. En otro escenario, el amigo directamente le entrega el arma a la esposa, que ella utiliza para matar a su marido. En el escenario siguiente, la esposa ha intentado previamente conseguir el arma, pero sin poder lograrlo; el amigo le proporciona el arma y, además, dado que ella no sabe cómo usarla, le explica cómo debe dispararle a su marido [*substantial help*]. En otra variante del caso, el amigo le alerta a la esposa de que su marido sospecha del plan homicida y de que está a punto de volar fuera de la ciudad; por el oportuno aviso, ella logra llegar a su casa antes de que su marido huya y lo mata [*necessary help*]. Por último, otro escenario describe al amigo como un socio comercial del esposo, quien se vería favorecido con la liberación de una importante deuda en caso de que este

5 Los estudios realizados por Robinson y Darley tuvieron lugar en la Universidad de Rutgers, en 1990 y 1991. La metodología consistió en contactar a personas aleatoriamente, a quienes se les pedía que les atribuyeran responsabilidad al autor y al cómplice de un delito en distintos escenarios diseñados por los investigadores de acuerdo con una escala penal que les era proporcionada a los participantes. Para más detalles, véase Robinson y Darley (2018, pp. 219-225).

muriera. Enterado de que la esposa es infeliz con su matrimonio, el amigo le proporciona un plan para que ella lo mate y parezca un accidente; ella sigue el plan y mata a su marido [*masterminds*].⁶

Las distintas variantes del escenario base pueden ser descritas como una situación de incremento gradual del nivel de ayuda que el cómplice le presta al autor. Los participantes en el estudio de Robinson y Darley (2018) asignaron una responsabilidad mínima, cercana al límite inferior de la escala (1.15), en el escenario de intento fallido de ayuda [*failed attempt*]. Respecto de los escenarios segundo y tercero [*encourages y minimal help*], en los que el amigo se limita a alentar a la mujer o a indicarle dónde comprar el arma, los participantes le asignaron a aquel una responsabilidad en el límite medio de la escala (4.15 y 6.15, respectivamente). En los demás escenarios [*substantial help, necessary help y mastermind*], los participantes le asignaron al amigo una responsabilidad más cercana al límite superior de la escala (9.18, 9.21 y 9.18, respectivamente); de todos modos, aun en estos casos, la responsabilidad asignada al amigo fue siempre menor en comparación con la responsabilidad que los participantes le asignaron a la esposa (10.12, 10.06 y 9.97, respectivamente).

Según Robinson y Darley (2018), los resultados del estudio muestran, por un lado, apoyo a una conclusión previsible: mientras mayor es el grado de ayuda proporcionado por el cómplice, mayor es la responsabilidad que se le atribuye. Ello sugiere que, para los participantes en el estudio, la responsabilidad del cómplice se relaciona con la importancia objetiva de su contribución al hecho del autor. Aunque tal conclusión podría parecer obvia, en realidad contradice la regulación del Código Penal Modelo de los Estados Unidos, que considera suficiente para atribuir responsabilidad como cómplice de un delito al que simplemente *intenta* ayudar al autor (Robinson y Darley, 2018, p. 41). Por otro lado, los resultados del estudio también contradicen la tendencia predominante en el derecho penal angloamericano de atribuir al cómplice el mismo grado de responsabilidad que al autor del delito. De hecho, incluso en el escenario en el que el amigo le proporcionaba a la esposa un plan y la convencía de cometer el homicidio [*mastermind*], los participantes en el estudio consideraron que la responsabilidad de aquel debía ser menor en comparación con la de ella. Como afirman Robinson y Darley (2018, p. 42), tales resultados brindan apoyo a una regulación que establezca un atenuante de la responsabilidad aplicable a la complicidad.

6 Sobre los distintos escenarios que se utilizaron para el estudio de complicidad, véase Robinson y Darley (2018, pp. 35-37).

2.2 Sobre las razones para atenuar la responsabilidad del cómplice

Aunque las intuiciones son un buen lugar para comenzar, hace falta algo más para fundamentar la premisa de que el cómplice realiza un hecho ilícito, al menos *prima facie*, menos grave que el del autor mismo. Siguiendo a John Gardner, la pregunta sobre el estatus moral de la complicidad puede formularse de la siguiente manera: ¿no debería preocuparse cada uno más acerca de lo que hace, acerca de sus propios hechos ilícitos, que de los de otras personas? ¿No es acaso más importante que, manteniendo el resto de las condiciones iguales, cada uno intente evitar sus propios hechos ilícitos que intentar evitar los que realizan los demás? Quienes responden a estas preguntas de modo afirmativo se denominan *relativistas* agenciales. Para un relativista agencial, entre la opción de ser cómplice y la de ser autor de un hecho ilícito, el agente debería darle un mayor peso a evitar cometer el hecho él mismo (Gardner, 2012, pp. 81-82).

La premisa de la que parte un relativista agencial se asienta sobre el fundamento de que cada uno tiene una relación especial y diferente con sus propias acciones que la relación que tiene con las acciones de los demás. Mientras que la relación con las acciones propias es directa, la relación con las acciones de los demás es indirecta, y el agente responde por estas últimas solo cuando, con sus propias acciones, él ha contribuido a ocasionarlas (Gardner, 2012, p. 92). Así, por ejemplo, tanto el que convence a otro de matar como el que le proporciona al autor el arma homicida, no hacen algo tan grave como el que finalmente decide apretar el gatillo. Y ello se debe a que entre la acción de convencer a otro para que mate, o la de proporcionarle el arma homicida, y la decisión final de dar muerte a la víctima falta todavía algo: la acción del autor. Todo esto puede expresarse de una manera más metafórica: aunque tanto el autor como el cómplice *causan* el hecho ilícito, mientras el autor trae el hecho ilícito al mundo por sí mismo, el cómplice trae el hecho ilícito al mundo por medio de la conducta del autor. Esta mayor lejanía de la conducta del partícipe respecto de la decisión final del autor de cometer el hecho ilícito no puede ser indiferente y necesariamente refleja la menor gravedad de la conducta de participación (Sancinetti, 1991, pp. 750-751).

En cambio, los que niegan la afirmación de que es peor ser autor que ser cómplice de un hecho ilícito se denominan *neutralistas* agenciales. La perspectiva del neutralista agencial se asienta sobre una premisa de tipo consecuencialista. De acuerdo con esto, lo que importa es la reducción global de los hechos ilícitos en el mundo, independientemente de que sea uno mismo u otro quien los cometan. Así como resultaría hipócrita preocuparse más acerca

de los hechos ilícitos de otras personas que de los de uno mismo, continúa el argumento, sería autoindulgente preocuparse más de que sea uno mismo el autor del hecho ilícito de que lo cometan otros (Gardner, 2012, p. 92). En última instancia, aunque un neutralista agencial no necesita negar que la distinción entre autores y cómplices es parte de la estructura de la agencia racional, *sí* rechaza la premisa de que es peor cometer el hecho ilícito —i. e., ser el autor— que contribuir con las propias acciones u omisiones al hecho ilícito de otro —i. e., ser un cómplice—.

Podría ilustrarse el argumento del neutralismo agencial con un conocido ejemplo propuesto por Bernard Williams (1973, pp. 98-99): Jim es un explorador que, en una expedición botánica, acaba de llegar por accidente a una plaza de una pequeña aldea de Sudamérica. Contra la pared, se halla un grupo de veinte nativos del lugar, quienes han sido detenidos por actos de protesta contra el Gobierno. El capitán que se encuentra a cargo de la operación le explica a Jim que los nativos van a ser fusilados para enviarles un mensaje a los demás pobladores sobre las consecuencias de protestar contra el Gobierno. Sin embargo, como Jim es un visitante honorable del extranjero, el capitán le ofrece a aquél el privilegio de matar a uno de los nativos. Si Jim acepta la oferta, como forma de celebrar el acontecimiento especial de su visita, el capitán liberará al resto de los nativos detenidos. En cambio, si Jim rechaza el ofrecimiento y se niega a matar a uno de ellos, no habrá ningún acontecimiento que celebrar y, en consecuencia, el capitán hará lo que estaba por hacer antes de que Jim arribara: matar a todos los detenidos.

La pregunta relevante no consiste solo en cómo debería actuar Jim, sino también acerca del tipo de consideraciones que deberían guiar su razonamiento para tomar una decisión ante tal dilema (Williams, 1973, pp. 99). Desde un punto de vista consecuencialista estricto, lo que importa *exclusivamente* es el estado de cosas que se produce como consecuencia del curso de acción que adopte Jim. Así, para esta perspectiva, debería ser irrelevante si dicho estado de cosas ocurre como resultado de lo que el agente hace directamente —en este caso, si el mismo Jim dispara contra un nativo— o si ocurre como resultado de lo que otros hacen como consecuencia de la acción del agente —en este caso, si el que dispara contra los nativos es el capitán porque Jim se niega a disparar—. Para determinar cuál es el comportamiento correcto en esas circunstancias, desde el punto de vista de un consecuencialismo estricto, lo único relevante es el estado de cosas que surge como resultado del curso de acción adoptado por Jim; esto es, cuál es la opción en la que mueren menos nativos, independientemente de

quién sea el que finalmente apriete el gatillo. Lo correcto, entonces, sería que Jim acepte el ofrecimiento y mate él mismo a uno de los nativos.

Como puede advertirse, la respuesta consecuencialista estricta da lugar al neutralismo agencial: finalmente, no debería hacer una diferencia moral relevante si el resultado surge de lo que hace directamente el agente, o si es consecuencia de que él no evite lo que otros hacen o de que él aliente o ayude a otros a ocasionar tal estado de cosas. Todo lo que importa es la contribución causal a un hecho ilícito, pues, para esta perspectiva, todas las conexiones causales están al mismo nivel, con abstracción de la clase de relación que el resultado tenga con la conducta del agente (Williams, 1973, p. 94). Como sostiene Gardner (2012, p. 92), pareciera que el único modo de sostener el neutralismo agencial es negando la premisa de que las personas tienen una relación especial y más directa con las propias acciones que con las acciones de los demás. Empero: ¿cómo podría ser igual para Jim que sea él mismo quien apriete el gatillo o que sea otro? ¿Cómo explicar los sentimientos desagradables que la mayoría de las personas moralmente sensatas experimentarían al tener que ser ellas mismas quienes maten a uno de los nativos? En este sentido, el neutralismo agencial, y el consecuencialismo estricto en que se fundamenta, conducen a una especie de alienación respecto de los propios sentimientos morales, como también a una alienación respecto de las propias acciones (Williams, 1973, pp. 103-104).

Ahora bien, aun si se diera crédito a un punto de partida que niegue la premisa de que el agente tiene una relación especial con sus propias acciones, todavía podrían ofrecerse razones de eficiencia en contra del neutralismo agencial. Y es que, *frecuentemente*, cada uno está en mejores condiciones de evitar sus propios hechos ilícitos que en evitar los hechos ilícitos de los demás, aún aquellos a los cuales el agente ha contribuido de algún modo a causar. En algún sentido, esta idea es la que está detrás del fundamento de la teoría del dominio del hecho: el que tiene el dominio sobre la realización del hecho ilícito, porque tiene en sus manos en mayor medida el control de que tal hecho ocurra, está en una mejor posición para evitarlo y le corresponde por ello una mayor responsabilidad. En cambio, tanto el que induce a otro a cometer un hecho ilícito como el que le presta algún tipo de ayuda para realizarlo carecen de un grado de control relevante sobre si ese hecho ocurre o no; esto es, resulta para ellos más difícil evitar su realización, por lo cual, manteniendo el resto de las condiciones iguales, les corresponde una menor responsabilidad.⁷

7 Esta es la razón por la cual diferentes autores cuestionan la tendencia legislativa extendida que equipara la pena del inductor a la del autor. A este respecto, puede verse Roxin (2014, p. 274), Sán-

En definitiva, si bien la premisa de la mayor responsabilidad del autor tiende simplemente a darse por sentada y no suele explicitarse su fundamento, existen buenas razones en apoyo de este punto de partida. Por un lado, la mayor responsabilidad del autor se explica por el hecho de que el agente tiene una relación especial y más directa con las propias acciones que con las acciones de los demás, o, expresado de otro modo, tales acciones le pertenecen de una manera más íntima que las acciones que realizan otros. Por otro lado, frecuentemente el agente está situado en mejor posición para evitar los hechos ilícitos propios que para evitar los hechos ilícitos de los demás, es decir, tiene en general un mayor poder de evitación en relación con el resto de los intervinientes. Además, como muestran los estudios realizados por Robinson y Darley (2018), la premisa de que al autor le corresponde una mayor responsabilidad también se apoya en los juicios intuitivos de las personas legas. Todas estas razones, en conclusión, permiten fundamentar la premisa de que, como regla general, debería atribuírsele al cómplice una responsabilidad menor en comparación con la del autor.⁸

3. Sobre la distinción entre complicidad necesaria y no necesaria

3.1 Tratamiento de la distinción en la doctrina y jurisprudencia argentinas

Como se ha explicado, el Código Penal argentino no establece una atenuación de la pena para todos los cómplices, sino únicamente para aquellos que se denominan “cómplices no necesarios”. La distinción entre complicidad necesaria

chez-Vera Gómez-Trelles (2012, p. 8).

8 Alguien podría argumentar que la equiparación de la pena entre autores y cómplices de un delito puede fundamentarse sobre la base de razones de política criminal. En concreto, aunque el cómplice merezca un castigo menor, imponerle una pena tan severa como la del autor serviría para lograr una mayor *disuasión*: menos personas estarían dispuestas a colaborar con el autor de un delito. Si bien tal conclusión es consistente con una perspectiva disuasoria de la pena, puede ser cuestionada desde otro punto de vista. En efecto, como demuestra un corpus importante de literatura empírica, la eficacia de derecho depende no solo de la probabilidad de imponer una sanción a quienes incumplen sus prescripciones, sino también de la coincidencia entre su contenido y las normas morales de los miembros de la sociedad. Si las normas jurídicas se apartan significativamente de lo que los ciudadanos consideran justo, la credibilidad del derecho y su capacidad para generar obediencia resulta debilitada. En este sentido, aunque castigar al cómplice con la misma severidad que al autor podría conseguir una mayor disuasión, también resulta contrario al modo en que los legos conciben la responsabilidad de autores y cómplices, lo cual afecta la percepción de las personas sobre la legitimidad de tal régimen jurídico. Por ello, no resulta claro que la equiparación de la pena entre autores y cómplices del delito sea en verdad conveniente desde el punto de vista de política criminal. Sobre la importancia de la valoración moral del derecho por parte de los miembros de la sociedad y su relación con el fenómeno de la obediencia del derecho, véase Tyler (2006, pp. 22-27). Agradezco a una evaluadora anónima por señalarme este problema.

y no necesaria que realiza la legislación argentina proviene de España, la cual ha sido adoptada también por la legislación de otros países de Latinoamérica, como Perú y Puerto Rico.⁹ Según la terminología empleada por el Código Penal argentino, son cómplices necesarios los que prestan a los autores un auxilio o cooperación sin los cuales el hecho no habría podido cometerse. Son cómplices no necesarios, en cambio, los que “cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo” (art. 46). La pena aplicable a los cómplices no necesarios es la correspondiente al delito disminuida de un tercio a la mitad.

La cuestión que suscita mayor dificultad es determinar, por un lado, cuándo la ayuda del cómplice es una sin la cual el hecho no habría podido cometerse y, por otro lado, cuándo la ayuda del cómplice es una sin la cual el hecho igualmente habría podido cometerse. La redacción del artículo 45 del Código Penal argentino, que en lo sustancial es similar a la redacción de otras legislaciones, constituye una cláusula abierta, que requiere para su concreción de un amplio esfuerzo de interpretación. En efecto, aunque podría parecer que dicha cláusula brinda un criterio para distinguir entre cómplices necesarios y no necesarios, en realidad solo traslada la solución a otro nivel, pues queda por resolver en qué consiste exactamente un aporte sin el cual el hecho no habría podido cometerse (Chiesa, 2010, pp. 1172-1173). Incluso se ha llegado a sostener que, debido a dicha vaguedad, la determinación del carácter necesario o no necesario de la complicidad debía quedar a la libre discreción judicial (Zaffaroni et al., 2002, p. 804).

Ahora bien, es frecuente que los jueces empleen fórmulas para distinguir entre complicidad necesaria y no necesaria que no constituyen verdaderos criterios de distinción, pues, o bien se limitan a repetir lo que establece el art. 45 del Código Penal¹⁰ o bien emplean términos que en realidad son sinónimos de “necesario” y que, por consiguiente, no aportan mayor precisión. Así, por ejemplo, en algunas sentencias se afirma que debe calificarse como cómplice

9 El Código Penal peruano establece que será reprimido con la pena del autor “el que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiera perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor. A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena” (art. 25). El Código Penal puertorriqueño dispone que se consideran autores los que cooperan con “actos anteriores, simultáneos o posteriores a la comisión del delito, que contribuyen significativamente a la consumación del hecho delictivo” (art. 44). En cambio, son cooperadores los que “cooperan con actos u omisiones que no contribuyen significativamente a la consumación del delito” (art. 45).

10 En este sentido, Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala III, *Traico Pablo y otros*, 29/08/2018 [10322/2014], voto del juez Mario Margariños.

no necesario a quien realiza una contribución que no es “indispensable” o “imprescindible” para que se cometa el delito o que no reviste el carácter de “esencialidad”.¹¹ En otra sentencia, se calificó como cómplice necesario a una persona que esperaba en el asiento del acompañante de un automóvil a otros tres hombres mientras estos cometían un robo con armas en una peluquería, pues, al permanecer en el vehículo y garantizar la huida, hizo un aporte “imprescindible” para la realización del hecho.¹² También en la doctrina pueden encontrarse afirmaciones en este mismo sentido que tienden a definir lo no necesario como aquello que no es indispensable o esencial (Bacigalupo, 2012, p. 531). El problema de estas fórmulas es que, en verdad, no aportan un parámetro para distinguir entre ambos tipos de complicidad, pues no proporcionan un criterio más preciso que permita valorar la distinta relevancia de los aportes de los intervinientes en el delito.

Asimismo, algunos tribunales emplean afirmaciones sumamente abstractas, por lo que no resulta claro cómo podrían servir para solucionar un caso particular, más allá de proporcionar una orientación muy general sobre la materia. A modo de ejemplo, a menudo se sostiene que es cómplice necesario el que contribuye a configurar lo “principal” del hecho o el delito en “su conjunto”; y cómplice no necesario, el que contribuiría solo a configurar lo accesorio.¹³ Empero, si no se especifica la manera en la que puede determinarse qué es lo principal y qué es lo accesorio, tal distinción no aporta demasiado ni constituye un criterio de mayor utilidad que el sentido literal de la propia fórmula utilizada en el Código Penal.

En el mismo sentido, se afirma en algunas sentencias que la distinción entre los distintos grados de intervención en el hecho ilícito es cualitativa y, por consiguiente, “quienes hagan más serán autores y quienes hagan menos serán partícipes —y quienes hagan mucho menos serán cómplices o partícipes secundarios—”¹⁴ Posteriormente, se sostiene: “Cuánto hace cada uno se valora según

11 Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala II, *Lagos Carlos Ariel y otros*, 30/08/2016 [61062/2013], voto del juez Luis Fernando Niño; Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala I, *Hernández Hanza Adrián*, 07/04/2016 [73986], voto del juez Daniel Carral.

12 Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala II, *Rojas Zúñiga Horacio*, 03/03/2023 [13-06937908-1], voto del juez José Valerio.

13 Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala III, *Traico Pablo y otros*, 29/08/2018 [10322/2014], voto del juez Mario Margariños. Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, *Figuroa Susana*, 29/06/2017 [40066/2013], voto del juez Mariano Borinsky.

14 Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala II, *Lacroux Carreño*, 14/08/2023 [2392], voto del juez Omar Palermo.

el peso social de la aportación, el haz de deberes que atraviesa la específica posición jurídica del interviniente y otros factores simbólico-comunicativos que dotan de una especial relevancia al comportamiento en particular...”.¹⁵ Aunque todos estos criterios podrían ser relevantes para determinar quién hace más y quién hace menos, el problema es que constituyen estándares demasiado abstractos: ¿cómo debe determinarse el peso social del aporte de cada interviniente?, ¿cuáles los factores simbólico-comunicativos que brindan relevancia al comportamiento del agente? Si tales estándares no se traducen en indicadores más concretos que puedan brindar soluciones a casos particulares, existe el riesgo de que las decisiones judiciales en esta materia sean producto exclusivamente de la intuición del tribunal.

Además de la indeterminación de algunas fórmulas utilizadas por los tribunales, otra tendencia jurisprudencial se caracteriza por emplear criterios que resultan demasiado severos, ya que dan lugar a considerar como complicidad necesaria comportamientos que, en principio, no merecen esa calificación. A este respecto, en ciertas sentencias se fundamenta la calificación de complicidad necesaria sobre la base de circunstancias que a lo sumo permiten fundamentar el carácter de mero partícipe del interviniente. Así, por ejemplo, se ha sostenido que la presencia en el lugar de los hechos, aunque el agente no tome parte en la violencia ejercida para cometer el robo, configura complicidad necesaria porque refleja una “actitud de voluntad” que refuerza el “poder intimidante de los agresores” y disminuye “la posible resistencia de la víctima”.¹⁶ El problema de este modo de argumentar consiste en que, para justificar la atribución de la calidad de cómplice necesario, no basta con el hecho de que el interviniente contribuya de algún modo a facilitar la comisión del delito, ya que ello caracteriza por definición el rol de *cualquier* partícipe; de otro modo, no hay siquiera participación punible. Es decir, lo que fundamenta la calificación de partícipe no puede ser al mismo tiempo lo que fundamente la calificación de partícipe necesario.

Un modo de trazar la distinción bastante extendido en la doctrina y jurisprudencia de diferentes provincias se apoya en una interpretación literal del art. 45 del Código Penal. Conforme a esta idea, para determinar si un interviniente es cómplice necesario, se debe recurrir a un curso causal hipotético acerca de lo que habría sucedido si el interviniente no hubiera prestado la ayuda que efec-

15 Ídem.

16 Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Plata, Sala I, L. J., 23/02/1988 [71037], voto del juez Carlos Hortel.

tivamente prestó. Si en ese curso causal hipotético el delito no hubiera tenido lugar, entonces el interviniente que prestó esa ayuda es cómplice necesario, de lo contrario, si el delito hubiera ocurrido de todos modos, le correspondería la calificación de cómplice no necesario. Lo relevante, según la fórmula utilizada por parte de la doctrina y la jurisprudencia, no es si, suprimida mentalmente la ayuda prestada por el cómplice, el delito se habría cometido de cualquier forma. Por el contrario, se sostiene que habría que determinar si la ayuda del cómplice es condición necesaria del resultado en su modalidad concreta; esto es, si, suprimida mentalmente tal ayuda, el delito podría haberse cometido tal y como en realidad se cometió.¹⁷

Como es sabido, la utilización del método de la supresión mental hipotética ha recibido numerosas críticas, en particular en relación con el problema de la causalidad (Roxin, 1997, pp. 350-352).¹⁸ De todos modos, respecto de la cuestión que se analiza aquí, la dificultad con el criterio de la necesidad en su modalidad concreta reside en que, si se lo toma verdaderamente en serio, prácticamente cualquier ayuda se convierte en complicidad necesaria (Silva Sánchez, 2025, p. 1253). Ello es así porque hasta el más mínimo detalle que sea suprimido mentalmente hará variar las particularidades del hecho tal como se cometió en realidad. A modo de ejemplo, el que se limita a trasladar al autor en automóvil al lugar donde se comete el robo, según este criterio, debería considerarse cómplice necesario, pues, sin esa ayuda, el autor del robo tendría que haber llegado a ese lugar por otro medio; esto es, el hecho habría sido distinto de cómo concretamente ocurrió.

De todos modos, cabe aclarar que, si bien diferentes tribunales a menudo

17 Paradigmáticamente, esta opinión defendía Ricardo Núñez (1999): “La fórmula legal se refiere, en realidad, a que el auxilio o cooperación es complicidad necesaria si la tarea propiamente ejecutiva del tipo delictivo, sin el concurso del aporte del cómplice no se hubiera realizado como se realizó en el caso concreto sin con otras modalidades” (p. 253). También Soler (1992, p. 336) defendía este criterio de distinción. En el mismo sentido, Creus y Basílico (2020, p. 415). Las sentencias judiciales que siguen este criterio son numerosas. Al respecto, pueden verse: Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala I, *Caroni Leonardo*, 02/06/2015 [325], voto del juez Daniel Carral; Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala I, *Hernández Hansa Adrián*, 07/04/2016 [73986], voto del juez Daniel Carral; Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala I, *Katz Sebastián*, 04/04/2023 [29152/2020], voto del juez Gustavo Bruzzzone; Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala I, *Ferro Leonardo*, 11/04/2023 [448/2020], voto del juez Gustavo Bruzzzone; Corte Suprema de Justicia de Tucumán, Sala Civil y Penal, S, 26/10/2016 [1350], voto de los jueces Antonio Gandur, Antonio Estofán y Oscar Posse; Tribunal de impugnación de la provincia de Neuquén, *Duble Mauricio*, 07/03/2016 [33783/2014], voto del juez Daniel Varessio.

18 Crítico sobre este modo de trazar la distinción es Rusconi (2005, pp. 100-101), quien reconoce, además, que no se ha desarrollado en la doctrina argentina un sistema preciso para resolver el problema.

citan como criterio de distinción la fórmula de la necesidad en su modalidad concreta, en realidad, no siempre aplican consistentemente tal método, pues suelen considerar como complicidad no necesaria conductas que, según dicho criterio, deberían resolverse como complicidad necesaria. Así, por ejemplo, respecto de un acusado que organizó y planificó el robo, consiguió las herramientas que utilizaron los autores para cometerlo y recibió parte de los objetos sustraídos a las víctimas, un tribunal lo calificó como cómplice secundario, pues “de no haber efectuado dicha contribución, el delito igualmente podría haber configurado de la manera que se hizo y conforme a la concreción del plan acordado”.¹⁹ Pero resulta evidente que, sin esa planificación y sin las herramientas que les proporcionó a los autores dicho interviniente, el hecho habría sido diferente a como ocurrió en realidad: al menos, el plan habría sido distinto y los autores habrían utilizado otras herramientas para cometerlo. Lo que demuestra esta clase de razonamiento es que, en ocasiones, la fórmula de la necesidad en su modalidad concreta es invocada por los tribunales como fundamento de la atribución de la calidad del cómplice, pero sin constituir el criterio que verdaderamente funda la calidad asignada.

En la provincia de Córdoba, los tribunales emplean un criterio de distinción que consiste en calificar como cómplice necesario a todos aquellos que realizan un aporte que es aprovechado por el autor en la fase ejecutiva del hecho. Según esta idea, se entiende por aporte no solo los

vinculados con la modalidad típica de ejecución (v. gr., el suministro del arma utilizada en el robo), sino también otros que hacen a la modalidad fáctica de la ejecución (v. gr., el suministro de información relacionada a la ausencia de moradores de la vivienda en la que ingresan los autores del robo, conociendo la ausencia de riesgos).²⁰

Se sostiene que son cómplices no necesarios, en cambio, los que realizan un aporte que no es aprovechado por el autor en la fase ejecutiva del hecho.²¹ De acuerdo con esto, se calificó como cómplice necesario a una persona que llevó a otra en una motocicleta al lugar donde esta última cometió el robo y la esperó

19 Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala I, *Hernández Hansa Adrián*, 07/04/2016 [73986], voto del juez Daniel Carral.

20 Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, *Mendoza Emanuel*, 14/03/2016 [1052013], voto de la jueza Aída Tarditti.

21 Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, *Becerra Miguel*, 22/09/2005 [105], voto de la jueza Aída Tarditti.

para luego emprender la huida, ya que realizó un aporte que fue aprovechado por el autor en la ejecución del robo.²²

El problema con este criterio es que, al igual que la fórmula de la necesidad en su modalidad concreta, si verdaderamente se lo toma en serio, da lugar a calificar como cómplices necesarios a intervinientes que realizan una contribución poco importante y que, por tanto, no merecen tal calificación. Repárese, por ejemplo, en una persona que acompaña a varios de sus amigos en una pelea en la que estos golpean a otro muchacho y que, sin intervenir en la golpiza, se limita a arengar a los agresores y a filmar todo lo que ocurre. En la medida en que se trata de un aporte que es aprovechado por los autores en la fase de ejecución del delito, debería considerarse a tal interviniente como cómplice necesario. Sin embargo, resulta claro que no se trata de un aporte que tenga la relevancia suficiente como para revestir esa calidad. De hecho, lo problemático de este criterio es que, salvo algún caso excepcional, da lugar a que prácticamente cualquier cómplice sea considerado como necesario, ya que la regla es que la ayuda que prestan los cómplices normalmente le brinde algún provecho al autor en la fase de ejecución del delito.²³

En resumidas cuentas, un análisis de los criterios utilizados en la jurisprudencia argentina para distinguir entre complicidad necesaria y no necesaria revela que, por un lado, se emplean en ocasiones fórmulas con un alto grado de indeterminación, que no permiten orientar verdaderamente las decisiones de los tribunales. Por otro lado, a menudo se emplean criterios que no dejan prácticamente ningún ámbito de aplicación para la complicidad no necesaria. Ello es así porque tales parámetros fundan la complicidad necesaria sobre la base de que el aporte del cómplice influye de algún modo en la empresa del autor, lo cual a lo sumo constituye una condición necesaria para fundamentar cualquier forma de participación punible.

22 Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, *Mendoza Emanuel*, 14/03/2016 [1052013], voto de la jueza Aída Tarditti.

23 Un caso que los tribunales de Córdoba consideran como complicidad no necesaria es el de la persona que se limita a trasladar al autor al lugar donde este comete el delito; esto es, sin que el transportista espere al autor para ayudarlo en la huida posterior a la comisión del delito. De todos modos, no resulta tan claro que este sea un caso que, conforme al criterio del aprovechamiento en la fase ejecutiva, deba ser resulto como complicidad no necesaria. De hecho, podría argumentarse que el transporte le permite al autor estar en un lugar determinado y en un momento específico para cometer el delito, esto es, que constituye también un aporte que es aprovechado en la fase de ejecución. Sobre un caso como este resuelto por los tribunales de Córdoba, véase Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, *Becerra Miguel*, 22/09/2005 [105], voto de la jueza Aída Tarditti.

3.2 Algunos lineamientos generales para distinguir entre complicidad necesaria y no necesaria

Como se ha sostenido previamente, hay buenas razones para afirmar que el cómplice de un delito realiza un hecho ilícito *prima facie* menos grave que el del autor. En este sentido, la interpretación de las disposiciones de los artículos 45 y 46 del Código Penal argentino debería seguir la orientación contraria a la que adopta la jurisprudencia: la regla debe ser la complicidad no necesaria; y la excepción, la complicidad necesaria. Es decir, como sostiene Cerletti (2000 p. 20), solo cuando un cómplice realiza un aporte de extraordinaria importancia podría estar justificado excepcionalmente aplicarle la misma pena que al autor del delito. En todos los demás casos, debería calificarse la complicidad como no necesaria. En lo que sigue, se proponen algunos lineamientos que, sin abarcar todos los escenarios posibles, podrían servir de orientación a los tribunales para resolver distintos grupos de casos.

Un modo de distinguir entre ambas clases de complicidad, el cual está especialmente extendido en la doctrina y jurisprudencia españolas y que ha sido defendido en la doctrina argentina por Donna (2013, pp. 438-441), es la teoría de los bienes escasos.²⁴ Según esta perspectiva, desarrollada por el penalista español Gimbernat Ordeig (2012, p. 130), lo que importa para calificar la conducta del partícipe es la escasez o abundancia del bien con el que se ayuda al autor. Para establecer si una cosa es escasa, se deben formular primero un juicio general y, posteriormente, un juicio particular. En principio, son escasas las cosas que para una persona media en una sociedad determinada son difíciles de conseguir. Puede decirse, entonces, que en cualquier centro urbano actual son abundantes una suma moderada de dinero, un cuchillo o un celular. En cambio, cabe calificar como escasas a una suma importante de dinero o a un arma de fuego, pues, en general, se trata de cosas difíciles de conseguir. Este juicio de carácter general debe complementarse posteriormente con un análisis de las circunstancias particulares del que recibe la cosa (p. 131). Así, pues, aunque una pistola puede, en general, ser un bien escaso, no lo es si el que la recibe vive en un barrio donde cualquiera puede acceder fácilmente a tener armas de fuego.

El examen para determinar si una cosa es escasa se realiza *ex ante*, sin importar lo que habría ocurrido si el que aportó ese objeto no hubiera realizado

24 Sobre la aplicación de la teoría de los bienes escasos en la jurisprudencia española, que constituye la teoría que han seguido con preferencia los tribunales de ese país, véase el capítulo 12 del *Memento práctico Francis Lefebvre penal 2025* (Molina Fernández, 2024).

dicha contribución. De acuerdo con esta perspectiva, si el cómplice le aporta al autor un bien escaso, su participación debe calificarse como complicidad necesaria; en cambio, si lo que aporta es un bien abundante, corresponde calificar su participación como complicidad no necesaria. El fundamento de este modo de trazar la distinción consiste en que, si el cómplice provee algo que es difícil de conseguir, puede inferirse que ha removido un obstáculo importante para la comisión del delito; esto es, que su contribución aumentó de modo significativo la probabilidad de que el autor tuviera éxito en su empresa delictiva. Si el cómplice aporta algo que es fácil de conseguir, puede inferirse, por el contrario, que no ha removido un obstáculo serio para la comisión del delito y, en consecuencia, que su contribución no aumentó significativamente la probabilidad de éxito del plan del autor.

Aunque la teoría de los bienes escasos constituye un indicador de la relevancia del aporte del cómplice en ciertos casos, presenta también algunas limitaciones. En primer lugar, la escasez de la cosa que el cómplice le aporta al autor no siempre implica que dicha contribución haya aumentado de modo significativo la probabilidad de consumación del delito. La razón de ello consiste en que, además de las circunstancias particulares del que recibe la cosa, debe valorarse, asimismo, la importancia de la contribución para el plan concreto del autor (Silva Sánchez, 2025, p. 1253). Si, como afirma Chiesa (2010, p. 1181), el cómplice le proporciona al autor un silenciador que permite disparar un arma de modo silencioso, aunque eventualmente dicho objeto pueda calificarse como escaso, no constituye una contribución muy relevante si el plan del autor es matar a la víctima en un lugar despoblado, donde resulta improbable que haya personas cerca. En tal caso, la contribución de una cosa escasa no ha implicado la remoción de un obstáculo importante para la consumación del delito, por lo cual habría que calificar al cómplice que realizó dicho aporte como no necesario.

En segundo lugar, si bien la teoría de los bienes escasos ofrece una solución para las situaciones en las que el aporte del cómplice consiste en darle una cosa al autor, más compleja resulta su aplicación en los casos en los que el cómplice contribuye con una actividad. Para Gimbernau Ordeig (2012, pp. 142-143), en tales situaciones, lo decisivo es analizar si el comportamiento del cómplice es *inequívocamente* criminal y que, por ello, una persona cuidadosa no estaría dispuesta a llevar a cabo. Conforme a esta idea, si la conducta del cómplice es claramente delictiva, constituye un servicio escaso y da lugar a complicidad necesaria, pues lo que abunda en la sociedad son personas honestas que no estarían dispuestas a comportarse de ese modo. En cambio, si la conducta del

cómplice no es claramente delictiva, ello quiere decir que la mayoría de las personas disponen de alguna forma de esa actividad y, al no ser un servicio escaso, da lugar a complicidad no necesaria. En este sentido, no es claramente delictiva la actividad de transportar en automóvil al autor al lugar donde cometerá el delito, ya que, si se ocultan las intenciones criminales, hay disponibles diferentes medios de transporte que pueden prestar ese servicio; en consecuencia, el transportista debe calificarse como cómplice no necesario (p. 143).

Ahora bien, como sostiene también Gimbernat Ordeig (2012, p. 1150), aunque cierta actividad sea calificada como escasa no implica necesariamente que dicho aporte haya removido un obstáculo importante para la comisión del delito. Es posible que las personas que se hallan inmersas en actividades ilegales tengan mucha más facilidad para conseguir ayudas que consistan en conductas inequívocamente delictivas. Pero, además, la afirmación de que las actividades inequívocamente delictivas son escasas, porque lo que abunda en la sociedad son supuestamente las personas honestas, puede esconder una simplificación excesiva. En efecto, con respecto a aquellas actividades cuya realización no exponen al cómplice a un riesgo elevado de ser detectado y capturado, aunque sean inequívocamente delictivas, es sensato suponer que no resulta tan difícil encontrar personas dispuestas a realizarlas. Así, por ejemplo, quien lleva a cabo tareas de inteligencia en la fase preparatoria, mediante el seguimiento de los movimientos del dueño de la casa que el autor se dispone a robar, no se expone a un riesgo elevado de ser capturado y, por lo tanto, es probable que haya más personas dispuestas a prestar dicha ayuda. Tales actividades, en principio, deberían ser calificadas como constitutivas de complicidad no necesaria.

Por otra parte, la teoría de los bienes escasos no ofrece orientación para resolver los casos en los que la ayuda que proporciona el cómplice consiste en dar apoyo moral al autor del delito. En tales situaciones, lo que ofrece el cómplice no es un bien o servicio que pueda ser calificado como abundante o escaso, sino la comunicación al autor de la aprobación de su conducta. A este respecto, para que quien brinda apoyo moral pueda ser considerado verdaderamente un cómplice, el autor ya debe estar decidido a cometer el delito, pues si él no estuviera todavía decidido a llevar a cabo el delito, la persona que brinda apoyo moral debería ser calificada como instigadora. Pero si el autor ya se ha decidido a ejecutar el delito, la aprobación del cómplice no puede ser una contribución tan relevante como atribuirle la misma responsabilidad que al autor (Chiesa, 2010, pp. 1182-1183). Por supuesto, ello no implica afirmar que la ayuda otorgada por el cómplice sea trivial. Así, cuando se sostiene que la persona que presen-

cia el hecho sin tomar parte en él brinda mayor seguridad y tranquilidad al autor del delito, se dice algo cierto; sin embargo, ello no alcanza para fundamentar una complicidad necesaria, ya que es característico de toda forma de complicidad que constituya alguna forma de ayuda o apoyo para el autor.²⁵ Esa forma de ayudar no supone la remoción de un obstáculo importante para el éxito de la empresa del autor, por lo cual debe calificarse como complicidad no necesaria.

Por último, hay otros aspectos vinculados a la ilicitud de la conducta del partícipe que no se relacionan necesariamente con la cuestión de si la ayuda del cómplice aumentó la probabilidad de que el delito se consumara. En particular, se debe tener en cuenta también los deberes que infringe cada uno de los intervinientes en el delito. Así pues, en los denominados “delitos especiales”, respecto de los cuales solo puede ser autor el que reúne la calidad exigida por tipo penal –i. e., el *intraneus*–, el interviniente que no posee dicha calidad –i. e., el *extranei*–, independientemente de lo que haga, solo puede ser partícipe. Piénsese, a modo de ejemplo, en el delito de peculado, previsto en el art. 261 del Código Penal. Supóngase que un funcionario de la Administración pública vende ilegalmente bienes muebles que tiene bajo su custodia a un particular, quien sabe de la ilegalidad de la operación. En este caso, el funcionario sería responsable como autor del delito de peculado, mientras que el particular que compra los bienes debería responder como cómplice de ese mismo delito. Si se considera que la intervención del *extranei* da lugar a complicidad necesaria, entonces la escala penal aplicable al particular que compra los bienes, en principio, sería la misma que corresponde al funcionario autor del delito de peculado.

Como es sabido, uno de los problemas que plantea la participación en ciertos delitos especiales es que el fundamento del delito consiste, precisamente, en la violación de los deberes que rigen para una profesión o rol social determinado. La particular ilicitud del delito peculado, que fundamenta la magnitud de la escala penal prevista para dicha figura, reside en la infracción de un deber especial del funcionario de resguardar los intereses de la Administración pública; solo quien detenta esa posición puede cometer la transgresión de la confianza pública que configura el especial disvalor de ese delito y, por tanto, solo él puede merecer la pena prevista para tal figura. El particular que, por carecer de la condición de funcionario, no ha asumido el deber especial de resguardar los intereses de la Administración pública no puede tampoco realizar el particular disvalor del delito de peculado ni merecer la pena prevista para dicha infrac-

25 Al respecto, véase Cerletti (2000), quien analiza críticamente este argumento en relación con un caso en el que se calificó al vigilante o “campana” como cómplice necesario.

ción.²⁶ De forma tal que la aplicación de la misma escala penal de un delito especial, como lo son los delitos de funcionarios públicos, al partícipe *extranei* da lugar a un problema de falta de merecimiento de pena.²⁷

Para solucionar dicho problema, algunos autores proponen imputarle al *extranei* el delito común respectivo al que realiza el autor. En el ejemplo propuesto más arriba, conforme a esta idea, mientras que el funcionario que vende los bienes muebles que se hallan bajo su custodia debería responder como autor del delito de peculado, al particular que los compra se le imputaría complicidad en el delito de hurto. La dificultad de esta perspectiva reside, en primer lugar, en resultar difícilmente compatible con la accesoriedad de la participación, esto es, a grandes rasgos, la idea de que el hecho ilícito del partícipe sigue la suerte del hecho ilícito del autor. El particular que compra los bienes muebles que le vende el funcionario no colabora con la realización de una conducta de hurto, sino con una acción distinta: la sustracción de bienes de la Administración pública por parte de un funcionario, esto es, el delito de peculado. En este sentido, la propuesta de imputarles al autor y al cómplice delitos diferentes no solo es incompatible con la idea de accesoriedad de la participación (Roxin, 2014, p. 327), sino que también distorsiona el sentido de lo que realmente hace el partícipe.²⁸ En segundo lugar, esta tesis tiene el problema de que da lugar a la impunidad del partícipe en los delitos especiales propios, ya que no existe en estos casos un delito base que imputarle al partícipe. Así, mientras podría argumentarse que el peculado es un hurto agravado por la condición de funcionario público y que el *extranei* puede, en consecuencia, responder como

26 Algunos autores sostienen que el *extranei* que interviene en un delito especial no podría ni siquiera ser partícipe, pues, de lo contrario, se le imputaría la infracción de una norma ajena. Sostiene esta opinión Robles Planas (2003, pp. 242 y ss.). Pero esta idea, que da lugar a la impunidad del partícipe *extranei*, resulta claramente contraintuitiva. De la norma que se dirige al *intraneus* se deriva, en función de las reglas de participación y del tipo penal respectivo de la parte especial, una norma que se dirige al *extranei*, y la infracción de esa norma derivada es la que permite fundamentar su punibilidad. En este sentido, Silva Sánchez (2025, pp. 1288-1289).

27 No respecto de todos los delitos especiales puede afirmarse que la calidad exigida en el tipo *fundamente* la pena o el disvalor del delito, ya que a veces ese requisito de autoría responde al mero interés en delimitar los contornos del delito. Esta clase de delitos especiales, en los que el requisito de autoría no refleja la infracción de un deber extrapenal del sujeto que realiza la acción típica, ha recibido distintas denominaciones: delitos especiales de dominio, delitos de posición, delitos fácticamente calificados, entre otras. Respecto de esta especie de delitos especiales, la imputación al partícipe *extranei* del mismo tipo penal que realiza el autor no plantea ningún problema de falta de merecimiento de pena. Sobre este tema, véanse Roxin (2014, pp. 344-346), Robles Planas (2003, pp. 240-241), Sánchez-Vera Gómez-Trelles (2004, pp. 137 y ss.), Silva Sánchez (2025, pp. 1275-1276).

28 Sobre los fundamentos de esta tesis de la comunicabilidad limitada, que tiene relación con la asunción de la teoría de la accesoriedad máxima en materia de participación, véase Olave (2024, pp. 109-101).

cómplice de hurto, no ocurriría lo mismo si, por ejemplo, se tratara de un particular que ayuda a un juez a prevaricar. Como no hay en ese caso una figura no calificada para imputarle al *extranei*, este debería quedar impune, lo cual resulta particularmente problemático.²⁹

En el marco de una legislación como la argentina, la cual no prevé una cláusula de atenuación de la pena para el *extranei* que participa del delito especial,³⁰ un modo de solucionar el problema de su falta de merecimiento de pena, sin modificar el delito que se le imputa, consiste en considerarlo —salvo casos muy excepcionales— cómplice no necesario. En efecto, la relevancia de la intervención del partícipe en el delito no debería limitarse a la cuestión de si él ha removido un obstáculo importante para la consumación del delito, sino que debería tener en cuenta también si él infringe el deber que atañe al autor. Así, salvo cuando el *extranei* compense la ausencia del deber con un grado relevante de dominio del hecho —v. gr.: una persona que, pese a no ser funcionario público, se encarga de elaborar y redactar la sentencia contraria al derecho que el juez se limita solo a firmar—, en todos los demás casos, aun cuando él aporte un bien o servicio escaso, debería ser calificado como cómplice no necesario. En el ejemplo planteado previamente, aunque el particular que compra ilegalmente los bienes de la Administración pública cumpla un rol importante para la consumación del delito de peculado, ya que el aporte de una suma considerable de dinero constituye un bien escaso, su calificación como cómplice no necesario permitiría reflejar su menor merecimiento de pena al no infringir el deber que atañe solo a los funcionarios.³¹

4. Conclusiones

Algunos autores afirman que la distinción entre complicidad necesaria y no necesaria debería eliminarse en una eventual reforma de la legislación, ya que resulta valorativamente inadecuada, pues el cómplice siempre merece, *ceteris paribus*, una pena menor que la del autor del delito.³² Si bien existen buenas

29 Sobre este punto, véanse Roxin (2014, p. 327) y Silva Sánchez (2025, p. 1292).

30 Si bien el artículo 48 del Código Penal argentino establece una regla de comunicabilidad respecto de circunstancias que excluyen, agravan o atenúan la pena, tal norma no regula los elementos especiales que *fundamentan* la pena. En este sentido, Bacigalupo (1996, pp. 203-204), Zaffaroni et al. (2002, p. 801).

31 Una solución similar defiende Bacigalupo (1996, p. 205), quien propone que se le aplique al *extranei* la atenuación que el Código Penal prevé para la tentativa.

32 Al respecto, véase Donna (2013, p. 442).

razones, tanto de carácter teórico como desde un punto intuitivo, para afirmar que la responsabilidad del cómplice debe ser menor a la del autor, lo cierto es que, de acuerdo con el derecho vigente, la distinción entre complicidad necesaria y no necesaria deviene central, pues es la única categoría que da lugar a una diferencia de la escala penal aplicable a los distintos intervinientes en el delito. Por ello, resulta llamativo que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia locales el problema de la distinción entre cómplices necesarios y no necesarios no haya recibido tanto atención como amerita. En efecto, la práctica de los tribunales demuestra que, frecuentemente, para calificar la contribución del cómplice, se recurre a fórmulas que no constituyen verdaderamente un criterio de distinción, pues o bien se limitan a repetir las palabras contenidas en la ley o bien utilizan términos que son sinónimos de necesario y no sirven para orientar las decisiones judiciales. Además, otros criterios que suelen emplear los tribunales son demasiado severos, pues conducen a calificar prácticamente a cualquier cómplice como necesario; ciertamente, así ocurre con el empleo tanto de la fórmula de la necesidad en su modalidad concreta como de la fórmula del aprovechamiento en la fase ejecutiva.

En líneas generales, se ha sostenido que el esfuerzo por trazar la distinción entre complicidad necesaria y no necesaria debería partir de la premisa contraria a cómo opera en general la jurisprudencia: la regla debería ser la complicidad no necesaria; y la excepción, la complicidad necesaria. Para ello, se propusieron algunos lineamientos que pueden servir de orientación para resolver distintos grupos de casos. En este sentido, se sostuvo que la teoría de los bienes escasos, desarrollada por Gimbernat Ordeig (2012), constituye, en general, un indicador de la relevancia del bien o servicio que aporte el cómplice. De todos modos, no siempre la escasez de la contribución del cómplice es determinante para calificar la complicidad como necesaria; se requiere, además, tener en cuenta si, por las particularidades del plan del autor, el bien o servicio aportado por el cómplice involucra la remoción de un obstáculo importante para la consumación del delito. Asimismo, la relevancia del aporte del partícipe debería tener en cuenta no solo si ha aumentado la probabilidad de que el delito se consumara, sino también si él ha infringido con su conducta deberes especiales que atañen a su posición. En relación con los delitos especiales, aunque el *extranei* contribuya con un bien o servicio escaso, salvo casos excepcionales, debería ser calificado como cómplice no necesario, ya que, de este modo, se puede reflejar su menor merecimiento de pena.

Bibliografía

- Bacigalupo, E. (1996). *Manual de Derecho Penal*. Temis.
- Bacigalupo, E. (2012). *Derecho Penal. Parte General* (2ª ed.). Hammurabi.
- Cerletti, M. (2000). La valoración de la intervención del denominado “campana”. Sobre la necesaria delimitación del concepto de partícipe necesario. *La Ley*, 2000-C, 14-21.
- Creus, C. y Basílico, R. (2020). *Derecho Penal. Parte General* (6ª ed.). Astrea.
- Chiesa, L. (2010). Autores y cooperadores. *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, (79), 1163-1188.
- Chiesa, L. (2013). United States. En Reed, A. y Bohlander, M. (Eds.), *Participation in Crime. Domestic and Comparative Perspectives* (pp. 469-485). Routledge.
- Donna, E. (2013). *Derecho Penal. Parte General. Tomo V. El delito imprudente. Autoría y participación criminal*. Rubinzal-Culzoni.
- Dressler, J. (2008). Reforming Complicity Law: Trivial Assistance as a Lesser Offense? *Ohio State Journal of Criminal Law*, (5), 427-448.
- Du Bois-Pedain, A. (2020). Participation in Crime. En Ambos, K., Duff, A., Roberts, J. y Weigend, T. (Eds.), *Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice* (Vol. I, pp. 94-134). Cambridge.
- Gardner, J. (2012). *Ofensas y defensas. Ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal* (Trad. M. Manrique y J. Peralta). Marcial Pons.
- Gimbernat Ordeig, E. (2012). *Autor y cómplice en derecho penal*. BdeF.
- Green, S. (2013). *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría moral de los delitos de cuello blanco* (Trad. J. R. Agustina Sanllehi, M. Amorós Bas e I. Ortiz de Urbina Gimeno). Marcial Pons.
- Matus Acuña, J. y Ramírez Guzmán, C. (2021). *Manual de Derecho Penal chileno. Parte General* (2ª ed.). Tirant lo Blanch.
- Molina Fernández, F. (Coord.) (2024). *Memento práctico Francis Lefebvre Penal 2025*. Francis Lefebvre.
- Núñez, R. (1999). *Manual de Derecho Penal. Parte General* (4ª ed.). Lerner.
- Olave, A. (2024). La accesoriidad de la participación frente a la discusión acerca de la comunicabilidad en los mal llamados “delitos especiales impropios”. *Política Criminal*, 19(37), 99-128.
- Robinson, P. y Darley, J. (2018). *Justice, Liability and Blame. Community Views and the Criminal Law*. Routledge.
- Robles Planas, R. (2003). *La participación en el delito: fundamentos y límites*. Marcial Pons.
- Roxin, C. (1997) *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (Trad. de la 2ª ed. alemana de D. M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal). Civitas.
- Roxin, C. (2014). *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición de delito* (Trad. de la 1ª ed. alemana de D. Luzón Peña, J. M. Paredes Castañón, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal). Civitas.
- Rusconi, M. (2025). Participación criminal. En De Langue, M. (Dir.) y Lerman, M. (Coord.), *Código Penal de la Nación Argentina. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Tomo 2 – Artículos 42 - 78* (pp. 81-148). Hammurabi.
- Sancinetti, M. (1991). *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*. Hammurabi.

- Sánchez Vera-Gómez-Trelles, J. (2004). *El denominado “delito de propia mano”. Respuesta a una situación jurisprudencial*. Dykinson.
- Sánchez Vera-Gómez-Trelles, J. (2012). En los límites de la inducción. *InDret*, 2, 1-42.
- Silva Sánchez, J. (2025). *Derecho Penal. Parte General*. Civitas.
- Soler, S. (1992). *Derecho Penal argentino. Tomo II*. Tea.
- Tyler, T. (2006). *Why People Obey the Law*. Princeton University Press.
- Williams, B. (1973). A critique of utilitarianism. En Smart, C. y Williams, B., *Utilitarianism for and against* (pp. 77-150). Cambridge University Press.
- Zaffaroni, E., Alagia, A. y Slokar, A. (2002). *Derecho Penal. Parte General* (2ª ed.). Ediar.

Legislación citada

- Accessories and Abettors Act 1861.
- Código Penal argentino.
- Código Penal chileno.
- Código Penal español.
- Código Penal peruano.
- Código Penal puertorriqueño.

Jurisprudencia citada

- Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Plata, Sala I, L. J., 23/02/1988 [71037].
- Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, Figueroa Susana, 29/06/2017 [40066/2013].
- Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala I, Ferro Leonardo, 11/04/2023 [448/2020].
- Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala I, Katz Sebastián, 04/04/2023 [29152/2020].
- Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala II, Lagos Carlos Ariel y otros, 30/08/2016 [61062/2013].
- Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala III, Traico Pablo y otros, 29/08/2018 [10322/2014].
- Corte Suprema de Justicia de Tucumán, Sala Civil y Penal, S, 26/10/2016 [1350].
- Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala II, Lacroux Carreño, 14/08/2023 [2392].
- Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala II, Rojas Zúñiga Horacio, 03/03/2023 [13-06937908-1].
- Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala I, Caroni Leonardo, 02/06/2015 [325].
- Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala I, Hernández Hanza Adrián, 07/04/2016 [73986].
- Tribunal de impugnación de la provincia de Neuquén, Doble Mauricio, 7/03/2016 [33783/2014].
- Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, Becerra Miguel, 22/09/2005 [105].
- Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, Mendoza Emanuel, 14/03/2016 [1052013].

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.

DESAFÍOS REGULATORIOS Y TECNOLÓGICOS DE LOS ORÁCULOS APLICADOS A LOS *SMART CONTRACTS*¹

Eduardo Andrés Calderón-Marengo

Universidad Cooperativa de Colombia
eduardo.calderon@campusucc.edu.co
<https://orcid.org/0000-0002-7840-6495>

Víctor H. Aristizabal-Tique

Universidad Cooperativa de Colombia
victor.aristizabalt@campusucc.edu.co
<https://orcid.org/0000-0002-7880-5883>

Juan Guillermo Agón López

Universidad Cooperativa de Colombia
juan.agon@campusucc.edu.co
<https://orcid.org/0000-0002-2335-4739>

Paola Arenas

Universidad Cooperativa de Colombia
proyectosp44@gmail.com
<https://orcid.org/0009-0000-5592-0064>

Ana Valeria Romero Guido

Universidad Americana (Nicaragua)
ana.romero@uamv.edu.ni
<https://orcid.org/0000-0001-7794-3718>

Gabriel Ravelo-Franco

Universidad Continental, Huancayo (Perú)
gravelo@continental.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0003-0212-312X>

<https://doi.org/10.26422/RJA.2025.0602.cal>

Recibido: 27/03/2025

Aceptado: 06/11/2025

-
- 1 El presente artículo es derivado de los proyectos “Desafíos jurídicos y tecnológicos de la Tokenización de activos para la innovación en América Latina”, con código INV3707 (ejecutado por la Universidad Cooperativa de Colombia —sedes Medellín y Bogotá—, la Universidad de Salamanca, la Universidad Continental y la Universidad Americana) e “Implementación de acciones para la protección de cuencas de agua y suelos a partir de reforestación con tecnologías emergentes y biotecnología en la región Llanos Orientales en los departamentos de Meta y Arauca”, con código BPIN2022000100005 (ejecutado por la Universidad Cooperativa de Colombia —sedes Medellín, Villavicencio y Arauca— y financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología de Colombia mediante el Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación del Sistema General de Regalías).

Resumen

El objetivo de este estudio es analizar los desafíos regulatorios y tecnológicos asociados a los oráculos en *blockchain*, con énfasis en su papel en la automatización de contratos inteligentes y la *tokenización* de activos. La metodología utilizada combina una revisión sistemática de la literatura con el análisis de un caso de estudio, el Oráculo Terrasacha, aplicado a la gestión ambiental y compensación de emisiones de carbono. Los resultados evidencian que los oráculos son esenciales para integrar datos externos en *blockchain*, pero presentan riesgos relacionados con la fiabilidad de la información, la seguridad y la falta de un marco normativo específico. Se identifican distintas tipologías de oráculos según su fuente de datos, modelo de confianza y patrón de diseño, lo que permite evaluar su aplicabilidad en diversos contextos. Se destaca también la necesidad de establecer estándares regulatorios claros para la gobernanza de los oráculos que contemplen la asignación de responsabilidades y que promueva modelos descentralizados de validación de datos.

Palabras clave: oráculos en *blockchain*, contratos inteligentes, *tokenización* de activos, gobernanza de oráculos, validación de datos descentralizada, regulación de *blockchain*, seguridad de datos.

Regulatory and Technological Challenges of Oracles Applied to Smart Contracts

Abstract

This paper examines the regulatory and technological challenges of blockchain oracles, emphasizing their role in enabling smart contract automation and asset tokenization. The research employs a literature review alongside a case study of Oráculo Terrasacha, an oracle applied to environmental management and carbon emission offsetting. The findings highlight the critical role of oracles in bridging blockchain systems with external data, while also exposing vulnerabilities related to data integrity, security, and regulatory gaps. The study categorizes oracles based on data sources, trust models, and design patterns, offering insights into their suitability for different applications. It also emphasizes the urgency of establishing robust regulatory frameworks for oracle governance, ensuring accountability, and fostering decentralized data validation mechanisms to enhance transparency and security in blockchain ecosystems.

Key words: blockchain oracles, smart contracts, asset tokenization, oracle governance, decentralized data validation, blockchain regulation, data security.

1. Introducción

Esta investigación se centra en la necesidad de establecer un marco conceptual claro sobre los oráculos en *blockchain*, debido a su importancia en la tecnología y economía digital, particularmente en el auge de DeFi, la *tokenización* de activos y los contratos inteligentes (Hierro Viétiez, 2021). La *blockchain*, aunque segura, es un sistema cerrado que depende de los oráculos para interactuar con

datos externos, lo que permite la automatización y una descentralización efectiva (Condon et al., 2023).

El análisis también aborda los retos operativos y legales asociados con los oráculos, como la fiabilidad de los datos y la asignación de responsabilidades en caso de errores, lo que subraya la necesidad de un marco normativo que garantice la seguridad y la transparencia (Chung y Adriaens, 2024; Diago Diago, 2021). Este trabajo busca contribuir tanto al conocimiento académico como a la regulación, estableciendo bases sólidas para el uso seguro y eficiente de oráculos en la economía digital.

En consonancia con lo relevante de este estudio, se tiene que el avance acelerado de la tecnología *blockchain* ha dado lugar a la creación de aplicaciones innovadoras que prometen transformar diversas industrias, particularmente a través del uso de contratos inteligentes y la *tokenización* de activos. Los contratos inteligentes, programas autoejecutables que se hacen efectivos cuando se cumplen ciertas condiciones, y la *tokenización*, que convierte activos físicos en representaciones digitales, han sido celebrados como mecanismos que pueden revolucionar la forma en que se manejan las transacciones y la propiedad. No obstante, estas aplicaciones dependen fundamentalmente de la integración de datos externos para funcionar de manera efectiva. Aquí es donde surge la necesidad crítica de los oráculos, sistemas que actúan como intermediarios, permitiendo que *blockchains* —que, por diseño, son cerradas y autosuficientes— interactúen con el mundo exterior al proporcionar los datos que no están intrínsecamente disponibles en la cadena (Cong y He, 2019).

El principal desafío que enfrenta la implementación de los oráculos radica en garantizar la integridad y fiabilidad de los datos transmitidos. Dado que los contratos inteligentes se ejecutan automáticamente basándose en la información que reciben, cualquier error o manipulación de estos datos podría tener consecuencias legales y financieras graves. Este riesgo es especialmente alto en aplicaciones críticas, como la *tokenización* de activos, donde la precisión de la información es fundamental para mantener la integridad de los *tokens* y, por ende, la confianza en los mercados digitales.

Además, el uso de oráculos introduce otros conjuntos de retos legales y regulatorios que aún no han sido abordados de manera exhaustiva en la literatura jurídica. Por ejemplo, surge la cuestión de la responsabilidad legal en casos donde los datos proporcionados por un oráculo son incorrectos o falsificados, lo que podría llevar a la ejecución errónea de contratos inteligentes. Este es un problema complejo, ya que los oráculos pueden ser operados por terceros que

no están directamente vinculados a las partes involucradas en un contrato, lo que complica la asignación de responsabilidades legales (Diago Diago, 2021).

El problema del oráculo se refiere a la incapacidad inherente de las *blockchains* para acceder directamente a información externa, lo que limita su capacidad para interactuar con el mundo real. Este aislamiento asegura que las *blockchains* mantengan su seguridad y transparencia, pero, a su vez, impide su aplicación en escenarios que requieren datos externos, como precios de mercado o condiciones climáticas (Warwick, 2019). Los oráculos surgen como una solución a este problema, actuando como puentes que permiten que los contratos inteligentes accedan a datos externos que no están disponibles en la *blockchain*.

La falta de consenso sobre la mejor manera de gobernar estos sistemas ha dado lugar a debates dentro de la comunidad *blockchain* sobre cómo asegurar que los datos transmitidos sean precisos y no estén sujetos a manipulaciones. Estos debates son particularmente relevantes en el contexto de la *tokenización*, un área emergente que tiene el potencial de transformar la economía digital al permitir la representación digital de activos del mundo real (Chung y Adriaens, 2024).

Así, el fenómeno de los oráculos ha ganado relevancia como un tema central de discusión y análisis. Estos se han vuelto necesarios para la expansión de las aplicaciones de contratos inteligentes, ya que permiten que estos programas automatizados interactúen con eventos y condiciones del mundo real. No obstante, la teorización sobre los oráculos sigue siendo un área en desarrollo, con numerosas lagunas conceptuales y técnicas que necesitan ser abordadas para garantizar su implementación segura y efectiva.

La problemática central de esta investigación es el abordaje sobre la falta de un marco teórico y técnico sólido que explique de manera exhaustiva qué son los oráculos, cómo funcionan y cuáles son los principales desafíos y oportunidades que presentan en el contexto de la tecnología *blockchain*. Este marco no solo debe abordar los aspectos técnicos, sino también los legales y regulatorios, considerando que la integración de oráculos en aplicaciones críticas como la *tokenización* requiere de un entorno normativo que proteja a las partes involucradas y asegure la transparencia y la justicia en las transacciones. Por lo que esta investigación dará respuesta a la siguiente interrogante: ¿cuál es la taxonomía teórica y técnica del oráculo en el proceso de *tokenización* para ser integrado en la comprensión de las legislaciones nacionales?

Por otra parte, debe agregarse que la *tokenización*, que convierte activos físicos en representaciones digitales gestionadas en una *blockchain*, es una de las

áreas más prometedoras de la economía digital. Sin embargo, también está plagada de desafíos técnicos y regulatorios, como la validez legal de los *tokens* y la protección de los derechos de los propietarios; la necesidad de desarrollar un marco jurídico adecuado que regule tanto la operación de los oráculos como la validez de los activos *tokenizados* en los mercados legales (Chung y Adriaens, 2024).

Es así como la presente investigación acoge como objetivo general establecer un marco teórico y técnico sobre los oráculos en el proceso de *tokenización* que permita su integración adecuada en las legislaciones nacionales, por lo que se tienen como acciones específicas establecer el marco conceptual de oráculos y el proceso de *tokenización*, desarrollar una taxonomía técnica de los oráculos y elaborar recomendaciones para la regulación de oráculos en las legislaciones nacionales.

Respecto de la metodología para la selección de los textos analizados, se debe tener presente que la literatura sobre oráculos en *blockchain* aún se encuentra en una fase inicial de desarrollo, por ello, la presente investigación no se configuró como una revisión sistemática, sino como una revisión exploratoria de carácter descriptivo. De este modo, se consultaron bases de datos académicas de alta visibilidad, principalmente Scopus, complementadas con fuentes institucionales y repositorios especializados en ingeniería, informática y derecho tecnológico.

La búsqueda se orientó hacia estudios relativos a la taxonomía de los oráculos, abarcando oráculos de *hardware* y *software*, así como modelos centralizados, descentralizados e híbridos. También se incluyeron trabajos vinculados al patrón de diseño *immediateread* y a la interacción entre *blockchain* e IoT. Se aplicó una estrategia de bola de nieve, tomando como punto de partida publicaciones de referencia como Beniiche (2020), Condon et al. (2023) y Ezzat et al. (2022), que permitieron identificar nuevas contribuciones relevantes sobre gobernanza de oráculos, validación descentralizada y desafíos regulatorios. Las fuentes se seleccionaron con base en su pertinencia temática, actualidad (2018-2025) y rigor metodológico. De este modo, el enfoque metodológico privilegia la amplitud conceptual y la diversidad de perspectivas técnicas con el propósito de sentar las bases para futuras revisiones sistemáticas, que podrán realizarse conforme se consolide el cuerpo teórico y empírico en torno a los oráculos *blockchain*.

2. Fundamentos de los oráculos y la *tokenización*

Los oráculos se entienden como sistemas o mecanismos que proveen información o predicciones basadas en datos y algoritmos complejos. Estos sistemas funcionan como intermediarios entre un conjunto de datos y una decisión automatizada o semiautomatizada, y son importantes en áreas como la predicción de tendencias de mercado, la climatología y, más recientemente, en la tecnología *blockchain* (Corvalán, 2020).

En el ámbito del derecho, los oráculos algorítmicos se han convertido en herramientas clave, utilizando IA para procesar grandes volúmenes de datos jurídicos y ofrecer predicciones sobre posibles resultados judiciales. Estos sistemas ayudan a los profesionales a tomar decisiones más informadas al identificar patrones y correlaciones en datos históricos (Ashley, 2017).

En el ámbito de la tecnología *blockchain*, los oráculos se definen como sistemas que permiten que las cadenas de bloques (*blockchains*), que están inherentemente aisladas del mundo exterior, interactúen con datos externos que no están intrínsecamente disponibles en la cadena. Y es que, para que los contratos inteligentes (*smart contracts*) en la *blockchain* sean útiles en aplicaciones del mundo real, deben ser capaces de interactuar con datos externos como precios de mercado, resultados de eventos deportivos o condiciones climáticas. Aquí es donde los oráculos juegan un papel fundamental (Antonopoulos y Wood, 2018).

Los oráculos en *blockchain* pueden clasificarse en varios tipos según su origen y función, entre ellos, oráculos de *software*, que obtienen datos de fuentes digitales como API o sitios web; oráculos de *hardware*, que recopilan datos del mundo físico mediante dispositivos como sensores; oráculos *inbound*, que introducen datos externos en la *blockchain*; y oráculos *outbound*, que permiten que la *blockchain* envíe datos hacia el exterior (Buterin, 2015).

Hasta el día de hoy, siendo que los contratos inteligentes ejecutan automáticamente acciones basadas en los datos que reciben, cualquier error o manipulación en estos datos puede tener consecuencias graves, como la ejecución incorrecta de transacciones financieras o la creación de *tokens* que no representen adecuadamente los activos subyacentes (Chainlink, 2017). Es decir que este problema atañe a los oráculos, particularmente para que puedan proporcionar datos fidedignos.

Ahora, para comprender el concepto, pueden señalarse algunos ejemplos: oráculos que suministran datos que provienen de fuentes privadas específicas, como certificados académicos o identificaciones gubernamentales. En estos casos, la fuente de los datos, como una universidad o un departamento guber-

namental, es considerada completamente confiable, y la veracidad de los datos es subjetiva, ya que la verdad depende de la autoridad de la fuente emisora. Los datos que proporcionan generalmente se presentan en forma de atestaciones, como pasaportes o registros de logros académicos. Las atestaciones están destinadas a convertirse en un componente importante para el éxito de las plataformas *blockchain* en el futuro, especialmente en lo que respecta a la verificación de identidad o reputación, por lo que es esencial explorar cómo estas plataformas pueden integrar y manejar dichas atestaciones (Antonopoulos y Wood, 2018).

Otros ejemplos que pueden resaltarse son oráculos que proporcionan información desde números aleatorios utilizados en loterías hasta datos de mercados de capitales y tasas de cambio que anclan criptomonedas a monedas fiduciarias. Además, facilitan la activación de contratos inteligentes vinculados a eventos como catástrofes naturales o fluctuaciones meteorológicas, lo que demuestra su importancia en la automatización y precisión de procesos dentro del ecosistema digital. Asimismo, los oráculos gestionan datos críticos para la resolución de mercados de predicción, la verificación de daños en seguros y la interoperabilidad entre *blockchains*. También proveen información relevante como estadísticas de vuelos y precios de mercado del éter, que son fundamentales para diversas aplicaciones descentralizadas (Antonopoulos y Wood, 2018). Ahora bien, es importante conocer los patrones de diseños para obtener una mejor comprensión del estudio, sumado a los conceptos ya analizados.

3. Taxonomía de los oráculos

La clasificación de los oráculos en distintas categorías permite comprender mejor sus capacidades, limitaciones y ámbitos de aplicación. Sin una clasificación clara, los desarrolladores y diseñadores de *blockchain* pueden enfrentar dificultades al elegir el modelo de oráculo adecuado para sus aplicaciones. De igual forma, abogados y reguladores pueden encontrar barreras para evaluar el cumplimiento normativo de los oráculos, especialmente en lo que respecta a la privacidad de los datos y la responsabilidad legal en la validación de información externa. A continuación, se presenta una estructura de clasificación de los oráculos basada en sus fuentes de datos, modelos de confianza, patrones de diseño y formas de interacción con *blockchain*, basada en los trabajos de Al-Breiki et al. (2020), Ezzat et al. (2022) y Sadawi et al. (2022). Así, los oráculos en las cadenas de bloques pueden clasificarse tal como se muestra en la Figura 1:

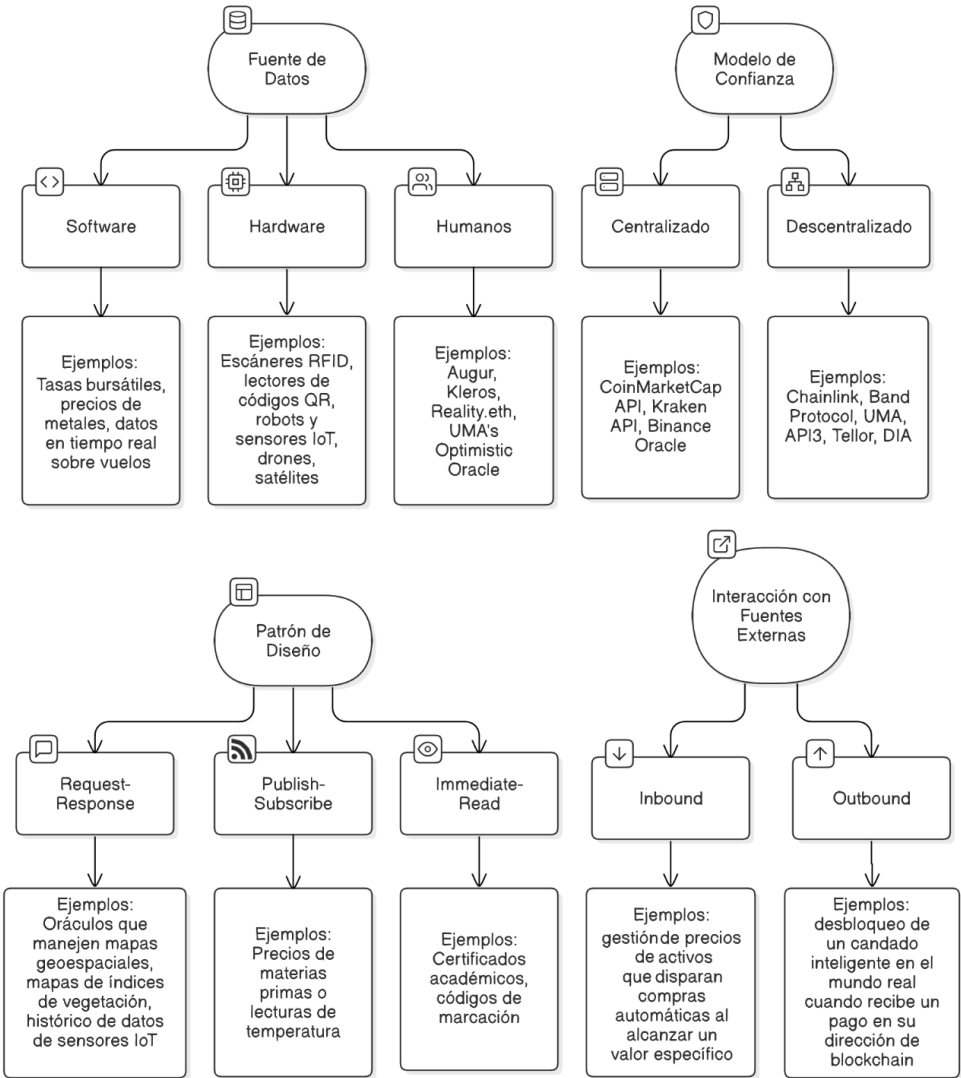


Figura 1. Diagrama de la taxonomía de los oráculos en *blockchain*.
Fuente: elaboración propia.

3.1 Fuentes de datos

3.1.1 Oráculos de *software* y de *hardware*

Dentro de la taxonomía de oráculos en *blockchain*, los oráculos de *software* y los de *hardware* constituyen dos categorías distintas, pero complementarias, cuya interacción resulta esencial para el ecosistema. Los oráculos de *software* o determinísticos se encargan de interactuar con fuentes de datos en internet e integrar la información obtenida en contratos inteligentes. Utilizan bases de datos, servidores y sitios web como principales fuentes, lo que les permite transferir datos en tiempo real a la *blockchain*. Gracias a esta capacidad, se han convertido en una de las opciones más empleadas actualmente, proporcionando información que va desde tasas bursátiles y precios de metales hasta valores de activos digitales o datos en tiempo real sobre vuelos y otros eventos (Beniiche, 2020). No obstante, como advierten Adams y Tomko (2018), esta dependencia de datos externos plantea problemas significativos de representación espacial y de incertidumbre. La información procedente de sensores o servicios web puede no reflejar con precisión la realidad física, lo que podría desencadenar ejecuciones erróneas de contratos inteligentes o disputas legales en transacciones que involucren activos físicos. Estos autores subrayan que el uso de oráculos de *software* para regular procesos ambientales o espaciales exige una validación rigurosa de los datos y una reflexión sobre la gobernanza, pues la simple automatización mediante *blockchain* no resuelve los problemas de precisión geoespacial ni las implicaciones sociales y regulatorias de su aplicación.

Adicionalmente, Adams y Tomko (2018) sintetizan varias complicaciones surgidas en su escenario de transferencia de tierras mediante *blockchain*: (1) problema de propiedad, cuando vecinos cuestionan los límites y generan disputas; (2) problema de trazabilidad, ya que la incertidumbre en las mediciones puede alterar superficies, afectar impuestos y zonas protegidas; (3) propagación de errores, donde una representación numérica imprecisa puede activar bloques automáticos en las transferencias; (4) problema de incentivos, al carecer de un tercero de confianza que garantice acuerdos voluntarios y verificados; (5) brecha digital, que pone en riesgo la legitimidad en sociedades con baja alfabetización digital; y (6) problema de gobernanza, pues se debe asegurar el bien común y la protección de áreas de valor especial frente a intereses individuales potencialmente conflictivos.

Por otro lado, los oráculos de *hardware* operan en el mundo físico, recopilando datos a través de tecnologías IoT. Entre los dispositivos que utilizan se encuentran escáneres RFID, lectores de códigos de barras o QR, robots,

sensores ambientales, drones y satélites (Beniiche, 2020). Estos oráculos son especialmente relevantes en aplicaciones críticas como las cadenas de frío en la industria farmacéutica y de alimentos, donde la confiabilidad de las mediciones es esencial. Investigaciones recientes han propuesto arquitecturas seguras para transferir datos de IoT a *blockchain*, integrando módulos de seguridad de *hardware* (HSM) y una infraestructura de clave pública basada en *blockchain* para garantizar autenticidad, trazabilidad, integridad, confiabilidad y frescura de los datos (Gómez-Marín et al., 2023).

A pesar de estos avances, se trata aún de una tecnología en desarrollo. Tal como señalan las conclusiones del trabajo de Gómez-Marín et al. (2023), la operación de las soluciones propuestas depende en gran medida de la infraestructura de Ethereum y de la disponibilidad de sensores seguros con arquitecturas de *hardware* específicas. Este carácter emergente implica que, antes de su adopción masiva, deberán realizarse investigaciones adicionales para extender su uso a otras *blockchains* (como Hyperledger Fabric o Arbitrum), mejorar los tiempos de respuesta y explorar mecanismos de preprocesamiento de datos en IoT antes de su envío a la *blockchain*. Estas limitaciones tecnológicas también abren un espacio para el debate regulatorio: las conclusiones sugieren la necesidad de marcos legales que aborden la responsabilidad de los fabricantes de sensores, la auditoría de oráculos y la trazabilidad de datos en escenarios transfronterizos para evitar riesgos de manipulación o retrasos en las mediciones que afecten contratos inteligentes sensibles.

Finalmente, Adams y Tomko (2018) recomiendan actuar con cautela y no consideran que el momento sea propicio para una “cripto-gobernanza” ambiental plenamente descentralizada. Subrayan que, especialmente en lo referente a la relación de las personas con su entorno, la propiedad de la tierra y la conservación de bienes comunes naturales son imprescindibles marcos institucionales sólidos, certeza jurídica y un mayor entendimiento de la relación entre representación espacial y tecnologías de registro distribuido antes de avanzar hacia una adopción generalizada.

3.1.2 Oráculos humanos

Según Beniiche (2020), los oráculos humanos dependen de individuos con conocimientos especializados para recopilar, verificar y proporcionar información a las redes *blockchain*. Estos expertos certifican datos provenientes de diferentes fuentes y los integran en contratos inteligentes. Utilizan criptografía

para autenticar su identidad, lo que reduce significativamente las posibilidades de fraude. Como ejemplos se tienen a Augur, la cual es una plataforma de predicción descentralizada donde los usuarios actúan como oráculos humanos al reportar los resultados de eventos específicos para liquidar apuestas o predicciones; Kleros, plataforma que utiliza jurados humanos para resolver disputas y validar información en contratos inteligentes, los jurados evalúan las pruebas presentadas y llegan a un consenso; Reality.eth, un oráculo que les permite a los usuarios humanos responder preguntas específicas en la red Ethereum, donde las respuestas son validadas por la comunidad o pueden ser disputadas si hay desacuerdos; UMA's Optimistic Oracle, aunque este oráculo es mayormente automático, los humanos pueden intervenir para verificar datos si hay una disputa sobre la información inicial enviada. Estos oráculos dependen de la honestidad y participación de los humanos para garantizar la precisión de los datos en la *blockchain*. Además, Zhang et al. (2025) comparan estos oráculos con su propuesta LPEA, un enfoque automatizado de aprendizaje por refuerzo que optimiza la selección y validación de datos para contratos inteligentes, diseñado para superar las limitaciones de dependencia humana y reducir sesgos y costos. Resaltan que, aunque los expertos humanos a veces logran un buen desempeño en *recall*, su precisión, costo y consistencia son superados por enfoques automatizados como LPEA. Este contraste sugiere implicancias regulatorias significativas: si los sistemas automatizados ofrecen mayor fiabilidad y menores costos, los marcos legales podrían evolucionar para exigir estándares mínimos de validación automatizada, auditorías de datos y protocolos de intervención humana solo cuando existan disputas complejas. Asimismo, las políticas públicas deberían equilibrar la innovación con la protección de derechos, garantizando transparencia en los algoritmos y mecanismos de apelación para evitar que la sustitución de oráculos humanos comprometa principios de equidad o rendición de cuentas.

3.2 Modelo de confianza

3.2.1 Modelos centralizados y descentralizados

Los oráculos *blockchain* pueden clasificarse según su estructura de gestión en modelos centralizados y descentralizados, cada uno con ventajas y desafíos específicos (Beniiche, 2020). En el modelo centralizado, una sola entidad gestiona el oráculo, actuando como el proveedor de datos. Aunque ofrece mayor eficiencia y rapidez en la transmisión de información, introduce un único punto de

fallo, lo que aumenta los riesgos de confianza y dependencia en la entidad que lo controla. Ejemplos de este tipo son CoinMarketCap API (2025), utilizada como oráculo para proporcionar precios de criptomonedas cuya confiabilidad depende de su control interno; Kraken API (2025), que entrega datos de precios de activos directamente desde el exchange Kraken a contratos inteligentes; y Binance Oracle (2025), ofrecido por el exchange Binance para transmitir datos de mercado a aplicaciones *blockchain*.

Por su parte, el modelo descentralizado distribuye la validación de datos entre múltiples oráculos, eliminando la dependencia de un único punto de fallo. Aunque mejora la confiabilidad y la resistencia a manipulaciones, genera mayor latencia y menor eficiencia en comparación con el modelo centralizado. Los oráculos descentralizados, también llamados “oráculos de consenso”, recopilan información de múltiples fuentes para validar los datos, lo que resulta especialmente útil en aplicaciones como la predicción de mercados. Entre sus ejemplos se destacan Chainlink (2025), una red ampliamente utilizada que conecta contratos inteligentes con datos del mundo real mediante múltiples nodos para garantizar precisión y descentralización; Band Protocol (2025), que emplea su propia *blockchain* (BandChain) para conectar datos externos con contratos inteligentes; UMA (Universal Market Access) (2025), que usa un enfoque optimista en el cual los datos se asumen correctos salvo disputa, reduciendo la dependencia de una sola fuente; API3 (2025), el cual permite que las API descentralizadas (dAPIs) se conecten directamente a contratos inteligentes eliminando intermediarios; Tellor (2025), un sistema donde los mineros proporcionan datos y son recompensados o penalizados según su precisión; y DIA (Decentralized Information Asset) (2025), enfocado en datos financieros descentralizados recopilados y validados por su comunidad. Estos sistemas utilizan múltiples fuentes y mecanismos de consenso para asegurar la integridad y confiabilidad de la información. Además, Xiao et al. (2023) destacan que el uso de oráculos descentralizados con modelos de confianza distribuidos entre componentes *on-chain* y *off-chain* es esencial para mantener la correlación de valor entre activos reales *tokenizados* y su representación digital, lo cual aporta mayor seguridad y confiabilidad en ecosistemas complejos como el metaverso.

Esta diferencia entre modelos también tiene implicancias normativas: los reguladores deberán considerar estándares mínimos para la auditoría de datos, mecanismos de supervisión y protocolos de responsabilidad compartida cuando los datos erróneos de un oráculo generen efectos legales o financieros. En modelos centralizados, la supervisión puede enfocarse en la transparencia

y la gobernanza corporativa de la entidad controladora, mientras que en entornos descentralizados se requieren marcos que equilibren la autonomía de los nodos con garantías de integridad, trazabilidad y protección de los usuarios, especialmente en jurisdicciones donde la *tokenización* de activos reales impacta mercados regulados.

3.3 Patrones de diseño

3.3.1 Diseño solicitud-respuesta (*request-response*)

Este tipo de diseño resulta especialmente complejo de implementar porque se emplea para gestionar grandes volúmenes de datos que no pueden almacenarse directamente en un contrato inteligente, como mapas geoespaciales, índices de vegetación o históricos de datos provenientes de sensores IoT. Por ello, dichos datos deben mantenerse fuera de la *blockchain*. Además, el cliente suele requerir solo una fracción específica de toda la información disponible.

Para llevar a cabo este diseño, se utilizan dos componentes principales: *on-chain* y el *off-chain*. El componente *on-chain* corresponde a un contrato inteligente que recibe la solicitud del cliente junto con los argumentos necesarios para definir con precisión la información requerida. Una vez validada la solicitud por el contrato oráculo, los datos se envían fuera de la *blockchain*, ya sea como un evento o mediante una actualización en el estado del contrato.

El componente *off-chain* abarca un *script* que procesa los eventos del oráculo y herramientas externas como bases de datos o aplicaciones para manejar la consulta. Los datos recuperados son firmados por el propietario del oráculo para garantizar su autenticidad y luego enviados de regreso a la *blockchain* en forma de transacción. Dado que estas transacciones se procesan fuera de la cadena, es habitual incluir en la solicitud detalles sobre los permisos del cliente para acceder a los datos solicitados. Además, este tipo de mecanismos, al proteger las rutas de solicitudes y emplear técnicas de ofuscación de tráfico, tienen implicancias regulatorias: podrían requerir normas sobre anonimato de las consultas y estándares de transparencia para equilibrar la privacidad con la auditabilidad de las transacciones de datos en *blockchain* (Gao et al., 2024).

3.3.2 Diseño publicación-suscripción (*publish-subscribe*)

Este patrón de diseño ofrece un servicio de difusión de información a intervalos regulares para suscriptores que han pagado por el servicio. De este modo, los

contratos suscritos reciben actualizaciones de manera periódica cada vez que los datos se modifican. Existen dos principales modalidades de implementación.

La primera es el contrato *on-chain*, donde un contrato inteligente mantiene tanto la lista de suscriptores como los datos almacenados en sus variables. El propietario del oráculo decide el momento de actualizar la información y, cuando lo hace, envía una transacción a los contratos suscritos con los datos renovados.

La segunda es el sistema híbrido. En este caso, el cliente se suscribe enviando una solicitud al oráculo, el cual genera un evento con la información del suscriptor. Estos datos se guardan fuera de la *blockchain*, lo que permite que los suscriptores reciban notificaciones cada vez que se actualizan los datos.

Este patrón es especialmente útil para oráculos que manejan datos dinámicos, como precios de materias primas o mediciones de temperatura. Cada vez que el oráculo actualiza su información, alerta a los usuarios sobre la disponibilidad de nuevos datos. Además, Wang et al. (2019) proponen el esquema AKPS (siglas en inglés para *attribute-keyword based encryption scheme for data publish-subscribe service*), un modelo basado en atributos y palabras clave que emplea cifrado de políticas duales para reforzar la privacidad en sistemas *publish-subscribe*. AKPS les permite a los publicadores cifrar datos de manera que solo los suscriptores con atributos y palabras clave coincidentes puedan descifrarlos, protegiendo así tanto el contenido como las condiciones de acceso. Asimismo, el esquema incluye pruebas de seguridad mejoradas bajo el supuesto DDH (Decisional Diffie-Hellman), garantizando resistencia frente a ataques y fortaleciendo la difusión segura de datos en plataformas en la nube. Esta sofisticación técnica plantea implicancias regulatorias relevantes: las autoridades podrían exigir estándares claros para la protección de datos en sistemas *publish-subscribe*, incluyendo requisitos de auditoría y trazabilidad para garantizar la rendición de cuentas, así como normas que equilibren el anonimato de las consultas con la transparencia necesaria para prevenir abusos o fraudes en entornos descentralizados.

3.3.3 Diseño de lectura inmediata (*immediate-read*)

Este diseño es ideal para gestionar datos pequeños y operaciones rápidas, como certificados académicos o códigos de marcación, que se almacenan directamente en la memoria permanente de un contrato inteligente. Los datos se actualizan mediante transacciones al contrato y, una vez almacenados, quedan disponibles para otras aplicaciones *blockchain* a través de solicitudes directas al oráculo, lo que permite un acceso inmediato a la información requerida.

Al respecto, Wu et al. (2025) proponen mecanismos avanzados de verificación multicapa que combinan firmas umbral de Shamir, árboles de Merkle, cadenas de firmas y filtros *cuckoo*, lo que refuerza la integridad de los datos y previene ataques de falsificación. Además, introducen un sistema de reputación dinámica para las fuentes de datos, incentivando el buen comportamiento y reduciendo riesgos de datos maliciosos. También destacan optimizaciones de rendimiento que disminuyen el tiempo de verificación y la latencia de transmisión en comparación con métodos existentes, particularmente útiles en escenarios de lectura inmediata para datos críticos pequeños. Estas innovaciones sugieren implicancias regulatorias: podrían exigirse auditorías y trazabilidad de las fuentes, así como estándares mínimos de seguridad y mecanismos de verificación independientes para garantizar la confiabilidad de datos sensibles en sectores como la educación o la salud.

3.4 Interacciones con fuentes externas

Los oráculos de entrada (*inbound*) capturan datos del mundo externo y los integran en la *blockchain*. Por ejemplo, gestionan precios de activos que disparan compras automáticas al alcanzar un valor específico.

Por su parte, los oráculos de salida (*outbound*) permiten que los contratos inteligentes envíen datos hacia el mundo externo. Un ejemplo típico es un contrato que desbloquea un candado inteligente cuando recibe un pago en su dirección de *blockchain*.

Un oráculo de entrada podría proporcionar lecturas de sensores a un contrato inteligente, mientras que un oráculo de salida podría activar mecanismos físicos, como desbloquear un dispositivo. Un mismo oráculo puede combinarse en múltiples categorías. Por ejemplo, uno que suministra datos desde el sitio web de una organización se clasifica como un oráculo de *software*, centralizado y de entrada.

4. Los oráculos y la Lex Criptográfica: implicaciones regulatorias

El concepto de Lex Criptográfica se refiere a un sistema legal emergente en el ámbito de la tecnología *blockchain*, basado en la autorregulación mediante algoritmos, códigos, contratos inteligentes y criptografía. Este marco normativo desafía las concepciones tradicionales del derecho al promover la libertad individual y la emancipación. La Lex Criptográfica se percibe como una evolución

de la Lex Mercatoria y la Lex Informática, pero con una autonomía propia derivada de su origen en el entorno digital descentralizado (Calderón Marengo et al., 2024). En el contexto de los oráculos en *blockchain*, plantea preguntas fundamentales sobre cómo regular estos sistemas que, en esencia, son códigos que gobiernan flujos de datos y decisiones automatizadas (Reidenberg, 1998).

Los oráculos, al introducir datos externos en la *blockchain*, deben cumplir con estándares rigurosos de seguridad, transparencia y responsabilidad. Sin embargo, la ausencia de un marco regulatorio específico que aborde los desafíos únicos que plantean los oráculos genera un vacío legal. Este vacío puede ser específicamente problemático cuando los oráculos son utilizados en aplicaciones críticas, como los mercados financieros o la automatización de contratos legales (Antonopoulos y Wood, 2018).

Desde la perspectiva de la Lex Criptográfica, los oráculos podrían considerarse reguladores de facto en el ecosistema *blockchain*, ya que determinan qué información es considerada válida y, por lo tanto, qué transacciones o contratos son ejecutados. Esta capacidad de influir en las decisiones automatizadas subraya la necesidad de establecer un marco legal que supervise tanto la tecnología subyacente como las reglas y principios que guían la operación de los oráculos (Reidenberg, 1998).

Hasta la fecha, no existe una legislación específica a nivel nacional en la mayoría de los países que regule directamente los oráculos para contratos inteligentes. Sin embargo, algunas jurisdicciones han comenzado a abordar aspectos relacionados con la tecnología *blockchain* y los contratos inteligentes, lo que indirectamente podría influir en la regulación de los oráculos. Por ejemplo, la Unión Europea, a través del Reglamento de Mercados de Criptoactivos (MiCA, por sus siglas en inglés), establece un marco regulatorio para los criptoactivos y servicios asociados, lo que podría incluir aspectos relacionados con los oráculos, especialmente en contextos donde los datos suministrados por estos son cruciales para la validez y ejecución de contratos inteligentes.

El Reglamento (UE) 2023/1114 sostiene que la tecnología de registro distribuido (TRD) tiene aplicaciones y modelos de negocio que aún no han sido completamente explorados, lo que podría generar nuevas actividades económicas y oportunidades de empleo en la Unión. No obstante, advierte que la ausencia de un marco general para los mercados de criptoactivos puede generar desconfianza y fragmentación normativa, obstaculizando el desarrollo de mercados innovadores en Europa. Se enfatiza que un marco regulatorio claro y equilibrado es esencial para fomentar la innovación y garantizar que los criptoactivos

se utilicen de manera segura, evitando riesgos para la estabilidad financiera, el buen funcionamiento de los sistemas de pago y la soberanía monetaria.

Además, algunas jurisdicciones como Mónaco y Suiza han avanzado en la creación de marcos legales que reconocen y regulan parcialmente el uso de tecnología *blockchain* y contratos inteligentes, lo que podría allanar el camino para la futura regulación de los oráculos. Sin embargo, una regulación específica y detallada sobre oráculos como entidades autónomas que interactúan con contratos inteligentes aún está en desarrollo y sigue siendo un área de interés emergente en la legislación tecnológica global.

Por lo tanto, mientras la legislación específica sobre oráculos sigue siendo limitada, es probable que, a medida que estos sistemas se desarrollen e integren más profundamente en los entornos legales y financieros, las jurisdicciones consideren la creación de normas más precisas y detalladas para regular su uso. A continuación, se desarrollan los tópicos orientadores de ese proceso.

4.1 Contratación clásica versus contratos autoejecutables

Es posible establecer conexiones entre la taxonomía descrita y los desarrollos doctrinales del derecho informático clásico, especialmente en torno a la formación, existencia y validez de los contratos. Así, los contratos inteligentes autoejecutables, al depender de los oráculos para acceder a información externa, plantean retos respecto a principios jurídicos tradicionales. En el derecho civil y comercial, la validez contractual se sustenta en la autonomía de la voluntad, la causa lícita y el cumplimiento de requisitos formales. Sin embargo, en la Lex Criptográfica, la ejecución automática condicionada por datos oraculares transforma la noción de consentimiento y desplaza el centro de gravedad hacia la fiabilidad tecnológica.

Los hallazgos muestran que este desplazamiento no implica la desaparición de los marcos normativos clásicos, sino la necesidad de reinterpretarlos a la luz de las nuevas dinámicas digitales. Por ejemplo, los oráculos centralizados presentan un único punto de fallo que concentra riesgos de confianza, lo cual recuerda la doctrina de los intermediarios en el derecho informático tradicional. A su vez, los modelos descentralizados, basados en consensos distribuidos, obligan a pensar en equivalentes funcionales a la fe pública registral, pero en un entorno algorítmico.

De igual forma, los patrones de diseño identificados (*request-response*, *publish-subscribe*, *immediate-read*) muestran la manera en que la estructuración técnica

de los oráculos impacta la forma en que se transmiten, validan y auditan los datos. En este punto, el derecho informático clásico ofrece categorías sobre seguridad de la información, integridad de datos y asignación de responsabilidades que resultan fundamentales para interpretar la operación de los oráculos y sus implicancias legales.

En atención a lo expuesto, la Lex Criptográfica no se erige en ruptura absoluta frente al derecho informático, sino en una capa de especialización que exige un diálogo constante con doctrinas tradicionales. La taxonomía de los oráculos sirve, en este sentido, como puente conceptual para comprender cómo los mecanismos técnicos de acceso y validación de datos reconfiguran la teoría general del contrato y los principios de responsabilidad.

4.2. Asignación de riesgos en sistemas descentralizados

Otra dimensión de análisis se relaciona con la responsabilidad y asignación de riesgos en los ecosistemas descentralizados de oráculos. La dependencia de múltiples fuentes de datos, así como la implementación de mecanismos de verificación multicapa, no elimina los problemas de responsabilidad cuando se producen errores, retrasos o manipulaciones en la provisión de información. En el derecho informático clásico, doctrinas como la responsabilidad de los intermediarios y la diligencia debida han servido para asignar riesgos en la prestación de servicios digitales. La taxonomía expuesta, al incorporar modelos centralizados, descentralizados e híbridos, ofrece un marco para reevaluar estas doctrinas.

En los modelos centralizados, la concentración del control en un solo proveedor aproxima su papel al de los prestadores de servicios de certificación digital, quienes históricamente han debido asumir obligaciones de transparencia, seguridad y reparación en caso de fallos. En contraste, los modelos descentralizados distribuyen la validación de los datos entre múltiples nodos, lo que dificulta atribuir responsabilidades individuales y plantea el desafío de diseñar mecanismos de responsabilidad compartida o solidaria.

Los patrones de diseño como el *publish-subscribe* o el *request-response* muestran que la naturaleza de los flujos de datos impacta directamente en la trazabilidad y, por ende, en la posibilidad de auditar y asignar responsabilidades. En este sentido, la doctrina clásica sobre integridad y autenticidad de los datos se convierte en un referente útil para discutir la pertinencia de auditorías obligatorias, esquemas de reputación de oráculos y la posible implementación de seguros tecnológicos que cubran daños ocasionados por fallas en la provisión de datos.

De este modo, la Lex Criptográfica no solo hereda los dilemas clásicos del derecho informático, sino que los intensifica al introducir un grado mayor de autonomía técnica en la ejecución de contratos inteligentes. Se vuelve indispensable entonces un marco regulatorio que combine la experiencia acumulada en la gestión de riesgos digitales con nuevas fórmulas que contemplen la descentralización, la gobernanza algorítmica y la necesidad de salvaguardar principios de seguridad jurídica y confianza legítima en entornos *blockchain*.

4.3 Estandarización y *soft law* en la gobernanza de datos

Se trata de un aspecto que conecta la práctica tecnológica emergente con los marcos normativos del derecho informático clásico. Los resultados de la investigación muestran que la diversidad de modelos y patrones de diseño de oráculos (centralizados, descentralizados, híbridos, *request-response*, *publish-subscribe*, *immediate-read*) plantea desafíos en términos de interoperabilidad y seguridad que trascienden la capacidad regulatoria de los marcos estatales tradicionales.

En este contexto, la experiencia del derecho informático ofrece paralelismos útiles. Así como la Ley Modelo de Comercio Electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (UNCITRAL) o la estandarización de certificados digitales bajo la infraestructura de clave pública (PKI, por sus siglas en inglés) aportaron seguridad y confianza en las primeras etapas del comercio electrónico, la taxonomía de oráculos sugiere la necesidad de estándares internacionales que armonicen principios mínimos de integridad, auditabilidad y transparencia. Estos estándares pueden surgir no necesariamente de la legislación estatal, sino de mecanismos de *soft law* impulsados por organismos internacionales como la International Organization for Standardization (ISO), la International Telecommunication Union (ITU) o entidades sectoriales como la Cámara de Comercio Digital.

Los hallazgos también resaltan que la ausencia de criterios uniformes puede generar fragmentación regulatoria, lo que incrementa los costos de cumplimiento y limita la interoperabilidad entre ecosistemas *blockchain*. De ahí que la Lex Criptográfica deba concebirse no como un marco autónomo y aislado, sino como un sistema que dialoga con instrumentos de *soft law* capaces de establecer reglas de juego claras y compartidas. Dicho diálogo es fundamental para garantizar la confianza transnacional en aplicaciones críticas de oráculos, tales como la *tokenización* de activos, la ejecución de contratos financieros o la certificación de datos en sectores sensibles como salud y educación.

En definitiva, la estandarización técnica y regulatoria no solo favorece la seguridad jurídica, sino que también permite potenciar la innovación al ofrecer un terreno común sobre el cual distintos actores pueden interactuar sin perder certeza normativa. Este hallazgo confirma que la Lex Criptográfica, en su dimensión regulatoria, debe concebirse como una extensión del derecho informático clásico, enriquecida mediante el desarrollo de estándares globales y prácticas de *soft law* que acompañen la rápida evolución tecnológica.

4.4 Responsabilidad civil y protección de datos

La introducción de los oráculos en la automatización de contratos inteligentes no solo redefine las dinámicas de confianza tecnológica, sino que también plantea desafíos jurídicos vinculados a la responsabilidad civil y a la protección de datos personales. Los oráculos, al actuar como intermediarios entre la *blockchain* y el mundo real, pueden generar efectos jurídicos directos cuando suministran datos erróneos o manipulados, afectando la validez y ejecución de contratos inteligentes. Estos escenarios exigen repensar la imputación de responsabilidad y la aplicación de los principios clásicos del derecho civil a contextos descentralizados y automatizados.

En los modelos centralizados, donde el control y la operación del oráculo recaen en un único proveedor, la atribución de responsabilidad resulta más clara. En estos casos, la responsabilidad podría asimilarse a la de los prestadores de servicios de certificación digital o a la de los intermediarios de la sociedad de la información, de acuerdo con la Directiva 2000/31/CE. Este marco impone deberes de diligencia reforzada, transparencia y reparación en caso de fallos, dado que el proveedor centralizado controla tanto la fuente como la transmisión de los datos.

Por el contrario, en los modelos descentralizados o híbridos, la asignación de responsabilidades se complejiza. La validación distribuida de datos entre múltiples nodos dificulta la identificación de un responsable único, por lo que se plantea la pertinencia de aplicar regímenes de responsabilidad objetiva por riesgo tecnológico. Este enfoque reconoce que el daño puede provenir no de un acto ilícito, sino de la autonomía funcional del sistema. Así, las obligaciones de diligencia se trasladan hacia los desarrolladores, operadores y auditores del oráculo, quienes deben implementar protocolos verificables de seguridad y trazabilidad.

Asimismo, el Reglamento (UE) 2022/868 (Reglamento de Gobernanza de

Datos) ofrece un referente útil al establecer mecanismos de gobernanza compartida y responsabilidad distribuida en entornos de datos descentralizados. Su aplicación analógica al caso de los oráculos permitiría asignar deberes de transparencia, conservación de registros y auditoría independiente para prevenir daños derivados de errores o manipulaciones algorítmicas.

Ahora, desde la perspectiva de la protección de datos, los oráculos enfrentan el desafío de cumplir con los principios establecidos en el Reglamento General de Protección de Datos (GDPR, por sus siglas en inglés), especialmente en lo relativo a la licitud, finalidad, minimización y seguridad del tratamiento (artículos 5, 24, 25 y 32). En sistemas híbridos como Oráculo Terrasacha, que integran sensores IoT, imágenes satelitales y bases de datos institucionales, la posibilidad de tratamiento incidental de datos personales obliga a definir con claridad los roles de responsable del tratamiento (*controller*) y encargado del tratamiento (*processor*).

El Comité Europeo de Protección de Datos (European Data Protection Board, 2025) ha señalado que, en entornos de *blockchain*, los principios de responsabilidad conjunta resultan esenciales, dado que múltiples actores pueden determinar los fines y medios del tratamiento. En este sentido, los desarrolladores y operadores de oráculos deben garantizar la anonimización efectiva de los datos, la aplicación de técnicas de seudonimización y la adopción de medidas de protección desde el diseño (*privacy by design*), conforme al artículo 25 del GDPR.

En cuanto a las transferencias internacionales de datos, los sistemas basados en infraestructura *cloud* —como los alojados en Amazon Web Services o Google Drive— deben observar las restricciones impuestas por el artículo 44 del GDPR, que prohíbe el traslado de datos personales a países sin un nivel adecuado de protección. Esta obligación cobra relevancia en proyectos como Terrasacha, donde el flujo transfronterizo de datos ambientales puede incluir información asociada a personas o comunidades locales, requiriendo salvaguardias contractuales y técnicas específicas.

Por otro lado, el artículo 32 del GDPR exige la implementación de medidas de seguridad apropiadas, como el cifrado y la capacidad de garantizar la integridad, disponibilidad y confidencialidad de los datos. En este sentido, los oráculos deberían adoptar mecanismos criptográficos verificables, auditorías periódicas y registros inmutables para demostrar el cumplimiento de estos requisitos.

4.5 Discusión del caso de estudio: Oráculo Terrasacha

El caso Oráculo Terrasacha constituye una aplicación de las tecnologías emergentes en la gestión ambiental, pues integra en un mismo sistema datos satelitales, consultas catastrales y sensores IoT para el seguimiento y verificación de bonos de carbono. Entre sus principales fortalezas destaca su naturaleza híbrida: combina fuentes de información heterogéneas y niveles de validación cruzada que fortalecen la trazabilidad de los datos ambientales. Esta integración multidimensional permite ofrecer resultados de alta precisión, mitigar el riesgo de errores en una fuente específica y facilitar la auditoría de la información, alineándose con las exigencias de transparencia que demanda la gobernanza de los mercados de carbono.

No obstante, los resultados también exponen limitaciones que deben abordarse para consolidar la fiabilidad y sostenibilidad del sistema. En primer lugar, el carácter centralizado de la gestión de datos plantea un riesgo de concentración de poder informacional, lo cual contrasta con los principios de descentralización y verificabilidad distribuida que sustentan la filosofía *blockchain*. Ello sugiere la necesidad de avanzar hacia modelos de gobernanza de datos basados en consorcios interinstitucionales, que distribuyan la validación y promuevan la interoperabilidad entre distintos actores públicos y privados.

En segundo lugar, la dependencia de servicios de terceros, como Amazon Web Services o Google Drive, introduce vulnerabilidades asociadas a la soberanía tecnológica y la protección de datos sensibles. Estos entornos, aunque robustos, imponen límites de control sobre la información almacenada y pueden generar dependencia estructural en infraestructuras foráneas. La adopción de arquitecturas *cloud* híbridas o de soluciones locales interoperables podría mitigar estos riesgos y fortalecer la autonomía tecnológica del sistema.

En tercer lugar, el caso revela la urgencia de establecer protocolos estandarizados de control y calidad de datos que aseguren la idoneidad en cada etapa del ciclo de información. La heterogeneidad de las fuentes exige mecanismos de verificación automatizada y auditorías independientes que garanticen la integridad de los registros. Sin una estructura formal de validación, el sistema podría enfrentar dificultades para mantener la coherencia y trazabilidad de los datos en procesos regulatorios o financieros.

Otro aspecto crítico se vincula con la alfabetización digital de los usuarios, tanto del sector público como del privado. La complejidad técnica de Terrasacha exige capacidades institucionales para interpretar los indicadores generados y gestionar los contratos inteligentes vinculados a los créditos de carbono.

Sin un fortalecimiento de las competencias digitales y regulatorias, la adopción de la tecnología podría limitarse a usos superficiales o depender de intermediarios tecnológicos, lo que debilita el principio de autonomía y transparencia.

Por último, el marco regulatorio vigente no contempla aún directrices específicas sobre la interoperabilidad de datos ambientales en *blockchain* ni sobre la certificación de oráculos híbridos. Esta ausencia de regulación integral dificulta la homologación de metodologías y puede generar incertidumbre jurídica en torno a la validez de la información oracular en procesos de compensación de emisiones. Por ello, el desarrollo de normas técnico-jurídicas que armonicen la gestión descentralizada de datos con las exigencias de verificación ambiental constituye un reto prioritario.

En síntesis, el caso Terrascha demuestra el potencial de los sistemas híbridos para fortalecer la trazabilidad y confiabilidad de los datos ambientales mediante la integración de fuentes diversas, pero también evidencia la necesidad de avanzar en la regulación, la alfabetización digital y la soberanía tecnológica para consolidar un modelo de gobernanza de datos realmente sostenible y transparente.

5. Conclusiones

Este estudio analiza tópicos regulatorios y tecnológicos vinculados a los oráculos en *blockchain*, con énfasis en su importancia para la operatividad de los contratos inteligentes y la *tokenización* de activos. A lo largo de la investigación, se ha demostrado que los oráculos son un elemento clave en la integración de datos externos en la *blockchain*.

En primer lugar, se identificó que los oráculos son esenciales para el funcionamiento de los contratos inteligentes, ya que facilitan la automatización de procesos a partir de información externa. Sin embargo, su implementación está asociada a vulnerabilidades relacionadas con la integridad de los datos, la manipulación de información y la dependencia de terceros, lo que exige mecanismos adecuados de supervisión y auditoría.

Desde el punto de vista regulatorio, se detectó una brecha normativa en la gobernanza de los oráculos, lo que dificulta la asignación de responsabilidades en casos de errores o manipulación de datos. En este sentido, la ausencia de marcos normativos específicos propicia incertidumbre jurídica, lo que refuerza la necesidad de desarrollar regulaciones adaptadas a la naturaleza descentralizada y transfronteriza de la *blockchain*. La Unión Europea lidera iniciativas des-

tinadas a incluir disposiciones generales sobre *blockchain* y criptoactivos, pero aún falta avanzar en la regulación específica de los oráculos.

Asimismo, se constató que existen distintos modelos de oráculos, clasificados según su origen de datos (*software*, *hardware*, humanos), su modelo de confianza (centralizado o descentralizado) y sus patrones de diseño (solicitud-respuesta, publicación-suscripción, lectura inmediata). Cada uno de estos modelos presenta ventajas y desventajas en términos de eficiencia, seguridad y confiabilidad, lo que implica la necesidad de elegir el tipo de oráculo más adecuado según el caso de uso.

En el ámbito de la economía digital, los oráculos han demostrado ser fundamentales en la *tokenización* de activos, al permitir la representación digital de bienes físicos en la *blockchain*. Sin embargo, su eficacia depende de la precisión y confiabilidad de los datos que suministran, lo que resalta la importancia de contar con mecanismos que garanticen la veracidad de la información transmitida.

El análisis del caso de estudio Oráculo Terrascha evidenció cómo la combinación de tecnologías emergentes, inteligencia artificial y *blockchain* puede mejorar la transparencia y eficiencia en la verificación de activos ambientales. No obstante, también mostró la necesidad de establecer marcos regulatorios claros para la validación y gestión de datos externos en *blockchain*.

En conclusión, la implementación de oráculos en *blockchain* requiere un equilibrio entre innovación tecnológica y regulación efectiva. La estandarización de prácticas, el desarrollo de mecanismos de auditoría y la promoción de modelos descentralizados de validación de datos son aspectos esenciales para garantizar la seguridad y confiabilidad en la interacción entre *blockchain* y el mundo real. Por lo tanto, es fundamental que tanto desarrolladores como reguladores trabajen en conjunto para diseñar soluciones que mitiguen los riesgos asociados y fomenten el crecimiento de un ecosistema *blockchain* confiable y transparente.

Bibliografía

- Adams, B. y Tomko, M. (2018). A Critical Look at Cryptogovernance of the Real World: Challenges for Spatial Representation and Uncertainty on the Blockchain. *Conference: 10th International Conference on Geographic Information Science (GIScience 2018)*. <http://doi.org/10.4230/LIPIcs.GIScience.2018.18>

- Antonopoulos, A. M., y Wood, G. (2018). *Mastering Ethereum: Building Smart Contracts and DApps*. O'Reilly Media.
- Al-Breiki, H., Rehman, M. H. U., Salah, K. y Svetinovic, D. (2020). Trustworthy Blockchain Oracles: Review, Comparison, and Open Research Challenges. *IEEE Access*, 8, 85675-85685. <http://doi.org/10.1109/ACCESS.2020.2992698>
- API3. (2025). *API3 – Decentralized APIs for Web 3.0*. <https://old-docs.api3.org/api3-whitepaper-v1.0.3.pdf>
- Ashley, K. D. (2017). *Artificial Intelligence and Legal Analytics: New Tools for Law Practice in the Digital Age*. Cambridge University Press.
- Band Protocol. (2025). *Band Protocol – Unified Data Layer for AI & Web3*. <https://www.bandprotocol.com/>
- Beniiche, A. (2020). A Study of Blockchain Oracles. *Arxiv*, 2004.07140. <http://doi.org/10.48550/arXiv.2004.07140>
- Binance Oracle. (2025). *Binance Oracle*. <https://oracle.binance.com/>
- Burrell, J. (2016). How the machine ‘thinks’: Understanding opacity in machine learning algorithms. *Big Data & Society*, 3(1). <https://doi.org/10.1177/2053951715622512>
- Buterin, V. (2015). *On Public and Private Blockchains*. Ethereum Foundation Blog. <https://blog.ethereum.org/2015/08/07/on-public-and-private-Blockchains>
- Calderón Marenco, E. A., Rodríguez Palacios, T. S., Garzón Solano, J. E. y Ravelo-Franco, G. (2024). Construyendo la delimitación de la Lex Criptográfica. *Revista Jurídica Austral*, 5(1), 551-575. <https://doi.org/10.26422/RJA.2024.0501.cal>
- Chainlink. (2025). *Chainlink 2.0 and the future of Decentralized Oracle Networks*. <https://chainlink.com/whitepaper>
- Chainlink. (2017). *DevHub CCIP Concepts*. <https://docs.chainlink.com/ccip/concepts#decentralized-oracle-network-don>
- Chiu, J., y Koepl, T. V. (2019). *The Economics of Cryptocurrencies- Bitcoin and Beyond*. Staff working papers 19-40. Bank of Canada.
- Chung, K. H. Y. y Adriaens, P. (2024). Blockchain technology for pay-for-outcome sustainable agriculture financing: implications for governance and transaction costs. *Environmental Research Communications*, (6), 1-11. <https://doi.org/10.1088/2515-7620/ad16f0>
- CoinMarketCap. (2025). *CoinMarketCap API Documentation*. <https://coinmarketcap.com/api/>
- Condon, F., Franco, P., Martínez, J. M., Eltamaly, A. M., Kim, Y. C. y Ahmed, M. A. (2023). EnergyAuction: IoT-Blockchain architecture for local peer-to-peer energy trading in a micro-grid. *Sustainability*, 15(17), 1-28. <https://doi.org/10.3390/su151713203>
- Cong, L. W. y He, Z. (2019). Blockchain Disruption and Smart Contracts. *The Review of Financial Studies*, 32(5), 1754-1797. <https://www.jstor.org/stable/10.2307/48568940>
- Corvalán, J. G. (2020). Inteligencia Artificial GPT-3, PretorIA y oráculos algorítmicos en el Derecho. *Revista Nuped*, 1(1), 11-52. <https://journal.nuped.com.br/index.php/revista/article/view/corvalanv1n1>
- Decentralized Information Asset. (2025). *Trustless Blockchain Oracles for Any Asset*. <https://www.diadata.org/>
- Diago Diago, M. P. (2021). Ciberactivismo, «Lex» informática, «Blockchain» y oráculos: desafíos en la era digital. En Castelló Pastor, J. J. (Ed.), *Desafíos jurídicos ante la integración digital as-*

- pectos europeos e internacionales* (pp. 1-15). Thomson Reuters Aranzadi. <https://www.millenniumdipr.com/archivos/1624954554.pdf>
- Doshi-Velez, F. y Kim, B. (2017). Towards a rigorous science of interpretable machine learning. *arXiv:1702.08608*. <https://arxiv.org/abs/1702.08608>
- European Data Protection Board. (2025). *Guidelines 02/2025 on processing of personal data through blockchain technologies*. https://www.edpb.europa.eu/system/files/2025-04/edpb_guidelines_202502_blockchain_en.pdf
- Ezzat, S. K., Saleh, Y. N. M. y Abdel-Hamid, A. A. (2022). Blockchain Oracles: State-of-the-Art and Research Directions. *IEEE Access*, 10, 67551-67572, <http://doi.org/10.1109/ACCESS.2022.3184726>
- Gao, R., Xue, Y., Wang, W., Lu, Y., Gui, G. y Xu, S. (2024). Improved Scheme for Data Aggregation of Distributed Oracle for Intelligent Internet of Things. *Sensors*, 24(17), 5625. <https://doi.org/10.3390/s24175625>
- Gómez-Marín, E., Parrilla, L., Tejero López, J. L. y Castillo, E. (2023) Toward Sensor Measurement Reliability in Blockchains. *Sensors*, 23(24), 9659. <https://doi.org/10.3390/s23249659>
- Hierro Viétiez, G. (2021). Introducción al Blockchain, los contratos inteligentes y su relación con el arbitraje. *THEMIS Revista De Derecho*, (79), 299-309. <https://doi.org/10.18800/themis.202101.016>
- Kraken. (2025). *Kraken API Center*. <https://docs.kraken.com/api/>
- Parke, H. W. y Wormell, D. E. W. (1956). *The Delphic Oracle: Its Responses and Operations*. Oxford University Press.
- Reidenberg, J. R. (1998). Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology. *Texas Law Review*, 76(3), 553-593.
- Risius, M. y Spohrer, K. (2017). A Blockchain Research Framework: What We (don't) Know, Where We Go from Here, and How We Will Get There. *Business & Information Systems Engineering*, 59(6), 385-409. <http://doi.org/10.1007/s12599-017-0506-0>
- Sadawi, A. A., Hassan, M. S. y Ndiaye, M. (2022). On the Integration of Blockchain With IoT and the Role of Oracle in the Combined System: The Full Picture. *IEEE Access*, 10, 92532-92558, <http://doi.org/10.1109/ACCESS.2022.3199007>
- Supra. (2023). *Blockchain Oracles: The Complete Guide*. <https://supra.com/academy/Blockchain-oracles/>
- Tellor. (2025). *Tellor Introduction*. <https://docs.tellor.io/tellor>
- Wang, S., Zhang, Q., Zhang, Y., Sun, J., Chen, J., Sun, X. (2019). Improving the proof of “Privacy preserving attribute-keyword based data publish subscribe service on cloud platforms”. *Plos One* 14(2), e0212761. <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0212761>
- Warwick, K. (2019). *Synthetix Response to Oracle Incident Our response to today's Oracle incident*. Synthetix. <https://blog.synthetix.io/response-to-oracle-incident/>
- Wu, R., Chen, L., Song, G., Xu, Y. y Wang, X. (2025). Multi-layered retrieval integrity verification mechanism for blockchain oracle. *Peer-to-Peer Networking and Applications*, 18. <https://link.springer.com/article/10.1007/s12083-025-01987-w>
- Xiao, Y., Zhang, N., Lou, W. y Hou, T. (2023). A Decentralized Truth Discovery Approach to the Blockchain Oracle Problem. *IEEE INFOCOM 2023 - IEEE Conference on Computer Communications*, 1-10, <http://doi.org/10.1109/INFOCOM53939.2023.10229019>

Zhang, S., Song, H., Wang, Q., Shen, H. y Pei, Y. (2025). *A Test Oracle for Reinforcement Learning Software based on Lyapunov Stability Control Theory*. IEEE/ACM 47th International Conference on Software Engineering (ICSE). <https://ieeexplore.ieee.org/stamp/stamp.jsp?tp=&arnumber=11029785>

Legislación citada

Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea. (2000). *Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico)*. Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, Gobierno de España. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2000-81295>

Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea. (2016). *Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos)*. <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>

Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea. (2022). *Reglamento (UE) 2022/868 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2022 relativo a la gobernanza europea de datos y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724 (Reglamento de Gobernanza de Datos)*. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2022-80835>

Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea. (2023). *Reglamento (UE) 2023/1114 del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de mayo de 2023, relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.o 1093/2010 y (UE) n.o 1095/2010 y las Directivas 2013/36/UE y (UE) 2019/1937*. Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, Gobierno de España. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2023-80808>

Anexo técnico

Caso de estudio: Oráculo Terrasacha para el manejo de bonos de carbonos de la compensación de emisión mediante soluciones basadas en la naturaleza.

1. Información sobre el Oráculo Terrasacha

Terrasacha (Universidad Cooperativa de Colombia, 2023) representa un caso de estudio relevante para comprender los desafíos regulatorios y tecnológicos en la aplicación de soluciones basadas en la naturaleza para la compensación de emisiones. Esta iniciativa es liderada por la Universidad Cooperativa de Colombia (UCC) en colaboración con la Corporación Innprende, Gobernación del Meta y Arauca, con financiamiento del Sistema General de Regalías (SGR) y el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (Minciencias).

El proyecto, titulado *Implementación de acciones para la protección de cuencas de agua y suelos a partir de reforestación con tecnologías emergentes y biotecnología en la región de los Llanos Orientales en los departamentos de Meta y Arauca*, tiene una duración de cuatro años y está diseñado para impulsar la protección de activos ambientales y la descarbonización en estas regiones.

Uno de sus productos, Oráculo Terrasacha (Universidad Cooperativa de Colombia, 2023), busca integrar tecnologías emergentes y biotecnología en proyectos de reforestación, generando modelos de protección y monetización de bosques naturales y cultivos forestales. Su objetivo principal es mitigar los impactos negativos del cambio climático mediante estrategias de compensación de emisiones de gases de efecto invernadero y reforestación, y la creación de incentivos para inversiones sostenibles en mercados de carbono. En este sentido, el oráculo cumple un papel fundamental al proveer información confiable para la automatización de procesos a través de contratos inteligentes en *blockchain*, garantizando transparencia y eficiencia en la verificación de activos ambientales.

La plataforma Oráculo Terrasacha se distingue por integrar múltiples fuentes de datos, incluyendo imágenes satelitales, consultas catastrales y sensores IoT, con el fin de ofrecer un análisis completo del territorio bajo seguimiento. Esto permite les a los usuarios realizar comparaciones del estado de los espacios terrestres en diferentes períodos de tiempo, facilitando la toma de decisiones fundamentadas en proyectos de reforestación y conservación ambiental.

Además, la plataforma cuenta con una API documentada que posibilita la integración de sus servicios en otras aplicaciones, automatizando procesos

y proporcionando acceso a datos en tiempo real. Esta capacidad permite garantizar la transparencia y eficiencia en la gestión de bonos de carbono y otros instrumentos de compensación de emisiones.

Este caso de estudio permite conectar los debates teóricos y normativos abordados en este trabajo con una aplicación concreta de los oráculos en *tokenización*. A partir de Oráculo Terrasacha, se examina cómo los oráculos pueden mejorar la trazabilidad y verificación de datos en proyectos ambientales, alineándose con la necesidad de garantizar la fiabilidad y precisión en sistemas descentralizados. A partir de la taxonomía de los oráculos desarrollada en este trabajo, se identifican las características específicas de Oráculo Terrasacha, como su modelo híbrido de *software* y *hardware*, su enfoque centralizado en la gestión de datos y su integración con fuentes de información externas. Asimismo, el análisis de esta plataforma permite abordar los desafíos legales y técnicos derivados de la integración de fuentes de datos externas a *blockchain*, la automatización de validaciones mediante contratos inteligentes y la asignación de responsabilidades en caso de errores o manipulación de datos. Estos aspectos resultan fundamentales para el desarrollo de un marco normativo adecuado que garantice la seguridad, la transparencia y la confianza en el uso de tecnologías descentralizadas para la compensación de emisiones, en concordancia con la discusión sobre la regulación de los oráculos en este trabajo.

2. Caracterización basada en la taxonomía

Según la taxonomía de los oráculos en *blockchain* descrita anteriormente, y con base en la arquitectura expuesta en la Figura 2 de la plataforma Oráculo Terrasacha, esta se puede clasificar como un oráculo híbrido de *software* y *hardware* con un modelo centralizado y un diseño solicitud-respuesta. En primer lugar, se ajusta a la categoría de oráculo de *software* porque interactúa con fuentes de datos en internet, como ArcGIS REST API y motores de imágenes satelitales. Por otro lado, también puede ser considerado un oráculo de *hardware*, ya que recopila datos directamente del mundo físico mediante sensores IoT, drones y terminales móviles, que posteriormente son procesados y registrados en la *blockchain*. Desde las categorías de los modelos de confianza, y observando la Figura 2, a primera vista el Oráculo Terrasacha pareciera que sigue un modelo descentralizado, puesto que la validación de los datos proviene de múltiples fuentes, reduciendo la dependencia de una única entidad. Sin embargo, sigue un modelo centralizado debido a que una única entidad gestiona el oráculo, ac-

tuando como el único proveedor de datos. En términos de patrones de diseño, el sistema sigue un modelo solicitud-respuesta, ya que les permite a los usuarios generar consultas específicas sobre imágenes satelitales y análisis ambientales, las cuales son procesadas *off-chain* antes de ser registradas en la *blockchain*. Finalmente, es un oráculo de entrada, ya que introduce datos del mundo real en la *blockchain*, facilitando la automatización de contratos inteligentes ambientales con relación al seguimiento de los créditos de carbono.

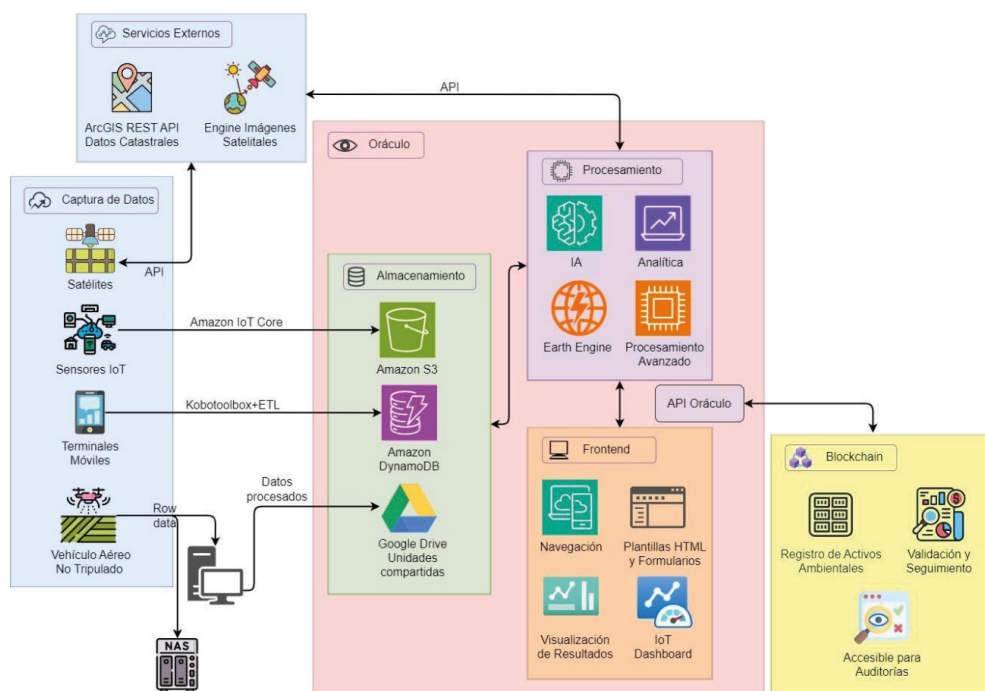


Figura 2. Arquitectura Oráculo Terrasacha. Fuente: elaboración propia.

Desde el punto de vista del funcionamiento, la plataforma Oráculo Terrasacha está orientada a ofrecer una solución robusta para la captura, procesamiento y análisis de datos provenientes de diversas fuentes, tales como satélites, sensores IoT, vehículos aéreos no tripulados (VANT) y dispositivos móviles. Su arquitectura está organizada en módulos claramente diferenciados que trabajan en conjunto para proporcionar análisis y seguimiento precisos y actualizados so-

bre el estado ambiental de regiones bajo estudio. Dichos nódulos son: captura de datos, almacenamiento, procesamiento, frontend, API oráculo y *blockchain*.

2.1 Captura de datos

En la fase de captura de datos, Oráculo Terrasacha se apoya en diversas fuentes de información externas y dispositivos. Los satélites proporcionan imágenes a través de API específicas, como ArcGIS REST API, para obtener datos catastrales y Engine para imágenes satelitales. Además, los sensores IoT, gestionados a través de Amazon IoT Core, recogen datos ambientales en tiempo real, como temperatura, humedad del suelo, y otros parámetros relevantes. El sistema también integra información proveniente terminales móviles y de vehículos aéreos no tripulados (drones o VANT), que recopilan datos en el terreno (*in situ*), gestionados y procesados (ETL: *Extract, Transform, Load*) mediante el uso de herramientas como Kobotoolbox o terminales de procesamiento (*workstation*) ubicados en la región de estudio donde se cargan y procesan la gran cantidad de datos en crudo que capturan los drones y sus sensores, tales como cámara multiespectrales, cámara RGB, cámara hiperespectral y LiDAR, entre otros.

2.2 Almacenamiento

Una vez recopilados, los datos se almacenan en plataformas de almacenamiento en la nube, como Amazon S3, Amazon DynamoDB y Google Drive, los cuales facilitan la gestión y accesibilidad de los datos, asegurando su disponibilidad para análisis posteriores. Esta infraestructura de almacenamiento se complementa con el uso de NAS (Network-Attached Storage) para almacenar grandes volúmenes de datos en crudo que se obtiene de los drones y sus sensores, listos para ser procesados por la *workstation*.

2.3 Procesamiento

Este módulo es crucial para la plataforma Oráculo, donde se llevan a cabo análisis complejos mediante tecnologías avanzadas. Este componente utiliza herramientas como Google Earth Engine para el procesamiento geoespacial y algoritmos de inteligencia artificial y analítica en Python para realizar análisis predictivos y optimización de resultados. Los resultados de estos análisis, tales como índice NDVI (Índice de Vegetación de Diferencia Normalizada, en espa-

ñol), estimaciones de biomasa, carbono capturado por los diferentes ecosistemas monitoreados, se gestionan y se exponen a través de la API Oráculo, la cual actúa como el nexo entre los diversos componentes del sistema y los usuarios externos.

2.4 Frontend

Este módulo les permite a los usuarios interactuar con la plataforma a través de interfaces web que incluyen funcionalidades de navegación, visualización de resultados (métricas históricas, mapas, etc.) y *dashboards* IoT, lo que proporciona una visualización intuitiva de los análisis realizados. Además, se ofrece la posibilidad de integrar formularios HTML y plantillas para facilitar la entrada de datos y la personalización de consultas.

2.5 API Oráculo y *blockchain*

Un aspecto clave de esta arquitectura es su integración con *blockchain*, que garantiza la validación y seguimiento de los datos, asegurando la trazabilidad de las consultas y los resultados. Para este objetivo, la plataforma Oráculo incluye una interfaz de programación de aplicaciones (API, *Application Programming Interface*, por sus siglas en inglés) que permite la interacción entre los usuarios externos y el sistema. Entre algunas funciones, esta API facilita la creación y validación de consultas satelitales, basadas en parámetros como la cédula catastral y las coordenadas geográficas en formato GeoJSON. Tras la creación de la consulta, el sistema genera un análisis que incluye la comparación de datos como la biomasa antes y después de un evento específico, ajustando factores como la nubosidad y la selección de satélites. La información es luego registrada en un sistema *blockchain* externo, asegurando la trazabilidad y confiabilidad de los datos a lo largo del tiempo. Este registro, por ejemplo, usando los Merkle tree, también permite realizar auditorías de los datos procesados, garantizando su integridad y validación ante cualquier posible manipulación. Esta capa asegura que todos los análisis realizados sean confiables y verificables, lo que es esencial para el uso en aplicaciones científicas y de monitoreo ambiental a largo plazo.

En resumen, la arquitectura de Oráculo Terrasacha constituye un sistema robusto que combina tecnologías de vanguardia para el manejo de grandes volúmenes de datos ambientales. Su capacidad para integrar datos de diversas fuentes, procesarlos mediante IA, herramientas de analítica y geoespaciales, y

garantizar la integridad de los resultados a través de *tokenización*, lo convierte en una herramienta poderosa para la gestión, análisis y trazabilidad de datos ambientales, especialmente los relacionados a los bonos o créditos de carbono originados de la compensación de emisión mediante soluciones basadas en la naturaleza.

Roles de autoría y conflicto de intereses

Los autores manifiestan haber cumplido los siguientes roles de autoría: **Calderón Marengo, E. A.:** conceptualización, metodología, investigación; **Aristizabal-Tique, V. H.:** conceptualización, curaduría de datos, validación, escritura, borrador original; **Arenas, P.:** conceptualización, curaduría de datos, validación, escritura, borrador original. **Agón López, J. G.:** escritura, investigación, revisión. **Romero Guido, A. V.:** escritura, investigación, revisión. **Ravelo-Franco, G.:** escritura, investigación, revisión.

Los autores declaran no tener conflicto de interés.

LA LEGÍTIMA DEFENSA EN LA REDACCIÓN ACTUAL DEL CÓDIGO PENAL PERUANO. EL CASO DEL HOMICIDIO EN LEGÍTIMA DEFENSA

Kevin Silva Carrillo

Pontificia Universidad Católica del Perú

kasilva@pucp.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0002-6704-5524>

<https://doi.org/10.26422/RJA.2025.0602.sil>

Recibido: 29/03/2025

Aceptado: 17/07/2025

Resumen

En el presente trabajo el autor analiza las consecuencias prácticas de las recientes modificaciones legislativas del instituto de la legítima defensa del Código Penal peruano. Entre estas, se ha seleccionado concretamente el clásico problema interpretativo del homicidio en legítima defensa, enfocando este desde una perspectiva de legitimación material. Para este fin, el desarrollo del trabajo discurre a nivel metodológico expositivo en tres niveles: el legislativo, jurisprudencial y la discusión doctrinal. A nivel legislativo, se extrae una interpretación sistemática del texto legal vigente que modifica el instituto de la legítima defensa y, a nivel jurisprudencial, se hace un repaso de importantes pronunciamientos recientes al respecto. Finalmente, en el nivel dogmático se repasa brevemente la discusión tradicional de la legítima defensa en el campo de la filosofía del derecho, en especial en el campo de la filosofía práctica, así como la doctrina penal de cuño alemán. Con ello, se realiza una adecuada comprensión del problema y una propuesta de solución, presentando una reconstrucción de tipo axiológico-material de la legítima defensa que desarrolla su tenor legal vigente. El trabajo llega al final ofreciendo criterios materiales objetivos y subjetivos de racionalización a la aplicación judicial de la legítima defensa, de modo que se soluciona el problema interpretativo de legitimación material del homicidio en legítima defensa.

Palabras clave: derecho penal, legítima defensa, fundamentación, homicidio.

Self-defense in the Current Edition of the Peruvian Criminal Code. The case of homicide in self-defense

Abstract

In this paper the author decisively analyzes the practical implications of the recent legislative modifications of the institute of self-defense in the Peruvian Criminal Code. The focus is firmly placed on the classic interpretative issue of homicide in self-defense, approached from the perspective of material legitimacy. At the legislative level, the paper systematically interprets the current legal text that modifies the self-defense provision. The jurisprudential level includes a thorough examination of relevant doctrinal discussions. Lastly, the dogmatic level provides a robust overview of the traditional debates surrounding self-defense within legal philosophy, especially as it relates to practical philosophy and German criminal law. This comprehensive approach facilitates a deeper understanding of the issue and confidently proposes a solution. The paper presents a strong axiological and material reconstruction of self-defense grounded in its current legal framework. In conclusion, it asserts objective and subjective material criteria to rationalize the judicial application of self-defense, effectively addressing the interpretative challenge surrounding the material justification for homicide committed in self-defense.

Key words: criminal law, self defense, foundation, homicide.

1. Introducción

Las situaciones de legítima defensa han sido generalmente entendidas por la doctrina penal como casos excepcionalmente justificados por principios del derecho y por consideraciones de moralidad social (Nino, 1980, p. 181), en el que una persona realiza una conducta prohibida destinada de defender sus intereses contra una agresión —antijurídica— por parte de un tercero.

El art. 2.23 de la Constitución Política peruana (1993), por tomar un marco legislativo de referencia, reconoce de modo expreso el derecho fundamental que toda persona tiene a la legítima defensa.¹ En ese sentido, también el reconocimiento formal que hace el Estado en un instrumento legal es, comúnmente, una técnica constante ya presente desde las más antiguas y distintas sociedades a lo largo de la historia.² En el caso de la legislación penal, la legítima

1 Sin embargo, Pawlik (2012, p. 239) entiende que el derecho a la defensa representa una facultad de segundo nivel. No es un derecho especial junto con muchos otros reconocidos a la persona, sino simplemente la forma en la que es confirmado el derecho concreto atacado en el caso en cuestión.

2 Por mencionar un antecedente, en el primer código penal sistemático de la modernidad temprana europeo, la *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532, se encuentra en el art. 140º la legítima defensa contra agresiones con arma a la vida y a la integridad. Un estudio histórico de este instituto en la filosofía del idealismo alemán puede revisarse en Pawlik (2002, pp. 265 y ss.). Por otro lado, también

defensa y sus requisitos se encuentran vigentes en el art. 20.3 del Código Penal peruano (en adelante, CP).

Stammmler (1928) —uno de los principales representantes de la escuela neokantiana— entiende en este punto que “las características positivas bajo las cuales la legítima defensa es permisible bajo ciertas leyes deben observarse en cada caso concreto” (p. 144). La fórmula de la tipificación formal de los requisitos de la legítima defensa, como se aprecia bien, es más propia de una tradición de derecho continental que de una tradición de derecho angloparlante. Sin embargo, seguir a cabalidad un modelo de tipificación positivo-formal sistemático no se encuentra exento de problemas de fundamentación, que son de tipo material.

Así, la recurrente tensión entre la fundamentación material de los límites de la legítima defensa frente a la formalidad legal adoptada por cada legislador dan lugar a problemas de legitimidad teórica-práctica que deben solucionarse adecuadamente. A continuación, se plantea una cuestión vinculada al análisis y reconstrucción de unos de estos límites materiales del ejercicio de la legítima defensa.

2. Planteamiento de la cuestión

De acuerdo con esta perspectiva, y previo a la presentación de la cuestión a resolver, se deben distinguir los ámbitos de discusión del instituto de la legítima defensa. Por un lado, se encuentra una dimensión sociológica, según la cual la práctica intersubjetiva de la legítima defensa viene a ser un factor esencial para su autoafirmación y evolución, limitada más o menos por el poder político de cada época determinada. Por otra parte, también existe una dimensión crítica según la cual los límites formales reconocidos a la legítima defensa por cada legislador de su tiempo deben coincidir o ser equivalentes con sus límites materiales. Precisamente de esta última dimensión se viene encargando la dogmática penal contemporánea, y es de donde derivan las mayores dificultades argumentativas.

Con todo, tener clara esta distinción es esencialmente necesaria, pues responde a la idea de que la propia naturaleza del derecho no se reduce a la legislación positiva, sino que comprende un conjunto de principios superiores que proporcionan premisas para la valoración crítica de las leyes (Sánchez-Ostiz, 2012, p. 24).

Así expuesto, el problema principal que se ha seleccionado en el presente

en Roxin y Greco (2020, § 15 n.m. 4-5a).

trabajo es el correspondiente al deficiente modelo de fundamentación material de la legítima defensa, en particular al límite material de la acción defensiva en los supuestos de homicidio en legítima defensa. Para resolver este problema de una manera no exclusivamente abstracta, se toma como marco de referencia las recientes modificaciones del ordenamiento jurídico peruano, en este, con la Ley 32026 —“Ley que modifica el Código penal y el Nuevo Código Procesal Penal sobre los alcances de la legítima defensa”—, vigente a partir del día 16 de mayo del año 2025 (en adelante, Ley 32026).

Con ello, el presente trabajo tiene la finalidad de resolver este problema de fundamentación. La metodología expositiva que se sigue se compone de cuatro niveles. En primer lugar, realizar un breve análisis de las consecuencias prácticas de estos últimos cambios legislativos en el ámbito sustantivo de la legítima defensa. Luego, se dedica también un breve espacio al tratamiento dogmático de los fundamentos de la legítima defensa y a proponer una solución interpretativa al problema del homicidio en legítima defensa. Finalmente, se hace una reflexión de las ventajas y las desventajas de esta nueva regulación de la legítima defensa.

3. Las consecuencias prácticas de la actual redacción de la legítima defensa en el Código Penal peruano

3.1 Marco de referencia: el texto legal del art. 20.3 del Código Penal peruano

La pregunta que se formula en el contexto del sistema jurídico-penal peruano es la siguiente: ¿era necesaria una modificación legislativa para abarcar los casos de defensa letal? Esta es la pregunta que la mayor parte de la comunidad jurídica se hace y, según entiendo, también se debe hacer la doctrina comparada que comparte una legislación equivalente. Veamos ahora si es así.

En la actual redacción del instituto de la legítima defensa se pueden diferenciar dos niveles. En el primero, el art. 20.3 de nuestro CP después de la citada Ley 32026 señala como supuesto particular de exención de responsabilidad penal a

[q]uien obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, con uso de la fuerza, incluido el uso de la fuerza letal, siempre que concurren las circunstancias siguientes: a) Agresión actual, ilegítima y real; b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla. Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa, c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa.

El numeral 3 también aplica al supuesto de situación de peligro inminente y necesidad de proteger la vida o la integridad propia o de terceros, en la que se repele razonablemente una agresión, irrupción, ingreso violento o subrepticio ilegítimo dentro del inmueble, vehículo u otro medio de transporte en el que se encuentre legítimamente; dentro de su negocio, empresa, asociación civil o lugar de trabajo o dentro de un inmueble sobre el cual ejerza la legítima propiedad o la legítima posesión con título él o sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o tercer grado de afinidad.³

3.2 Cuestión previa: la recepción legislativa

Al respecto, previo a entrar a discutir cada una de estas cuestiones, también es necesario precisar un aspecto importante relacionado con la legislación que ha sido recepcionada. Esto es que la nueva redacción del art. 20.3 del CP, pese a ser un dispositivo heredero de una tradición continental, es sin embargo similar a la regulación actual del sistema anglosajón norteamericano. Así, el uso excepcional de la fuerza letal en la *self-defense* (legítima defensa) del U.S. Model Penal Code (Código Penal Modelo de Estados Unidos de Norteamérica) puntualmente se sigue lo siguiente:

US MPC. Section 3.04. Use of Force in Self-Protection. (...) 2. Limitations on Justifyin Necessity for Use of Force (...) (b)The use of deadly force is not justifiable under this Section unless the actor believes that such force is necessary to protect himself against death, serious bodily injury, kidnapping or sexual intercourse compelled by force or threat (...).

En esta sección del Código Penal Modelo de Estados Unidos se encuentra previsto el “uso de la fuerza para autodefenderse”. Aquí, en específico, se establecen las limitaciones al “uso de la fuerza” y los supuestos en que tiene una operatividad. En esos términos, se condiciona el uso de la fuerza letal en defensa contra: peligro de muerte, serios daños corporales, secuestro, por relaciones sexuales forzadas o por amenaza. Como ya señalaba a finales del siglo XIX el clásico autor norteamericano Thompson (1880) sobre la legítima defensa: “At it is founded in necessity, it is limited by necessity” (p. 546). La legítima defensa, al estar fundada en la necesidad, está limitada también por el espacio de necesidad; naturalmente, las condiciones de facticidad que se encuentran presentes en este dispositivo legal racionalizan su ejercicio.

3 Modificación legislativa según la Ley 32026 publicada en el Diario Oficial El Peruano el 15 de mayo de 2024.

3.3 La práctica intersubjetiva de la legítima defensa y tres características críticas

Ahora bien, cerrado ya el paréntesis de la legislación comparada, corresponde ocuparnos del caso de la legítima defensa del art. 20.3 del CP en los términos que corresponden. A continuación, se enuncian de modo general tres características de esta.

En primer lugar, hay que señalar que esta técnica legislativa se caracteriza por tener una pretensión formalmente excesiva en cuanto a la restricción del ejercicio y la práctica intersubjetiva de este instituto. En segundo lugar, que ha optado por hacer una mayor concesión al principio de seguridad jurídica y a una visión sistemático-formal del derecho de legítima defensa. Definitivamente, también se observa un cierto alejamiento de un enfoque axiológico-material de esta, en particular del principio de protección de la vida y los bienes jurídicos personalísimos que normalmente han funcionado como su límite interno.⁴ En tercer lugar, la actual técnica legislativa es una técnica críticamente continuadora de los actuales modelos de Estado democráticos que recurren de manera preferente —y no como *ultima ratio*— a leyes penales para solucionar todo tipo de problemas sociales (tipos de delincuencia, inseguridad ciudadana y otros vinculados a estos).

A mi modo de ver, estas tres características bastante críticas de la nueva redacción de la legítima defensa —que, de hecho, también se encuentran presentes en otras legislaciones de la tradición continental— ponen de relieve la tensión entre la dimensión formal y la dimensión material-crítica que está presente en varios ámbitos del derecho penal. Lo que falta, en todo caso, es una cuestión esencial: *límites racionales de uso de la legítima fuerza letal*. A continuación, se desarrolla de manera breve cada una de estas cuestiones apuntadas.

3.4 La pretensión formalmente excesiva de restringir la legítima defensa

En los actuales Estados democráticos, que se caracterizan por ser cada vez más pluriculturales y de compleja organización política, podría haber dos, tres y hasta miles de formas en las que una persona ejecuta una defensa violenta frente a peligros actuales, inminentes y reales para repeler la agresión de un tercero. Ciertamente, la condición básica es que esta acción defensiva tenga lugar en situaciones en las que el aparato estatal no se encuentra presente. Así, solamente algunas de estas formas específicas están en el mismo sentido teleológico de las

4 Vid. *infra* 3.5.

actuales regulaciones penales de la legítima defensa, encontrándose, por ende, así justificadas y de acuerdo con el ordenamiento jurídico. En definitiva, acciones defensivas que gozan de protección jurídica.

En este contexto, la práctica intersubjetiva de la legítima defensa exige, por cuestiones de razonabilidad y cuestiones propias de un Estado democrático de derecho, el cumplimiento de unos límites. Desde una perspectiva ontológica-constructivista, estos límites materiales y formales de la legítima defensa que tienen su fundamento en intereses supraindividuales⁵ dotan a esta de una fuerza obligatoria, de incuestionable legitimidad y reconocimiento general a favor del desarrollo de la autonomía individual que constituye el núcleo de esta (Roxin y Greco, 2020, § 15 nm 3g).

Sin embargo, una cuestión distinta es que la pretensión del legislador asuma un enfoque de exceso en la regulación formal de la legítima defensa y la oriente exclusivamente a fines de utilidad social, en el sentido de establecer limitaciones innecesarias al ejercicio de este derecho de defensa ciudadana en aras del beneficio de la mayoría. Este proceder estaría desviando a otros fines políticos la verdadera finalidad, que consiste en la protección de la persona y sus derechos personalísimos.

Asimismo, cuando se analiza con criterios dogmáticos una sobrerregulación de la legítima defensa, que especifica exhaustiva y casuísticamente cómo deben ser los supuestos particulares de legítima defensa con una orientación eficientista-estatal ajena de consideraciones axiológico-sustantivas, es posible derivar de allí una consecuencia práctica inevitable. Esta es, una restricción del derecho de la legítima defensa ciudadana más allá de lo esencialmente necesario.

Muy próximo, Seelmann (1978, p. 30) también entendía que el sentido que se debería afirmar con la práctica de la legítima defensa es el de una práctica de la salvaguarda de los intereses y valores que protege el ordenamiento jurídico, donde la autonomía individual y la defensa ocupan un lugar primordial en este.

Respecto de lo primero, la restricción de este derecho de defensa ciudadana a la que se hace referencia podría sostenerse mejor si es que se analiza el contexto actual de sociedades complejas y pluriculturales. Desde esta perspectiva ciertamente más orientada a un modelo ontológica-realista, en este tipo de sociedades las relaciones intersubjetivas y patrimoniales están cada vez más expuestas a niveles considerables de peligros y riesgos permitidos —por tanto, riesgos tolerados socialmente—, que exigen una mayor protección por parte del

5 Crítico en este punto y desde una fundamentación más individualista de la legítima defensa, Wilenmann (2014, p. 166).

Estado. Con lo cual, se puede entender que no existe una única fuente determinada o conocida de donde proviene la delincuencia ciudadana y las amenazas patrimoniales y, siendo así, este es un aspecto que también debe valorarse adecuadamente en la política-criminal estatal.

Respecto a lo segundo, una pretensión formalista como la que se viene comentando produce también en su aplicación un efecto inverso al buscado por el legislador. Ello, en el sentido de que la sobrerregulación de la legítima defensa, al final, termina por disminuir los niveles de utilidad social que esta tiene por sí misma. En esta línea, si bien la protección jurídica de la legítima defensa responde de algún modo también a una necesidad práctica-estatal, esto no significa que la solución consista en sobrerregular su tipificación a supuestos concretos con la finalidad de conseguir reducir la criminalidad ciudadana, dejando fuera de este planteamiento cuestiones de legitimación material. Por ende, sin un previo reconocimiento adecuado de las esferas de libertad de las partes en conflicto (agresor-agredido-sociedad), la sobrerregulación de la legítima defensa, en lugar de aumentar los niveles de utilidad social, terminará reduciendo y afectando al bien común.

En definitiva, la pretensión del legislador acerca de la formalidad y la seguridad jurídica desplaza su carácter problemático al ámbito de aplicación de este instituto, esto es, hacia la esfera de los aplicadores del derecho: los tribunales judiciales. Si ya existen fuertes dificultades para encontrar a nivel judicial los indicios probatorios de un delito y de la concurrencia de una eximente, la situación se agrava con estas exigencias adicionales que trae la redacción actual de la legítima defensa. Asimismo, dado su carácter de eximente, estas exigencias adicionales también complican la acreditación de los requisitos de la acción defensiva del agredido. En fin, la sobreexigencia de mayores requisitos para dar carta de legitimidad a la acción defensiva no es actualmente compatible con un sistema jurisdiccional (como pasa en su mayoría en Sudamérica) que se caracteriza por estar en vías de mejora y, en general, por no contar con recursos suficientes para la administración de justicia.

3.5 La crítica pretensión de seguridad jurídica en la regulación de la legítima defensa

Desde una perspectiva tradicional, en los supuestos de legítima defensa, el Estado autoriza formalmente a los ciudadanos un ámbito breve y excepcional donde estos pueden utilizar y actuar con violencia frente a otros. En términos

de filosofía política, lo anterior puede ser un derivado del modelo teórico del contrato social, en el cual los ciudadanos no renuncian nunca al derecho de defenderse a sí mismos,⁶ pues esto significaría una forma de negación de la propia autonomía y dignidad que tiene cada persona. Esta afirmación, más allá de considerarse actualmente como un planteamiento anacrónico y actualmente superado, tiene un fragmento de sí (de naturaleza axiológico-material) con la suficiente capacidad para explicar la parte central del problema, que se verá más adelante.

Desde un modelo filosófico-político opuesto, el Estado y las normas emitidas democráticamente siguen manteniendo y regulando durante este espacio excepcional donde tiene lugar la legítima defensa el control de la violencia privada (fuerza o fuerza letal, como lo expone el art. 20.3 del CP).⁷ Este es precisamente el modelo filosófico-político más similar al modelo político actual, en el que el *ius puniendi* sólo le corresponde al Estado legítimamente constituido, es decir, a ninguna otra estructura privada. La expresión actual de este es la obligatoriedad de la legítima defensa a ciertos requisitos de razonabilidad formal, en el sentido de cumplir con el principio de seguridad jurídica. No obstante, este planteamiento se encuentra, en una de sus premisas, algo desvinculado de exigencias de justicia material.

En particular, el problema de este último es que está absolutamente orientado al principio formal de seguridad jurídica. Precisamente, esta orientación, sin mediar un balance con otras garantías y exigencias de justicia material, es la que caracteriza la actual redacción de la legítima defensa del art. 20.3 del CP. Así, es absolutamente dominante en la doctrina que la seguridad jurídica, la legalidad y la certeza de la legalidad son garantías formales fundamentales y limitadoras de un actual Estado democrático de derecho (Mir Puig, 2007, p. 724). De este modo, el principio de seguridad jurídica viene a ser un principio regulativo de la legítima defensa, sin mayor inconveniente y al que ciertamente no se puede renunciar en un modelo democrático como el actual.

Sin embargo, así como este principio tiene este innegable potencial limitador, este también debe estar, en la medida de lo posible, vinculado razonable-

6 En este sentido, Hobbes (1940) menciona que “el anhelo de evitar esos males es la única finalidad de despojarse de un derecho, y, por consiguiente, la promesa de no resistir a la fuerza no transfiere derecho alguno, ni es obligatoria en ningún pacto” (p. 127).

7 En este modelo de fundamentación, Feuerbach (2007) menciona: “Los ciudadanos habrían transferido ciertamente su derecho a hacer uso privado de la violencia al Estado y esta misma sólo alcanzará en la medida que el Estado los pueda proteger con sus propios medios” (§ 36).

mente al reforzamiento de los derechos y libertades ciudadanas⁸ y a exigencias materiales. En puridad, un principio de seguridad jurídica compatible con una orientación de reforzamiento de la certeza y la previsibilidad ciudadana, esto es, que exprese una suficiente legitimidad material frente a la sociedad.

Esto último se observa claramente en el segundo párrafo del literal c) del art. 20.3 del CP. En este se extiende formalmente el alcance de la legítima defensa a un círculo concreto de delitos graves contra el patrimonio. Por ejemplo, restringiendo la legítima defensa a los casos de peligro de muerte o la de terceros—incluso defensa letal— en que el agredido se defiende frente al agresor por un delito de violación de domicilio o un delito de usurpación de los art. 159° y 202° del CP, respectivamente.

Este problema de la falta de conexión de lo anterior —que bien podría entenderse, además, como un problema de comprensión de la adecuada relación entre una política criminal y la gestión pública administrativa— relativo, por ejemplo, al caso del homicidio como la forma “explícita” de defenderse frente al intruso, tiene como consecuencia un efecto inverso: la seguridad jurídica, en lugar de fortalecerse, más bien se debilita.

En ese entendido, esta situación no es solucionada como propone la redacción actual del art. 21 del CP, con “*el internamiento del arma de fuego*”⁹ con o sin licencia” (el delito de tenencia ilegal de armas del art. 279° del CP) que es utilizada para actuar defensivamente. La razón es que la legalidad de la tenencia de armas no es constitutiva de la acción defensiva que se caracteriza, sino por su carácter de inmediatez. Por ello, este requisito, toda vez que es posterior y convalidable a la ejecución de la acción defensiva, no resuelve el problema. Más bien al contrario, en este reenvío del problema de la delincuencia patrimonial a la esfera privada-ciudadana se ignora la necesidad de la presencia de ciertos criterios materiales de razonabilidad de la acción defensiva para consolidar este derecho ciudadano.

Por otra parte, la redacción actual omite reconstruir una distinción previa que es necesaria, esto es, lo relativo a la clase de norma que se quiere asegurar en aras de afirmar el principio de seguridad jurídica. Por un lado, se debe distinguir entre normas de prohibición y normas permisivas. La primera es una

8 En la Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano recaída en el Exp. 0016-2002-AI/TC (Fundamento Jurídico N° 04), el supremo intérprete señala que, aunque no esté positivizado, “*la seguridad jurídica es un principio que transita todo el ordenamiento, incluyendo, desde luego, a la Norma Fundamental que lo preside. Su reconocimiento es implícito en nuestra Constitución*” (énfasis añadido).

9 Énfasis añadido.

norma que lleva una pauta de comportamiento humano (acción y omisión), por ejemplo, la derivada del tipo delictivo del delito de homicidio del art. 106 del CP. La segunda es una norma permisiva, derivada de la legítima defensa del art. 20.3 del CP o del estado de necesidad justificante del art. 20.4 del CP. Las normas permisivas, desde la posición que aquí se sigue, tienen una función complementaria del injusto penal.¹⁰ Por ende, también sus presupuestos esenciales integran además otros valores e intereses individuales (por ejemplo, los intereses de el agresor y el agredido) y colectivos protegidos por el ordenamiento jurídico.

Así visto, la falta de esta necesaria distinción metodológica trae consigo más errores que ventajas en la comprensión y redacción actual de la legítima defensa. Piénsese en las consecuencias dogmático-estructurales que se tendrían que valorar en cada caso concreto cuando se analice el influjo que tienen en la dimensión subjetiva del sujeto que actúa en legítima defensa.¹¹

Si el objetivo del legislador consiste en reforzar la seguridad jurídica de los ciudadanos, desafortunadamente esto no se consigue y se encuentra lejos de ser conseguido en esta dirección. Lo que este cambio legislativo produce es todo lo contrario. Como se decía, el hecho de condicionar con un presupuesto contingente —que puede estar o no— *la legitimidad de la posesión o titularidad de los bienes inmuebles*, la validez jurídica de una conducta en legítima defensa de quien defiende su patrimonio, demuestra una solución estéril desde el punto de vista jurídico-práctico. Así, ¿quién tiene o tendrá el dictamen de la legitimidad del bien inmueble del sujeto que actúa en legítima defensa? La respuesta podría ser que los jueces que aplican el derecho. Pero lo más importante se encuentra en reconocer primero que, en la *praxis*, la creencia la tiene el sujeto víctima (agredido) que se defiende de agresiones ilegítimas de un tercero. En ese sentido, con esta forma de plantearlo se dejan muchos casos fuera de protección. Por ejemplo, a quien ejecuta una defensa de su patrimonio, el cual tiene la condición de litigio judicial por causas hereditarias o en plena conformación de su derecho legítimo sobre su inmueble.

Siendo este el orden de ideas, los criterios de razonabilidad de tipo material de la legítima defensa no pueden consistir en aspectos de la realidad que sean contingentes (por ejemplo, el título de posesión o propiedad que tenga el su-

10 En particular, la postura de la antijuridicidad respecto de la tipicidad de Pawlik (2012, p. 205).

11 En cuanto al error en la dimensión subjetiva de la legítima defensa, Jakobs (1991, § 12 n.m. 19) igualmente entiende como una cuestión problemática quién de los intervinientes es el que soporta el riesgo del error sobre la naturaleza culpable del ataque.

jeto que ejecuta la defensa), sino, por el contrario, deben formalizar categorías estables y seguras de naturaleza jurídico-material. Entonces, este camino podría comenzar a construirse, reforzando la idea de la excepcionalidad de la defensa, la actualidad y la cualidad del peligro del sujeto agredido a partir de la jurisprudencia y la doctrina.

En definitiva, las consecuencias prácticas que trae consigo una interpretación del principio de seguridad jurídica, como es la realizada por el legislador en la redacción actual de la legítima defensa, tienen un mayor saldo defectuoso.¹² Esto sucede, como se ha venido advirtiendo, por un grave sesgo legislativo. Cuando el legislador instrumentaliza políticamente y sin criterios de razonabilidad un derecho ciudadano —como aquí es el caso de la legítima defensa— para así reducir las cifras de criminalidad patrimonial y la inseguridad ciudadana, termina contribuyendo a su desnaturalización y a suprimir el proceso de consolidación de este derecho ciudadano que son necesarios en un Estado de democrático de derecho.

Finalmente, además de las críticas expuestas, la legítima defensa debe formularse en un instituto jurídico de la justificación (como norma permisiva) que se encuentre en coherencia con un modelo constitucional que proteja la vida y la legítima defensa, como el nuestro. En esta forma de comprensión jurídica se racionaliza mejor el fin del principio de seguridad jurídica con el respeto a las garantías axiológico-materiales a la hora de aplicar, vía judicial, la legítima defensa. Estas son: el principio de protección de la vida, el principio limitador de protección de los bienes jurídicos personalísimos y el principio de justicia material.

3.6 La inadecuada regulación de la legítima defensa como el primer mecanismo de solución del conflicto

Uno de los principios fundamentales y limitadores del *ius puniendi* del Estado es el principio de *ultima ratio*. Brevemente: según este principio, la pena y las medidas de seguridad deben ser el último recurso entre los que cuenta el Estado para hacerle frente a un conflicto, pues estos no son los únicos medios de protección de la sociedad. Por lo que, entendido así, el principio rector de una

12 El entendimiento de la seguridad jurídica que hace el legislador deriva de un mal entendido positivismo jurídico, un positivismo jurídico formal sin limitaciones y sin referencia a contenidos jurídicos y sin una regulación de acuerdo a la realidad de las cosas: inseguridad ciudadana. Ver Welzel (2014, p. 195).

política legislativa en sede penal es que no está justificado un recurso más grave cuando cabe esperar los mismos o mejores resultados de otros más suaves (Mir Puig, 2003, p. 109).

En el contexto del presente estudio, algo que sí podría haberse discutido efectivamente desde el principio de *ultima ratio* es un escenario diferente, en el que, junto con las modificaciones de la legítima defensa, también se haya realizado una modificación legislativa a los tipos delictivos en cuestión (normas de prohibición). En particular, podría pensarse en una tipificación diferente de los verbos rectores o la agravación de las penas de estos delitos patrimoniales en tanto normas de prohibición. Este esquema demuestra una comprensión mínima del principio de unidad del ordenamiento jurídico —de coherencia sistemática— y subsidiariedad que fundamentan a las normas permisivas, como la legítima defensa (Silva Sánchez, 2025, §13). Sin embargo, esto no se ha producido.

Como se ha dicho, las modificaciones realizadas según la redacción actual de la legítima defensa del art. 20.3 del CP son, en realidad, modificaciones realizadas a una norma permisiva¹³ a una causa de justificación penal. Sin embargo, si en paralelo las normas de prohibición derivadas de los delitos patrimoniales (que se intenta de alguna manera proteger) no tuvieron una modificación (por ejemplo, en la tipificación de la conducta prohibida o bien en prognosis de pena), la situación resultante en la práctica configura un desequilibrio en la unidad del ordenamiento jurídico.

Esto último demuestra además dos cuestiones incompatibles. En primer lugar, que esta técnica legislativa está recurriendo, en lugar de a las normas de prohibición de los delitos patrimoniales que se intentan neutralizar, a las normas permisivas del derecho penal como primer instrumento legislativo, sin agotar otros mecanismos iguales y más eficientes de gestión pública. Esta es una cuestión de política criminal que es muy discutible en la actualidad, sin embargo, ingresar a su desarrollo desviaría la discusión del presente trabajo.

En cambio, la segunda cuestión de incompatibilidad resaltada sí orienta mejor la discusión del presente trabajo en la dirección de crítica dogmática jurídico-penal a la que se quiere llegar. Esta es que, si bien la legítima defensa (norma permisiva) es una causa de justificación por antonomasia —que, contando con las exigencias formales correspondientes, puede modificarse en un momento adecuado—, también es verdad que esta tiene ciertos límites materiales que

13 Vid. *supra* 3.5.

deben estar en función de las esferas de libertad de las partes en conflicto y no solo en una de estas en perjuicio de la otra.

Las líneas siguientes son dedicadas a intentar justificar en razones dogmático-jurídicas esta decisión adoptada por el Estado de acuerdo con los intereses sociales que se necesitan proteger y con los principios axiológico-materiales que fundan nuestro Estado democrático de derecho con base en dos escenarios.

3.6.1 El primer escenario

En un primer escenario, es posible entender que el legislador peruano ha dispuesto como forma de darle solución a los conflictos sociales de inseguridad ciudadana, la delincuencia patrimonial más grave y otros fenómenos sociales el otorgamiento a los ciudadanos de mayor seguridad jurídica a sus acciones defensivas, llegando al punto de autorizar la defensa letal como una cuestión típica. En ese planteamiento, ningún ciudadano integrante de un Estado democrático de derecho sentirá la falta de seguridad de no poder utilizar su arma, sea blanca o de fuego, para defender su vida y los peligros patrimoniales en su morada, en tanto que, *prima facie*, no se derivan consecuencias negativas para su libertad.

El primer y más importante inconveniente de esta solución es que sólo refuerza la posición jurídica del agredido en la defensa de sus intereses o de sus próximos (según el literal c) del art. 20.3 del CP). Esta extensión de sus facultades defensivas, sin embargo, tiene lugar sin controles racionales suficientes que tomen en cuenta la esfera de libertad del agresor. Ello se explica porque en esta redacción actual no se considera ninguna característica adicional de la acción defensiva respecto de la agresión cualificada; por ejemplo, aquellos casos de peligro concreto para los bienes personalísimos del agredido o, en otros casos, solo de peligros abstractos y, en ambos casos, estos peligros para sus bienes patrimoniales.

Por otra parte, también se señala en el texto legal una breve referencia acerca de la legitimidad de la posición jurídica del sujeto —quien actúa en legítima defensa— respecto de sus bienes inmuebles, esto es, del título jurídico válido del agredido con estos bienes inmuebles y vehículos. En definitiva, el aspecto positivo que puede interpretarse es que, de alguna manera, se legitima formalmente la acción defensiva del agredido en un grado adicional.

Sin embargo, el problema es que este añadido de legitimidad formal se consigue valorando —otra vez— solo la propia posición jurídica del agredido, con

lo cual, su acción defensiva como tal no es valorada adecuadamente como debería ser, esto es, en su relación funcional con la agresión ilegítima del agresor. Asimismo, otro es el problema del deber de acreditación formal —*ex post*— que tiene la víctima respecto del inmueble o vehículo, donde ejecuta su acción defensiva hacia el órgano judicial acerca de la legitimidad-buena fe.

Tales deficiencias son las que generan las condiciones para que los potenciales delincuentes (es decir, los sujetos agresores contra quienes se realiza una defensa) busquen fuera del derecho y de su protección jurídica sus propias soluciones, inevitablemente más violentas, aumentando la inseguridad ciudadana. En efecto, sin límites materiales que legitimen la acción defensiva del agredido más allá de lo formal, se desprotege de los excesos la posición jurídica del agresor y de sus bienes personalísimos. Como se sabe, la idea que fundamenta la legítima defensa sigue la máxima *deficiente magistratu populus est magistratus*, es decir, sólo una autorización excepcional y también racional que da validez jurídica a la defensa del agredido cuando el Estado no llegue, no pueda protegerlo¹⁴ o no esté presente contra la violencia del agresor (Binding, 1991, p. 734).

Ahora bien, desde el punto de vista de este trabajo, lo que puede considerarse como un límite material es que el agresor, en su actuar antijurídico, sólo faculta al agredido —como facultaría también a los órganos del Estado— a la defensa de sus bienes personalísimos —por coherencia, también a la lesión tolerada de los bienes personalísimos suyos— en la medida en que fuera necesario para superar esta situación de peligro. Fuera de este ámbito de lo necesario para salir y superar este peligro actual e inminente, la acción defensiva en exceso ya no podría tener un valor jurídico justificante. Dependiendo del caso, podría quedar abarcado como supuesto de exceso de legítima defensa.¹⁵ Sea como fuere, no es complicado entender que, al final, el costo de este defecto legislativo también obligará al Estado a buscar métodos más lesivos para contrarrestar las acciones violentas de un acto delictivo en la morada de un ciudadano.

En conclusión, frente a este primer escenario, se tiene que redefinir el enfoque asignado por el legislador, pues, para hacer frente a los altos índices de delincuencia ciudadana, se deben preferir otros mecanismos fuera del derecho penal. Estos mecanismos políticos menos lesivos pueden corresponderse con una adecuada gestión de la seguridad ciudadana, el fortalecimiento de la labor

14 Vid. *supra* 2.3.

15 En sentido similar, Jakobs (1991, § 12 n.m. 18) menciona que, con respecto a la posición del agresor, no es posible justificar axiológicamente la decisión de imponerle un deber de soportar más grave que al propietario de cosas peligrosas.

policial y reforzando las instituciones públicas y sociales de persecución del delito. De ese modo, un esquema teórico penal de protección de la persona y sus libertades estará en condiciones de afirmar la excepcionalidad del uso privado de la legítima defensa, sus límites de razonabilidad y el ámbito de lo necesario en la defensa contra el agresor.

3.6.2 El segundo escenario

Por otro lado, también es posible derivar que el legislador peruano ha incorporado ciertas exigencias formales a la legítima defensa del art. 20.3 del CP con una finalidad distinta. Esta es la de intimidar al delincuente potencial y así reducir la violencia privada, dejando los problemas de inseguridad ciudadana en manos de quienes verdaderamente corresponde: los órganos estatales.

En este enfoque, se trata de un derecho penal más orientado a la antigua usanza, hacia aquella función de intimidación de la pena y disuasión del delincuente¹⁶ que es propia de un cálculo empírico que se hace sobre el delincuente promedio y, por ende, también con serias inconsistencias. Si ese es el caso, el principal problema es que este es un planteamiento peligrosamente optimista respecto de lo que hay que esperar de la delincuencia ciudadana y, en particular, de la delincuencia patrimonial.

Así, una primera consecuencia práctica de esta forma de entender la legítima defensa del art. 20.3 del CP se deriva directamente de sus premisas teóricas. Al ser solo un instrumento intimidatorio y no una forma efectivamente práctica excepcional de neutralizar el peligro entre los ciudadanos, el derecho de defensa ciudadana no podrá consolidarse y afirmarse frente a terceros, como corresponde en un Estado democrático de derecho.

Más bien, esta falta de ejercicio del derecho de defensa ciudadana, o bien de la no consolidación de este derecho de defensa, originará que este se encuentre particularmente vulnerable frente a la actitud potencial del delincuente promedio. De ese modo, nos distanciamos mucho de una de las muy citadas —por la doctrina alemana— sentencias en materia de legítima defensa del Tribunal Supremo del Imperio Alemán a finales del siglo XIX (24 de noviembre de 1890): “Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen” (p. 170),¹⁷ es decir, *el derecho no tiene por qué ceder frente a lo injusto*.

16 En el sentido tradicionalmente entendido de la coacción psicológica, ver Feuerbach (2007, § 15, pp. 52 y ss.).

17 La cita completa de la Sentencia del (RG 21, 168-171) en la página 170 del Tomo 21 el citado Tribu-

En segundo orden, si bien es verdad que el Estado debe ser el principal garante de la libertad ciudadana,¹⁸ también lo es el hecho de que las posibilidades de llevar a cabo esta función serán menores cuando este no cuente con los recursos (legislativos y logísticos) suficientes para este cometido. En el escenario del Perú, este es un pequeño cálculo de eficiencia que parece no haber tenido lugar si esta decisión político-criminal de modificar la legítima defensa del art. 20.3 del CP hubiera tenido realmente la finalidad de intimidar al delincuente potencial.

Citando además otro aspecto crítico al respecto, con la actual redacción de la legítima defensa los delincuentes son más conscientes de que el ciudadano promedio está desprotegido y no está preparado en muchos aspectos para defender sus intereses. Con mucha mayor razón esto es así si el ciudadano promedio es alguien que no ha sido preparado para defenderse usando incluso armas con capacidad y fuerza letal, como lo dispone el art. 20.3, literal c) del CP.

De este modo, contrariamente a lo esperado por el legislador, la legítima defensa —tal y como está redactada en el art. 20.3 del CP— no servirá de mucho en la práctica para reducir la criminalidad, intimidando y convenciendo al delincuente. Por el contrario, este planteamiento inadecuado servirá para aumentar las situaciones de indefensión ciudadana allí donde los ciudadanos no hayan recibido por parte del Estado una mínima formación previa para utilizar armas con capacidad letal. La interpretación de la legítima defensa como un mecanismo intimidatorio configura, en este orden de ideas, una pieza de un diseño político peligroso y anacrónico para las sociedades actuales. En efecto, un medio técnicamente incompatible para abordar el complejo fenómeno de la inseguridad ciudadana.

En conclusión, en este segundo escenario, el derecho a la legítima defensa debe reformular su planteamiento e insertarse de una forma específica en un contexto social como el nuestro. No corresponde, por tanto, asignarle una función intimidatoria contra el delincuente potencial, puesto que el saldo práctico que resulta tiene más problemas que soluciones. Para ello, se necesita de un modelo de interpretación sistemático racional que tenga una vinculación hacia

nal señala: “El derecho de legítima defensa se aplica en todas partes donde se dan las condiciones previas del § 53 StGB, *el derecho no tiene por qué retroceder ante la injusticia en ninguna parte*, la legítima defensa es permisible contra cualquiera y en todas partes, siempre que se den las condiciones previas legales, es decir, siempre que haya un ataque ilegal presente para cuya prevención sea necesaria la defensa” (énfasis añadido).

18 Con un similar modelo de fundamentación al de Pawlik (2012, pp. 90 y ss.).

cuestiones axiológico-materiales de las esferas de libertad de las partes en conflicto y orientadas al bien común.¹⁹ Veamos en las líneas siguientes un breve repaso por los fundamentos dogmático-jurídicos de la legítima defensa.

4. Breve repaso del problema dogmático del homicidio en legítima defensa y propuesta de solución

La actual redacción de la legítima defensa del art. 20.3 del CP también expone un problema categórico ya antiguamente desarrollado en la filosofía y en la doctrina penal. Este es el problema de fundamentación del homicidio en legítima defensa.²⁰ Así, para estar en condiciones de dar una pequeña respuesta, es necesario partir de una distinción teórico-práctica. En adelante, el *sujeto agresor* es quien previamente agrede antijurídicamente al otro, y el *sujeto agredido* es quien se defiende en legítima defensa. La acción defensiva (que en este problema sería la que causa la muerte al agresor) es ejecutada por el sujeto agredido y, en cuanto a su razonabilidad, esta debe ser ejecutada por un sujeto autorresponsable e imputable. Así, Jakobs (1991) entiende que esta no debe ser entendida en términos causales como una *poena naturalis*, es decir, como pena natural contra el agresor.

4.1 Planteamiento del problema

La pregunta es sencilla: ¿el homicidio en legítima defensa causado por la víctima se encuentra permitido o no en el derecho y, en caso de que así sea, al margen de cualquier examen de proporcionalidad?²¹ La respuesta a esta pregunta precisa repasar ciertas premisas teóricas que se exponen a continuación.

La primera idea fundamental de la legítima defensa que se recupera de lo anteriormente desarrollado es que el “derecho no tiene por qué retroceder frente al injusto”,²² por lo que la afirmación del derecho es una premisa básica de entrada al entendimiento de la legítima defensa y, en este sentido, demuestra

19 En un planteamiento similar con Silva Sánchez (2025, p. 1361).

20 En esta absolutamente importante discusión filosófico-jurídica pueden citarse principalmente los trabajos de Pawlik (2002, pp. 259-299 y ss., 2012, pp. 226 y ss.), Thompson (1880), Kindhäuser (2015, pp. 68 y ss.), Renzikowski (1994, pp. 89 y ss.) y Mañalich Raffo (2015, pp. 189 y ss.).

21 En este apartado, el autor trata de analizar la figura del *Tötung auf Verlangen* (homicidio a petición) del § 216 StGB y su crítica fundamentación también desde el consentimiento Pawlik (2012, p. 226).

22 Vid. *supra* 2.4.2.

una necesidad práctica de su ejercicio racional por parte de los ciudadanos y que esta acción defensiva sea protegida por el ordenamiento jurídico.

En este punto, es conveniente también analizar recientes pronunciamientos jurisprudenciales del citado problema para luego presentar un resumen de la discusión dogmática de la legítima defensa en dos modelos tradicionales de comprensión.

4.2 Síntesis de jurisprudencia nacional de los casos de homicidio en legítima defensa

En general, la jurisprudencia tiene una función orientadora y desarrolladora del derecho como un sistema completo, coherente y preciso (Nino, 1980, p. 69). De acuerdo con esta función asignada a la jurisprudencia que se asume en este trabajo, conviene citar algunos de los pronunciamientos realizados por la Corte Suprema del Perú sobre casos de homicidio en legítima defensa para poder analizar sus reglas de aplicación práctica y saber de qué manera se están entendiendo algunos de estos casos.

4.2.1 Caso de legítima defensa imperfecta

En el Recurso de Nulidad N° 2276-2018-Lima Este (ponente Castañeda Otsu), la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (en adelante, Sala Suprema) declaró que no hay lugar a este recurso presentado por su defensa legal y resolvió que el sujeto que ejerció la defensa y terminó dándole muerte a uno de los agresores en el contexto de un robo agravado es un caso de legítima defensa imperfecta (art. 21 del CP).

Así, en el Fundamento Décimo Tercero menciona:

(...) Se tiene pues que si bien el estado anímico de Palacios de la O se hallaba perturbado por lo sucedido, quería recuperar sus pertenencias y además había libado licor, sin embargo, la defensa no fue adecuada para repeler la agresión y defender su integridad. Por el contrario, fue excesiva e innecesaria, ya que un atacante se había dado a la fuga y el otro se cayó al suelo.

De los requisitos legales de la legítima defensa del art. 20.3 del CP se tiene que la Sala Suprema no ha validado el de la “necesidad racional del medio empleado”. La violencia letal de la víctima sobre los agresores en abandono del lugar deja de ser racionalmente necesaria, pues, para defenderse de las lesiones graves, el momento excepcional ya había terminado.

La regla de aplicación que nos deja este caso, por lo tanto, consiste en que, en delitos patrimoniales con violencia y pasado el momento excepcional, la reivindicación —la recuperación de la cosa— no puede realizarse con violencia letal como legítima defensa y su uso termina siendo un exceso de esta, aplicando la eximente incompleta del art. 21 del CP.

4.2.2 Caso de legítima defensa completa

Por otra parte, en el Recurso de Nulidad N° 3078-2013-Lima (ponente Barrios Alvarado), la Sala Suprema desestimó este recurso presentado por el Ministerio Público. En este pronunciamiento, contrario al anterior,²³ se resolvió que la mujer que ejerció la defensa y terminó dándole muerte a su agresor en el contexto de grave violencia doméstica es un caso de legítima defensa completa (art. 20.3 del CP).

En el segundo punto del Fundamento Tercero dice:

(...) (B) Se excluye para la valoración de este requisito, el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose, en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la lesión, la forma de proceder del agresor y los medios que se disponga para la defensa. Así se tiene que al estar la procesada con el agraviado en el momento cumbre de la agresión en el ambiente de la cocina, amenazaba con un arma punzante, la procesada no tuvo otro medio que coger un cuchillo para defenderse ante el inminente peligro que ya corría su vida —habiendo quedado establecido en el Acta de hallazgo y recojo obrante a folios veintiocho y acta de reconocimiento de arma blanca— cuchillo obrante a folios treinta la presencia en el lugar de los hechos de dos cuchillos, uno utilizado por el occiso y el otro por la procesada.

En este pronunciamiento judicial, la valoración que hace la Sala Suprema del requisito de la “necesidad racional del medio empleado” como requisito del art. 20.3 del CP es diferente, ya que ha validado, conforme a derecho, que la defensa de la mujer víctima contra la agresión inminente de su agresor se hizo respetando el criterio de “necesidad racional del medio empleado”. La violencia letal de la víctima hacia el agresor fue racionalmente necesaria, pues esta fue ejercida por la mujer para defenderse del agresor en el mismo momento excepcional en el que su vida corría peligro.

En definitiva, la regla práctica de aplicación que esta sentencia nos deja es

23 Vid. *supra* 3.2.1.

que la defensa letal de la víctima respecto a su agresor en un caso de violencia doméstica puede ser un caso auténtico de legítima defensa del art. 20.3 del CP, siempre que tal conducta —único medio para salvarse— haya sido realizada por la mujer en el momento excepcional para repeler un peligro inminente contra su vida.

A continuación, veamos si estos pronunciamientos pueden encontrar niveles de razonabilidad que sean compatibles con la dogmática de la legítima defensa.

4.3 Un breve repaso por el primer modelo de fundamentación de la legítima defensa

El primer modelo de comprensión entiende que el fundamento de la legítima defensa es individualista. Este es el modelo más antiguo que se encuentra, ya recogido de una manera particular en un *dictum* del jurista romano Gayo en el Libro IX, Título II respecto de la Ad Legem Aquiliam (Ley Aquilia) del Digesto de Justiniano: “Nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere”,²⁴ es decir, “la razón natural permite defenderse en contra del peligro”.

Inicialmente se fundamenta sólo la protección de la vida y otros bienes personalísimos. En este modelo, la clave es entender que la legítima defensa consiste en la autoafirmación que se le atribuye a cualquier individuo a defenderse del ataque antijurídico de otro (Jescheck y Weigend, 1996, §32 nm 3 ff). La legítima defensa, desde esta perspectiva, sirve a la protección de los intereses afectados (Pawlik, 2012, p. 263), entonces, como *autoafirmación del sujeto*.

4.4 Un breve repaso por el segundo modelo de fundamentación de la legítima defensa

El segundo modelo de comprensión es el que entiende que el fundamento de la legítima defensa es supraindividual (Jescheck y Weigend, 1996, §32 nm 2 ff). En este sentido, la autodefensa del agredido se muestra simultáneamente como la salvaguarda del orden pacífico general cuando no está presente la ayuda oficial, entiéndase, el Estado y los funcionarios públicos. Renzikowski (1994, p. 275), muy próximo, entiende que el fundamento de la autodefensa es el resta-

24 Digesto L. IX, Título II. La cita completa de Gayo en la *Cuestión Segunda* en latín es: “Itaque si servum tuum latronem insidiantem mihi occidero, securus ero; nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere”, es decir: “Por tanto si matase a tu siervo, que era ladrón, y me acechaba, estaré seguro; porque la razón natural permite defenderse del peligro”.

blecimiento de la relación de coordinación —de equilibrio del cumplimiento de la norma— entre la víctima del ataque y el agresor.

En definitiva, de acuerdo con lo anterior, la legítima defensa tendría la función de salvaguardar el ordenamiento jurídico como tal, entonces, como “afirmación del ordenamiento jurídico y del derecho” (Jescheck y Weigend, 1996, §32 nm 1).

4.5 Toma de postura e interpretación de la legítima defensa del Código Penal peruano

En la actualidad, las posturas dominantes entienden que la legítima defensa combina los fundamentos del primer y segundo modelo (Jescheck y Weigend, 1996, §32 nm 1ss.; Pawlik, 2012, p. 239). En este punto, en el presente trabajo se asume este modelo unificado con determinadas particularidades. Esencialmente, que esta unificación (tesis individualista y tesis supraindividuales) es, en el fondo, una expresión también de las dos finalidades tradicionalmente asignadas al derecho penal.

Por una parte, desde una función preventiva general positiva del derecho penal, la confirmación que realiza la legítima defensa de la norma previamente infringida por el agresor. Esto significa que, en un entendimiento del derecho penal orientado a la confirmación del orden jurídico —de la norma que ha sido defraudada (Jakobs, 1991, § 1 nm 27 ss.)—, tiene mucho más sentido que se reconozca la validez jurídica a la acción del agredido, puesto que se trata de una autoafirmación individual de sus bienes jurídicos en peligro. Ello es así en la medida en que estos bienes jurídicos se encuentran también protegidos por las normas jurídicas que integran el ordenamiento jurídico.

Por otra parte, desde una función retributiva comunicativa del derecho penal,²⁵ se logra fundamentar con mejores argumentos de tipo material todo este planteamiento. Así, si se sostiene que la autoafirmación individual reconocida en la acción defensiva del agredido significa la forma legítima de redistribuir la afectación de los derechos que lesiona el agresor en su propia esfera de libertad, entonces los efectos preventivos derivados de esta acción defensiva del agredido también estarían confirmando aquellos valores sociales que las normas y el ordenamiento jurídico le reconoce a la ciudadanía.

25 Desde el punto de vista de las ventajosas consecuencias práctico-materiales que trae consigo, el modelo de la pena con finalidad retributiva comunicativa razonablemente mejor defendido se encuentra en Pawlik (2012, pp. 116 y ss.).

4.5.1 Los principales presupuestos

Si este modelo unificado precisa reconstruirse sobre la base de premisas axiológico-materiales, tendrá, como primer paso, que decantarse por jerarquizar adecuadamente esta relación de medio-fin. En mi opinión, se debe colocar al sujeto individual y su autoafirmación en la legítima defensa como primer fin del derecho, y esto es una premisa de deber ser en todo programa democrático. Y, como segundo paso, como medio —efectos necesarios— se debe ubicar a la confirmación del derecho y de las normas del ordenamiento jurídico.

El resultado ya es una forma de entender a la legítima defensa como derecho que configura una confirmación del derecho, con el fin principal de fundamentar la autoafirmación de la esfera de libertad del agredido. Ciertamente, esta postura viene determinada por un derecho penal que cumple una función retributiva comunicativa.

Independientemente de la postura adoptada en la discusión teórica, un modelo en general unificado de la legítima defensa es el que, a mi modo de ver, puede derivar también en la práctica, en la aplicación del derecho positivo nacional. Así, de la lectura conjunta de la redacción actual de la legítima defensa prevista en el art. 20.3 del CP y del art. IX Título Preliminar de CP que establece los fines de la pena surge: “La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación”. Al respecto, un sector de la doctrina nacional, con premisas de partida diferentes, interpreta una función de restabilización de la pena, fundamentada con un concepto de persona como su punto de partida (García, 2019, p. 95).

Pues bien, el tenor legal del art. 20.3 del CP establece que el titular puede actuar en defensa de bienes jurídicos propios (entiéndase, bienes personalísimos y bienes patrimoniales) o de terceros frente a una agresión ilegítima en una situación en la que este no haya provocado de forma suficiente al agresor y cuando exista una necesidad racional para defenderse.

En primer lugar, cuando el legislador recoge la defensa de bienes jurídicos propios o de terceros en peligro (con la necesidad racional del medio empleado), se interpreta que ya se está refiriendo a la idea de legítima defensa como autoafirmación individual del sujeto. Si esto último se reorienta luego a la finalidad preventiva de la pena (art. IX TP del CP), esta autoafirmación tendrá principalmente finalidades sociales. Así, tenemos en esta primera parte un modelo unificado de la legítima defensa del derecho positivo legislado en el CP.

En segundo lugar, se debe señalar que el Estado mantiene siempre el interés

en desvalorar y no renunciar al castigo de las agresiones ilegítimas (no provocadas) entre los ciudadanos. Es decir, desea afirmar su autoridad, así como la vigencia del derecho y, en especial, la confianza en las normas del ordenamiento jurídico que han sido infringidas por el sujeto agresor. Con lo cual, ya se pone de manifiesto que también se deriva de la comprensión de la legítima defensa como afirmación del derecho y del ordenamiento jurídico.

De igual modo, si esto último se reorienta hacia una función de la pena preventiva como aparece en primer orden en el art. IX TP del CP, también se confirma la necesidad preventiva y la búsqueda de fines sociales del ejercicio del derecho a la defensa por parte del sujeto agredido. Entonces, tenemos también en esta segunda parte un modelo unificado de la legítima defensa del CP.

En definitiva, la formalización de la legítima defensa del art. 20.3 del CP sigue aquí una interpretación de un modelo unificado en el que confluyen los dos modelos tradicionales de fundamentación del instituto de la legítima defensa: el modelo de la autoafirmación individual y el modelo de la afirmación del derecho y del ordenamiento jurídico.²⁶ Ahora bien, la parte de cierre consiste en determinar si un modelo como este tendría los fundamentos para justificar materialmente los casos de homicidio en legítima defensa. En las siguientes líneas, se resuelve el problema final del homicidio en legítima defensa.

4.6 Resolución de la cuestión: la excepcionalidad del homicidio en legítima defensa

El problema de fundamentación del homicidio en legítima defensa puede resolverse desde el derecho positivo y, asimismo, desde una fundamentación dogmática jurídica que lo interprete adecuadamente, como se ha venido exponiendo. En esta primera parte, tenemos, por un lado, que el texto legislativo del art. 20.3 del CP ya ofrece una solución sin inducir a confusiones y, de acuerdo con el principio de legalidad (art. II T.P. del CP), el problema terminaría allí. Pero bien vista esta solución, más allá de las críticas a la técnica legislativa ya expuestas en los párrafos precedentes, se trata de una justificación sólo formal de este caso específico de acción defensiva. En estos, sin embargo, no convergen elementos de fundamentación axiológica material. Precisamente, el principal riesgo es que, sin estas consideraciones de orden material, los límites del homicidio en legítima defensa no son más que cálculos utilitaristas, donde son rele-

26 Cf. García (2019), quien parece situarse en el modelo de fundamentación individual, menciona: “La justificación que se le atribuye a la legítima defensa reposa en el derecho del agredido a mantener su personalidad frente al contexto específico de la agresión ilegítima de otro” (pp. 615 y ss.).

vantes el beneficio social y colectivo, pero no de la protección de la autonomía individual y los bienes personalísimos que tiene cada persona.

En lo que sigue, con un planteamiento también alejado de lo esencialmente causal, se desarrollan brevemente cuatro pasos para realizar una justificación de tipo material de la excepcionalidad del homicidio en legítima defensa, compatible también con el art. 20.3 del CP y con los principios fundamentales del sistema democrático.

El primer paso, por lo tanto, es recuperar la idea anterior del apartado.²⁷ De acuerdo con esto, se ha asumido un modelo dogmático-jurídico unificado derivado del art. 20.3 del CP. La legítima defensa, así, tiene una fundamentación del siguiente modo. En el primer fragmento, el cual corresponde a la “acción defensiva de bienes jurídicos propios o de terceros (racionalidad del medio empleado)”, la fundamentación reside en la idea de autoafirmación individual del sujeto que la ejecuta. En el segundo fragmento, el cual corresponde a la “agresión ilegítima, antijurídica (no provocadas)”, el fundamento legitimador de la legítima defensa consiste en un componente supraindividual, es decir, en la afirmación del derecho y del ordenamiento jurídico.

El segundo paso consiste en identificar a cuál de los fragmentos distinguidos en el párrafo anterior se corresponde, en particular, la conducta del agredido que causa un homicidio en legítima defensa. Así, luego de revisar este supuesto y compararlo con cada uno de estos fragmentos, se identifica que esta conducta se trata de una forma específica o un tipo excepcional de *acción defensiva*. En esta, el agredido lleva a cabo su defensa con el fin de conjurar un peligro para sus bienes personalísimos (no para bienes patrimoniales). En consecuencia, este supuesto se corresponde con el primer fragmento de fundamentación.

El tercer paso consiste en unir este supuesto específico —“el homicidio en legítima defensa”— a la fundamentación dogmática de la “acción defensiva” del agredido según el modelo unificado de la legítima defensa que se asume aquí. En este punto, el fundamento de esta acción defensiva (homicidio contra el agresor) debería también consistir en una forma especial de autoafirmación individual de los bienes jurídicos del sujeto agredido.²⁸ En ese entendido, el homicidio como acción defensiva solo podría significar una autoafirmación de bienes del agredido que se encuentre justificada, cuando se trata de repeler peligros vitales y peligros inminentes y graves contra sus bienes personalísimos.

27 Vid. *supra* 3.4.

28 Vid. *supra* 3.2.

Como se expone en este paso, resulta difícilmente sostenible entender que todas las formas de homicidio en legítima defensa contra el agresor constituyan la regla para defenderse ante un peligro inminente dentro de una comprensión de autoafirmación de los derechos. Ello, sin siquiera saber si esta acción defensiva tiene como fin la conjuración de un peligro inminente para la vida, o bien para los bienes patrimoniales del agredido o, inclusive, para bienes patrimoniales de un tercero. Este, en consecuencia, sería su límite material, de modo que las acciones defensivas que se exceden en términos objetivos de la autoafirmación de estos bienes personalísimos en peligro grave quedan fuera del ámbito de la justificación.

El cuarto —y también último— paso en este desarrollo consiste en darle una forma jurídicamente aceptable a la autoafirmación de los derechos del agredido en un modelo formal y compatible con la excepcionalidad del homicidio en legítima defensa al agresor.

A este respecto, se debe contar además con dos requisitos de racionalidad práctica que proporcionan una justificación material para este problema específico. De hecho, el jurista romano Ulpiano también aborda con criterios de racionalidad práctica el dilema de la muerte en defensa al agresor con o sin culpa, en uno de sus *dictum* en el Libro IX, Título II sobre la Ley Aquilia del Digesto:

Sed et si quemcunque alium ferro so petentem quis occiderit, non videbitur iniuria occidisse; et si melu quis mortis furem occiderit, non dubitabitur, quin lege Aquilia non teneatur; sin autem, quum posset apprehendere, maluil occidere, magist est, ut iniuria fecisse videatur, ergo et Cornelia tenebitur.²⁹

En suma, la propuesta para interpretar estos requisitos de racionalidad práctica de la legítima defensa tiene dos partes. Desde el punto de vista objetivo, esto es, el lado de la agresión ilegítima, el homicidio contra el agresor deberá tener lugar como una respuesta a peligros graves e inminentes contra sus bienes personalísimos y específicamente vitales que haya defendido de sí el agredido o sus terceros afines. Por su parte, desde el punto de vista de la acción defensiva del sujeto agredido valorado objetivamente, sólo se encuentra justificado un homicidio en legítima defensa cuando este se lleve a cabo en las siguientes formas: lesiones graves seguidas de muerte (art. 121° del CP) y homicidio simple (art. 106° del CP), todo ello, a la luz del art. 20.3 del CP.

29 D. L IX, Título II, *Ad. Legem Aquiliam*, Cuestión Quinta. Es decir: “Si alguno matase a otro que iba a matarle a él con espada, no parece que lo mató con injuria: más si alguno matase al ladrón por miedo a la muerte, no se dudará que no está obligado por la ley Aquilia; pero si pudiendo aprehenderlo, quiso más bien matarlo, es más cierto que cometió injuria, y por esto se obligará por la ley Cornelia”.

Por consecuencia sistemática, los casos de homicidio calificado (art. 108° del CP) como forma de defensa necesaria, o bien los casos de homicidios simples para defender un bien jurídico patrimonial no esencial para la vida, desde esta postura se encuentran fuera de la justificación. Estos últimos podrían quedar abarcados, vistas las circunstancias de cada caso, como supuestos de exceso de legítima defensa³⁰ o de miedo insuperable (art. 20.7 del CP) —especialmente como casos de eximentes incompletas (art. 21° del CP)— y deberán ser evaluados en sede de culpabilidad.

5. Reflexión final

Se debe proteger a la persona en todo momento, porque de esta manera se está protegiendo a la humanidad; este sería un valor axiológico-material que debería complementar la actual pretensión político-formal de dar seguridad jurídica. La legítima defensa del art. 20.3 del CP debe interpretarse como un derecho de defensa ciudadano y su ejercicio debe comprender un uso excepcional y racional frente al agresor, un ejercicio que es necesario para su protección y para el mantenimiento del derecho.

La reciente modificación legislativa de este instituto no propone una solución práctica viciada de errores insubsanables que revelen de esta ninguna utilidad. Más bien, esta redacción actual demuestra una forma inadecuada de solucionar, por parte del poder político, un problema social-estructural, como es la inseguridad ciudadana, la delincuencia patrimonial y otros fenómenos asociados a estos con un instrumento dogmático incompatible con estos fines. El caso del homicidio en legítima defensa es un caso excepcional de legítima defensa que no debe constituir la regla y la primera salida. Salvo los criterios de racionalidad que aquí se proponen, sólo están justificados en legítima defensa los casos de lesiones graves seguidas de muerte (art. 121° del CP) y de homicidio simple (art. 106° del CP) para los casos de peligros inminentes y esencialmente vitales.

Con todo esto, le queda a la comunidad jurídica una ardua tarea pendiente. Una parte de esta tarea consiste en la reconstrucción de un modelo de interpretación axiológico-material de la legítima defensa que sirva para todos los casos concretos de peligros inminentes, especialmente de un diálogo adecuado que pueda unir el desarrollo práctico del derecho que realiza la jurisprudencia y la discusión científica de los ámbitos académicos.

30 Vid. *supra* 2.4.1.

Bibliografía

- Binding, K. (1991 [1885]). *Handbuch des Strafrechts* (Vol. I). Scientia Verlag Aalen.
- Feuerbach, P. (2007 [1847]). *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts* (Trad. E. Zaffaroni e I. Hagemeyer). Hammurabi.
- García, P. (2019). *Derecho Penal. Parte General* (3ª ed.). Ideas.
- Hobbes, T. (1940 [1651]). *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil* (Trad. M. Sánchez Sarto). Fondo de Cultura Económica.
- Jakobs, G. (1991). *Allgemeiner Teil* (2ª ed.). Walter de Gruyter.
- Jescheck, H. y Weigend, T. (1996). *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil* (5ª ed.). Duncker & Humblot.
- Kindhäuser, U. (2015). Acerca de la génesis de la fórmula. “El Derecho no necesita ceder ante el injusto” (Trad. J. Mañalich Raffo). En Mañalich Raffo, J. (Coord.), *La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa* (pp. 65-98). BdeF.
- Mañalich Raffo, J. (2015). Normas permisivas y normas de tolerancia. En *La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa* (pp. 177-283). BdeF.
- Mir Puig, S. (2003). *Introducción a las bases del derecho penal* (2ª ed.). BdeF.
- Mir Puig, S. (2007). *Derecho penal. Parte general* (7ª ed.). Repertor.
- Nino, C. (1980). *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito* (Trad. G. Rafael Navarro). Astrea.
- Pawlik, M. (2002). Die Notwehr nach Kant und Hegel. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 114, 259-299.
- Pawlik, M. (2012). *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*. Mohr Siebeck.
- Renzikowski, J. (1994). *Notstand und Notwehr*. Duncker & Humblot.
- Roxin, C. y Greco, L. (2020). *Allgemeiner Teil* (5ª ed.). C. H. Beck Verlag.
- Sánchez-Ostiz, P. (2012). *Fundamentos de política criminal. Un retorno a los principios*. Marcial Pons.
- Seelmann, K. (1978). *Das Verhältnis von § 34 zu anderen Rechtfertigungsgründen*. R.V. Decker's Verlag.
- Seelmann, K. (2013). Ideengeschichte des Solidaritätsbegriffs im Strafrecht. Hirsch, A., Neumann, U., Seelmann, K. (Eds.), *Solidarität im Strafrecht* (pp. 35-49). Nomos Verlag.
- Silva Sánchez, J. (2025). *Derecho Penal. Parte general*. Aranzadi La Ley.
- Stammler, R. (1928). *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*. Walter de Gruyter & Co.
- Thompson, S. D. (1880). Homicide in self-defense. *American Law Review*, 14(8), 545-582.
- Welzel, H. (2014). Derecho natural y positivismo jurídico. En *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal* (Trad. Garzón Valdés, pp. 177-199). BdeF.

Legislación citada

- Código Penal Peruano. Decreto Legislativo N° 635 (1991).
- Constitución Política del Perú (1993).
- D. L IX, Título II, Ley Aquilia del Digesto.
- U.S. Model Penal Code (1962).

Jurisprudencia citada

Recurso de Nulidad N° 2276-2018-Lima Este (ponente Castañeda Otsu).

Recurso de Nulidad N° 3078-2013-Lima (ponente Barrios Alvarado).

RG 21, 168-171. Sentencia del Tribunal Supremo del Imperio Alemán del 24 de noviembre de 1890.

Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano recaída en el Exp. 0016-2002-AI/TC.

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

EL SENTIDO DE LA DIGNIDAD EN EL DERECHO: FUNDAMENTOS, RIESGOS Y PERSPECTIVAS. ENTREVISTA A CARLOS IGNACIO MASSINI-CORREAS

Erman Tejeda¹

Universidad Austral

emtejeda@austral.edu.ar

<https://orcid.org/0000-0001-9406-4571>

<https://doi.org/10.26422/RJA.2025.0602.tej>

Resumen

El Profesor Carlos Massini-Correas, doctor en Derecho y en Filosofía, nacido en una familia de intelectuales, ha sido durante años un asiduo visitante de varias universidades europeas, así como frecuente colaborador de revistas científicas europeas y americanas. Además, es un notable referente de la filosofía del derecho iusnaturalista de nuestros días y un analista destacado del pensamiento filosófico-jurídico hodierno. Por todo ello, hemos decidido efectuarle una entrevista acerca de algunos puntos centrales de sus estudios, en especial sobre sus contribuciones personales al desarrollo del realismo jurídico y del iusnaturalismo clásico, los ensayos realizados sobre la noción de dignidad humana, la fundamentación objetivista de los derechos humanos, los aportes al análisis del saber filosófico-jurídico de autores como Michel Villey, Georges Kalinowski, Francesco Viola y John Finnis y la situación científica de la filosofía del derecho y de la ética contemporánea. Ha escrito numerosos libros y artículos y ha realizado investigaciones en centros académicos de Europa y América. Acaba de cumplir 80 años y continúa estudiando, repensando y difundiendo activamente sus ideas sobre la praxis humana ética, jurídica y política.

Palabras clave: dignidad, derecho, objetividad.

-
- 1 Entrevista realizada el 9 de junio 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. Carlos Ignacio Massini-Correas es doctor en Derecho y en Filosofía por la Universidad Nacional de Cuyo, Argentina. Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Mendoza y en la Universidad Nacional de Cuyo. Se desempeña también como profesor extraordinario de Filosofía en la Universidad Austral de Buenos Aires. Es considerado uno de los iusnaturalistas más prominentes de Iberoamérica y ha desarrollado su carrera principalmente en Argentina, en las áreas de filosofía del derecho, lógica y ética. Es autor de 31 libros y de más de 200 artículos científicos publicados en América y Europa sobre temas vinculados a su especialidad. <https://orcid.org/0000-0002-9737-1996>

The Meaning of Dignity in Law: Grounds, Risks, and Perspectives. Interview with Carlos Ignacio Massini-Correas

Abstract

Professor Carlos Massini-Correas, Doctor of Law and Philosophy, born into a family of intellectuals, has for years been a frequent visitor to several European universities as well as a regular contributor to scientific journals in Europe and the Americas. Moreover, he is a prominent figure in contemporary natural law philosophy and a distinguished analyst of current philosophical and legal thought. For all these reasons, we decided to interview him about some central aspects of his studies—particularly his personal contributions to the development of legal realism and classical natural law theory; his essays on the notion of human dignity; the objectivist foundation of human rights; his analyses of the philosophical and legal thought of authors such as Michel Villey, Georges Kalinowski, Francesco Viola, and John Finnis; and the current scientific status of legal philosophy and contemporary ethics. He has written numerous books and articles and carried out research in academic centers in both Europe and the Americas. Having just turned 80, he continues to study, reflect upon, and actively promote his ideas on ethical, legal, and political human praxis.

Key words: dignity, law, objectivity.

Erman Tejeda: En su libro titulado *Dignidad humana, derechos humanos y derecho a la vida* (Massini, 2020b), usted sostiene que, en la práctica jurídica contemporánea, acontece un fenómeno que denomina “la paradoja de la dignidad humana”. ¿Podría explicar de qué se trata y cuál es el peligro que advierte en ese fenómeno?

Carlos I. Massini-Correas: Ante todo, quisiera agradecerles por haber programado esta entrevista, que me honra extremadamente y que sinceramente considero inmerecida. Respecto del contenido de su pregunta, debo reconocer que la expresión “paradoja de la dignidad humana” la he tomado (citando la fuente, por supuesto) del excelente libro de Tomás Melendo *Dignidad Humana y Bioética* (1999). La tesis expuesta allí por Melendo es que, a lo largo de los últimos tres o cuatro siglos, se ha exaltado y glorificado como nunca en la historia al ser humano, recalcando su dignidad y poniendo de relieve el respeto sin par del que ha de ser objeto. Pero ha sucedido también —sigue la tesis— que, en ese mismo período, tanto en el nivel de la realidad humano-práctica como en el de las doctrinas que intentan justificar su dignidad, se ha ido derivando —muy

especialmente en el siglo XX— hacia una degradación o abolición del hombre que ha conducido, en el ámbito de las conductas concretas a un escenario de masacres, esclavitudes y despotismos que no tienen parangón en la historia humana. Basta con hojear el conocido libro coordinado por Stephane Courtois *El libro negro del comunismo. Crímenes, terror y represión* (1998), para tener una visión rigurosa de los horrores que ha debido conocer y sufrir la humanidad en el siglo pasado.

Pero, además, desde la perspectiva de las ideas y los proyectos éticos y sociales, han tenido difusión varias corrientes filosóficas que han conducido concurrentemente a una deriva antihumanista, inmanentista y negadora del ser y de la posibilidad de su conocimiento objetivo y enriquecedor. De este modo, el conocimiento humano —teórico y práctico— ha pasado de ser primariamente receptivo de la realidad a través de la experiencia a consistir en una mera creación de la conciencia sin límites objetivos ni más referencia que la mera autonomía del sujeto entendida de modo absoluto. En este punto, me han servido de excelente referencia los libros *Metafísica de la opción intelectual* de Carlos Cardona (1990), *El realismo metódico* de Étienne Gilson (1963) y el trabajo de Cornelio Fabro, *Santo Tomás frente al desafío del pensamiento moderno* (1980).

Ahora bien, desde estas perspectivas tardo-modernas, definitivamente escépticas para cualquier conocimiento que trascienda lo empírico-sensible, lo técnico instrumental y lo arbitrariamente imaginado, la dignidad humana deja necesariamente de ser una realidad constitutiva y formativa de la persona humana para convertirse en una mera opinión subjetiva o colectivo-social. La dignidad es una palabra que significa un concepto, pero que no tiene correlato en ninguna realidad en sí misma, es decir, es un simple constructo de la conciencia humana que no necesita de justificación racional en ninguna de las dimensiones del ser en sí. El problema que se plantea es que cualquier mandato de acción o de respeto basada sólo en la conciencia de quien piensa el mero concepto de “dignidad” carece completamente de obligatoriedad deóntica y no puede, por lo tanto, generar una exigencia justificada racionalmente —humanamente— de acción, prohibición u omisión. Y todo se resuelve, en definitiva, en la simple fuerza o su amenaza, o en la articulación de algún método pavloviano que genere hábitos automáticos de obediencia o sumisión.

En otras palabras, todo aquello que se ha ensalzado y encumbrado máximamente en el último siglo, en especial bajo el nombre de “dignidad humana”, ha derivado, en definitiva, en unas praxis políticas y en unas construcciones ideológicas que conducen a la exaltación de la indignidad humana y a la degra-

dación y la muerte de aquellos a los que se había exaltado, a veces hasta límites ridículos.

ET: En varios de sus escritos, como “Hermenéutica clásica y objetivismo jurídico” (Massini-Correas, 1998), usted analiza el proceso del lenguaje desde una filosofía de corte aristotélico. ¿De qué manera considera que el estudio del lenguaje puede contribuir a una mejor comprensión del concepto de dignidad?

CIMC: La temática del lenguaje y de su vinculación con la problemática ética y jurídica la estudié principalmente en los primeros años del presente siglo, y los trabajos que fueron el resultado de esa tarea se reunieron en un libro publicado por la Editorial Porrúa de México en 2008, con un prólogo del Prof. Francesco Viola y el título de *Objetividad jurídica e interpretación del derecho* (Massini-Correas, 2008). El núcleo de las tesis sostenidas en ese libro es que el fenómeno del lenguaje se integra necesariamente de tres elementos: palabras, ideas y realidades, y que, en ausencia de alguno de ellos, la realidad lingüística queda mostrenca o inacabada y, por lo tanto, ininteligible e inexplicable. En otras palabras, si el sonido de las voces pronunciadas externamente o *verbus exterius*, como las llamaba Aquino, no significa o remite a una idea o *verbus interius*, carece de sentido significativo y deja propiamente de ser un *verbum*. Esto está muy bien explicado tanto en el *Comentario al Perí Hermeneias* de Aristóteles como en el *De Veritate*, donde Tomás explicita la prelación genética o causal del concepto o verbo interior por sobre la palabra hablada. Por supuesto que, para el Aquinate, claro deudor en este punto de Estagirita, esas ideas o conceptos eran los efectos de la captación o designación de las realidades conocidas, tal como se manifiesta en varios pasajes del *Comentario al Perí Hermeneias*. Todo esto está desarrollado y explicado *in extenso* en el notable libro de Georges Kalinowski *Sémiotique et Philosophie* (1985), donde el filósofo de la Universidad Católica de Lublin y luego del CNRS francés [Centre National de la Recherche Scientifique], después de criticar por incompletas e insuficientes las teorías del lenguaje de Husserl y de Carnap, propone una solución de corte aristotélico, que toma en consideración la totalidad de los elementos del lenguaje, es decir, las palabras, las ideas y las realidades y reconoce el valor correspondiente a cada una de las funciones semánticas fundamentales: la significación y la designación.

Si se aplican estas categorías a la problemática de la dignidad humana, queda en claro que, en este caso, no puede hablarse sólo de palabras —*flatus vocis*, como decían los nominalistas medievales— que carecerían completamente de valor normativo justificado racionalmente y ni siquiera de meros conceptos o

ideas, sin fundamento en el ser, y carentes, por lo tanto, de la objetividad necesaria para fundar la fuerza deóntica ineludible para la normatividad y exigibilidad de la ley natural y, por ende, de los derechos humanos. Solo si la dignidad tiene una existencia objetiva en el ser humano, especialmente en el carácter espiritual-inmaterial de su forma humana, puede ser el fundamento entitativo de la titularidad de los derechos humanos. En otras palabras, los seres humanos pueden ser titulares de derechos naturales o humanos en razón de la eminencia que le otorga la espiritualidad de su forma-alma humana. A este respecto, ha escrito Tomás Melendo (1999) en el libro citado más arriba, que en este punto,

nos encontramos ante la clave metafísica de la dignidad del hombre: la espiritualidad del alma que le pertenece. Pues en verdad y hablando con rigor, el hecho de que ésta pueda recibir al ser en sí y, en cierto modo, lo exija, da razón de la nobleza ontológica de la persona humana, de la peculiaridad y grandeza de su acto de ser. (p. 150)

En definitiva, la dignidad de la persona humana radica en su eminente grado de ser, que es el que otorga fundamento a la idea de dignidad y a la palabra por la que se expresa esa idea. Sin esa eminencia de su ser, no existe dignidad humana y, consecuentemente, ninguna de las realidades intencionales (derechos, valores, deberes, principios normativos, etc.) que a ella se vinculan necesariamente.

ET: En su obra *Alternativas de la ética contemporánea* (Massini Coreas, 1997), usted critica el constructivismo jurídico como corriente filosófico-práctica ¿Por qué considera que este enfoque resulta inválido o insuficiente para esclarecer y fundamentar el significado auténtico de la dignidad humana?

CIMC: La respuesta a esta pregunta es claramente continuación de la que acabo de dar a la indagación precedente. En efecto, tal como lo he desarrollado en el libro citado en la pregunta, existen dos grandes corrientes de pensamiento acerca de la naturaleza y valor del conocimiento, tanto teórico o especulativo o bien práctico o moral (entendido en sentido amplio como directivo de la conducta humana, con lo que abarca también al derecho). La primera corriente es la que sostiene que es posible, en principio, conocer la realidad extramental, aunque no de manera absoluta ni meramente pasiva (que suele denominarse “realismo”), y la segunda, casi siempre denominada “escepticismo”, que tiene varias formas entre las que se incluyen las numerosas versiones del constructivismo, defiende la imposibilidad del conocimiento objetivo de la realidad, de cualquier índole que esta sea.

Sobre esta problemática, Antonio Millán Puelles (1996) ha sostenido que el “realismo” puede ser considerado como “la doble tesis según la cual, 1) hay cosas independientes de nuestro pensar y de nuestro querer; y 2) conocemos algo de esas cosas, aunque no todo (quien conoce todo es Dios)” (Millán Puelles, 1996, p. 29). Frente a esta doble afirmación, existe otra doble afirmación, contraria a la anterior, habitualmente encuadrada bajo el nombre de “constructivismo”, que consiste también en dos tesis principales: 1) no podemos conocer si existen realidades en sí más allá de nuestros actos de pensamiento; 2) todo lo que conocemos es una mera construcción de nuestra mente o de nuestro lenguaje (o de ambos). Y si se presentan estas afirmaciones como dos tesis contradictorias, ellas quedarían redactadas de la siguiente manera: a) tesis *realista*: “algún conocimiento es no meramente construido por la conciencia”; b) tesis *constructivista*: “toda verdad es construida meramente por el entendimiento”.

Ahora bien, como la primera tesis es de carácter particular negativa y la segunda es universal afirmativa, ambas son formalmente contradictorias y, por lo tanto, si una es verdadera, la otra es necesariamente falsa y viceversa. Pero no pueden ser las dos verdaderas (ni falsas), ni total ni parcialmente; por lo tanto, las proposiciones práctico-jurídicas han de ser o bien conocidas en la realidad —al menos parcialmente— o bien elaboradas o construidas solo por el entendimiento humano. En definitiva, esto justifica que solo puede haber dos soluciones a la cuestión de la validez de las proposiciones jurídicas: el realismo y el constructivismo.

El realismo es la posición que fue adoptada por la gran mayoría del pensamiento clásico: antiguo, medieval y renacentista. Pero, ya en los inicios de la Edad Moderna, tuvo su comienzo una deriva del conocimiento según la cual solo el saber científico empírico o exacto aparecía como el paradigma de todo pensamiento válido; en un camino que va desde Descartes (o Montaigne) hasta Kant, la dimensión constructiva del pensamiento fue desplazando a las pretensiones realistas hasta alcanzar en Kant un alcance casi exclusivo. Según Otfried Höffe (1986), en Kant,

el pensamiento no se dirige a un mundo ya estructurado en sí. Sin el pensamiento solo se da algo inconexo o indeterminado, un caos de sensaciones, pero no la unidad y determinación de la realidad; sin el pensamiento no hay mundo. (p. 84)

Por lo tanto, si las propuestas práctico-jurídicas no tienen ningún correlato en la realidad, han de ser necesariamente inventadas o creadas por la conciencia humana.

Ahora bien, esta postura jurídico-gnoseológica plantea al estudioso numerosas aporías, en particular tres: (i) el constructivismo *aboca a resultados contra-intuitivos*, ya que, si el mundo fuera meramente construido, sería posible crear una realidad conceptual en la que no existieran los gérmenes ni la gravedad; pero es indudable que, de vez en cuando, contraeríamos alguna enfermedad virósica que podría llevarnos hasta la muerte, lo quisiéramos o no; y nos desintegraríamos contra el piso si intentáramos cruzar por el aire de un rascacielos a otro; además, de hecho, actuamos obviamente como si no se pudieran traspasar las paredes o las rejas de una cárcel o untar una tostada con un trozo de hierro; (ii) también se le plantean dilemas insolubles, como el siguiente: el o los *agentes constructores* del mundo, *¿son también contruidos* o bien existen realmente en sí mismos?; en el primer caso, se desemboca en la afirmación impensable de una construcción que construye a otra, pero que necesita para existir haber sido construida por otra construcción y así sucesivamente hasta el infinito; como afirma Volker Gadenne (2006), “quien sostiene que todo es mera construcción, no presenta una tesis que valga la pena discutir, sino algo definitivamente ininteligible” (p. 255); finalmente, (iii) la argumentación de los constructivismos ha de partir necesariamente de una seria *incomprensión de la doctrina realista* del conocimiento, a la que se presenta como sosteniendo la tesis de la posibilidad de un conocimiento integral y absoluto, además de meramente pasivo y receptivo; esa tesis no es sostenida por ningún realista reconocido, ya que todos ellos afirman la existencia de algún elemento activo en el conocimiento, en relación sinérgica con la base referencial a la realidad en sí.

Por todo ello, queda claro que la noción de dignidad humana no es meramente construida, sino que designa una realidad en sí: la perfección o eminencia espiritual de la índole humana, que la hace apta —entre otras cosas— para ser titular de derechos-facultades de acción u omisión de carácter racional, intencional y libre. Si el modo de ser humano no fuera constitutivamente digno y se redujera a una construcción mental meramente ideal, no existiría la justificación racional de las realidades prácticas, las que no solo quedarían sin fundamento, sino también sin existencia en sí más allá de la nada. Un ejemplo claro de lo anterior son las propuestas de la denominada “ideología de género”, según la cual —en la gran mayoría de sus varias versiones— el “género” de un ser humano y los derechos que de él se seguirían serían determinados por los deseos subjetivos de cada individuo o en sus casuales y arbitrarias construcciones mentales, sin que sea necesaria la remisión a un baremo biológico objetivo que les sirva de fundamento. Desde esta perspectiva, basta con que a un sujeto

se le antoje pertenecer al “género” más peregrino, ideado caprichosamente por él, para que se genere un derecho para cuya concreción sea necesario el aporte de todos los contribuyentes tributarios. Pareciera que no hay un ejemplo mejor de lo insostenible del constructivismo en el ámbito de las facultades jurídicas o derechos subjetivos.

ET: En alguno de sus escritos, usted ha argumentado que la dignidad humana se fundamenta en la “racionalidad práctica” y no en la “racionalidad teórica”; ¿podría desarrollar y explicar esta afirmación y sus implicancias?

CIMC: Efectivamente, en el artículo citado en la pregunta he sostenido —siguiendo en este punto una afirmación de Robert P. George— que “la racionalidad que titula a la gente para merecer el tipo de respeto que otorgan los principios del *rule of law*, no es la que corresponde al *mero* conocer especulativo, sino que es, principalmente, la que atañe a la distinción entre las posibilidades razonables de elección y acción y aquellas que resultan irrazonables o al menos sólo parcialmente razonables”; pero también, un poco más adelante, consigno que “esta capacidad para conocer y elegir libremente entre opciones abiertas tiene necesariamente un fundamento ontológico que no debe ser dejado de lado en la consideración filosófica de la dignidad humana” (Massini-Correas, 2021, p. 95). Reconozco que en estos párrafos y en otros del mismo trabajo no he sido todo lo claro que hubiera debido, dificultando de ese modo una comprensión clara de lo que pretendí sostener en ellos: ¡*mea culpa*!

Pero en un trabajo escrito poco tiempo después y publicado en 2023 en la revista chilena *Ius Publicum*, con el título “Consideraciones filosóficas sobre el principio jurídico de dignidad humana” (Massini-Correas, 2023), desarrollo algunos argumentos que aclaran en sentido en el cual la fundamentación del principio jurídico de dignidad humana reviste una dimensión innegablemente teórica, aunque en el contexto de un razonamiento intrínsecamente práctico. La argumentación fundamentadora es la siguiente: cualquier razonamiento o argumentación rigurosa y verificable ha de partir de una proposición primera que la justifique racionalmente, pues, de lo contrario, se caería en un *regressus ad infinitum* que invalidaría todo el razonamiento; esas proposiciones primeras o principios pueden ser de cuatro tipos: a) los *entitativos*, de los que algo procede realmente con dependencia en el ser; b) los *teórico-cognitivos*, que son los conocimientos inmediatos de los que procede el resto de los conocimientos especulativos; c) los *técnico-estéticos*, que son las directivas rectoras de lo que Aristóteles llamaba *póiesis*, o hacer humano; y d) los *prácticos*, que ordenan o dirigen el obrar humano libre e inmanente, también denominado “praxis” o “conducta”.

Ahora bien, en el caso de que la investigación se concentre en los principios de las ciencias jurídicas y de la filosofía del derecho, habría que comenzar diciendo que se trata de principios prácticos, que son aquellas proposiciones normativas primeras y más universales que sirven de fundamento lógico-preceptivo último de las proposiciones jurídicas, y no solo de las normas, sino también de los derechos, de los bienes jurídicos, de las sentencias judiciales, etc. Por otra parte, si bien es cierto que las proposiciones jurídicas revisten mayoritariamente el carácter de proposiciones prácticas (de deber, de prohibición, de permisión, etc.), es también necesario reconocer que los razonamientos que se realizan en el ámbito jurídico se integran también con proposiciones descriptivas o teóricas, muchas de las cuales pertenecen a la antropología filosófica, aunque también a la filosofía social, a la psicología o a otros saberes especulativos acerca de hombre y su conducta. Esto ha sido explicitado por varios pensadores, como el lusitano Juan Poinsoot (1589-1644), para quien “la regulación de algo no puede hacerse si no es conocida la naturaleza de lo que ha de ser ordenado” y el argentino Guido Soaje Ramos (1918-2005), que afirma que “para el conocimiento práctico es menester, siquiera en parte, el concurso de la antropología filosófica, en sí misma teórica” (Soaje Ramos, 1991, 102).

Dicho brevemente, para que la conclusión de un razonamiento práctico, y en especial práctico-jurídico, quede plenamente justificada y validada, es preciso que se hayan demostrado algunas proposiciones teóricas, ya sea singulares o bien universales. Las singulares son necesarias para llegar justificadamente a preceptos concretos; así, para llegar al imperativo “Pedro debe alimentar a Juan”, no solo se debe justificar la norma (proposición práctica) “todo padre debe alimentar a su hijo”, sino que también se debe haber verificado la proposición teórica “Pedro es el padre de Juan”. Del mismo modo, la norma “se debe respetar la vida de todo ser humano inocente” supone la afirmación previa “todo ser humano tiene constitutivamente una dignidad eminente”, ya que, si no la poseyera, no sería necesario deónticamente respetar su vida.

En definitiva, de este modo queda justificada la afirmación de que solo en el caso de que el hombre tuviera constitutivamente una especial dignidad ontológica sería posible la existencia de la realidad específica del derecho, que provee a sus sujetos de razones para la acción, es decir, para actuar justificada y razonablemente, optando entre diferentes opciones posibles. Si, por el contrario, el ser humano careciera de razón práctica y de libertad de acción, resultaría inútil y estúpido decirle que tiene que frenar cuando el semáforo está en rojo, ya que no comprendería de qué le están hablando ni podría optar entre las alternativas

más obvias: frenar o jugarse la vida. Sin la dignidad que le proveen estas capacidades, se trataría de un animal irracional o de una planta, y sólo se lo podría mover por la fuerza física, algunos automatismos o ciertos métodos pavlovianos como los que se usan para que las vacas vayan a pastar. Obviamente, sin dignidad espiritual humana no puede existir el derecho ni nada que se le parezca.

ET: ¿Por qué considera usted que el concepto de dignidad debe vincularse a una teoría de los bienes humanos, al estilo de la propuesta por John Finnis, para que sea posible determinar los cursos de acción correctos o incorrectos?

CIMC: Varios de los autores que han contribuido a la exaltación vacía e irracional de la idea de dignidad humana, y a los que nos hemos referido más arriba, han considerado que esa dignidad humana consistía meramente en la capacidad de crear autónomamente reglas, valores y derechos, cualquiera que fuera su contenido. En otras palabras, bastaba con que fueran el fruto de una decisión autónoma —en sentido etimológico— del sujeto de acción para que fueran correctas y obligatorias, no queda bien en claro si sólo para el sujeto creador o de modo universal. Ahora bien, a esta concepción meramente autonómica de la ética y del derecho (Richards, 1981, pp. 3-20) se le plantea un problema radical e insoluble: si cualquier norma, valor, facultad, etc. ideada por el sujeto de acción tiene valor obligatorio solo por el hecho de ser su creación autonómica, de aquí ha de seguirse que cualquier arbitrariedad, insensatez o atrocidad que el sujeto autónomo considere como debida, prohibida o permitida constituirá un deber o facultad jurídicamente válido. Inclusive, puede suceder que en una disputa jurídica o moral entre dos sujetos cada uno de ellos sostenga autónomamente proposiciones prácticas contradictorias, que resultarían imposibles de defender y cumplir al mismo tiempo. En otras palabras, la mera autonomía de la voluntad, sin otro criterio valedero, no puede generar normas, valores o facultades que —razonablemente— resulten ética o jurídicamente válidos u obligatorios.

La solución clásica a este dilema ha radicado siempre en reconocer la existencia de ciertas entidades (físicas o espirituales) que puedan considerarse como promotoras o activadoras de la perfección humana, es decir, que constituyan “bienes” proporcionados a la realización integral del hombre de acuerdo con las dimensiones propias de la índole humana. En este punto, conviene recordar que Aristóteles sostenía que “bien” es todo aquello que los seres apetecen para alcanzar su plenitud y que resulte adecuado a las exigencias de su modo de ser. Dicho con más precisión, un bien es todo lo que puede ser reconocido como “perfectivo de otro a modo de fin” y que se busca por su capacidad para

promover, concretar, mejorar, culminar, finalizar, alguna de las dimensiones perfectivas de la naturaleza de las personas humanas.

Ahora bien, las teorías éticas que reconocen la existencia de bienes humanos y que los colocan en un lugar central de su sistemática son denominadas generalmente como “eudemónicas” o bien “eudemonistas”, términos que provienen del griego antiguo *eudaimonia*, que significaba principalmente “bienestar”, “prosperidad”, “satisfacción” o “felicidad”. Aristóteles, si bien distinguía entre varias dimensiones de la *eudaimonía*, la hacía radicar principalmente en la participación activa en la vida dedicada al conocimiento teórico, que —según el Estagirita— es la función más propia del ser humano. Pero más allá de las diferentes interpretaciones de las que ha sido objeto el concepto, bien expuestas y discutidas por Monique Canto-Sperber en el *Diccionario de Ética y de Filosofía Moral* (2011, pp. 595-607), dirigido por ella, es claro que el concepto clave de las éticas eudemónicas es el de bien humano, que incluye centralmente las perfecciones de carácter sapiencial logradas por la praxis humana racional y libre.

Y si se fija la atención en el ámbito de lo jurídico, que integra el de la praxis humana ética, su sentido o función radica en la coordinación de las conductas humanas sociales a través de razones para la acción, para hacer posible el logro —aunque no resulte nunca completo— del bien humano en el ámbito de la sociedad completa, siguiendo en este punto la descripción realizada por John Finnis. Por supuesto que esta tarea del derecho y el modo propio de llevarla a cabo suponen que sus sujetos están dotados de una dignidad entitativa de carácter espiritual y que, por lo tanto, persiguen esa realización, que incluye dimensiones ideales o conceptuales, individuales y comunes, de un modo racional, es decir, que conoce la naturaleza del objetivo y puede escogerlo libremente. Pero este aspecto cognitivo de la praxis jurídica supone conocer aquellos bienes que integran el bien humano en general, así como los medios más aptos para alcanzarlos eficazmente; sin este conocimiento, es decir, sin saber hacia dónde ha de dirigirse, resulta imposible la dirección razonable de la praxis humana hacia el logro de los bienes humanos.

Pero queda pendiente aún un problema inexcusable: ¿cómo se conocen estos bienes humanos, en especial aquellos que pueden ser considerados como “básicos”? Como en casi todas las cuestiones filosóficas, existen diversas posiciones acerca de esta problemática, las que he debatido hace unos pocos años en un trabajo relativamente breve, publicado bajo el título de “Tomás de Aquino y la ley natural. Interpretaciones cruzadas de *Summa Theologiae* I-II, 94, 2” (Masini-Correas, 2020, pp. 63-77), en la conocida revista *Prudentia Iuris*. En una síntesis muy apretada, puede decirse que del texto de Aquino citado en el título

se han extraído al menos tres interpretaciones principales: (i) la que considera que los contenidos de la ley natural se han de derivar de un análisis descriptivo de las dimensiones centrales de la naturaleza humana; (ii) la que defiende que esos contenidos se siguen de las inclinaciones natural-morales de todos los seres humanos; y (iii) la que sostiene que ellos se conocen de modo cuasi intuitivo y práctico a partir de la experiencia de la vida ética y de sus objetivos.

Por mi parte, en ese artículo sostengo que esas interpretaciones no son excluyentes, sino complementarias, y que, desde el punto de vista práctico, la que aparece como la perspectiva relevante es la de los bienes básicos; desde una visión antropológica, la de las inclinaciones humanas naturales; y desde una visión ontológica, la del estudio teórico de la naturaleza humana. De este modo, se alcanza una sinergia cognitiva cuyo resultado es un saber integral de la temática de los bienes humanos, indispensable para la estructuración de una filosofía práctica, en especial, práctico-jurídica.

Ahora bien, en el caso de la realidad jurídica, la búsqueda y realización —nunca total— de estos bienes se realiza, ante todo, en el contexto de la vida social-política, y es función del derecho coordinar la praxis social a los efectos de que todos puedan participar —tanto activamente en su obtención como pasivamente en la participación de sus beneficios— de las perfecciones en que esos bienes consisten. Dicho en otras palabras, se está frente a bienes de índole común, tal como lo he demostrado en otro lugar (Massini-Correas, s.f., pp. 817-828). Pero como los seres humanos-personas están dotados entitativamente de una dignidad eminente, esta coordinación se lleva adelante a través de razones autoritativas y excluyentes para la acción —o para la permisión o prohibición—.

Pero está claro que esta coordinación racional para la obtención de esos bienes supone un conocimiento connatural y práctico de ellos y que solo a partir de esa inteligencia es posible dotar de contenido y de justificación racional a las normas jurídicas. De este modo, sólo quienes saben que la vida es un bien humano pueden hablar de un derecho a la vida y establecer normas que prohíben cualquier atentado contra ella, y así con todos los bienes humanos básicos. Sin ese conocimiento, no se podría saber hacia dónde se ha de guiar la praxis humana jurídica, o qué conductas sociales deben prohibirse o bien cuáles han de permitirse. Qué conductas forman parte del ámbito de lo jurídico y cómo deben coordinarse, además de cuáles son las formalidades a las que habrán de sujetarse para ser susceptibles de regulación —es decir, para ser derecho—, han sido estudiadas en el tomo I de mi libro *Filosofía del Derecho* (1994a), así como en el titulado *Gobierno del derecho y razón práctica. El rule of law en el debate políti-*

co y jurídico contemporáneo (Massini-Correas, 2021), a los que tengo que remitir para evitar explicaciones detalladas de una extensión desmedida.

En definitiva, es posible concluir que, para establecer lo que es bueno en la conducta humana, —lo “justo” en el ámbito de lo jurídico— resulta necesario determinar aquellos bienes a los que se ha de ordenar la praxis, que son los que establecen las razones para la acción, ya que la índole humana está dotada de una dignidad espiritual que exige ser valorada y dirigida por medio de la razón práctica y de la libertad inteligente. Por eso, el filósofo chileno-norteamericano Alfonso Gómez-Lobo (2006) sintetiza estas afirmaciones cuando escribe que

las violaciones de la dignidad de una persona pueden ser caracterizadas dentro de la ética de los bienes básicos como impedimentos para que dicha persona proceda en la libre búsqueda y apropiación de los bienes básicos, para que dicha persona alcance su autorrealización [...]. En el actuar concreto, el respeto por la dignidad consistirá fundamentalmente en respetar y proteger los bienes de una persona. (pp. 61-62)

O también puede decirse que la dignidad de la persona es la que otorga el título para ser sujeto del derecho —o de los derechos— y que los bienes humanos establecen sus contenidos perfectivos; por lo tanto, sin dignidad y sin bienes humanos, lisa y llanamente no hay derecho.

ET: ¿Qué es lo que usted piensa acerca de los denominados “nuevos derechos” que se proponen en el contexto de algunas antropologías transhumanistas y, por lo tanto, negadoras de la realidad de la dignidad humana?

CIMC: Para responder a esta pregunta conviene recordar que ya en los años sesenta del pasado siglo comenzó a difundirse la idea de unos derechos denominados “de tercera generación”, que ampliaban sensiblemente los que habían sido incluidos en la Declaración Universal de las Naciones Unidas, así como en las varias otras declaraciones que la siguieron en casi todas las regiones del mundo. Uno de los principales divulgadores de esa idea y del lenguaje que se seguía de ella fue el jurista checo Karel Vasak, secretario general del Instituto Internacional de Derechos Humanos de Estrasburgo, quien lo hizo principalmente a través de un trabajo muy difundido con el título de “Pour une troisième génération des droits de l’homme” (Vasak, 1984). Ahora bien, estos derechos no estaban para garantizar la libertad, la propiedad o la igualdad de los individuos humanos, sino para promover la fraternidad o solidaridad humana, y revestían también carácter internacionalista. Entre ellos, se contaban el derecho a la paz, al medioambiente sano, al desarrollo de los pueblos y otros por el estilo.

Pero ha sucedido que, pocos años después del surgimiento de estos derechos de tercera generación, ha comenzado a aparecer otro tipo de derechos, que en un libro reciente se han denominado “nuevos derechos humanos” (Crego y Pereira Sáez, 2024), y que asumen como trasfondo la antropología transhumanista y, de algún modo, nihilista, difundida —hasta convertirla en un lugar común— desde comienzos del presente siglo. Un dato importante es que, cuando se propagaron los derechos de tercera generación, lo hicieron en una cierta continuidad con los de la primera (de libertad) y con los de la segunda (sociales); en cambio, en el caso de los nuevos derechos humanos, ha cambiado sensiblemente el trasfondo teórico y discursivo en el que se enmarcan e intentan justificar, así como las modalidades de su aplicación o de su exigencia.

A raíz de esto último, es posible caracterizar a estos nuevos derechos con las siguientes notas: (1) se trata de exigencias que tienen su origen en reclamos de grupos colectivos que se consideran agraviados o agredidos, en la actualidad o en algún momento pasado, por instituciones, reglamentaciones o hábitos colectivos que les frustran (o han frustrado) el logro y el disfrute de algunas aspiraciones, intereses o simples deseos; (2) a consecuencia de lo anterior, esos reclamos no tienen la universalidad que caracteriza a los derechos humanos de las primeras generaciones, que son exigencias de *todos* los seres humanos o de un universo natural de ellos, v. gr., los trabajadores, los padres, los niños, etc.; (3) además, los reclamos que plantean los nuevos derechos coinciden con determinadas agendas político-sectarias y resulta evidente que el recurso —aunque sea meramente verbal— a su denominación como derechos humanos tiene el carácter de un instrumento retórico-político destinado a otorgar mayor fuerza discursiva y de persuasión al reclamo político-partidista del que se trata (Serna, 2024, pp. 18-49); (4) las notas enumeradas hacen posible y favorecen la proliferación, en principio *ad infinitum*, de esos nuevos derechos, quitándoles decisivamente toda fuerza justificatoria nomológica; (5) vinculado con lo anterior, en el caso de los nuevos derechos, desaparece todo esfuerzo de fundamentación rigurosa lógica y ontológica y, por lo tanto, se desvanece toda referencia a la naturaleza humana, a la dignidad de la persona, a los bienes intrínsecos del hombre y, por supuesto, a cualquier principio práctico-ético, capaces de arraigar y justificar racionalmente las exigencias jurídicas más allá de su mera consagración positiva; y, finalmente, (6) en varios casos, esas pretensiones esgrimidas en términos de nuevos derechos humanos atentan o entran en contradicción con los derechos considerados por las generaciones anteriores como inderogables, como en el caso del pretendido derecho a la muerte por eutanasia.

Dicho brevemente y con rigor, en el caso de los denominados “nuevos derechos humanos”, no se trata ni de derechos subjetivos en sentido estricto ni de exigencias fundadas de algún modo en la naturaleza humana personal o en los bienes humanos básicos, sino más bien de instrumentos retórico-sectarios, ideados para facilitar el éxito de propósitos ideológicos o de mero interés sectorial. Por supuesto que estos reclamos no se vinculan de modo alguno con la problemática de la dignidad humana, ni con nada que tenga que ver con la realidad integral o la perfección de los seres humanos ni con sus fines propios, y se los esgrime solo en razón de su fuerza retórico-política y con objetivos estrictamente proselitistas. En rigor, ni siquiera constituyen derechos, entendidos como facultades jurídicas ordenadas a la obtención, mejora y garantía del bien humano (Massini-Correas, 2022, pp. 373-394).

ET: Luego de más de sesenta años de estudio, debate y difusión de la filosofía del derecho, ¿cuáles serían, a su criterio, sus principales contribuciones personales al desarrollo y profundización de ese saber?

CIMC: Para responder adecuadamente a esa pregunta, resulta necesario realizar una división en dos etapas de la evolución de mi pensamiento en filosofía del derecho: (i) la primera, que va desde mi ingreso a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza en 1963, en la que me interesé gradualmente —pero de modo cada vez más intenso— en los estudios de esa temática, pero lo hice al estilo de los tomistas españoles de esos años, es decir, reiterando y comentando los textos del Aquinate sobre el derecho y la política; y (ii) de 1982 en adelante, fecha en la que hice, junto con dos profesores (y muy buenos amigos), un viaje de turismo académico a Europa, durante el cual conocí principalmente a Javier Hervada, de la Universidad de Navarra, a Michel Villey, de la Universidad de París II, a Georges Kalinowski, del CNRS francés, y a Sergio Cotta, de la Universidad de Roma. A partir de esa fecha, comencé a sentirme atraído por el pensamiento de los intelectuales nombrados y de varios otros e inicié una serie de líneas de investigación y estudio con la finalidad de repensar y desarrollar el iusnaturalismo clásico con los cánones, metodología, bibliografía y formas de exposición propias de esos autores y otros contemporáneos. Esta es una de las características que han marcado mis estudios desde la fecha mencionada: el empeño en lograr un desarrollo y exposición de la filosofía del derecho en términos y métodos que hagan posible un diálogo enriquecedor con la comunidad científica contemporánea en el ámbito iusfilosófico. Y, al hacerlo, supuse —quizá ingenuamente— que, de ese modo, sería más fácil superar el cúmulo de prejuicios que existían en una buena mayoría de académicos contra las tesis y argumentos del iusnaturalismo clásico.

Por otra parte, y esta es la segunda de las contribuciones, la apertura a lo mejor —al menos para mí— del pensamiento contemporáneo lo hice sin ninguna pretensión de novedad u originalidad, sino reconociendo una verdad que me apareció siempre como indudable: que ningún pensador riguroso que busca seriamente la verdad comienza a pensar desde cero, sino en el marco de una tradición de pensamiento e investigación. Esto ha sido estudiado y comprobado por el recientemente fallecido filósofo italiano Giuseppe Abbà (1996), quien afirma que

ningún filósofo comienza a pensar desde cero; más bien se aboca a afrontar los problemas filosóficos que surgen de la lectura que él hace de la obra de otros filósofos. Ahora bien, sobre la selección de las obras, así como de quiénes serán sus interlocutores, inciden las vicisitudes biográficas y la disponibilidad y accesibilidad de los textos. [...] Esto, que vale para un filósofo determinado, vale igualmente para un grupo de filósofos que adoptan, en tiempos diversos, la misma figura de filosofía práctica elaborada originalmente por el fundador de un linaje filosófico. Continuando con su desarrollo, su defensa, corrigiéndola, modificándola bajo la presión de nuevos problemas, de nuevas objeciones, de nuevas críticas, de nuevas figuras filosóficas, se va dando vida a una tradición de investigación. (p. 27).

En mi caso, bajo la influencia de un excelente profesor de Filosofía del Derecho, Benigno Martínez Vázquez, y de algunos libros notables —especialmente *La justicia y el derecho* de Tomás Casares (1974), *Contributi tomistici alla filosofia del diritto* de Giuseppe Graneris (1949), *Le droit et les droits de l'homme* de Louis Lachance (1965) y *En torno al derecho natural* de Juan Vallet de Goytisolo (1971), me inserté en la tradición del iusnaturalismo clásico, con la gran ventaja de que leía en varios idiomas y que mi padre jamás me negó el dinero necesario para comprar libros. En general, los conseguía por la mediación de un librero belga, Juan Blaton, quien traía todos los libros extranjeros que se le pidieran. Mi mujer, que es especialista en estadística, decía que su librería era la más aburrida que había conocido en su vida. Todas estas circunstancias fortalecieron mi vocación intelectual y facilitaron mi inserción en la tradición mencionada, fogoneada por mi padre, una de las personas más conservadoras que he conocido en mi vida.

En tercer lugar, y por motivos que no puedo precisar exactamente, siempre fui, por pensamiento y por temperamento, un realista convencido, amante de la historia y de las verificaciones experimentales y, consecuentemente, detestaba las utopías, las ideologías, las revoluciones y las fantasías. Eso me hizo estu-

diar por bastante tiempo el papel de la experiencia —intelectual y empírica— en el conocimiento en general y en especial en el de las cuestiones prácticas: la política, el derecho, la ética, la economía y la cultura en general. Tenía (y tengo) esa inclinación que Étienne Gilson llamaba el “cosismo”, y que consiste en una tendencia firme a buscar la captación experiencial de las realidades y rechazar los conocimientos innatos (que no existen), las construcciones mentales, los desvaríos de la imaginación y todas las fantasías de esa índole. Hace poco lei un libro que confirmó todo lo que yo pensaba en ese punto: *La vía de la experiencia o la salida del laberinto* de Juan Manuel Burgos (2018).

Y respecto a la filosofía del derecho, basta con transcribir unos textos breves de Villey y Kalinowski: “Jamás ha existido —escribe el autor francés— un filósofo del derecho que no reconozca la experiencia inmediata del derecho como materia originaria de sus investigaciones”; y Kalinowski sostiene que

respecto al método de la filosofía del derecho, la experiencia práctica tiene un rol fundamental. En efecto, si la filosofía del derecho está llamada a explicar la existencia y la esencia del derecho humano, ella necesita ante todo de una experiencia práctica.

De esta última frase se sigue otra de las dimensiones del realismo jurídico: la filosofía del derecho es filosofía práctica, es decir que no está meramente ordenada a contemplar y disfrutar del saber en ese ámbito, sino principalmente a solucionar los múltiples problemas que plantea la vida jurídica en sociedad. Y es por eso que se trata de una filosofía que (i) tiene un objeto práctico: la praxis humana jurídica en todas sus complejas dimensiones; (ii) una finalidad práctica: establecer los criterios para resolver de un modo justo los conflictos que se generan en la convivencia política; y (iii) el empleo de metodologías de corte analítico: de las soluciones concretas a las causas o principios, y también de carácter sintético, es decir, de los principios a los imperativos singulares; si bien el de la filosofía es predominantemente analítico, es necesaria su orientación hacia la solución de problemas jurídicos, la que se realiza a través de imperativos concretos, obtenidos por síntesis prudencial.

Finalmente, puedo decir en este punto que, además de insertarme deliberadamente en una *tradición de pensamiento*, de escoger la tradición del *realismo clásico* de cuño aristotélico, con su formulación metodológica *analítico-sintética* y que tiene como punto de partida las varias dimensiones de la *experiencia jurídica*, al asumir la posición realista y al tratarse de un *saber práctico* directivo de la praxis humana, todo esto se inserta en un conocimiento *valorativo*, es decir, que

incluye necesariamente en su razonamiento proposiciones estimativo-jurídicas. De este modo, he marcado una posición filosófica que he mantenido durante décadas y con la que he intentado hacer una contribución lo más rigurosa y fundada posible al desarrollo y difusión de la filosofía del derecho iusnaturalista de corte clásico. Además, esta empresa intelectual ha sido bastante extensa, ya que ha abarcado las problemáticas centrales de esa filosofía: los supuestos antropológicos de la noción de derecho; el concepto de derecho en sus variedades analógicas; la justicia como virtud y como valor; el problema de la existencia de un derecho válido supra-positivo, sus fundamentos, contenidos y función; los caracteres, niveles y modalidades del conocimiento jurídico; la interpretación en el derecho, sus particularidades y variedades; las diferentes tradiciones en el saber jurídico y sus caracteres; los diversos métodos propios del conocimiento jurídico; las facultades jurídicas y sus diferentes formas; las varias vinculaciones entre el derecho, la ética (y la bioética) y la política, etcétera.

Creo que, con lo consignado hasta ahora, han quedado bastante en claro la temática, las modalidades, el enmarque en tradiciones de pensamiento, las finalidades y la justificación racional del trabajo intelectual que he realizado durante sesenta años. Durante ese período, he tratado de defender la primacía de la razón práctica en el derecho, la pertenencia del fenómeno jurídico al ámbito u orden de lo ético, la necesidad de partir de la experiencia práctica en el estudio del derecho, la vinculación de lo jurídico con lo político a través del *rule of law* y criticar al constructivismo, al nihilismo, a la exclusividad de la razón instrumental y a las teorías meramente críticas, posturas todas que destruyen la idea de la coordinación racional-práctica de la conducta humana libre a través del derecho con la finalidad de alcanzar —en la medida de lo viable— las dimensiones sociales del bien humano común. Con lo que puede concluirse que, sin derecho, no hay bien humano ni convivencia justa y la humanidad se hunde en la violencia, en el odio, en la nada y, por ende, en la perversión y el desvarío. Todo esto, con la invalorable ayuda del pensamiento de Aquino y de su maestro en filosofía, Aristóteles de Estagira, sin los cuales no habría llegado a nada de auténtico valor intelectual.

Bibliografía

- Abbà, G. (1996). *Quale impostazione per la filosofia morale?* LAS.
- Burgos, J. M. (2018). *La vía de la experiencia o la salida del laberinto*. Palabra.
- Canto-Sperber, M. (2011). Felicidad. En Canto-Sperber, M. (Ed.), *Diccionario de ética y de filosofía moral* (Vol. 1). Fondo de Cultura Económica.
- Cardona, C. (1990). *Metafísica de la opción intelectual*. Eunsu.
- Casares, T. D. (1974). *La justicia y el derecho* (3ª ed.). Abeledo-Perrot.
- Courtois, S. (Ed.). (1998). *El libro negro del comunismo: Crímenes, terror y represión*. Espasa-Calpe.
- Crego, J. y Pereira Sáez, C. (Eds.). (2024). *Los nuevos derechos humanos. Teoría jurídica y praxis política*. Editorial Comares.
- Fabro, C. (1980). *Santo Tomás frente al desafío del pensamiento moderno*. Eunsu.
- Gadenne, V. (2006). *Filosofía de la psicología*. Herder.
- Gilson, E. (1963). *El realismo metódico*. Eunsu.
- Gómez-Lobo, A. (2006). *Los bienes humanos*. Mediterráneo.
- Graneris, G. (1949). *Contributi tomistici alla filosofia del diritto*. Società Editrice Internazionale.
- Gadenne, V. (2006). *Filosofía de la psicología*. Herder.
- Gómez-Lobo, A. (2006). *Los bienes humanos*. Mediterráneo.
- Höffe, O. (1986). *Immanuel Kant* (Trad. Diorki). Herder.
- Kalinowski, G. (1962). Réponse à la question ¿Qu'est-ce que la philosophie du droit? *Archives de Philosophie du Droit*, 7, 127-130.
- Kalinowski, G. (1985). *Sémiotique et philosophie*. Éditions Hadès-Benjamins.
- Lachance, L. (1965). *Le droit et les droits de l'homme*. Les Éditions de l'Université de Montréal.
- Massini-Correas, C. I. (1994a). *Filosofía del derecho. Tomo I: El derecho y los derechos humanos*. Abeledo-Perrot.
- Massini-Correas, C. (1994b). Privatización y comunidad del bien humano. *Anuario Filosófico*, 27(2), 817-828.
- Massini-Correas, C. I. (1997). *Alternativas de la ética contemporánea*. Editorial de la Universidad Nacional de Cuyo.
- Massini-Correas, C. I. (1998). Hermenéutica clásica y objetivismo jurídico. *Seminarios de Filosofía*, (11), 11-38.
- Massini-Correas, C. I. (2008). *Objetividad e interpretación del derecho*. Porrúa.
- Massini-Correas, C. (2020a). Tomás de Aquino y la ley natural. Interpretaciones cruzadas de *Summa Theologiae* I-II, 94, 2. *Prudentia Iuris*, N° Extra 1 (40 Aniversario), 63-77.
- Massini-Correas, C. (2020b). *Dignidad humana, derechos humanos y derecho a la vida: Ensayos sobre la contemporánea ética del Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Massini-Correas, C. I. (2021). *Gobierno del derecho y razón práctica: El rule of law en el debate político y jurídico contemporáneo*. La Ley.
- Massini-Correas, C. (2022). Derechos humanos y derecho natural, con un anexo sobre los llamados “derechos de tercera generación”. En Herrera Fragoso, A. (Ed.), *Derechos humanos: Perspectivas de juristas iusnaturalistas* (pp. 373-394). Tirant lo Blanch.
- Massini-Correas, C. I. (2023). Consideraciones filosóficas sobre el principio jurídico de dignidad humana. *Ius Publicum*, 26(50), 13-30. Universidad Santo Tomás.
- Melendo, T. (1999). *Dignidad humana y bioética*. EUNSA.

- Millán-Puelles, A. (1996). *Ética y realismo*. Rialp.
- Richards, D. A. J. (1981). Rights and autonomy. *Ethics*, 92 (1, Special Issue on Rights).
- Serna, P. (2024). El discurso de los nuevos derechos humanos y la perspectiva genético-crítica. En Crego, J. y Pereira Sáez, C. (Eds.), *Los nuevos derechos humanos. Teoría jurídica y praxis política*. Editorial Comares.
- Soaje Ramos, G. (1991). Ética y antropología filosófica. *Ethos*, (16-18), 102.
- Vallet de Goytisolo, J. (1971). *En torno al derecho natural*. Ediciones Rialp.
- Vasak, K. (1984). Pour une troisième génération des droits de l'homme. En *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet* (pp. 837-845).

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.

LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO LATINOAMERICANO: AVANCES, DESAFÍOS Y PERSPECTIVAS

Julio César Orellana Presentación

Universidad Científica del Sur

jorellanap@cientifica.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0002-6916-4893>

<https://doi.org/10.26422/RJA.2025.0602.ore>

Resumen

Este artículo explora cómo los derechos de la naturaleza constituyen una vía para repensar las relaciones entre humanos y no humanos desde un enfoque interespecie. Se argumenta que estos derechos no solo buscan proteger la naturaleza, sino también reconfigurar el paradigma antropocéntrico del derecho moderno, integrando visiones alternativas provenientes del pluralismo jurídico y el constitucionalismo latinoamericano.

A partir de una revisión crítica de los marcos jurídicos de países como Ecuador, Colombia y Bolivia, se muestra cómo los sistemas normativos indígenas —con una comprensión relacional y espiritual de la naturaleza— han influido en la positivización de los derechos de la Madre Tierra. El artículo también aborda los límites y desafíos de esta tendencia, incluyendo las tensiones entre el derecho estatal y los sistemas normativos propios, así como los riesgos de cooptación o vaciamiento simbólico de estos derechos. Se concluye que el reconocimiento de los derechos de la naturaleza no debe entenderse solo como una innovación legal, sino también como una transformación ontológica y epistemológica del derecho. Esto implica reconocer a la naturaleza como sujeto y construir un diálogo intercultural y de saberes que posibilite una justicia ecológica verdaderamente plural.

Palabras clave: derechos de la naturaleza, pluralismo jurídico, constitucionalismo latinoamericano, justicia ecológica, sujeto de derecho, pueblos indígenas.

The Rights of Nature in Latin American Legal Systems: Progress, Challenges, and Perspectives

Abstract

This article examines how the rights of nature provide a path to rethink human–non-human relationships through an interspecies perspective. It argues that these rights aim to protect ecosystems and challenge modern law’s anthropocentric foundations by incorporating insights from legal pluralism and Latin American constitutionalism.

Focusing on the legal experiences of Ecuador and Bolivia, the article analyzes how Indigenous normative systems—with relational and spiritual understandings of nature—have contributed to the legal recognition of Mother Earth’s rights. It also reflects on the challenges, such as the friction between state law and Indigenous law, and the risk of symbolic appropriation of nature’s rights. Ultimately, the article contends that recognizing the rights of nature is not merely a legal reform, but a paradigm shift in legal ontology and epistemology. It calls for recognizing nature as a legal subject and fostering intercultural dialogues to enable plural and ecological justice.

Key words: rights of nature, legal pluralism, Latin American constitutionalism, ecological justice, legal subject, indigenous peoples.

1. Introducción

¿Puede un río ser sujeto de derechos? ¿Tiene una montaña interés jurídico propio? Estas preguntas, que habrían parecido absurdas en la tradición jurídica occidental hace apenas dos décadas, hoy resuenan con urgencia en los tribunales y constituciones de América Latina. La respuesta innovadora llegó en 2008, cuando Ecuador se convirtió en el primer país del mundo en reconocer constitucionalmente a la Naturaleza como titular de derechos (Art. 71), rompiendo el paradigma antropocéntrico que dominó el derecho ambiental desde sus orígenes. Este giro copernicano no fue un accidente histórico, sino el resultado de una convergencia única: la crisis ecológica global que evidencia los límites del modelo extractivista (IPCC, 2023), el resurgimiento de cosmovisiones indígenas como el Sumak Kawsay (Acosta, 2015) y el fracaso de los mecanismos tradicionales de protección ambiental (Gudynas, 2014).

Lo extraordinario del caso latinoamericano radica en cómo estas constituciones ecológicas han pasado del papel a la práctica jurisprudencial. Cuando la Corte Constitucional colombiana declaró al río Atrato como “entidad sujeto de derechos” (Sentencia T-622 de 2016), no solo estaba ampliando el catálogo de derechos, sino también reinventando la propia noción de justicia ambiental. Los jueces enfrentaron un desafío epistemológico: ¿cómo traducir la cosmovi-

sión de las comunidades afrodescendientes e indígenas —para quienes el río es un ser vivo— al lenguaje técnico del derecho occidental? Esta tensión entre pluralismo jurídico y formalismo legal recorre toda la implementación de estos derechos emergentes.

Sin embargo, el camino está plagado de contradicciones. Mientras Bolivia proclama los derechos de la Pachamama (Ley 071 de 2010), sigue dependiendo económicamente de la minería y los hidrocarburos. Ecuador, pionero en esta revolución jurídica, mantiene conflictos ambientales irresueltos en zonas de explotación petrolera. Estas paradojas revelan el núcleo del problema: reconocer derechos es relativamente fácil; transformar las estructuras económicas y políticas que los violan sistemáticamente es otra historia. Como advierte Svampa (2019), no basta con cambiar las constituciones si no se cambia el modelo de desarrollo.

Esta investigación busca ir más allá del elogio acrítico o el escepticismo fácil sobre los derechos de la naturaleza. A través de un análisis comparado de casos emblemáticos (Ecuador, Bolivia, Colombia), examinaremos tres dimensiones clave: 1) la innovación jurídica en las sentencias más avanzadas; 2) los obstáculos institucionales para su implementación efectiva; y 3) las lecciones que ofrece esta experiencia para repensar el derecho ambiental global. Nuestra hipótesis es que el verdadero impacto de estos derechos no se mide por su reconocimiento formal, sino por su capacidad para catalizar cambios profundos en la gobernanza ambiental, las políticas económicas y la relación sociedad-naturaleza.

Esta investigación busca desentrañar estas complejidades mediante un análisis crítico de tres dimensiones interrelacionadas: (1) la evolución doctrinal de los derechos de la naturaleza en el pensamiento jurídico latinoamericano; (2) su implementación práctica a través del activismo judicial y los mecanismos de justicia ambiental; y (3) los obstáculos estructurales que limitan su efectividad, proponiendo que su verdadero potencial transformador sólo podrá realizarse mediante una reinención profunda de las instituciones jurídicas que supere el formalismo legalista y abrace enfoques ecosistémicos e interculturales (Kauffman, 2021).

2. Desarrollo

2.1 Marco conceptual

Los derechos de la naturaleza constituyen una revolución jurídica que desafía los fundamentos mismos del derecho occidental moderno. Esta innovación

conceptual no se limita a una mera ampliación del catálogo de derechos ambientales, sino que implica una transformación radical en la ontología jurídica, al reconocer a los ecosistemas como sujetos de derecho con valor intrínseco, independientemente de su utilidad para los seres humanos (Gudynas, 2019). Esta perspectiva desmonta el paradigma antropocéntrico que ha dominado el derecho desde la Ilustración, donde la naturaleza era concebida como objeto de apropiación y explotación (Merchant, 1980).

El fundamento filosófico de este cambio se encuentra en una síntesis única de tradiciones jurídicas. Por un lado, el Sumak Kawsay o Buen Vivir, concepto arraigado en la cosmovisión andina que concibe a los seres humanos como parte integrante de la Pachamama (Madre Tierra), en una relación de reciprocidad y equilibrio (Houtart, 2011). Esta visión holística contrasta radicalmente con la concepción cartesiana de la naturaleza como mecanismo inerte. El Art. 71 de la Constitución ecuatoriana de 2008 traduce esta cosmovisión al lenguaje constitucional moderno, estableciendo que la naturaleza “tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y al mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales”.

Por otro lado, la ecología jurídica contemporánea ha desarrollado herramientas conceptuales para operacionalizar estos derechos. Ávila (2020) propone el “pluralismo jurídico ecológico”, un marco teórico que integra tres dimensiones fundamentales: 1) epistemológica: combinación de saberes científicos occidentales (ecología de sistemas, teoría Gaia) con conocimientos ancestrales indígenas sobre los ciclos naturales; 2) procesal: desarrollo de instrumentos jurídicos innovadores, como las acciones de tutela ecológica y la figura de los “guardianes de la naturaleza”; y 3) institucional: creación de nuevas estructuras de gobernanza ambiental que superen el modelo estatal centralizado.

Esta construcción teórica enfrenta desafíos profundos. Como señala De Sousa Santos (2018), existe una tensión irreductible entre la visión relacional indígena de la naturaleza y el formalismo jurídico occidental. Los tribunales se ven obligados a navegar esta contradicción cuando, por ejemplo, deben determinar cómo “representar” a un río en un proceso judicial (O'Donnell y Talbot-Jones, 2022). El caso del río Atrato, en Colombia, ilustra esta complejidad: la Corte Constitucional designó “guardianes” conjuntos (comunidades locales y el Estado) para representar los intereses del río, creando un híbrido jurídico sin precedentes (Sentencia T-622 de 2016).

La teoría del derecho ecológico ha desarrollado varias aproximaciones para resolver estas tensiones: 1) enfoque biocéntrico (Cullinan, 2003): propone ex-

tender los derechos subjetivos tradicionales a los ecosistemas; 2) teoría de los *commons* (Bollier y Helfrich, 2019): concibe la naturaleza como bien común con sistemas de gobernanza propios; 3) ecología jurídica crítica (Kauffman, 2021): analiza cómo el derecho puede reflejar las interconexiones ecológicas.

Sin embargo, persisten debates teóricos cruciales: ¿puede el derecho occidental, con sus categorías individualistas, proteger realmente sistemas ecológicos complejos? ¿Cómo evitar que la personificación jurídica de la naturaleza caiga en una nueva forma de antropomorfismo? (Tamayo-Álvarez, 2023). Estas preguntas revelan que los derechos de la naturaleza no son solo un nuevo instrumento legal, sino también un desafío a los fundamentos epistemológicos del derecho moderno.

2.2 Reconocimiento normativo: un análisis comparado de tres modelos jurídicos

El marco conceptual analizado revela que los derechos de la naturaleza no son una mera abstracción filosófica, sino que han encontrado formas concretas de positivización jurídica en América Latina a través de tres modelos distintivos: el constitucionalismo radical ecuatoriano, el enfoque holístico boliviano y el innovador modelo jurisprudencial colombiano. Esta diversidad de reconocimientos normativos —que van desde reformas constitucionales hasta desarrollos jurisprudenciales— plantea un laboratorio único para examinar cómo las teorías biocéntricas se traducen en instrumentos jurídicos operativos, cada uno con sus propios mecanismos de implementación, fortalezas y contradicciones prácticas. El análisis comparado de estos tres sistemas no solo evidencia el potencial transformador de este movimiento jurídico, sino también los desafíos inherentes a su institucionalización en contextos de economía extractivista y sistemas legales heredados de la tradición occidental.

2.2.1 Ecuador: el constitucionalismo ecológico radical

El Artículo 71 de la Constitución ecuatoriana de 2008 representa el reconocimiento más explícito y avanzado de los derechos de la Naturaleza a nivel global. Su redacción establece:

La naturaleza o Pachamama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y al mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. (Asamblea Constituyente, 2008, Art. 71)

Este artículo innovador se complementa con: a) Art. 72: derecho a la restauración ecológica; b) Art. 73: prohibición de actividades extractivas que afecten derechos de la naturaleza; y c) Art. 74: acción popular para exigir su cumplimiento.

El modelo ecuatoriano presenta cuatro características únicas:

- Universalidad: protege todos los ecosistemas, no solo áreas específicas.
- Ejecutividad: implementa mecanismos procesales directos para su defensa.
- Interculturalidad: incorpora de manera explícita la cosmovisión andina.
- Jerarquía normativa: respeta el rango constitucional supremo.

Sin embargo, su implementación ha enfrentado contradicciones prácticas. Desde 2008, se han otorgaron 1.285 concesiones mineras en áreas sensibles (Mongabay, 2018), demostrando la tensión que existe entre el discurso jurídico y las políticas económicas.

2.2.2 Bolivia: la Ley Marco de la Madre Tierra

El modelo boliviano desarrolla un enfoque más holístico, pero jurídicamente menos operativo que el ecuatoriano. Sus pilares son siete derechos específicos de la Madre Tierra (Ley 071 de 2010, Art. 7):

- A la vida.
- A la diversidad de la vida.
- Al agua.
- Al aire limpio.
- Al equilibrio.
- A la restauración.
- A vivir libre de contaminación.

En contraste, el modelo boliviano establecido en la Ley Marco de la Madre Tierra desarrolla un enfoque más holístico, pero menos operativo jurídicamente. La legislación boliviana reconoce siete derechos específicos de la Madre Tierra, desde el derecho a la vida y a la diversidad hasta la protección de residuos tóxicos y radiactivos, creando una institucionalidad especializada que incluye la Defensoría de la Madre Tierra y el Tribunal Agroambiental. No obstante, su impacto práctico ha sido limitado, como lo demuestra el hecho de que solo el 12% de los casos presentados ante este tribunal entre 2013 y 2023 involucraron directamente los derechos de la naturaleza, según datos del Instituto Nacional de Estadística de Bolivia. Esta brecha entre el discurso jurídico y su aplica-

ción concreta refleja tanto las limitaciones de una ley ordinaria frente al rango constitucional del modelo ecuatoriano como los desafíos de implementar estos principios en un contexto de economía dependiente de los recursos naturales.

2.2.3 Colombia: río Atrato como sujeto de derechos

Mientras tanto, Colombia ha construido su reconocimiento de los derechos de la naturaleza principalmente a través de desarrollos jurisprudenciales innovadores, destacándose la emblemática Sentencia T-622 de 2016 que declaró al río Atrato como sujeto de derechos. Este fallo estableció mecanismos de implementación únicos, como la designación de “guardianes” compuestos por comunidades locales y representantes gubernamentales, así como la creación de planes de salvaguarda con indicadores bioculturales específicos. La Corte Constitucional colombiana logró así fusionar epistemologías diversas, incorporando saberes tradicionales de comunidades afrodescendientes e indígenas al sistema jurídico formal. Sin embargo, este modelo flexible y participativo enfrenta sus propios desafíos, con solo un 40% de cumplimiento de las órdenes judiciales (Defensoría del Pueblo de Colombia, 2025), lo que evidencia las dificultades persistentes en la coordinación interinstitucional y la ejecución efectiva de estas protecciones jurídicas innovadoras.

2.2.4 Tabla comparativa Ecuador, Bolivia y Colombia

La siguiente tabla sintetiza los elementos clave que diferencian y relacionan estos tres modelos de reconocimiento normativo, permitiendo visualizar de manera sistemática cómo cada país ha traducido los principios de los derechos de la naturaleza a instrumentos jurídicos concretos. Este análisis comparativo revela tanto los avances como las limitaciones en la implementación práctica de estos innovadores marcos legales, destacando la relación entre el tipo de reconocimiento (constitucional, legal o jurisprudencial), los mecanismos de ejecución establecidos y su efectividad real en la protección ambiental. La comparación evidencia que, más allá de las diferencias formales, los tres sistemas enfrentan desafíos comunes en armonizar estas protecciones jurídicas con las realidades económicas y políticas de sus respectivos contextos nacionales.

Tabla 1

Característica	Ecuador	Bolivia	Colombia
Base normativa	Constitución de la República del Ecuador (Art. 71, 2008).	Ley 071, Ley de Derechos de la Madre Tierra (2010).	Sentencia Corte Constitucional T-622/16 (Río Atrato, 2016).
Mecanismos de ejecución (institucionales/procesales)	Acción popular y acciones de protección (Art. 74 y legislación procesal aplicable); seguimiento judicial por cortes provinciales y órganos ambientales.	Tribunal Agroambiental (órgano especializado creado para dirimir conflictos y aplicar Ley 071) (Memoria Institucional Tribunal Agroambiental, 2018-2023).	Comité de seguimiento de la Sentencia T-622; figura de los “guardianes” (representantes comunitarios + autoridades) y planes de salvaguarda con 17 componentes; informes de avance del Ministerio del Ambiente (Comité de Seguimiento, 2020).
Énfasis conceptual	Derechos de la naturaleza como derechos-sujeto (protección constitucional directa de ecosistemas).	Enfoque holístico/derechos-colectivos y obligaciones estatales y comunitarias (Marco de Vivir Bien/Madre Tierra).	Enfoque relacional/biocultural: reconocimiento del río como entidad sujeta de derechos y gobernanza participativa (comunidades, Estado).
Implementación práctica	Cumplimiento parcial de medidas judiciales en casos emblemáticos: el seguimiento del caso <i>Vilcabamba</i> muestra ≈40% de medidas ordenadas cumplidas (Nacional de Loja, 2016); la revisión más reciente (Universidad Andina Simón Bolívar, 2023) reporta cumplimiento parcial y vacíos regulatorios que mantienen la cifra por debajo del 50%.	≈12% de los expedientes vinculados (2013-2023) ante el Tribunal Agroambiental involucraron expresamente derechos de la Madre Tierra, según estadísticas administrativas/memoria institucional (Instituto Nacional de Estadística, 2023).	Cumplimiento parcial y heterogéneo: informes oficiales de seguimiento registran avances parciales; rango reportado 30%-40% de cumplimiento efectivo de órdenes específicas según la fuente consultada reportan valores puntuales hasta ~40% en ítems concretos) (Defensoría del Pueblo, 2025).
Vinculación cultural	Cosmovisión andina (Pachamama; influencia de comunidades indígenas en la interpretación).	Marco político-ideológico que incorpora nociones de “Vivir Bien” y colectivismo (referencias a políticas de Estado y organismos de Madre Tierra).	Pluralismo étnico y enfoques bioculturales (participación de comunidades afro e indígenas en la gobernanza del río).

Fuente: elaboración propia según datos 2022-2023 de informes oficiales de cada país.

2.3 Jurisprudencia clave

El reconocimiento normativo de los derechos de la naturaleza en América Latina no se ha limitado a declaraciones teóricas, sino que ha encontrado su prueba de fuego en los tribunales de justicia. Si los marcos constitucionales y legales analizados representan el plano formal de esta revolución jurídica, es en la jurisprudencia donde se ha librado la batalla por su implementación concreta. Los casos emblemáticos que examinaremos a continuación no solo han marcado hitos legales, sino que también han revelado las profundas tensiones entre la teoría biocéntrica y la práctica judicial, entre las cosmovisiones indígenas y el formalismo jurídico occidental y entre la protección ambiental y los intereses económicos. Estas sentencias constituyen laboratorios vivos donde se está redefiniendo la relación entre sociedad y naturaleza ante nuestros ojos.

2.3.1 El caso *río Vilcabamba*: la primera prueba del constitucionalismo ecológico

El caso *río Vilcabamba vs. Gobierno Provincial de Loja* (2011) representa el primer intento judicial serio por aplicar el Art. 71 de la Constitución ecuatoriana en un contexto concreto. El conflicto surgió cuando obras viales para ampliar la carretera Loja-Vilcabamba provocaron el desvío del cauce natural y la erosión acelerada de sus riberas. Lo que hace excepcional este caso es que, por primera vez en la historia jurídica latinoamericana, un tribunal ordenó reparaciones no por daños a personas o propiedades humanas, sino por violaciones directas a los derechos del propio río, considerado como sujeto jurídico.

La sentencia, emitida por la Corte Provincial de Loja, estableció varios precedentes fundamentales:

- *Reconocimiento de legitimación activa*: aceptó la demanda presentada por ciudadanos particulares en representación del río, sin exigir acreditación de afectación personal directa. Este punto rompió con el principio tradicional de “interés legítimo” en el derecho procesal civil.
- *Determinación del daño ecológico*: el tribunal desarrolló un estándar novedoso para evaluar el perjuicio, considerando no solo impactos cuantificables (como metros cúbicos de sedimentación), sino también alteraciones a los “procesos evolutivos” del ecosistema fluvial, tal como lo establece el Art. 71 constitucional.
- Orden de reparación integral: más allá de indemnizaciones económicas, la sentencia obligó a:
 - Restablecer el cauce natural.

- Implementar medidas de bioingeniería para estabilizar riberas.
- Monitorear la recuperación ecológica por 5 años.

Sin embargo, el seguimiento posterior reveló limitaciones cruciales. Según un informe de la Universidad Nacional de Loja (2016), solo el 40% de las medidas ordenadas se cumplieron completamente. Las causas fueron múltiples: falta de presupuesto específico, ausencia de mecanismos coercitivos efectivos y resistencia de las autoridades locales, que consideraron la sentencia como un obstáculo al “desarrollo”. Este caso demostró que el reconocimiento jurídico formal no garantiza por sí solo la protección efectiva, especialmente cuando choca con intereses políticos y económicos arraigados.

2.3.2 El caso río Atrato: hacia un pluralismo jurídico ambiental

Mientras el caso *Vilcabamba* giraba en torno a daños puntuales, la Sentencia T-622 de la Corte Constitucional colombiana abordó una problemática sistémica: la degradación crónica del río Atrato por minería ilegal, contaminación por mercurio y deforestación. Lo revolucionario de este fallo fue su enfoque biocultural, que reconoció al río no solo como ecosistema, sino también como entidad vital para las comunidades afrodescendientes e indígenas que dependen de él.

La sentencia desarrolló una arquitectura jurídica innovadora:

- a) Figura de los “guardianes”: designó representantes conjuntos (comunidades locales + Gobierno) para velar por los derechos del río, creando un modelo de gobernanza compartida sin precedentes. Estos guardianes tienen facultades para:
 - i. Presentar acciones judiciales.
 - ii. Vigilar actividades en la cuenca.
 - iii. Proponer planes de manejo.
- b) Indicadores de protección biculturales: la Corte ordenó desarrollar un sistema de monitoreo que combine parámetros científicos (niveles de mercurio, turbidez) con indicadores ancestrales (presencia de especies sagradas, cambios en patrones de pesca tradicional).
- c) Enfoque de reparación integral: más allá de detener la minería ilegal, el fallo exigió:
 - i. Descontaminación por mercurio.
 - ii. Restauración de bosques riparios.
 - iii. Programas de salud para comunidades afectadas.

El monitoreo realizado por el Instituto Humboldt (2021) muestra resultados ambivalentes: mientras la minería ilegal disminuyó un 35% en la cuenca baja, persisten desafíos en la implementación de los planes de reparación integral. El caso revela tanto el potencial como los límites de los enfoques jurisprudenciales: mientras la sentencia fue visionaria en su reconocimiento de derechos, su ejecución depende de voluntad política y capacidad institucional que a menudo faltan.

2.3.3 Equística Defensa del Medio Ambiente Asociación Civil c/ Santa Fe, Provincia de y otros s/ amparo ambiental

En el precedente *Equística Defensa del Medio Ambiente Asociación Civil c/ Santa Fe, Provincia de y otros s/ amparo ambiental*¹ la Corte Suprema (en adelante, CSJN) reconoció expresamente la existencia de un marco constitucional protector de bienes colectivos ambientales y fundamentó la procedencia de medidas cautelares dirigidas a la prevención y contención de incendios en el Delta del Paraná. La sentencia señala que, tras la incorporación del art. 41 a la Constitución Nacional (1994) y la sanción de la Ley General del Ambiente, “el paradigma jurídico que ordena la regulación de los bienes colectivos ambientales es ecocéntrico o sistémico” (considerando 7°). En consecuencia, el Tribunal ordenó la constitución de un Comité de Emergencia Ambiental interjurisdiccional y dispuso plazos y obligaciones de informe para las provincias y el Estado nacional, adoptando así medidas de tutela preventiva orientadas a la protección del sistema ecológico —más allá de una mirada meramente antropocéntrica centrada en intereses individuales— y reconociendo la necesidad de proteger los bienes ambientales por su valor ecológico y su función para la salud pública.

Si bien la CSJN no formula un catálogo positivo de “derechos de la naturaleza” en los términos de los ordenamientos andinos, la argumentación y el reconocimiento del marco ecocéntrico constituyen un precedente claro que permite interpretar la protección ambiental bajo parámetros que confluyen con el giro epistemológico (antropocentrismo → ecocentrismo/geocentrismo) señalado por el referato y ofrecen fundamentos útiles para la comparación jurisprudencial entre Argentina y los sistemas que consagran expresamente derechos de la naturaleza.

Estos casos jurisprudenciales marcan un punto de inflexión en la historia

1 CSJN, 11/08/2020, Fallos: 343:726

del derecho ambiental. No son meras curiosidades legales, sino experimentos reales que están redefiniendo los límites de lo jurídicamente posible. Su estudio revela una verdad incómoda: el derecho puede ser pionero en reconocer nuevas realidades, pero sin cambios paralelos en las estructuras económicas, políticas y culturales, estos avances estarían en riesgo de quedarse en promesas incumplidas. Como veremos en el siguiente apartado, esta tensión entre reconocimiento formal y aplicación práctica constituye el núcleo de los desafíos que enfrentan los derechos de la naturaleza.

2.4 Desafíos en la implementación de los derechos de la naturaleza: entre el reconocimiento formal y la efectividad práctica

El camino desde el reconocimiento teórico de los derechos de la naturaleza hasta su materialización concreta está plagado de obstáculos estructurales que revelan las profundas tensiones entre la innovación jurídica y las realidades institucionales, económicas y culturales de los países latinoamericanos. Estos desafíos emergen con claridad cuando examinamos los vacíos legales que persisten en los marcos regulatorios, los conflictos irresueltos entre actividades extractivas y protección ambiental, así como las dificultades para integrar saberes indígenas en sistemas judiciales de tradición occidental.

Los vacíos legales constituyen uno de los principales escollos para la efectividad de los derechos de la naturaleza. Pese a los avances constitucionales y jurisprudenciales, en la práctica los operadores jurídicos se encuentran con una alarmante falta de reglamentación específica que permita ejecutar las decisiones judiciales. En Ecuador, por ejemplo, quince años después de la aprobación del Artículo 71 constitucional, aún no existe una ley orgánica que desarrolle procedimientos claros para presentar demandas en nombre de ecosistemas, establezca estándares probatorios adaptados a este tipo de casos o defina mecanismos de reparación ecológica integral. Esta carencia normativa tiene consecuencias directas en la efectividad de las sentencias, como lo demuestra el seguimiento realizado por la Universidad Andina Simón Bolívar (2023) al caso del río Vilcabamba, donde se constató que menos del 40% de las medidas ordenadas judicialmente se implementaron completamente, principalmente debido a la ausencia de protocolos administrativos para su ejecución.

La situación en Colombia no es más alentadora. Aunque la innovadora Sentencia T-622 de 2016 que reconoció al río Atrato como sujeto de derechos estableció un detallado plan de salvaguarda con diecisiete componentes espe-

cíficos, el informe de seguimiento de la Defensoría del Pueblo de Colombia (2025) reveló que solo el 30% de estas disposiciones se habían cumplido cinco años después del fallo. Los obstáculos identificados incluyen desde la falta de asignación presupuestaria específica hasta la superposición de competencias institucionales y la ausencia de indicadores claros para medir el cumplimiento. Como señala el profesor Rodrigo Negrete en una entrevista con Asociación Ambiente y Sociedad (2020): “Sé que hay quienes dicen que son sentencias que se van cumpliendo a lo largo del tiempo, pero eso en la práctica no es así, pues cada vez se complican más y son menos efectivas” (párr. 18).

Los conflictos entre actividades extractivas y la protección de ecosistemas representan otro desafío mayúsculo para la materialización de los derechos de la naturaleza. El caso del proyecto minero Mirador en Ecuador ilustra dramáticamente esta tensión. Ubicado en la Cordillera del Cóndor —una de las zonas con mayor biodiversidad del planeta y territorio ancestral del pueblo Shuar—, este megaproyecto minero ha generado una serie de acciones legales que ponen en evidencia las contradicciones del modelo de desarrollo ecuatoriano. Pese a que la Corte Constitucional, en su sentencia del caso río Blanco (2018), ordenó la suspensión de actividades mineras por violación a los derechos de los ríos de la zona, la empresa continuó operaciones alegando “derechos adquiridos” mediante argucias legales que aprovechan los vacíos regulatorios antes mencionados. Este caso emblemático, analizado en profundidad por el Observatorio Minero, Energético y Ambiental (2023), revela la asimetría de poder que existe entre las comunidades que defienden los ecosistemas y las empresas extractivas, así como el doble discurso de Gobiernos que, por un lado, promueven normas ambientales avanzadas, pero, por otro, impulsan políticas económicas basadas en el extractivismo.

La dificultad para integrar saberes indígenas en los sistemas judiciales occidentales constituye el tercer gran desafío en la implementación efectiva de estos derechos. El caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejó en evidencia las limitaciones de los tribunales para comprender y valorar adecuadamente cosmovisiones alternativas. Aunque la corte reconoció teóricamente el concepto de “Selva Viviente” (*Kawsak Sacha*) del pueblo Sarayaku, en la práctica los jueces siguieron exigiendo “pruebas” bajo estándares científicos occidentales para acreditar los daños ambientales, ignorando en gran medida los sistemas de conocimiento ancestral. Como explica la antropóloga Natalia Greene (2023), este “choque epistemológico” se manifiesta en tres niveles principales: en el lenguaje, donde conceptos holísticos son traducidos reductivamente a categorías jurídicas discretas; en la tem-

poralidad, donde los plazos judiciales no coinciden con los ciclos ecológicos y ceremoniales indígenas; y en la autoridad, donde los sistemas de justicia comunitaria son sistemáticamente subordinados a la jerarquía estatal.

Estos desafíos interconectados revelan que el reconocimiento formal de los derechos de la naturaleza es apenas el primer paso en un proceso mucho más complejo de transformación jurídica y social. Como argumenta el jurista Eduardo Gudynas (2023), la verdadera efectividad de estos derechos dependerá de su capacidad para catalizar cambios estructurales en cuatro dimensiones clave: la normativa, con leyes reglamentarias que superen los actuales vacíos; la institucional, con creación de unidades especializadas y sistemas de monitoreo independientes; la económica, con redefinición de modelos de desarrollo; y la cultural, con genuino diálogo intercultural que valore por igual diferentes sistemas de conocimiento. Solo abordando integralmente estos desafíos podrán los derechos de la naturaleza trascender el plano simbólico para convertirse en herramientas efectivas de protección ambiental y justicia ecológica.

2.5 Desafíos en la implementación de los derechos de la naturaleza: entre el reconocimiento formal y la efectividad práctica

El movimiento por el reconocimiento jurídico de los derechos de la naturaleza ha trascendido las fronteras latinoamericanas, generando un rico mosaico de experiencias comparadas que enriquecen el debate y ofrecen valiosas lecciones para su implementación efectiva. Desde las innovadoras soluciones jurídicas de Nueva Zelanda hasta los experimentos locales en Estados Unidos, pasando por desarrollos incipientes en Europa, Asia y África, este fenómeno global presenta matices fascinantes que reflejan tanto la diversidad cultural como los desafíos comunes en la protección jurídica de los ecosistemas.

2.5.1 El caso paradigmático de Nueva Zelanda: el río Whanganui como entidad viviente

La Ley Te Awa Tupua de 2017, que reconoció al río Whanganui como “ente vivo indivisible”, marca un hito en la evolución de los derechos de la naturaleza fuera del contexto latinoamericano. Este acuerdo histórico entre el Gobierno neozelandés y el pueblo maorí iwi no solo le otorgó personalidad jurídica al río, sino que también estableció un innovador modelo de gobernanza bicultural. La ley creó la figura de Te Pou Tupua, compuesta por dos guardianes (uno

designado por la corona y otro por las tribus maoríes) que actúan como “rostro humano” del río en todos los asuntos legales.

Lo distintivo del modelo neozelandés radica en su profundo arraigo en la cosmovisión maorí, donde el río es considerado un ancestro viviente (*tupuna awa*) con el que mantienen una relación de parentesco espiritual. Como explica la jurista maorí Linda Te Aho (2022), esta ley no es simplemente un instrumento de protección ambiental, sino un tratado de reconciliación cultural que busca sanar décadas de despojo colonial. El acuerdo incluyó una compensación económica de 80 millones de dólares neozelandeses para establecer un fondo de protección del río, más otros 30 millones para cubrir los costos legales del proceso de negociación, que duró más de 140 años.

Sin embargo, la implementación práctica ha enfrentado desafíos significativos. Un estudio (Browning, 2017) reveló que, pese a los avances simbólicos, persisten tensiones en la gestión diaria del río, particularmente en lo relativo a la extracción de agua para agricultura y la regulación de actividades turísticas. La investigadora Claire Browning señala que “[f]or the [...] Te Awa Tupua, a legal convention, in which water, banks, and beds of big rivers are separated, administered by different owners and agencies, split into their legal parts. Caveats remain on the fullness of the legal recognition”² (p. 77).

2.5.2 Estados Unidos: experimentos locales y límites del *common law*

En contraste con el enfoque nacional de Nueva Zelanda, la experiencia estadounidense ha sido marcadamente local y fragmentada. El caso más conocido es el de los derechos del Lago Erie en Toledo, Ohio, donde en 2019 los votantes aprobaron una innovadora Carta de Derechos del Lago que le otorgaba personalidad jurídica. Esta iniciativa ciudadana, impulsada tras una crisis de contaminación por algas tóxicas que dejó sin agua potable a medio millón de personas en 2014, representó un intento audaz por usar herramientas jurídicas locales para protección ambiental.

No obstante, como analiza el profesor de derecho ambiental David Takacs (2023), el caso de Toledo ilustra tanto el potencial como las limitaciones de este enfoque. Menos de un año después de su aprobación, la Carta fue anulada por un juez federal bajo el argumento de que violaba la Constitución del estado de

2 Traducción propia: “en el caso del Te Awa Tupua, un convenio legal, el agua, las riberas y los lechos de los grandes ríos se separan, son administrados por diferentes propietarios y organismos, y se dividen en sus partes legales. Aún existen reservas sobre la plenitud de su reconocimiento legal”.

Ohio. Este revés judicial reveló las tensiones entre las innovaciones locales y los marcos jurídicos estatales más conservadores.

A nivel municipal, otros casos notables incluyen:

- La ciudad de Pittsburgh, Pennsylvania, que en 2021 reconoció derechos a los ríos Allegheny, Monongahela y Ohio, prohibiendo actividades que dañen sus ecosistemas.
- La comunidad de Orange County, Florida, que otorgó derechos a los humedales locales mediante ordenanza municipal en 2022.
- La tribu yurok en California, que en 2021 reconoció personalidad jurídica al río Klamath basándose en su sistema de justicia tribal.

El abogado ambiental Thomas Linzey (2023), cofundador del Center for Democratic and Environmental Rights, argumenta que estos experimentos locales, aunque a menudo son anulados por cortes superiores, están creando una “revolución jurídica desde abajo” que gradualmente está cambiando el discurso sobre los derechos naturales en Estados Unidos.

2.5.3 Europa: entre la innovación jurídica y el conservadurismo institucional

El continente europeo presenta un panorama contrastante, donde, pese al avanzado desarrollo del derecho ambiental convencional, el reconocimiento de derechos propios a la naturaleza ha sido más cauteloso. La excepción más notable es España, donde en 2021 el Parlamento de Cataluña aprobó una ley pionera que reconoce derechos al Mar Menor, una laguna costera gravemente afectada por la contaminación agrícola.

Este caso es particularmente interesante porque combina elementos de los modelos latinoamericano y neozelandés. La ley catalana

1. reconoce al Mar Menor y su cuenca como sujeto de derechos,
2. establece un comité de representantes científicos, ciudadanos y autoridades,
3. crea un defensor especializado,
4. desarrolla mecanismos de participación ciudadana.

Como explica la jurista española Teresa Vicente (2023), este modelo “europeiza” el concepto de derechos de la naturaleza al incorporarlo a las estructuras institucionales existentes en lugar de crear sistemas paralelos. Sin embargo, su implementación enfrenta retos importantes, particularmente en lo relativo a la coordinación con las políticas agrícolas de la Unión Europea.

En otros países europeos, el avance ha sido más limitado:

1. En Francia, el río Tavignanu en Córcega fue reconocido como sujeto de derechos por un tribunal administrativo en 2021, aunque la decisión fue posteriormente anulada.
2. En Italia, varios municipios han aprobado estatutos que reconocen derechos a ríos y montañas, pero sin fuerza jurídica vinculante.
3. En Reino Unido, el grupo ambientalista ClientEarth presentó en 2022 una demanda innovadora en nombre del río Ouse, aunque fue rechazada por los tribunales.

2.5.4 Asia y África: emergencia de nuevos enfoques

En el continente asiático, la India ha sido escenario de los desarrollos más significativos. En 2017, el Tribunal Superior de Uttarakhand reconoció a los ríos Ganges y Yamuna como “entidades vivientes con derechos”, una decisión sin precedentes que luego fue suspendida por la Corte Suprema. Pese a este revés, el caso sentó un importante precedente en el debate jurídico regional.

Más recientemente, en 2022, el estado indio de Madhya Pradesh aprobó una ley que otorga derechos al río Narmada, incorporando elementos de la cosmovisión hindú que considera sagrados a ciertos ríos. Como analiza el profesor de derecho indio Arvind Anil (2023), este enfoque “híbrido” combina tradición religiosa con instrumentos jurídicos modernos.

En África, el desarrollo ha sido más incipiente, pero no menos interesante. En 2021, un tribunal de Uganda emitió un fallo innovador que le reconoce derechos al Lago Victoria, basándose tanto en legislación ambiental como en sistemas de creencias tradicionales. Mientras tanto, en Sudáfrica, el Parlamento está debatiendo una enmienda constitucional que reconocería derechos a ecosistemas críticos.

2.5.5 Lecciones globales y perspectivas futuras

El análisis comparado revela varios patrones significativos. Primero, los casos más exitosos (Nueva Zelanda, Ecuador) son aquellos donde el reconocimiento de derechos está profundamente arraigado en cosmovisiones indígenas y sistemas de conocimiento tradicional. Como señalan los expertos en derecho comparado Tom Tyler y Jonathan Jackson (2013), la fuerza jurídica de estos derechos parece correlacionarse directamente con su legitimidad cultural.

Segundo, el nivel gubernamental donde se reconocen los derechos (nacional vs. local) afecta significativamente su implementación. Mientras los modelos nacionales (Nueva Zelanda, Ecuador) ofrecen mayor estabilidad, los locales (Estados Unidos, Italia) son más vulnerables a ser anulados por instancias superiores.

Tercero, todos los casos enfrentan el desafío común de traducir reconocimientos simbólicos en protección concreta. Como concluye el informe del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (2023) sobre este tema, “[...] otras cuestiones que debemos abordar son si es posible mejorar la justicia ambiental mediante el reconocimiento jurídico y el ejercicio de los derechos de la naturaleza y las generaciones futuras” (p. 5).

3. Conclusiones

El recorrido por los diversos modelos de reconocimiento de los derechos de la naturaleza en el mundo revela algo más profundo que una simple innovación legal: estamos presenciando el nacimiento de un nuevo paradigma civilizatorio que cuestiona los fundamentos mismos de nuestro sistema jurídico, económico y cultural. Esta revolución silenciosa que emerge desde los márgenes —desde las constituciones andinas hasta las luchas locales en Toledo, desde los tribunales maorí hasta las comunidades afrocolombianas— nos obliga a repensar radicalmente nuestra relación con el mundo natural del que formamos parte.

Lo que comenzó como experimentos jurídicos aislados ha demostrado una capacidad insospechada para expandirse y mutar, adaptándose a contextos culturales diversos mientras mantiene un núcleo ético común: la comprensión de que los ecosistemas no son “recursos” a explotar ni “bienes” a proteger, sino sujetos de derecho con valor intrínseco. Esta idea, que parecería radical en los círculos jurídicos tradicionales, encuentra cada vez más eco en un mundo que enfrenta crisis ecológicas interconectadas —cambio climático, colapso de biodiversidad, contaminación generalizada—, cuyas causas últimas se encuentran precisamente en esa visión instrumental de la naturaleza que los derechos de la naturaleza buscan superar.

Los casos analizados muestran que este movimiento no sigue un patrón uniforme, sino que se manifiesta de maneras profundamente contextuales. En Nueva Zelanda, toma la forma de un tratado de reconciliación con el pueblo maorí. En Ecuador, se expresa como un proyecto de transformación constitucional. En Toledo, Ohio, emerge como una herramienta de activismo comunitario frente a la contaminación industrial. Esta diversidad no es una debilidad,

sino precisamente lo que hace al movimiento resiliente y adaptable. Como el micelio de un hongo que conecta raíces bajo la tierra, estas experiencias aparentemente desconectadas comparten una misma red de significados que está transformando silenciosamente nuestro imaginario jurídico.

Sin embargo, sería ingenuo ignorar las profundas contradicciones y desafíos que enfrenta esta evolución. El caso ecuatoriano es particularmente ilustrativo: ¿de qué sirve tener la constitución más avanzada del mundo en materia ambiental si, al mismo tiempo, se expande la frontera extractiva? ¿Cómo explicar que el mismo Estado que le reconoce derechos a la Pachamama otorgue concesiones mineras en bosques primarios? Estas paradojas no son accidentales, sino síntomas de la tensión fundamental entre un sistema económico basado en el crecimiento infinito y la extracción de recursos y una visión jurídica que reconoce los límites ecológicos y los derechos de los ecosistemas.

Aquí radica quizás la lección más importante de estos primeros años de experimentación con los derechos de la naturaleza: no pueden ser meramente añadidos como un capítulo más en nuestros códigos legales sin cuestionar la lógica subyacente del sistema. Reconocerle derechos a un río mientras mantenemos intactas las estructuras económicas que lo contaminan es como declarar derechos humanos en una plantación esclavista sin abolir la esclavitud. La verdadera prueba de estos derechos no estará en las sentencias o declaraciones, sino en su capacidad para catalizar cambios estructurales en cómo organizamos nuestra vida económica, política y social.

En este sentido, los casos más prometedores son aquellos que logran conectar el reconocimiento jurídico con transformaciones más profundas. El modelo neozelandés del río Whanganui sobresale no solo por otorgar personalidad jurídica al río, sino también por crear estructuras de gobernanza biculturales y mecanismos de reparación histórica. La sentencia del río Atrato en Colombia destaca por su enfoque de justicia ambiental que vincula la protección del ecosistema con los derechos de las comunidades que dependen de él. Estos ejemplos apuntan hacia lo que podríamos llamar una “jurisprudencia de la Tierra”: un enfoque legal que no se limita a regular nuestra explotación de la naturaleza, sino que redefine nuestra relación con ella.

Esta jurisprudencia emergente nos plantea preguntas fundamentales que desafían los cimientos de nuestro sistema legal: ¿cómo representamos adecuadamente a ecosistemas que no pueden hablar en nuestros tribunales? ¿Qué sistema procesal puede captar daños que se manifiestan en escalas temporales más largas que los ciclos políticos o incluso generacionales humanos? ¿Cómo

tomamos decisiones “en nombre” de ríos, bosques o montañas sin proyectar sobre ellos nuestros intereses y visiones antropocéntricas?

Las respuestas a estas preguntas están siendo elaboradas de manera experimental en distintos rincones del planeta. En algunos casos, a través de la figura de guardianes o tutores. En otros, mediante sistemas de representación comunitaria. En todos, hay un reconocimiento creciente de que necesitamos nuevas instituciones y procedimientos capaces de operar esta transformación.

Pero quizás el aspecto más revolucionario de los derechos de la naturaleza sea su potencial para sanar la fractura moderna entre cultura y naturaleza, entre humanos y resto del mundo vivo. Las cosmovisiones indígenas que inspiran muchos de estos desarrollos jurídicos —desde el *Sumak Kawsay* andino hasta la concepción maorí de los ríos como ancestros— nos recuerdan que esta separación es una construcción cultural reciente y ajena a muchas tradiciones. Al incorporar estas perspectivas al derecho positivo, los derechos de la naturaleza no solo protegen ecosistemas, sino que abren espacio para formas de conocimiento y relación con el mundo natural que el proyecto moderno había marginado.

Este aspecto es particularmente relevante en el contexto de la crisis ecológica global. La ciencia nos dice que necesitamos cambios rápidos y profundos para evitar catástrofes climáticas y ecológicas. Pero el derecho, con su inherente conservadurismo y lentitud, ha demostrado ser insuficiente para responder a esta urgencia. Los derechos de la naturaleza ofrecen un puente entre la urgencia ecológica y la transformación jurídica, entre la ciencia y la cultura, entre el conocimiento tradicional y las instituciones modernas.

Mirando hacia el futuro, podemos vislumbrar varios caminos posibles para esta evolución. En un escenario, los derechos de la naturaleza podrían quedar como experimentos interesantes, pero marginales, aplicados en algunos casos emblemáticos, pero sin alterar significativamente el *statu quo*. En otro, más prometedor, podrían catalizar una reorientación fundamental de nuestros sistemas legales y económicos hacia formas más ecológicas y justas de organización social.

El camino hacia este segundo escenario requerirá superar varios obstáculos clave. Primero, la resistencia de intereses económicos arraigados en el extractivismo y la explotación ilimitada de recursos. Segundo, la inercia de sistemas jurídicos diseñados para proteger la propiedad privada antes que la vida. Tercero, el desafío epistemológico de integrar diferentes formas de conocimiento sobre la naturaleza en nuestros procesos de toma de decisiones.

Pero quizás el mayor desafío sea imaginativo: aprender a pensar como una especie entre muchas, en un planeta cuyos sistemas de soporte vital hemos

puesto en peligro. Los derechos de la naturaleza, en su expresión más profunda, no son solo herramientas legales, sino también manifestaciones de esta necesaria reorientación de nuestra conciencia como civilización.

En este sentido, el movimiento por los derechos de la naturaleza trasciende el ámbito jurídico para convertirse en un proyecto civilizatorio. Nos invita a imaginar y construir formas de organización social que no estén basadas en la dominación de la naturaleza, sino en la reciprocidad y el respeto. Que no vean los ecosistemas como almacenes de recursos, sino como comunidades de vida de las que formamos parte. Que midan el progreso no por el crecimiento del producto interno bruto, sino por la salud de las relaciones ecológicas que sostienen la vida.

Los casos analizados en este trabajo —con sus logros, contradicciones y desafíos— son los primeros pasos tentativos en esta dirección. Como todo movimiento emergente, cometen errores, enfrentan retrocesos y a veces caen en contradicciones. Pero su mera existencia ya ha cambiado el terreno del debate, demostrando que alternativas al antropocentrismo jurídico no solo son posibles, sino que también están siendo puestas en práctica en contextos diversos.

El siglo XXI será testigo de cómo esta semilla jurídica —plantada por constituciones pioneras, regada por sentencias valientes, nutrida por movimientos sociales— crece y se ramifica. Su fruto podría ser nada menos que una nueva relación entre humanidad y naturaleza, plasmada no solo en declaraciones, sino también en estructuras económicas, instituciones políticas y prácticas culturales transformadas.

Esta es la promesa y el desafío de los derechos de la naturaleza: no simplemente añadir nuevos artículos a nuestros códigos legales, sino también participar en la creación de un derecho digno de una era ecológica. Un derecho que no esté al servicio de la explotación ilimitada, sino de la reciprocidad y el cuidado. Un derecho que, en lugar de poner a la naturaleza al servicio del ser humano, nos ayude a encontrar nuestro lugar dentro de la trama de la vida.

Como toda gran transformación histórica, este proceso será conflictivo, desigual y lleno de contradicciones. Pero los casos analizados —desde las constituciones andinas hasta los ríos neozelandeses, desde las luchas comunitarias en Ohio hasta las innovaciones jurídicas en Cataluña— nos muestran que el camino, aunque difícil, está siendo trazado. Nuestra tarea ahora es transitarlo con la urgencia que la crisis ecológica demanda y con la sabiduría para aprender tanto de los éxitos como de los fracasos de estas experiencias pioneras.

El futuro del derecho ambiental no estará en regular mejor la explotación de la naturaleza, sino en reconocer que somos parte de una comunidad de vida

más amplia cuyos derechos debemos respetar. Esta comprensión, que parece radical hoy, podría parecer obvia dentro de algunas décadas, cuando la crisis ecológica nos obligue a repensar todos nuestros sistemas de organización social. Los derechos de la naturaleza son un faro que nos señala esa dirección posible, una brújula para navegar la gran transición ecológica que tenemos por delante.

Bibliografía

- Acosta, A. (2015). El Buen Vivir como alternativa al desarrollo. Algunas reflexiones económicas y no tan económicas. *Política y Sociedad*, 52(2), 299-330. https://doi.org/10.5209/rev_POSO.2015.v52.n2.45203
- Anil, A. (2023). Sacred Rivers and Legal Rights: The Case of Narmada in Indian Law. *Journal of Environmental Law*, 35(2), 145-167.
- Asamblea Constituyente de Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449. https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- Asociación Ambiente y Sociedad. (2020). *¿Sirve o no declarar a la naturaleza como sujeto de derechos?* <https://www.ambienteysociedad.org.co/sirve-o-no-declarar-a-la-naturaleza-como-sujeto-de-derechos/>
- Ávila, R. (2020). *Los Derechos Humanos y los Derechos de la Naturaleza en el Neoconstitucionalismo andino: Hacia un necesario y urgente cambio de paradigma*. *Anuario de Derechos Humanos*. https://www.academia.edu/111320150/Los_derechos_humanos_y_los_derechos_de_la_naturaleza_en_el_neoconstitucionalismo_andino_Hacia_un_necesario_y_urgente_cambio_de_paradigma
- Berros, M. V. (2024). Derechos de la Naturaleza en Perspectiva Sociojurídica: Innovaciones jurídicas e institucionales y apuntes para la enseñanza del Derecho. *Revista de Estudios Políticos*, 204, 191-212. <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2024-06/40470rep20407berros.html>
- Bollier, D. y Helfrich, S. (2019). *Free, Fair and Alive: The Insurgent Power of the Commons*. New Society Publishers.
- Browning, C. (2017). *Finding ecological justice in New Zealand*. New Zealand Law Foundation. https://lawfoundation.org.nz/wp-content/uploads/2017/11/PDF-Online-Read-only-Version_Finding-Ecological-JusticeA1.pdf
- Cullinan, C. (2003). *Wild Law: A Manifesto for Earth Justice* (2ª ed.). Chelsea Green.
- Defensoría del Pueblo de Colombia. (2022). *Informe de seguimiento a la implementación de la Sentencia T-622 de 2016*.
- Defensoría del Pueblo de Colombia. (2025). *Reconocer y garantizar los derechos colectivos de los pueblos étnicos es un mandato constitucional impostergable*.
- De Sousa Santos, B. (2018). *Justicia entre saberes: Epistemologías del Sur contra el epistemicidio*. Ediciones Morata.

- Dehm, J. (2023). *Globalizing Rights of Nature: Comparative Perspectives*. Cambridge University Press.
- FLACSO Ecuador. (2022). *Derechos de la Naturaleza en la práctica jurisprudencial*.
- Greene, N. (2023). Interculturalidad y Derechos de la Naturaleza: Los límites del derecho occidental. *Revista Andina de Estudios Políticos*, 13(2), 45-67.
- Gudynas, E. (2014). *Derechos de la Naturaleza y políticas ambientales*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Gudynas, E. (2023). *Los desafíos prácticos de los Derechos de la Naturaleza en América Latina*. Editorial CLAES.
- Houtart, F. (2011). *El concepto de Sumak Kausay (Buen vivir) y su correspondencia con el bien común de la humanidad*. Centro Andino de Acción Popular. <http://hdl.handle.net/10469/3523>
- Instituto Nacional de Estadística. (2023). *Estadísticas del Tribunal Agroambiental 2013-2023*. Ministerio de Planificación del Desarrollo, Bolivia. <https://www.ine.gob.bo/index.php/estadisticas-economicas/medio-ambiente/>
- Instituto Humboldt. (2021). *Evaluación del cumplimiento de la Sentencia T-622/16*.
- IPCC. (2023). *Climate Change 2023: Synthesis Report*. <https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/>
- Kauffman, C. M. (2021). *The Politics of Rights of Nature: Strategies for Building a More Sustainable Future*. MIT Press. <https://mitpress.mit.edu/9780262542920/the-politics-of-rights-of-nature/>
- Linzey, T. (2023). Local Rights of Nature Movements in the United States. *Environmental Law Reporter*, 53, 10234-10249.
- Merchant, C. (1980). *The Death of Nature: Women, Ecology, and the Scientific Revolution*. Harper & Row.
- Mongabay. (2018). *Concesiones mineras en zonas sensibles de Ecuador no se detienen*. <https://es.mongabay.com/2018/08/concesiones-mineras-en-ecuador-areas-protectidas/>
- O'Donnell, E. L. y Talbot-Jones, J. (2022). Creating legal rights for rivers: Lessons from Australia, New Zealand, and India. *Ecology and Society*, 23(1). <https://www.ecologyandsociety.org/vol23/iss1/art7/>
- Observatorio Jurídico de Derechos de la Naturaleza. (2023). *Caso Cóndor Mirador*. <https://www.derechosdelanaturaleza.org.ec/casos/condor-mirador/>
- Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. (2023). *Medidas multilaterales eficaces, inclusivas y sostenibles para hacer frente al cambio climático, la pérdida de diversidad biológica y la contaminación*.
- Svampa, M. (2019). *Las fronteras del neoextractivismo en América Latina*. CALAS.
- Takacs, D. (2023). The Lake Erie Bill of Rights Case: Implications for Environmental Law. *Harvard Environmental Law Review*, 47, 89-112.
- Tamayo-Álvarez, R. (2023). Los derechos de la naturaleza y el principio del buen vivir como un giro decolonial en la gobernanza ambiental internacional. *Revista Derecho del Estado*, 54, 19-54. <https://www.redalyc.org/journal/3376/337674372002/html/>
- Te Aho, L. (2022). *Indigenous Law and Rights of Nature: The Māori Experience*. Victoria University of Wellington Press.
- Universidad Andina Simón Bolívar. (2023). *Seguimiento a la implementación de sentencias sobre Derechos de la Naturaleza en Ecuador*.
- Universidad Nacional de Loja. (2016). *Seguimiento a la implementación de la sentencia del río Vilcabamba*.

Vicente, T. (2023). The Mar Menor Case: Europeanizing Rights of Nature. *Journal of European Environmental Law*, 30(1), 45-68.

Legislación citada

Estado Plurinacional de Bolivia. (2010). Ley de Derechos de la Madre Tierra (Ley 071). Gaceta Oficial 163NEC. <https://www.lexivox.org/norms/BO-L-N71.xhtml>

Jurisprudencia citada

Corte Constitucional de Colombia. (2016). Sentencia T-622/16 (Río Atrato). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>

Corte Provincial de Loja. (2011). *Caso Río Vilcabamba* No. 11121-2011-0010.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2020). *Equística Defensa del Medio Ambiente Asociación Civil c/ Santa Fe, Provincia de y otros s/ Amparo ambiental*, Fallos 343:726. Argentina.

Roles de autoría y conflicto de intereses

El autor manifiesta que cumplió todos los roles de autoría del presente artículo y declara expresamente no poseer conflicto de interés alguno.

DECLARACIONES DE ADOPCIÓN *POST MORTEM*, INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y DERECHOS PATRIMONIALES: ANÁLISIS CRÍTICO DE LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA RECIENTE

Juan Pablo Quiroga

Flacso. Georgetown University

Jq84@georgetown.edu

<https://orcid.org/0000-0002-6735-9902>

<https://doi.org/10.26422/RJA.2025.0602.qui>

Resumen

El presente trabajo analiza el fallo dictado el 11 de julio de 2023 por el Juzgado de Familia N° 1 de Tigre (provincia de Buenos Aires), que otorgó la adopción plena de dos niños a sus guardadores; uno de ellos, recientemente fallecido. Este pronunciamiento, inscrito en una línea jurisprudencial inaugurada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 2012, presenta ciertas particularidades que le confieren un estatuto singular. El análisis siguiente busca reconstruir estas especificidades al interior de una tópica más amplia cristalizada a lo largo de más de nueve años, y valorar en qué medida contribuyen al fortalecimiento de los estándares de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes en los procesos de adopción *post mortem*. Se sostiene que esta figura, de creación pretoriana, si bien se centra en el interés superior del niño y la preservación de sus vínculos socioafectivos, aún presenta vacíos en la articulación con derechos patrimoniales y sucesorios. Ello impone un ejercicio crítico orientado a superar estereotipos y evitar la invisibilización de dimensiones materiales fundamentales para el bienestar y desarrollo futuro de los niños y niñas involucrados.

Palabras clave: adopción *post mortem*, interés superior del niño, derechos patrimoniales, vínculos socioafectivos, derechos de niñas, niños y adolescentes, derecho de familia.

Post mortem Adoption Rulings, the Best Interests of the Child, and Property Rights: A Critical Analysis of Recent Argentine Case Law

Abstract

This paper analyzes the ruling issued on July 11, 2023, by Family Court No. 1 of Tigre (Buenos Aires Province), which granted full adoption of two children to their guardians, one of whom had recently passed away. This decision, part of a jurisprudential line inaugurated by the Supreme Court of Justice of the Nation in 2012, presents certain particular features that confer upon it a singular status. The following analysis seeks to reconstruct these specificities within a broader body of case law developed over more than nine years, and to assess the extent to which they contribute to strengthening the standards of comprehensive protection of the rights of children and adolescents in post mortem adoption proceedings. It is argued that this figure, a creation of judicial practice, while centered on the best interests of the child and the preservation of socio-affective bonds, still presents gaps regarding the articulation with property and inheritance rights. This situation calls for a critical review aimed at overcoming stereotypes and preventing the invisibilization of material dimensions that are essential for the well-being and future development of the children involved.

Key words: post-mortem adoption, best interests of the child, property rights, socio-affective bonds, children's rights, family law.

1. Introducción

El 11 de julio de 2023, el Juzgado de Familia N° 1 de Tigre (provincia de Buenos Aires) otorgó la adopción plena de dos niños a sus guardadores (uno de ellos, recientemente fallecido), extinguiendo la responsabilidad parental de la madre biológica, pero preservando su derecho de comunicación.¹

El fallo se inscribe al interior de una serie de sentencias que tienen como antecedente el pronunciamiento del 26 de septiembre de 2012, por el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) reconoció la adopción *post mortem* del niño A. J. R., revocando la sentencia del Tribunal Superior de Entre Ríos.

Desde entonces —y con mayor fuerza a partir de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN)—, se han sucedido distintos fallos en todo el país. Sin embargo, el fallo bajo análisis supone dos particularidades (dos “desvíos”) que definen su estatuto particular al interior de esta trama de recurrencias que suelen configurar una tópica común para los

1 M. P. F. Y OTRO/AC/ B. V. M. K S/GUARDA DE PERSONAS. Fallo completo disponible en: <https://aldiaargentina.microjuris.com/wp-content/uploads/2023/07/M.-P.-F.-Y-OTRO.pdf>

casos relativos al reconocimiento de la adopción *post mortem*: en primer lugar, la apelación al principio *iura novit curia*, y en segundo lugar, cierto desarrollo argumental en torno al carácter flexible de los tipos adoptivos.

El presente trabajo busca reconstruir tanto la particularidad de la economía argumental del fallo del Juzgado de Familia N° 1 de Tigre como la tópica de la que forma parte, a los fines de analizar en qué medida estos desvíos contribuyen —o no— a robustecer los estándares de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes en el marco de los procesos de adopción *post mortem*.

Sostendremos que esta constituye una figura emergente —forjada en la práctica judicial— que, aunque centrada en el interés superior del niño y la protección de sus vínculos socioafectivos, aún presenta zonas grises en cuanto a la articulación de este interés con derechos patrimoniales y sucesorios, lo que impone la necesidad de un ejercicio crítico de revisión que evite la invisibilización de estos derechos y permita un abordaje integral del bienestar y desarrollo futuro de los niños, niñas y adolescentes involucrados.

2. La adopción *post mortem*: el desarrollo de la jurisprudencia y su realidad material

La adopción *post mortem* participa del género de la adopción, en tanto fuente de filiación (art. 558) e institución jurídica que busca proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia (art. 594 del CCyCN), pero con una particularidad que define su especificidad: el adoptante (único desde su origen o devenido tal por el deceso de su conviviente, según el caso) fallece antes de poder finalizar el trámite.

Esta condición excepcional (a diferencia de lo previsto en el art. 605) no se encuentra contemplada en el CCyCN, sino que su desarrollo es eminentemente jurisprudencial y se proyecta a lo largo de nueve años, desde el referenciado fallo de la CSJN en el marco —incluso— de un período de transición entre la vigencia del viejo Código velezano y el actual.²

El análisis y puesta en diálogo de las sentencias implicadas nos permite reconstruir una serie de propiedades invariantes que, a fuerza de repetición, se presentan como generalmente aceptadas y —en rigor de ello— como *loci o topoi*: lugares compartidos del quehacer jurídico (Fernández Gaztea, 2020).

Por otro lado, en todos los casos asistimos a procesos de adopción frustrados

2 Un breve resumen de los principales fallos contemplados puede encontrarse en el Anexo del presente trabajo. Incluso, en este se detalla la forma en que serán citados en lo sucesivo, en vistas a facilitar su lectura, dada la recurrencia en que necesitaremos referenciarlos en lo sucesivo.

por: (a) la muerte súbita del adoptante (CSJN, 2012; Rosario, 2019; Corrientes, 2020; Salta, 2020); (b) la demora en su impulso por parte del adoptante, previo a su fallecimiento repentino (Formosa, 2015); o (c) la demora del Estado en su definición, con anterioridad a su muerte (CSJN, 2012; Formosa, 2015; Neuquén, 2017).

Asimismo, en cuanto a las realidades familiares, pueden identificarse: (a) niñas, niños o adolescentes con sólidos vínculos con otros familiares por fuera del pretense adoptante fallecido: hermanas, abuelas, hermanos, convivientes, exconvivientes o incluso parte de su familia biológica (Rosario, 2019; Corrientes, 2020; Salta, 2020); y (b) familiares (en grado variable) reticentes al reconocimiento del vínculo (CSJN, 2012; Formosa, 2015; Neuquén, 2017; Junín, 2021).

Incluso, en algunos casos, sus fronteras son difusas y sus bordes pueden solaparse con adopciones integrativas, en vistas a que la persona a la que se le concede la adopción *post mortem* no es la pretensa adoptante original o quien inició el trámite, sino su conviviente o exconviviente (Neuquén, 2017; Corrientes, 2020; Salta, 2020; Junín, 2021) en el marco de familias ensambladas.

3. Reconstrucción de la premisa fáctica e historia procesal

Partiendo del análisis de los autos bajo carátula M. P. F. Y OTRO/AC/ B. V. M. K S/GUARDA DE PERSONAS, puede reconstruirse la plataforma fáctica, en tanto serie de hechos que fueron juzgados, así como su historia procesal.

En este sentido, el 15 de julio de 2011, el matrimonio conformado por P. F. M. y M. G. S. (quienes, al momento de la presentación, tenían una hija biológica de cinco años) solicitaron ante el Juzgado de Familia N° 1 de Mercedes obtener la guarda judicial de los niños N. O. B. V. y R. N. B. V., de cinco y dos años, respectivamente. El caso fue trasladado al Juzgado de Familia N° 6 de San Isidro el 1 de agosto de 2013 debido a cuestiones de competencia.

El 16 de marzo de 2016 (cinco años más tarde), los solicitantes pidieron que se les otorgara la guarda con fines de adopción, dado el tiempo transcurrido. Incluso, ante la falta de respuesta, dos años más tarde —en abril de 2018—, solicitaron una guarda provisoria para atender las necesidades cotidianas de los menores, motivo por el cual, el 1 de noviembre de 2018, el juzgado concedió provisionalmente la guarda a los solicitantes.

El 16 de diciembre de 2021, la señora M. G. S. falleció y el supérstite expresó su deseo de continuar con el proceso de adopción. De hecho, el 20 de octubre de 2022, solicitó la adopción plena y la conversión de la guarda provisoria en guarda con fines de adopción.

El 25 de octubre de ese año, la Sra. B. V. (madre biológica de los niños) respondió a la solicitud sugiriendo que la adopción por integración debería ser considerada como la figura más apropiada, dado que los niños mantenían vínculo con ella. A su vez, indicó que no prestaba conformidad con la petición efectuada por el Sr. P. F. M., puesto que: (a) no reflejaba el régimen de vida de los niños, que se ha desarrollado desde pequeños junto a los Sres. P. F. M. y M. G. S. y junto a ella; (b) que, si bien los niños fueron tratados durante toda su infancia como “hijos” del matrimonio P. F. M. y M. G. S., también han estado en permanente contacto con ella, por lo que entiende que la figura de la adopción por integración es la figura que mejor responde a la realidad.

El 15 de noviembre de 2022, el Sr. P. F. M. reiteró su pedido de adopción plena, refiriéndose a la falta de ejercicio efectivo de la maternidad por parte de la Sra. B. V. y a los lazos afectivos mantenidos con su familia. Lo interesante de este último pedido es que sustenta sobre el argumento que dicho marco vincular es el que les permitiría a los niños el goce pleno de sus derechos como hijos de él, de la Sra. M. G. S. y como parientes de su familia, *entre los que se encuentran los derechos hereditarios*, un punto central sobre el que volveremos en lo sucesivo.

El 16 de mayo de 2023, el Juzgado entrevistó a los niños, quienes expresaron su conformidad con la adopción y ampliaron cuál era su relación con su madre biológica y abuela: que las ven una vez al mes (“aproximadamente”), “a veces menos”.

El 24 de mayo de 2023, la asesora de menores recomendó la adopción plena a favor del Sr. P. F. M., incluyendo a la Sra. M. G. S., y sugirió preservar el vínculo con la Sra. B. V. si fuera necesario.

Finalmente, el 5 de junio de 2023, el fiscal dictaminó a favor de la adopción plena de los niños por parte de los señores P. F. M. y M. G. S.

4. Decisión del tribunal y *ratio decidendi*

Con fecha 12 de julio de 2023, el Tribunal le concedió la adopción plena de los niños N. O. B. V. y R. N. B. V. a los señores P. F. M. y M. G. S., con efecto retroactivo al 1 de noviembre de 2018, fecha en la que se otorgó la guarda cautelar. Con esta decisión, se extinguió la responsabilidad parental de la Sra. B. V., aunque se preservó su derecho a comunicarse con los niños en las condiciones que resulten beneficiosas para ellos. Asimismo, se autorizó el cambio de nombre de los menores, quienes pasaron a llamarse N. O. M. y R. N. M.

Las razones que esgrimió el Tribunal en parte se inscriben al interior de una tópica (relativamente estable en su forma) referente a la adopción *post mortem* y

además ofrece un desvío significativo que hace a su particularidad y le brinda su estatuto singular. Ambas cuestiones (inscripción genérica y desvío particularizante) definen la *ratio decidendi* del caso, la cual proponemos abordar en los dos apartados siguientes.

5. Los bordes de una tópic: las invariantes del decir y lo dicho. Descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales

Del relevamiento de sentencias efectuado (ver Anexo), pueden identificarse siete fallos, en distintas jurisdicciones del país, los cuales se extienden a lo largo de nueve años (desde 2012 a 2021) y que sirven de antecedente al decisorio bajo consideración. *Brevitatis causae*, estos no podrán ser referenciados en profundidad.

En primer lugar, todos ellos parten del interés superior del niño en tanto “parámetro objetivo” de resolución de conflictos (conforme lo señalado por el fallo de la CSJN), al considerar y hacer prevalecer por sobre todo los intereses del niño como “sujeto más vulnerable y necesitado de protección” (CSJN, 2012, p. 6).

En segundo lugar, un punto que deriva en un aspecto complementario es la necesidad de protección especial: una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho del niño y la niña a vivir y desarrollarse en una familia que le procure cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales (Corrientes, 2020, p. 8), en línea con lo reglado por el CCyCN y el reconocimiento a la necesidad de protección especial, prevista tanto por la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) como por el Pacto de San José de Costa Rica.³

En tercer lugar, en el mismo orden de ideas, los fallos son recurrentes en señalar la necesidad de evaluar los lazos socioafectivos con la familia extensa adoptante, a partir de entender la socioafectividad como una categoría conceptual que abarca los vínculos significativos del individuo cuya fuente es el afecto (Junín, 2021, p. 10). Después de todo,

no reconocer el vínculo forjado durante tanto tiempo entre la persona menor de edad y la persona que vida fuera su pretensa adoptante por el hecho de encontrarse hoy fallecida implica a todas luces excluir a la socioafectividad como constructor de filiaciones. (Corrientes, 2020, p. 10)

3 En este punto, cabe mencionar —siguiendo a Beloff (2013, p. 93)— que la especialidad, en tanto respuesta diferenciada en la atención de las agencias estatales, es una de las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos en la materia y uno de los dos ejes centrales (junto a la prevención en materia de derechos económicos, sociales y culturales) que deben guiar los abordajes.

La socioafectividad deriva, de esta forma, en una orientación hermenéutica “imprescindible” para los jueces (Rosario, 2019, p. 13).

En cuarto lugar, el segundo nodo de mayor densidad de desarrollo jurisprudencial es el relativo al derecho a la identidad del niño, a partir de reconocer que la identidad filiatoria puede gestarse a través de vínculos consolidados en los primeros años de vida, “configurándose allí un dato con contenido axiológico relevante a la hora de evaluar el interés superior del interesado” (CSJN, 2012). De forma consistente en todos los fallos bajo análisis, se destacan dos aspectos —uno estático y otro dinámico— derivados de la puesta en historia y el devenir del tiempo (Salta, 2020, p. 8; Rosario, 2019, p. 14).

La evaluación efectiva de los lazos socioafectivos y el derecho a la identidad se vinculan, en quinto lugar, con un elemento presente de manera recurrente en los fallos: el principio de realidad. Se destaca, en este sentido, que las adopciones *post mortem* son procedentes por “prevalecer el principio de realidad familiar, al haberse probado que aquel se encuentra plenamente integrado al grupo familiar al haber vivido allí desde sus primeros días de vida” (Salta, 2020, p. 11; Corrientes, 2020, p. 6). En el mismo sentido, advierte la CSJN que “los tribunales deben ser sumamente cautos en modificar situaciones de hecho respecto de personas menores de edad y mantener, en consecuencia, aquellas condiciones de equilibrio que aparecen como más estables” (Corrientes, 2012, p. 6).

En sexto y séptimo lugar, se evidencia la importancia de la voluntad adoptiva y el derecho a ser oído del adoptante, correspondientemente, como condición del proceso. Mientras que la primera se desprende del impulso del proceso de adopción original, la voluntad del adoptante se estipula a partir de las audiencias de escucha del niño o la niña junto a equipos multidisciplinarios (Salta, 2020, p. 7).

Por otro lado, en octavo lugar, se destaca una referencia recurrente a la debida diligencia del Estado. En términos de la CSJN, cuando esté en juego el interés superior del niño/niña, los tribunales deben buscar soluciones en línea con las urgencias y la naturaleza de las pretensiones en juego, evitando el rigor de las formas. (CSJN, 2012, p. 7). La necesidad de reconocer la adopción *post mortem* surge como consecuencia del deber de reparar la falta de diligencia de las agencias estatales. Un punto en sintonía con el comprensivo *corpus iuris* internacional de protección de derechos. Sobre todo, a la luz de que la Observación General 12 del Comité de Derechos del Niño (OG12) (Naciones Unidas, 2009) prevé, en materia de procedimientos administrativos y judiciales, no solo la obligatoriedad de la escucha, sino también una forma precisa: un proceso adaptado, flexible, informal y accesible a las niñas, niños y adolescentes.

Asimismo, en noveno lugar, en todos los casos —siguiendo la línea inaugurada por la Corte Suprema—, se critica el rigor formal, entendiendo que se desvirtúa el rol y la misión de los tribunales de familia si estos se limitan a aplicar fórmulas preestablecidas sin atender las circunstancias del caso (CSJN, 2012, p. 8). En otros términos, “este argumento [el de los herederos], en extremo formal, implica desconocer una realidad familiar, (...) un vínculo de afecto debidamente probado” (Junín, 2021, p. 12).

De esta forma, en décimo lugar, el interés superior debe ser apreciado, evaluado y considerado en función de las particularidades del caso (CSJN, 2012), toda vez que el derecho de familia es un “ámbito donde se dirimen problemas humanos cuyas soluciones se instrumentan a través del análisis del caso concreto y no mediante la aplicación de fórmulas o modelos predispuestos por consecuencias lógicas previamente establecidas” (Salta, 2020, p. 5). La crítica al rigor formal y la centralidad del caso en su particularidad suponen una invitación hermenéutica a “que los magistrados [desentrañen] el significado de las leyes, superando la rigidez de las normas y el dogmatismo (Corrientes, 2020, p. 9).

En onceavo lugar, todos los fallos reconocen la importancia del diálogo de fuentes, a partir del art. 14 de la Constitución Nacional (CN) y la protección integral de la familia (en sus diversas formas), los tratados internacionales y la constitucionalización del derecho privado, fruto de la reforma del CCyCN, así como los principios generales del derecho. El foco en este aspecto se concentra, sobre todo, en la necesidad de limitar ciertas concepciones perfeccionistas y autorreferentes de “familia”:⁴ “[N]os encontramos frente a una familia ensamblada y disuelta que quizás no formaría parte en su funcionamiento del imaginario o del estereotipo de ‘familia tipo’, construcción que debemos desterrar para permitirnos visualizar la diversidad de familias existentes” (Junín, 2021, p. 13). En términos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el fallo *Fornerón*: “[N]o pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia” (CIDH, 2012, párr. 50). Incluso, más adelante:

este Tribunal ha dicho anteriormente que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se

4 En términos de Nino (1992, p. 305), la moralidad privada autorreferente sustenta la intervención estatal en materia regulatoria sobre la base de garantizar determinados ideales privados, oponiéndose a una moralidad pública que evalúa las consecuencias en función de sus efectos sociales.

protege sólo un modelo de la misma (...) Por otra parte, no hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños. (CIDH, 2012, párr. 98)

Finalmente, en doceavo lugar, no en todos los casos —pero sí en varios de ellos—, se recurre al principio de igualdad como fundamento de la eventual aplicación analógica del CCyCN: “[H]aciendo analogía de lo establecido por el art. 605 que posibilita la adopción post mortem ante el fallecimiento de uno de los guardadores, entiendo que se debe imponer hacer lugar a la presente demanda” (Junín, 2021, p. 14). Esto, sobre la base de que negarles a las familias monoparentales una idéntica respuesta a la brindada por el art. 605 para las personas casadas o en una unión convivencial es discriminar (Corrientes, 2020, p. 8).

6. Los desvíos, el desvío: los límites de lo decible y las marcas de una ausencia

Recapitulando, entonces, asistimos a una tópica argumental que, consolidada en el devenir jurisprudencial de los últimos años, parte del interés superior del niño como el criterio fundamental en la resolución de conflictos y prioriza su protección especial y el derecho a una familia amorosa y estable. Destaca, a su vez, la importancia de evaluar los lazos socioafectivos y garantizar el derecho a la identidad, a la vez que se enfatiza la necesidad de flexibilidad y adaptabilidad de los procedimientos judiciales, sin rigideces formales que puedan obviar realidades familiares diversas.

Ahora bien, como adelantamos más arriba, el fallo bajo análisis participa de gran parte de los *loci* definidos por esta tópica. Sin embargo, parte de su particularidad emerge a partir del desvío en relación con cuatro de ellos: la voluntad adoptiva, la debida diligencia del Estado, el rigor formal y al principio de igualdad (Tabla 1).

Tabla 1. Presencia (+) / ausencia (-) de las tópicas jurisprudenciales en el caso bajo análisis

#	Tópica	Presencia/Ausencia
1	Interés superior del niño/a	+
2	Necesidad de protección especial	+
3	Socioafectividad	+
4	Derechos a la identidad	+
5	Principio de realidad	+
6	Voluntad adoptiva	-
7	Derecho a ser oído	+
8	Debida diligencia del Estado	+/-
9	Rigor formal	-
10	Particularidad del caso	+
11	Diálogo de fuentes	+
12	Principio de igualdad	-

Fuente: elaboración propia.

En este sentido, no se hace mención a la voluntad adoptiva ni del guardián supérstite ni de su esposa difunta. Esta se da por supuesta a partir del pedido del actor y el hecho no controvertido de que los niños “se encuentran al cuidado de los guardadores, a quienes han considerado sus ‘padres’” (Tigre, 2023, p. 12). Sin embargo, sorprende en este punto la falta de problematización sobre la voluntad de la causante.

En segundo lugar, aun cuando la sentencia hace mención a un “trámite particular” (Tigre, 2023, p. 6) de 12 años de duración, esta no cuestiona el accionar del Estado y sus agentes, sino que se limita a describir el devenir del proceso y limitar su “particularidad” a un problema de competencias al momento de origen de la petición.

En tercer término, como derivación de lo anterior, no se presentan referencias a la presencia de un excesivo rigor formal que, al aplicar fórmulas rígidas y preestablecidas, desvirtúe el rol y la misión de los tribunales de familia. Por el contrario, se hace mención a cierta propiedad “plástica”, “flexible”, del instituto de la adopción, sobre la que volveremos.

Por último, al igual que otros fallos reseñados, no se hace mención alguna

al principio de igualdad, en tanto mecanismo tendiente a brindar una idéntica respuesta a la prevista por el art. 605 para las personas casadas o en una unión convivencial.

Estos desvíos son compensados con dos desarrollos particulares; propios, diría. En primer lugar, como mencionamos recién, una concepción “flexible” de los tipos adoptivos que permitiría “crear vínculos con determinados parientes del o los adoptantes por adopción simple y la de conservar algunos vínculos jurídicos con miembros de la familia de origen para supuestos de adopción plena” (Tigre, 2023, p. 16). En una palabra, se trata de una propiedad que “posibilita una adopción simple más plena o una adopción plena menos plena” (p. 17).

Esta concepción se complementa con el principio *iura novit curia*, conforme al cual, las partes dicen los hechos; y los tribunales, el derecho, de manera tal de mejorar las competencias de la jueza para encausar la demanda en la forma que mejor satisfaga el derecho superior de los niños implicados.

Es interesante señalar que se verifica una tensión entre el principio de igualdad y la debida diligencia del Estado (propios de la tópica genérica), por un lado, y la concepción “flexible” de los tipos adoptivos y el principio *iura novit curia* (las cuales fijan el desvío particularizante del caso), por otro. El no haber recurrido a los primeros (como alternativa de solución para el caso en cuestión, disponible a lo largo de diversos fallos y estabilizada como tópica posible y disponible), demandó la creación y recurrencia a los segundos. Una creación/recurrencia, por cierto, que implica un doble riesgo, a la luz de los estándares interamericanos en la materia: (a) no cuestionar la diligencia y la celeridad que los procesos administrativos y judiciales en materia de niñas, niños y adolescentes (particularmente en lo referido a adopción) demandan; y (b) las implicancias y riesgos con miras al derecho a la familia y la identidad en que puede derivar la idea de un concepto “flexible” de adopción. Sobre todo, a la luz de las recurrentes condenas de la CIDH a la Argentina en la materia. Deben recordarse, en este punto, fallos en la materia del citado Tribunal regional contra el país (entre ellos, *Fornerón*, 2012, y *María y otros*, 2022), así como las advertencias vertidas en otros procesos sobre los riesgos de simplificación o flexibilización de procedimientos y conceptos (*Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, 2018).

Ahora bien, en otro orden de ideas, es interesante constatar una ausencia recurrente (tanto en la tópica identificada como en el fallo en cuestión): la argumentación jurisprudencial (a partir de la cual se reconoce la adopción *post mortem*) no hace alusión alguna a la preservación de los derechos patrimoniales de quien ostentara, durante un tiempo considerable, un estado público de hijo.

Lo interesante es que todos los fallos (de manera más o menos explícita) refieren a cuestiones patrimoniales, pero lo hacen (en breves líneas) a nivel de los hechos constatados en autos, pero no se integra a nivel del decisorio como *locus argumental* y fundamentación del interés superior de niñas, niños y adolescentes. De hecho, como señalamos más arriba, uno de los argumentos del actor en el caso en cuestión (al momento de reiterar su pedido de otorgamiento de adopción plena en su favor y de la Sra. M. G S.) radicaba en que solo ese marco les posibilitaría a los niños el goce pleno de sus derechos como hijos y como parientes de su familia, entre los que se menciona directa y explícitamente los derechos hereditarios:

el actor reitera su pedido de otorgamiento de adopción plena en su favor y de la Sra. S. recientemente fallecida. Arguye que dicho marco legal es el que permitiría a los niños el goce pleno sus derechos como hijos de él, de la Sra. S. y como parientes de su familia, entre los que se encuentran los derechos hereditarios. (Tigre, 2023, p. 4)

Sin embargo, el decisorio no recoge en su economía argumental rastro alguno de los derechos patrimoniales.

Puede verse como, en el caso en cuestión y en la tópica general de la que participa, la cuestión patrimonial se encuentra presente de diversas formas, o bien porque: (a) el reclamo por el reconocimiento/desconocimiento del proceso de adopción iniciado se origina en el marco de procesos sucesorios;⁵ (b) el proceso de adopción mismo se suspende por miedos de origen patrimonial;⁶ (c) la necesidad del reconocimiento como condición para el cobro de asignaciones sociales y la inclusión en prestaciones de salud;⁷ o (d) la afectación de derechos eventuales por parte de los niños/niñas si no se les reconoce el estado en cuestión. Sin embargo, el decisorio no desarrolla la cuestión patrimonial, sino que, por el contrario, todo el peso y desarrollo argumental gira en relación

5 “Alegando como perjuicio concreto que el menor A. los desplazaba de la línea sucesoria, los progenitores promovieron acción autónoma de revisión de cosa juzgada” (CSJN, p. 3). En otros términos, “producido el fallecimiento de ambos cónyuges la Sra. S. M. hija biológica del Sr. A. G. M. solicita la apertura del sucesorio de ambos, a raíz del conocimiento de que no se terminó con el trámite de adopción” (Formosa, 2015, p. 5).

6 “La Sra. G. Y. T. de M. manifiesta en la entrevista que su duda en cuanto a la prosecución de la adopción. Expresa que tomó conocimiento que la menor tiene muchos hermanos y que teme que al adoptar el pardillo “M” se acerquen a la menor con ciertos intereses” (Formosa, 2015, p. 3).

7 “Que a fs. 188 obra certificación que da cuenta la presentación espontánea en fecha 23/07/2020 ante estos Estrados Judiciales de la Sra. M. C. G. exponiendo intenciones de percibir —en nombre

a derechos personalísimos, como el de identidad, o a principios como el de realidad familiar.

En este punto, es —cuanto menos— llamativo que procesos que en sus causas (procesos sucesorios) o en sus consecuencias (prestaciones sociales, demoras de trámite o afectación de derechos sucesorios eventuales) tienen derechos patrimoniales no puedan ser reconocidos (y adquirir cierta estabilidad de forma) de manera explícita y central en algún lugar de la tópica como fundamento y parte del interés superior del niño. Después de todo, como recuerda la Observación General 14 de la CDN (Naciones Unidas, 2013, párr. 72), la evaluación del interés superior del niño debe tener en cuenta su bienestar, en sentido amplio: tanto sus necesidades físicas, educativas, emocionales y de seguridad como materiales de quien —en los casos bajo consideración—, habiendo iniciado el proceso de adopción, tras demoras y dilaciones, ha establecido no solo lazos socioafectivos con su nueva realidad, sino también un estado público de hijo y ha adquirido una seguridad material a partir de la cual comenzar a proyectar un futuro, como horizonte estructurante de su identidad dinámica misma. Incluso, si —como suele sostenerse (por ejemplo, en Faerman, 2011, p. 15)— el estándar exigido por la CDN respecto al derecho a la vida requiere e implica el acceso a un nivel de vida adecuado, el cual debe ser garantizado por padres, madres y toda persona responsable (en la medida de sus posibilidades y medios)⁸ para el desarrollo del niño, entonces no resulta menos cierto que los operadores judiciales (en tanto agentes del Estado) tienen la obligación de considerarlas en sus decisorios como parte del interés superior del niño. Máxime cuando se afecta la seguridad material futura de quien ostentara, durante un tiempo considerable (en muchos casos, como consecuencia de la (in)acción del Estado y sus agencias), un estado público de hijo.

7. Consideraciones finales

A lo largo de estas páginas, he intentado argumentar que la adopción monoparental *post mortem* es una figura emergente (por efecto de la jurisprudencia) de una contingencia: la de la muerte en un escenario nuevo, en donde las adopcio-

del adolescente— la pensión de la persona que en vida fuera la Sra. M. S. L., como así también incluirlo en la obra social” (Corrientes, 2020, p. 5).

8 En términos del art. 27 de la CDN, madres, padres y guardianes tienen la responsabilidad de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

nes monoparentales son posibles. Una nueva respuesta, a una nueva realidad, que la sanción del nuevo CCyCN hizo posible.

A lo largo de más de nueve años, se ha desarrollado, consolidado y cristalizado una tópica argumental que, partiendo del interés superior del niño como criterio fundamental en la resolución de conflictos, prioriza su protección especial y el derecho a una familia amorosa y estable. Destaca, a su vez, la importancia de evaluar los lazos socioafectivos y garantizar el derecho a la identidad, a la vez que se enfatiza la necesidad de flexibilidad y adaptabilidad de los procedimientos judiciales, sin rigideces formales que puedan obviar realidades familiares diversas.

Sin embargo, aun con desvíos y —consecuentemente— riesgos a la luz de los estándares internacionales, la retoma y actualización que el fallo bajo análisis realiza de la tópica que le da sustento y precede poco nos dice de la relación entre interés superior del niño y sus derechos patrimoniales.

Parece existir aun cierto reparo y desconfianza en la adopción *post mortem* como medio para fines inadecuados, sobre todo por sus dos rasgos de excepcionalidad: la monoparentalidad y la edad avanzada (en la mayoría de los casos) de las niñas y niños implicados por demoras de los procesos de guarda y adopción. En este marco, hablar de patrimonio parecer sembrar más dudas y tensiones (con el derecho sucesorio, por ejemplo) que la seguridad y tranquilidad que brinda la tópica (reconocida y estable) del derecho a la identidad y los lazos socioafectivos. Sin embargo, el ejercicio crítico de revisión se impone, tanto de la tópica y sus fundamentos como de ciertos estereotipos que sustentan el miedo en torno a las adopciones monoparentales y/o de adolescentes, o, de lo contrario, se corre el riesgo certero de invisibilizar (en aras de la eficacia argumental) derechos propios de las niñas, niños y adolescentes y, con ellos, el horizonte de seguridades materiales necesarios para su desarrollo y bienestar.

Bibliografía

- Beloff, M. (2013). *Qué hacer con la justicia juvenil*. Editorial Ad-Hoc.
- Faerman, R. (2011). *Las decisiones de los niños, niñas y adolescentes a la luz del principio de autonomía personal*. Documentos de trabajo N° 6. Ministerio Público Tutelar, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Fernández Gaztea, J. (2020). *Revista de Derecho Público: Teoría y Método* (Vol. 2, pp. 51-72). Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. https://doi.org/10.37417/RPD/vol_2_2020_340

- Nino, C. S. (1992). El bien de la privacidad, la intimidad y la reunión y asociación con otros. En *Fundamentos de derecho constitucional* (pp. 87-109). Astrea.
- Naciones Unidas. (2009). *Observación General N° 12. El derecho del niño a ser escuchado*. Convención sobre los Derechos del Niño. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>
- Naciones Unidas. (2013). *Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*. Convención sobre los Derechos del Niño. <https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/descargar.aspx?id=3990&tipo=documento>

Legislación citada

- Ley 24430. (1994). Constitución de la Nación. Honorable Congreso de la Nación Argentina. <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>
- Ley 26994. (2014). Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación Argentina. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). (1978). https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

Jurisprudencia citada

- Corte IDH, *Caso Fornerón e Hija vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 242, 27 de abril de 2012.
- Corte IDH, *Caso María y Otros vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 494, 24 de noviembre de 2022.
- Corte IDH, *Caso Ramírez Escobar y Otros vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 351, 9 de marzo de 2018.

Declaración de roles de autoría y conflicto de intereses

El autor declara haber desempeñado todos los roles de autoría del presente artículo y declara no poseer conflicto de interés alguno.

Anexo

#	Fecha	Caso	Jurisdicción	Sumario	Referencia
1	26/9/2012	<i>M. D. S. R. Y OTRA s/ ORDINARIO S/ NULIDAD DE SENTENCIA E IMPUGNACIÓN DECLARATORIA DE HEREDEROS</i>	CSJN	En agosto de 2005, se otorga la guarda judicial con fines de adopción del niño A.J.R. a la Sra. M.I.M. de S., viuda. Tras el fallecimiento de la guardadora en un accidente, la Defensora de Pobres y Menores n° 1 de Gualeguaychú pide formalmente la adopción del niño para asegurar su vínculo materno-filial. Aunque aceptada en instancias iniciales, la solicitud es revocada por el Tribunal Superior de la Provincia de Entre Ríos debido a objeciones legales planteadas por los progenitores de M.I.M. de S., quienes argumentan posibles perjuicios patrimoniales. La Corte Suprema de Justicia resuelve a favor, subrayando el interés superior del niño y asegurando sus derechos en casos de adopción.	(CSJN, 2012)

2	29/10/2015	<i>G., G.A. s/GUARDA CON VÍAS DE ADOPCIÓN</i>	Formosa	El fallo concluye el proceso de adopción de G.A.G., iniciado cuando era niña y completado tras su mayoría de edad. G. solicitó continuar la adopción plena iniciada por la persona que la crió desde temprana edad. A pesar de los esfuerzos judiciales, el proceso se estancó y se archivó al cumplir G. la mayoría de edad sin resolución. La guardadora, quien la consideraba hija, falleció antes de finalizar el proceso. Se destaca que G. ha sido tratada como hija durante toda su vida y se apoya en la posesión de estado de hija, subrayando la importancia de la adopción para garantizar derechos fundamentales y su derecho a la herencia.	(Formosa, 2015)

3	5/12/2017	<i>R. L. N. Y OTROS/ ADOPCIÓN</i>	Neuquén	La Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente representó a dos niños buscando adopción post mortem tras el fallecimiento del concubino de M. A. C. La jueza apoyó la solicitud debido al largo trato de los niños como hijos por parte de M. A. C. y su pareja fallecida durante 13 años, manteniendo un estado de hijo constante tras el deceso. Se argumentó que negar la adopción sería perjudicial, dada la previa experiencia de abandono por parte de sus padres biológicos. Además, se criticó la falta de regulación legislativa adecuada, declarándose la inconstitucionalidad de ciertos artículos del Código Civil. Esto se alinea con los principios del nuevo Código Civil y Comercial, que permite diversas formas de adopción, incluida la post mortem en uniones convencionales.	(Neuquén, 2017)

4	22/8/2019	<i>T. G. s/ adopción</i>	Rosario	Se autoriza la adopción legal de una niña de 10 años por una mujer soltera que falleció antes de finalizar los trámites. La mujer comenzó el proceso cuando la niña tenía solo meses y la tuvo en guarda provisoria desde diciembre de 2009. Convivieron durante siete años hasta que se otorgó la guarda preadoptiva en marzo de 2016. A pesar de su muerte, la jueza consideró el fuerte vínculo afectivo desarrollado entre ambas, respaldado por evaluaciones psicológicas y sociales. Se enfatizó la importancia de la hermana de la niña como apoyo emocional y se argumentó que era crucial proteger su estabilidad emocional, identidad, derechos hereditarios y derecho a una familia mediante una decisión judicial apropiada.	(Rosario, 2019)

5	5/8/2020	<i>L., M. s. Adopción</i>	Corrientes	Se concedió la adopción plena post mortem de un adolescente de 16 años, hijo biológico del ex conviviente de la fallecida, quien también era padre de sus dos hijos. La fallecida había obtenido la guarda judicial del menor cuando era bebé, entregado por su madre biológica, también fallecida. El Código Civil y Comercial permite la adopción por matrimonios, parejas convivientes o personas solas. En caso de fallecimiento de uno de los adoptantes, se puede otorgar la adopción al sobreviviente, estableciendo vínculos de filiación con ambos. Se consideró que el adolescente estaba plenamente integrado en el grupo familiar desde temprana edad, respetando el principio de realidad familiar y la preservación de los vínculos frateros con los hijos biológicos de la adoptante. Además, se valoró el derecho a la identidad en sus diversas dimensiones.	(Corrientes, 2020)

6	22/12/2020	<i>P.P., W. L. s/ por adopción</i>	Salta	Resulta procedente otorgar la adopción póstuma plena del niño a favor de sus guardadores fallecidos, cambiar su apellido y permitir que la familia extensa le informe sobre su origen. El niño vivía con el matrimonio y ahora con su abuela, tíos y primos maternos tras el trágico fallecimiento de sus padres. Los pretendientes adoptantes mostraron claramente su voluntad de adoptarlo a lo largo del proceso, donde ya tenían la guarda judicial y lo cuidaron como a un hijo.	(Salta, 2020)

7	29/1/2021	L. M. S. s/adopción	Junín	Una mujer y un hombre convivieron y tuvieron un hijo. La mujer tenía también una hija de una relación anterior. A pesar de la separación, el hombre mantuvo un vínculo estrecho con la joven, sin relación con su padre biológico. En 2019, debido a una discapacidad psico-social, se limitaron algunos de sus actos jurídicos, aunque no sus derechos familiares. Una Curadora oficial fue designada para gestionar sus finanzas. La hija socioafectiva solicitó ser reconocida como apoyo, concedido por el juzgado. Al cumplir la mayoría de edad, la joven y su padre socioafectivo, con la Curadora, iniciaron un proceso judicial para una adopción de integración. Durante el proceso, el hombre falleció y la joven solicitó una adopción post mortem. El hermano del hombre, su único heredero tras la muerte de su hijo, se opuso alegando que su hermano no comprendió los efectos legales de la adopción.	(Junín, 2021)

¿INCONSTITUCIONALIDAD O INAPLICABILIDAD? EL ACUERDO PLENARIO 05-2023/CIJ-112 Y UN DILEMA DE DOS NATURALEZAS EN EL MISMO SISTEMA JURÍDICO

Sharom Alessia Durand-Untiveros

Universidad San Ignacio de Loyola

sharom.durand@usil.pe

<https://orcid.org/0009-0001-1812-6125>

Gianela Eugenia Curasi-Llanos

Universidad San Ignacio de Loyola

gianela.curasi@usil.pe

<https://orcid.org/0009-0008-1271-2431>

Eduardo Martín Acosta-Yparraguirre

Universidad San Ignacio de Loyola

eduardo.acostay@usil.pe

<https://orcid.org/0000-0001-5268-8327>

<https://doi.org/10.26422/RJA.2025.0602.dur>

Resumen

El 28 de noviembre de 2023, la Corte Suprema del Perú emitió el Acuerdo Plenario 05-2023/CIJ-112, el cual estableció que la Ley 31751 era inconstitucional y, en consecuencia, recomendó su inaplicación a los demás jueces a nivel nacional. Este documento jurisprudencial desdibujó los límites entre el control difuso y el control concentrado de constitucionalidad instituidos

en el sistema peruano, provocando que, en la práctica, esta decisión ocupara territorio competencial del Tribunal Constitucional. Por ende, se ha originado un dilema normativo para los jueces penales, afectando la seguridad jurídica y la coherencia del ordenamiento, el cual, por principio, exige certeza y estabilidad como condiciones esenciales para la tutela de los derechos del justiciable y el normal funcionamiento del sistema judicial. La Corte Suprema ha reafirmado su posición en jurisprudencias posteriores, sin embargo, muchos órganos jurisdiccionales se han apartado del Acuerdo Plenario, alegando que violenta su naturaleza nomofiláctica, hermenéutica, restringida a casos concretos y ordenadora del sistema, pero no legisladora y, menos aún, derogatoria, afectando negativamente el principio de seguridad jurídica. Esta situación exige reubicar los límites originales del control difuso, es decir, concreto y no general, pues, de admitirse lo contrario, aceptaríamos que un órgano jurisdiccional puede derogar una ley, función que le corresponde únicamente al control concentrado del Tribunal Constitucional, según la Constitución peruana.

Palabras clave: inconstitucionalidad, inaplicabilidad, control difuso, control concentrado, Acuerdo Plenario.

Unconstitutionality or Inapplicability? Plenary Decision 05-2023/CIJ-112 and a Dilemma of Two Natures in the Same Legal System

Abstract

On November 28, 2023, the Supreme Court of Peru issued Plenary Decision 05-2023/CIJ-112, which established that Law 31751 was unconstitutional and, consequently, recommended its non-application to other judges nationwide. This jurisprudential document blurred the boundaries between the judicial review and concentrated control of constitutionality both instituted in the Peruvian system, causing this decision, in practice, to occupy the jurisdiction of the Constitutional Court. Consequently, a normative dilemma has arisen for criminal judges, affecting legal certainty and the coherence of the legal system, which, as a matter of principle, requires certainty and stability as essential conditions for protecting the rights of those seeking justice and for the normal functioning of the judicial system. The Supreme Court has reaffirmed its position in subsequent jurisprudence; however, many judicial bodies have departed from the Plenary Decision, arguing that it violates its nomophylactic, hermeneutical, restricted to specific cases and regulating the system nature, but not legislative, and even less so, repealing, negatively affecting the principle of legal certainty. This situation requires relocating the original limits of judicial review—that is, concrete rather than general—because if the opposite were ac-

cepted, we would be conceding that a judicial body can repeal a law, a function that falls solely to the concentrated control of the Constitutional Court, according to the Peruvian Constitution.

Key words: unconstitutionality, inapplicability, judicial review, concentrated control, Plenary decision.

1. Introducción

El 28 de noviembre de 2023, los jueces supremos en lo penal, integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, se reunieron en Pleno Jurisdiccional con la finalidad de emitir el Acuerdo Plenario 05-2023/CIJ-112, para brindar pautas hermenéuticas claras en relación con la institución de la suspensión de la prescripción de la acción penal, así como para establecer los alcances interpretativos de la Ley 31751, del 25/05/2023. De esta manera, los jueces supremos realizaron un juicio de proporcionalidad sobre la citada normativa y cuestionaron que, mediante esta, se hubiera fijado un plazo único como cláusula de cierre para limitar la suspensión de la prescripción de la acción penal, es decir, “la suspensión no puede durar más de un año, salvo que los plazos que legalmente se estipulan para las etapas del proceso penal u otros procedimientos sean menores”. La Corte Suprema, en su fundamentación, advirtió que un plazo tan breve, sin tomar en consideración las dificultades de una causa atendiendo su complejidad y la entidad del delito, sólo generaría impunidad, privando de un plazo razonable a la administración de justicia para decidir si un individuo es culpable o no. Así, señaló lo siguiente:

La ley 31751, es desproporcionada e inconstitucional. Por ello, los jueces, conforme al artículo 138, segundo párrafo, de la Constitución, no deben aplicarla, deben preferir la norma constitucional referida a la protección de la seguridad pública o ciudadana, al valor justicia material y a la tutela jurisdiccional [...]. (Acuerdo Plenario 05-2023/CIJ-112, fundamento 27)

Como puede apreciarse, la Corte Suprema señala la inconstitucionalidad de una ley y ordena su inaplicación a todas las instancias judiciales a nivel nacional, con el fin de que estas se abstengan de utilizarla, provocando en la práctica una especie de control concentrado, función que en el Perú compete únicamente al Tribunal Constitucional, conforme al artículo 202, inciso 1 de la Constitución.

En consecuencia, el objetivo de la presente investigación será determinar si se desnaturaliza la inaplicabilidad, tornándose en un control concentrado de inconstitucionalidad de facto, al vincular obligatoriamente a los jueces de menor rango con el precedente. Asimismo, se pretende analizar las consecuencias jurídicas del Acuerdo Plenario 05-2023/CIJ-112, en tanto plantea un dilema para el sistema judicial peruano, pues, como se mencionó en el Auto de Vista 086-2024, emitido por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, los jueces penales se encontrarían en la siguiente disyuntiva: i) optar por inaplicar la Ley 31751 y dictar una resolución contraria al texto expreso de la ley; o ii) alejarse del Acuerdo Plenario 05-2023/CIJ-112 e incurrir en falta grave (Primera Sala Penal de Apelaciones, 2024, Auto de Vista 086-2024).

Por ello, para lograr nuestros objetivos, iniciaremos contextualizando al lector a fin de explicarle cómo se llegó a ese conflicto, analizando la naturaleza jurídica de los controles de constitucionalidad difuso y concentrado y cómo conviven ambos dentro del sistema jurídico peruano. Asimismo, explicaremos cómo ha interpretado la Corte Suprema sus atribuciones en el Acuerdo Plenario y qué implicancias podría tener sobre los mencionados controles. Luego, nos adentraremos en el presunto dilema ocasionado por el Acuerdo Plenario 05-2023/CIJ-112, para finalmente ensayar una posible solución que garantice armonía y estabilidad al sistema.

2. ¿Cómo se arribó a este conflicto?

En el sistema jurídico peruano conviven dos formas de ejercer el control de constitucionalidad. Por un lado, el Tribunal Constitucional posee de forma exclusiva el control concentrado y es el único competente para declarar la inconstitucionalidad de una norma de rango legal y expulsarla del sistema jurídico. Por otro lado, Pérez Royo señala que el control difuso es ejercido por los jueces, quienes no tienen la facultad de declarar inconstitucionalidad, sino que únicamente pueden inaplicar tales normas en el caso concreto sin ocasionar su derogación (Pérez Royo, 2016, p. 739). Ambos tipos de controles se hallan consagrados en la Constitución, dirigidos por el artículo 51, que proclama su supremacía y, en específico, el control concentrado que se expresa en los artículos 200.4, 203; y el control difuso, en el artículo 138. Esta dualidad es un reflejo del modelo adoptado por algunos países en América Latina como Colombia y México (Quesada y Zavaleta, 2024, como se citó en Domínguez, 2024, p. 329).

Sin embargo, el problema surge cuando la inconstitucionalidad y la inaplicabilidad parecen contradecirse o cuando las jerarquías generan discrepancias. Eso es exactamente lo ocurrido en el marco del Acuerdo Plenario 5-2023/CIJ-112, emitido por las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema del Perú.

El artículo 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹ prescribe que estos acuerdos son reglas interpretativas de obligatorio cumplimiento e invocadas por los magistrados de todas las instancias judiciales, sin embargo, el caso del Acuerdo Plenario 5-2023/CIJ-112 es particular. En su texto, los magistrados supremos advierten sobre la inconstitucionalidad de la Ley 31751 y configuran sobre los demás jueces penales el deber de inaplicarla. Es así que, en su fundamento 27, señalaron que:

La Ley 31751 es desproporcionada y, por consiguiente, inconstitucional. Por ello, los jueces, conforme al artículo 138, segundo párrafo, de la Constitución, no deben aplicarla; deben preferir la norma constitucional referida a la protección de la seguridad pública o ciudadana, al valor justicia material y a la tutela jurisdiccional [...]. (Acuerdo Plenario 05-2023/CIJ-112, fundamento 27)

Este pronunciamiento expone una inconstitucionalidad y, aunque no es declarada, pues esta es una atribución del Tribunal Constitucional, sus consecuencias han provocado una alteración en el sistema judicial peruano.

Sin embargo, este señalamiento de inconstitucionalidad de la ley y mandato de desacato de esta por parte de la Corte Suprema podría parecer inofensivo y amparado en el marco de sus atribuciones prescritas en el artículo 138 de la Constitución. En este supuesto, los jueces supremos consideraron que existía una incompatibilidad entre una norma de carácter legal (Ley 31751) y las normas constitucionales referidas al valor justicia material y a la tutela jurisdiccional (Acuerdo Plenario 05-2023/CIJ-112, fundamento 27) y, basados en un juicio de proporcionalidad de la citada ley, habrían concluido que sería inconstitucional. No obstante, si escudriñamos las bases teóricas del control difuso, encontraremos que hay una desnaturalización flagrante. Hakansson (2009, p.

1 El artículo 112, que hace referencia a los Acuerdos Plenarios, se halla en el Decreto Legislativo 767, ley orgánica del Poder Judicial, del 04/12/1991. Luego, el 02/06/1993, mediante el Decreto Supremo 017-93-JUS, sería aprobado el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, donde en su artículo 116 se prescribiría también la potestad que tienen las Salas Especializadas para reunirse en Plenos a fin de concordar jurisprudencia. La ley 31591 del 26/10/2022 modificaría el artículo 112 mencionado, agregando que las reglas interpretativas enunciadas en los plenos son de obligatorio cumplimiento para todas las instancias judiciales.

360), comentando las notas distintivas del *judicial review*, señala que la resolución sólo tiene efectos sobre las partes del proceso judicial donde se identificó la norma inválida. A esta circunstancia tan característica de la revisión judicial, García (2008) la llama “control con eficacia relativa” (p. 608). Estos efectos *inter partes* e inaplicativos también son recogidos por Chanamé et al. (2009, p. 484), quienes resaltan los efectos no derogatorios del control difuso y su concreción sobre el caso donde se afecten intereses particulares de un individuo. Esta atribución es propia de todos los tribunales, como precisa Unzueta (2020, pp. 105-124), quien agrega que la mencionada inaplicabilidad puede abarcar normas legales o de menor jerarquía, siempre que sean opuestas a la Constitución.

El marco conceptual precedente es incompatible con lo determinado por el Acuerdo Plenario 5-2023/CIJ-112, pues, según se consigna en las normas citadas al pie, estos tienen por finalidad lograr que los jueces ordinarios interpreten y apliquen acertadamente las leyes y uniformizar criterios generales sobre la aplicación del derecho (Doig, 2010, p. 340). Por esta razón, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema del Perú ha señalado que la validez o legitimidad de un Acuerdo Plenario se sustenta en tres elementos esenciales:

En primer lugar, son decisiones adoptadas por la más alta instancia judicial mediante mayoría absoluta; en segundo término, provienen de un pleno en el que se lleva a cabo un proceso de debate y deliberación; y, finalmente, su finalidad es ofrecer una adecuada interpretación de la norma jurídica. (Casación 46-2018, Nacional, fundamento jurídico octavo)

Como vemos, los criterios interpretativos que componen los Acuerdos Plenarios son establecidos como doctrina legal de obligatorio cumplimiento para las demás instancias judiciales, cuyo apartamiento, conforme al artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sólo podría realizarse excepcionalmente si los jueces motivan adecuadamente su resolución, dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

Así, el Acuerdo Plenario 5-2023/CIJ-112 ha desplegado sus efectos en la jurisprudencia. Por ejemplo, en el Recurso de apelación 205-2023/PIURA, del 10/09/2024, la Sala Penal Permanente reivindicó los criterios jurisprudenciales del mencionado acuerdo al inaplicar la Ley 31751 y, por ende, declarar infundada la prescripción de la acción penal deducida por el encausado. De esta manera, se defendió la vigencia y obligatoriedad del Acuerdo Plenario por encima de una norma legal. En la Casación 77-2023, Lambayeque, del 24/09/2024,

se plantearon los mismos criterios que en la anterior sentencia, pues también se desestimó la excepción de prescripción planteada por el recurrente, quien reclamaba que el delito de falsedad por el cual se encontraba inmerso en un proceso penal, conforme a la aplicación de la Ley 31751, ya estaba prescrito. No obstante, la Corte consideró que la trascendencia del bien jurídico afectado y el rol funcional del imputado como servidor público justificaban la aplicación del Acuerdo Plenario.

De esta manera, el mencionado acuerdo también abordó otra cuestión jurídica importante sobre la inaplicación de una norma legal por parte de un juez penal, cuando estos consideran que dicha norma contraviene derechos. En ese sentido, los jueces estarían en una encrucijada, pues, por un lado, podrían inaplicar la ley, dejándola sin efecto e incurrir posiblemente en prevaricato² o, por el contrario, podrían resolver aplicando la ley, pero desacatando el Acuerdo Plenario y cometer falta grave, conforme al artículo 47.8, de la Ley 29277 (Ley de la Carrera Judicial, 2008).

Un ejemplo de lo descrito se halla en el Auto de Vista 086-2024, emitido por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. En dicho caso, el Ministerio Público apeló una decisión de primera instancia que había declarado la prescripción de la acción penal por el delito de negociación incompatible, alegando que la aplicación de la Ley 31751 favorece la impunidad, por lo que el Ministerio Público solicitó la inaplicación de dicha norma mediante control difuso, basándose en los argumentos del Acuerdo Plenario 5-2023/CIJ-112, que considera a tal ley “desproporcionada e inconstitucional”. Sin embargo, el tribunal de segunda instancia rechazó la pretensión del fiscal bajo la premisa de que los acuerdos plenarios no tienen rango legal, por lo que no pueden obligar a la inaplicación de una ley vigente que no ha sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional (Primera Sala Penal de Apelaciones, Auto de Vista 086-2024). El tribunal de segunda instancia decidió alejarse del Acuerdo Plenario y fue expreso al acusar el trance normativo al que se enfrentan los jueces penales, señalando en su Auto de vista que

El Acuerdo Plenario 5-2023 coloca a los jueces penales en un dilema: i) inaplicar la Ley 31751 [...] y dictar una resolución contraria al texto expreso y claro de la ley, con posible configuración del delito de prevaricato; o ii) inaplicar el Acuerdo Plenario 5-2023, e incurrir en falta grave. (Primera Sala Penal de Apelaciones, 2024, Auto de Vista 086-2024, fundamento sexto)

2 El delito de prevaricato se encuentra prescrito en el artículo 418 del Código Penal peruano.

3. Ontología de un encuentro involuntario

Ninguno de los dos tipos de control de constitucionalidad consagrados en el sistema jurídico peruano fue diseñado para convivir con el otro, de ahí que sea necesario conocer su naturaleza original y la forma que han adoptado en el trayecto, para luego poder examinar el modelo peruano que los delineó para caber sin estorbarse, cosa que precisamente parece estar sucediendo en la situación problemática de esta investigación.

3.1 *Judicial review* y la intuición de la Constitución como norma preferente

El *judicial review*, que hunde sus raíces en el derecho británico, ya experimentaba desde 1607 con la figura de una institución denominada *King in Council*, la cual, mediante el *Privy Council*, podía ejercer un veto imperial sobre las leyes coloniales, una idea que luego heredó a los Estados Unidos, Canadá, Australia y la India (Calabresi y Owens, 2014, pp. 24-25). Una premisa como esta, sustenta la atribución natural por la cual la “Supreme Court has refused to enforce unconstitutional federal legislation” (Prakash y Yoo, 2003, p. 2). Según Saylor (1953), no mucho tiempo después, en Europa continental y en Inglaterra, antes de la revolución americana e incluso antes de la Revolución gloriosa de 1688, se desarrollaron las bases del *judicial review*, cuando lord Coke defendió la idea de una ley que ni el Parlamento podría contravenir:

It appears in our books that in many cases the common law will control acts of parliament and sometimes adjudge them to be utterly void; for when an act of parliament is against common right or reason, or repugnant or impossible to be performed, the common law will control it and adjudge such act to be void. (p. 88)

El modelo británico ha sostenido su esencia en el tiempo, como puede apreciarse en los puntuales efectos en los que podría desembocar su mecanismo de *judicial review*, estos son: *a quashing order* (anula una decisión impugnada), *a prohibiting order* (impide que un organismo público realice una acción ilegal a futuro), *a mandatory order* (ordena que un organismo público tome una decisión), *a declaration* (establece la ley cuando sea objeto de controversia), *a declaration of incompatibility* (señala que una ley del Parlamento contraviene la ley sobre Derechos Humanos) y *damages* (ordena el pago de daños y perjuicios) (Public Law Project. 2018, pp. 7-8). Ninguno de estos efectos puede causar la derogación de una norma de rango legal. Como vemos, la naturaleza de este recurso es mandatoria, pero sobre acciones; en otras palabras, políticas públicas, así lo

define Bateman (2008), para quien el *judicial review* “provides a mechanism by which the judiciary can affect the implementation, contours, and the formulation of policy” (p. 2). El texto de Bateman hace referencia a las democracias de Westminster, es decir, aquellas naciones bajo el radio de influencia de la Commonwealth, como Canadá, Australia, Nueva Zelanda u otras que habrían tomado del Reino Unido un modelo de parlamentarismo fuerte, donde han ido creando el espacio para el *judicial review*.

Más aún, en el mundo anglosajón se ha discutido profusamente acerca de la naturaleza del *judicial review* y sus críticos han visto en ella un óbice para la democracia debido a las atribuciones ya explicadas, sin embargo, como apunta Tremblay (2005), comentando el caso canadiense y citando a Hogg y Thornton, “judicial review would even enhance democracy because it would occasion a ‘public debate’ in which Charter values would play a “more prominent role” than they would have if there had been no judicial decision” (p. 625). El autor explica que, en vez de representar un inconveniente para el ágil desenvolvimiento del sistema democrático, lo que se esconde detrás del veto ejercido por el Poder Judicial, es en realidad una ocasión para que dos poderes del Estado se vean “conducidos” a dialogar. De esto se trata la *theory of institutional dialogue*, entendiéndose “diálogo” como deliberación (no como conversación), según lo plantea el autor, pues “only this form of dialogue seems to possess legitimating force” (p. 633). Entonces, el *judicial review* no sólo no afectaría la democracia, sino que también la reforzaría, y estaría legitimada por la forma más democrática de todas: el debate público alturado de posiciones para resolver conflictos y alcanzar acuerdos.

Del otro lado del Atlántico, en Estados Unidos, durante sus años posrevolucionarios y primeros de la república, la “judicial review protected the spheres of power of the judiciary and the jury from legislative interference” (Treanor, 2005, p. 560). Treanor revela un escenario donde el sistema partidario de la época veía en este mecanismo una herramienta para sus propios intereses, pues los federalistas buscaban limitar a las legislaturas estatales y los republicanos deseaban frenar el poder del Congreso. También aquí subyacería esa fuerte inclinación por dispersar el poder, nacida de la insignia liberal que enarboló la revolución. En este caso, se trataría de proteger a la nación contra la arbitrariedad gubernamental, aun cuando se tratase del legislativo a fin de evitar que se desborde (p. 560).

Muchos años después, Rubin (1979) afirmaría que la doctrina del *judicial review* podría resumirse así: “The courts are vested with the authority to deter-

mine the legitimacy of the acts of the executive and the legislative branches of the government” (p. 67). Como vemos, en el mecanismo se mantiene la esencia del control del poder, sin embargo, otros no han estado de acuerdo o sostienen una interpretación distinta, como el juez Gibson, quien, analizando el caso *Marbury v. Madison*, afirmaba que: “[I]t is the business of the judiciary to interpret the laws, not scan the authority of the lawgiver” (Gomley, 2007, p. 394). Gibson desea explicar uno de sus temores sobre la virtuosa doctrina del control del poder, pues infundirlo para que un órgano controle a otro puede terminar en el desborde del primero. En este caso, se preguntaba dónde se detendría el Poder Judicial, entendiendo que el *judicial review* otorga un poder gigantesco y, asimismo, que tan igual como lo hacen los jueces, los otros funcionarios también juran defender la Constitución y que los magistrados no tienen el monopolio de la sabiduría ni del buen juicio, una posición que nos aleja de la imagen cohesionada que a veces parece proyectar el control de constitucionalidad norteamericano desde el famoso caso *Marbury*.

Esta no es una discusión aislada, como demuestra Fernández (2011), quien da cuenta de la intensa contradicción previa al caso conducido por el juez Marshall. Hamilton, por ejemplo, pensaba que el Poder Judicial era el menos peligroso, pues, por su propia condición, no perjudicaría los derechos políticos, Sin embargo, Brutus opinaba exactamente lo contrario, pues, según él, el Poder Judicial estadounidense estaba diseñado de una manera inaudita para un país libre, en tanto podía interpretar la Constitución más allá de su texto, pero la real razón de esta preocupación estaría en el *judicial review*, basado en un idea que ya había estado presente en el momento de la elaboración de la Constitución: “judicial authority over unconstitutional legislation” (Fernández, 2011, p. 134-135).

Para los norteamericanos, el concepto no era nuevo,³ ergo, el caso *Marbury v. Madison* de 1803 no es emblemático por ser fundacional, sino por invocar por primera vez el control judicial con respecto a leyes federales. La Corte Suprema de los Estados Unidos, presidida por el juez Marshall, se refirió así a las competencias del Poder Judicial en el ejercicio del control constitucional:

Es enfáticamente la función y el deber del Poder Judicial señalar qué es la ley. Aquellos que apliquen una norma legislativa a un caso específico deberán, necesariamente, exponer e interpretar esa norma. Si dos leyes están en conflicto. Las cortes tienen que decidir sobre la eficacia de cada una de ellas. Así, cuando una ley no está conforme con la Constitución, en cuanto la ley y

3 Saylor (1953), por ejemplo, da cuenta de una variedad de casos ocurridos antes de 1803.

la Constitución se refieren a un caso particular de manera que el tribunal esté obligado a decidirlo, o con arreglo a la ley, no haciendo caso de la Constitución, la Corte debe determinar cuál de las normas en colisión debe ser aplicada. Esta es la verdadera esencia de la función judicial. (Furnish, 1969, p. 25)

La relevancia del caso *Marbury v. Madison* se funda en la consagración del *judicial review* como un modelo de control difuso de constitucionalidad y en el establecimiento de la supremacía de la Constitución frente a leyes que la repelen. Y si bien es cierto que, originalmente, el fallo dictado solo tenía efecto *inter partes*, considerando el sistema norteamericano del precedente vinculante o *stare decisis*, el fallo pasó a tener efectos jurídicos generales, de obligatorio cumplimiento tanto para los jueces del mismo nivel como para los inferiores. (Nogueira, 2000, p. 264). Sin embargo, el éxito del *judicial review* en Norteamérica no se replicó en Europa. López (2022) comenta que este rechazo radicaría en la concepción del modelo como una suerte de “subdesarrollo de la cultura de la constitucionalidad” (p. 34). No obstante, aun con la desconfianza que se tenía en los jueces en Europa, Lustig y Weiler (2021) comentan varios periodos, como el de entreguerras, en los que se puede identificar el control constitucional, al menos como una suerte de ideal en Europa. Ejemplos de ello son el debate francés instalado en 1925 sobre la incorporación de un modelo de control de constitucionalidad al estilo norteamericano y la inclusión del control constitucional en el artículo 102 de la Constitución de Weimar (p. 256).

3.2 ¿Además un control concentrado? La Constitución necesitaba un escudero

La idea del Tribunal Constitucional empezaría a delinear el modelo de un control de constitucionalidad en Europa continental recién en las primeras décadas del siglo pasado. Los *Verfassungsgerichte* serían diseñados por Kelsen como órganos legislativos y sólo con algunas atribuciones jurisdiccionales (Pereira, 2011, p. 375). Después de la Primera Guerra Mundial, estas enseñanzas calarían en las Constituciones de Checoslovaquia (1919) y Austria (1920), que introdujeron sus propias Cortes Constitucionales. Esta idea se diseminaría, después de la Segunda Guerra Mundial, en el resto de Europa occidental, Latinoamérica, África y, luego de la caída de la URSS (Unión de Repúblicas socialistas Soviéticas), también en Europa del Este (Hernández, 2023, pp. 637-638; Lustig y Weiler, 2021, p. 257).

Mucho del éxito del modelo kelseniano se debe al debate que el autor mantuvo con Schmitt, donde el primero prefería un órgano *ad-hoc*, inspirado en el

Tribunal Supremo del Imperio, para encargarle la defensa de la Constitución, y el segundo pensaba que tan magna tarea debería descansar en el *Reichspräsident* (Hernández, 2023, pp. 641-642). Kelsen deseaba garantizar la democracia, ofreciendo “un instrumento para la protección de los derechos de las minorías frente a las decisiones de la mayoría, por lo cual la Corte Constitucional constituía un súper tribunal” (Herrera, 1994, p. 123) y Schmitt sostenía que la comprobación de la constitucionalidad de las leyes aplicada por los tribunales era una exigencia del Estado de derecho. Pero dicha comprobación no era apolítica, por ello, el establecer un tribunal especializado para decidirlo se contemplaba como una desviación de la lógica de este tipo de Estado (p. 122). Zagrebelsky et al. (2020, p. 729), refiriéndose a la justicia constitucional de las Cortes Constitucionales, afirma que es el segundo y último paso del Estado de derecho, es decir, el principio de constitucionalidad que prescribe el sometimiento de la ley a la Constitución. El primero se había dado en el siglo XIX con el principio de legalidad.

Kelsen siempre fue partidario de la democracia parlamentaria, en este contexto, su propuesta de un órgano especial persigue la protección de este modelo. Sin embargo, tuvo que superar el concepto de soberanía del parlamento (consideraba que sólo el Estado es soberano) para sustentar la existencia de un tribunal que ejerciese el control y fuese elegido precisamente por el Legislativo, del que recibiría su legitimidad. Kelsen defendía la tesis del carácter jurídico de la Constitución, que en el caso *Marbury* ya se había esgrimido, y la del órgano *ad-hoc*, que encontraba antecedentes en el *Jury constitutionnaire* de Sieyès durante la Revolución francesa. Sin embargo, el caso *Marbury*, a pesar de ser emblemático, en Europa no era estudiado, no era comprendido o no era aceptado, y el escenario del Poder Judicial en el Viejo Continente no era el mejor, pues se consideraba que los jueces debían actuar casi robóticamente como proponía Montesquieu (García, 2012, pp. 943-944).

Como advertimos, el control concentrado también ha evolucionado hasta hallar esa forma característica que ahora ostenta. Duverger (2015) ya lo definía como “la creación de un organismo especializado, de carácter simultáneamente jurisprudencial y político, que juzga sobre la adecuación de la norma o acto de que se trate al ordenamiento constitucional” (p. 543). La naturaleza de este control y las funciones que de esta se derivan pueden apreciarse, por ejemplo, en el modelo del Tribunal Constitucional español (Rubio, 2012, p. 1222), en la Corte Costituzionale italiana (Pizzorusso, 2007, p. 150), en el Tribunal Constitucional Federal Alemán (Häberle, 2017, p. 168) o en el Tribunal Constitucional peruano (Chanamé, 2019, p. 471).

Sin embargo, como hemos visto, este modelo no fue pensado para compartir la tarea del control de constitucionalidad. La adaptación ha sido materializada tiempo después en sistemas jurídicos como el peruano, que, al incorporar al Tribunal Constitucional como organismo autónomo, han tenido que encajarlo con el deber de los jueces de defender y preferir a la Constitución. Kelsen no había considerado al Poder Judicial en su ecuación, por ello, el trabajo de ingeniería constitucional de las naciones que han deseado abrazar el *judicial review* y el control concentrado ha sido la historia de hacerlos caber paralelamente, de modo que sus destinos no lleguen a encontrarse. Pero las distintas variables de la realidad hicieron que fuese cuestión de tiempo para que surgiese un problema como el estudiado en este artículo.

4. El control constitucional peruano tiene un problema

4.1 La peculiar naturaleza del diseño peruano

La evolución del control de constitucionalidad en el Perú ha sido tardía y algo accidentada. A pesar de que la superioridad normativa de la Constitución ya aparecía en el Artículo 10 de la Constitución de 1856 (Perú, 1856), esta disposición no tuvo repercusión práctica en más de un siglo, por el contrario, existió una notable resistencia tanto del constituyente como de los jueces para mantener inactivo dicho control. Eguiguren (1998, p. 64) resalta esta situación como un reflejo de la cultura judicial pasiva y subordinada del Poder Judicial frente al poder político.

Así, uno de los principales avances apareció en el Título preliminar del Código Civil de 1936, donde se prescribió el principio de preferencia de la Constitución sobre la ley (Código Civil, 1936, Artículo XXII), el cual se desarrolló en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963, orientando a los jueces a su cumplimiento, pues hasta ese momento se habían mostrado reacios, argumentando falta de experiencia en el Perú, por lo cual se instauró un procedimiento formal de control difuso, junto al mecanismo de consulta a la Corte Suprema, a fin de confirmar o revocar la inaplicación de normas inconstitucionales (García Belaunde, 2003, pp. 365-382). Posteriormente, la Constitución de 1979 marcó un hito al establecer un modelo dual de control. Reconoció el control difuso en su artículo 236 y el artículo 296 instituyó el Tribunal de Garantías Constitucionales como órgano de control concentrado. Esta coexistencia, heredada por la actual Constitución de 1993, estructuró un sistema complejo que se mantiene vigente (Grández, 2022, pp. 15-17).

Como vemos, la naturaleza del control constitucional se fundamenta en el principio de supremacía. La Constitución peruana prescribe en su artículo 51 que prevalecerá sobre toda norma legal; y en el 138 que, en caso de incompatibilidad entre una norma legal y una constitucional, los jueces preferirán la segunda. Según Grández (2022), salvaguardar el orden constitucional no es solo una potestad, sino también un deber de los jueces. Por ello, el control difuso es una manifestación esencial de la jurisdicción constitucional en un Estado constitucional de derecho, donde la defensa de los derechos fundamentales no puede quedar únicamente en manos del legislador. Este es un control abstracto, a decir de Hakansson (2014, pp. 25-27), repartido en todos los jueces, a diferencia del control concreto desarrollado a través de un proceso de inconstitucionalidad a cargo del Tribunal Constitucional, el cual busca evaluar la compatibilidad constitucional de una ley o norma del mismo rango y, eventualmente, expulsarla del ordenamiento jurídico desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano* (Sar, 2019, p. 161).

En Iberoamérica, se han ensayado modelos bastante peculiares que responden tanto a la exitosa influencia de los controles concentrado y difuso en su incursión por estas tierras como a una reacción frente a la experiencia común de regímenes antidemocráticos. Cuando García Toma (2008) se refiere a ellos, los denomina “modelos derivados”, y dentro de estos identifica dos subespecies: control orgánico mixto y control orgánico dual. En el primer caso, se encontraría Brasil, Venezuela o México, donde el control difuso está distribuido en todos los órganos jurisdiccionales; y el concentrado, en un tribunal de nivel supremo del propio Poder Judicial. El control dual o paralelo es distinto, ambos coexisten de manera independiente o autónoma. Esta nomenclatura pertenece a García Belaúnde (como se citó en García Toma, 2008) y de él mismo recoge la definición del sistema en el cual encajaría el Perú: “Cuando en un mismo país, en un mismo ordenamiento jurídico, coexisten el modelo americano y el modelo europeo, pero sin mezclarse, deformarse, ni desnaturalizarse” (p. 613). Ramos (2014, pp. 234-235) también adopta la definición de García Belaúnde, resaltando que ambos controles coexisten en singularidad; esto, en sintonía con lo sostenido por Rocafort (como se citó en Ramos, 2014), quien llama “múltiple” al modelo donde el control difuso es ampliamente ejercido por los jueces y el concentrado por un solo órgano denominado “Corte constitucional”. Otros países, como Colombia y Guatemala, también ostentan un modelo dual, según Fernández (2014), o sea, se privilegia la coexistencia, además de resaltar que los fallos de los órganos jurisdiccionales se circunscriben al caso

concreto y que los Tribunales Constitucionales tienen naturaleza de “intérprete supremo de la Constitución y del resto del ordenamiento en conformidad con la misma (p. 163).

Volviendo al modelo peruano, según García Toma (2008, p. 614), es sinérgico, entendiendo que se realiza un control sobre el proyecto de ley en las comisiones congresales que lo analizan, luego otro control a nivel del Congreso en el debate previo a su aprobación y, finalmente, uno concurrente y simultáneo entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Como vemos, esta opinión coincide con el diseño dual. Tempranamente, Bernales (1996) justificaba que la Constitución de 1993 haya adoptado esta dualidad por las limitaciones históricas del Poder Judicial para cumplir a cabalidad con las garantías de *habeas corpus* y acción popular, además de requerirse “el factor de estabilidad política y el respeto de la constitucionalidad” y “la adecuación de las normas a la realidad que se pretende regimentar” (p. 718). Hakansson (2024) comparte esta opinión, señalando que, en Iberoamérica, los tribunales constitucionales “nacieron para mantener la institucionalidad jurídica, así como la estabilidad política y económica” (pp. 110-111). En este marco, el autor capta la situación materia de este artículo, cuando describe al control difuso señalando que fue diseñado para tener efectos entre las partes, pero que “gracias a la vía jurisprudencial (...) evolucionó hacia una llamada eficacia vinculante de las sentencias dictadas por las máximas instancias judiciales” (p. 110). El autor no agrega más, pero, a tenor de lo afirmado líneas arriba por García Belaúnde (como se citó en García Toma, 2008) acerca de la coexistencia de los dos modelos sin mezclarse ni deformarse, cabría preguntarse si quizás lo que ha sucedido con el control difuso no haya sido evolución, sino un cambio desnaturalizante.

4.2 ¿Aplicar la ley o el acuerdo plenario? Resolvamos el problema

Uno de los dilemas más conocidos, y quizás el dilema por antonomasia, se encuentra en el primer monólogo del tercer acto de *Hamlet*, donde Shakespeare (1978) eleva la tensión del príncipe de Dinamarca y, ahogado en sus dudas, pronuncia una de las frases más memorables de la literatura: “To be or not to be: that is the question: Whether ‘tis nobler in the mind to suffer the slings and arrows of outrageous fortune, or to take arms against a sea of troubles, and by opposing end them?” (p. 886). Este recurso enriquece la trama, anima el relato y, por ello, es rotundamente apropiado en la literatura, pero lo mismo no sucede en el derecho. El dilema es enemigo del derecho, porque lo que buscamos

son conflictos, dudas, nubosidades, pero no situaciones sin solución que anulen la seguridad jurídica.

El dilema de esta investigación, descrito líneas arriba en el punto 2, expresa la encrucijada que significa para los jueces escoger entre la Ley 31751 y el Acuerdo Plenario 5-2023/CIJ-112, con sus respectivas consecuencias, y materializa el enfrentamiento entre los controles concentrado y difuso. La Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa ensayó una respuesta en su Auto de Vista 086-2024, como vimos, donde resolvió apartarse del Acuerdo Plenario, aduciendo que no tiene naturaleza ni rango de ley y, por ende, no puede tener eficacia retroactiva ni desplazar a una norma legal expresa y vigente como la Ley 31751. Pero, además, en su apartado octavo se pronunció sobre los fundamentos 22, 23, 24 y 25 del acuerdo plenario, señalando que este conflicto incluso provocaba la colisión de la Ley 31751 con principios como la tutela jurisdiccional de las víctimas o la liberación de responsabilidad en casos de prescripción.

No obstante, la Corte Suprema, en la Apelación Suprema 205-2023/PIURA, mantuvo su postura respecto a la inconstitucionalidad del plazo de un año impuesto por la Ley 31751, señalando que el Acuerdo Plenario 05-2023/CIJ-112 es expresión legítima de la potestad jurisdiccional del Poder Judicial y, en consecuencia, puede ser aplicado por los jueces como control difuso en casos concretos, sin que eso implique modificar la ley, sino inaplicarla por incompatibilidad constitucional. Asimismo, la Corte Suprema descartó incluso aplicar técnicas como el *overruling* o el *distinguishing* y sostuvo que el acuerdo no es una reinterpretación indebida de la ley, sino una respuesta legítima para evitar impunidad en delitos de alto impacto social, reforzando el rol de garante de la tutela jurisdiccional efectiva (Casación 205-2023/PIURA, fundamentos cuatro y quinto).

Como puede apreciarse, el Acuerdo Plenario 5-2023/CIJ-112 plantea un escenario ambiguo, presentándose, por un lado, como una herramienta hermenéutica para salvaguardar el principio de tutela judicial efectiva frente a delitos graves y complejos, pero, por otro, vulnera el principio de legalidad frente a una ley vigente y hay que recordar que los acuerdos plenarios, si bien constituyen herramientas interpretativas de innegable utilidad para uniformizar la jurisprudencia, no tienen rango legal, ya que, conforme al artículo 112 de la ley orgánica del Poder Judicial, los jueces están obligados a seguir las reglas interpretativas aprobadas por mayoría absoluta en los plenos jurisdiccionales, salvo que existan razones debidamente motivadas para su apartamiento (Ley 31591, 2022).

Precisamente, este es el caso. Se justifica que los jueces se aparten del acuerdo plenario, pues la Constitución define claramente los ámbitos de competencia del control difuso y el control concentrado, de manera que un ejercicio abusivo del control difuso —no solo para casos concretos, sino también para los de aplicación generalizada— terminaría transgrediendo su naturaleza e invadiendo el territorio del control concentrado.

Así, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú señaló en el Expediente 1618-2016, de fecha 16/08/2016, que el ejercicio del control difuso de los jueces se encuentra limitado al caso particular, con efectos *inter partes*, por lo que en el análisis que estos realicen se deben identificar los derechos en conflicto, la intervención y su intensidad, en conjunto con la aplicación del test de ponderación obligatoriamente vinculado a los datos del caso concreto, así pues, no se permite un control en abstracto de las leyes, cuya competencia recae únicamente en el Tribunal Constitucional (fundamento 2.2.4). Asimismo, en dicho precedente se establecieron reglas para el ejercicio del control difuso judicial, tales como: 1) partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales, 2) realizar un juicio de relevancia en tanto solo podrá inaplicarse una norma cuando es la vinculada al caso, 3) habiendo identificado la norma del caso, el juez debe realizar una labor interpretativa exhaustiva, distinguiendo entre disposición y norma, pues es obligación de los jueces haber agotado los recursos y técnicas interpretativas para salvar la constitucionalidad de la norma legal, por el contrario, el uso indiscriminado acarrea inseguridad jurídica y 4) para inaplicar la norma en el caso en particular, es obligatorio que se identifiquen los derechos fundamentales involucrados, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención, para así poder aplicar el test de proporcionalidad (Expediente 1618-2016, fundamento 2.5).

No obstante, en abierta contradicción con estos lineamientos que fijan límites materiales y metodológicos al control difuso, y sin efectuar un juicio de proporcionalidad de la norma en el caso concreto, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, mediante Sentencia de Apelación 87-2023/Cajamarca, de fecha 21/12/2023, desestimó el argumento del apelante, quien solicitaba que se le aplicara la Ley 31751 para beneficiarse con el principio de “norma penal más favorable al imputado”. La Sala se limitó a invocar los criterios del Acuerdo Plenario 5-2023/CIJ-112, sosteniendo, entre otras cosas, que resulta:

Imposible ignorar que una norma que contiene visos de inconstitucionalidad no puede regir los tiempos de prescripción como si fuera válida, y mucho menos actuar por favorabilidad, precisamente porque posee ínsita su invalidez por contravención a los valores y principios de la Constitución Política del Perú como la tutela jurisdiccional y la seguridad jurídica. Por lo tanto, el alegato de aplicar, pese a todo, una ley que posee naturaleza contraventora a la carta fundamental, porque debe primar la favorabilidad, es un discurso que no posee recibo, porque ninguna ley inconstitucional puede ejercitar sus efectos, dada su nativa invalidez. (Fundamento 14.3)

Bajo estos argumentos, se declaró infundado tanto el recurso de apelación como la excepción de prescripción formulada por la procesada, inaplicando la Ley 31751 sin haber efectuado antes el análisis exigido por la jurisprudencia vinculante sobre control difuso, lo que evidencia una omisión en el cumplimiento de las garantías constitucionales y procesales que rigen en el marco del Estado constitucional de derecho.

En medio de posturas divergentes sobre la legitimidad o ilegitimidad de la aplicación de la Ley 31751, algunos juzgados decidieron apartarse de la doctrina legal establecida mediante el Acuerdo Plenario 5-2023/CIJ-112, argumentando que contraviene el principio de independencia judicial y el principio de legalidad. Así, en el Auto de apelación emitido en el Expediente 4992-2021-62, del 22/03/2024, la Segunda Sala Penal Superior de la Corte Superior de Justicia de la Libertad señaló ocho razones para inaplicar el citado Acuerdo, las cuales se resumen en lo siguiente:

- i. Es contraria a la jurisprudencia suprema uniforme y reiterada sobre la aplicación de la Ley 31751, incluso en delitos graves como el de terrorismo.
- ii. Es contraria a la ratio decidendi de la Casación 1387-2022/Cusco [...] en base a la causal de desarrollo de doctrina jurisprudencial por incumplimiento de precepto legal prevista en el artículo 429.3 del Código Procesal Penal.
- iii. Es ineficaz al no tener efecto vinculante la ratio decidendi.
- iv. No cumple las reglas del control difuso desarrolladas en la Consulta Expediente N° 1618-2016-Lima Norte (vinculante).
- v. Es contrario a los fines de la prescripción desarrollados en la jurisprudencia.
- vi. Vulnera el principio de presunción de inocencia al considerar que la prescripción de la Ley 31751 fomenta la impunidad.
- vii. Aplica erróneamente el principio de proporcionalidad.
- viii. Habilita el proceso de hábeas corpus por inaplicación del plazo de prescripción fijado en la Ley 31751. (Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, Expediente 4992-2021-62, fundamento 92)

Bajo una fundamentación similar, la Segunda Sala Penal Superior de La Libertad reivindicó este criterio en la sentencia de apelación emitida en el Expediente 157-2020-68, del 31/07/2024, donde la Sala refirió que la alteración del plazo de suspensión de la prescripción que se propone en el Acuerdo Plenario 5-2023/CIJ-112, en sentido totalmente contrario al plazo fijado por medio de la Ley 31751, resulta manifiestamente inconstitucional, pues contraviene la línea interpretativa desarrollada jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional respecto al principio de reserva legal en la fijación de los plazos de prescripción, por tanto, exhortar a los jueces a inaplicar una ley vigente, dando prevalencia a un criterio jurisprudencial desarrollado en un acuerdo plenario, va en contra del principio de legalidad penal y de la independencia judicial de los jueces (Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, Expediente 157-2020-68, fundamento 15).

Entonces, esta obligatoriedad no convierte a los acuerdos plenarios en normas con fuerza de ley ni les otorga capacidad derogatoria o efecto retroactivo sobre normas legales vigentes. Doig (2010, p. 340) sostiene que la naturaleza jurídica del acuerdo plenario es normativa en sentido doctrinal, pero no vinculante en el sentido estricto del derecho positivo, pues no genera consecuencias jurídicas obligatorias como una ley o una sentencia con autoridad de cosa juzgada, sino que constituye un instrumento hermenéutico con función orientadora, cuya finalidad es resolver divergencias interpretativas detectadas en la práctica judicial. El acuerdo plenario, como un tipo de normativa judicial no legislativa, se orientaría a guiar la labor de los jueces sin invalidar, por sí sola, una resolución que se aparte de sus criterios. Como bien lo explica la Casación 45-2018/Nacional, los acuerdos plenarios tienen naturaleza interpretativa, no derogatoria y, por lo tanto, no pueden desplazar a una ley ni modificar sus efectos jurídicos (Casación 45-2018/Nacional, 2018, fundamento quinto).

Este análisis sostiene que la eficacia del acuerdo plenario no radica en un carácter normativo absoluto, sino en su rol interpretativo y pedagógico dentro del sistema de justicia. Su aplicación requiere discernimiento, respeto al principio de legalidad y coherencia con el diseño constitucional del control de normas. En consecuencia, el Acuerdo Plenario 5-2023, al igual que otros acuerdos plenarios, puede constituir un referente válido para el ejercicio del control difuso, pero no puede aplicarse con efectos generales como ha pretendido la Corte Suprema, ya que eso implicaría otorgarle una jerarquía normativa que no le corresponde. Como lo estableció el Auto de Vista 086-2024, que señala que su aplicación debe entenderse como función interpretativa subordinada a la

ley, sin facultades para derogarla ni desplazarla más allá de lo permitido por el artículo 138 de la Constitución y el 112 de la Ley Orgánica del poder judicial, que exige el desarrollo caso por caso y con justificación concreta y motivada. (Ley 31591, 2022)

Ahora bien, además de los argumentos planteados en torno a la inaplicabilidad e ilegitimidad del Acuerdo Plenario 5-2023/CIJ-112, en el Auto de Vista 086-2024, el Expediente 4992-2021-62 y el Expediente 157-2020-68, los cuales se centran en su naturaleza atentatoria en contra de los principios de legalidad penal y de independencia judicial, también se pone de manifiesto que las consecuencias de dicho acuerdo plenario en la praxis judicial peruana van en contra incluso de la propia naturaleza de los acuerdos plenarios, cuya función es nomofiláctica y uniformadora, en tanto “son pronunciamientos de interpretación normativa para la unificación de criterios jurisprudenciales” (Casación 35-2018, fundamento décimo); no obstante, es evidente que el impacto del referido acuerdo, ha sido adverso al generarse los conflictos comentados sobre la aplicabilidad de la Ley 31751 y, por ende, también una dispersión de criterios jurisprudenciales que amenazan el principio de seguridad jurídica, principio que, según Castillo (2002), resulta un instrumento jurídico de vital importancia, en cuanto “la existencia de un orden establecido por normas que gozan de la vocación de permanencia es, lógicamente, una exigencia también insoslayable en los requerimientos de nuestra sociedad para su normal desarrollo” (p. 32).

En consecuencia, creemos que el Acuerdo Plenario 5-2023/CIJ-112 debe entenderse dentro del marco de la jurisprudencia obligatoria, pero sin invadir la esfera del legislador ni sustituir la función del Tribunal Constitucional en el control concentrado, pues la ontología de los acuerdos plenarios no es normativa ni derogatoria, sino más bien orientada a la protección de la norma jurídica, de ahí su carácter nomofiláctico, por ello, mucho menos tendrán efectos retroactivos ni poseerán la capacidad de habilitar la inaplicación automática de normas legales.

Así pues, desde una lectura sistemática, la solución a este dilema exige reubicar los límites originales del control difuso, es decir, su aplicación restringida al caso concreto, basada en una justificación específica y no como aplicación generalizada de un acuerdo plenario. Si se admite lo contrario, estaríamos reconociendo que un órgano jurisdiccional puede derogar una ley, función que, como hemos reiterado, le corresponde únicamente al Tribunal Constitucional en ejercicio de control concentrado, conforme al artículo 202.1 de la Constitución.

5. Conclusiones

El Acuerdo Plenario 5-2023/CIJ-112 de la Corte Suprema del Perú ha generado un dilema normativo para los jueces penales, quienes se enfrentan a dos opciones igual de problemáticas: por un lado, optar por la ley vigente e incurrir en una infracción o, por otro lado, inaplicarla e incurrir en el delito de prevaricato.

En el Perú, tanto el control difuso como el control concentrado buscan proteger la supremacía de la Constitución, sin embargo, su naturaleza, funciones y efectos están claramente diferenciados, pues el control difuso, ejercido por el Poder Judicial, permite únicamente inaplicar normas en un caso concreto con efectos *inter partes*, mientras que el control concentrado, atribuido de forma exclusiva al Tribunal Constitucional, permite declarar la inconstitucionalidad de normas con efectos generales, por lo que la confusión de estos roles vulnera el diseño constitucional de competencias y, a su vez, genera inseguridad jurídica.

Por ello, la actuación de la Corte suprema, al emitir el Acuerdo Plenario 5-2023/CIJ-112 y al reiterar su contenido mediante resoluciones como la Sentencia de Apelación 87-2023/Cajamarca, evidencia una expansión del control difuso hacia un espacio reservado únicamente para el control concentrado. Esta cuestión configura una interferencia indebida y transgrede la naturaleza que adopta el sistema jurídico peruano, el cual establece una separación entre las funciones del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, órganos que, si bien comparten el deber de preservar la supremacía normativa de la Constitución, poseen naturaleza y competencias claramente distintas.

Así, en la concepción originaria kelseniana de un modelo concentrado de justicia constitucional, se esbozó un tribunal autónomo y especializado, encargado de pronunciarse sobre la validez constitucional de las leyes con efectos generales y *erga omnes*. En este diseño, nunca se contempló que el Poder Judicial asumiera tales funciones.

Por otro lado, en el control difuso, la competencia de los jueces se limita a inaplicar normas inconstitucionales únicamente en casos concretos con efectos *inter partes*. En consecuencia, cualquier intento de asumir funciones del control concentrado por parte del Poder Judicial no solo resulta ajeno al marco constitucional vigente, sino también incompatible con los principios de especialidad funcional y separación de poderes que rigen el Estado constitucional de derecho.

La intromisión del Poder Judicial en competencias reservadas al Tribunal Constitucional resulta problemática, considerando que la Constitución y la jurisprudencia delimitan el ámbito de acción del control difuso, por ende,

se justifica que los jueces se aparten del contenido de un acuerdo plenario que desnaturaliza los límites de su función, pues este control sólo permite la inaplicación de normas en casos concretos y cualquier intento de generalizarla constituye un uso extralimitado de esta herramienta, transgrediendo su propia naturaleza e invadiendo el territorio del Tribunal Constitucional.

En ese sentido, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, en la consulta del Expediente 1618-2016, precisa reglas claras para el adecuado uso del control difuso, considerando que debe darse a partir de la presunción de validez constitucional de las normas, la realización de un juicio de valor de relevancia con justificación de su aplicación, la distinción entre disposición y norma, así como el agotamiento de técnicas interpretativas para salvar su constitucionalidad y justificar la intervención mediante un análisis de proporcionalidad. Estas exigencias limitan saludablemente el alcance del control difuso, reforzando la idea de un Poder Judicial que no puede asumir funciones propias del Tribunal Constitucional sin afectar la seguridad jurídica.

Los acuerdos plenarios no poseen rango legal ni pueden ser aplicados con efectos generales o retroactivos, y su necesidad de sólida motivación no les otorga fuerza normativa equivalente a la ley. Esto se ha manifestado en la jurisprudencia citada en la presente investigación, reafirmando su carácter interpretativo y no legislativo.

Finalmente, hemos constatado que el Acuerdo Plenario 5-2023/CIJ-112 ha producido efectos contrarios a su finalidad nomofiláctica y uniformadora, pues su emisión, lejos de generar coherencia interpretativa, ha incrementado la dispersión de criterios judiciales respecto a la aplicabilidad de la Ley 31751, afectando negativamente el principio de seguridad jurídica, el cual exige certeza y estabilidad normativa como condiciones esenciales para la tutela de los derechos del justiciable y el normal funcionamiento del sistema judicial.

Bibliografía

- Bateman, D. (2008). *Judicial review in kingdom and dominions*. Penn Program in Ethnic Conflict, Political Science. University of Pennsylvania 1-50. <https://www.polisci.upenn.edu/ppec/PPEC%20People/bateman/LSA%20Paper%20Final1.pdf>
- Bernales, E. (1996). *La Constitución de 1993*. Constitución y Sociedad.
- Calabresi, S. y Owens, J. (2014). The origins of Judicial Review. *Northwestern Public Law Research Paper No. 14-05*, pp. 1-152. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2391457

- Castillo, F. (2002). El principio de seguridad jurídica: especial referencia a la certeza en la creación del Derecho. *Documentación Administrativa*, (263-264) <https://www.proquest.com/scholarly-journals/el-principio-de-seguridad-juridica-especial/docview/2012125559/se-2>
- Chanamé, R. (2019). *Tratado de Derecho Constitucional*. Instituto Pacífico.
- Chanamé, R., Dondero, F., Pérez, E. y Calmet, A. (2009). *Manual de Derecho Constitucional*. Adrus.
- Doig, Y. (2010). La Justicia Negociada tras el Acuerdo Plenario de la Corte Suprema. *Derecho & Sociedad*, (34), 339-346. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13356>
- Domínguez, H. (2024). *La constitución 30 años después*. Gaceta Jurídica.
- Duverger, M. (2015). El Tribunal Constitucional. En Ferrero, R. (Comp.), *Derecho Constitucional General* (pp. 543-550). UNMSM e Instituto Pacífico.
- Eguiguren, F. (1998). Poder Judicial y Tribunal Constitucional en el Perú. *Ius et Praxis*, 4(1), 61-83.
- Fernández, F. (2011). La Judicial Review en la pre-Marshall court. *Teoría y realidad constitucional*, (28), 133-178.
- Fernández, F. (2014). La búsqueda de una nueva tipología explicativa de los sistemas de justicia constitucional. En Bagni, S. (Coord.), *Justicia constitucional comparada* (pp. 61-182). Editorial Porrúa.
- Furnish, D. B. (1969). La revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes en los Estados Unidos. *THEMIS Revista de Derecho*, 12-38. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/12675>
- García Belaunde, D. (2003). Nota sobre el control de constitucionalidad en el Perú: antecedentes y desarrollo (1823- 1979). *Historia Constitucional*, (4), 365-382.
- García Belaúnde, D. (2012). Kelsen en París: Una ronda en torno al “Modelo concentrado”. En Häberle, P. y García Belaúnde, D. (Coords.), *El control del poder* (pp. 933-958). UIGV.
- García Toma, V. (2008). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Palestra.
- Gomley, K. (2007). Judicial review in the Americas: Comments on the United States and Mexico. *Duquesne Law Review*, 45(3), 393-408.
- Grández, P. (2022). *El control constitucional difuso y el control convencional: algunos problemas de articulación*. Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú. <https://bit.ly/48AqIrh>
- Häberle, P. (2017). *Tiempo y Constitución*. Palestra.
- Hakansson, C. (2009). *Curso de Derecho Constitucional*. Palestra.
- Hakansson, C. (2014). *El proceso de inconstitucionalidad, una aproximación teórica y jurisprudencial*. Palestra.
- Hakansson, C. (2024). *Elementos para el estudio de las constituciones iberoamericanas*. Editorial BdeF.
- Hernández, P. (2023). *El Control del Poder en el Estado Constitucional*. Grijley.
- Herrera, C. M. (1994). La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución. *Revista de estudios políticos*, (86), 195-228.
- López, S. (2022). El modelo de control concreto de constitucionalidad en la Constitución ecuatoriana de 2008. *Foro Revista de Derecho*, (38), 29-52. <https://doi.org/10.32719/26312484.2022.38.2>

- Lustig, D. y Weiler, J. H. H. (2021). Control constitucional en el mundo contemporáneo - Retrospectiva y prospectiva. *Dikaion*, 30(2), 244-334. <https://doi.org/10.5294/dika.2021.30.2.1>
- Nogueira, H. (2000). Consideraciones sobre la jurisdicción constitucional en América y Europa. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, (4), 243-308.
- Pereira, A. (2011). *En defensa de la Constitución*. Palestra.
- Pérez Royo, J. (2016). *Curso de Derecho Constitucional* (15ª ed.). Marcial Pons.
- Pizzorusso, A. (2007). *Justicia, Constitución y pluralismo*. Palestra.
- Prakash, S. y Yoo, J. (2003). The origins of Judicial Review. *The University of Chicago Law Review*, (70), 3, 1-89.
- Public Law Project. (2018). *An introduction to Judicial Review*.
- Ramos, A. (2014). Sistemas y modelos de justicia constitucional, con particular referencia a los ordenamientos latinoamericanos. En Bagni, S. (Coord.), *Justicia constitucional comparada* (pp. 223-243). Editorial Porrúa.
- Rubin, A. (1979). *Judicial review in the United States*. *Southwestern Law Journal*, 7(1), 67-82.
- Rubio, F. (2012). *La forma del poder*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Sar, O. (2019). El control concentrado de constitucionalidad de las normas con rango de ley en el Perú (1996-2018). *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, (XXV), 155-182.
- Saylor, J. (1953). Judicial review prior to Marbury v. Madison. *Louisiana Law Review*, 40(1), 88-96.
- Shakespeare, W. (1978). *Complete works*. Oxford.
- Treanor, W. (2005). Judicial review before Marbury. *Stanford Law Review*, 58(2), 455-562.
- Tremblay, L. (2005). The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures. *International Journal of Constitutional Law*, 3(4), 617-648. <https://doi.org/10.1093/icon/moi042>
- Unzueta, K. P. (2020). El control difuso de la constitucionalidad de las normas jurídicas. *LEX-REVISTA de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 6(5), 105-124.
- Zagrebelsky, G., Marcenò, V. y Pallante, F. (2020). *Manual de Derecho Constitucional*. Zela.

Legislación citada

- Código Civil del Perú, 30/08/1936.
- Constitución Política del Perú, 19/10/1856, artículo 10.
- Decreto Legislativo 767, Ley orgánica del Poder Judicial, *Diario Oficial El Peruano*, 04/12/1991, artículo 112.
- Ley 29277, Ley de la Carrera Judicial, *Diario Oficial El Peruano*, 7/11/2008, artículo 47, inciso 8.
- Ley 31591, *Diario Oficial El Peruano*, 26/10/2022, artículo 112.
- Ley 31751, *Diario Oficial El Peruano*, 25/05/2023
- Segunda Sala Penal Superior de la Corte Superior de Justicia de la Libertad. Auto de apelación emitido en el Expediente 4992-2021-62, 22/03/2024
- Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, *Diario Oficial El Peruano*, 03/06/1993, artículo 116.

Jurisprudencia citada

- Corte Superior de Justicia de Arequipa, Primera Sala Penal de Apelaciones. Auto de Vista 086-

2024, 14/04/2024 <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/04/Expediente-61-2013-76-0405-JR-PE-01-LPDerecho.pdf>

Corte Superior de Justicia de la Libertad, Segunda Sala Penal Superior, sentencia de Apelación emitida en el Expediente 157-2020-68, León Velasquez, Namoc López y Taboada Pilco, 31/06/2024, fundamento: 15.

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente. (2016). Expediente 1618-2016/Lima Norte. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/09/Exp.-1618-2016-Lima-norte-LP.pdf>

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Sala Penal Permanente. (2018). Casación 45-2018/Nacional, 06/06/2019 https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/06/Casaci%C3%B3n-N%C2%B045-2018-Plenarios-Legis.pe_.pdf

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Sala Penal Permanente, Recurso de Apelación 205-2023/Piura. Cesar San Martín Castro, 10/09/2024, fundamentos cuarto y quinto.

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. Casación 6871-2013/Lambayeque, 23/04/2016.

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente. Casación 35-2018/Lima, 21/08/2019. <https://bit.ly/4rD0X2a>

Corte Suprema de Justicia de la República. Acuerdo Plenario 05-2023/CIJ-112, 28/11/2023. <https://bit.ly/48DofMP>

Roles de autoría y conflicto de intereses

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 y declaran no poseer conflicto de interés alguno.

RECENSIONES

LOS NUEVOS DERECHOS HUMANOS. TEORÍA JURÍDICA Y PRAXIS POLÍTICA

Jorge Crego y Carolina Pereira Sáez (Eds.)

Granada, Editorial Comares, 2024, 534 páginas.

Eliana De Rosa

Universidad de Mendoza. Universidad Juan Agustín Maza. Universidad de Congreso

elianaderos82@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-0675-2444>

<https://doi.org/10.26422/RJA.2025.0602.ros>

1. Introducción¹

Hace unos meses, tuve la enorme satisfacción de conocer personalmente al catedrático de la Universidad de la Coruña Pedro Serna, quien colocó en mis manos el trabajo que constituye el objeto de esta reseña.

El título de la obra es particularmente sugerente. La referencia a una nueva categoría de derechos humanos pone al resguardo a sus autores de cualquier impugnación que implique adjudicarles posicionamientos contrarios a la doctrina de los derechos humanos, mientras que obliga al lector a profundizar acerca de los aspectos del fenómeno que el libro analiza y problematiza. Exige, asimismo, la realización de distinciones conceptuales —y consecuentes caracterizaciones— entre los clásicos derechos y los nuevos, compeliendo a una reflexión crítica en torno a las implicancias de la positivización de cada uno de ellos.

Cada capítulo desarrolla en profundidad las complejidades del fenómeno, permitiéndole al lector obtener una visión amplificada de la problemática emergente.

1 La presente reseña se enmarca en un proyecto de investigación financiado por la Universidad Juan Agustín Maza, que actualmente me encuentro dirigiendo, titulado “Contextualismo y determinación del contenido de derechos humanos en la adjudicación. Presupuestos epistemológicos a partir de los aportes de las corrientes hermenéuticas holistas”.

La primera sección explora la génesis histórica de los nuevos derechos humanos (en adelante, NDH). Allí, Pedro Serna identifica una serie de patrones configurativos de su esquema operativo: (i) la exigencia de grupos colectivos agraviados que presentan sus pretensiones como derechos humanos (DD. HH.); (ii) la activación de la figura de vigilantes (*gatekeepers*), que asumen la tarea de receptar los objetos de la demanda y enmarcarlos dentro del sistema de derecho; (iii) la aceptación progresiva tanto de los Estados como de las organizaciones internacionales con el surgimiento de un nuevo derecho internacional (convencional o *soft law*); y (iv) la implementación o trasposición en el nivel del derecho interno de los Estados (p. 22).

Dos son las notas que, según Serna, distinguen a los NDH de los clásicos DD. HH.: (i) la menor universalidad y abstracción, puesto que “se proponen derechos que no son predicables universalmente” (pp. 24-25); y (ii) la estrecha vinculación con determinadas agendas políticas que hacen necesario el desarrollo de un andamiaje discursivo capaz de influir y modificar la opinión pública. Ello requiere el dominio de artilugios retóricos contestatarios de una situación denunciada como injusta, arbitraria y atribuida a un determinado *establishment* (p. 28). Paralelamente, el hecho de que la demanda se enmarque en el discurso de los DD. HH. es lo que posibilita atravesar los niveles locales, regionales y globales a través de la política, el derecho y la moral dada la pretensión de universalidad propia e inherente a los DD. HH. (p. 29).

Serna denuncia que las implicaciones de esta sobreexplotación retórica (p. 32) y la expansión descontrolada de NDH termina por redundar en una depreciación de la noción misma de derechos humanos en la sociedad. Más aún, a esta implicación cabe agregar la de que en no pocos casos aquellas pretensiones esgrimidas en términos de NDH intentan o entran en tensión con los llamados derechos *core* o “no derogables” (p. 35), como el derecho a la vida o a la libertad de expresión, entre otros.

Esta confusión conceptual entre deseos o preferencias y auténticos derechos se explica como efecto de la fractura intencional con el fundamento ontológico en la perspectiva que abre paso al surgimiento de los NDH. Es quizás este mismo extremo el que posibilita la imposición de “derechos fabricados por elites no legitimadas, mediante procesos poco transparentes y escasamente abiertos a la contestación y discusión pública” (p. 49), de donde se sigue el evidente riesgo para el principio democrático.

Por su parte, el profesor Gustavo Arosemena (p. 51) explica los NDH como un cambio de paradigma a partir de determinadas tendencias observables que se

verifican en la ampliación cuantitativa y cualitativa del catálogo de derechos, de entidades sujetas u obligadas y del concepto de discriminación con miras a cubrir toda desigualdad no justificada. Su proyección en el ámbito de las praxis judiciales se refleja en el aumento en los conflictos de derechos y la universalización de la ponderación como herramienta para la toma de decisiones jurídicas (p. 51).

Este nuevo paradigma subvierte la propia inteligencia de la categoría en la medida en que supone abdicar la idea de que los derechos humanos constituyen “un área donde los seres humanos son iguales (...) un espacio donde todos participamos de la misma dignidad” (p. 66), a la vez que ha hecho devenir la ponderación en una mera elección consistente en “una convicción intuitiva y sentimental respecto al mérito de las pretensiones de los litigantes” (p. 66). En lo fáctico, esto se traduce en una auténtica pérdida de la igualdad entre seres humanos fundada en el atributo de la dignidad humana, sin perder de vista otra implicación no menos relevante constituida por el sobreempoderamiento de los jueces (p. 68).

En torno a la implicación relativa al desbordamiento, inflación, exceso de oferta o hipertrofia (p. 71) característica de fenómeno de los NDH, y en estrecha relación con el tópico relativo al exceso de facultades que asumen sobre los tribunales, el profesor Oscar Vergara arguye sobre la arbitrariedad en el modo de resolución de los conflictos que se generan entre NDH y los DD. HH. ya consagrados, exponiendo las inconsistencias lógicas de los procesos de razonamiento judicial que se caracterizan por hacer —en palabras de García Amado— “minería de principios para extraer principios constitucionales implícitos” (p. 83).

Con especial foco en casos dirimidos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), Vergara denuncia la derivación forzada de principios implícitos a partir de los explícitos en la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), demostrando tanto la falta de motivación como las fracturas conceptuales que se producen en la especificación entre el principio inicial y el especificado (p. 83), lo que expone su evidente arbitrariedad.

En sentido congruente, el profesor Juan Cianciardo apunta el tránsito en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) a partir de la reinterpretación del art. 26 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que consagró de modo progresivo —y el autor añade el calificativo de vertiginoso— hacia la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) (pp. 92-93).

Cianciardo concluye que esta evolución desmesurada de los criterios de la Corte IDH coloca a los DESCA en riesgo de frustración, dada su dependencia

y condicionamiento de los recursos del Estado para garantizar su prestación efectiva. Así, el autor defiende la necesidad de reservar a la agencia judicial el rol de interpretar los principios de DD. HH. a la luz de la regulación (y especificación) que realice la agencia legislativa, que, a su turno, se encarga de especificar los principios de derecho fundamental contenidos tanto en la Constitución como en los tratados internacionales de DD. HH.

La obra reseñada también recoge las contribuciones referentes al señalamiento del paradigma neoconstitucional como un escenario que ha propiciado el surgimiento de los NDH y su impacto en las prácticas jurídicas. Este cambio de paradigma se caracteriza por negar la referencia a la naturaleza humana, lo cual, *a priori*, colocaría en tela de juicio, por un lado, la propia naturaleza de los derechos, puesto que no queda claro si se trata de facultades o directrices políticas, y, por otro, su titularidad (p. 156). De este modo, se explica la aparición de demandas esgrimidas en apelación al discurso de los DD. HH. en beneficio de supuestos titulares no humanos (animales o entes no humanos). Este último efecto refleja la pérdida del fundamento originario del Estado constitucional de derecho, a saber: la dignidad humana y el respeto a los derechos fundamentales como núcleo del bien común (p. 177).

Resta hacer referencia a una de las aristas más paradójales que ha traído consigo el fenómeno de los NDH: la revisión de categorías clave de la teoría de los derechos humanos, tales como el concepto de persona y el derecho a la vida. La obra reseñada analiza dos pretensiones que en los últimos años se han instalado de modo invasivo y hegemónico en el debate público: el aborto y la eutanasia. La primera de ellas es trabajada por el profesor Vicente Bellver Capella, quien arguye sobre la importancia del discurso de los derechos humanos como el reflejo actual de lo que ha de entenderse como “justicia cívica”, pero, a la vez, destacando que el lenguaje de los derechos se constituye frecuentemente en arma de enfrentamientos, de blindaje de determinadas posiciones y desacreditación de otras contrarias (p. 366). En este estado de situación, el autor apunta que “la hipertrofia del discurso de los derechos trae consigo una amenaza grave: el convertir en incoherente el discurso de los derechos” (p. 367).

No cabe duda de que el ejemplo más elocuente de este efecto es el caso del aborto, lo cual se evidencia con claridad en la deriva que tiene la problemática en países en los que ya se ha legalizado la práctica. La consagración del aborto como derecho podría claramente devenir en: (i) el establecimiento de sistemas de plazos que permitan excepcionalmente la realización de la práctica hasta el nacimiento; (ii) el recurso al aborto como método anticonceptivo (p. 390);

(iii) la consideración de la objeción de conciencia como un obstáculo para el ejercicio del pretendido derecho (p. 391); (iv) la imposición de un pensamiento único en los ámbitos educativos y el consiguiente cercenamiento de posiciones discrepantes; y (v) el reducción de otras libertades implicadas en la problemática, tales como la libertad científica, de pensamiento, de expresión, de cátedra (p. 391), etcétera.

Por su parte, la profesora Pilar Zambrano denuncia el caso de la Ley Orgánica 3/2021 de España, que consagra la eutanasia como derecho individual de contenido prestacional. La tesis del aporte es “que la legalización de la eutanasia como derecho prestacional expulsa del sistema jurídico toda pretensión de obligatoriedad moral y la sustituye por una lógica utilitaria, que no es propiamente racionalidad moral sino más bien técnica” (p. 395). A esta tesis, la autora le añade otras dos implicaciones directamente conectadas con la principal: la consiguiente pérdida de la fuerza categórica de los demás derechos y la pérdida tanto de la naturaleza como del objeto del derecho a la libertad de conciencia (p. 395).

Zambrano cuestiona la validez de la derivación de un derecho prestacional a la eutanasia mediante la invocación del valor de la dignidad, arguyendo en torno a la fuerza categórica de las normas morales, la cual “se concreta como capacidad de ‘derrotar’ o ‘excluir’ la racionalidad de cualquier otro deseo o interés de obrar de forma contraria” (p. 398).

Luego de una exhaustiva argumentación sobre el punto, esta autora sostiene que pretender derivar del valor de la dignidad un derecho cuyo contenido es activar un curso de acción consistente en matar es, cuando menos, autocontradictorio, conduciendo inexorablemente a la “relativización del valor de la vida humana” (p. 412). La consagración de este “nuevo derecho” puede concebirse “como la culminación de una profunda contradicción interna de la cultura de los derechos, que se debate entre una racionalidad práctica orientada por razones y una racionalidad práctica orientada por deseos e intereses” (p. 413).

5. Conclusión

Este brevísimo recorrido por la obra comentada permite identificar una serie de implicancias que plantean desafíos significativos tanto para la teoría general del derecho como para la praxis jurídica. Del lado de la teoría, la aparición en escena de los NDH obliga a redefinir categorías conceptuales, muchas de las cuales entrarían en crisis si se receptan las nuevas pretensiones *qua* derechos humanos. Ello le requeriría a la teoría general del derecho —o, más específicamente,

a la teoría general de los derechos humanos— a resignificar tanto los contenidos como el sujeto destinatario de estos, que, *a priori*, ya no sería el ser humano por el solo hecho de ser tal, sin distinciones de ninguna naturaleza y con exclusivo fundamento en su dignidad inherente.

Del lado de la praxis, no se puede ignorar que este nuevo formato que adquieren los derechos humanos no hace más que enfatizar aquella acusación que en algún momento de la historia del surgimiento y desarrollo del sistema de derechos humanos recibió la categoría de parte de las llamadas “teorías críticas”: su carácter político e ideológico. Los actos adjudicativos se convierten en actos verdaderamente políticos, cuando no ideológicos, y los jueces devienen en auténticos activistas por falta o ausencia de marcos de referencia objetivos tanto en el plano jurídico como en el epistemológico. Este nuevo esquema de DD. HH. no hace más que exacerbar dicho carácter, convirtiéndose así en instrumentos de penetración en las soberanías nacionales y en el aparato político y jurisdiccional. Tampoco hay parámetros ni herramientas institucionales que permitan contener el llamado “fenómeno de la inflación de los derechos”, por el que, paralelamente a su aumento en número de las pretensiones que se incorporan en el sistema, se produce la consecuente depreciación axiológica de su fundamento. A esto último cabe agregarle aquello que Onora O’Neil (2005) designó como “el lado oscuro de los derechos humanos” (pp. 427-439),² en la medida en que se hace necesario identificar al sujeto obligado al cumplimiento de las prestaciones que constituyen su objeto en orden de garantizar su operatividad.

De ahí que nos enfrentemos a la acuciante disyuntiva de caer en una postura escéptica en torno a la existencia y posibilidad de fundamentación racional de la categoría jurídica “derechos humanos”, o que asumamos la empresa de recomponerla sobre la base de su inteligencia original: la protección de la persona humana y su dignidad inherente.

2 También véase O’Neil (1996).

Bibliografía

- Crego, J. y Pereira Sáez, C. (Eds.). (2024). *Los nuevos derechos humanos. Teoría jurídica y praxis política*. Comares.
- Guatini, R. (2003). La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En Carbonell, M. (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 49-74). Trotta.
- O’Neil, O. (1996). *Towards justice and virtue: A constructive account of practical reasoning*. Cambridge University Press.
- O’Neil, O. (2005). The dark side of human rights. *International affairs*, 81(2), 427-439.

Conflicto de intereses

La autora declara no poseer conflicto de interés alguno.

LA DOCTRINA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO. FUNDAMENTOS, ALCANCES, PROBLEMAS Y SOLUCIONES

Ignacio Colombo Murúa

Colección Nuevas Perspectivas del Derecho Público (P. Caminos e I. González Tocci, dirs.). Buenos Aires, Thomson Reuters-La Ley, 2024, 400 páginas.

Sofía Calderone¹

Universidad Católica Argentina

sofiacalderone@uca.edu.ar

<https://doi.org/10.26422/RJA.2025.0602.calde>

Hace casi veinte años, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) decidía el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (2006), y entre los párrafos de la sentencia anunciaba la doctrina del control de convencionalidad.² La innovación jurisprudencial —que, de hecho, amplificó los efectos de los pronunciamientos del tribunal— conmovió al sistema regional y levantó un debate acerca del rol de los jueces interamericanos y su legitimidad. Al aproximarse las dos décadas de aquel caso fundacional, Ignacio Colombo Murúa coloca bajo la lupa la creación pretoriana de la Corte IDH en el libro: *La doctrina del control de convencionalidad en el Sistema Interamericano. Fundamentos, alcances, problemas y soluciones* (2024).

El profesor de la Universidad Católica de Salta lleva tiempo estudiando el

1 Esta reseña se escribió en el marco del “Seminario de investigación de proyecciones constitucionales (SePC)” (Facultad de Derecho, Universidad Católica Argentina).

2 Corte IDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C 154, párr. 124.

funcionamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). Su labor ya había arrojado resultados: un *paper* en una revista científica (Colombo, 2022, pp. 83-115), ponencias en congresos nacionales e internacionales y la dirección de una obra colectiva previa de la editorial Contexto (Colombo Murúa, 2021). El nuevo aporte —publicado por la Colección Nuevas Perspectivas del Derecho Público del sello Thomson Reuters-La Ley— refleja una teorización madura del autor, con un sólido sustento bibliográfico e ideas originales que ha enriquecido con el correr de su pluma.

La doctrina del control de convencionalidad... se organiza en cinco capítulos: La primera parte ofrece una panorámica de la situación del SIDH y de las dificultades que conllevan el control de convencionalidad y la interpretación activista de la Corte IDH (capítulos I y II). Más adelante, el libro discurre en torno a las reacciones que brotaron entre los países suscriptores de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y los criterios aparecidos en el ámbito europeo para delimitar y coordinar la acción de los Estados y los órganos internacionales (capítulos III y IV). En el tramo final, el autor comparte las conclusiones (capítulo V).

Colombo Murúa, en el capítulo de apertura, vuelve la mirada sobre las bases constitutivas del SIDH y recuerda que no es un sistema supranacional o de integración: en cambio, su fundamento es de raigambre convencional (pp. 8-16). En esa estructura, la competencia de los órganos del sistema —la Corte IDH y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos— está predeterminada por la normativa contenida en la CADH y en los tratados posteriores. Tal marco normativo, explica el autor, quedó difuminado por obra de la Corte IDH, que “se ha ‘independizado’ del texto convencional” (p. 16), ha redefinido sus propias competencias y ha construido la doctrina del control de convencionalidad que, al asemejar el SIDH a un sistema supranacional, trastocó sus cimientos (capítulo I).

También, en el capítulo introductorio, reconstruye la senda andada por la Corte IDH al fraguar el control de convencionalidad. El recorrido inicia con las primeras apariciones de la doctrina en votos disidentes, aborda el caso consagratorio y se completa con una selección de la jurisprudencia y de las opiniones consultivas más significativas. Por otro lado, el tribunal regional recurrió a medidas accesorias para instalar (o, cuando menos, difundir) el control de convencionalidad y su aplicación: Tello Mendoza (2024, 63-68) señala que la Corte IDH ha mencionado a la doctrina en los informes presentados ante la Asamblea de la Organización de los Estados Americanos y ha reportado la

realización de capacitaciones y la publicación de cuadernillos temáticos.³ En cualquier caso —y a pesar de esos esfuerzos— el control de convencionalidad no fue aceptado de forma pacífica e incluso ha provocado contrapuntos dentro de los órganos del SIDH. Colombo Murúa repara en las desavenencias ocurridas en el seno de la Corte IDH y muestra que los desacuerdos se tradujeron en opiniones consultivas fragmentadas, con votos en disidencia de jueces provenientes de sectores ideológicos diversos, como es el caso de Sierra Porto, Vio Grossi, Zaffaroni, Pazmiño Freire y Odio Benito (pp. 77- 97).

El diagnóstico de la situación del SIDH se agudiza en el capítulo II del libro, a partir de una exploración de las causas últimas del control de convencionalidad. Para explicar el contexto histórico político en el que surge la doctrina y su devenir, el autor echa mano a la categoría *hartiana* de “casos fáciles” y “casos difíciles” (pp. 109-129). Sobre esa base, afirma que la Corte IDH forjó el control de convencionalidad cuando daba sus primeros pasos: entonces, los países latinoamericanos tenían Gobiernos de facto o democracias endebles y la avidez del tribunal era comprensible, porque el SIDH era un dique de contención frente a violaciones graves y nítidas de los derechos humanos (“casos fáciles”). Con el tiempo, el contexto fue mudando: en los Estados suscriptores de la CADH se asentaron los Gobiernos democráticos y la Corte IDH comenzó a conocer causas que involucran tópicos sensibles, que no fueron contemplados con precisión en la CADH y motivan álgidos debates (“casos difíciles”). Este tipo de causas dejan entrever en qué medida los derechos humanos son todavía “un asunto no concluido” (Glendon, 1999) y —dado que no hay consenso en la comunidad internacional— reclaman prudencia de los jueces interamericanos. Sin embargo, según Colombo Murúa, al enfrentarse a “casos difíciles”, la Corte IDH se aferró al control de convencionalidad, acentuó su posición activista, engrosó el catálogo de derechos y estándares⁴ y dispuso obligaciones que no fueron siquiera vislumbradas por los Estados cuando suscribieron los tratados.

A continuación, el autor revisa las teorías *iusfilosóficas* que se esgrimen como posible fundamento del control de convencionalidad: en ese orden, examina la doctrina del *ius constitutionale commune* (ICCAL), el neoconstitucionalismo, la universalidad de los derechos humanos, el *ius cogens* y el derecho cosmopolita

3 La Corte IDH persiste en la difusión de su doctrina, como lo prueba la publicación de la segunda edición del *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 7: Control de Convencionalidad* (2025).

4 El concepto de *estándares internacionales de derechos humanos* es todavía vago e incierto: en otra obra reciente de la misma colección, De Casas (2025) busca desentrañar su significado y sus alcances.

(pp. 129-159). Con una exposición sencilla, dilucida los principales lineamientos de cada una, cómo han sido receptadas (o deformadas) para justificar el control de convencionalidad y cuáles son sus debilidades. Se ocupa, en particular, de la teoría del ICCAL: explica que sus partidarios aspiran a la creación de “una especie de derecho universal” (p. 130) que fortalezca la democracia y el resguardo de los derechos humanos en la región. En un escenario que plantea la superación del modelo moderno de los Estados nacionales, el discernimiento de este *derecho común* recaería en la Corte IDH, encargada de diseñar los estándares que —gracias al diálogo de judicaturas— trasformaría los sistemas jurídicos de los países de Latinoamérica. Colombo Murúa desmenuza las incongruencias internas de la doctrina del ICCAL y sostiene su incompatibilidad con un sistema de tipo convencional y subsidiario como el SIDH.

El control de convencionalidad reposa en última instancia en el método de interpretación adoptado por los jueces interamericanos. La cuestión es transversal al análisis que condensa el libro y se estudia en detalle al final del capítulo II. La Corte IDH, observa Colombo Murúa, emplea una hermenéutica evolutiva que la ha llevado a abandonar las reglas clásicas previstas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (arts. 31, 32 y 33). La implementación de un “mecanismo interpretativo manipulativo” (p. 159), sostiene el autor, le permitió al tribunal desprenderse de la CADH y, a la postre, extraer conclusiones contrarias a su texto. Por cierto, la interpretación supone un grado de discrecionalidad para el juez que debe valorar los hechos, las normas y determinar cuál es la regla que resolverá la causa. Una norma, además, puede tolerar varias interpretaciones razonables. Los inconvenientes afloran cuando el intérprete trasvasa o traiciona los contornos normativos, diluye el significado de sus términos o deshace los límites del sistema para decidir más allá del caso, pues se corre el riesgo de caer en la arbitrariedad.

En este sentido, Colombo Murúa advierte cómo, por la vía interpretativa y sin que mediara acuerdo de los Estados, la judicatura interamericana impulsó una reconfiguración del SIDH y de su propia función. Con la doctrina del control de convencionalidad, explica, la Corte IDH dio un “paso interpretativo indebido” (p. 185), trasmuto “la función jurisdiccional —prevista para el caso concreto— en nomogenética” y constituyó “como norma a sus propias interpretaciones” (p. 185). De ese modo, propició la extensión “autorreferencial” (p. 188) de sus decisiones y, contra lo establecido en el art. 68.1 de la CADH, les adjudicó efectos *erga omnes*. Lejos de vigorizar al SIDH, el activismo judicial tuvo costos: como se apunta en el libro, la interpretación de la Corte IDH a

menudo choca con principios elementales de la convención, como el principio democrático, de debido proceso y de subsidiariedad (pp. 189-193). Asimismo, el autor desvela la “inconsistencia [de la Corte IDH] en la utilización de la teoría de la interpretación” (p. 193), porque, si bien el tribunal “se sirve de un esquema constructivo para leer las normas convencionales” (p. 160), en simultáneo persigue que los Estados apliquen “de manera mecánica y silogística sus pronunciamientos” (p. 160). Para usar las palabras de Silva Abbott (2024), la Corte IDH ha procurado acaparar “el monopolio absoluto de la interpretación” de los tratados regionales y, como resultado de la *sobreinterpretación* en el SIDH, se desenvuelve un “creciente proceso de desformalización”.

La acción expansiva del tribunal —cristalizada en la doctrina del control de convencionalidad— fue recortando el espacio de acción de los Estados, que son los primeros obligados a la tutela de los derechos humanos dentro de su jurisdicción. Pronto asomaron las ambigüedades y problemáticas inherentes a los derechos humanos, fundados en los “atributos de la persona humana”, pero cuyo sistema de protección internacional es de “naturaleza convencional coadyuvante o complementaria”, según lo fija el Preámbulo de la CADH. Quizás por eso la avanzada de la Corte IDH no fue bienvenida ni acatada de forma incondicionada por los países parte del SIDH. En esa línea, en el capítulo III del libro, el autor recoge algunas iniciativas —“reticencias fundadas” (p. 199)— que procuraron refrenar el obrar del tribunal regional, como la “Declaración sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, suscripta por Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay el 23 de abril de 2019. Unas cuantas páginas se destinan al episodio que protagonizó Argentina, luego de que, en *Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina* (2011), la Corte IDH ordenara “dejar sin efecto” una “condena civil”.⁵ En *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto* (2017),⁶ la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, sostuvo que los *principios de derecho público* impedían “dejar sin efecto” —esto es, “revocar”— una sentencia que en nuestro país tenía autoridad de cosa juzgada (art. 27 de la Constitución Nacional). Colombo Murúa disecciona el razonamiento de la Corte Suprema, destaca su “visión ‘convencionalista’” (p. 202) —es decir, apegada a la letra de los tratados— y cómo incorporó algunas nociones que buscan limitar la acción invasiva de los órganos internacionales. La posición del tribunal doméstico, adiciona, impulsó “una suerte diálogo” (p. 210) que arrastró a la Corte IDH a morigerar su discurso.

5 Corte IDH, caso *Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina*. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Fondo, reparaciones y costas. Serie C 238. Punto dispositivo 2.

6 Fallos: 340:47 (2017).

El autor, en lo que sigue, presenta teorías y pautas que podrían distender las tensiones que se multiplican en el SIDH. Se refiere, primero, al principio de subsidiariedad y a la doctrina del margen nacional de apreciación (pp. 228-249). En este punto, coincide con otros investigadores que, con matices, reivindicán al principio de subsidiariedad y sus derivados como criterios instrumentales adecuados para conciliar la protección de los derechos humanos y las relaciones entre los sistemas nacionales e internacionales (Santiago, 2020, *passim*; Tello Mendoza, 2024, 421- 436; Vítolo, 2023, 479-492). Colombo Murúa también se esmera por ensanchar el abanico de posibilidades con aportes novedosos y rastrea otros criterios restrictivos del obrar de los tribunales internacionales provenientes del derecho europeo. De una parte, se concentra en el “giro procedimental”, una directriz de deferencia ante las decisiones domésticas alcanzadas en un proceso democrático auténtico (pp. 249-258). De la otra, introduce la teoría de la “identidad constitucional y de los contralímites”, referida a la existencia de fundamentos medulares del orden constitucional de los Estados que alzan una muralla frente al derecho internacional (pp. 258-293).

Por último, el autor se detiene en las nociones de cosa juzgada nacional e internacional, desentraña cómo una y otra se articulan en el SIDH, los solapamientos y las pautas de demarcación surgidas en la práctica (capítulo IV). La Corte IDH dilató la cosa juzgada internacional por fuera de lo previsto en la CADH (arts. 67 y 68.1) y puso en jaque el concepto de cosa juzgada nacional (pp. 318-328). Al resolver casos, indica el profesor salteño, el tribunal regional ha actuado como una “cuarta instancia” y ordenado medidas de reparación amplísimas, como la revocación de sentencias que en el ámbito interno del país condenado eran cosa juzgada. En paralelo —y tal vez en el afán de fabricar un “sistema de precedentes” (p. 326)— ha pretendido la vinculatoriedad de las interpretaciones contenidas en sus fallos y opiniones consultivas, no solo para el Estado parte del litigio (*res iudicata*), sino para todos los países parte de la CADH (*res interpretata*). Como contrapartida, clama por un concepto de cosa juzgada que sea consistente con la normativa convencional y que favorezca el balanceo de competencias entre los Estados nacionales y los órganos del SIDH. De ahí en más, el capítulo refleja cómo ha decantado la cuestión en Argentina, los vaivenes en la jurisprudencia de la Corte Suprema y el viraje operado en *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto*, decisión que —según se marca en el libro— cambió el tono de las conversaciones (pp. 328-336).

En el capítulo de cierre, Colombo Murúa describe a la doctrina del control de convencionalidad como “judicialista” y “nomogenética” (p. 345) y —al me-

nos en una versión fuerte— la considera incompatible con un sistema de índole convencional (capítulo V). Inquieto por el futuro del SIDH, propone soluciones asequibles para superar la crisis: frente al maximalismo internacionalista, sugiere que la Corte IDH retome el método de interpretación “tópica” (p. 345)—centrada en la solución de un caso por vez— y que cumpla una misión eminente, pero prudencial y modesta, como fiel guardiana de la CADH.

La irrupción de la obra en el escenario académico regional es oportuna y representa una contribución valiosa acerca del origen y la evolución del control de convencionalidad que se hace cargo de las dificultades teóricas y prácticas que la doctrina ha acarreado. Sin perder la actitud propositiva, el autor ordena buena parte de las objeciones que se formularon contra el control de convencionalidad, dialoga y añade otras nuevas. Capítulo a capítulo, se descubre su profundo conocimiento del sistema regional, de la CADH, de la jurisprudencia de la Corte IDH, de la doctrina jurídica y también su formación filosófica. Quienes quieran entender el funcionamiento y los avatares del tribunal regional deberán compulsar los desarrollos contenidos en este estudio. De seguro, renovará las reflexiones entre los actores del SIDH y también entre jueces y abogados domésticos que no siempre están familiarizados con los retos que el control de convencionalidad entraña.

Desde luego, la lectura del libro suscitará interés en los investigadores y puede incentivar nuevos trabajos acerca de la Corte IDH y su producción, que, en tantos aspectos, permanece inexplorada. Por ejemplo, no existe un proyecto que sistematice y catalogue en una base de datos el universo de decisiones del tribunal, incluidas las sentencias de fondo, las resoluciones sobre medidas provisionales, de supervisión de cumplimiento de sentencias y las opiniones consultivas que aludan a la doctrina del control de convencionalidad.⁷ Una indagación complementaria podría corroborar si la Corte IDH aplica el control de convencionalidad con distintas intensidades, si hay tópicos en los que evidencia una postura más incisiva o si es posible clasificar los fundamentos y fuentes que usa cada vez que se refiere a la doctrina. El estudio de las sentencias y opiniones consultivas puede ayudar a la evaluación de las fortalezas y flaquezas del tribunal regional, colaborar al contralor de su función y a la mejora del SIDH.

La voz de los académicos tiene mucho para dar en la región y las críticas que

7 Las investigaciones jurídicas que recolectan y analizan datos no abundan en Latinoamérica. Un equipo de investigadores argentinos (Escudero Giménez et al., 2023) emprendió un estudio del uso del concepto de dignidad en la jurisprudencia de la Corte IDH y produjo una base de datos de libre acceso que podría ser un modelo para nuevos acercamientos.

ha recibido la Corte IDH van generado un suave eco entre los jueces interamericanos.⁸ Mientras se abren nuevos carriles de diálogo, *La doctrina del control de convencionalidad...* trae una radiografía del SIDH, de los desafíos que afronta y de posibles alternativas armonizadoras. Colombo Murúa es consciente de la importancia de los derechos humanos, del papel de la Corte IDH y también de la fragilidad institucional que atraviesa al sistema regional, y con optimismo propone transitar un proceso de moderación que rescate al SIDH de la crisis antes de que sea demasiado tarde.

Bibliografía

- Colombo, I. (2022). Un análisis crítico de la doctrina del control de convencionalidad. *Omnia. Derecho y sociedad*, 5(1), 83-116. <https://doi.org/10.53794/ro.v5i1.350>
- Colombo Murúa, I. (Dir.) (2021). *Un análisis de la doctrina del control de convencionalidad*. Contexto.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2025). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 7: Control de Convencionalidad* (2ª ed.). <https://bibliotecacorteidh.winkel.la/Product/ViewerProduct/1651#page=1>
- De Casas, I. (2025). *El valor jurídico de los estándares internacionales de derechos humanos. Estudio desde la teoría de las fuentes del derecho internacional*. Thomson Reuters-La Ley.
- Escudero Giménez, R. A., Ratti Mendaña, F. S., Lell, H. M. y Lafferrière, J. N. (2023). *Dignidad en la Corte Internacional de Derechos Humanos 1982-2021 v2.0 [Base de datos]*. <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/16288>
- Glendon, M. A. (1999). Foundations of Human Rights: The Unfinished Business, *The American Journal of Jurisprudence*, 44(1), 1-14. <https://doi.org/10.1093/ajj/44.1.1>
- Santiago, A. (2020). *Principio de subsidiariedad y margen nacional de apreciación. Articulación del sistema interamericano de protección de derechos humanos con los regímenes nacionales*. Astrea.
- Silva Abbott, M. (12 de septiembre de 2024). Algunos comentarios al altercado entre la Corte Interamericana y Perú por un proyecto de ley. *El Derecho – Diario*. Tomo 308. ED-V-DCC-CLXVIII-242.

8 Patricia Pérez Goldberg ha denunciado “problemas recurrentes en la jurisprudencia de la Corte”. Por ejemplo, cuestionó la “equiparación entre las distintas fuentes del derecho internacional público, es decir, entre las denominadas fuentes de *hard law* y *soft law*”, la invocación promiscua y la transcripción textual de normas de *soft law*, sin que se sopesa su valor normativo, y el “sesgo de confirmación” en la elección de las fuentes. Respecto de la estructura de los pronunciamientos, alerta sobre la “falta [de] distinción clara entre cuáles serían para la Corte las recomendaciones y cuáles las obligaciones, ni qué afirmaciones han quedado formuladas como *ratio* y cuáles a título de *obiter dicta*”. Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva 32/25. 29 de mayo de 2025, solicitada por la República de Chile y la República de Colombia. Emergencia climática y derechos humanos. Serie A. Voto concurrente y parcialmente disidente de Patricia Pérez Goldberg, 2-4.

- Vitolo, A. M. (2023). El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el principio de subsidiariedad. En Jara, J. L. y De la Riva, I. (Dirs.), *El principio de subsidiariedad y su impacto en el Derecho Administrativo* (pp. 479-492). Tirant Lo Blanch.
- Tello Mendoza, J. A. (2024). *Control de convencionalidad y Estado constitucional de Derecho. Consideraciones sobre la doctrina creada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Tirant Lo Blanch.

Conflicto de intereses

El autor declara no poseer conflicto de interés alguno.

EL TRIBUNAL DE LA FEDERACIÓN. LOS CONFLICTOS SUBNACIONALES Y LA COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

Carlos J. Laplacette

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ediar, 2024, 482 páginas.¹

Daniel Reimundes

Universidad Católica Argentina

dfreimundes@gmail.com

<https://doi.org/10.26422/RJA.2025.0602.rei>

El federalismo argentino, desde su instrumentación formal en el año 1853, ha enfrentado reiteradas tensiones entre corrientes centralistas y localistas. Sin embargo, el papel que le cupo a la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, Corte Suprema) como órgano de resolución de los conflictos entre dos provincias ha sido objeto de escasa sistematización académica. La obra del doctor Carlos J. Laplacette, que forma parte de su tesis doctoral obtenida en la Universidad de Buenos Aires, constituye un aporte original y por demás novedoso, aunque también rupturista, pues invita a repensar el alcance y naturaleza de la competencia originaria de la Corte Suprema en torno a dirimir las disputas político-institucionales entre provincias desde la óptica del artículo 127 de la Constitución nacional.²

1 Esta reseña se escribió en el marco del “Seminario de investigación de proyecciones constitucionales (SePC)” (Facultad de Derecho, Universidad Católica Argentina).

2 El artículo 127 de la Constitución nacional dispone: “Ninguna provincia puede declarar, ni hacer la guerra a otra provincia. Sus quejas deben ser sometidas a la Corte Suprema de Justicia y dirimidas por ella. Sus hostilidades de hecho son actos de guerra civil, calificados de sedición o asonada, que el Gobierno federal debe sofocar y reprimir conforme a la ley”.

Laplacette sostiene que la competencia que ejerce la Corte Suprema en los conflictos interprovinciales bajo el aludido artículo 127 es de naturaleza jurisdiccional, y se despliega en el ámbito delimitado por los artículos 116 y 117 de la Constitución nacional. A fin de defender la exactitud de la propuesta, el autor apela a una interpretación sistemática del texto constitucional, a un análisis casuístico de la aplicación del precepto anteriormente mencionado como regla de solución de las controversias y a un recordativo de la dimensión política originaria de la Corte Suprema.

A lo largo de ocho capítulos, se estudian de forma pormenorizada los conflictos interprovinciales y sus métodos de resolución, la pauta constitucional que se invoca (el artículo 127 de la Constitución nacional) y sus antecedentes, los criterios utilizados por la doctrina para distinguir a la competencia dirimente de la Corte Suprema, la jurisprudencia donde se resolvieron los mencionados conflictos interprovinciales, las decisiones de la Corte Suprema en otros casos de competencia jurisdiccional, la comparación de su campo de actuación con el de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, el tratamiento de los conflictos horizontales en otros federalismos americanos y la situación particular de la Ciudad de Buenos Aires ante la competencia originaria de la Corte Suprema (aspecto sobre lo cual me detendré especialmente al final de esta reseña).

Sabido es que la competencia originaria de la Corte Suprema cuando una provincia es parte está justificada en la imparcialidad que dicho tribunal de justicia ofrece y la trascendencia político-institucional de los entes intervinientes. La mentada competencia originaria se encuentra estructurada en los artículos 117 y 127 de la Constitución nacional. Mientras que el primero se inscribe en el marco de las atribuciones del Poder Judicial federal —inspirado en el artículo III, sección 2ª, de la Constitución estadounidense—, el segundo, menos explorado doctrinalmente, emerge desde el ámbito provincial con claras influencias de Juan Bautista Alberdi y del modelo constitucional suizo.

La obra revela que, pese a estas diferencias de fuente y ubicación, ambos preceptos confluyen en una práctica judicial unificada: la Corte Suprema ha asumido la resolución de conflictos interprovinciales como un mandato constitucional, ejerciendo una función jurisdiccional singular. Así, el autor distingue dos formas de competencia originaria. Una más amplia, derivada del artículo 117, y otra más acotada, aunque no menos importante, emanada del artículo 127, donde se expresa la prohibición de agresión entre provincias y la obligación de someter sus diferencias a un órgano de la federación.

Esta solución constituye un rasgo típico de los sistemas federales. La prohibición de hostilidades, por su parte, se encuentra íntimamente ligada a la del artículo 126 del texto constitucional, donde se les impide a las provincias “armar buques de guerra o levantar ejércitos” con la sola excepción de situaciones urgentes que no admitan dilación y siempre dando cuenta al Gobierno federal. Asimismo, el artículo 127 viene a complementar la previsión del artículo 125, en cuanto contempla que las provincias pueden celebrar tratados parciales con conocimiento del Congreso de la Nación.

Sobre el alcance del artículo 127, Laplacette sostiene que la clave radica en que éste alude a controversias donde intervienen únicamente provincias, mas con la necesidad de una configuración típica de caso judicial. Por ello, se la denomina “competencia dirimente”. Su objeto no es meramente jurídico, sino también institucional y político. Este diseño, extraño en el sistema estadounidense, responde a un intento deliberado por otorgarle a la Corte Suprema una herramienta de estabilización federal frente a disputas horizontales entre provincias, tan frecuentes al momento de constituirse nuestra organización nacional.

El artículo 127, entonces, funge como una garantía institucional, una cláusula de resolución obligatoria de disputas interprovinciales, incluso de aquellas teñidas de fuerte contenido político. Aunque su carácter es excepcional, no deja de revestir —insisto— naturaleza jurisdiccional, exigiendo la existencia de un conflicto concreto (“caso judicial”) que habilite la intervención de la Corte Suprema en instancia originaria. Lejos de actuar como un mero mediador político, la Corte Suprema lo hace en su papel de juez constitucional en el afán de preservar el pacto federal.

En tiempos recientes, se observó cómo estos conflictos recobraron actualidad. Disputas limítrofes y desacuerdos sobre medidas sanitarias pusieron en evidencia la importancia del artículo 127 como herramienta de equilibrio y pacificación institucional. En mi opinión, una de las principales contribuciones del libro es la constatación de que, pese a la diferenciación normativa entre los artículos 117 y 127, la Corte Suprema ha tendido a tratarlos de forma análoga. El autor —a partir del estudio jurisprudencial de gran valor que se despliega específicamente en el capítulo quinto de la obra— demuestra que los casos encuadrados bajo ambas disposiciones han sido abordados con herramientas y criterios similares, sin distinguir adecuadamente entre una competencia judicial tradicional y una dirimente de carácter político-institucional, aunque también de naturaleza jurisdiccional.

El caso arquetípico sobre “competencia dirimente” de la Corte Suprema es la causa *Provincia de La Pampa c/ provincia de Mendoza s/ uso de aguas* (2017), relativo al uso de las aguas del río Atuel, en cual declaró que, en virtud del artículo 127 de la Constitución Nacional, posee una jurisdicción que reviste de diversa naturaleza a la estrictamente judicial contemplada en los artículos 116 y 117. En dicha ocasión, se adujo que una lectura dinámica del texto constitucional exige interpretar que el contenido conceptual que corresponde atribuirle al término “guerra” de la fórmula utilizada por el artículo 127 debe ser interpretado extensivamente, no solo limitado a situaciones bélicas propiamente dichas, sino a conflictos en los que la persistencia temporal y tensión del vínculo federativo no ha sido superada por la interacción de los respectivos Estados locales.

En grandes líneas, interpretó que las palabras “quejas” y “dirimidas” contenidas en el mentado artículo 127 fueron utilizadas por el constituyente en un sentido técnico especial, de donde emanaba una suerte de competencia judicial de los conflictos interprovinciales que no necesariamente debería sostenerse en el derecho. Para así decidir, se apoyó en la doctrina derivada del voto en disidencia del juez Carlos Fayt en la causa *Provincia de La Pampa c/ provincia de Mendoza*, del 3 de diciembre de 1987, entre las mismas partes por una similar disputa respecto del uso del agua del referido río.

Aunque se trataba de un conflicto entre provincias con profundas implicancias políticas, la Corte Suprema aplicó en el fallo de 2017 parámetros procesales propios de una contienda judicial ordinaria. Esta práctica revela una tensión estructural del federalismo argentino. Pese al diseño normativo que busca distribuir competencias de modo equilibrado, el sistema se encuentra marcado por una fuerte centralización. En lugar de canalizarse por vías políticas o cooperativas, muchos conflictos entre entidades subnacionales terminan judicializados.

Si bien el objetivo ideal del sistema federal debería ser reducir y limitar las fricciones y disputas entre las entidades que lo integran, los conflictos en el seno de una federación son inevitables, como lo son dentro de cualquier grupo humano. Por tal razón, allí aparece el derecho, procurando dar respuesta a esos conflictos, fijando pautas de convivencia y mecanismos de resolución de disputas.

El pormenorizado análisis empírico que el autor realiza de más de ciento cincuenta años de jurisprudencia, combinado con una sistematización teórica, permite comprobar esta aseveración al identificar patrones interpretativos y constatar que, en la práctica, la Corte Suprema ha subordinado la especificidad del artículo 127 a una lógica jurisdiccional tradicional. Este hallazgo del doctor

Laplacette problematiza el papel de la Corte Suprema como garante de equilibrios horizontales en el federalismo, en franco uso de su papel de “tribunal de la federación”.

En las páginas de la obra, el autor recupera precisamente esta faceta olvidada de la Corte Suprema: su papel como “tribunal de la federación”, muchas veces eclipsado por oficiar como órgano de control de constitucionalidad, se transforma en central en el marco de conflictos interprovinciales regulados por el artículo 127. En este sentido, cabe recordar que la doctrina nacional, con variantes y perspectivas, suele explicar la competencia originaria como un mecanismo —asignado a la Corte Suprema— para gestionar y resolver los conflictos más graves que pueden presentarse en el seno de la federación, de modo que se garantice la imparcialidad y el respeto hacia las provincias involucradas en el conflicto.

Esta doctrina tradicional ha sido resumida por Joaquín V. González (2001, p. 601) en términos que luego fueron seguidos en forma mayoritaria por los constitucionalistas argentinos. El jurista afirma que la competencia originaria de la Corte Suprema para la resolución de los conflictos entre los Estados parte de la federación argentina está fundada en la necesidad de establecer la más perfecta igualdad entre ellas, desde que ninguna puede ser a la vez juez y parte, como resultaría si sus propios tribunales pudiesen entender en sus pleitos o querellas. Es que el texto constitucional quiso que después de largos años de guerra civil entre las provincias tuviesen un juez común para sus contiendas de derechos, para que no apelasen a las armas y disolviesen el vínculo federativo. Al manifestar que ninguna provincia argentina puede declararle ni hacerle la guerra a otra, confirma que sus quejas deben ser sometidas a los poderes de la Corte Suprema y dirimidas por ella.

Respecto del artículo 127, Zarini (2009, p. 347) sostiene que tiene ínsito como finalidad cumplir con el propósito preambular de consolidar la paz interior, sustituyendo la guerra por el derecho. Así, la función dirimente no responde solamente a una lógica jurídica, aunque la comprende. También se apoya en principios como la equidad, la lealtad federal o la buena fe, que exceden el mero juicio de legalidad normativa. En este sentido, la Corte Suprema actúa como una institución de equilibrio político-constitucional.

El fallo de 2017 *La Pampa vs. Mendoza* reafirma esta función. En dicha oportunidad, la Corte Suprema adoptó una solución progresiva y exhortó a las provincias a construir acuerdos con respaldo institucional. Esta metodología resolutive no responde a una mera comparación normativa propia del típico

control de constitucionalidad, sino a una praxis jurisprudencial que pondera valores y contextos federales determinados. El enfoque se encuentra, quizás, más cercano al *common law* norteamericano, donde los tribunales federales resuelven disputas interestatales no solo como jueces de derecho, sino también como agentes de estabilidad institucional.

La tesis del autor se completa así con una mirada integral de la función constitucional de la Corte Suprema que no solo garantiza la supremacía constitucional, sino que también juega un papel sustancial en la preservación del equilibrio federativo argentino. Una de las grandes virtudes del artículo 127 de la Constitución nacional que se destacan en la obra es su originalidad comparada. A diferencia del modelo estadounidense que confiere competencia originaria a su Corte Suprema para ciertos litigios interestatales sin prever una cláusula específica de carácter dirimente, el constitucionalismo argentino ha optado por una formulación expresa que contempla la resolución judicial de conflictos entre provincias.

La previsión del artículo 127 responde a una matriz institucional que reconoce explícitamente la existencia de una dimensión horizontal en el federalismo argentino. Esta dimensión horizontal —es decir, las relaciones entre provincias— se reconoce como potencialmente conflictiva, por lo que exige un órgano superior de resolución con legitimidad judicial. En ese sentido, la Corte Suprema argentina presenta una fisonomía híbrida, más cercana a un árbitro constitucional que a un tribunal de legalidad ordinaria.

Más allá de la emblemática diada que giró en torno al río Atuel, existen otros precedentes donde la Corte Suprema ha debido intervenir ante desacuerdos interprovinciales que, por su naturaleza, trascienden el interés particular y se inscriben en la defensa del equilibrio federal, incluso si no se tratan de supuestos de competencia dirimente. El último de esos casos, dictado por la Corte Suprema el 27 de diciembre de 2024 (y, en consecuencia, no incluido en la obra en comentario por encontrarse ésta en proceso de publicación), es el renombrado fallo arribado en la causa *Ferrari, Mariella Alicia c/ Levinas, Gabriel Isaiías s/ incidente de incompetencia* (Levinas), donde se adjudicó al Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires la condición de “superior tribunal de la causa” en los términos del artículo 14 de la Ley 48, equiparándolo a un superior tribunal de provincia a dichos efectos.

Como bien se puede advertir, el fallo *Levinas* no involucra estrictamente a una provincia. Mas, en virtud del artículo 129 del texto constitucional reformado en el año 1994, la Ciudad de Buenos Aires adquirió un nuevo estatus

autonómico que lo incorporó como un sujeto de la relación federal con efectos procesales asimilados.

Si bien entendí (Reimundes, 2025) en su momento que la Corte Suprema excedió sus facultades constitucionales y legales al emitir una sentencia de esta envergadura, lo cierto es que el fallo *Levinas* también permite ahondar en la aptitud para dictar una resolución judicial con efectos expansivos y que se relaciona con el papel institucional que ostenta, independientemente de su función jurídica.

En esta línea de pensamiento no es desacertado afirmar que el modelo estadounidense, que siguió inicialmente la República Argentina, le asigna a la Corte Suprema un universo mucho más amplio que el que ofrece su función como tribunal de justicia. El fallo *Levinas* resulta una buena muestra del significado que adquiere la función política y jurídica de la Corte Suprema, erigiéndose en un agente central en relación con la concreción de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires en el marco del federalismo.

Estos antecedentes refuerzan la tesis que el autor despliega en el libro: en cuanto a que la Corte Suprema también actúa como un factor de equilibrio institucional frente a la inestabilidad del federalismo argentino. La reiteración de este tipo de disputas sugiere que la función dirimente de la Corte Suprema está lejos de ser residual. Antes bien, se proyecta como una necesidad estructural de la arquitectura federal argentina, en la que la centralidad jurisdiccional funciona como mecanismo compensador de una coordinación política deficiente.

Frente a esta realidad, Laplacette invita a reflexionar sobre los desafíos institucionales que enfrenta la Corte Suprema en el ejercicio de su papel como “tribunal de la federación”. Uno de ellos es la falta de una ley reglamentaria del artículo 127, lo que obliga a la Corte Suprema a construir sus propias reglas procesales y sustantivas sobre la marcha. Esta carencia normativa introduce márgenes de discrecionalidad que podrían limitar la previsibilidad y coherencia de las decisiones.

Asimismo, en un contexto de polarización política y creciente conflictividad institucional, se vuelve imprescindible fortalecer los mecanismos de legitimación de esta función jurisdiccional. Ello requiere no solo sentencias fundadas, sino también una doctrina clara que delimite cuándo y cómo la Corte Suprema debe intervenir, así como cuáles son los límites de su función dirimente.

Por último, el desarrollo de una doctrina específica sobre la competencia dirimente contribuiría a consolidar una Corte Suprema más consciente de su autoridad en la arquitectura institucional del país. El autor, en este sentido,

ofrece además de una reconstrucción histórica, una plataforma conceptual desde la cual proyectar una Corte Suprema verdaderamente federal.

En resumidas cuentas, la obra aporta una lectura profunda y renovadora sobre la competencia originaria de la Corte Suprema y su papel en el federalismo argentino. Al recuperar la vigencia del artículo 127 y distinguirlo conceptualmente del artículo 117, propone revalorizar una herramienta institucional muchas veces desatendida. La sistematización teórica, sumada al análisis empírico de la jurisprudencia, demuestra que la Corte Suprema debe actuar no solo como órgano de control, sino también como garante judicial de los vínculos federales.

Bibliografía

- González, J. V. (2001 [1910]). *Manual de la Constitución Argentina* (9ª ed.). Juan Roldán.
- Laplacette, C. J. (2024). *El Tribunal de la Federación: Los conflictos subnacionales y la competencia originaria de la Corte Suprema*. Ediar.
- Reimundes, D. (2025). A propósito del fallo “Levinas”: una sentencia que plantea más problemas que soluciones. Buenos Aires: *El Derecho*. ED-V-CMLXXI-476
- Santiago, A. (2000). *La Corte Suprema de Justicia de la Nación y el federalismo argentino* (Tesis doctoral). Universidad de Navarra.
- Zarini, H. E. (2009 [1976]). *Constitución Argentina comentada: Análisis doctrinario y jurisprudencial*. Depalma.
- Jurisprudencia citada
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. (1987). *Provincia de La Pampa c/ Provincia de Mendoza s/ uso de aguas del río Atuel*. Fallos: 310:2474.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2017). *Provincia de La Pampa c/ Provincia de Mendoza s/ uso de aguas*. Fallos: 340:1695.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2024). *Ferrari, Mariña Alicia c/ Levinas, Gabriel Isaías s/incidente de incompetencia*. Expediente CSJ N° 325/2021/CS1.

Conflicto de intereses

El autor declara no poseer conflicto de interés alguno.

LA EXTINCIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO Y SU RENEGOCIACIÓN

Andrés Sánchez Herrero

Buenos Aires, Thomson Reuters-La Ley, 2025, 280 páginas.

Diego H. Serebrinsky

Universidad de Buenos Aires. Universidad Austral. Universidad Argentina de la Empresa

diego@serebrinskyabogados.com

<https://doi.org/10.26422/RJA.2025.0602.ser>

1. Introducción

Antes de acometer la reseña de esta obra —que auguro se convertirá en un clásico del derecho privado— entiendo que corresponde dejar sentadas algunas aclaraciones. Por un lado, que disiento de varias de las posiciones que Sánchez Herrero sostiene en esta obra y, por otro, que varias veces él somete a crítica posiciones mías. No obstante, esa diferencia doctrinaria no impide —bajo ningún punto de vista— dejar constancia de mi admiración intelectual hacia Sánchez Herrero y su obra, ya que no me cabe ninguna duda de que es uno de los autores contemporáneos más importantes del derecho de los contratos argentino. Esa admiración tampoco me impidió permanecer objetivo científicamente a la hora en la que deba criticar algunas de sus posiciones. Para finalizar estas aclaraciones, tuve la alegría intelectual y personal de leer el borrador de esta obra mientras el Prof. Sánchez Herrero la acometía y de hacerle muy pequeñas aportaciones al autor, por lo que sus palabras en el prólogo hacia quien esta reseña escribe son inmerecidas, pero me alegraron enormemente.

Para comenzar, entonces, con el objeto de esta reseña, corresponde syndicar que la querida editorial Thomson Reuters-La Ley acaba de publicar una nueva obra sobre derecho de los contratos de Andrés Sánchez Herrero. Con esa publicación, esta casa editora nos causa una gran felicidad intelectual a los estudiosos de esa área del derecho, ya que todos los libros de Sánchez Herrero sobre contratos que ha publicado hasta ahora (así como su obra del derecho

de las obligaciones sobre la cláusula penal) solo pueden ser calificados como excelentes.

Corresponde indicar que podrá estarse de acuerdo o no con las posiciones y fundamentos que el profesor Sánchez Herrero ofrece en sus obras sobre contratos, pero lo que debe quedar claro desde el principio es que todos sus aportes son serios, originales, profundos y novedosos. Es más, yo disiento con la conclusión central y fundamental de la obra en comentario, pero eso no opaca lo que recién precisé. De ahí que reciba con merecidas palabras laudatorias esta nueva publicación suya.

2. El tema de la obra

Pasando ahora al tema de la obra, esta trata el apasionante tópico de la extinción unilateral del contrato y, en relación con esta —y muy especialmente—, el de la obligación de renegociar de buena fe y sin incurrir en abuso del derecho dispuesto para la parte rescindente en el tercer párrafo del artículo 1011 del Código Civil y Comercial (CCyC). Para ello, Sánchez Herrero divide el tópico en dos grandes partes. Primero, se dedica al análisis y estudio profundo de la extinción unilateral de los contratos bajo el derecho privado argentino, edificando para ello su propia teoría sobre el tema, aportando muchos puntos de vista propios, como veremos más adelante en otro apartado. En la segunda parte de la obra, pasa a explicar el tema del siempre controvertido tercer párrafo del artículo 1011, es decir, de la obligación de dar la oportunidad de renegociar los términos del contrato que dicho artículo le impone a la parte rescindente en caso de que esta quiera ponerle fin al contrato, haciéndolo de buena fe y sin incurrir en abuso del derecho. A fundamentar estas dos grandes secciones es que dedica sus esfuerzos intelectuales a lo largo de 280 impecables páginas, con la seriedad y profundidad a la que nos tiene —gratamente— acostumbrados.

Estructuralmente, la obra se compone de dos grandes secciones. La Sección I se titula “Extinción unilateral del contrato” (capítulos 1 a 8) y la Sección II se titula “Obligación de renegociar” (capítulos 9 y 10). Los títulos de los diez capítulos son los siguientes: 1. Introducción; 2. Clasificación; 3. Extinción penitencial o potestativa; 4. Extinción protectoria; 5. Extinción por incumplimiento; 6. Extinción de los contratos de duración (I). Contratos de duración y de ejecución instantánea; 7. Extinción de los contratos de duración (II). Extinción de los contratos de duración determinada; 8. Extinción de los contratos de duración (III). Extinción de los contratos de duración indeterminada; 9. El debate; y 10. Análisis sistemático.

3. La teoría de la extinción unilateral de los contratos

En el capítulo 1, Sánchez Herrero nos hace una introducción necesaria al tema principal objeto de la obra, ya que es correcto comenzar explicando el tópico de la extinción unilateral de los contratos si lo que se va a estudiar es la obligación de renegociarlos en caso de rescisión dispuesta por el art. 1011 del CCyC. Así, al comenzar nos da una primera definición en virtud de la cual

la extinción unilateral del contrato tiene lugar cuando una de sus partes lo extingue. Aunque sea en cierto modo redundante, agrego que lo hace en forma sobreviniente y sin fundarse en un defecto originario. Además, para que la extinción sea lícita, es preciso que la ley o el propio contrato la habiliten. (p. 3)

Luego explica, desarrollando aún más estas notas, que el tema en estudio es un modo de extinción del contrato, un modo de extinción sobreviniente, un modo de extinción voluntario y que es un modo de extinción unilateral.

A continuación, analiza los casos de extinción unilateral que se presentan en el CCyC y en leyes especiales, explicando —con razón— que la utilización del lenguaje en este tópico por parte del legislador ha sido “caótico”. Sánchez Herrero demuestra que se utilizan términos distintos para aludir al mismo fenómeno, que se usa el mismo término para aludir a fenómenos distintos y que, por lo tanto, a la hora de tomar decisiones metodológicas y de dogmática relacionada con la teoría de la extinción unilateral del contrato, no se puede descansar en los específicos términos usados por el legislador.

A continuación, el autor estudia el tópico de la facultad extintiva. Luego de pasar revista a los distintos tipos de extinción contractual, toca el caso que importa a la obra: va a examinar cuál es el fundamento de la facultad de la extinción por la voluntad unilateral de una de las partes, es decir, la extinción unilateral. Sin dejarse tentar por la obvia respuesta de que su fundamento es el principio de la autonomía de la voluntad, Sánchez Herrero acomete la tarea para brindarnos a sus lectores unas páginas señeras que son de lectura sumamente placentera sobre el tópico.

Para hacerlo, en el apartado 1.4. (titulado “Fundamento de la facultad extintiva”), que sería una introducción al tema, trae a colación tres tipos de extinción unilateral —cuya denominación es creación del autor y una de las novedades que introduce la obra a la teoría de los contratos— e irá examinando de dónde deriva la facultad extintiva cuando estudia cada uno de los casos a lo largo de la obra:

- La extinción unilateral basada en un incumplimiento (conocida como “resolución por incumplimiento”).

- La extinción unilateral protectoria, que, según sus propias palabras,

[t]iene lugar cuando a un contratante se le reconoce el derecho a extinguir unilateralmente el contrato como un medio para protegerse ante el acaecimiento de un hecho sobrevenido y no imputable que, al alterar algún elemento o aspecto asumido o presupuesto al celebrar el acuerdo, afecta o podría llegar a afectar negativamente sus intereses. Por ejemplo, en los arrendamientos rurales y las aparcerías, cualquiera de las partes tiene derecho a rescindir el contrato en caso de erosión o agotamiento del suelo por caso fortuito o fuerza mayor. (p. 35)

- La extinción unilateral liberatoria, que

[e]s la que se produce cuando un contratante ejerce la facultad de ponerle fin a un contrato que de otro modo afectaría de un modo intolerable su libertad, sujetándolo en forma indefinida y potencialmente vitalicia a un vínculo contractual. El caso típico es el de los contratos de duración indeterminada. (p. 35)

- La extinción unilateral penitencial o potestativa:

La extinción es penitencial o potestativa cuando uno de los contratantes ejerce la facultad que le permite ponerle fin total o parcialmente a un contrato por la mera razón de que así lo quiere, porque se ha arrepentido. Obviamente, no se requiere una justa causa. [] Tiene lugar, por ejemplo, cuando se ejerce la facultad de arrepentimiento nacida de un pacto de arras o cuando el consumidor “revoca su aceptación” y extingue, así, un contrato celebrado a distancia. (p. 75)

En el capítulo 2, el autor efectúa una detallada clasificación según cuáles sean los aspectos de la extinción en sí misma o el derecho extintivo que produce esa extinción.

En el capítulo 3 sobre la extinción penitencial o potestativa, el propio autor la define en la ya mencionada cita de la página 75. A lo largo de este capítulo, nos dará la definición de este tipo de extinción unilateral y estudiará los supuestos que pueden presentarse, así como la terminología que entiende corresponde usar. También tratará cuáles son las partes afectadas y la legitimación para extinguir el contrato, además de la afectación objetiva y subjetiva. Luego, estudiará la relación y las consecuencias entre la extinción protectoria y los contratos de duración. Más adelante, nos detallará las funciones de la justa causa y el régimen jurídico aplicable.

La lectura del capítulo 4 deviene fundamental para el lector, ya que, en capítulos siguientes, Sánchez Herrero construirá su edificio de fundamentaciones

respecto a su posición sobre a qué contratos se les aplica el tercer párrafo del art. 1011 del CCyC, utilizando como base esta clase de extinción unilateral del contrato, que él denomina “extinción protectoria”. Su principal característica es que no se trata de una extinción unilateral que pueda ejercer libremente la parte rescindente sin causa, sino que, al contrario, solo puede ser ejercida por la parte si se configura una causa, un cierto supuesto de hecho que habilita que se rescinda el contrato unilateralmente. En palabras del autor:

Esta figura se presenta cuando a un contratante se le reconoce el derecho a extinguir unilateralmente el contrato para que se proteja ante un hecho sobrevenido y que no le es imputable que, al alterar algún elemento o aspecto asumido o presupuesto al celebrar el acuerdo, afecta o podría llegar a afectar negativamente sus intereses. Por ejemplo: - En el arrendamiento rural y la aparcería, cualquiera de las partes tiene derecho a rescindir el contrato en caso de erosión o agotamiento del suelo por caso fortuito o fuerza mayor [...] Queda claro que la extinción protectoria es siempre causada: por definición, precisa que se verifique un hecho que justifique la protección (esto es, la extinción unilateral). Ese hecho es, precisamente, la causa. [] El interés afectado puede ser económico (como ocurre en los casos referidos) o de otra índole (por ejemplo, la enemistad sobrevenida y manifiesta entre mandante y mandatario, que es justa causa de revocación y de renuncia). (p. 85)

El autor precisa —con razón— que la terminología que utiliza el legislador para referirse a la extinción unilateral del contrato es caótica y que incluye sus referencias a la extinción unilateral protectoria, y nos indica que se usan a esos efectos los siguientes términos: “rescindir”, “revocar”, “resolver”, “extinguir”, “renunciar”, “finalizar”, “terminar” y “receder”. Ante este panorama, el autor indica que

para aludir a la categoría en general hablaré de “extinción protectoria”, tal como lo he venido haciendo. En cuanto a sus aplicaciones particulares (sus clases o subclases), me referiré a cada una con la expresión utilizada por el legislador: “resolución por imprevisión”, “revocación del mandato”, “renuncia del mandato”, “revocación de la donación”, etc. (p. 90)

Luego de analizar en condignos apartados las partes afectadas, la legitimación para extinguir el contrato, la extinción protectoria y los contratos de duración y las funciones de la justa causa, Sánchez Herrero precisa sobre el régimen jurídico aplicable a la extinción protectoria:

No hay ninguna regla explícita prevista para la extinción protectoria en general. No obstante, y por las razones que refiero más adelante, a toda extinción de este tipo se le aplica el tercer párrafo del art. 1011, que impone la obligación de renegociar el contrato antes de extinguirlo. [] Naturalmente, también le son aplicables las pocas reglas previstas para la extinción unilateral del contrato, pero estas son reglas genéricas, que valen para todo tipo de extinción unilateral, y no solo para la protectoria, que es lo que aquí estoy examinando. [] Naturalmente, a cada tipo de extinción protectoria se le aplica, además, el régimen específico previsto para ella. Por ejemplo, el art. 1090 ante la frustración del fin, el 1091 ante la imprevisión, el 1203 ante la imposibilidad de usar o gozar de la cosa locada, etcétera. (p. 97)

En el capítulo 5, Sánchez Herrero analiza el tópico de la extinción unilateral del contrato por incumplimiento, y comienza explicando que es la más clásica de las causas que permiten la extinción unilateral del contrato, siendo el legítimo para ejercer la facultad extintiva el contratante que no incumplió.

En el capítulo 6, el autor nos explica que, siendo que el art. 1011 impone la obligación de renegociar antes de la rescisión unilateral en los contratos de larga duración, la extinción unilateral de dicha clase de contratos es muy importante en el análisis del tema objeto de la obra, por lo que en este capítulo analizará qué son los contratos de duración, así como su categoría opuesta: la de los contratos de ejecución instantánea. La conclusión a la que llegará Sánchez Herrero es que la obligación de renegociar se aplica a los contratos de duración en general, ya sea ésta larga o corta, y también se extiende a los contratos de ejecución diferida.

Primero nos da el concepto de los contratos de ejecución instantánea; luego, su definición de contratos de duración. Al respecto indica:

Son contratos de duración los que contienen una o varias prestaciones cuya ejecución no puede realizarse en un solo momento: se deben cumplir a lo largo del tiempo, ya sea sin solución de continuidad o a intervalos; en cualquier caso, su cumplimiento no puede verificarse en un solo acto o en un lapso muy breve. (p. 111)

Más adelante, precisa que en los contratos de duración el tiempo no es una simple modalidad de su ejecución, sino una condición para que el contrato produzca los efectos queridos por las partes. Y continúa:

La definición referida va en línea con lo previsto en el art. 1011 del Cód. Civ. y Com. Estrictamente —y según se consigna en su título—, este artículo se refiere a

los contratos de larga duración. De todos modos, la forma en que los caracteriza en su primer párrafo vale para todos los contratos de duración, incluidos los ‘cortos’. Lo que no es de extrañar, habida cuenta de que la norma se basa en la definición de los contratos de duración de un célebre jurista italiano. Según este precepto, en los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar. Lo que caracteriza a los contratos de duración, entonces, es un dato cualitativo y negativo (la imposibilidad o la inutilidad de ejecutar las prestaciones en un solo momento). Si esta nota está presente, el contrato es de duración. No tiene importancia la extensión del período durante el cual se deben ejecutar las prestaciones fluyentes o periódicas que hacen que el contrato revista esta impronta. En concreto, no es necesario que sea muy prolongada. La ley no fija un plazo mínimo de extensión. Por ejemplo, un depósito es un contrato de duración, aunque dure pocas horas. Lo mismo vale para el alquiler de un automóvil por unos días o de una casa de veraneo por unas pocas semanas. (p. 112)

En todos estos casos, aunque se trate de contratos de corta duración, “el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar” (p. 112).

Seguidamente, el autor se ocupa de los contratos de larga duración (y de los de corta). Allí, luego de mencionar que el art. 1011 se refiere a los contratos de larga duración, precisa, correctamente, que la norma no define a dichos contratos, solo se refiere a ellos regulándolos. No obstante, entiende que, en el primer párrafo, la norma los caracteriza de una forma tal que, en rigor, esta deviene en una especie de definición. También indica el autor que, pese a lo que parece decir el legislador, esta caracterización también le cuadra a los contratos de duración en general, no sólo a los de larga duración. Por lo tanto, y por ser los contratos de larga duración una especie del género de los contratos de duración, su definición debe incluir los elementos genéricos. Allí, el autor precisa que

... la nota definitoria del género es una sola: estos contratos contienen una o varias prestaciones cuya ejecución no puede realizarse en un solo momento, sino que se cumplen a lo largo del tiempo, ya sea sin solución de continuidad o a intervalos; su cumplimiento no se verifica o no puede verificarse en un solo acto o en un lapso muy breve. [...] ¿Cuáles son las notas definitorias específicas de los contratos de larga duración? Sin duda, una de ellas (la única, según entiendo) es que su duración es larga... (p. 116)

Luego, analiza las distintas notas adicionales que la doctrina les ha atribuido a los contratos de larga duración.

Correctamente, el autor inicia el capítulo 7 sindicando que, en cuanto regla general, estos contratos no se pueden extinguir *ante tempus* unilateralmente y sin causa, aclarando que, obviamente, podrá hacérselo por otros medios (como la rescisión bilateral y extinción unilateral con causa, entre otros institutos). Luego, explica tres casos que, en su opinión, serían excepciones a la regla general.

El capítulo 8 es el último de la Sección I. Aquí, Sánchez Herrero trata uno de los temas que más me apasionan del derecho de la distribución comercial: el de la extinción de los contratos de duración indeterminada. La doctrina es conteste que en este tópico es donde se concentra la mayor parte de los problemas más profundos de esa rama del derecho, y con relación al cual versa casi la totalidad de los procesos judiciales sobre distribución en sentido amplio. Inicia este capítulo el autor preguntándose:

Siendo el contrato de duración indeterminada, ¿se lo puede extinguir unilateralmente y sin causa? El tema ha tenido una interesante evolución en nuestro derecho, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial y legal. Al margen de las regulaciones legales o convencionales específicas que pueda haber, es fundamental determinar si existe una regla general... (p. 145)

A responder esta pregunta dedicará sus esfuerzos Sánchez Herrero, dando muy interesantes fundamentos; con algunos de ellos coincido, aunque con otros no. Luego de recordar que en una primera etapa la jurisprudencia directamente negaba el derecho a rescindir unilateralmente estos contratos, nos precisa que

[e]n 1988, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia en el caso “Automotores Saavedra, S.A., c. Fiat Argentina, S.A.”, que fue un verdadero *leading case*. Se apartó del criterio anterior y dispuso que, siendo el contrato de duración indeterminada, cualquiera de las partes tenía derecho a extinguirlo en forma unilateral y sin causa. Agregó que el derecho de extinción debía ejercitarse de buena fe y en forma no abusiva. (p. 145)

En mi opinión, este fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es censurable por varios motivos que no puedo expresar aquí por razones de espacio, por lo que remito al lector al lugar donde lo hice.¹ Es más, yo afirmo ahí

1 Cfr. mis críticas al fallo indicado en Cabanellas de las Cuevas y Serebrinsky (2019, pp. 679-682). Cfr.

que este no debería considerarse un *leading case* —como lo hace la mayoría de la doctrina—, sino que, al contrario, el fallo que estaba sumamente correcto era el de Cámara, que la Corte revocó.

Más adelante, Sánchez Herrero indica:

No hay una norma general que admita explícitamente la extinción unilateral y sin causa de los contratos de duración indeterminada. Esto no implica que el derecho no exista: ya he anticipado que los contratos de esta categoría son extinguidos por esta vía. Sin embargo, la regla no está explicitada de forma general. Lo que sí hay son normas (muchas) que admiten o presuponen este derecho extintivo con relación a varios contratos en particular. (p. 146)

Luego, pasa prolija revista de todas las normas tanto en el CCyC como en otras leyes que la admiten.

La conclusión a la que llega Sánchez Herrero no la comparto, es más, la he criticado en otro lugar (para no fatigar al lector, remito a esa obra).² Esencialmente, no acuerdo con la conclusión según la cual, para el autor, en el derecho privado argentino

[el] criterio es claro: en principio, cualquiera de las partes tiene derecho a extinguir unilateralmente y sin causa un contrato de duración indeterminada, y no tiene que afrontar el pago de compensación o indemnización alguna si ejerce la facultad de modo regular. El acto solo es inválido en los contados casos en que la ley lo prohíbe. (p. 150)

En mi opinión, esto no es un principio que rija en nuestro derecho al que pueda llegarse mediante la analogía. La brillante y extensa nota que el autor hace al texto que recién transcribí (en especial la nota 3, en la p. 150), en la que censura la crítica que Cabanellas de las Cuevas y yo hicimos a esa posición,³ que él adelantó ya en otra obra previa,⁴ no logra hacerme cambiar de opinión. Pero entiendo que no es esta la sede para detenerme en críticas a la obra bajo reseña, sino en comentar su contenido y recomendar a todos los interesados en el tema que no duden un instante en leerla.

mi opinión sobre el fallo de Cámara —con el excelente voto del Dr. Morandi— que la Corte revocó, fallo de Cámara que sí era correcto, en Cabanellas de las Cuevas y Serebrinsky (2019, pp. 677-679).

2 Cfr. Cabanellas de las Cuevas y Serebrinsky. (2023, pp. 316-326).

3 Ídem.

4 Cfr. Sánchez Herrero (2018, pp. 503-532).

Luego, explica el autor los fundamentos por los que se reconoce la facultad de extinguir unilateralmente y sin causa los contratos de duración indeterminada (en los casos que él denomina “extinción liberatoria”). Y recuerda que ello se ha justificado por los siguientes motivos: 1) así se evitan los vínculos contractuales forzosos a perpetuidad; 2) es la solución más eficiente en términos económicos; 3) no se puede mantener un vínculo contractual de este tipo si se ha perdido la confianza; 4) si las partes no determinaron la duración de un contrato, han entendido implícitamente que cualquiera de ellas podía ponerle fin; 5) a través de la extinción unilateral, se integra un elemento del contrato que hasta entonces permanecía indeterminado: su duración.

Luego, en enjundioso análisis, estudia cada uno de estos fundamentos y, al finalizar, nos da su opinión:

Suscribo la primera tesis: la ley admite la extinción unilateral y sin causa de los contratos de duración indeterminada para evitar los vínculos contractuales viticiosos o perpetuos forzosos. Naturalmente, no hay problema en que una relación contractual se prolongue por tiempo indefinido si así lo quieren las partes (en última instancia, algún factor precipitará, tarde o temprano, su desenlace); lo que no cabe admitir es que la vinculación indefinida sea forzosa, sin más razón que el acuerdo que inicialmente celebraron las partes sin aludir explícitamente a la cuestión. No basta, entonces, el consentimiento inicial: es necesario que se renueve, no con una manifestación positiva, sino con la ausencia de una negativa: la voluntad de extinción. [...] Una segunda razón que justifica el reconocimiento de esta facultad extintiva es que, al celebrar un contrato de este tipo, las partes presuponen que cualquiera de ellas podrá ponerle fin de esta forma. Esto es lo usual, al menos. (p. 164)

4. La obligación de renegociación

En el capítulo 9, luego de unas muy interesantes palabras introductorias al tema central de la obra, así como de enlistar los antecedentes sobre el tópico y referir el derecho comparado, Sánchez Herrero va a tratar uno de los temas centrales del libro en un apartado titulado “Sentido y alcance del tercer párrafo del art. 1011”. Indica al respecto:

Su alcance no es claro. En los contratos de duración indeterminada, ¿la rescisión sigue siendo libre? ¿En qué consiste la negociación de buena fe? ¿Es una mera exigencia formal o implica algo más? ¿Qué hay del estándar del ejercicio no abusivo? ¿Se sigue aplicando el criterio de la libre rescindibilidad unilateral e incausada, consolidado desde hace décadas a partir de su consagración en el caso Saavedra

contra Fiat y positivizado en numerosas normas del Cód. Civ. y Com.? ¿O ahora hay algo más, un requisito adicional: el deber de renegociar? De ser así, ¿qué alcance tiene? (p. 185)

A partir del apartado 9.4. hasta el apartado 9.4.4.8., a través de 46 frondosísimas páginas, Sánchez Herrero explica sus fundamentos para llegar a las principales conclusiones de su obra, que puedo resumir —en cuanto a la que tiene más impacto dogmático y práctico— que la obligación de renegociar del tercer párrafo del art. 1011 en cabeza del rescindente no es aplicable en las rescisiones unilaterales sin causa (que él denomina “rescisión liberatoria”). Yo no estoy de acuerdo con la conclusión del autor, y tengo para mí que la obligación del tercer párrafo del art. 1011 se aplica a la mencionada rescisión unilateral sin causa o rescisión liberatoria. No es posible —ni me parece apropiado— dar en esta reseña mis razones al respecto, por lo que remito al posible lector interesado en estas al lugar en donde las efectúo.⁵ Lo importante aquí es que, aunque yo no concuerde con sus fundamentos y sus conclusiones, de todas formas creo firmemente que estas deben obligatoriamente ser conocidas por los estudiosos y los jueces argentinos. Para que el lector tenga una idea de las conclusiones a las que llega Sánchez Herrero en el capítulo 9, a continuación las transcribo:

De acuerdo con el tercer párrafo del art. 1011 del Cód. Civ. y Com., la parte que rescinde un contrato de larga duración “debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos”. Según cómo se lo interprete, puede implicar una grave restricción al principio de libre extinguibilidad de los contratos de duración indeterminada (la extinción liberatoria), como así también a la extinción penitencial. Para armonizar estos principios, hay que interpretarlo con el siguiente alcance:

- 1) En lo que constituye su ámbito de aplicación, la norma impone un deber formal y sustancial al rescindente, quien no solo debe darle a la otra parte la oportunidad de renegociar, sino que además debe llevar a cabo la negociación de manera razonable (lo que incluye desistir de su voluntad extintiva si la otra parte le hace una propuesta que satisface razonablemente sus intereses).
- 2) La tesis del deber formal es inaceptable porque el rescindente podría sortear la exigencia legal llevando a cabo una renegociación “para la galería”, destinada de antemano al fracaso.
- 3) Así entendida la norma (es decir, como consagratória de un deber formal y sustancial de renegociación), no puede ser aplicada ni a la rescisión liberatoria ni a la penitencial (es decir, a la rescisión incausada, en ninguna de sus especies).

5 Cfr. Cabanellas de las Cuevas y Serebrinsky (2023, pp. 316-326).

Esto es así no solo por las dificultades prácticas inherentes a su implementación, sino, sobre todo, porque implicaría requerirle al rescindente una justa causa para apartarse de una relación contractual, lo que contradice su derecho a abandonarla de manera incausada, que tiene raigambre constitucional. Esta interpretación restrictiva se funda en el principio de razonabilidad. Si la norma no se interpretase de este modo, debería considerarse que reglamenta o restringe de modo irrazonable el derecho de libre rescindibilidad, por lo cual sería inválida.

4) En suma, el tercer párrafo del art. 1011 del Cód. Civ. y Com. solo se aplica a la rescisión protectoria (que es causada), no a la liberatoria ni a la penitencial (que son incausadas). Tampoco, lógicamente, a la basada en un incumplimiento.

5) En realidad, la obligación de renegociar alcanza a todo tipo de extinción protectoria, bien sea que la norma que la consagra la llame “rescisión” o de otro modo.

6) Incluso en lo que respecta a la extinción protectoria, la obligación de renegociar solo existe en la medida en que sea compatible con la regulación específica prevista para el tipo de extinción en particular de que se trate. En la mayoría de los casos, lo es. (pp. 230-231)

En el capítulo con el que finaliza la obra en comentario, el 10, el autor analiza en forma sistemática la obligación de renegociar en el marco de la extinción unilateral del contrato. A esos efectos, estudia en qué casos habrá obligación de renegociar, quiénes están obligados a hacerlo, cómo hay que efectuar la renegociación y cómo se prueba el incumplimiento de dicha obligación, así como qué sanción le corresponde si es válida la dispensa de esa obligación, para finalizar estudiando cómo interactúa esta obligación con otros institutos protectores de la parte no rescindente (como la duración mínima de los contratos y el deber de preaviso). Al igual que el resto del libro, es un capítulo de una factura excelente.

5. Conclusión

Como conclusión de la presente reseña, corresponde precisar que estamos ante una obra que auguro se convertirá en un clásico del derecho de los contratos argentino, que entiendo es de obligatoria lectura para los jueces, abogados, profesores y estudiosos de esta rama del derecho, pero no sólo por su profundidad y absoluta seriedad (adjetivos a las que nos tiene acostumbrados Sánchez Herrero en todas sus obras), sino también por la alegría intelectual que sentirá el lector a medida que la vaya leyendo. Es más, yo diría “saboreando”. Este nuevo libro de Sánchez Herrero es un libro que se saborea. Esté uno de acuerdo o no con sus fundamentos y conclusiones, no dude un minuto, lector, y vaya inmediatamente a leerlo. Le aseguro que me va a estar enormemente agradecido.

Bibliografía

- Cabanellas de las Cuevas, G. y Serebrinsky, D. H. (2019). *Derecho de la distribución comercial*. Thomson Reuters-La Ley.
- Cabanellas de las Cuevas, G. y Serebrinsky, D. H. (2023). *Contratos de franquicia*. Thomson Reuters-La Ley.
- Sánchez Herrero, A. (2018). *Rescisión unilateral de los contratos*. Thomson Reuters-La Ley.
- Sánchez Herrero, A. (2025). *La extinción unilateral del contrato y su renegociación*. Thomson Reuters-La Ley.

Conflicto de intereses

La autora declara no poseer conflicto de interés alguno.

SOBRE LOS AUTORES

Eduardo Martín Acosta-Yparraguirre

Doctor en Derecho y Ciencias Políticas. Docente ordinario asociado y a tiempo completo de la carrera de Derecho en Facultad de Derecho de la Universidad San Ignacio de Loyola (Lima, Perú). Director del Grupo de Investigación Filosofía del Derecho.

eduardo.acostay@usil.pe

<https://orcid.org/0000-0001-5268-8327>

María José Adrogué

Abogada con fuerte trayectoria profesional independiente, participación en el tercer sector (ONG) y experiencia en la función pública ejecutiva (máxima responsable legal del Ministerio de Educación de la Provincia de Buenos Aires, 2016-109), funcionaria judicial, a cargo de la Unidad de Asesoramiento, Coordinación y Seguimiento jurídico de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires. Abogada recibida con premio Diploma de Honor (Universidad de Buenos Aires), máster en Gestión Educativa (Universidad Torcuato Di Tella) y máster en Bioética (Universidad Francisco de Vitoria y Fundación Jerome Lejeune, España).

mjadrogué@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0002-0984-1095>

Juan Guillermo Agón López

Coinvestigador del proyecto de investigación “Desafíos jurídicos y tecnológicos de la Tokenización de activos para la innovación en América Latina”, ejecutado entre la Universidad Cooperativa de Colombia, sedes Medellín y Bogotá, la Universidad de Salamanca (España), la Universidad Continental (Perú) y la Universidad Americana (Nicaragua).

juan.agon@campusucc.edu.co

<https://orcid.org/0000-0002-2335-4739>

Paola Arenas

Es coinvestigadora del proyecto de Ciencia, Tecnología e Innovación “Implementación de acciones para la protección de cuencas de agua y suelos a partir de reforestación con tecnologías emergentes y biotecnología en la región Llanos Orientales en los departamentos de Meta y Arauca”, ejecutado por la Universidad Cooperativa de Colombia, sedes Medellín, Villavicencio y Arauca, y financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología (Minciencias) de Colombia mediante el Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación del Sistema General de Regalías (SGR).

proyectosp44@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0000-5592-0064>

Victor H. Aristizabal-Tique

Es coinvestigador del proyecto de investigación denominado “Desafíos jurídicos y tecnológicos de la Tokenización de activos para la innovación en América Latina”, ejecutado entre la Universidad Cooperativa de Colombia, sedes Medellín y Bogotá, la Universidad de Salamanca (España), la Universidad Continental (Perú) y la Universidad Americana (Nicaragua) e investigador principal del proyecto de Ciencia, Tecnología e Innovación denominado “Implementación de acciones para la protección de cuencas de agua y suelos a partir de reforestación con tecnologías emergentes y biotecnología en la región Llanos Orientales en los departamentos de Meta y Arauca”, ejecutado por la Universidad Cooperativa de Colombia, sedes Medellín, Villavicencio y Arauca, y financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología (Minciencias) de Colombia mediante el Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación del Sistema General de Regalías (SGR).

victor.aristizabalt@campusucc.edu.co

<https://orcid.org/0000-0002-7880-5883>

Andrés Ascárate

Abogado (Universidad Austral). Magister en Derecho Administrativo (Universidad Austral). Diplomado en Derecho de los Hidrocarburos y la Energía (Universidad Austral). Profesor adjunto de grado y titular de posgrado en la Universidad Católica Argentina, la Universidad Austral y la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco. Desde 2016 es secretario letrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Vocalía del juez Rosatti).

ascandres@hotmail.com

<https://orcid.org/0009-0002-1103-4575>

Eduardo Andrés Calderón Marengo

Es investigador principal del proyecto de investigación denominado “Desafíos jurídicos y tecnológicos de la Tokenización de activos para la innovación en América Latina”, ejecutado entre la Universidad Cooperativa de Colombia, sedes Medellín y Bogotá, la Universidad de Salamanca (España), la Universidad Continental (Perú) y la Universidad Americana (Nicaragua).

eduardo.calderon@campusucc.edu.co

<https://orcid.org/0000-0002-7840-6495>

Sofía Calderone

Docente (UCA, Universidad Austral). Editora en *El Derecho*. Prosecretaria del Centro de Derecho Constitucional (Facultad de Derecho, UCA). Miembro del Departamento de Derecho Constitucional (Facultad de Derecho, Universidad Austral). Miembro del Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Directora del “Seminario de investigación de proyecciones constitucionales (SePC)” (Facultad de Derecho, UCA).

sofiacalderone@uca.edu.ar

Emmanuel Catardo

Abogado (UCA). Grado de Salamanca sobresaliente *cum laude* (Universidad de Salamanca, España). Diploma de Estudios Superiores. Investigador europeo (Universidad de Salamanca). Magister en Derecho y Magistratura Judicial (Universidad Austral). Diplomatura en Derecho Civil (Universidad Austral).

ecatardo@gmail.com

Gianela Eugenia Curasi-Llanos

Estudiante del X ciclo de Derecho en la Universidad San Ignacio de Loyola (Lima, Perú). Miembro del Grupo de Investigación Filosofía del Derecho.

gianela.curasi@usil.pe

<https://orcid.org/0009-0008-1271-2431>

Eliana De Rosa

Abogada (Universidad Nacional de Cuyo). Profesora de grado universitario en Ciencias Jurídicas (Universidad Nacional de Cuyo). Doctora en Derecho (Universidad Nacional de Cuyo). Profesora titular de la cátedra de Introducción al Derecho y Argumentación Jurídica (Universidad Juan Agustín Maza). Profesora titular de la cátedra de Filosofía Jurídica y de la cátedra de Epistemología (Universidad de Congreso). Profesora adjunta de la cátedra de Filosofía Jurídica (Universidad de Mendoza).

elianaderos82@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-0675-2444>

Juliana Salome Diaz-Pantoja

Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Tarapacá, sede Iquique (Chile). Investigadora responsable del proyecto UTA-Mayor N° 17, año 2024. Coordinadora del Observatorio de

Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (OD-NNA) de la Universidad de Tarapacá. Postdoctora en Ciencias Sociales por el Instituto de Ciencias Sociales de la Universidad de O'Higgins (Chile). Doctora en Derecho por la Universidad de Talca (Chile). Magíster en Derecho mención Derecho de Familia por la Universidad de Talca. Abogada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño (Colombia).

jsdiazp@academicos.uta.cl

<https://orcid.org/0000-0002-5213-2262>

Sharom Alessia Durand-Untiveros

Estudiante del X ciclo de Derecho en la Universidad San Ignacio de Loyola (Lima, Perú). Miembro del Grupo de Investigación Filosofía del Derecho.

sharom.durand@usil.pe

<https://orcid.org/0009-0001-1812-6125>

Juan B. Etcheverry

Investigador del Conicet. Profesor titular de Filosofía del Derecho de la Universidad Austral.

jbetcheverry@ius.austral.edu.ar

<https://orcid.org/0000-0001-9018-4293>

Gabriela García Escobar

Profesora titular de Derecho Internacional Público en la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara (México). Obtuvo su Doctorado en Derecho (*magna cum laude*) por la Universidad de Ginebra y su Maestría en Derecho Internacional por el Graduate Institute of International and Development Studies de Ginebra. También es editora de desarrollos legales en el *Latin American and Caribbean Journal of International Law* (LACJIL) y editora general de la revista *Perspectiva Jurídica*.

gabgarcia@up.edu.mx

<https://orcid.org/0000-0002-7030-9543>

Pasquale Gianniti

Es magistrado desde 1990. Ha sido juez del Tribunal Civil y Penal de diversas ciudades de Italia. Desde 2015 es Consigliere de la Corte Suprema di Cassazione, con sede en Roma. Es autor de diversas monografías y trabajos relacionados con su especialidad, además de director de obras colectivas. pasquale.gianniti@gmail.com

Carlos H. González Bellene

Abogado (UNCuyo). Magíster en *Estado de Derecho & Democracia Constitucional* (Universidad de Génova y Universidad de Girona), título obtenido mediante beca por concurso del Instituto Tarello de Filosofía del Derecho. Magíster en *Derecho penal y ciencias penales* (UNCuyo). Candidato doctoral en Universidad Autónoma de Madrid. Profesor adscripto autorizado a las cátedras de Derecho Penal y Filosofía del Derecho (UNCuyo). Profesor estable en la Maestría de Derecho Penal y Ciencias Penales (UNCuyo). Profesor invitado en la Maestría en Magistratura y Gestión Judicial (UNCuyo). Abogado en la Suprema Corte de Justicia de Mendoza. Director de *Revista Pensamiento Penal*.

chgbellene.18@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-7085-0006>

Jairo Enrique Lucero-Pantoja

Académico de la Facultad de Derecho Universidad de Tarapacá, Iquique (Chile). Investigador responsable del proyecto Fondecyt No. 11241049, ANID. Postdoctor en Ciencias Sociales por el Instituto de Ciencias Sociales de la Universidad de O'Higgins (Chile). Doctor en Derecho por la Universidad de Talca (Chile). Magíster en Derecho por la Universidad de Palermo (Argentina).

Especialista en Derecho Ambiental por la Universidad de Buenos Aires. Especialista en Derecho Ambiental por la Universidad de Palermo. Abogado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño (Colombia).

jelucerop@academicos.uta.cl

<https://orcid.org/0000-0001-7656-3641>

Julio César Orellana Presentación

Abogado y docente investigador asociado (Universidad Científica del Sur). Research Associate en I Ocean Fund. Posee un LL.M. en Environmental Law, Global Specialization (Pace University). Realizó una pasantía en el programa Harmony with Nature de las Naciones Unidas, donde participó en la coordinación del Mother Earth Day. Ha sido responsable de eventos académicos como el I Congreso Nacional e Internacional de Derecho Ambiental, el Moot de Derecho Ambiental Científica, 22° Coloquio de la IUCN AEL, etc. Su labor académica e investigadora se centra en los derechos de la naturaleza, la acción climática y la gobernanza ambiental internacional.

jorellanap@cientifica.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0002-6916-4893>

Dereck Patrick Palomino Campomanes

Abogado (Universidad Nacional Federico Villarreal). Maestrando en Derecho Penal Económico (Universidad Internacional de La Rioja, España). Primer puesto en el Concurso Nacional de Ponencias de Posgrado del XIX Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología (CONADEPC). Miembro principal y excoordinador académico del Taller de Dogmática Penal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

dereck_palomino@hotmail.com

<https://orcid.org/0009-0001-4774-0669>

Juan Pablo Quiroga

Licenciado en Ciencias de la Comunicación (UBA). Abogado especializado en protección de derechos de niñas, niños y adolescentes (UNICEN). Candidato especialista en derecho penal (UTDT). Magíster en Políticas Públicas (Georgetown University) y doctor en Ciencias Sociales (FLACSO). Autor de varios artículos en diversas revistas académicas de la región sobre temas de política, políticas públicas, comunicación y semiótica.

Jq84@georgetown.edu

<https://orcid.org/0000-0002-6735-9902>

Gabriel Ravelo-Franco

Abogado y maestro en Derecho Penal, con diploma de especialización en asesoría de tesis y con estudios en curso de doctorado en Derecho. Es profesor a tiempo completo en la línea de investigación en la Facultad de Derecho de la Universidad Continental, de la que también es integrante del Comité de Acreditación para la Calidad. Es investigador de la Red Interdisciplinaria Iberoamericana de Investigadores e Investigadoras Nodo Socio-Jurídico. Profesor de la Maestría en Derecho Penal y Procesal Penal (Universidad Técnica Particular de Loja, Ecuador) y de la Maestría en Derecho Penal y Procesal Penal (Universidad Continental). Ponente internacional en diversas universidades latinoamericanas. Forma parte del Comité Editorial de la *Revista Ius et Tribunalis*. Es investigador acreditado ante el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación Tecnológica – SINACYT.

gravelo@continental.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0003-0212-312X>

Daniel Reimundes

Abogado, especialista y magíster en Derecho Administrativo Económico (UCA). Doctor en Cien-

cias Jurídicas (UCA); con sede en la ciudad de Buenos Aires, República Argentina.
dfreimundes@gmail.com

Ana Valeria Romero Guido

Licenciada en Derecho (Universidad Centroamericana). Especialista en Contrataciones (Universidad Centroamericana). Máster en Ciencias Jurídicas (Universidad Americana). Doctoranda en Derecho del primer programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Americana. Docente universitaria en la Universidad Americana desde 2018 a la fecha. Desarrolla su línea de investigación en derecho privado e inteligencia artificial. Par evaluadora de artículos científicos de la *Revista Científica de Estudios Sociales* de la UAM. Cuenta con publicaciones en revistas científicas y ha participado como ponente en diversos congresos y encuentros académicos nacionales e internacionales.

ana.romero@uamv.edu.ni

<https://orcid.org/0000-0001-7794-3718>

Bruno Rusca

Doctor en Derecho (Universidad Nacional de Córdoba). Profesor de Derecho (Universidad Austral de Chile).

bruno.rusca@uach.cl

<https://orcid.org/0000-0001-5460-9207>

Andrés Sánchez Herrero

Abogado (Universidad Católica Argentina). Magíster en asesoramiento jurídico de empresas (Universidad Austral) y doctor en Derecho (Universidad Católica Argentina). Profesor titular de Contratos (Universidad Austral). Director del Doctorado en Derecho y del Centro de Propiedad Intelectual de la Universidad Austral.

andres@sanchezherrero.com.ar

Diego Hernán Serebrinsky

Abogado (UBA). Profesor adjunto de la materia Contratación Mercantil en la cátedra del Prof. Dr. Paolantonio de la Facultad de Derecho (UBA). Profesor adjunto de las materias Contratos I y Contratos II en la cátedra del Prof. Dr. Sánchez Herrero (Facultad de Derecho, Universidad Austral). Profesor adjunto de la materia Obligaciones y Contratos y de Instituciones de Derecho Privado II en la UADE. Exasesor de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. Ejerce la abogacía en forma privada como socio en el Estudio Cacio, Viola, Crivelli, Martos, Pesci, Serebrinsky & Truppel. Autor de las obras *Contratos de franquicia*, *Derecho de la distribución comercial*, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia* —3ª y 4ª edición— (estas tres obras, en coautoría con G. Cabanellas de las Cuevas) y *Derecho de la competencia desleal* (en coautoría con G. Cabanellas de las Cuevas, P. Palazzi y A. Sánchez Herrero).

diego@serebrinskyabogados.com

Kevin André Silva Carrillo

Profesor contratado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Becario predoctoral, Servicio Alemán de Intercambio Académico-DAAD (2022). Abogado y director del Área Penal & Compliance-Estudio Lazo & Abogados

kasilva@pucp.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0002-6704-5524>

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. Es profesor adjunto de las materias Teoría del Derecho, Filosofía del Derecho y Antropología Filosófica (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.

emtejeda@austral.edu.ar

<https://orcid.org/0000-0001-9406-4571>

NORMAS EDITORIALES

Temática y alcance

La Revista Jurídica Austral es una publicación semestral de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral que tiene por fin primordial difundir investigaciones científicas originales e inéditas de todas las ramas del derecho, nacional y comparado, con el propósito de realizar aportes significativos al desarrollo de las distintas disciplinas jurídicas, proporcionando criterios de análisis e interpretación del derecho válidos y útiles para sus lectores.

Sus destinatarios son, fundamentalmente, académicos, investigadores, profesores, alumnos universitarios, miembros de los tres poderes del Estado (en cualquiera de sus niveles), centros de investigación, organismos públicos y privados y operadores del derecho en general.

Periodicidad y formato

La Revista Jurídica Austral se publica semestralmente (enero-junio/julio-diciembre) en formato electrónico y en soporte papel. En la primera modalidad, la entidad editora adhiere a la política de acceso abierto (open access), la cual permite descargar, distribuir, copiar e imprimir el material publicado sin ninguna restricción. De esta manera, se garantiza el acceso libre e irrestricto a la información sin ningún tipo de limitación o barrera económica, técnica o legal para todos los lectores, realizando una significativa contribución académica que se traduce en aportes concretos al conocimiento científico.

Las investigaciones, que deben ser originales e inéditas, se reciben en forma continua, sin perjuicio de las convocatorias puntuales que se realicen en los periodos que disponga el Consejo Editorial. En todos los casos, los interesados en remitir sus trabajos deberán ajustar o adaptar los manuscritos a las instrucciones y normas de redacción previstas para los autores.

La RJA se edita en español, por lo cual se recibirán artículos solo en este idioma.

Selección de los manuscritos

Los trabajos serán recibidos y examinados por el Consejo Editorial, que corroborará su pertinencia en relación a la temática y alcance de la RJA, analizando, además, la originalidad, importancia, calidad académica e interés científico. El Consejo Editorial decidirá la aceptación o rechazo de los artículos recibidos, comunicando su decisión a los remitentes. El rechazo podrá ser sometido a reconsideración del mismo órgano dentro del plazo de diez días de comunicado al autor.

Se aceptan artículos y contribuciones de toda la comunidad científica nacional e internacional, sin cargos por procesamiento de artículos (APC) ni de ningún otro tipo. Asimismo, no se exige cargo alguno de envío (*submission fee*).

Detección de plagio

El Consejo Editorial de la Revista Jurídica Austral y el director ejecutivo realizan un estricto control de todos los manuscritos recibidos para verificar si presentan plagio.

El primer control se aplica al recibir el artículo, con una lectura realizada por miembros del Consejo Editorial y una primera verificación sobre otras publicaciones del (de los) autor(es), permitiendo detectar todas aquellas conductas inapropiadas o reprochables desde el punto de vista ético.

Asimismo, los manuscritos son revisados a través del software antiplagio Compilatio Magister+, el cual detecta similitudes en los textos, contenidos potencialmente plagiados una vez traducidos, textos generados por inteligencia artificial (ChatGPT, Gemini, YouChat) y reformulaciones o intentos de alterar el texto para que no se vea a simple vista.

Posteriormente, los árbitros revisores realizan controles particularizados, para lo cual la revista les suministra guías e indicaciones prácticas para revisar el artículo y detectar posibles plagios. En la etapa de corrección y edición de estilo se aplican controles adicionales sobre el artículo.

Si se envía una nueva versión de un artículo publicado anteriormente, el (los) autor(es) deberá(n)

dejar constancia en la primera nota al pie y la nueva versión deberá estar justificada (incluye novedades o recupera un artículo valioso, publicado en un idioma que no forma parte de los idiomas de la revista, u otra razón).

En caso de detectarse prácticas de plagio o autoplagio, los artículos serán rechazados y devueltos al autor mediante decisión expresa y fundada que identifique la infracción cometida..

Sistema de revisión por pares (*peers reviewers*)

Con el propósito de garantizar la calidad científica de las publicaciones, la Revista Jurídica Austral adopta el sistema de revisión por pares o *peers reviewers* en la modalidad doble ciego, de esta manera, el anonimato recíproco entre autores y revisores permite lograr una mayor objetividad en el análisis de los artículos, obteniendo un control de calidad del contenido más eficiente y con mejores estándares de transparencia editorial e institucional.

Este proceso de revisión se realizará de la siguiente manera:

1. Los artículos serán recibidos y examinados por el Consejo Editorial, que corroborará su pertinencia en relación a la temática y alcance de la RJA, analizando, además, la originalidad, importancia, calidad académica e interés científico. El Consejo Editorial decidirá la aceptación o rechazo de los artículos recibidos, comunicando su decisión a los remitentes. El rechazo podrá ser sometido a reconsideración del mismo órgano dentro del plazo de 10 días de comunicado al autor.
2. El proceso de arbitraje solo se iniciará si los artículos recibidos cumplen las directrices para autores, las cuales pueden consultarse en este mismo portal.
3. Los artículos serán evaluados bajo la modalidad doble ciego, para lo cual serán remitidos a dos árbitros externos previamente seleccionados por el Consejo Editorial, sin revelar la identidad de los autores. Los pares revisores, por su parte, tampoco conocerán la identidad de aquellos. El Consejo Editorial eliminará del texto y del archivo los nombres de los autores para preservar el anonimato.
4. Los árbitros solicitados, previa aceptación del arbitraje, deberán evaluar los artículos conforme a las normas de publicación y guardar confidencialidad respecto a todo lo referido a su intervención. Asimismo, para expedirse tendrán un plazo máximo de 15 días desde su aceptación como árbitros.
5. Los árbitros externos expedirán un informe al Consejo Editorial sobre el tratamiento de los artículos con las siguientes variantes en cuanto al contenido: a) aconsejando la publicación sin modificaciones; b) aconsejando la publicación con mejoras; c) rechazando la publicación. El dictamen será comunicado al autor, garantizando el anonimato del árbitro.
6. En caso de que se trate de un artículo aprobado con sujeción a cambios, el autor contará con un plazo de 15 días para el envío de la nueva versión, en cuyo caso deberá informar los cambios realizados o justificar cuando haya decidido no realizarlos. Por su parte, en caso de que corresponda, el árbitro deberá verificar las correcciones en un plazo de 15 días.
7. En caso de desacuerdo entre los árbitros, el Consejo Editorial de la RJA podrá requerir la designación de un tercer árbitro, cuya opinión permitirá sumar mejores fundamentos a la decisión que finalmente deba adoptarse.
8. El Consejo Editorial tomará la decisión de si finalmente publicará el artículo.
9. En todos los casos, se publicará la fecha de recepción del artículo y la fecha de su aceptación.

Las reseñaciones de obras bibliográficas, análisis, comentarios y notas que se publicarán en las secciones correspondientes no serán sometidas al proceso de revisión por pares, sin perjuicio del control previo y estricto que llevará a cabo el Consejo Editorial de la RJA, pudiendo, según los casos, remitir a un árbitro externo dichos contenidos cuando la profundidad, extensión y complejidad de estos lo justificara.

Ética y buenas prácticas editoriales

La Revista Jurídica Austral adhiere al Código de conducta y buenas prácticas editoriales del Committee on Publication Ethics (COPE), foro de discusión para editores de publicaciones científicas arbitradas (<https://publicationethics.org/core-practices>), cuyo objetivo primordial es promover la integridad de las investigaciones académicas y sus publicaciones.

Política de secciones

Las ediciones de la Revista Jurídica Austral se componen de tres secciones:

- a) Artículos de investigación
- b) Análisis, crónicas y comentarios
- c) 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 curriculum que no exceda las diez líneas, dirección de correo electrónico y perfil ORCID.

Los trabajos se recibirán por medio del sistema Open Journal System, al cual se accede a través de este portal. El envío debe contener todos los requisitos que solicita el sistema.

Para asegurar la integridad de las evaluaciones anónimas por pares de los envíos, se hará todo lo posible para impedir que los autores conozcan la identidad de los revisores y viceversa. Para ello, se deben comprobar que se han seguido los siguientes pasos relacionados con el texto y con las propiedades del archivo:

* Los autores del documento han borrado sus nombres del texto y han evitado autorreferenciarse.

* En el caso de los documentos de Microsoft Office, también deberá quitarse la identificación del autor de las propiedades del archivo haciendo clic en las opciones que se indican a continuación. Empezar con Archivo en el menú principal de la aplicación de Microsoft: Archivo > Guardar como > Herramientas (u Opciones en Mac) > Seguridad > Eliminar información personal de las propiedades del archivo al guardar > Guardar.

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 ejerció con tanta moderación que transcurrió más de medio siglo sin que otra ley del Congreso fuera rechazada por el tribunal. Ello aconteció en 1857, en otro caso famoso, el de *Dred Scott v. Sandford*. (Bidegain, 1994, p. 127)

Si una cita textual extraída de un trabajo publicado en formato digital no tiene identificado el número de página, se debe identificar el número de párrafo:

Nótese que un gobierno podría –en una ley procesal, que puede sancionar por mayoría simple– agrupar todos los jueces que le molestan y asignarlos a una sala a la que le atribuya competencia marginal, y dejar jueces más favorables en una sala temática a la que le asigne centralidad y mayor chance de intervención. (Arballo, 2014, párr. 9)

Las citas textuales en idioma extranjero se ponen entre comillas y sin cursiva.

Se recomienda a los autores evitar la autorreferencialidad, es decir, citarse a sí mismo en el cuerpo del texto.

Bibliografía

Se ordena en orden alfabético de autores y en orden cronológico cuando se citen varios trabajos del mismo autor. Si hubiera trabajos del mismo autor con la misma fecha, se identificarán agregando una letra minúscula, por ejemplo: 2006a, 2006b.

Se recomienda seguir el siguiente estilo:

* Libro impreso

Apellido, N. (año). *Título del trabajo*. Editorial.

* Libro en línea

Apellido, N. y Apellido, N. (año). *Título del libro*. Editorial. <https://doi.org>.

Apellido, N. y Apellido, N. (año). *Título del libro*. Editorial. <https://www.url.com>.

* Libro con editor, coordinador, director

Apellido, N. (Ed.) (año). *Título del libro*. Editorial.

Apellido, N. y Apellido, N. (Coords.) (año). *Título del libro*. Editorial.

* Capítulo de libro

Apellido, N. (año). Título del capítulo o entrada. En Apellido, N. (Ed.), *Título del libro* (pp. inicio-fin del capítulo). Editorial.

Apellido, N. (año). Título del capítulo o entrada. En Apellido, N. (Ed.), *Título del libro* (xx ed., Vol. xx, pp. inicio-fin del capítulo). Editorial.

* Artículo en revista

Apellido, N. (año). Título del artículo. *Nombre de la revista*, volumen(número), número de las páginas xx-xx.

Apellido, N. (año). Título del artículo. *Nombre de la revista*, volumen(número), número de las páginas xx-xx. <https://doi.org>.

Apellido, N. (año). Título del artículo. *Nombre de la revista*, volumen(número), número de las páginas xx-xx. <https://www.url.com>.

* Trabajos sin identificación del autor

Título del trabajo. (año). Fuente.

* Artículo en periódico

Apellido, N. (día, mes, año). Título del artículo. *Nombre del periódico*, número de página.

Apellido, N. (día, mes, año). Título del artículo. *Nombre del periódico*. <https://www.url.com>.

* Artículo en periódico sin identificación del autor

Título del artículo. (día, mes, año). Nombre del periódico, número de página.

Título del artículo. (día, mes, año). Nombre del periódico. <https://www.url.com>.

* Diccionarios o enciclopedias

Apellido Autor o Editor, N. (Ed., cuando es editor). (Año). *Nombre del diccionario o enciclopedia* (xx ed., Vol. xx). Ciudad: Editorial.

* Tesis y doctorados

Apellido, N. (año). *Título de la tesis* (Tesis de pregrado, maestría o doctoral). Nombre de la institución, Ciudad.

Apellido, N. (año). *Título de la tesis* (Tesis de pregrado, maestría o doctoral). Nombre de la institución, Ciudad. <https://www.url.com>.

* Referencia a páginas webs

Apellido, N. (s.f.). *Nombre de la página*. <https://www.url.com>.

Apellido, N. (s.f.). *Título del artículo*. Nombre de la página. <https://www.url.com>.

Nombre de la página o institución. (s.f.). *Título del artículo*. <https://www.url.com>.

* Ponencias y conferencias

Apellido, N. (año). *Título de la ponencia o conferencia*. Nombre de las jornadas o simposio donde se presentó. Ciudad, País, fecha.

* Informes de instituciones

Nombre completo de la institución. (año). *Título del informe*. Editorial.

Nombre completo de la institución. (año). *Título del informe*. <https://www.url.com>.

Citas de legislación y jurisprudencia

Las referencias a la legislación y jurisprudencia citadas se colocarán en nota al pie (cuando sean citadas en el texto) o luego de la bibliografía, de acuerdo con la siguiente clasificación:

Legislación

* Normas internacionales (pactos, convenios, declaraciones)

* Normativa comunitaria

* Leyes ratificadoras de tratados internacionales

* Constituciones

* Códigos

* Leyes

* Decretos

* Resoluciones

* Disposiciones

Estilo a seguir:

Constitución de la Nación Argentina.

Constitución de la Nación Argentina, artículo 75, inciso 2 (o 75.2.).

Leyes

Ley 11723.

Ley 11723 de Propiedad Intelectual, BO 30/09/1933.

Ley 11723 de Propiedad Intelectual, BO 30/09/1933, artículo 5.

Decretos

Decreto 245/2002.

Decreto 245/2002, BO 28/11/2002, artículo 5.

Resoluciones

Resolución 2030/2015.

Resolución 2030/2015, BO 12/06/2015, artículo 1.

Disposiciones

Disposición 306/2015.

Disposición 306/2015, BO 28/05/2015.

Jurisprudencia

- * Corte Suprema (nacional, federal, provincial, internacional)
- * Tribunales internacionales
- * Tribunales del sistema interamericano

Estilo a seguir:

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fernández Arias c/Poggio*, 19/09/1960, Fallos: 247:646.

Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, *Vasena Marengo, José Francisco y otra c/Rodríguez, Jorge Mario y otra*, 28/09/2004.

Cámara Federal de Casación Penal: *Di Plácido, Jorge Alberto*, 22/05/2014, [FBB/7963/2013/CFC1, Registro 864/14].

Suprema Corte de los Estados Unidos, *Wood v. Milyard*, 566 U.S. 463 (2012).

Suprema Corte de Carolina del Norte, *Bayard v. Singleton*, 1 N.C. 5 (1787).

Sentencia del Tribunal Constitucional, 83/2016, 28 de abril. [España].

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26/09/2006, Serie C, N° 154.

Fallos: 329:2316.

