ISSN 2684-057X

# Revista Jurídica Austral

Publicación científica de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral

Volumen 7. Número 1. Junio de 2026
Buenos Aires
Argentina

ISSN 2684-057X

# Revista Jurídica Austral

Publicación científica de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral

Volumen 7. Número 1. Junio de 2026

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** (Universitá 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 Sodero** (Universidad del Litoral, Argentina)
**Renato Rabbi-Baldi Cabanillas** (Universidad de Buenos Aires/Universidad Católica de Salta, Argentina)
**Pablo Luis Manili** (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

## Equipo técnico

Lucila Scibona (edición, corrección, diagramación)

**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

Edición en línea: https://doi.org/10.26422/RJA.2026.0701

# Presentación

Cada nuevo número de la *Revista Jurídica Austral* representa mucho más que la culminación de un proceso editorial. Constituye la expresión concreta de un proyecto académico que, a través del tiempo, ha ido consolidando una identidad propia, sustentada en la convicción de que la investigación jurídica exige espacios editoriales comprometidos con el rigor metodológico, la pluralidad de enfoques y la excelencia científica. Esa vocación ha orientado, desde sus inicios, el desarrollo de la Revista y continúa orientando la labor editorial y la selección de los trabajos que integran cada uno de sus números.

El volumen que hoy presentamos refleja ese caminoz de crecimiento institucional. La constante recepción de investigaciones provenientes de distintas universidades y centros de estudio, la diversidad de las temáticas abordadas y el sostenimiento de un exigente sistema de evaluación por pares dan cuenta de una publicación que ha logrado consolidarse como un ámbito de referencia para la difusión de investigaciones jurídicas originales, manteniendo un equilibrio entre apertura académica y elevados estándares de calidad.

En ese proceso de consolidación, reviste especial importancia un acontecimiento que marca un nuevo hito en la trayectoria de la Revista: su incorporación a SciELO (Scientific Electronic Library Online), una de las principales bibliotecas científicas electrónicas de Iberoamérica. Este reconocimiento refleja el cumplimiento sostenido de estándares internacionales de calidad editorial y científica, fortalece la proyección internacional de los trabajos publicados y amplía significativamente su visibilidad dentro de los principales circuitos de comunicación académica de la región. Al mismo tiempo, reafirma el compromiso institucional de la *Revista Jurídica Austral* con el acceso abierto, la integridad científica y la publicación de investigaciones jurídicas de excelencia.

La incorporación a SciELO y el sostenido incremento de manuscritos recibidos constituyen dos manifestaciones particularmente elocuentes del momento institucional que atraviesa la Revista. Ambas circunstancias reflejan la creciente confianza que la comunidad académica deposita en este proyecto editorial y, al mismo tiempo, renuevan la responsabilidad de preservar un proceso de selección riguroso y estándares científicos cada vez más exigentes. En ese marco, este volumen reúne un número récord de contribuciones, integrado por diecinueve artículos de investigación, cinco trabajos en la sección Análisis, crónicas y comentarios y dos recensiones, luego de haberse recibido más de un centenar de postulaciones para integrar esta edición.

Este número es el resultado del trabajo conjunto del Consejo Editorial, de los revisores externos y del equipo técnico de la Revista, cuya labor hace posible

el desarrollo de un proceso editorial basado en criterios de calidad, transparencia y rigor científico.

Los trabajos que integran este volumen ofrecen una muestra representativa de las preocupaciones que hoy atraviesan a la investigación jurídica. Conviven en sus páginas estudios dogmáticos, análisis teóricos, investigaciones de derecho comparado y aportes centrados en los desafíos que plantean las nuevas tecnologías, los derechos fundamentales, la jurisprudencia internacional y las transformaciones institucionales, configurando un conjunto de contribuciones que refleja la vitalidad y diversidad del debate jurídico actual.

En esta edición, presentamos los siguientes artículos de investigación: Jerónimo Lau Alberdi (Universidad Austral): *La Constitución erosionada*; Estela B. Sacristán (Universidad Austral): *Dinámica de las criptomonedas: la cuestión de su naturaleza jurídica*; Lafferriere (Pontificia Universidad Católica Argentina) y Camila Brugnoni (Pontificia Universidad Católica Argentina): ¿Daño *o derecho? El proyecto de vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*; Gonzalo Bailo (Conicet. Universidad Nacional del Litoral) y María E. Marichal (Conicet. Universidad Nacional del Litoral): *Imaginarios de la emergencia pública en la Constitución argentina*; Carlos A. Sánchez Mas (Foro de Abogados de San Juan. ReFEM): *Análisis de la disposición transitoria primera de la Constitución Nacional argentina*; Pilar Quiñoa (Universidad Austral): *La revocabilidad de la adopción simple y de integración: análisis crítico de sus causales, efectos y fundamentos*; Leonardo A. Schonfeld (Pontificia Universidad Católica Argentina): *Los conceptos normativos en derecho penal y el problema de la falacia naturalista. La relación ser-deber ser en el* ámbito *de la ciencia penal*; Edwin A. Morocco Colque et al. (Universidad Privada del Norte, Perú): *Ejecución asimétrica de las medidas ordenadas por la Corte Interamericana*; Emmanuel Catardo (Pontificia Universidad Católica Argentina. Universidad de Salamanca, España): *El indómito artículo 7 del Código Civil y Comercial*; Leandro Baltar (Universidad Siglo 21. Universidad de Buenos Aires) y Luciana B. Scotti (Universidad de Buenos Aires): *Hacia una nueva etapa en la protección internacional de la niñez*; Lisandro N. Gomez (Universidad Alberto Hurtado, Chile): ¿Quién *es quién? Creación, enseñanza, tecnificación y crítica del derecho en la(s) cultura(s) jurídica(s)*; Gisela Sedeillán (Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos -Conicet. Universidad Nacional de Mar del Plata): *Tensiones, puentes y protagonistas: reconstruyendo el proceso reformista que condujo a la sanción del Código Procesal Penal de 1915 de Buenos Aires*; Jorge J. Lawand (Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo): *Inteligencia artificial y propaganda electoral digital: análisis comparado de los marcos regulatorios de Brasil y Argentina*; Ernesto M. Díaz (Universidad de Buenos Aires): ¿Anticipación *de la pena? Un análisis crítico de la tesis de la ejecución inmediata de la condena penal*; Lucía Rizik (Universidad Católica del Norte, Chile): *La regulación de la publicidad comercial de comestibles malsanos dirigida a la niñez desde una perspectiva latinoamericana*; Nicolás J. Rabbone (Departamento Judicial de La Plata, Ministerio Público Fiscal): *De la "película" operativa a la "foto" judicial: la trazabilidad administrativa*

*como garantía de control judicial de la violencia institucional penitenciaria*; Fernando A. Ramos-Zaga (Universidad Privada del Norte, Perú): *Agentes basados en IA con capacidad ejecutiva autónoma y límites de la imputación civil en el derecho privado continental*; Jorge E. Peralta (Consultoría privada), *Trazabilidad, validación humana y uso defendible de inteligencia artificial y agentes en el trabajo jurídico*; Andherson J. Aguirre-Lanegra (Universidad Privada del Norte, Perú) y Nuccia Seminario-Hurtado (Universidad Científica del Sur, Perú): *Cuando la familia ya no basta: el contrato de alimentos como respuesta civilmente exigible al desamparo asistencial de la persona adulta mayor en el Perú*.

En la sección Análisis, crónicas y comentarios, se incluyen las contribuciones de Rodolfo Vigo; Carlos I. Massini-Correas; Juan S. A. Perilla Granados y Tatiana S. Meza Prada; Jesús R. Jaimes Becerra et al.; y Pedro Fernández Requena, quienes ofrecen valiosas aproximaciones a cuestiones de actualidad jurídica desde perspectivas históricas, filosóficas, comparadas y jurisprudenciales.

La sección Recensiones reúne, por su parte, los comentarios bibliográficos elaborados por Alfonso Santiago junto a Mariana Guida, y por Francisco Vila Conde, contribuyendo a la difusión crítica y elaborando notas de obras de reciente aparición y de especial interés para la comunidad jurídica.

Finalmente, este número incorpora un apartado autónomo de reconocimiento especial a los revisores externos de los últimos tres números, quienes con generosidad, rigor científico y absoluta independencia colaboraron desinteresadamente en el proceso de evaluación de los manuscritos. Su labor constituye uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta la calidad académica de esta publicación.

Confiamos en que las contribuciones reunidas en este volumen enriquecerán el debate jurídico y suscitarán nuevas líneas de reflexión e investigación. A todos nuestros lectores, les deseamos una muy buena lectura..

Buenos Aires, junio de 2026

| **Académico Dr. Alfonso Santiago** | **Mag. Luciano Ruhl** | **Dr. Miguel A. Rapela** |
|---|---|---|
| Director | Director ejecutivo | Director ejecutivo |

# Índice

## Artículos de investigación


13 La Constitución erosionada
**Jerónimo Lau Alberdi**

45 Dinámica de las criptomonedas: la cuestión de su naturaleza jurídica
**Estela B. Sacristán**

111 ¿Daño o derecho? El proyecto de vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
**Jorge Nicolás Lafferriere - Camila Brugnoni**

163 Imaginarios de la emergencia pública en la Constitución argentina: un análisis de los debates de la Convención Constituyente de 1994
**Gonzalo Bailo - María Eugenia Marichal**

199 Análisis de la disposición transitoria primera de la Constitución Nacional argentina sobre la "cuestión de las islas Malvinas"
**Carlos A. Sánchez Mas**

241 La revocabilidad de la adopción simple y de integración: análisis crítico de sus causales, efectos y fundamentos
**Pilar Quiñoa**

273 Los conceptos normativos en derecho penal y el problema de la falacia naturalista. La relación ser-deber ser en el ámbito de la ciencia penal
**Leonardo Augusto Schonfeld**

311 Ejecución asimétrica de las medidas ordenadas por la Corte Interamericana: análisis de los casos contra el Perú (2016-2020)
**Edwin A. Morocco Colque - José M. Romero Pardo - Jessie C. Tapia Diaz**

339 El indómito artículo 7 del Código Civil y Comercial: más de medio siglo de errores y repeticiones
**Emmanuel Catardo**

383 Hacia una nueva etapa en la protección internacional de la niñez: reflexiones a partir de la ratificación argentina del Convenio de La Haya de 1996
**Leandro Baltar - Luciana B. Scotti**

419 ¿Quién es quién? Creación, enseñanza, tecnificación y crítica del derecho en la(s) "cultura jurídica(s)"
**Lisandro Nahuel Gomez**

449 Tensiones, puentes y protagonistas: reconstruyendo el proceso reformista que condujo a la sanción del Código Procesal Penal de 1915 en la provincia de Buenos Aires
**Gisela Sedeillan**

473 Inteligencia artificial y propaganda electoral digital: análisis comparado de los marcos regulatorios de Brasil y Argentina
**Jorge José Lawand**

513 ¿Anticipación de la pena? Un análisis crítico de la tesis de la ejecución inmediata de la condena penal
**Ernesto Matías Díaz**

541 La regulación de la publicidad comercial de comestibles malsanos dirigida a la niñez desde una perspectiva Latinoamericana
**Lucía Rizik**

579 De la "película" operativa a la "foto" judicial: la trazabilidad administrativa como garantía de control judicial de la violencia institucional penitenciaria
**Nicolás José Rabbone**

609 Agentes basados en IA con capacidad ejecutiva autónoma y límites de la imputación civil en el derecho privado continental
**Fernando A. Ramos-Zaga**

633 Trazabilidad, validación humana y uso defendible de inteligencia artificial y agentes en el trabajo jurídico: hacia un estándar mínimo de control profesional
**Jorge Eduardo Peralta**

665 Cuando la familia ya no basta: el contrato de alimentos como respuesta civilmente exigible al desamparo asistencial de la persona adulta mayor en el Perú
**Andherson Jhordan Aguirre-Lanegra - Nuccia Seminario-Hurtado**

**Análisis, crónicas y comentarios**

713 Acerca de la existencia de un derecho ciudadano a tener jueces éticos
**Rodolfo L. Vigo**

735 Los derechos de la naturaleza en el ordenamiento jurídico latinoamericano: avances, desafíos y perspectivas
**Carlos I. Massini-Correas**

749 El Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia: una institución consuetudinaria milenaria en la gestión del agua y la resolución de conflictos
**Juan Sebastián Alejandro Perilla Granados - Tatiana Sofía Meza Prada**

765 El daño ambiental por derrames petroleros como institución jurídica en la jurisprudencia internacional (1967-2022)
**Jesús Ramón Jaimes Becerra - Jimena Alexandra Campaña Chaglla - Génesis Andrea García Quezada**

791 De la *Utopía* al presente: libertad y bienestar bajo análisis
**Pedro Fernández Requena**

**Recensiones**

815 *Breve historia de los derechos humanos* de Pasquale Gianniti
**Alfonso Santiago - Mariana Guida**

821 Contra el uso partidario de la ecología: *quod omnes tangit, ab omnibus approbari debet.* Recensión y notas a la obra *Ecopopulismo. La desaforada retórica de Gaia, Pachamama y el Mar Menor* de Alfonso García Figueroa
**Francisco Vila Conde**

**Agradecimiento a los revisores**

835

**Normas editoriales**

837

# Artículos de investigación

# La Constitución erosionada

**Jerónimo Lau Alberdi**[1]

Facultad de Derecho, Universidad Austral (Argentina)

jlaualberdi@austral.edu.ar

https://orcid.org/0009-0006-3733-4882

**Recibido:** 10/03/2026

**Aceptado:** 12/05/2026

https://doi.org/10.26422/RJA.2026.0701.alb

**Resumen**

Aunque la Constitución argentina de 1853 perdura formalmente en el pergamino, los sucesivos ciclos políticos han vaciado de contenido su diseño liberal-republicano mediante lo que algunos autores denominan "desmembramiento constitucional": cambios que preservan la continuidad formal del texto mientras transforman su identidad, su estructura institucional o su catálogo de derechos. El desmembramiento de la identidad se gestó con la doctrina de facto del Poder Judicial y se cristalizó en la reforma de 1949, que sustituyó los compromisos de gobierno limitado por un modelo intervencionista centrado en el Estado. El desmembramiento estructural se profundizó con la reforma de 1994, que constitucionalizó los decretos de necesidad y urgencia sin mecanismos de control eficaces y creó órganos de supervisión que en la práctica no lograron moderar el hiperpresidencialismo. El desmembramiento de los derechos se produjo cuando la misma reforma elevó a jerarquía constitucional tratados que consagran amplios derechos sociales sin la correspondiente capacidad de implementación, lo que desplazó hacia los tribunales decisiones distributivas para las que carecen de competencia presupuestaria. Estos procesos superpuestos han generado una anomia institucional persistente en la que los mandatos constitucionales coexisten con su elusión sistemática. Este artículo sostiene que la fragilidad constitucional argentina obedece menos a defectos del texto que a una lógica

1 Profesor de Derecho Constitucional (Facultad de Derecho, Universidad Austral). Abogado (Universidad Austral), LL.M. (Law Center, Georgetown University) y LL.M. en Derecho Constitucional (Universidad Austral). Doctor of Juridical Science (S.J.D.) Candidate (University of Virginia).
Agradezco los valiosos comentarios de los profesores Richard Albert, Manuel J. García-Mansilla, Verónica Nolazco y Sofía Calderone, quienes leyeron una versión preliminar de este trabajo en inglés, así como a uno de los revisores anónimos cuyas observaciones me impulsaron a corregir y precisar algunas de las ideas aquí expuestas. Los errores que subsistan son de mi exclusiva responsabilidad.

política en la que las ambigüedades normativas, la debilidad de la cultura institucional y el oportunismo de los actores se retroalimentan para producir desmembramientos sucesivos bajo una fachada de continuidad formal.

**Palabras clave:** hiperpresidencialismo, decretos de necesidad y urgencia, anomia institucional, centralización fiscal, control del Congreso, separación de poderes, doctrina de facto, inflación de derechos, Alberdi, peronismo, liberalismo.

## The Hollowed Constitution

**Abstract**
Although Argentina's 1853 Constitution formally endures on parchment, successive political cycles have hollowed out its liberal-republican design through what scholars term constitutional dismemberment: changes that preserve the formal continuity of the text while transforming its identity, its institutional structure, or its catalogue of rights. Identity dismemberment originated with the judiciary's de facto doctrine and crystallized in the 1949 reform, which replaced the commitments to limited government with a state-centered interventionist model. Structural dismemberment deepened with the 1994 reform, which constitutionalized emergency decrees without effective oversight mechanisms and created supervisory bodies that in practice failed to curb hyperpresidentialism. Rights dismemberment followed when the same reform elevated treaties enshrining broad social rights to constitutional rank without the corresponding implementation capacity, shifting distributive decisions onto courts that lack budgetary authority. These overlapping processes have produced a persistent institutional anomie in which constitutional mandates coexist with their systematic circumvention. This article argues that Argentina's constitutional fragility stems less from textual deficiencies than from a political logic in which normative ambiguities, weak institutional culture, and political opportunism are mutually reinforcing, generating successive dismemberments beneath a façade of formal continuity.

**Key words:** hyper-presidentialism, emergency decrees, institutional anomie, fiscal centralization, Congressional oversight, separation of powers, de facto doctrine, rights inflation, Alberdi, Peronism, Liberalism.

## 1. Introducción

Promulgada en 1853, la Constitución Nacional de la República Argentina es una de las más antiguas del mundo aún vigente (Elkins et al., s.f.). A pesar de los conflictos iniciales,[2] ha resistido más de 170 años de tormentas políticas con solo seis reformas formales —1860, 1866, 1898, 1949, 1957 y 1994—, la mayoría de las cuales resultaron difíciles de consolidar o aplicar plenamente. Sin embargo, la resistencia del pergamino enmascara una fragilidad empírica. Entre 1930 y 1983, la Argentina osciló entre Gobiernos elegidos por el pueblo e interludios militares que reconfiguraron la gobernanza cotidiana. Los golpes de Estado desplazaron a los presidentes, se purgó a los tribunales, se disolvió el Congreso y los decretos leyes militares se convirtieron en modelos para los decretos de necesidad y urgencia (DNU) que siguen utilizándose bajo el régimen democrático.[3] Esta historia forjó una cultura jurídica en la que los límites constitucionales se adaptaron a la conveniencia del ejecutivo y los jueces actuaron cuando vieron el ocaso del Gobierno de turno (Helmke, 2002). El resultado es una dislocación entre el texto y el contexto: un diseño robusto coexiste con instituciones frágiles y una cultura persistente de conveniencia que la democracia aún no ha superado (Elkins et al., 2009, pp. 2-5).

*Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina* (Alberdi, 1852) proporcionó el andamiaje intelectual para la Constitución de 1853, fusionando el pensamiento conservador-liberal de la época (Gargarella, 2010, 2013; Nino, 1992a) con un diseño republicano federal destinado a conciliar la unidad nacional y la autonomía provincial. Alberdi se inspiró en gran

---

2 Sobre los antecedentes históricos que condujeron a la Constitución de 1853, véanse González (1897, p. 24) y Lafont (1935).

3 Spota anticipó (1992), en su prólogo a la obra colectiva de Lugones, Garay, Dugo y Corcuera, la matriz genealógica desde la cual cabe comprender la figura del decreto de necesidad y urgencia en la praxis argentina contemporánea: "[L]a invocación de necesidad y urgencia a la manera y la forma como se lo entiende en la realidad argentina de fines de la década del 80 y comienzos de la década del 90, sólo puede ser comprendida en el contexto de la hipertrofia producida por la doctrina de facto y sus efectos deteriorantes para la conciencia cívica y jurídica argentina" (p. X).
Esa filiación dogmática y jurisprudencial entre los decretos-leyes de los Gobiernos de facto y los DNU del artículo 99, inciso 3 halla su punto de quiebre en la jurisprudencia posterior al juicio político de 1947 —*Arlandini* (Fallos: 208:184) y *Ziella* (Fallos: 209:25)—, oportunidad en la que la Corte Suprema dispensó al acto ejecutivo de contenido legislativo del requisito de ratificación congresional como condición de validez. La reforma de 1994 constitucionalizó esa figura sin resolver su incompatibilidad estructural con el diseño de 1853. Una reconstrucción pormenorizada de esa trayectoria puede encontrarse en García-Mansilla (s.f.), *De los golpes de Estado a la Constitución: El oscuro origen de los decretos de necesidad y urgencia*, trabajo al que pude acceder en versión borrador y de próxima aparición.

medida en la Constitución de los Estados Unidos,[4] tomando elementos de bicameralismo y competencias enumeradas para el Congreso y una tajante separación de poderes, aunque con un Ejecutivo fuerte, y tradujo esos principios a un panorama político marcado por las rivalidades regionales y las asimetrías económicas.[5] Este compromiso federal resultó frágil. Buenos Aires, temerosa de ver mermada su influencia, rechazó el nuevo orden, se separó de la Confederación y solo regresó después de que las enmiendas de 1860 recortaran la autoridad federal y redefinieran las líneas jurisdiccionales. Aunque este acuerdo preservó la unidad formal, también sembró semillas de conflicto duraderas: un Ejecutivo inclinado hacia la centralización, provincias que defendían el poder residual y un Poder Judicial cuya independencia crecía y menguaba con la fortuna política.

La trayectoria constitucional de Argentina revela una ironía recurrente: las reformas emprendidas para fortalecer el sistema a menudo han acelerado su erosión. El concepto de "desmembramiento constitucional" ayuda a esclarecer este patrón, al captar cómo ciertos cambios pueden preservar la forma externa de un texto constitucional mientras reformulan silenciosamente su identidad, su estructura institucional o su catálogo de derechos (Albert, 2018, 2019). A partir de este prisma, cada fase de la historia constitucional argentina puede analizarse como un nuevo episodio de desmembramiento —de la identidad, la estructura o los derechos— y, en conjunto, estas fases explican por qué una constitución con más de 170 años de vida funciona hoy tan lejos del diseño de sus fundadores.

El primer tipo, el desmembramiento de la identidad constitucional, no fue provocado por un único cataclismo, sino que se desarrolló mediante una erosión acumulativa y estratificada. Las primeras crisis políticas pusieron de manifiesto las lagunas del diseño de 1853, y las recurrentes desviaciones de sus normas normalizaron gradualmente una concepción más elástica de la autoridad. Cuando la reforma peronista de 1949 redefinió formalmente el Poder Ejecutivo, el derecho de propiedad y las responsabilidades socioeconómicas del Estado, el terreno ya estaba preparado: las infracciones habituales habían

4 Sobre el declive de la influencia constitucional estadounidense a nivel global, véase Law y Versteeg (2012).

5 Sobre las fuentes de la Constitución argentina, véase García-Mansilla y Ramírez Calvo (2006). Los documentos clave del desarrollo constitucional estadounidense —entre ellos, la Declaración de Independencia, los Artículos de la Confederación, la Constitución de los Estados Unidos y varias constituciones estatales— habían llegado al Río de la Plata hacia 1811, principalmente a través de la distribución de la obra de Thomas Paine traducida por Manuel García de Sena (1811). Véase Zorraquín Becú (1976, p. 329). Véase también Miller (1997).

erosionado el ideal liberal de gobierno limitado, de modo que una identidad constitucional más ambiciosa e intervencionista resultaba a la vez plausible y deseable.[6] El desmembramiento estructural siguió una trayectoria propia y, en buena medida, autónoma respecto del ciclo peronista. Su núcleo se gestó con anterioridad, mediante la interpretación jurisprudencial de la doctrina de la emergencia económica: primero en *Ercolano c/ Lanteri Renshaw* (Fallos: 136:161, 1922) y, ya con carácter sistemático, en *Avico c/ de la Pesa* (Fallos: 172:21, 1934). Sobre ese andamiaje jurisprudencial, los sucesivos Gobiernos explotaron las ambigüedades textuales y las cláusulas de emergencia para ampliar el poder del decreto presidencial, disolver las fronteras entre los poderes del Estado e inclinar el equilibrio federal hacia el gobierno central. Estas maniobras difuminaron los controles y contrapesos que Alberdi había importado del modelo estadounidense, sustituyéndolos por un proceso de toma de decisiones cada vez más centralizado en el presidente. Por último, el desmembramiento de los derechos se produjo a partir de lo que puede describirse como una inflación: proliferaron sobre el papel nuevos derechos sociales y colectivos, pero la maquinaria institucional necesaria para hacerlos cumplir se rezagó o se debilitó deliberadamente. La promesa textual de amplias libertades coincidió, así, con una disminución de la capacidad de aplicación, poniendo de manifiesto la creciente desconexión entre la retórica constitucional y la realidad.

En este artículo, sostengo que los recurrentes desmantelamientos constitucionales en Argentina responden a una lógica política precisa: los líderes explotan estratégicamente la vaguedad normativa y las lagunas del texto para eludir los límites constitucionales y concentrar poder. Las reformas inconclusas, aplicadas de manera desigual o redactadas con ambigüedad, no fortalecieron el sistema; por el contrario, abrieron nuevas vías para la interpretación creativa y la manipulación. Las reformas de 1949 y 1994, como se analiza en el siguiente apartado, ilustran esta dinámica con particular nitidez. Con el paso del tiempo, estas prácticas han alejado progresivamente a la Constitución de los ideales liberales de 1853, erosionando su contenido sustantivo bajo una fachada de continuidad formal.

El patrón argentino de desmantelamiento constitucional trasciende el defecto técnico: revela un estado generalizado de anomia institucional,[7] una di-

---

6 No obstante, conviene precisar que esa reforma tuvo una vigencia formal limitada —apenas seis años antes de su derogación por la proclama de 1956—, lo que circunscribe su impacto institucional directo y desaconseja imputarle, por sí sola, la fisonomía de la práctica constitucional argentina ulterior.

7 Nino (1992b, p. 31) describe una cultura institucional en la que las normas jurídicas y constitucio-

sociación entre los mandatos formales de la Constitución y las normas que efectivamente gobiernan la vida política. La incertidumbre jurídica, la erosión de las garantías procesales y la aplicación selectiva del derecho han consolidado un reflejo de conveniencia que reaparece en cada crisis. Sumado a la parálisis legislativa, la maleabilidad judicial[8] y la debilidad de los mecanismos de control, este contexto ha producido una deriva estructural: reformas concebidas para modernizar o fortalecer el texto constitucional terminaron vaciando su arquitectura. A continuación, explicaré cómo los desmembramientos identitarios, estructurales y de derechos se han retroalimentado a lo largo del tiempo y por qué una constitución que perdura en el papel fracasa con tanta frecuencia en la práctica.

## 2. El desmantelamiento de la Constitución histórica de 1853

La experiencia argentina de desmembramiento constitucional opera en torno a tres ejes entrelazados. Los desmembramientos de la identidad redefinen los compromisos fundamentales de la Constitución, reformulando los valores fundacionales de la comunidad política (Albert, 2018, p. 39). Los desmembramientos estructurales trastocan el esquema de distribución del poder, remodelando el diseño institucional y alterando el equilibrio entre los poderes y los niveles de gobierno. Los desmembramientos de derechos se producen cuando

nales se ignoran habitualmente o se aplican de forma selectiva, lo que les permite a los funcionarios manipular los mandatos formales o eludirlos por completo. Esta dinámica se manifiesta en la práctica argentina de reformar repetidamente su constitución y, en paralelo, recurrir a mecanismos informales que alteran el texto sin invocar procedimientos formales de enmienda.

Una formulación próxima es la de *desconstitucionalización* que desarrolla Hirschmann (2011, pp. 229-234), siguiendo a Bidart Campos (1966), entendida como "la situación irregular del estado que en su práctica política pone en vigencia un sistema constitucional distinto del normado en la constitución escrita" (p. 229), generada por la instauración de una costumbre *contra legem* que priva de vigencia al texto y da paso a una constitución material divergente. Hirschmann (2011, pp. 232-233) identifica como indicadores de ese proceso, entre otros, el derecho de emergencia concebido como mecanismo de desvinculación de controles, el "quebrantamiento constitucional" en términos schmittianos (categoría en la que sitúa expresamente al artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional), la delegación legislativa excesiva y la convalidación —expresa o tácita— de la transgresión por parte del máximo intérprete. El autor distingue, además, este fenómeno de la anomia "boba" formulada por Nino: a diferencia de esta última, en la que la inobservancia normativa genera ineficiencia perjudicial para todos, la desconstitucionalización argentina se ha traducido, en la práctica, en un proceso de vaciamiento y sustitución de la Constitución por normas y valores ajenos —y, muchas veces, opuestos— a su contenido esencial (Hirschmann, 2011, p. 234).

8 Sobre el modo en que los tribunales pueden convertirse en instrumentos de erosión democrática al legitimar leyes antidemocráticas, eliminar los límites al mandato presidencial o reprimir a la oposición legislativa, véase Landau y Dixon (2020).

una libertad fundamental es derogada, sustituida o atenuada hasta el punto de que la protección que antes resultaba central para el sistema político se pierde en la práctica. Esto puede ocurrir mediante la supresión total o mediante una inflación de promesas cuyos mecanismos de aplicación se han vaciado de contenido (p. 39). Estas tres formas se refuerzan mutuamente y trazan la evolución constitucional del país, dejando al descubierto la fragilidad de un texto que ha sobrevivido más de siglo y medio en su forma, pero que a menudo ha mutado en su fondo.

En los párrafos que siguen, examino cada uno de estos tipos de desmembramiento en el contexto argentino y reconstruyo sus manifestaciones concretas a lo largo de la historia constitucional del país.

## 2.1 Caminos históricos hacia la desintegración de la identidad

La identidad constitucional de Argentina no se fracturó de un solo golpe dramático, sino que se debilitó de manera gradual, primero con las crisis políticas tempranas y después con reformas formales que consolidaron esa erosión. Este proceso traza una línea que va desde las luchas internas formativas del país, pasa por la legislación laboral de la década de 1940[9] y culmina en la Constitución peronista de 1949. El texto de 1949 remodeló deliberadamente esa identidad: amplió el poder presidencial, redefinió los derechos de propiedad y elevó la intervención del Estado, pero lo hizo sobre una base ya socavada por

9 Entre las leyes laborales más destacadas de la década de 1940 se encuentran el Decreto Ley 28169/1944, el Estatuto del Peón Rural, que fijaba la jornada laboral, el salario mínimo y las prestaciones sociales de los trabajadores agrícolas; el Decreto Ley 23852/1945, que les otorgaba plena personalidad jurídica a los sindicatos y exigía la negociación colectiva; y el Decreto Ley 33.302/1945, posteriormente confirmado por la Ley 12921/1946, que establecía un salario mínimo ajustable a nivel nacional y una bonificación obligatoria equivalente a un mes de salario adicional. En conjunto, estas normas reformaron el régimen laboral argentino y presagiaron las cláusulas de justicia social incorporadas a la Constitución de 1949.
La Ley 27802 de Modernización Laboral puede leerse como un intento deliberado de revertir, al menos parcialmente, el desmembramiento de la identidad constitucional descripto. Al redefinir el alcance de la presunción de relación de dependencia, excluir de la tutela laboral a trabajadores independientes y prestadores de plataformas, habilitar mecanismos de flexibilización de la jornada y reformar el cálculo indemnizatorio del artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, la reforma recupera premisas que resuenan con la identidad liberal originaria de 1853: autonomía individual, libertad contractual y un Estado que arbitra las relaciones económicas en lugar de configurarlas. Sin embargo, este intento de restauración se ejecuta por vía legislativa ordinaria sin modificar el texto de la Constitución, cuyo artículo 14 bis —incorporado en 1957 y ratificado en 1994— consagra precisamente los derechos sociales que la nueva ley relativiza en la práctica. El resultado es una nueva capa de tensión entre texto constitucional y legislación infraconstitucional que, lejos de resolver la dislocación, la reconfigura.

las repetidas violaciones de la Constitución de 1853-1860. La reforma peronista se erige, así, como un caso clásico de desmembramiento de la identidad, al incorporar un modelo de gobernanza que se alejaba considerablemente de los ideales liberales del texto original.

### 2.1.1 La doctrina *de facto* y las primeras perturbaciones

La Constitución de 1853 surgió como un ambicioso intento de unificar una nación fragmentada por las guerras civiles y las divisiones políticas (Lynch, 1993). Inspirada en el constitucionalismo liberal, hacía hincapié en los derechos individuales, el federalismo y el gobierno limitado, con el objetivo de establecer un orden jurídico nacional estable (Alberdi, 1852; Miller, 1997, pp. 1508-1516). Sin embargo, desde sus inicios, esta visión se enfrentó a resistencias. Buenos Aires, la provincia más rica, se negó a adherir al pacto constitucional al considerar que las disposiciones centralizadoras de la Constitución eran incompatibles con su propio predominio económico y político. Solo después de las enmiendas de 1860, concedidas bajo presión política, la provincia aceptó incorporarse, lo que permitió que la Constitución se aplicara en todo el territorio nacional de ese entonces. Estas enmiendas, adoptadas a pesar de la moratoria de diez años sobre las reformas prevista en el texto de 1853, revelaron la fragilidad del orden constitucional recién establecido.

Esta fragilidad se manifestó con mayor claridad en 1861, cuando el general Bartolomé Mitre asumió el control del Ejecutivo tras una victoria militar que forzó la renuncia del presidente Santiago Derqui. La designación de Mitre eludió los procedimientos constitucionales de transferencia del poder, ya que la figura del encargado del Poder Ejecutivo carecía de base en el marco de 1853-1860 (De Marco, 1998, pp. 261-285). En lugar de recurrir a los mecanismos legales para restablecer el orden, los actores políticos priorizaron la conveniencia sobre la legalidad constitucional. Este acontecimiento no fue una anomalía aislada, sino el inicio de un patrón recurrente en el desarrollo constitucional argentino, en el que las crisis se resolvían no mediante el cumplimiento de las normas, sino desbordándolas en nombre de la necesidad política.

Este patrón se acentuó con el tiempo, a medida que los sucesivos líderes justificaron acciones inconstitucionales invocando emergencias nacionales o crisis políticas. A menudo impulsados por una suerte de "mesianismo político"[10]

10 J. Talmon (1960) explica que el mesianismo político se refiere a la creencia de que una única ideología o un único líder pueden redimir a la sociedad abordando todos sus problemas sociales, políticos

—la creencia de que se necesita un liderazgo extraordinario para resolver los problemas de la nación—, estos líderes desmantelaron las garantías procesales consagradas en la parte orgánica de la Constitución e ignoraron el compromiso preambular con el orden y la estabilidad, transformando el sistema jurídico de un marco diseñado para limitar el poder en un instrumento flexible al servicio de objetivos políticos. La erosión de la identidad constitucional, por lo tanto, no requirió declaraciones explícitas de cambio, sino que se produjo de manera gradual mediante la observancia selectiva y la elusión deliberada de sus disposiciones.

En respuesta a esta inestabilidad crónica, el poder judicial desarrolló la *doctrina de facto*,[11] un constructo jurídico destinado a resolver el problema de la legitimidad del poder obtenido por medios inconstitucionales y a validar los actos de los gobiernos de facto.[12] Concebida inicialmente para preservar

y morales, a menudo a costa de las libertades individuales y los procesos democráticos.

11 La Corte Suprema adoptó por primera vez la doctrina de facto en *Baldomero Martínez* (1865, Fallos: 2:127). Banks y Carrió (1993) sostienen que la doctrina quedó establecida en este caso cuando la Corte declaró que un Gobierno de facto "ejercía provisionalmente todo el poder nacional [...] con el derecho de la revolución triunfante, consentido por el pueblo" (p. 27, n. 138).

12 La evolución jurisprudencial posterior a la acordada de la Corte Suprema del 10 de septiembre de 1930 (Fallos: 158:290), en la que el Tribunal reconoció al primer gobierno de facto, resulta ilustrativa. En 1933, en *Administración de Impuestos Internos c/ Malmonge Nebreda* (Fallos: 169:309), la Corte sostuvo que el Gobierno de facto poseía facultades ejecutivas, pero que carecía de facultades legislativas y judiciales. No obstante, reconoció que, en situaciones extraordinarias de necesidad y ante la ausencia del Congreso, un Gobierno provisional podía ejercer facultades legislativas mediante decretos leyes. Entre 1930 y 1947, la Corte actuó como árbitro de los límites de los Gobiernos de facto y resolvió en varios casos que sus facultades estaban restringidas (v. gr., *Alfredo Castro s/ sucesión*, 1946, Fallos: 204:359).

En 1946, el oficialismo peronista impulsó el juicio político contra cuatro de los cinco integrantes del tribunal —Antonio Sagarna, Benito Nazar Anchorena, Francisco Ramos Mejía y el presidente Roberto Repetto— y contra el procurador general Juan Álvarez. Quedó excluido del proceso, desde su inicio, Tomás D. Casares, designado por el Gobierno de facto del general Farrell en julio de 1944. Su retención no constituyó, en rigor, una excepción al alcance del juicio, sino la traducción institucional de la continuidad que el peronismo se atribuía respecto del ciclo abierto el 4 de junio de 1943: continuidad que Perón hizo explícita al fijar su asunción presidencial el 4 de junio de 1946 y al declarar, en su mensaje inaugural ante la Asamblea Legislativa, que con su asunción "el proceso revolucionario abierto el 4 de Junio de 1943, se cierra el 4 de Junio de 1946". El 30 de abril de 1947, el Senado votó la destitución de los acusados, salvo Repetto, a quien se excluyó del veredicto por haber renunciado el 24 de abril de 1946. Las destituciones efectivas, en consecuencia, alcanzaron a tres jueces de la Corte —Sagarna, Nazar Anchorena y Ramos Mejía— y al procurador Álvarez. La recomposición resultante tuvo profundo impacto en la jurisprudencia posterior: tras ella, la Corte adoptó una postura significativamente más permisiva respecto de las facultades legislativas ejercidas por los Gobiernos de facto. De hecho, en *Ziella c/ Smiriglio Hnos.* (1947, Fallos: 209:25), el Tribunal resolvió que los decretos leyes dictados por un Gobierno de facto son válidos en razón de su origen y, en tanto poseen fuerza de ley, mantienen su vigencia aun sin ratificación del Congreso, mientras no sean derogados.

la continuidad jurídica y evitar el caos durante los períodos de gobierno no democrático, la doctrina tuvo consecuencias de largo alcance e imprevistas.[13] Al legitimar las leyes y decretos emitidos por las autoridades de facto, el Poder Judicial normalizó el incumplimiento de las restricciones constitucionales y afianzó una cultura de flexibilidad constitucional. En lugar de funcionar como salvaguarda, la doctrina de facto les permitió a los actores políticos desmantelar los compromisos constitucionales fundamentales sin modificar formalmente el texto (García-Mansilla y Gascón, 2012).

Esta flexibilidad facilitó el desmantelamiento gradual de la identidad constitucional de Argentina, permitiéndoles a los sucesivos Gobiernos redefinir los principios fundamentales, en particular los relativos a la separación de poderes y los derechos individuales, bajo el pretexto de la continuidad y la estabilidad.[14] Lo que comenzó como respuestas pragmáticas a las crisis se convirtió en un defecto estructural, en el que los fundamentos liberales de la Constitución se vieron lentamente erosionados por el oportunismo político, la acomodación judicial y la pasividad legislativa. Como resultado, la identidad constitucional de Argentina, inicialmente centrada en el gobierno limitado, el federalismo y las libertades individuales, se volvió vulnerable al desmantelamiento a través de mecanismos tanto formales como informales.

### 2.1.2 La reforma peronista de 1949

La reforma constitucional de 1949 constituye un caso clásico de desmembramiento constitucional: una transformación deliberada y profunda de la identidad fundamental de la nación. Impulsada por Juan Domingo Perón, la reforma no se limitó a modificar disposiciones específicas, sino que desmanteló los fundamentos liberales de la Constitución de 1853 y los sustituyó por un nuevo

13 La acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 10 de septiembre de 1930 respaldó a la Junta Militar y puso fin a setenta años de gobierno constitucional ininterrumpido, inaugurando medio siglo de alternancia entre administraciones de jure cada vez más breves y regímenes de facto cada vez más prolongados. Véanse Gelli y Cayuso (1988) y Santiago (1998, p. 261).

14 Entre septiembre de 1930 y marzo de 1976, Argentina atravesó un período de inestabilidad política crónica: (a) seis golpes de Estado (1930, 1943, 1955, 1962, 1966 y 1976) dieron lugar a 32 años de régimen militar, sin que ningún presidente elegido completara su mandato; (b) el Congreso permaneció clausurado durante 17 años y, durante sus 28 años de funcionamiento, el fraude electoral y la hegemonía del Poder Ejecutivo debilitaron su rol institucional; (c) el fraude electoral caracterizó el período 1930-1943 y el peronismo fue proscripto entre 1955 y 1973; (d) la Corte Suprema sufrió cuatro recomposiciones formalmente completas (1955, 1966 y 1973 y 1976). Véase García-Mansilla y Gascón (2012).

marco basado en ideales colectivistas e intervencionistas. Aunque se presentó públicamente como un esfuerzo de modernización destinado a corregir las desigualdades sociales, sirvió en la práctica como un mecanismo para consolidar el poder, institucionalizar la ideología peronista y asegurar el predominio a largo plazo del partido gobernante (Negretto, 2013, pp. 113-137).

En el centro de este desmantelamiento se encontraba el desplazamiento de la identidad constitucional argentina: de la prioridad por las libertades individuales hacia una visión centrada en el Estado como garante del bienestar social y el control económico.[15] La reforma comenzó con cambios simbólicos pero significativos en el Preámbulo.[16] Las nuevas referencias a la promoción de la "cultura nacional" y el compromiso de construir una nación "socialmente justa, económicamente libre y políticamente soberana" reflejaban los principios ideológicos centrales del peronismo. Este cambio no fue superficial: supuso una reorientación de los principios rectores de la Constitución. Mientras que el Preámbulo de 1853 priorizaba la autonomía individual y las libertades civiles (Tawil, 2012, p. 798), la revisión de 1949 elevó el bienestar colectivo y el desarrollo nacional a imperativos constitucionales, en un claro alejamiento de los compromisos liberales originarios.

Esta redefinición de la "identidad constitucional"[17] se vio reforzada por los

---

15 En este sentido, Juan Domingo Perón (1948) señaló: "Contiene así esta Constitución proyectada, el mínimo de reformas. Respeta la tradición. Además mantiene las formas institucionales y políticas; no las altera en lo más mínimo y reforma especialmente todo cuanto se refiere al sistema económico y al sistema social. Lo demás queda en la Constitución tal cual está". (p. 117). Véase Negretto (2013, pp. 113-137). Tal como se había prometido, la reforma introdujo una amplia lista de derechos sociales y amplió el papel del Estado en la economía. También modernizó la Constitución al eliminar disposiciones obsoletas, adaptar ciertas normas para reflejar los cambios sociales y tecnológicos e incorporar innovaciones jurídicas, incluida una disposición sobre el *habeas corpus*. Algunas reformas abordaban la democratización de la presidencia y el Senado. Sin embargo, contrariamente a las garantías de Perón, los cambios propuestos para las instituciones políticas clave, especialmente los relacionados con el sistema electoral, tuvieron un impacto significativo en el funcionamiento práctico del régimen constitucional.

16 Los preámbulos han sido un espacio particularmente habitual para expresar la identidad constitucional. Sobre el modo en que los redactores incorporan la autocomprensión colectiva en el texto constitucional, véase Jacobsohn (2011, p. 132). Para un marco comparativo del lenguaje preambular en distintas jurisdicciones, véase Jackson y Tushnet (2006). Sobre los preámbulos como narrativas de comunidad política, véase Addis (2018); sobre su función como expresión de las decisiones políticas fundamentales que guían la interpretación judicial, véase Orgad (2010). Para las fuentes históricas del Preámbulo argentino, véase Cassagne Serres (1945, p. 22) y Sarmiento (1917, p. 58), quien observó que el preámbulo de las constituciones es "el resumen de todas sus disposiciones" y "una tesis que cada párrafo posterior viene a demostrar".

17 Sobre la noción de identidad constitucional como categoría que abarca tanto el diseño institucional como su interacción con las identidades culturales, nacionales e ideológicas, véase Rosenfeld

cambios radicales introducidos en la parte dogmática (Castelli, 2021, p. 743), en particular mediante la incorporación del artículo 37, que consagraba derechos sociales de segunda generación. Estos abarcaban garantías de salarios justos, seguridad social, vivienda, acceso a la educación y protección estatal de la familia, y desplazaron el eje constitucional de la salvaguarda de los derechos individuales frente a la injerencia del Estado hacia la garantía de derechos colectivos mediante la intervención activa de este. El cambio no fue meramente teórico: el Estado tenía ahora el mandato constitucional de intervenir en las relaciones laborales, el bienestar social y la redistribución económica. Las garantías del artículo 37 priorizaban la protección de los trabajadores y los sectores marginados, pero también afianzaban la idea de que el Estado —y no el mercado ni la iniciativa privada— era el principal vehículo del progreso social.

Las disposiciones económicas de la reforma ilustran con mayor nitidez cómo la visión de Perón desmembró la identidad constitucional originaria. Los artículos 38, 39 y 40 introdujeron el concepto de "función social" de la propiedad y el capital, subordinando la propiedad privada a los intereses colectivos. El artículo 38 facultaba al Estado para regular y redistribuir la propiedad privada, habilitando la expropiación por motivos de utilidad pública o interés general con aprobación legislativa. Esta disposición desmanteló la protección de la propiedad privada que había sido central en la Constitución de 1853. El artículo 39, por su parte, orientaba el capital al servicio de los objetivos económicos nacionales y el bienestar social, mientras que el artículo 40 preveía la nacionalización de los recursos naturales y los servicios públicos. El Estado obtuvo así el control de sectores estratégicos de la economía, incluidas las importaciones y las exportaciones, y se estableció un marco para la expropiación de los servicios públicos en manos privadas.

La parte orgánica de la Constitución también sufrió cambios significativos, muchos de los cuales concentraron el poder en el Ejecutivo y desmantelaron los controles institucionales existentes (Lorenzo, 1999, p. 178). El más trascendental fue la eliminación de los límites al mandato presidencial, que habilitó la reelección indefinida. Se introdujeron las elecciones presidenciales directas y se abolió el sistema de colegio electoral en favor de una regla de pluralidad que beneficiaba de manera desproporcionada al partido mayoritario. Al alinear el calendario electoral para que las elecciones legislativas y presidenciales se celebraran de manera simultánea, la reforma maximizó el efecto arrastre, lo

(2012, p. 756).

que aumentaba la probabilidad de que el partido del presidente controlara el Congreso. Esta reestructuración de los mecanismos electorales fue diseñada para afianzar el predominio del partido peronista.

Además de prolongar el mandato del presidente, la reforma amplió el control del Ejecutivo sobre los procesos legislativos y judiciales. El Congreso perdió la facultad de convocar a los ministros del gabinete a rendir informes, un mecanismo de control clave para la supervisión del Poder Ejecutivo. La independencia judicial se vio igualmente debilitada (Page, 1999, p. 202). Las sentencias de la Corte Suprema en materia de interpretación constitucional pasaron a ser vinculantes para los tribunales inferiores,[18] lo que redujo la capacidad de los jueces para controlar las decisiones del Ejecutivo. También se ampliaron las facultades de emergencia del presidente mediante la creación del "estado de prevención y alarma", que autorizaba la suspensión temporal de las garantías constitucionales sin necesidad de aprobación legislativa previa. A diferencia del tradicional estado de sitio, que requería amenazas de gravedad como una invasión extranjera o conmoción interior, la nueva disposición permitía al Ejecutivo actuar en condiciones más amplias y discrecionales.

Estos cambios estructurales trascienden una simple reorganización de las funciones del Gobierno: representan un desmantelamiento de la separación de poderes consagrada en la Constitución de 1853-1860 (Castelli, 2021, p. 787). Al consolidar la autoridad en el Ejecutivo y debilitar los controles institucionales diseñados para limitar esa autoridad, la reforma redefinió la estructura constitucional argentina en favor de una gobernanza centralizada y presidencialista. Los cambios formaban parte de una estrategia más amplia para neutralizar a la oposición y asegurar el predominio de Perón sobre el sistema político. La abolición de las elecciones indirectas y la adopción de reglas de mayoría simple para todos los cargos representativos beneficiaron de manera desproporcionada al partido gobernante, y la renovación simultánea del Congreso durante las elecciones presidenciales aumentó la probabilidad de que el presidente contara con mayoría legislativa, con lo cual se reducía la capacidad de las fuerzas opositoras para bloquear su agenda.

La derogación de la Constitución de 1949 y los posteriores acontecimientos constitucionales bajo la Revolución Libertadora representan un momento crucial en la historia argentina, no solo como reacción al peronismo, sino también como un retorno simbólico a los principios liberales de la Constitución origi-

18 Constitución de la Nación Argentina (1949), artículo 95: "La interpretación que la Corte Suprema de Justicia haga de los artículos de la Constitución por recurso extraordinario, y de los códigos y

naria. El derrocamiento de Perón en 1955 fue el resultado de tensiones acumuladas en múltiples frentes: inestabilidad económica, conflictividad laboral, aislamiento político y enfrentamiento con la Iglesia católica. Estas presiones culminaron en un golpe militar que buscó desmantelar las estructuras políticas y sociales del peronismo. El desmantelamiento se formalizó mediante la anulación de la Constitución de 1949, que había reorientado la identidad constitucional argentina hacia el colectivismo y el control estatal. La derogación del texto peronista y el restablecimiento del marco de 1853 pusieron de manifiesto el carácter disputado de la identidad constitucional en Argentina y la continua lucha por definir sus compromisos fundamentales.

Tras tomar el poder, el Gobierno militar adoptó medidas inmediatas para desmontar el legado de Perón (Sáenz Quesada, 2007; Ruiz Moreno, 2005, p. 111). Una de las primeras fue la disolución del Congreso Nacional y la intervención de los Gobiernos provinciales, medidas habituales en las interrupciones institucionales anteriores. Sin embargo, este golpe de Estado se distinguió en un aspecto crucial: se dirigió directamente contra el poder judicial. La Corte Suprema, percibida como un pilar de respaldo a las políticas peronistas, fue removida en su totalidad, lo que señalaba la intención del régimen de reestructurar el marco jurídico y constitucional desde sus cimientos (García-Mansilla y Gascón, 2012). El general Eduardo Lonardi, inicialmente puesto al frente del Gobierno, buscó un enfoque moderado: promovió el diálogo con los grupos sindicales y respetó algunos de los logros sociales alcanzados bajo el peronismo. Sin embargo, la postura conciliadora de Lonardi duró poco. Fue reemplazado por el general Pedro Eugenio Aramburu, representante de la facción liberal y antiperonista dentro del ejército, cuyo objetivo era desmantelar el peronismo desde sus raíces políticas.

El gobierno de Aramburu presentó la derogación de la Constitución de 1949 como una necesidad jurídica para restaurar el orden constitucional alterado por el régimen peronista. El 27 de abril de 1956, el Gobierno emitió una proclama en la que declaraba que la Constitución de 1853 —con sus reformas de 1860, 1866 y 1898— volvía a regir, con exclusión explícita de las reformas de 1949. La proclama establecía que los efectos jurídicos de la Constitución de 1949 solo mantendrían su validez respecto de los actos y procedimientos completados antes del golpe de Estado del 16 de septiembre de 1955. Esta validación selectiva de actos jurídicos anteriores revela la naturaleza intrínsecamente

leyes por recurso de casación, será aplicada, obligatoriamente por los jueces y tribunales nacionales y provinciales".

política de la derogación: el nuevo Gobierno buscaba preservar la continuidad jurídica por motivos prácticos y, al mismo tiempo, descartar los componentes ideológicos del peronismo. La derogación no fue un mero acto simbólico de rechazo a la influencia de Perón, sino un esfuerzo más amplio por reconducir la trayectoria constitucional argentina hacia sus raíces liberales decimonónicas. La nacionalización de los recursos, la redefinición de los derechos de propiedad y la expansión del Poder Ejecutivo bajo la Constitución de 1949 habían alterado el equilibrio de poder y los arreglos económicos que el texto de 1853 había previsto. Al invalidar las reformas peronistas, los militares buscaban restaurar la distribución preexistente del poder y los recursos entre el Gobierno federal y las provincias, privilegiando la empresa privada por sobre el control estatal.

Sin embargo, la derogación de la Constitución de 1949 no resolvió la cuestión de la identidad constitucional argentina. Por el contrario, puso de manifiesto nuevas fracturas. En 1957, el Decreto Ley 3838/57 convocó a una Convención Constituyente con el fin de debatir posibles reformas a la Constitución restaurada de 1853.[19] La Convención tenía el mandato de abordar varias áreas clave, entre ellas, la reforma electoral, el federalismo, los derechos individuales y el régimen de los recursos naturales. No obstante, la Convención se convirtió rápidamente en un campo de batalla ideológico. Los sectores conservadores buscaban desmantelar por completo las disposiciones intervencionistas de la era peronista, mientras que los moderados se inclinaban por preservar ciertas protecciones sociales. Los trabajos de la Convención se vieron además socavados por la ausencia de representación peronista, dado que el partido había sido formalmente proscripto y la mayoría de sus partidarios votaron en blanco en señal de protesta. Esta falta de representación proyectó una sombra duradera sobre la legitimidad del proceso.

El resultado de la reforma de 1957 fue de alcance limitado. La única incorporación significativa a la Constitución de 1853 fue el artículo 14 bis, que recogió, aunque con una formulación más sintética y un alcance diferente, varios de los derechos sociales y laborales que la Constitución de 1949 había consagrado. Mientras que el artículo 37 de 1949 distinguía con un alto grado de especificidad entre derechos del trabajador, de la familia, de la ancianidad y de la educación, el 14 bis condensó esas garantías en una cláusula única que reconocía la negociación colectiva, el derecho de huelga y el acceso a la seguridad social, sin reproducir la arquitectura detallada de su antecedente. Al incorporar estas

19 La convocatoria a una reforma constitucional en 1957 generó un importante debate doctrinal.

disposiciones, los reformadores reconocieron la influencia perdurable de las políticas sociales peronistas, pese a su rechazo generalizado del marco de 1949. Con todo, la conservación del artículo 14 bis no significó una reconciliación con los ideales peronistas, sino una concesión pragmática a las realidades sociales que una década de intervención estatal en el ámbito laboral y de bienestar social había dejado como legado.

## 2.2 Desmembramientos estructurales luego de la reforma de 1994

### 2.2.1 Reformas institucionales incompletas: nuevos órganos, viejos vicios

La reforma constitucional de 1994 fue anunciada como un salto hacia la modernización: elevó los tratados internacionales de derechos humanos al rango constitucional[20] e introdujo nuevos órganos, entre los que destacaron el jefe de Gabinete de Ministros,[21] el Defensor del Pueblo[22] y el Consejo de la Magistratura.[23] La convención constituyente concebía al jefe de Gabinete como una figura

Véanse Oyhanarte (1957), Linares Quintana (1957) y Del Campo Wilson (1958). Finalmente, se introdujeron pocas reformas debido a la retirada de la mayoría de los miembros de la Convención, lo que dejó al órgano sin quórum. Véase *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente. Año 1957* (1958, Vol. II, pp. 1662 y ss.).

20 Constitución de la Nación Argentina (1994), artículo 75, incisos 22, 23 y 24. Sobre las contradicciones generadas por la clasificación jerárquica de los tratados introducida por la reforma de 1994, véase Ramírez Calvo (1995).

21 Constitución de la Nación Argentina (1994), artículos 100 y 101.

22 Constitución de la Nación Argentina (1994), artículo 86.

23 Constitución de la Nación Argentina (1994), artículo 114. Creado por la reforma de 1994 y reglamentado inicialmente por las Leyes 24937 (1997) y 24939 (1998) —cuyo texto ordenado fue aprobado por Decreto 816/1999—, el Consejo de la Magistratura fue concebido con una composición de veinte miembros que buscaba equilibrar la representación de los distintos estamentos (jueces, abogados, académicos y legisladores). Desde entonces, ha sido objeto de sucesivas reformas legislativas que alteraron ese equilibrio. La Ley 25669 (2002) introdujo ajustes en sus normas de funcionamiento. La Ley 26080 (2006) redujo la composición de veinte a trece miembros y modificó la representación sectorial en favor del estamento político, lo que debilitó la incidencia de jueces, abogados y académicos en el proceso de selección de magistrados. La Ley 26855 (2013) fue más lejos aún: dispuso la elección popular de los representantes de jueces, abogados y académicos, lo que hubiera subordinado la integración del Consejo a la lógica electoral partidaria. Sin embargo, la Corte Suprema declaró su inconstitucionalidad en *Rizzo* (2013, Fallos: 336:760) por considerar que el mecanismo de elección popular desnaturalizaba el equilibrio de representación exigido por el artículo 114 de la Constitución. Posteriormente, en *Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires* (2021, Fallos: 344:3636), la Corte declaró también la inconstitucionalidad de la Ley 26080, restableció la estructura de veinte miembros prevista en el texto ordenado de 1999 y ordenó al Consejo funcionar con arreglo a dicho régimen hasta que el Congreso sancionara una nueva ley conforme al artículo 114. La sentencia consolidó la doctrina de *Rizzo* y de *Monner Sans* (2014, Fallos: 337:166), según la cual la composición del Consejo debe preservar la independencia judicial frente a la injerencia de los poderes políticos. A la fecha, el Congreso no ha

cuasi primerministerial destinada a atenuar el hiperpresidencialismo persistente en Argentina. En la práctica, sin embargo, el cargo se ha convertido en un mero apéndice administrativo de la presidencia, desprovisto de la autonomía y la función de contrapeso que se pretendía originalmente.[24] Del mismo modo, la reforma buscó limitar los DNU a aquellos supuestos en que circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos para la sanción de las leyes (art. 99, inc. 3) y someterlos a revisión posterior por parte del Congreso. Sin embargo, debido a la falta de consenso político en la Convención, varias disposiciones (por ejemplo, la integración del Consejo de la Magistratura) fueron dejadas intencionalmente incompletas y su desarrollo se delegó a la legislación ordinaria. Este aplazamiento legislativo les permitió a las sucesivas mayorías en el Congreso reescribir las reglas de juego, lo que dio lugar a litigios, interpretaciones judiciales divergentes y recurrentes disputas políticas. La ambigüedad normativa resultante ha debilitado los controles previstos sobre el Poder Ejecutivo, ha difuminado la separación de poderes y, en definitiva, ha facilitado posteriores desmembramientos estructurales.

Sin embargo, concentrarse únicamente en el texto de 1994 oculta las prácticas más sutiles que han ido socavando la arquitectura constitucional de manera progresiva. El recurso persistente a los DNU sin control efectivo por parte del Congreso y del poder judicial, la jurisprudencia errática de la Corte Suprema sobre la inamovilidad de los jueces,[25] las vacantes crónicas en instituciones clave como la Defensoría del Pueblo, la Procuración General de la Nación[26]

---

sancionado la ley requerida, con lo cual el Consejo continúa operando bajo un régimen de transición que perpetúa la incertidumbre institucional. Véase García-Mansilla y Ramírez Calvo (2022).

24 Quiroga Lavié (1989), quien más tarde se convertiría en convencional constituyente en 1994, anticipó los problemas que la incorporación del jefe de Gabinete de Ministros supondría para el sistema constitucional. Argumentó que si la función del Jefe de Gabinete se limitaba a la gestión de tareas administrativas, en lugar de moderar el presidencialismo lo reforzaría. Para que el cargo funcionara como salvaguarda efectiva, su función debía implicar la toma de decisiones políticas sustantivas, de lo contrario, la sustitución del jefe de Gabinete durante las crisis carecería de eficacia.

25 En *Fayt* (1999, Fallos: 322:1616), la Corte Suprema declaró por primera vez la inconstitucionalidad de una cláusula incorporada por una reforma constitucional: sostuvo que la Convención Constituyente de 1994 había actuado *ultra vires* al introducir el artículo 99, inciso 4, que les exige a los jueces obtener un nuevo acuerdo del Senado al cumplir 75 años y dejó intacta la inamovilidad garantizada por el artículo 110 de la Constitución. La Corte revocó este precedente en *Schiffrin* (2017, Fallos: 340:257), con una mayoría integrada por dos antiguos convencionales de 1994 (Maqueda y Rosatti), que convalidaron el límite de edad como acto válido del poder constituyente derivado y adoptaron una mayor deferencia judicial hacia las reformas constitucionales. Sobre el debate en torno a las enmiendas constitucionales inconstitucionales, véanse Roznai (2013, pp. 670-710), Gómez (2000, p. 101), García-Mansilla (2014, pp. 7-26) y Badeni (2010, pp. 556, 740-742).

26 Tras la renuncia de Alejandra Gils Carbó, efectiva a finales de 2017, los Gobiernos de Macri, Fer-

y en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la realización parcial de la autonomía constitucionalmente consagrada de la ciudad de Buenos Aires[27] y la manipulación de las constituciones locales por parte de los gobernadores provinciales para prolongar sus mandatos[28] revelan una cultura más amplia de anomia institucional. Mientras tanto, el jefe de Gabinete opera en gran medida como un ministro más del presidente fácilmente removible; la reconfiguración partidaria del Consejo de la Magistratura ha erosionado su capacidad para garantizar la independencia judicial (García Lema, 1994; Mairal, 2005; Ramírez Calvo, 2006); y la centralización fiscal mantiene a las provincias dependientes de transferencias federales discrecionales, lo que debilita el pacto federal (Hernández, 2024).

Estas dinámicas muestran que los desmembramientos estructurales en Argentina obedecen menos a reformas de alto perfil que a la manipulación sistemática, la elusión y la aplicación selectiva de los mandatos constitucionales. Al explotar las ambigüedades y las lagunas institucionales, los actores políticos han redistribuido el poder, diluido los derechos y recalibrado los principios fundamentales, todo ello, preservando una fachada de continuidad formal. A menos que se aborden estas deficiencias endémicas, el desmembramiento gradual seguirá constituyendo una amenaza permanente para la integridad del orden constitucional argentino.[29]

---

nández y Milei no han logrado designar a un procurador general permanente debido a la falta de acuerdos en el Congreso, lo que ha dejado este cargo en situación de vacante prolongada. Eduardo Casal asumió como procurador general interino, lo que refleja la persistente incapacidad para alcanzar consenso legislativo en torno a un puesto clave para la política penal y la lucha contra la corrupción. El cargo de Defensor del Pueblo permanece vacante desde 2009.

27 La transferencia incompleta de la justicia nacional ordinaria a la Ciudad de Buenos Aires sigue siendo uno de los obstáculos más persistentes para la plena realización de la autonomía garantizada por el artículo 129 de la Constitución. A pesar de los acuerdos entre los Gobiernos federal y local, los avances han sido limitados: solo se han transferido competencias jurisdiccionales parciales a través de tres convenios formales, lo que mantiene a los tribunales nacionales decidiendo sobre asuntos civiles, comerciales, laborales y penales dentro de la Ciudad. Este prolongado proceso ha generado conflictos jurisdiccionales y fricciones institucionales. La Corte Suprema, en fallos como *Corrales*, *Nisman*, *Bazán* y *Levinas*, ha instado a completar la transferencia, subrayando la necesidad de acuerdos más amplios y criticando la inercia política como fuente de incumplimiento constitucional. Véanse Ramírez Calvo (2024) y Hernández (2017, p. 41).

28 En la última década, la Corte Suprema ha resuelto una serie de impugnaciones vinculadas a la reelección de gobernadores provinciales: *Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero* (Zamora, Fallos: 336:2148), *Frente para la Victoria – Distrito Río Negro* (Weretilneck, Fallos: 342:287), *Unión Cívica Radical – Distrito La Rioja* (Casas, Fallos: 342:1), *Partido por la Justicia Social* (Manzur, Fallos: 346:489), *Evolución Liberal* (Uñac, Fallos: 346:543) y *Confederación Frente Amplio Formoseño* (Insfrán, Fallos: 347:2044).

29 Según Poliarquía Consultores (*Tercera Encuesta de Opinión Pública…*, 2023), el 72% de la población

### 2.2.2 Decretos de necesidad y urgencia: de válvula de emergencia a norma cotidiana

Entre los desmembramientos estructurales derivados de la reforma constitucional de 1994, el más profundo, duradero y problemático por la práctica nefasta que ha engendrado radica en la incorporación formal de los decretos de necesidad y urgencia al marco constitucional (García-Mansilla, 2004). Al otorgarle al Poder Ejecutivo la facultad de dictar decretos con fuerza de ley, la reforma alteró el equilibrio de poderes establecido en 1853.[30] Históricamente, el orden constitucional argentino le vedaba al Poder Ejecutivo el ejercicio de funciones legislativas, en estricta adhesión al principio de que la potestad legislativa recaía exclusivamente en el Congreso. Sin embargo, la reforma de 1994 introdujo una excepción que habilitaba al Ejecutivo a prescindir del Congreso ante "circunstancias excepcionales" definidas de manera laxa. Aunque se incluyeron garantías procesales para prevenir abusos, estas han resultado ineficaces en la práctica, lo que ha dado lugar a la normalización de los DNU y a la erosión de principios constitucionales fundamentales: la separación de poderes, el rol y control del Congreso y la independencia judicial.

Antes de la reforma de 1994, el uso por parte del Poder Ejecutivo de decretos de contenido sustancialmente legislativo —que la literatura pos 1994 reconstruye retrospectivamente bajo la categoría unificada de "decretos de necesidad y urgencia"— resulta difícil de cuantificar de manera unívoca, dado que la propia categoría es un producto de la reforma constitucional y no de la práctica anterior. Una búsqueda restringida a los decretos *denominados* DNU arroja cifras modestas, pero un análisis funcionalmente orientado, atento a los decretos ejecutivos de contenido legislativo más allá de su denominación, revela un universo considerablemente más extenso. Durante la presidencia de Justo José de Urquiza (1854-1860), por ejemplo, el Registro Nacional documenta una práctica intensa de decretos de contenido sustancialmente legislativo, cuyo uso encuentra justificación estructural en el contexto institucional del período: el Congreso General Constituyente había prolongado sus sesiones hasta marzo de 1854, operando como un cuerpo *ad hoc* mientras se organizaba el Congreso ordinario, y la consolidación de un Poder Legislativo plenamente

se muestra insatisfecha con la democracia y el 50% apoya la idea de un Gobierno no democrático si resuelve los problemas del país.

30 Sin embargo, Menem (1996, p. 24), figura clave en la reforma de 1994, sostiene que esta no se apartó de los valores y principios fundamentales consagrados en la Constitución histórica, sino que reafirmó y fortaleció los principios políticos rectores de la forma de gobierno, profundizando su carácter representativo, republicano y federal.

operativo demoró varios años más, dejando al Ejecutivo como vehículo funcional de producción normativa durante el período fundacional. Esa explicación contextual, sin embargo, no es trasladable mecánicamente a la práctica del siglo XX y XXI, en la que el Congreso opera como una institución consolidada y, por consiguiente, donde el recurso al decreto pierde su justificación estructural. Lo que sí parece sostenible es que el uso de estos instrumentos adquirió una densidad y una visibilidad institucional cualitativamente nuevas en las décadas que precedieron a 1994, especialmente durante la presidencia de Carlos Menem, cuya gestión normalizó la práctica como técnica ordinaria de gobierno. Incluso antes, tras la restauración democrática de 1983, el presidente Raúl Alfonsín recurrió a este mecanismo para enfrentar la grave inestabilidad económica del período. Aunque tales decretos se justificaron como medidas de emergencia necesarias para preservar la gobernabilidad democrática, operaban en una zona gris al carecer de autorización constitucional explícita.

La reforma de 1994 procuró formalizar esta práctica al integrarla en el texto constitucional, aparentemente para aportar certeza jurídica y establecer mecanismos de control. Sin embargo, este esfuerzo por canalizar la flexibilidad del Ejecutivo sentó inadvertidamente las bases para un desmembramiento estructural de la arquitectura constitucional: lo que la reforma quiso domesticar como excepción terminó instalándose como una vía paralela, y crecientemente preferida, de producción normativa, deslocalizando el centro de gravedad legislativo del Congreso hacia la Casa Rosada.

El artículo 99, inciso de la Constitución reformada establece que el Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. No obstante, esta prohibición categórica se ve inmediatamente matizada por una excepción que habilita al presidente a dictar DNU cuando "circunstancias excepcionales" hagan imposible seguir los trámites ordinarios previstos para la sanción de las leyes. La disposición exige que los DNU se dicten en acuerdo general de ministros —refrendados por el jefe de Gabinete— y se sometan a la revisión del Congreso en un plazo de diez días. En teoría, estas salvaguardias tenían por objeto circunscribir los DNU a situaciones genuinamente excepcionales y preservar la función legislativa del Congreso. En la práctica, la definición imprecisa de "circunstancias excepcionales" y la ausencia de mecanismos efectivos de aplicación han permitido que los DNU se conviertan en un método habitual de gobierno, lo que ha alterado el equilibrio de poderes de manera sustancial.

La incapacidad del Congreso para implementar mecanismos de supervisión

eficaces agravó este problema. Pese al mandato constitucional de revisión de los DNU por parte del Congreso, recién en 2006 —doce años después de la reforma— se aprobó la Ley 26122 para regular el procedimiento. Lejos de corregir el desequilibrio estructural, la ley institucionalizó las debilidades que favorecían al Ejecutivo. Conforme a sus disposiciones, los DNU mantienen su vigencia a menos que ambas cámaras —Senado y Cámara de Diputados— los rechacen de manera expresa. Este requisito impone una carga significativa al Congreso, ya que exige un rechazo coordinado de ambas cámaras, difícil de alcanzar dada la fragmentación política argentina. Además, la ley no establece un plazo para la actuación del Congreso, lo que permite que los DNU permanezcan vigentes de manera indefinida si no son expresamente rechazados. Incluso cuando un DNU es rechazado, el artículo 24 de la Ley 26122 garantiza que los derechos adquiridos durante la vigencia del decreto permanezcan intactos, lo que limita el impacto práctico de la desaprobación legislativa.

La evidencia empírica confirma que el Congreso no ha ejercido un control *ex post* efectivo sobre los DNU (Santiago et al., 2019, p. 251). Desde la promulgación de la Ley 26122 en 2006 hasta septiembre de 2025, alrededor de dos tercios de los DNU examinados por la Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo nunca llegaron a votación en ambas cámaras. Entre los que sí fueron sometidos a votación, solo unos pocos recibieron el rechazo de una cámara. Sin embargo, por primera vez en la historia constitucional argentina, dos DNU —ambos dictados por el presidente Milei— fueron rechazados por ambas cámaras.[31] Esta persistente inacción legislativa, pese a los indicios recientes de un escrutinio más riguroso, les ha permitido a los sucesivos presidentes gobernar por decreto, con lo cual los DNU dejaron de ser instrumentos excepcionales para convertirse en herramientas rutinarias de la administración general del país.

---

31 El Congreso rechazó dos DNU dictados por el presidente Milei, en lo que constituyeron los primeros casos de rechazo bicameral bajo el régimen de la Ley 26122. El primero, DNU 656/2024, había ampliado el presupuesto de la Secretaría de Inteligencia del Estado (SIDE) en 100.000 millones de pesos, asignándolos como fondos reservados; fue rechazado por la Cámara de Diputados el 21 de agosto de 2024 (156 votos a favor del rechazo, 52 en contra y 6 abstenciones) y por el Senado el 13 de septiembre de 2024 (49 votos a favor del rechazo, 11 en contra y 2 abstenciones). El segundo, DNU 340/2025, había aprobado un Régimen de Excepción de la Marina Mercante Nacional que, entre otras medidas, declaraba la navegación marítima como servicio esencial e imponía prestaciones mínimas obligatorias que limitaban sustancialmente el ejercicio del derecho de huelga en el sector; fue rechazado por la Cámara de Diputados el 6 de agosto de 2025 y por el Senado el 21 de agosto de 2025 (55 votos a favor del rechazo, 13 en contra y 3 abstenciones). Cabe señalar que, tras el rechazo del DNU 340/2025, el Poder Ejecutivo dictó el DNU 628/2025 con el propósito de reponer sustancialmente el mismo régimen, lo que ilustra la dinámica de elusión constitucional que

La supervisión judicial ha sido igualmente limitada. Si bien la Corte Suprema destacó inicialmente el carácter excepcional de los DNU en casos como *Verrocchi*[32] y *Consumidores Argentinos*,[33] su jurisprudencia ha sido errática y, en gran medida, deferente con el Ejecutivo. En casos de alto impacto vinculados a la política económica, como *Bustos*[34] y *Galli*,[35] la Corte se negó a invalidar los DNU incluso cuando estos excedían manifiestamente los límites constitucionales. Esta aplicación selectiva ha generado incertidumbre jurídica y ha alentado al Poder Ejecutivo a dictar DNU sobre materias expresamente excluidas por el artículo 99, inciso 3: tributaria, penal, electoral y de partidos políticos.[36]

El efecto práctico de este desmembramiento estructural se refleja en el volumen de DNU dictados desde la reforma de 1994: más de novecientos según los últimos registros.[37] Lejos de reservarse para situaciones excepcionales, los DNU se han utilizado para regular las más diversas áreas: reformas del derecho civil y comercial, Administración pública y decomiso penal, entre otras.[38] El control

---

este artículo analiza.

32 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Verrocchi c/ Poder Ejecutivo Nacional*, 1999, Fallos: 322:1726.

33 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Consumidores Argentinos c/ Estado Nacional*, 2010, Fallos: 333:633.

34 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Bustos c/ Estado Nacional*, 2004, Fallos: 327:4495.

35 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Galli c/ Poder Ejecutivo Nacional*, 2005, Fallos: 328:690.

36 En materia penal, el ejemplo más relevante posterior a 1994 son los DNU 260/2020 y 297/2020, dictados durante la emergencia sanitaria por COVID-19. Aunque formalmente no crearon nuevos delitos, configuraron en su totalidad el contenido material del artículo 205 del Código Penal (que reprime con prisión de seis meses a dos años a quien viole "las medidas adoptadas por las autoridades competentes para impedir la introducción o propagación de una epidemia") al definir cuáles eran esas medidas: aislamiento social preventivo y obligatorio, restricciones de circulación, prohibiciones de reunión, entre otras. Dado que el artículo 205 opera como un tipo penal en blanco, la conducta efectivamente punible quedó determinada íntegramente por la norma ejecutiva. Diversos tribunales inferiores sostuvieron, en consecuencia, que el mecanismo importaba en los hechos legislación penal por decreto, contraria a la prohibición del artículo 99, inciso 3 (v. gr., Juzgado Penal Colegiado N° 1, 1ª Circunscripción Judicial de Mendoza, "F. c/ E.N.R.D. p/ infracción art. 205 del C.P. en función del art. 4 del DNU 297/2020 y el art. 1 del DNU 408/2020", sentencia de sobreseimiento N° 6680, 24 de agosto de 2020).

37 El Observatorio de Decretos Sujetos a Control Legislativo (ODCL) de la Universidad Austral cataloga sistemáticamente los decretos ejecutivos argentinos y proporciona una base de datos sobre su frecuencia, contexto y efectos jurídicos que permite analizar su impacto en las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Congreso.

38 El ejemplo más reciente es el DNU 70/2023 dictado por el presidente Milei el 20 de diciembre de 2023, el cual constituye uno de los decretos legislativos más extensos de la historia constitucional argentina: sus 366 artículos declararon la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, sanitaria y social, y modificaron o derogaron más de setenta leyes en ámbitos que van desde el régimen laboral y la seguridad social hasta el derecho comercial y la regulación de mercados. El Senado lo rechazó el 14 de marzo de 2024 (42 votos en contra, 25

limitado y errático del Poder Judicial no ha hecho más que agravar el problema, al permitir que los DNU operen como legislación de facto sin los controles institucionales adecuados.

### 2.3 Desmembramiento del catálogo de derechos: la inflación de los derechos justiciables tras 1994

Al incorporar el capítulo II, "Nuevos derechos y garantías", y otorgar jerarquía constitucional a diez tratados internacionales de derechos humanos, la Convención de 1994 transformó una carta con un catálogo definido en un texto repleto de derechos sociales, económicos, culturales y colectivos (Rossi y Brinks, 2022). De la noche a la mañana, la protección del medio ambiente, la vivienda digna, la atención sanitaria, la defensa de los consumidores, la paridad de género, los derechos de los pueblos indígenas y amplias obligaciones de transparencia se convirtieron en mandatos constitucionales directamente justiciables.

Esta inflación de derechos ha alterado la mecánica de la gobernanza (Mairal, 2021, pp. 274-277). Los litigantes plantean con creciente frecuencia demandas distributivas —acceso al agua potable,[39] a la reforma penitenciaria,[40] a la movilidad jubilatoria[41] o la vivienda social[42]— como pretensiones de rango constitucional. En respuesta, los tribunales, invocando la doctrina de la operatividad directa, han dictado sentencias estructurales que obligan a reprogramar recursos públicos y prioridades administrativas. Los jueces oscilan entre la inventiva doctrinal y la cautelosa moderación, conscientes de que, al carecer de competencia fiscal, corren el riesgo de invadir la función presupuestaria del Poder Legislativo (Mairal, 2021). Sin embargo, los poderes Legislativo y Ejecutivo rara

a favor y 4 abstenciones), pero a la fecha la Cámara de Diputados no lo ha tratado, con lo cual el decreto mantiene su vigencia conforme al régimen de la Ley 26.122.

39 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Kersich*, 2014, Fallos: 337:1361.

40 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Verbitsky*, 2005, Fallos: 328:1146; *Lavado*, 2007, Fallos: 330:1135.

41 Conviene precisar que la movilidad jubilatoria no constituye, en rigor, una consecuencia de la reforma constitucional de 1994. Su consagración como derecho de jerarquía constitucional data de la reforma de 1957, mediante la inclusión del artículo 14 bis, cuyo tercer párrafo garantiza expresamente "jubilaciones y pensiones móviles". La jurisprudencia consolidadora de la Corte Suprema en la materia —*Badaro I* (2006, Fallos: 329:3089) y *Badaro II* (2007, Fallos: 330:4866)— se edificó sobre dicha cláusula. La reforma de 1994 reforzó, ciertamente, la base normativa del derecho mediante la jerarquización constitucional de tratados que contienen disposiciones afines, notablemente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 9 y 11).

42 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Q. C., S. Y.*, 2012, Fallos: 335:452.

vez traducen estas decisiones en políticas sostenidas, lo que obliga a los tribunales a supervisar prolongados procesos de cumplimiento que difuminan la frontera entre la función jurisdiccional y la administración.

En definitiva, al ampliar drásticamente el catálogo de derechos exigibles sin los correspondientes ajustes en la capacidad fiscal, la competencia burocrática o los incentivos políticos, desplazó el poder de decisión de los órganos electos al Poder Judicial (Santiago y Boulin, 2023, pp. 123-61), profundizó la brecha entre la promesa constitucional y su cumplimiento efectivo[43] y afianzó una dinámica litigiosa en la que prácticamente cualquier reclamo colectivo puede reformularse como un derecho constitucional exigible.[44]

## 3. Conclusión

La experiencia argentina de desmembramiento constitucional revela que la durabilidad de un orden constitucional no depende tanto de la sofisticación de su diseño como de la consistencia con la que sus actores políticos respetan los compromisos fundacionales. A lo largo de más de 170 años, las sucesivas reformas no lograron consolidar el sistema; por el contrario, cada intento de modernización —la incorporación de nuevas instituciones, la recepción de modelos foráneos, la ampliación del catálogo de derechos— abrió flancos que los actores políticos explotaron para concentrar poder, eludir controles o vaciar de contenido las garantías recién creadas. Las recurrentes crisis políticas, económicas y sociales en Argentina no se explican por las deficiencias del ordenamiento jurídico ni por la mera brecha entre norma y realidad: obedecen a una lógica más profunda en la que las ambigüedades deliberadas del diseño constitucional, la debilidad de la cultura institucional y el oportunismo político se retroalimentan para producir desmembramientos que preservan la fachada de continuidad formal mientras transforman silenciosamente la sustancia del orden constitucional.

Diversas fuerzas convergentes han desmembrado la identidad, la estructura y la arquitectura de derechos de la Constitución de 1853 y pueden agruparse

---

43 Sobre los riesgos de los catálogos de derechos excesivamente ambiciosos, véase Landau y Dixon (2024); sobre la difusión global de las garantías constitucionales de derechos, véase Chilton y Versteeg (2020, pp. 79-96).

44 Sobre el modo en que los actores dominantes utilizan listas de derechos expansivas como incentivos para asegurar el apoyo a cambios estructurales que pueden erosionar las salvaguardias democráticas, véase Dixon (2018).

en tres ejes. El primero es la consolidación de un presidencialismo sin frenos ni contrapesos efectivos. El fracaso del Congreso en el control de los decretos del Ejecutivo, la conversión de las facultades de emergencia en instrumentos rutinarios de gobierno y la inocuidad de los mecanismos semiparlamentarios introducidos en 1994 —como el jefe de Gabinete de Ministros, concebido para moderar el hiperpresidencialismo y reducido en la práctica a una extensión de la presidencia— configuran un patrón en el que el Ejecutivo legisla, administra y condiciona al resto de los poderes constituidos con escasa resistencia institucional.

El segundo eje es la fragilidad del Poder Judicial como garante de la supremacía constitucional. La doctrina de facto, adoptada por la Corte Suprema a partir de 1930, normalizó las transferencias inconstitucionales de poder y sentó un precedente duradero de deferencia hacia el Ejecutivo. La ausencia de una regla vinculante de *stare decisis* ha permitido que los precedentes constitucionales fluctúen con cada cambio en la composición de la Corte, lo que socava la certeza jurídica y priva al sistema de la estabilidad interpretativa que un orden constitucional longevo requiere (Garay, 2019, p. 286). A esto se suman las vacantes crónicas en los órganos de control —la Defensoría del Pueblo y la Procuración General de la Nación—, que han debilitado los mecanismos externos de fiscalización.

El tercer eje es la tensión no resuelta entre la identidad liberal originaria de la Constitución y las sucesivas capas intervencionistas superpuestas a lo largo de su historia. El desplazamiento del centro de gravedad intelectual desde el liberalismo de matriz estadounidense hacia los modelos administrativos europeos que privilegian la discrecionalidad centralizada difuminó la separación de poderes. Las prácticas intervencionistas inauguradas en la década de 1940 nunca fueron completamente abandonadas, y la inflación de derechos de 1994 —producto de la constitucionalización de amplios derechos sociales, económicos y colectivos— ha habilitado a los tribunales a incidir sobre el gasto público y las prioridades políticas, lo que distorsionó aún más el equilibrio institucional originario. El resultado es una constitución que acumula compromisos ideológicos contradictorios sin que ninguno de ellos prevalezca de manera estable. La erosión gradual de la separación de poderes ilustra cómo surge el desequilibrio institucional cuando estos principios fundamentales son desatendidos. La aquiescencia judicial, la pasividad legislativa y la ausencia de controles efectivos sobre el Ejecutivo han debilitado colectivamente el marco republicano argentino. Una separación de poderes efectiva exige, por lo tanto, algo más que una delimitación orgánica: requiere mecanismos de supervisión robustos, una

independencia judicial genuina, un Ejecutivo sujeto a rendición de cuentas y una cultura política que resista la concentración del poder.

La erosión gradual de la separación de poderes ilustra cómo surge el desequilibrio institucional cuando estos principios fundamentales son desatendidos. La aquiescencia judicial, la pasividad legislativa[45] y la ausencia de controles efectivos sobre el Ejecutivo han debilitado colectivamente el marco republicano argentino. Una separación de poderes efectiva exige, por lo tanto, algo más que una delimitación orgánica: requiere mecanismos de supervisión robustos, una independencia judicial genuina,[46] un Ejecutivo sujeto a rendición de cuentas y una cultura política que resista la concentración del poder.

Desde la perspectiva del diseño constitucional, la experiencia argentina advierte contra el trasplante acrítico de modelos extranjeros sin atender a las realidades políticas locales.[47] La recepción de doctrinas continentales europeas que favorecían la discrecionalidad ejecutiva entró en conflicto con el marco constitucional preexistente y generó inconsistencias estructurales. Este desajuste subraya la importancia de diseñar reformas sensibles al contexto, que reflejen tanto el desarrollo histórico de la nación como su identidad constitucional fundamental. Un diseño constitucional exitoso debe adaptar las mejores prácticas de los sistemas comparados preservando al mismo tiempo los compromisos fundacionales de la constitución originaria.

La experiencia argentina demuestra, ante todo, que la durabilidad de un marco constitucional depende de la responsabilidad cívica de sus dirigentes y ciudadanos. Sin un compromiso colectivo con los valores democráticos y el Estado de derecho, incluso las disposiciones constitucionales más cuidadosamente diseñadas corren el riesgo de ser eludidas o vaciadas de contenido. Los controles institucionales, por bien estructurados que estén, solo funcionan cuando los actores políticos están dispuestos a acatar sus restricciones y cuando una ciudadanía informada y culta exige rendición de cuentas.

El camino hacia la estabilidad constitucional no pasa por experimentar con

---

45 Sobre la tesis de que el Congreso estadounidense posee un poder constitucional significativamente mayor del que suele ejercer, y que su incapacidad para desplegarlo ha generado un peligroso desequilibrio constitucional, véase Chafetz (2017).

46 Sobre la dificultad inherente a definir con precisión el concepto de independencia judicial, véase Law (2011, p. 1369).

47 Para un examen crítico del uso del derecho extranjero, véase Rosenkrantz (2003). El artículo generó un debate en el marco del Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional y Política (SELA); entre las respuestas, véanse Bohmer (2008) y Gargarella (2008).

modelos de gobierno alternativos, como los sistemas parlamentarios,[48] sino por revitalizar el compromiso cívico con los principios fundacionales. Abordar las causas profundas del deterioro institucional —el oportunismo político, la corrupción,[49] la supervisión ineficaz y la erosión de la confianza pública— resulta indispensable para consolidar un orden constitucional capaz de resistir futuros desmembramientos.

## Bibliografía

Addis, A. (2018). Constitutional Preambles as Narratives of Peoplehood. *Vienna Journal on International Constitutional Law*, *12*(2), 125-181.

Alberdi, J. B. (1852). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Imprenta del Mercurio.

Albert, R. (2009). The Fusion of Presidentialism and Parliamentarism. *American Journal of Comparative Law*, *57*(3), 531-577.

Albert, R. (2018). Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, *43*(1), 1-84.

Albert, R. (2019). *Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions*. Oxford University Press.

Badeni, G. (2010). *Tratado de Derecho Constitucional* (Vol. 3). La Ley.

Banks, W. C. y Carrió, A. D. (1993). Presidential Systems in Stress: Emergency Powers in Argentina and the United States. *Michigan Journal of International Law*, *15*(1), 1-76.

Bidart Campos, G. J. (1966). *Derecho constitucional*. Ediar.

Bohmer, M. (2008). El uso del derecho extranjero como estrategia para construir autoridad constitucional y democrática. *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, *77*(2), 411-432.

Cassagne Serres, B. (1945). *La Constitución Nacional: Filiación Histórica del Preámbulo Argentino*. Editorial El Ateneo.

Castelli, P. (2021). El Peronismo. En Moreno, G. R. (Ed.), *Manual de Historia Constitucional Argentina (1492-2011)* (pp. 743-807). Editorial de la Universidad Nacional de La Plata.

Chafetz, J. (2017). *Congress's Constitution: Legislative Authority and the Separation of Powers*. Yale University Press.

Chilton, A. S. y Versteeg, M. (2020). *How Constitutional Rights Matter*. Oxford University Press.

De Marco, M. A. (1998). *Bartolomé Mitre: Biografía*. Planeta.

Del Campo Wilson, E. (1958). *El problema constitucional: su solución jurídica*. Guillermo Kraft Ltda.

48 Sobre la tesis de que el sistema de gobierno adoptado es menos determinante de lo que suele suponerse y que el contexto cultural y sociopolítico resulta más significativo, véase Albert (2009). En la misma línea, véase García-Mansilla y Ramírez Calvo (2010).

49 Véase Mairal (2007).

*Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente. Año 1957*. (1958). Vol. II. Imprenta del Congreso de la Nación.

Dixon, R. (2018). Constitutional Rights as Bribes. *Connecticut Law Review*, *50(3)*, 767-818.

Elkins, Z., Ginsburg, T. y Melton, J. (s.f.). *Constitute: The World´s Constitutions to Read, Search, and Compare*. Constitute Project. https://constituteproject.org

Elkins, Z., Ginsburg, T. y Melton, J. (2009). *The Endurance of National Constitutions*. Cambridge University Press.

Garay, A. (2019). A Doctrine of Precedent in the Making: The Case of the Argentine Supreme Court's Case Law. *Southwestern Journal of International Law*, *25(2)*, 258-320.

García Lema, A. M. (1994). *La Reforma por dentro: La difícil construcción del consenso constitucional*. Planeta.

García-Mansilla, M. J. (s.f.). *De los golpes de Estado a la Constitución: El oscuro origen de los decretos de necesidad y urgencia* [Manuscrito inédito].

García-Mansilla, M. J. (2004). La metamorfosis del sistema constitucional argentino: Decretos de necesidad y urgencia y separación de los poderes. *El Derecho*, *210*, 746-750.

García-Mansilla, M. J. (2014). ¿Caduca el nombramiento de los jueces federales cuando cumplen 75 años? *La Ley Suplemento de Derecho Constitucional*, 7.

García-Mansilla, M. J. y Gascón, S. J. (2012). *La Constitución bajo fuego: La Corte Suprema y el Proceso de Reorganización Nacional*. Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

García-Mansilla, M. J. y Ramírez Calvo, R. (2006). *Las fuentes de la Constitución Nacional y los principios fundamentales del Derecho Público Argentino*. Lexis Nexis.

García-Mansilla, M. J. y Ramírez Calvo, R. (2010). Presidencialismo vs. Parlamentarismo: Una discusión acerca del sexo de los ángeles. *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, 5-47. https://perma.cc/5G3G-A25S

García-Mansilla, M. J. y Ramírez Calvo, R. (2022). La Corte Suprema y el Consejo de la Magistratura: Reflexiones acerca del caso "Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires". *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, *82*(2).

Gargarella, R. (2008). Injertos y rechazos: radicalismo político y trasplantes constitucionales en las Américas. *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, *77*(2), 489-520.

Gargarella, R. (2010). *The Legal Foundations of Inequality: Constitutionalism in the Americas, 1776-1860*. Cambridge University Press.

Gargarella, R. (2013). *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The Engine Room of the Constitution*. Oxford University Press.

Gelli, M. A. y Cayuso, S. G. (1988). *Ruptura de la legitimidad constitucional: La acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 1930*. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja".

Gómez, I. (2000). Declaring Unconstitutional a Constitutional Amendment: The Argentine Judiciary Forges Ahead. *University of Miami Inter-American Law Review*, *31*, 93-119.

González, J. V. (1897). *Manual de la Constitución Argentina*. Ángel Estrada y Cía.

Helmke, G. (2002). The Logic of Strategic Defection: Court-Executive Relations in Argentina Under Dictatorship and Democracy. *American Political Science Review*, *96*(2), 291-303.

Hernández, A. M. (2017). *La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el fortalecimiento del federalismo argentino*. Jusbaires.

Hernández, A. M. (2024). Cumplir la Constitución Nacional y sancionar la Ley Convenio de Coparticipación Impositiva Federal. *La Ley*.

Hirschmann, P. G. (2011). La desconstitucionalización en la Argentina (1928-2011). *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, 227-382.

Jackson, V. C. y Tushnet, M. V. (2006). *Comparative Constitutional Law* (2ª ed.). Foundation Press.

Jacobsohn, G. (2011). The Formation of Constitutional Identities. En Ginsburg, T. y Dixon, R. (Eds.), *Comparative Constitutional Law* (pp. 129-142). Edward Elgar.

Lafont, J. B. (1935). *Historia de la Constitución Argentina* (Vol. 2). El Ateneo.

Landau, D. y Dixon, R. (2020). Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy. *UC Davis Law Review*, *53*, 1313-1387.

Landau, D. y Dixon, R. (2024). Utopian Constitutionalism in Chile. *Global Constitutionalism*, *13*(1), 228-238.

Law, D. S. (2011). Judicial Independence. En Badie, B., Berg-Schlosser, D. y Morlino, L. (Eds.), *International Encyclopedia of Political Science* (pp. 1369-1372). Sage Publications.

Law, D. S. y Versteeg, M. (2012). The Declining Influence of the United States Constitution. *New York University Law Review*, *87*(3), 762-858.

Linares Quintana, S. V. (1957). Acerca del problema de la reforma de la Constitución Nacional. *La Ley*, *84*, 687.

Lorenzo, R. C. (1999). *Manual de Historia Constitucional Argentina* (Vol. 3). Editorial Juris.

Lynch, J. (1993). From Independence to National Organization. En Bethell, L. (Ed.), *Argentina since Independence* (pp. 1-46). Cambridge University Press.

Mairal, H. A. (2005). La Degradación del Derecho Público Argentino. En Scheibler, G. (Coord.), *El Derecho Administrativo de la Emergencia – IV* (pp. 17-32). Fundación de Derecho Administrativo.

Mairal, H. A. (2007). *Las raíces legales de la corrupción: o de cómo el Derecho Público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*. RAP.

Mairal, H. A. (2021). *Control Judicial de la Administración Pública*. La Ley.

Menem, E. (1996). Características y tipología de la Constitución de 1994. En *La Constitución Argentina de nuestro tiempo* (pp. 19-31). Ediciones Ciudad Argentina.

Miller, J. M. (1997). The Authority of a Foreign Talisman: A Study of U.S. Constitutional Practice as Authority in Nineteenth Century Argentina and the Argentine Elite's Leap of Faith. *American University Law Review*, *46*(5), 1483-1572.

Negretto, G. L. (2013). *Making Constitutions: Presidents, Parties, and Institutional Choice in Latin America*. Cambridge University Press.

Nino, C. S. (1992a). *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Astrea.

Nino, C. S. (1992b). *Un país al margen de la ley: Estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*. Ariel.

Orgad, L. (2010). The Preamble in Constitutional Interpretation. *International Journal of Constitutional Law*, *8(4)*, 714-738.

Oyhanarte, J. (1957). Imposibilidad de la reforma constitucional proyectada. *La Ley*, *84*, 779.

Page, J. A. (1999). *Perón: Una biografía*. Grijalbo Mondadori.

Perón, J. D. (4 de junio de 1946). *Mensaje del General Juan Perón ante la Asamblea Nacional, con motivo de su juramento como Presidente de la Nación*. Partido Justicialista Bonaerense. https://perma.cc/4ME3-UJPN.

Perón, J. D. (1948). Consideraciones políticas y doctrinarias sobre la Reforma Constitucional. En *Hechos e Ideas*, (56-57), 109-135. https://perma.cc/FE4H-TW6D

Quiroga Lavié, H. (1989). El neopresidencialismo. *La Ley*, 1286-1295.

Ramírez Calvo, R. (1995). La Constitución reformada y los Tratados Internacionales. *La Ley*, 773-775.

Ramírez Calvo, R. (2006). La inconstitucionalidad de la reforma del Consejo de la Magistratura. *Revista Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, *66*(2), 37-52.

Ramírez Calvo, R. (23 de enero de 2024). El traspaso de la justicia nacional ordinaria a la ciudad de Buenos Aires. *En Disidencia*. https://perma.cc/7ALV-TZCM

Rosenfeld, M. (2012). Constitutional Identity. En Rosenfeld, M. y Sajó, A. (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (pp. 756-776). Oxford University Press.

Rosenkrantz, C. F. (2003). Against Borrowings and Other Nonauthoritative Uses of Foreign Law. *International Journal of Constitutional Law*, *1*(2), 269-295.

Rossi, J. y Brinks, D. M. (2022). Social and Economic Rights: Argentina. En Law, D. S. (Ed.), *Constitutionalism in Context* (pp. 263-280). Cambridge University Press.

Roznai, Y. (2013). Unconstitutional Constitutional Amendments: The Migration and Success of a Constitutional Idea. *American Journal of Comparative Law*, *61*, 657-719.

Ruiz Moreno, I. (2005). La Democracia y la Revolución Libertadora. *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, *32*, 1-19. https://perma.cc/P4LF-R4EX

Sáenz Quesada, M. (2007). *La Libertadora (1955-1958): De Perón a Frondizi. Historia Pública y Secreta*. Sudamericana.

Santiago, A. (1998). *La Corte Suprema y el control político: Función política y posibles modelos institucionales*. Ábaco.

Santiago, A. y Boulin, I. A. (2023). *Derecho constitucional y políticas públicas: el derecho como guía del buen gobierno*. Astrea.

Santiago, A., Veramendi, E. y Castro Videla, S. (2019). *El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo: decretos delegados, de necesidad y urgencia y de promulgación parcial de leyes. Régimen constitucional, ley 26.122 y práctica legislativa y jurisprudencial*. La Ley.

Sarmiento, D. F. (1917). Comentarios de la Constitución. En *Obras escogidas* (Vol. III). Librería La Facultad.

Spota, A. A. (1992). Prólogo. En Lugones, N. J., Garay, A. F., Dugo, S. O. y Corcuera, S. H., *Leyes de emergencia. Decretos de necesidad y urgencia* (pp. VII-XXV). La Ley.

Talmon, J. L. (1960). *Political Messianism: The Romantic Phase*. Secker & Warburg.

Tawil, G. S. (2012). El Preámbulo de la Constitución Nacional. En *Estudios de Derecho Administrativo* (pp. 788-825). Abeledo-Perrot.

*Tercera Encuesta de Opinión Pública: Cultura Constitucional en la Argentina*. (2023). Poliarquía Consultores/Universidad Austral/Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. https://perma.cc/F6LL-DP3A

Zorraquín Becú, R. (1976). La Recepción de los Derechos Extranjeros en la Argentina Durante el Siglo XIX. *Revista de Historia del Derecho*, 325.

## Legislación citada

Constitución de la Nación Argentina (1853).
Constitución de la Nación Argentina (1949), artículo 95.
Constitución de la Nación Argentina (1994), artículos 14 bis; 75, incisos 22, 23 y 24; 86; 99, incisos 3 y 4; 100; 101; 110; 114 y 129.
Decreto 816/1999 (Texto ordenado de las Leyes 24937 y 24939).
Decreto Ley 23852/1945 (Asociaciones Profesionales).
Decreto Ley 28169/1944 (Estatuto del Peón Rural).
Decreto Ley 33302/1945 (Salario mínimo y aguinaldo).
Decreto Ley 3838/1957 (Convocatoria a Convención Constituyente).
DNU 260/2020.
DNU 297/2020.
DNU 340/2025.
DNU 628/2025.
DNU 656/2024.
DNU 70/2023.
Ley 12921.
Ley 20744 de Contrato de Trabajo (t.o. 1976).
Ley 24937.
Ley 24939.
Ley 25669.
Ley 26080.
Ley 26122.
Ley 26855.
Ley 27802 de Modernización Laboral, BO 06/03/2026.
Proclama del 27 de abril de 1956.

## Jurisprudencia citada

### Argentina

Acordada del 10 de septiembre de 1930, Fallos: 158:290.
Juzgado Penal Colegiado N° 1, 1ª Circunscripción Judicial de Mendoza, *F. c/ E.N.R.D. p/ infracción art. 205 del C.P. en función del art. 4 del DNU 297/2020 y el art. 1 del DNU 408/2020*, sentencia de sobreseimiento N° 6680, 24 de agosto de 2020 (jueza Alejandra Mauricio).

### Corte Suprema de Justicia de la Nación

*Administración de Impuestos Internos c/ Malmonge Nebreda*, 1933, Fallos: 169:309.
*Alfredo Castro s/sucesión*, 1946, Fallos: 204:359.
*Badaro I*, 2006, Fallos: 329:3089.
*Badaro II*, 2007, Fallos: 330:4866.
*Baldomero Martínez*, 1865, Fallos: 2:127.
*Bazán*, 2019, Fallos: 342:509.

*Bustos c/ Estado Nacional*, 2004, Fallos: 327:4495.
*Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, 2021, Fallos: 344:3636.
*Confederación Frente Amplio Formoseño* (Insfrán), 2024, Fallos: 347:2044.
*Consumidores Argentinos c/ Estado Nacional*, 2010, Fallos: 333:633.
*Corrales*, 2015, Fallos: 338:1517.
*Egidio Ziella c/ Smiriglio Hnos.*, 1947, Fallos 209:25.
*Enrique Arlandini*, 1947, Fallos 208:184.
*Ercolano c/ Lanteri Renshaw*, 1922, Fallos: 136:161.
*Evolución Liberal* (Uñac), 2023, Fallos: 346:543.
*Fayt*, 1999, Fallos: 322:1616.
*Frente para la Victoria – Distrito Río Negro*, 2019, Fallos: 342:287.
*Galli c/ Poder Ejecutivo Nacional*, 2005, Fallos: 328:690.
*Kersich*, 2014, Fallos: 337:1361.
*Lavado*, 2007, Fallos: 330:1135.
*Levinas*, 2024, Fallos: 347:2286.
*Monner Sans*, 2014, Fallos: 337:166.
*Nisman*, 2016, Fallos: 339:1342.
*Partido por la Justicia Social* (Manzur), 2023, Fallos: 346:489.
*Q. C., S. Y.*, 2012, Fallos: 335:452.
*Rizzo*, 2013, Fallos: 336:760.
*Schiffrin*, 2017, Fallos: 340:257.
*Unión Cívica Radical – Distrito La Rioja*, 2019, Fallos: 342:1.
*Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero*, 2013, Fallos: 336:2148.
*Verbitsky*, 2005, Fallos: 328:1146.
*Verrocchi c/ Poder Ejecutivo Nacional*, 1999, Fallos: 322:1726.

## 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.

# Dinámica de las criptomonedas: la cuestión de su naturaleza jurídica

**Estela B. Sacristán**[1]

Universidad Austral (Argentina)

es@bgcv.com.ar

https://orcid.org/0000-0002-1682-5125

**Recibido:** 24/02/2026

**Aceptado:** 03/06/2026

https://doi.org/10.26422/RJA.2026.0701.sac

**Resumen**

Antes de encarar la normativización de las criptomonedas, resulta adecuado indagar en su naturaleza jurídica, esto es, investigar qué son. Pero esta tarea tiene que tener, como presupuesto metodológico ineludible, el extremo de que no hay consenso, entre los teóricos de la moneda, acerca de qué debe entenderse por "moneda". En ese marco de diversidad de posturas, tener a estas últimas en mente resulta menester, se esté frente al empleo de las criptomonedas como

1 Doctora en Derecho, área de Derecho Administrativo (Universidad de Buenos Aires). Especialista en Derecho Administrativo-Económico (Pontificia Universidad Católica Argentina). Abogada (Universidad del Museo Social Argentino). Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y del Instituto de Derecho Constitucional "Segundo V. Linares Quintana" de dicha Academia. Profesora titular del Taller de Doctrina y Jurisprudencia (Universidad Nacional de Lomas de Zamora). Docente de posgrado en UBA, CEARE, UCA y Universidad Austral, donde dirige el Programa Derecho de Propiedad en la Constitución. Recibió el Premio "Corte Suprema de Justicia de la Nación" (1995). Trabajó en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la Administración pública, en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal y en el Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires. Desde 2005, trabaja en el sector privado.

Mi agradecimiento hacia los colegas Ricardo Mihura Estrada y Martín E. Paolantonio por los materiales (algunos inéditos) que oportunamente me facilitaron en la etapa de elaboración del presente artículo; también por haber leído el manuscrito; las interpretaciones son mías, por supuesto. Agradezco también la lectura y valiosos aportes por parte de Andrés Ascárate, quien me acompaña en la enseñanza de manera óptima. Por último, mi agradecimiento hacia los peer reviewers, pues, sin ellos, no hubiera sido lo mismo.

medio de pago en un universo originariamente restringido o ante su utilización como forma de inversión (o, incluso, de especulación) entre un público usuario cada vez más amplio. Originadas en desarrollos tecnológicos que comprenden, por un lado, los avances desde los microchips hasta los lenguajes de programación, así como la encriptación —líneas de avances ambas que redundarán en la llamada "tecnología *blockchain*"— las criptomonedas aquí consideradas comprenden tres clases: las más difundidas (bitcoin y ether), las *stablecoins* y las CBDCs o Central Bank Digital Currencies. Son muy variadas las posturas que se han esgrimido acerca de la naturaleza de las criptomonedas como las tenidas en mira, las cuales abrevan en diversas disciplinas, incluyendo la jurídica. Con ese universo de posturas presente, este trabajo presenta como propuesta entender las criptomonedas como "propiedad" y sus efectos.

**Palabras clave:** criptomonedas, bitcoin, ether, *stablecoins*, CBDCs, Central Bank Digital Currencies.

## The Dynamics of Cryptocurrencies: The Question of Their Legal Nature

**Abstract**
Prior to dealing with the regulation of cryptocurrencies, it seems proper to inquire into their legal nature, i.e., find out what they are. However, this task presupposes caution given the fact the there is no consensus, among the theorists of money, as to what money is. In sight of these various opinions as to what money is, it is necessary to bear them in mind, whether we are before the use of cryptocurrencies as a means of payment in an originally restricted universe, or before the use of cryptocurrencies as a form of investment (or, perhaps, speculation) among a public using them more and more widely. Rooted in technological developments that comprise, on the one hand, the microchip technology growth leading to programming languages, and, on the other, encryption, lines of development that shall converge in the so-called blockchain technology, the cryptocurrencies taken into consideration in this paper are three: the most widely used (bitcoin and ether), the stablecoins, and the CBDCs or Central Bank Digital Currencies. The opinions that have been posed regarding their legal nature are very dissimilar, and they stem from different fields of study, including the legal discipline. Bearing in mind that universe of opinions, this paper offers, as a proposal, considering that cryptocurrencies are "property", and the effects thereof.

**Key words:** cryptocurrencies, bitcoin, ether, stablecoins, CBDCs, Central Bank Digital Currencies.

## 1. Introducción

"Por más que codifiquemos el derecho en una serie de proposiciones aparentemente autosuficientes, estas proposiciones constituirán sólo una fase en un continuo desarrollo" decía Holmes (1881, p. 37) al referirse a la continuidad en la formación de la codificación o normativización. Al mismo tiempo, puede decirse que la realidad, de tanto en tanto, repercute en el mundo jurídico y surgen, como reacción, codificaciones o normas. Incluso podemos reparar en que las normas "descubren" la realidad y, solo después, proceden; así, podemos advertir que "[l]a ley es un descubrimiento de la realidad" (De Martini, 2015, p. 34).[2]

Pero la codificación o normativización es un proceso que puede demorar, al tiempo que el devenir de la realidad transcurre sin saber de pausas, paréntesis o descansos. Ello puede ejemplificarse con los avances o progresos tecnológicos: es muy probable que éstos, tan pronto como lleguen a estar contemplados en proposiciones normativas, ya estarán superados por otros desarrollos superadores de sus predecesores. A su vez, parecería que el *tempo* de esos avances va en aumento, en constante aceleración. Pueden así resultar aplicables las palabras de Cianciardo (2024) en cuanto a que esos avances "van muy por delante de los estudios políticos, morales y jurídicos que permiten entenderlos, orientarlos y, eventualmente, limitarlos a través del impulso de marcos regulatorios específicos" (s.p.). Un ejemplo de estos avances es la aparición de las criptomonedas en la vida cotidiana.

Ante las criptomonedas, se puede pensar en la ideación de proposiciones, en propuestas de normativización, de regulación. Sin embargo, mucho antes de siquiera considerar esas posibilidades, estimo adecuado reparar en algo que no resulta tan nítido: la hipotética calidad de "moneda" de las denominadas "criptomonedas", esto, si hay "moneidad" en ellas o si sólo se trata de productos de cierta tecnología. Así las cosas, antes de formular apreciaciones apresuradas sobre la mentada moneidad de las criptomonedas, puede resultar apropiado encarar aquí —siquiera en forma sumaria— la cuestión de la naturaleza jurídica de estas. Ello, en razón de los efectos que de tal naturaleza pueden surgir, echando luz en la cuestión de la viabilidad jurídica de aquella "moneidad".

2 Aquí cita el diálogo platónico —apócrifo— "Minos", cuyo texto puede consultarse en De Azcárate (1872, p. 175).

## 2. Plan de exposición

Con ese objetivo presente, y luego de una breve aclaración metodológica (apartado 3), me adentraré en un muy somero pero necesario repaso de la evolución tecnológica que ha confluido en la creación de las criptomonedas, formulando algunos distingos (apartados 4 y 5). Planteada la división tripartita de estas (apartado 6), procederé a sistematizar algunas de las múltiples posturas sobre su naturaleza jurídica (apartado 7), incluyendo mi propia opinión (apartado 8). Por último, esbozaré algunas reflexiones que, lejos de clausurar el tema, ofrecen una pluralidad de desafíos ulteriores (apartado 9).

Dado que estamos ante un fenómeno no local, ni regional ni nacional, sino global, las fuentes a las que apelaré, en la tarea de desentrañar la cuestión de la naturaleza jurídica de las criptomonedas, serán tanto domésticas como foráneas.

## 3. Presupuesto metodológico

A fin de desarrollar la temática encarada, estimo adecuado recordar lo relativo a la posición en que se halla una moneda en relación con el Estado. A estos efectos, hay que tener en cuenta que un sector de la doctrina económica considera que es moneda aquella que se inserta en el correspondiente andamiaje jurídico estatal (Knapp, 2013, p. 1). En esta visión, la moneda es una creatura jurídica (p. 1),[3] destinataria de una suerte de "bendición" estatal, marco en el que prevalece su función de "unidad de cuenta". Es una teoría que se sustenta en el derecho y en el poder decisional de órganos y entes estatales, cuya esencia no consiste en que el Estado sea el único emisor de moneda, sino que lo decisivo es que decida aceptarla, en sus oficinas, como acreedor (p. 95).

Por otro lado, otras teorías brindan concepciones diversas al considerarla: medida del valor de las cosas, entre los sujetos de un *common wealth* (Hobbes, 1953, p. 133); acuerdo tácito entre los participantes por utilizar, como medio de cambio, ciertos elementos económicamente valiosos (Locke, 1988, § 50); *commodity* elegida libre y espontáneamente por las personas para facilitar el comercio (Menger, 1976, pp. 261-262 y 280). También se ha señalado que la moneda posee una única función, que consiste en ser medio de cambio universalmente o generalmente aceptado, y todas las demás funciones operan en virtud de que aquélla es, antes que nada, un medio de cambio (Von Mises, 1934a, p.

3 Especialmente su prefacio, donde Knapp (2013) señala que sería "absurdo" prescindir del Estado en punto al sistema monetario.

209, 1934b, p. 398).[4] Además, se ha propiciado concebir a la moneda como la más pura reificación de medios, un instrumento concreto que es absolutamente idéntico a su concepto abstracto, un instrumento puro cuyo valor abstracto reside en la organización social y en normas supra subjetivas (Simmel, 1978, pp. 226-227) o como token simbólico que integra sistemas sociales desarticulados (Giddens, 1990, p. 24). Incluso, en un marco de innecesariedad del monopolio estatal sobre la moneda, se han alentado monedas privadas en competencia con la moneda estatal (Hayek, 1976), entre otras muchas teorías.

Esta multiplicidad de teorías puede hacer que las criptomonedas "reaccionen" de diversa manera según desde qué postura se las aprecie. Confrontarlas hoy con cada una de esas visiones podrá brindar resultados diversos, en un abanico imaginario, desde una cierta viabilidad (v. gr., cierta moneidad en aquéllas) hasta la plena inviabilidad (ausencia de moneidad). A su vez, estudiar las mentadas diversas "reacciones" de las criptomonedas bajo el prisma de cada concepción excedería claramente el marco de un artículo o investigación unitaria.

En el marco del presente trabajo, estimo que acercarnos desde el derecho al estudio de la naturaleza de las criptomonedas deviene relevante. Ello, en especial si se considera que estas, empleadas en forma originaria como medio de pago, han devenido, para un público usuario cada vez más amplio, una forma de inversión (Tierno, 2025a, p. 1),[5] cuando no de especulación. Por todo ello, resulta de interés jurídico al menos indagar en qué son.

## 4. Desarrollos tecnológicos significativos

Se exponen, ahora, en forma sintética, los hitos de la evolución tecnológica que ha permitido la aparición de las criptomonedas; ello, a fin de poder familiarizarnos con los aspectos principales de su desempeño práctico. Esos hitos comprenden ciertos avances tecnológicos a nivel mundial que tuvieron lugar, en especial, en la segunda mitad del siglo XX en el campo de la tecnología de la información. Diferencio aquí adelantos físicos y matemáticos (apartados 4.1 y 4.2) que posibilitaran la tecnología de cadenas de bloques (apartado 4.3), con sus propios particulares y desafíos (apartado 4.4).

---

4 En igual sentido, implícitamente, Hayek (1960, p. 324).

5 Por su parte, Paolantonio (2024, pp. 287-288) repara en las "criptomonedas" o activos virtuales con función monetaria;, criptoactivos con función de inversión y *utility tokens*.

### 4.1 De los microchips a los lenguajes de programación

Esta etapa arranca con los transistores inventados en el seno de los Laboratorios Bell en 1947, los cuales devinieron, en la década de 1970, microprocesadores que facilitaron la llegada de las computadoras personales, con la primera *laptop* en 1982. En 1979 se lanzó la primera red de telefonía celular, y el primer teléfono celular vio la luz en 1984.[6] Al mismo tiempo, se desarrolló el grupo de redes gubernamentales ARPANet o Advanced Research Projects Agency Network —proyecto que permitía intercambios entre computadoras y que había sido impulsado en la década de 1970 por el Departamento de Defensa de Estados Unidos—, lográndose la conexión entre instituciones educativas, investigadores y contratistas estatales y el intercambio de data digital. Su expansión creó la *international net* o internet, que vinculó las computadoras existentes (Kitchin, 2014, p. 81).[7]

A partir de 1990, gracias al laboratorio europeo para partículas físicas, de Suiza —operado por el Conseil Européen pour la Recherche Nucléaire (CERN)—, el cual aspiraba a mejorar las comunicaciones entre los integrantes de una pequeña comunidad internacional de investigadores académicos, se agregó a la internet una capa vital que la hizo más provechosa: la *world wide web*, o, a secas, la web.[8] La internet no es lo mismo que la web: la primera es la infraestructura formada por computadoras o redes de computadoras u otras redes interconectadas que operan sobre un *internet protocol* [IP]; la segunda es una red de páginas web —cada una con su dirección: *universal resource locator* (URL)—, tecnología que es del dominio público a partir de 1993.[9] Quien cuente con servicio de internet opera sobre ésta para acceder y utilizar la web.

---

6 En Argentina, el primer reglamento para el servicio de radiocomunicación celular móvil fue aprobado por la Resolución SC 498/1987, modificada por la Resolución 107/1990 de aprobación de procedimientos administrativos para autorizar abonados móviles de dicho servicio.

7 Internet es "una red internacional de computadoras interconectadas", conf. *Reno v. American Civil Liberties Union*, de 1997, según recuerda Bianchi (2001, pp. 173-174).

8 En Argentina, si bien ya había redes de computadoras interconectadas, fue en 1996, por el Decreto 1322/1996, que se asignó a una dirección de la Unidad Presidente la competencia para "administrar la conexión de la Coordinación General Unidad Presidente con Internet, diseñando, manteniendo y actualizando las páginas www de la jurisdicción (...)". Asimismo, por el Decreto 554/1997 (BO 23/06/1997), art. 1°, se dispuso: "Declárase de interés nacional el acceso de los habitantes de la República Argentina a la red mundial Internet, en condiciones sociales y geográficas equitativas, con tarifas razonables y con parámetros de calidad acordes a las modernas aplicaciones de la multimedia". Más tarde, por el Decreto 735/1997, se creó en Presidencia de la Nación la Comisión de Conexión con Internet. Sobre la *world wide web*, puede ampliarse en Bianchi (2001, p. 176).

9 En similar sentido, sobre las marcadas diferencias entre internet y la *world wide web*, Holmes (2017, p. 17). Ver, asimismo, Susskind (1996, pp. 132-133), donde sistematiza las

La tecnología analógica fue superada por la tecnología digital,[10] basada en el código binario compuesto por ceros y unos —con circuitos encendiéndose o apagándose— para representar la data, sea este texto, órdenes al *computer processor*, etc.[11] Las décadas de 1970 y 1980 entrañaron la creación de lenguajes de codificación digital (*digital coding languages*) o lenguajes de programación, los cuales dan instrucciones a los ordenadores o computadoras. Ya en la década de 1990, tal avance permitió el envío masivo de información digital por líneas telefónicas (*dial-up*), ulteriormente sustituidas por otros tipos de conexión, de accesibilidad y velocidad diversa. Hacia 2000, vimos la computación móvil, distribuida y de nube y la Web 2.0; para 2010, hubo marcados adelantos en computación: el poder computacional aumentó exponencialmente; los aparatos pasaron a integrarse en redes; más y más aspectos de nuestra vida cotidiana fueron mediados por los sistemas digitales; la data se tornó indéxica y legible mediante máquinas; y el almacenamiento de esa data se expandió y se hizo "distribuido" (Kitchin, 2014, p. 81).[12]

La sinergia entre tecnología de *microchips*, lenguajes de programación y tecnologías —en especial móviles— han dado múltiples frutos. Aquí, de cara a las criptomonedas, resulta de interés ver sólo cómo confluyeron, en el desarrollo hasta aquí reseñado, la criptografía y la tecnología de "cadena de bloques" o *blockchain*.

## 4.2 Encriptación

Aunque la criptografía —o ciencia de los mensajes ocultos— se remonta a varios siglos antes de la era cristiana, fue hacia 1913 que su empleo maduró para comunicaciones militares (Schneider, 2024): en 1917, se creó en Alemania la

diferencias.

10 Ya en 1991, en Argentina se conocía la conversión de tecnología analógica a digital: ver la Resolución SSIC 6/1991 (actualmente abrogada) sobre metrología legal e instrumentos de medición

11 Voz *binary code* en Coin Market Cap (2025).

12 En una red descentralizada, el ataque a un sólo nodo puede comprometer todo el sistema si ese nodo se halla vinculado a la mayoría o a una gran proporción de nodos de la red descentralizada; en cambio, una red distribuida es más resistente y resiliente ante los ataques: continuará en operaciones incluso después de que una porción de nodos hayan sido inutilizados a efectos de su contribución a la red después de un ataque, conf. Killeen (2024, pp. 467-499, esp. p. 478). En el ya legendario Nakamoto (2008) no se hace referencia a red "descentralizada", sino a red "distribuida". En igual sentido, Satoshi Nakamoto Institute (2009), que alude a red descentralizada ya en su primer párrafo ("It's completely decentralized with no server or central authority.")

primera máquina para cifrar y descifrar mensajes, y en 1918 apareció la célebre Enigma, que codificaba texto inteligible, no codificado, y decodificaba texto cifrado o codificado. Durante la Segunda Guerra Mundial, se logró quebrar, en Inglaterra, el criptosistema Enigma.

Con ese logro, se fijaron las bases de la moderna criptografía, la cual se apoya en dos componentes básicos: el algoritmo y la llave o clave.[13] El algoritmo es una función matemática, "un proceso matemático de computación, claramente especificado; un conjunto de reglas las cuales, en tanto seguidas, brindarán el resulto prescripto" (Barker, 2020, p. 2). En lenguaje cotidiano, sería equiparable a una receta. A su vez, el algoritmo criptográfico es "un procedimiento computacional bien definido que toma *inputs* variables, incluyendo la clave o llave criptográfica (si fuere aplicable), y produce un *output*" (p. 4). En cuanto a la llave o clave criptográfica, es similar a la clave para abrir una caja fuerte: quien la conozca podrá abrirla. Constituye "un parámetro empleado en conjunción con el algoritmo criptográfico que determina su operación (...) tal que una entidad, conocedora de la llave, puede reproducir o reversionar la operación, al tiempo que una entidad desconocedora de la llave no podrá" (p. 5).[14]

En 1975, IBM registró el primer estándar de encriptación de data (*data encryption standard* o DES), basado en un algoritmo de llave o clave simétrica. Era simétrico pues el mismo algoritmo se empleaba para encriptar y para desencriptar. Aprobado en 1977 (Barker, 2020, p. 24), las breves llaves o claves que empleaba determinaron que no era seguro, y en 2005 se anunció su retiro (National Institute of Standards and Technology, 2005). En 1976, surgió una nueva forma de encriptación, asimétrica, y, al año siguiente, apareció el algoritmo de encriptación asimétrica o RSA, así llamado por la primera letra del apellido de los científicos que lo descubrieron (Rivest, Shamir y Adleman). Este algoritmo criptográfico, calificado como de llave o clave pública (llave o clave asimétrica), es

> un algoritmo criptográfico que emplea dos llaves o claves relacionadas: una pública, y otra privada. Las dos llaves o claves tienen la propiedad de que determinar la llave o clave privada, a partir de la pública, no es computacionalmente factible.[15]

---

13 Los lineamientos elaborados en el organismo estadounidense con competencia en estándares y tecnología (NIST) pueden consultarse en Barker (2020, esp. p. 2).

14 Donde se ejemplifica así: transformación de data no cifrada, inteligible, en data cifrada; transformación de data cifrada en data no cifrada; computación de una firma digital a partir de data; verificación de firma digital; entre otros.

15 Barker (2020, p. 9). En igual sentido, Nian y Chuen (2024, pp. 3-28, esp. p. 18).

Tiempos más recientes trajeron el algoritmo de encriptación denominado "estándar avanzado de encriptación" o *advanced encryption standard* (AES). Éste, al igual que el DES, es simétrico, con lo cual se emplea la misma clave o llave para encriptar y desencriptar, pero resulta más seguro: mientras que el DES emplea las técnicas de sustitución y transposición cifradas, el AES opera sobre algoritmos de cifrado por bloque (*block cipher algorithms*) (Barker, 2020, p. 23) de diversos tamaños, por eso se lo llama algoritmo simétrico de "bloque cifrado", que sería más seguro (p. 24).[16] Con posterioridad, han surgido los algoritmos de *hash* seguro o SHA (*secure hash algorithm*), que operan por comparación de generación y verificación de las funciones *hash*, y la criptografía *post-quantum* (pp. 21 y 31).[17] La función criptográfica *hash* es "conecta una secuencia de bits de longitud arbitraria, a una secuencia de bits de longitud fija" (p. 4). Una función *hash* aprobada es: (i) de sentido único, pues es computacionalmente inviable hallar un *input* que conecte a un *output* preespecificado; (ii) a prueba de colisiones, pues será computacionalmente inviable hallar dos *inputs* individualizables que conecten con el mismo *output* (pp. 4-5) (Wood y Buchanan, 2024, pp. 363-379, esp. pp. 370-371). Por último, vale apuntar que una masificación en el empleo de computación cuántica obligará a proceder a adoptar una criptografía acorde (Barker, 2020, p. 24).[18]

En Argentina, conocemos el concepto de clave o llave pública en el campo de la regulación de la firma digital[19] y también en materia de los denominados "activos virtuales".[20]

---

16 AES, según la cantidad de *rounds* o vueltas que involucre, se presenta en 128, 192 o 256 bits. Una data no codificada pasará, por ejemplo, por 10, 12 o 14 *rounds*, según corresponda a la presentación en 128, 192 o 256 bits, antes de llegar a estar cifrada, lo que supone mayor seguridad.

17 La función *hash* usada mayormente en Bitcoin es SHA-256, conf. Nian y Chuen (2024, esp. p. 18).

18 Ampliar en Barón (2025).

19 Ver, ejemplificativamente, el régimen de la firma digital, que se diferencia de la mera firma electrónica, en tanto la primera se halla sujeta a más recaudos. Bajo la Ley 25506, de 2001, de firma digital, art. 2°, "[s]e entiende por firma digital al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control (...)" Confrontar, bajo la misma ley, art. 5°, sobre firma electrónica, definida por exclusión de alguno de los recaudos legales de la firma digital. Sobre las diferencias en Argentina entre firma electrónica y firma digital, ver Cosola y Schmidt (2021, p. 14, nota al pie 18).

20 Se ha definido "llave pública y/o dirección de depósito o envío" como "la dirección pública que se puede compartir con otros usuarios para depósitos o envíos de Activos Virtuales, consistente en un código alfanumérico único que se genera mediante la aplicación de un algoritmo criptográfico a la clave privada correspondiente", conf. Resolución UIF

### 4.3 *Blockchain* o cadena de bloques

La tecnología de cadenas de bloques o *blockchain* se originó en 2008 y se difundió a partir de 2009 con el lanzamiento de bitcoin.[21] Se ha definido cadena de bloques o *blockchain* como:

> registros (*ledgers*)[22] digitales distribuidos de transacciones suscriptas criptográficamente (...) agrupadas en bloques. Post-validación y pasible de consenso, cada bloque se halla criptográficamente vinculado al previo (haciéndolo evidenciar cualquier alteración). Al tiempo que se agregan nuevos bloques, los bloques más antiguos se hacen más difíciles de modificar (creando resistencia a la alteración). Los nuevos bloques se replican a través de las copias del registro dentro de la red, y todo conflicto se resuelve automáticamente mediante reglas establecidas. (Yaga et al., 2018, p. 1)

Una orden ejecutiva de 2025, emanada del presidente estadounidense, la definió así:

---

49/2024, art. 2°. Me referiré a los "activos virtuales" *infra*, apartado 7.1.3.

21 Para una ágil síntesis de la historia de la denominada "criptoeconomía" iniciada con bitcoin, ver Mihura Estrada (2023), donde expresa: "Bitcoin —y con este el primer protocolo blockchain— fue concebido en octubre de 2008, generó su primer bloque dos meses más tarde, y comenzó a tener valor económico en 2010. En ese mismo año nació Mount Gox, la principal plataforma de compra y venta de bitcoin (...). En 2014 Mount Gox fue hackeado y colapsó; y muchos pensaron (...) que bitcoin y las criptomonedas desaparecerían sin hacer más ruido. Pero ello no sucedió. Ethereum nació en 2015, y a partir de allí proliferaron las blockchains (...), los smart contracts y la emisión y circulación de tokens (...) principalmente para levantar inversiones en proyectos nuevos (ICO) (...). En 2016 nació la primera organización descentralizada autónoma (DAO) (...). En 2017 se comenzó a popularizar la primera stablecoin (USDT) para operaciones de intercambio con criptoactivos (...), y gracias a ella los exchanges y distintos proveedores de servicios de activos virtuales (PSAV) (...) se multiplicaron (...). Apenas en 2020 se comenzó a hablar de finanzas descentralizadas (DeFi) (...) y a realizar operaciones financieras (...) sin intervención de instituciones o empresas. En 2021 explotó el comercio de tokens no fungibles (NFT) y sus casos de uso con finalidades no estrictamente económicas. Entre ese año y fines de 2022 el volumen y circulación de stablecoins pasó (...) a involucrar a los bancos (...) y a penetrar en operaciones de la economía tradicional, y hasta en el cobro de impuestos (...). El año 2023 parece signado por las novedades y tensiones regulatorias, con gran presión sobre los PSAV (...)" (p. 4).

22 *Ledger*, literalmente y desde antiguo, es el libro contable denominado "libro mayor". En esta acepción, será el libro que contiene cuentas a las que se agregan débitos y créditos procedentes de libros en los que se efectuara el asiento originario, o un registro digital que se emplea para fines similares (por ejemplo, para mantener un listado de transacciones). Conf. voz *ledger* en el Merriam-Webster *Dictionary* (2026).

> [C]ualquier tecnología donde la data: (i) se comparte a través de una red para crear un registro [*ledger*] *público de transacciones o información verificadas entre la red o participantes; (ii)* se vincula usando criptografía para mantener la integridad del registro público y para ejecutar otras funciones; (iii) se distribuye entre los participantes de la red de modo automatizado a fin de, concurrentemente, actualizar a los participantes de la red sobre el estado del registro público y cualquier otra función; y (iv) se compone de código fuente disponible públicamente.[23]

Al tiempo que la primera definición mira hacia el interior, describiendo el funcionamiento de la cadena, la segunda mira hacia los participantes, destacando los elementos de registro, el componente de criptografía y qué se comparte o distribuye, amén del código fuente público.

### 4.3.1 Finalidad

En la práctica, la tecnología *blockchain* permite que una comunidad de usuarios registre transacciones en un registro o *ledger* compartido dentro de esa comunidad, de forma tal que, operando la red de *blockchain* normalmente, no se pueda alterar ninguna transacción con posterioridad a su publicación (Yaga et al., 2018, p. iv).

### 4.3.2 Características

La tecnología de *blockchain* tiene, como características centrales,

i. el registro, que provee el historial de transacciones en forma íntegra, pues funciona sólo por adición de registraciones; a diferencia de las bases de datos tradicionales, las transacciones y valores en una *blockchain* no se pueden sobreescribir (Cosola y Schmidt, 2021, pp. 9 y 22; Yaga et al., 2018, p. 2);
ii. la seguridad, pues es criptográficamente segura, inalterable y la data que contiene es certificable (Cosola y Schmidt, 2021, pp. 9 y 23; Yaga et al., 2018, p. 2.);
iii. el carácter compartido entre múltiples participantes, lo cual provee transparencia a los participantes del nodo (Cosola y Schmidt, 2021, pp. 30-31; Yaga et al., 2018, p. 2.);
iv. su carácter distribuido, sin repositorio centralizado, contexto en el cual au-

23 Estados Unidos. Executive Order 14178, de 2025, sobre tecnología digital financiera, Sec. 2(b).

mentar la cantidad de nodos de una red de *blockchain* hace que esté en mejores condiciones para enfrentar ataques.[24]

En Argentina, en 2022, se aprobó el Lineamiento Nacional sobre Blockchain,[25] que reitera, con lenguaje diverso, algunas de las características antes enumeradas: carácter distribuido,[26] seguridad y privacidad,[27] inmutabilidad,[28] transparencia y auditabilidad,[29] carácter no intermediado.[30] Asimismo, dicho Lineamiento agrega la característica de ser instrumentada y flexible, en tanto, "mediante la utilización de 'contratos inteligentes' (contratos que se auto ejecutan en base a una o más condiciones) es posible establecer diferentes condiciones capaces de brindar una enorme cantidad de posibilidades y funcionalidades". Volveré sobre los contratos inteligentes *infra*.

Por último, cabe aclarar algunos puntos. La carencia de una autoridad central, como ser un banco, compañía o Gobierno, no es, como veremos en el apartado 7, una característica esencial de esta tecnología. Podría darse el caso de que esa autoridad central sí se halle contemplada. Además, la tecnología *blockchain*, si bien adquirió celebridad en el marco de las criptomonedas —en

---

24 Un nodo es la unidad más básica de la infraestructura de *blockchain* que almacena la data, conf. voz *node* en Coin Market Cap (2025); aumentar la cantidad de nodos reduce la habilidad del ataque de impactar en el protocolo de consenso. Sobre el carácter "distribuido", ver nota al pie 12, *supra*. Ver, asimismo, Cosola y Schmidt (2021, p. 9).

25 Resolución SIP 17/2022, Anexo I.

26 Resolución SIP 17/2022, Anexo I, Introducción: "[L]a información es compartida, actualizada en cada transacción, y selectivamente replicada entre participantes casi en tiempo real. Si la red es descentralizada entonces puede prescindir de estar controlada por una organización individual". Resolución UIF 49/2024, art. 2°: *blockchain* es un tipo de tecnología de registro distribuido (*distributed ledger technology* o DLT).

27 Resolución SIP 17/2022, Anexo I, Introducción: "[L]os permisos y la criptografía previenen acciones maliciosas o no autorizadas a la red garantizando que los participantes son realmente quienes dicen ser. La privacidad se mantiene a través de técnicas criptográficas y técnicas de partición de datos y en todas las transacciones la identidad de las partes puede ser protegida".

28 Resolución SIP 17/2022, Anexo I, Introducción: "[L]a modificación de información es prohibitivamente difícil de realizar ya que requiere aprobación por más de la mitad de los participantes de la red. Por lo tanto, la integridad de los registros está garantizada por las propiedades intrínsecas del código subyacente en lugar de las identidades de los operadores del sistema".

29 Resolución SIP 17/2022, Anexo I, Introducción: "[T]odos los participantes en una transacción tienen acceso a los mismos registros, pueden validar transacciones y verificar las identidades o la propiedad sin la necesidad de intermediarios".

30 Resolución SIP 17/2022, Anexo I, Introducción: "[L]a eliminación de intermediarios disminuye los costos de transacción y los riesgos asociados a su presencia".

especial en cuanto a bitcoin—, se puede utilizar en otras industrias,[31] en tanto permite que la data de cualquier industria devenga "inmutable" en el sentido de que no puede ser alterada sin que se ponga en evidencia tal alteración.

### 4.3.3 Clases de *blockchain*: no permisionadas y permisionadas

Las redes de *blockchain* se clasifican según el modelo de permiso involucrado, el cual determina quién y cómo puede usarse: establece quién podrá publicar bloques. Si cualquiera puede publicar un nuevo bloque, será una *blockchain* no permisionada (*permissionless*). Si sólo ciertos usuarios particulares están autorizados —por una autoridad centralizada o descentralizada— para hacerlo, será una *blockchain* permisionada (*permissioned*), y si se desea participar en ésta, será menester proveer la propia identidad, desplazándose así el anonimato y eventuales fraudes, quedando fijada, además, la jurisdicción (Yaga et al., 2018, pp. 5-6).

### 4.3.4 Dinámica de la *blockchain*

La tecnología *blockchain* comprende renglones ya repasados: funciones criptográficas *hash*, transacciones, criptografía de llave o clave asimétrica, direcciones y derivación de dirección, *ledgers* o registros, bloques y el encadenamiento de bloques (Yaga et al., 2018, pp. 7-17, esp. gráfico en p. 17). Estos componentes tienen una dinámica que ofrece particularidades relevantes: supuestos de conflicto, modificaciones del código fuente y los llamados "contratos" autoejecutables.

Según los casos, los nodos están siempre en competencia, ansiosos por publicar un nuevo bloque a fin de percibir los honorarios de criptomoneda o de transacción. Para resolver la cuestión de que, por ejemplo, casi en el mismo instante más de un nodo publique un bloque, existen "modelos de consenso".[32]

---

31 Ver Piñeyro (2020).

32 La definición que dan Yaga et al. (2018, p. 1) ya los alude. En los supuestos de criptomonedas no permisionadas: (i) prueba de trabajo o *proof of work* (*PoW*); (ii) prueba de participación o *proof of stake* (*PoS*). En los supuestos de criptomonedas no permisionadas o permisionadas o en sistemas permisionados: (iii) prueba de participación o *proof of stake* delegada (*delegated PoS*). En los supuestos de sistemas permisionados y sistemas híbridos (*sidechain*): (iv) *round robin* o "todos contra todos"; (v) prueba de autoridad o prueba de identidad. En los supuestos de redes permisionadas: (vi) prueba de tiempo transcurrido o *proof of elapsed time* (*PoET*). Ampliar en Yaga et al. (2018, pp. 18-26, esp. gráfico en pp. 25-26) y en Cosola y Schmidt (2021, pp. 17-21).

Los conflictos de registro generados por publicación casi simultánea pueden resolverse por el criterio de "bloque más extenso".[33]

Un *fork* —u horquilla— en una *blockchain* es una modificación significativa en su código fuente,[34] de la cual, incluso, puede nacer una nueva criptomoneda.

Por último, un *smart contract* —o contrato inteligente— es un "protocolo de transacción computarizada que ejecuta los términos de un contrato" (Szabo, 1994, párr. 1).[35] Lejos de representar obligaciones legales, un contrato inteligente es un conjunto de código y data; un programa de *blockchain* autoejecutable que automatiza las acciones requeridas en una transacción y, una vez efectuada, es rastreable e irreversible. La autoejecución dependerá de que se cumplan ciertas condiciones (Wang, 2024, p. 615).[36] Finalmente, la ejecución del código del contrato inteligente se remunera, se trate de redes de *blockchain* —habilitadas para contratos inteligentes— tanto no permisionadas como permisionadas (Yaga et al., 2018, p. 29).

### 4.3.5 Desafíos. Los mitos

Los mitos que surgen alrededor de las *blockchains* brindan espacio para diversas reflexiones.

En primer lugar, ocurre que no hay una sola tecnología *blockchain*, sino diversas "generaciones" de esta.[37] Segundo, se cree que, una vez que la transacción

---

33 La red esperará hasta que se publique el siguiente bloque válido y esa será la cadena oficial, y dado el riesgo de que el bloque sea sobreescrito, la transacción no se tendrá por confirmada sino hasta que se hayan agregado varios bloques adicionales, lo cual nos hace pensar que, cuantos más bloques se agreguen, más probable será que el bloque en cuestión no haya sido sobreescrito; la transacción que quedó huérfana quedará alojada en un *pool* de transacciones pendientes; conf. Yaga et al. (2018, pp. 27-28).

34 Pueden ser de tipo suave o fuerte y se ejemplifican mediante el supuesto de actualizaciones. Si es suave, el cambio será compatible con el estado de cosas anterior: los nodos actualizados pueden continuar sus transacciones con los nodos no actualizados. En cambio, si es fuerte, no habrá compatibilidad, con lo cual coexistirán dos versiones de la *blockchain* hasta que toda la actividad se desplace hacia la nueva cadena, conf. Yaga et al. (2018, p. 29).

35 Szabo, Nick (1994). En igual sentido, Santarelli (2022, pp. 264-272, esp. p. 267). Debemos distinguir entre Szabo (1994) y Szabo (1997); en este último, el autor ya estaba discutiendo los componentes básicos del derecho de Cripto, pero la tecnología, entonces, no se hallaba disponible a efectos de la implementación; conf. Wood y Buchanan (2024, p. 369).

36 Este autor los define como "códigos que se autoejecutan cuando se cumplen ciertas condiciones" (p. 615). Ejemplos de *smart contracts* pueden verse en los "protocolos de efectivo digital" o *digital cash protocols*.

37 Blockchain 1.0 es la primera generación de tecnología de cadena de bloques, centrada en descentralización y criptomonedas; Blockchain 2.0, una extensión de la primera, in-

por *blockchain* ha recibido suficiente nivel de validación, alguna criptografía asegurará la inmutabilidad. Empero, un "último" bloque —o bloque publicado— en la cadena, en forma más reciente, podría ser pasible de sustitución; también podría darse el (muy) hipotético caso de que todos los participantes de la red acuerden una modificación, rebobinando sus nodos a lo que eran, por ejemplo, una hora antes.[38] Tercero, se afirma que una *blockchain* no es objeto de regulación ni de control y que no tiene dirección ni dueño, con lo cual se eliminaría toda posibilidad de "captura", pero las redes de *blockchain* de tipo permisionado son operadas por un dueño o consorcio (*consortium*), con lo cual no son tan descentralizadas (Xu, 2024, pp. 617-645, esp. p. 622). Además, una organización formalmente descentralizada puede resultar ser centralizada en términos de autoridad real, la cual puede provenir del *expertise* o conocimiento especializado de ciertos técnicos (Ferreira, 2025, p. 6). A igual resultado conduciría la asimetría de información comparando usuarios y organización: las *blockchains* no permisionadas suelen ser dirigidas por usuarios de la red respectiva, sus nodos publicantes y los desarrolladores o *developers* del *software*, y los usuarios deben confiar en éstos (Ferreira, 2025, p. 13; Yaga et al., 2018, p. 35). Cuarto, en cuanto a la conformidad entre la data y el mundo real, podría darse el caso de que un usuario malintencionado cargue datos falsos; además, si alguien compró con criptomonedas un objeto del mundo real, no habrá forma de determinar, dentro de la red de *blockchain*, si efectivamente se concretó la entrega o si la cosa entregada cumple con lo prometido.[39] Quinto, la muerte de una *blockchain* no elimina la posibilidad de que sobrevivan nodos, que podrían seguir publicando maliciosamente en manos de un usuario malintencionado (Yaga et al., 2018, p. 36). Sexto, esta tecnología no garantiza la ciberseguridad, la cual exige, a su vez, una adaptación a cada riesgo en particular; tampoco neutraliza a usuarios malintencionados y siempre puede haber premios tentadores por perfeccionar ilícitos (p. 39). Séptimo, la existencia de llave o clave pública no conlleva, por sí sola, una identificación: la transacción podrá asociarse al

trodujo el concepto de descentralización de negocios y mercados por medio de los *smart contracts*, seguridad mejorada y transparencia; Blockchain 3.0, un desarrollo posterior, vislumbra su adopción global, institucional y empresarial. Ver voces respectivas en Coin Market Cap (2025). Para una visión más amplia, ver, con provecho, Piñeyro (2020, esp. pp. 41-42).

38 Ampliar en Greenspan (2017).

39 Este riesgo podría neutralizarse mediante *truthpoints*; ver Leffew (2018). Aún así, ténganse presentes, nuevamente, los efectos de cara a un régimen legal de protección del usuario o consumidor y la posible insuficiencia de aquél.

dueño de una llave o clave privada, pero ello no producirá la automática identificación con la correspondiente persona del mundo real; aun así, mediante procesos ajenos a la red de *blockchain*, se podría lograr esa identificación: un organismo estatal competente que cuente con cierta tecnología podría solicitar los registros de un intercambio, conectando ciertas transacciones con una persona del mundo real (pp. 39-40).

Por último, en el área de la transparencia, se acusan déficits del renglón de la tecnocracia: habría una limitación técnica, pues leer el código de un *smart contract* requiere elevada capacitación;[40] no hay clara respuesta acerca de quién controla las principales *blockchains*, quién financia su desarrollo, cómo se adoptan las decisiones, quién selecciona a los *developers*, cómo se los financia, qué supuestos de integración vertical podrían estar concretándose (Chuen, 2024, pp. 3-28, esp. p. 11; Ferreira, 2025, p. 17).

## 5. *Blockchain* y criptomonedas

Tanto la criptografía (apartado 4.2) como la tecnología de *blockchain*, con sus particularidades según los casos (apartado 4.3) y mitos asociados (apartado 4.4), juegan un rol esencial en la materia aquí abordada. En 2008, el concepto de *blockchain* se combinó con otras tecnologías y avances de computación y permitió la creación de las modernas "criptomonedas" o *cryptocurrencies*. Por cierto, y como luego veremos, el universo *blockchain* no se agota en ellas, si bien constituyen su principal empleo.[41]

A efectos de encarar la tecnología *blockchain* y las criptomonedas, y teniendo en cuenta la pluralidad de visiones reseñada en el apartado 3, los diversos empleos de las criptomonedas allí adelantados y los amplios confines de la realidad, aquí se torna menester contar con alguna definición descriptiva operativa. A tal fin, tomemos la simple función de medio de cambio de una moneda o la básica noción de activo. Considerando que *currency* es un medio de cambio que define el valor,[42] una *cryptocurrency* o criptomoneda, provisionalmente, aparece como efectivo electrónico o *electronic cash*, protegido por medio de mecanismos

40 "Como observan los autores, 'prescindiendo de gastar una elevada suma de dinero comprando el tiempo y conocimiento de un profesional en retroingeniería muy motivado y talentoso, un inversor tendría que confiar en las promesas vernáculas'" (Cohney et al., 2019, como se citó en Ferreira, 2025, p. 16).

41 Ver Tierno (2025b).

42 Voz *currency* en Coin Market Cap (2025).

criptográficos[43] que vienen a sustituir un repositorio centralizado o autoridad central.[44] Si se considera que "activo digital" es cualquier representación digital de un valor que se vuelca en un registro o *ledger* distribuido, incluyendo criptomonedas, *digital tokens* y *stablecoins*,[45] una criptomoneda será un activo digital que se intercambia y se asienta en registros o *ledgers* distribuidos en forma pública, conocidos como *blockchains*. Éstos, en principio, no requieren la existencia de intermediarios centralizados que efectúen la conciliación y liquidación, como sí sería el caso si tuviera que intermediar una entidad bancaria o un banco central (Tierno, 2025a, p. 1).[46]

### 5.1 La primera criptomoneda

La primera criptomoneda basada en la tecnología *blockchain* fue bitcoin (Yaga et al., 2018, p. iv).[47] Dentro de la *blockchain* de bitcoin, la información que representa el efectivo electrónico queda atada a una dirección digital. Los usuarios pueden firmar digitalmente y transferir derechos a esa información a otro usuario y la cadena de bloques de bitcoin registrará esa transferencia en forma pública, permitiendo que todos los usuarios de la red puedan verificar, en forma independiente, la validez de las transacciones. Dado que los usuarios de la red aparecen bajo pseudónimo, mientras que las transacciones son visibles al público, existirá un cierto nivel de secreto respecto de la identidad del usuario cuyo pseudónimo no refleje su identidad (Tierno, 2025a, p. 1). Al mismo tiempo, un grupo de participantes distribuidos tienen a su cargo el alojamiento, mantenimiento y administración colaborativas de la *blockchain* de bitcoin. Este extremo, en conjunción con ciertos mecanismos criptográficos, fortalece la *blockchain* ante ulteriores intentos de alterar el registro, estén estos dirigidos a modificar los bloques o a cambiar las transacciones (Yaga et al., 2018, p. iv).

---

43 Cfr. Resolución UIF 49/2024, art. 2°, inc. g, donde se define: "Clave pública y/o dirección de depósito o envío: a la dirección pública que se puede compartir con otros usuarios para depósitos o envíos de AV, consistente en un código alfanumérico único que se genera mediante la aplicación de un algoritmo criptográfico a la clave privada correspondiente".

44 Cfr. Resolución UIF 49/2024, art. 2°, inc. f, donde se define: "Blockchain: a un tipo de tecnología de registro distribuido (Distributed Ledger Technology o DLT)".

45 Estados Unidos. Executive Order 14178, de 2025, sobre tecnología digital financiera, Sec. 2(a).

46 Ver el apartado 6.3, *infra*.

47 El origen se sustenta en el ya clásico Nakamoto (2008), de lectura obligada.

### 5.2 Desarrollos posteriores. Modos de interacción. *Wallets*

Avances posteriores han traído modalidades más modernas y populares de criptomonedas, asistidas por la posibilidad de guardado en "billeteras" o *wallets* alojadas en alguna institución que las custodia u hospeda, amén de intercambios o *exchanges*, plataformas de pago, plataformas financieras, entre otros (Tierno, 2025a).

Las transacciones que nos ocupan se clasifican en *on chain* y *off chain*, según se registren en la *blockchain* misma de manera distribuida y sean compartidas con todos los participantes o se procesen por fuera de la red de *blockchain*, por fuera de un registro contable distribuido, a una velocidad mayor y costos menores. Para enviar y recibir cripto *on-chain*, se emplean "billeteras no alojadas" —o *unhosted wallets*— que almacenan las claves o llaves que aseguran el señorío sobre la cripto, al tiempo que permiten transacciones sobre esta. Los activos en una *blockchain* quedan protegidos mediante criptografía de llave o clave asimétrica (Tierno, 2025a). Por el contrario, las transacciones *off-chain*, que ocurren por fuera de una *blockchain*, emplean "billeteras alojadas" o "custodiales". Usualmente son las plataformas en línea —*crypto exchanges*, que hospedan a las billeteras alojadas o custodiales— las que facilitan, procesan y registran estas operaciones.[48]

### 5.3 Criptomonedas, token y tokenización

Las criptomonedas y la tokenización, aun cuando emplean tecnologías similares, son distintas.[49]

En su momento, en el mundo financiero surgió la posibilidad de que existieran *digital* tokens[50] y tokenización de activos financieros. Ello permitiría que los instrumentos financieros se convirtieran en objetos digitales, pasibles de ser transferidos en tiempo real a lo largo del planeta sin intermediación financiera alguna (Tierno, 2025b). Una economía tokenizada es una economía de bienes y servicios que, con el soporte de la tecnología *blockchain*, puede funcionar sin intermediarios ni terceros.[51] En ese medio, la tokenización es el proceso por el

48 Los intercambios permiten que los usuarios cambien lo que llamaríamos moneda de curso legal, por cripto, y viceversa; al mismo tiempo, estas plataformas permiten que los usuarios comercialicen activos digitales y ofrezcan otros servicios, conf. Tierno (2025a).

49 Se sigue a Tierno (2025b).

50 Ver texto correspondiente a nota al pie 45, *supra*.

51 Voz *token economy* en Coin Market Cap (2025).

cual ciertos activos del mundo real son convertidos en algo con valor digital llamado token, a menudo capaz de ofrecer la propiedad de partes de ese activo a diferentes dueños.[52] Se apoya en las capacidades de redes de *blockchain* para escribir programas que crean, almacenan, rastrean y hacen transacciones sobre activos del mundo real. Estos activos tokenizados, además, cumplen con los recaudos de los programas *blockchain* de *smart contracts* que autoejecutan transacciones cuando se cumplen ciertas condiciones. En cambio, las criptomonedas son nativas digitales que fueron creadas sólo sobre las *blockchains* asociadas a ellas (Tierno, 2025b). Mas, a todo evento, la tokenización podría permitir acceso a —y empleo de— un sistema económico cripto más amplio.[53] Ha habido iniciativas legislativas en tal dirección.[54]

En síntesis, si bien la tokenización se apoya en la tecnología *blockchain*, y las criptomonedas también, se trata de dos fenómenos diferentes.

## 6. Clases y subclases de criptomonedas

Podemos tomar como definición operativa para las criptomonedas la brindada por Cosola y Schmidt (2021) en cuanto a que

> [s]on cadenas de caracteres digitales que sirven como medio de intercambio. Se caracterizan por su anonimato, su velocidad, el bajo costo y la dificultad que se genera a partir de su utilización. Presentan diversos procesos de creación y pueden clasificarse de acuerdo con su naturaleza. (Faliero, 2017, pp. 27-28, como se citó en Cosola y Schmidt, 2021, p. 43)

En este marco digital, podemos distinguir tres grupos de criptomonedas: bitcoin y ether, las *stablecoins* o criptomonedas estables y las *central bank digital currencies* (CBDCs) o monedas digitales de banco central.

¿Hay sinonimia entre "criptomoneda" y "moneda digital"? En Argentina, por la Ley 27430[55] de impuesto a las ganancias, se gravan "las rentas provenientes de las monedas digitales". Por su parte, la doctrina ha propiciado considerar el género "monedas digitales" y, dentro de este, tanto las criptomonedas (y sus

52 Voz *tokenization* en Coin Market Cap (2025).

53 Voz *token* en Coin Market Cap (2025).

54 Ver el proyecto de ley de estructura de mercado de las criptomonedas, conocido como Clarity Act, en el ámbito del Congreso estadounidense.

55 Ley 27430, de 2017, modificatoria del régimen de impuesto a las ganancias. Ampliar en Saux (2022, pp. 49-81, esp. p. 61).

tres subclases) como las monedas virtuales y los tokens (Chuen, 2024, pp. 3-28, esp. p. 12: "Bitcoin in itself is also a digital currency"; Cosola y Schmidt, 2021, p. 111).

El cuadro —provisional— resultante de lo expresado hasta aquí sería el siguiente:

**Tabla 1**
**Clasificación de las monedas digitales**

| | | |
|---|---|---|
| Monedas digitales | Criptomonedas | (i) Bitcoin y ether |
| | | (ii) *Stablecoins* o criptomonedas estables |
| | | (iii) *CBDCs* o *central bank digital currencies* o monedas digitales de banco central |
| | Monedas virtuales | |
| | Tokens | |

Fuente: elaboración propia,con base en Chuen (2024, pp. 3-28, esp. p. 12) y Cosola y Schmidt (2021, p. 111).

## 6.1 Bitcoin y ether: las más difundidas

Las dos monedas de este apartado son las más difundidas. Tienen un valor fluctuante y se las emplea para fines de inversión o mera especulación (Katsiampa, 2018). De allí podría deducirse una función *prima facie* "monetaria" a los fines del atesoramiento o reserva de valor (*store of value*). Sin embargo, son diferentes, y ello surge ya a partir de su origen:

**Tabla 2**
**Diferencias *ab initio***

| Protocolo | Oferta anterior a bloque de génesis | Oferta en circulación | Oferta total |
|---|---|---|---|
| Bitcoin | 0 en 2009 | 19.433.668 | 21.000.000 s/ algoritmo de programación |
| Ethereum | 72.000.000 en 2014 | 120.199.213 | infinita |

Fuente: Gray (2023).

La historia de lo que llamamos "bitcoin" puede resumirse así: alguien bajo el pseudónimo de Satoshi Nakamoto, en 2009, anunció por medio de un correo electrónico[56] enviado a una *listserv* dedicada a criptografía el lanzamiento de bitcoin, esto es, un nuevo sistema *online* de moneda basado en un *software* de código abierto, con lo cual iba a estar disponible en forma gratuita, pudiendo ser redistribuido y modificado por quienes desearan hacerlo. Nakamoto puso de resalto que esa moneda, fundada sobre un sistema *peer-to-peer* (P2P), conectaba a los tenedores de esta directamente con los demás pares en lugar de hacerlo mediante un tercero. Se trataba, así, de un sistema completamente descentralizado, sin servidor o autoridad central. Hacia fines de 2009 se lanzó una segunda versión, actualizada por muchos pares. Entre 2010 y 2011 creció el entusiasmo por este canal de pagos ajeno a la vigilancia e interferencia de bancos, sistemas centralizados de pagos y Gobiernos (Maurer et al., 2013). La emisión de cada nueva bitcoin se hace mediante *mining* o minería, lo cual comprende agregar nuevos bloques de transacciones al registro compartido de transacciones, existiendo un tope a la creación de nuevas bitcoin, como surge de la Tabla 2. En cambio, la historia de ether es más sencilla: no hay límites a su creación, lo cual se concreta como recompensa para aquellos validadores que proponen y acreditan nuevos bloques de transacciones en la cadena de bloques, proceso que es parte del mecanismo de consenso respectivo.[57]

Se ha propuesto la denominación *altcoin* —o "moneda alternativa"— para englobar a ambas (bitcoin y ether) (Cosola y Schmidt, 2021, p. 103), pero también se ha propuesto esa misma denominación para aludir genéricamente a las tres subclases de criptomonedas de la Tabla 1 (Papadopoulos, 2024, p. 148).

56 El correo electrónico completo puede verse en Satoshi Nakamoto Institute (2009).

57 *Proof-of-Stake* (PoS), marco en el cual la oferta de ether no tiene topes. Ver nota al pie 32, *supra*.

### 6.2 *Stablecoins*: valor estable. GENIUS Act

Las criptomonedas estables o *stablecoins* están diseñadas para "mantener un valor estable relativo a una moneda nacional u otros activos (...)" (Tierno, 2025a, p. 1; Waller, 2021, p. 1). Debe destacarse, en esta conceptualización, el elemento "valor": no se afirma que sean moneda, sino que mantienen un "valor" estable, por lo cual, si bien no son moneda, representan un valor, que es el que se relaciona con una moneda nacional.

De tal modo, su valor puede hallarse atado —o *pegged*— al de una moneda nacional, también aludida como *fiat money*, o al valor del oro[58] o a otros activos del mundo real. De allí la expresión *pegged currency*.[59] Por ejemplo, 1 USDC vale USD 1. Los activos USDC en efectivo se mantienen en cuentas *segregated* —o dispersas— en instituciones financieras reguladas de Estados Unidos, y su portfolio de reserva se halla en el Bank of New York Mellon. El efectivo o equivalentes serán igual a las USDC en circulación. Si una persona vende 1 USDC a cambio de USD 1, se dice que esa USDC es "quemada" (*burned*) o enviada a una *wallet* sin llave o clave de acceso, al tiempo que se transfiere USD 1 a su cuenta bancaria. Esta operación de *burning* implica que se retira de la circulación, en forma permanente y deliberada, la suma respectiva.

Dado ese valor presumiblemente estable, las *stablecoins* parecerían estar dirigidas a servir para el intercambio y el atesoramiento (Baughman et al., 2022, como se citó en Watsky et al., 2024). Empero, debe puntualizarse que: (i) no es que las *stablecoins* sean intrínsecamente estables, sino que son de volatilidad baja; (ii) si bien la legislación estadounidense ha visualizado a las *stablecoins* en su capacidad prospectiva como instrumento de pago (*payment stablecoin*), [60] en los hechos no se las emplea para tal fin, sino como medio de diversificación del portfolio o para transacciones con cripto (Tierno, 2023).

En julio de 2025, el Poder Ejecutivo estadounidense promulgó la GENIUS Act,[61] que es el primer régimen integral estadounidense sobre *stablecoins*. En su articulado, se destaca la definición de institución depositaria asegurada,[62]

---

58 Voz *stablecoin* en Coin Market Cap (2025).

59 Voz *pegged currency* en Coin Market Cap (2025).

60 Ídem nota al pie 58.

61 United States. GENIUS Act, Pub. L. 119-27, de 2025.

62 Pub. L. 119-27, Sec. 2. (15): "The term 'insured depository institution' means— (A) an insured depository institution, as defined in section 3 of the Federal Deposit Insurance Act (12 U.S.C. 1813); and (B) an insured credit union".

la enumeración de emisores,[63] las reservas mandatorias de, al menos, 1:1[64] y el deber de los emisores de cumplir con la Bank Secrecy Act —o Ley de Secreto Bancario—,[65] en especial en lo relativo a medidas contra el lavado de dinero y el mantenimiento de un programa eficaz de identificación del cliente.

### 6.2.1 Subclases de *stablecoins*

Las *stablecoins* pueden ser subclasificadas según los diferentes métodos que adopten para mantener un valor estable.

En el caso de las monedas estables algorítmicas, estas emplean un algoritmo o *smart contract* para administrar la oferta de tokens y orientar su valor hacia algún activo de referencia, como ser una moneda *fiat*, como el dólar estadounidense (Scott et al., 2022). También se afirma que emplean, por debajo, un algoritmo que puede emitir más monedas cuando aumenta su precio y comprarlas fuera del mercado cuando su precio desciende.[66] Por lo general, no intentan mantener el valor estable mediante el mantenimiento de una reserva de activos denominados en la moneda *fiat* de referencia de la *stablecoin* sobre una base de 1 a 1, por el contrario, emplean mecanismos diversos a fin de controlar la oferta o valor de la *stablecoin*, incluyendo las operaciones de *minting* o *burning* de monedas, *rebasing* y *arbitrage* (Scott et al., 2022).

---

63 Pub. L. 119-27, Sec. 2. (23): "The term 'permitted payment stablecoin issuer' means a person formed in the United States that is— (A) a subsidiary of an insured depository institution that has been approved to issue payment stablecoins under section 5; (B) a Federal qualified payment stablecoin issuer; or (C) a State qualified payment stablecoin issuer".

64 Pub. L. 119-27, Sec. 4 (a)(1)(A): "A permitted payment stablecoin issuer shall— (A) maintain identifiable reserves backing the outstanding payment stablecoins of the permitted payment stablecoin issuer on an at least 1 to 1 basis, with reserves comprising—" (...).

65 Pub. L. 119-27, Sec. 4 (a)(5)(A): "A permitted payment stablecoin issuer shall be treated as a financial institution for purposes of the Bank Secrecy Act, and as such, shall be subject to all Federal laws applicable to a financial institution located in the United States relating to economic sanctions, prevention of money laundering, customer identification, and due diligence, including— (i) maintenance of an effective anti-money laundering program, which shall include appropriate risk assessments and designation of an officer to supervise the program; (ii) retention of appropriate records; (iii) monitoring and reporting of any suspicious transaction relevant to a possible violation of law or regulation; (iv) technical capabilities, policies, and procedures to block, freeze, and reject specific or impermissible transactions that violate Federal or State laws, rules, or regulations; (v) maintenance of an effective customer identification program, including identification and verification of account holders with the permitted payment stablecoin issuer, high-value transactions, and appropriate enhanced due diligence; and (vi) maintenance of an effective economic sanctions compliance program, including verification of sanctions lists, consistent with Federal law".

66 Voz *algorithmic stablecoin* en Coin Market Cap (2025).

Por su parte, las monedas estables aseguradas mediante otro activo[67] son aquellas que se hallan total o casi totalmente respaldadas por garantías mantenidas en una reserva.[68] En este marco, la *ratio* de descentralización es la *ratio* de *collateral value* que se descentraliza sobre la oferta total de *stablecoin* respaldada por esos activos.[69]

Una *stablecoin* descentralizada es totalmente transparente, no custodiada (*non custodial*) y puede estar sometida a control parcial por parte de terceros o no estar sometida a control alguno.[70]

Las *stablecoins* fraccionarias son las que se hallan respaldadas en dos formas: mediante garantía (*collaterally-backed*) y algorítmicamente modificadas.[71]

Existe también un subconjunto de *stablecoins* que se denomina *onchain fiat*, que se hallan autorizadas y reguladas y que permite transiciones fluidas entre cuentas bancarias tradicionales y la *web3*.[72]

### 6.2.2 Por qué diferentes subclases

Las diferentes subclases parecen cumplir diversos requerimientos de los interesados, en materia de confianza, regulación y controles, respaldo y descentralización, con la tradicional estabilidad financiera en la mira.

### 6.2.3 Central Bank Digital Currency

A diferencia de las anteriores, las CBDCs existen en formato digital y son emitidas por un banco central; permanecen dentro del sistema financiero tradicional —intermediado— de monedas *fiat*, que se sostienen sobre la fe o creencia del usuario.[73] La United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) —o Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil— considera que las CBDCs son "moneda *fiat* en formato electrónico" (General Assembly, 2025, p. 21).

---

67 Voz *collateralization* en Coin Market Cap (2025).

68 Voz *collateralized stablecoins* en Coin Market Cap (2025).

69 Voz *descentralization ratio* en Coin Market Cap (2025).

70 Voz *descentralized stablecoin* en Coin Market Cap (2025).

71 Voz *fractional stablecoins* en Coin Market Cap (2025).

72 Voz *onchain fiat* en Coin Market Cap (2025).

73 Voz *central bank digital currencies* en Coin Market Cap (2025). Sobre la moneda *fiat*, puede verse Sacristán (2025, esp. p. 243).

Puede verse *online* el estado de las CBDCs en el mundo (CBDC Tracker, 2025). La primera a nivel mundial fue la Avant Smart Card System, creada por el Banco de Finlandia en 1993; la entidad que emitía esa tarjeta era de exclusiva propiedad del Banco Central finlandés. Siguieron el DE —o dinero electrónico— de Ecuador (2014); el *sand dollar* —o dólar de arena— de las Bahamas (2017); el *Dcash* del Caribe del Este (Anguilla, Antigua y Barbuda, Dominica, Grenada, Montserrat, St. Kitts y Nevis, Santa Lucía y San Vicente y las Granadinas) (2021), célebre por la cuestión de la expiración del certificado de la red que oficiaba de *hosting* del registro distribuido involucrado; el *Jam-Dex* de Jamaica (2021); el *e-yuan* de China (2014); y el caso que perdura como el peor de todos: el *e-Naira* de Nigeria (2021). Ninguna prosperó, conforme a la crítica opinión de Dowd (2024).[74]

En rigor, en la medida en que se las considera monedas *fiat*, como el dólar estadounidense o el euro, sólo parecerían haberse "inspirado" en las criptomonedas, en especial porque las CBDCs son monedas digitales. Desde tal perspectiva, se erigen en una suerte de respuesta, de la esfera gubernamental, al *boom* de las cripto.

En ocasiones, se han visualizado las CBDCs como "efectivo digital" para pagos, de importancia desde el punto de vista de la denominada "inclusión financiera", en especial porque se las puede utilizar sin haber abierto antes una cuenta bancaria.[75] Además, en su momento, se creyó que la emisión de CBDCs conferiría los beneficios de las cripto en cuanto a pagos en tiempo real sin intermediarios, con menores riesgos, valor menos volátil y respaldo gubernamental. Se aprovecharía la tecnología de las cripto, con mayores posibilidades de difusión que la de las *stablecoins* (Labonte y Nelson, 2025, como se citó en Tierno, 2025a). Empero, en Estados Unidos, la actual Administración ha prohibido las CBDCs por la Orden Ejecutiva 14178 del presidente Trump, de enero de 2025,[76] que revocó su similar de julio de 2022 del presidente Biden. Dicho

---

74 Ampliar en Dowd (2024), quien concluye que, "a la fecha, la experiencia de las CBDCs puede resumirse como una cantidad de experimentos abandonados, molestos fracasos y monumentales ejercicios de arrogancia política, uno de los cuales ya ha producido un desastre importante. Si por éxito uno quiere significar que el experimento claramente haga que la población esté mejor, entonces la evidencia indica que cada uno de los experimentos en CBDCs intentados a la fecha ha fracasado" (pp. 71-94). Ver, asimismo, World Bank (2021).

75 A partir de allí, se ha propiciado que se les brinde estatus de curso legal (*legal tender*) (Lannquist y Tan, 2023).

76 Estados Unidos. Executive Order 14178 sobre tecnología digital financiera, Sec. 5: "Prohibition of Central Bank Digital Currencies. (a) Except to the extent required by law,

país, entonces, se suma a otros en los cuales se cancelaron las CBDCs: Ecuador, Curaçao, Fiji, Filipinas, Singapur, Kenya, Dinamarca, Finlandia.

## 7. Posturas acerca de la naturaleza jurídica de las criptomonedas

Encarar aquí la cuestión de la naturaleza jurídica de las criptomonedas podría llevar a una horqueta: considerarlas moneda (so riesgo de parcialidad por previa caprichosa adopción de alguna de las concepciones existentes, algunas de las cuales se hallan reseñadas en el apartado 3) o, más neutralmente, apreciar el llamativo abanico de opciones que surgen de la consulta de diversas fuentes jurídicas, en especial el derecho vigente.

A la fecha, a partir de normas diversas y de las interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales, se intentará realizar una sistematización de las posturas que se han suscitado sobre la naturaleza jurídica de las criptomonedas.

La enumeración que sigue se basa en cuidadosos distingos efectuados en las mencionadas fuentes.[77]

### 7.1 Género "activo"

En este apartado hallan cabida aquellas posturas que conciben a las criptomonedas como integrantes del amplísimo género "activos". Según el grado de neutralidad, se las visualizará como activo digital (apartado 7.1.1, con énfasis en el formato), activo digital que incluso puede considerarse integrante de la propiedad (apartado 7.2.2) o bien como activo virtual (en oposición a lo que es real, apartado 7.1.3).

#### 7.1.1 Activo digital

Un activo digital siempre es digitalmente representable. En esta tesitura, una ley estadounidense de 2021, que autorizaba fondos federales para autopistas y

agencies are hereby prohibited from undertaking any action to establish, issue, or promote CBDCs within the jurisdiction of the United States or abroad. (b) Except to the extent required by law, any ongoing plans or initiatives at any agency related to the creation of a CBDC within the jurisdiction of the United States shall be immediately terminated, and no further actions may be taken to develop or implement such plans or initiatives". Ampliar en Labonte y Nelson (2025).

77 Resulta provechoso —como lectura introductoria— el estudio efectuado por Brandone y Rosas (2021, pp. 21-24).

programas anexos, estableció que "a menos que el [Ministro] establezca algo distinto, la expresión 'activo digital' significa cualquier representación digital de valor que es registrada en un registro distribuido criptográficamente asegurado o cualquier otra tecnología similar tal como lo especifique el [Ministro]".[78] Sin embargo, debe puntualizarse que es una ley de campo de aplicación restringido a la específica materia que regula.

Hacia 2022, en Estados Unidos se entendía que el género "activos digitales" comprendía dos especies: (i) activos digitales no monetarios (medios, música, libros, films digitales); y (ii) moneda (digital) virtual —o *virtual (digital) currency*—. Esta última, con dos subespecies: moneda no criptográfica (como ser oro digital) y criptomonedas, comprensivas de *coins* y tokens (Internal Revenue Service, 2022).

Hoy, la administración recaudadora estadounidense (Internal Revenue Service o IRS) responde la pregunta acerca de qué es un activo digital de la siguiente forma:

> A efectos tributarios en los Estados Unidos, los activos digitales se consideran propiedad, no moneda. Un activo digital se almacena electrónicamente y se puede comprar, vender, poseer, transferir o intercambiar. La definición tributaria de activo digital es cualquier representación digital de valor registrada en un libro de contabilidad distribuido criptográficamente seguro (blockchain) o tecnología similar (Ley de Empleo e Inversión en Infraestructura). Ejemplos de activos digitales: Estos incluyen: monedas virtuales convertibles o criptomonedas como bitcóin; monedas estables; fichas no fungibles (NFTs). (Internal Revenue Service, 2025b, s.p.)[79]

En sentido concordante, la GENIUS Act, de 2025, establece sobre *stablecoins* que la expresión "activo digital" significa "cualquier representación digital de un valor que se registra en un registro distribuido criptográficamente asegurado".[80]

---

78 Estados Unidos. *Public Law 117-58* – Infrastructure Investment and Jobs Act, aprobada el 15/11/2021, An act to authorize funds for Federal-aid highways, highway safety programs, and transit programs, and for other purposes, 135 Stat. 1340, 26 USC 6045(B): "(D) Digital Asset. – Except as otherwise provided by the Secretary, the term 'digital asset' means any digital representation of value which is recorded on a cryptographically secured distributed ledger or any similar technology as specified by the Secretary".

79 Con cita de la Ley de Empleo e Inversión en Infraestructura, Public Law 117-58 – Infrastructure Investment and Jobs Act.

80 Estados Unidos. Pub. L. 119-27, July 18, 2025, Sec. 2. (6): "The term 'digital asset' means any digital representation of value that is recorded on a cryptographically secured distrib-

Más amplio fue el concepto británico antes de 2025: "Cualquier activo que es representado en forma digital o electrónica" (Law Commission, 2023, esp. p. ix).[81]

A su vez, una plataforma define "activo digital" como "activo intangible creado, negociado y almacenado en formato digital. En el contexto de *blockchain*, los activos digitales incluyen criptomonedas y cripto tokens. Las criptomonedas y los tokens son subclases únicas de activos digitales que utilizan la criptografía (...)" (Cryptopedia Staff, 2025, párr. 1).

De este modo, las monedas virtuales convertibles y las criptomonedas tales como bitcoin, *stablecoins* y, además, los tokens no fungibles —o *non-fungible tokens* o NFTs— constituirán "activos digitales", todos los cuales, a su vez, no serán considerados "moneda", sino "propiedad", cuestión sobre la cual se vuelve *infra*.[82]

Ahora, ¿por qué se mencionan "las monedas virtuales convertibles y criptomonedas tales como bitcoin" y, por separado, los "tokens no fungibles *o non-fungible tokens*"? En primer lugar, hay que tener en cuenta las diferencias entre criptomonedas y criptotokens: ambos aparecen como activos digitales, pero mientras que

> las criptomonedas son el activo nativo de una blockchain —como Bitcoin o Ether—, los tokens son creados como parte de una plataforma que es construida sobre una blockchain preexistente, como es el caso de muchos tokens ERC-20 que conforman el ecosistema Ethereum. (Cryptopedia Staff, 2025, párr. 3)

Segundo, y ya en relación con los NFTs, mientras que las criptomonedas tienen sus propias *blockchains*,

> los crypto tokens se construyen sobre una blockchain preexistente, por medio de smart contracts o códigos de computación (...) Los tokens no fungibles o NFTs son activos criptográficos sobre blockchain con códigos de identificación y metadata únicos que los distinguen entre sí. A diferencia de las acciones o bonos tokenizados, no pueden ser negociados o intercambiados por un equivalente. Cada NFT es no idéntico a otro; un ejemplo es un auto de colección tokenizado o el título de un terreno. (Xu, 2024, p. 617)

---

uted ledger".

81 En 2025, En Reino Unido, se aprobó la enmienda legislativa que se desarrolla en el apartado siguiente —a.2.— sobre "activo digital en propiedad".

82 Es claro que no se incluyen las CBDCs o *central bank digital currencies*, pues han sido rechazadas. Ver nota al pie 76, *supra*.

Tercero, existen claras diferencias entre criptomoneda y token:

> Algunos reguladores han denominado, a la criptomoneda, como token de pago. Empero, en sentido estricto, un token no es una coin o una criptomoneda. Esta confusión en la denominación ha causado muchos malentendidos entre quienes no están familiarizados con los conceptos de blockchain, mezclando tanto los activos nativos digitales en la blockchain llamada coin o criptomoneda, con aquellos creados en la blockchain por medio de smart contracts, y que deberían más correctamente ser llamados token. (Xu, 2024, p. 618).

Se sigue de ello que la conceptualización de activo digital brindada por la IRS es amplísima y sería inviable debatir ante ésta una hipotética exclusión de los NFTs.

Ejemplo de activo digital es una moneda virtual convertible, la cual puede ser: (i) utilizada para pagar bienes y servicios; (ii) empleada en una negociación digital; (iii) cambiada por o convertida a monedas reales u otros activos digitales (Internal Revenue Service, 2025b). De allí que se afirme que un activo digital que tiene un valor equivalente en moneda real, o actúa como sustituto de la moneda real, se llama "moneda virtual convertible".[83]

### 7.1.2 Activo digital en propiedad

Ya vimos en el apartado precedente que la administración tributaria estadounidense no considera a los activos digitales —categoría más amplia— como moneda (*currency*), sino simplemente como propiedad (Internal Revenue Service, 2025b).

Tal postura puede complementarse con la de la jurisprudencia y la legislación de Reino Unido. En la práctica jurisprudencial, se ha reparado en que el mundo no se termina con la antigua clasificación bipartita entre cosas en nuestra posesión y cosas por las cuales podemos accionar —*choses in possession; choses in action*—,[84] con lo que nuevos tipos de activos intangibles (en el caso, el

---

83 "In contrast to real currency, 'virtual' currency is a medium of exchange that operates like a currency in some environments, but does not have all the attributes of real currency. In particular, virtual currency does not have legal tender status in any jurisdiction. This guidance addresses 'convertible' virtual currency. This type of virtual currency either has an equivalent value in real currency, or acts as a substitute for real currency" (Department of the Treasury. Financial Crimes Enforcement Network, 2013, p. 1).

84 La divisoria entre las dos categorías de propiedad (*choses in possession* y *choses in action*) proviene de un *dictum* de Fry, LJ., en *Colonial Bank v Whinney* [1885] 30 Ch.D 261 ("All

criptoactivo bitcoins) pueden ser considerados como una forma de propiedad sin referir a la ley.[85] Un informe de 2023, presentado ante el Parlamento británico, acoge esta tesitura al referirse a una "tercera" categoría de cosas a las que pueden relacionarse los derechos de propiedad personal (Law Commission, 2023, esp. pp. 33 y ss.). Interesa poner de resalto que, según dicho informe, "ciertos tipos de activo digital son capaces de ser cosas a las cuales se pueden relacionar los derechos de propiedad personal" (p. 1), de lo cual puede inferirse que no todo activo digital será automáticamente tenido por pasible de constituir propiedad. En forma concordante, la Property (Digital Assets etc) Act 2025 establece, clara y sintéticamente, en su sección 1:

> Objetos de derechos personales de propiedad: Una cosa (incluyendo una cosa que es de naturaleza digital o electrónica) no deja de ser objeto de derechos personales de propiedad meramente porque sea o (a) una cosa *in possession*, o (b) una cosa *in action*.[86]

En el marco de la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina, sería indudable la aplicabilidad a los activos digitales del concepto amplio de propiedad establecido por dicho tribunal en *Bourdieu*, de 1925,[87] concepto procedente

---

personal things are either in possession or action"), criterio confirmado por House of Lords ([1886] 11 App. Cas. 426). La tradicional diferenciación proviene de Blackstone (1857, p. 389).

85 En *AA v. Persons Unknown*, de 2019, voto del juez Bryan, se adoptó un criterio amplio que rechazó la idea de que un intangible no es propiedad si no es una *chose in action*, acogiéndose la tesis de que cualquier propiedad intangible puede ser *chose in action*. Nótese que, en el caso, no se intenta definir o conceptualizar o encasillar en cierta naturaleza jurídica a las bitcoins; sí se apunta a indagar en si constituyen propiedad, y se concluye que "The conclusion that was expressed was that a crypto asset might not be a thing in action on a narrow definition of that term, but that does not mean that it cannot be treated as property. Essentially, and for the reasons identified in that legal statement, I consider that a crypto asset such as Bitcoin are property. They meet the four criteria set out in Lord Wilberforce's classic definition of property in National Provincial Bank v Ainsworth [1965] 1 AC 1175 as being definable, identifiable by third parties, capable in their nature of assumption by third parties, and having some degree of permanence. That too, was the conclusion of the Singapore International Commercial Court in B2C2 Limited v Quoine PTC Limited [2019] SGHC (I) 03 [142]".

86 Property (Digital Assets etc) Act 2025. Su sección 1 establece: "Objects of personal property rights: A thing (including a thing that is digital or electronic in nature) is not prevented from being the object of personal property rights merely because it is neither— (a) a thing in possession, nor (b) a thing in action".

87 *Bourdieu, Pedro Emilio c/ Municipalidad de la Capital*, de 1925, esp. p. 327: "[T]odos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad".

del decisorio de la Suprema Corte estadounidense en *Campbell v. Holt*,[88] según enseña Linares Quintana (1979, p. 30, nota al pie 27). Dicha concepción amplia de la propiedad fue, en su momento, también adoptada por Río (1970).[89] La doctrina especializada, por su parte, ha propiciado extenderla a los criptoactivos.[90] La aplicación, por extensión, se fundaría en la posibilidad de contemplar, en la interpretación, la dinámica de la realidad.[91]

Esta calificación de los activos digitales como propiedad posee la virtualidad de: (i) asignarles los derechos y deberes propios de la propiedad; (ii) no convalidar la calidad de moneda de las criptomonedas; pero, al mismo tiempo, (ii) no negarles tal calidad.[92]

Ahora, ¿constituirán los activos digitales —categoría más amplia—, propiedad

---

88 *Campbell v. Holt*, de 1885, disidencia del *Justice* Bradley, p. 630: "The term 'property' in this clause embraces all valuable interests which a man may possess outside of himself –that is to say outside of his life and liberty. It is not confined to mere tangible property, but extends to every species of vested right".

89 "Es claro que al hablarse aquí de la propiedad se toma este concepto en su vasta amplitud, para designar, como acabamos de insinuarlo, todo aquello que puede ser término de una relación jurídica en concepto de algo propio. Incluye, pues, la totalidad de los derechos públicos y privados. En especial, la propiedad comprende la facultad de administración y de disposición que integran el comercio, en sus múltiples aspectos, incluso, muy en particular, la libre contratación y la libre competencia" (Río, 1970, p. 138).

90 Ver *Lamanna* Guiñazú et al. (2024): "Desde antaño la Corte Suprema de Justicia definió al instituto de la propiedad como 'todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad'. La posibilidad de identificar a una especie de criptoactivos de otro u otros, y la persona a la cual le pertenece, gracias al empleo de claves públicas y privadas que permiten individualizar a los titulares, nos convence de la veracidad del predicamento positivo. Por otra parte, debido a la estructura de las cadenas de blockchain que permiten la publicidad de las transacciones, terceras personas pueden conocer la titularidad actual de los criptoactivos, sin perjuicios de los problemas de semi anonimato que puedan acontecer" (p. 146).

91 *Hidronor S.A. Hidroeléctrica Norpatagónica c/ Provincia del Neuquén*, de 1980, disidencia del Dr. Mario Justo López, esp. p. 1483. *Gauna, Juan Octavio s/ acto comicial 29/3/1997*, de 1997. *Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires c/ Empresa Nacional de Correos y Telégrafos*, del mismo año. *Cavallo, Domingo Felipe s/ recurso de casación*, de 2004. *Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus*, de 2005. *Reckitt Benckiser Argentina S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*, de 2013, del precedente *Colgate Palmolive Argentina S.A. y otros c/ Buenos Aires, Provincia de*, al cual se remite.

92 Similar *bypass* del mentado debate sobre la naturaleza se advierte en una comunicación del Banco Central de la República Argentina, en cuanto dispone que los Proveedores de Servicios de Pago que ofrecen Cuentas de Pago (PSPCP) no podrán realizar ni facilitar a sus clientes la realización de operaciones con activos digitales —incluidos los criptoactivos y aquellos cuyos rendimientos se determinen en función de las variaciones que esos registren— que no se encuentren autorizados por una autoridad reguladora nacional competente ni por el Banco Central de la República Argentina. Comunicación BCRA 'A' 7759, de 2023.

en el sentido de mínimo señorío que Honoré (1961) describía como "lo que yo (o tu) detento en este momento"? (p. 107). En rigor, difícilmente se pueda afirmar que uno "detenta" una *blockchain* en un registro distribuido. Además, después de la adquisición de un cúmulo de criptomonedas, cabe preguntarse, siguiendo el "haz" de incidencias propuestas por el citado profesor: ¿tengo derecho de poseerlas? ¿Cómo demostraría el *animus* de señorío? (p. 113). ¿Tengo derecho de uso y administración? (p. 116). ¿Tengo derecho a las ganancias generadas por ellas? (p. 117). ¿Tengo derecho al capital? (p. 118). ¿A la seguridad? (p. 119). ¿Serán transmisibles? (p. 120). ¿Habrá imprescriptibilidad?[93] ¿Mediará prohibición de uso dañoso? (p. 121). ¿Serán realizables en caso de ejecución? (p. 123). ¿Serán, a la luz de la enumeración de Honoré, "fondos"? (p. 132). ¿Cuál será el título y el modo de adquisición y de pérdida; mediará un solo título o diversos títulos? (p. 136). ¿Podrá haber señorío compartido sobre aquéllas? (p. 142). ¿Habrá alguna clase de control social sobre ellas? (pp. 144-147). Por cierto, responder estas preguntas depararía una investigación por separado para cada una de ellas y deja entrever materias de elevado interés científico y práctico que exceden el presente.

En resumen, la calificación de los activos digitales como propiedad presenta sus desafíos.

En su faz positiva, la calificación de los activos digitales como propiedad no niega ni destierra —es decir, guarda silencio sobre— una eventual consideración de los mismos como moneda. Tal no negación o silencio puede ser concebido como uno de aquellos presupuestos hábiles para "dar orientación y propósito a la acción" (Greene, 1940, p. 25). Un eventual juicio explícito, negando o afirmando en forma expresa la calidad de moneda de los activos digitales, no hará más que reflejar un "mérito perdurable que llamamos sensatez" (Greene, 1940, p. 25). Mientras tanto, la ausencia de ese juicio explícito representa sólo una cesación temporaria de toma de decisión hasta tanto se tengan los elementos para un juicio sensato.

En su faz debatible, la derecha calificación de los activos digitales como propiedad presenta estas particularidades, que podrían representar óbices:

Primero, propiedad suele implicar control, lo cual no se verificaría ante un registro distribuido, precisamente porque se halla distribuido. Sin embargo, el supuesto del denominado *51% attack*,[94] que recae sobre transacciones aún no confirmadas, podría poner en duda aquel aserto. De igual forma podría razo-

93 Ídem nota al pie 103.

94 Ver Reiff (2025).

narse en materia de consentimiento: éste se hallaría repartido o distribuido en tanto se emplea un *distributed ledger* —o registro distribuido— (salvo el supuesto de *hackeo* ya señalado).

Segundo, el destino internacional de los activos digitales y el carácter distribuido del registro, así como los *smart contracts* comprendidos en la *blockchain*, plantean el problema del derecho aplicable, además de posibles asimetrías entre ordenamientos jurídicos. En tal sentido, se impondría, en un marco de consenso global, que los diversos países acuerden en la materia, pero, atento a que no se está ante monedas de curso legal o monedas reales, sería dudosa la habilidad de los representantes de cada Gobierno para obligar a los usuarios.[95] Entonces, sí quedaría disponible la opción de consenso entre los usuarios sobre una cláusula de jurisdicción en el contrato predispuesto respectivo.

Tercero, se ha afirmado que, aun cuando el destino sea interno, hay necesarias correspondencias que deben establecerse a los fines de la valuación entre la realidad (con su moneda real, *fiat*) y la realidad *online* (con la posible inestable valor-dependencia del activo digital).[96] A su vez, ello podrá ser sencillo en materia de activos digitales convertibles, pero de más ardua concreción al encararse supuestos de activos digitales no convertibles.

Cuarto, también se han expresado preocupaciones del renglón de la fijación del mojón temporal cuando ello sea menester, en una línea temporal de particular velocidad. Los propios glosarios especializados poseen la voz "transacciones por segundo" y muestran guarismos que hacen que el par de minutos de una operación en un cajero automático parezca una eternidad.[97]

Asimismo, si los activos digitales constituyen propiedad, correspondería formular reparos ante aquellas posturas que velan por la vulnerabilidad de ciertos usuarios: hay que tener en cuenta, en este renglón, que no se está ante moneda real, *fiat* o de curso legal, y nada obliga al usuario a recibir, dar o generar activos digitales.

---

95 Reflexiona Uzal (2024): "La primera consecuencia relevante que cabe resaltar, en cualquier relación jurídica de este entorno, es la dificultad para atribuirle, un contexto jurisdiccional adecuado y cierto para la resolución de un eventual conflicto, la segunda, es cuáles serán las reglas o el derecho aplicables para hallar las soluciones, a partir de ese marco referencial transnacionalizado" (p. 24).

96 Ver, con provecho, Lee (2024, pp. 4-5).

97 Voz *transactions per second* en Coin Market Cap (2025). Se lo define como "la cantidad máxima de transacciones que puede procesar un sistema de computación dentro de un cierto lapso de tiempo. Por ej., el TPS de PayPal ronda 193 transaccciones por Segundo y VISA es capaz de procesar hasta 1700 transacciones por segundo. En cuanto a las TPS de redes de blockchain, el máximo de transacciones por segundo realizadas en el mundo de cripto es de 50000 (red Solana)".

### 7.1.3 Activo virtual

Activo digital no sería lo mismo que activo virtual. En forma liminar, hay que tener en cuenta la connotación de la expresión "virtual", que parece oponerse a "real", escenario en el cual el adjetivo "digital" parece más neutro. En lo relativo a los activos, como se vio en el apartado 7.1.1, el universo de activos digitales es amplísimo. Los activos virtuales, en cambio, serían un específico subconjunto de activos digitales, a tenor de la mirada de la Financial Action Task Force (FATF), en tanto sujetos a su radio de acción.

La FATF —organismo intergubernamental que desarrolla y promueve políticas de protección del sistema financiero global contra el lavado de dinero (*money laundering*), el financiamiento terrorista y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva— emite recomendaciones. En una de ellas, define "activo virtual" como una "representación digital de valor que puede ser comercializado (*traded*), o transferido, y puede ser utilizado a los fines de pagos o inversiones" (Financial Action Task Force, 2025, p. 140). Se advierte, en esa definición, que se privilegia el formato (representación digital) con lenguaje neutro y las potencialidades de este. Las citadas recomendaciones no mencionan las criptomonedas, pero tampoco las excluyen.

En Argentina, conocemos el concepto de "activo virtual" a partir del régimen sobre lavado de activos,[98] el cual los define como una

> representación digital de valor que se puede comercializar y/o transferir digitalmente y utilizar para pagos o inversiones. En ningún caso se entenderá como activo virtual la moneda de curso legal en territorio nacional y las monedas emitidas por otros países o jurisdicciones (moneda fiduciaria).

Similar tesitura se aprecia en la Resolución UIF 49/2024,[99] así como en la Resolución CNV 1058/2025.[100] En todas estas normas, el activo virtual aparece como especie del género activo digital, con lo cual se enfatiza el formato digital, amén de las potencialidades del respectivo activo virtual. A su vez, en Argentina se distingue entre activos virtuales, por un lado, y, por el otro, mone-

98 Ley 27739, de 2024, modificatoria de la Ley 25246, de 2000, sobre lavado de activos de origen delictivo, art. 4° bis.

99 Resolución UIF 49/2024, que brinda diversas definiciones, incluyendo la de "activos virtuales".

100 Resolución CNV 2058/2025, cuyo art. 1°, ap. i. remite a la definición del art. 4° bis de la ya citada Ley 25246, de 2000, modificada en 2024 por la Ley 27739. Ver nota al pie 98.

da de curso legal en el territorio nacional y monedas emitidas por otros países o jurisdicciones (moneda fiduciaria).[101]

Las criptomonedas, por ende, serían activos virtuales —es decir, no reales— que representan un valor en forma digital. Mas ello, en los específicos radios de acción de las específicas normas citadas.

### 7.2 Medio de cambio

Este apartado comprende posturas que visualizan a las criptomonedas como medio (de cambio, o, en su caso, de pago) que no logran, empero, aproximarse al concepto de moneda.

#### 7.2.1 Medio de cambio sujeto a previa aceptación

El Estado se halla habilitado para establecer cómo se liberará el deudor; en el caso de la moneda, ello pone en evidencia la función de esta última de ser "unidad de cuenta" en un país.[102] Pero, al mismo tiempo, las partes podrían arreglar voluntariamente entre ellas cómo se liberará el obligado en el marco de su deuda dineraria.[103]

Según Oral (2025, pp. 184-203, esp. pp. 189-190 y 196), en Turquía las criptomonedas sólo pueden operar como medio de cambio entre personas que acepten una específica criptomoneda, con lo cual no son moneda y no se las puede imponer a efectos del pago. Señala el autor citado que, en Suiza, según un enfoque, pueden ser tenidas por "medio de cambio supra-individual". Por último, agrega que ni en Suiza ni en Turquía se tipifican las criptomonedas en la definición de "bienes" del Código Civil; dado que son siempre valuables a pesar de su volatilidad, pueden constituir un aporte de capital a una sociedad, pero tal posibilidad debería regularse teniendo en cuenta los riesgos de previas restricciones sobre la billetera respectiva.

Tal temperamento recuerda que, en Argentina, por medio de la normativa

---

101 Resolución UIF 49/2024, art. 2°, definiciones.

102 "Money is essentially rooted in the money of account and the final means of settlement that is, of necessity, established by an authority" (Ingham, 2004, p. 181).

103 Código Civil y Comercial (CCyC), art. 765: "(…) El deudor solo se libera si entrega las cantidades comprometidas en la moneda pactada. Los jueces no pueden modificar la forma de pago o la moneda pactada por las partes" (artículo sustituido por el art. 250 del Decreto 70/2023).

de la Inspección General de Justicia (IGJ), se incorporaron los criptoactivos como forma de acreditar la integración de capital social de una sociedad (*La Inspección General de Justicia aprobó…*, 2024).[104]

### 7.2.2 Medio de pago

Algunos autores consideran que una criptomoneda sería un "simple instrumento de pago en relaciones comerciales realizadas entre sujetos".[105]

Empero, tal posibilidad queda opacada a poco que se advierte que: (i) quien la recibe no está obligado a hacerlo;[106] (ii) puede ser aceptada, pero sólo por los miembros de una específica comunidad virtual;[107] (iii) a diferencia de las monedas tradicionales, no son de curso legal;[108] (iv) hay asimetrías según ante qué criptomoneda se esté: al tiempo que bitcoin funciona en lo principal como reserva de valor, ethereum les permite a los usuarios una participación más compleja en la red, excediéndose la mera función de medio de pago.

## 7.3 Moneda

A continuación se repasan aquellas posturas que consideran que las criptomonedas son equiparables a moneda extranjera (apartado 7.3.1), a moneda a secas (apartado 7.3.2) y a moneda virtual (apartado 7.3.3).

### 7.3.1 Moneda extranjera

Se ha considerado aconsejable aplicar, por analogía, a las obligaciones en crip-

---

104 En contra: Cesaretti y Russo (2024, pp. 52-69, esp. p. 64).

105 Cfr. Kees et al. (2018, pp. 1382-1385, esp. p. 1384), donde aclara: "Esta teoría ha sido utilizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en oportunidad de determinar si la operación de adquisición de criptomonedas era una operación gravada por el hecho imponible del IVA", y cita Unión Europea. Corte de Justicia de la Unión Europea (Quinta Cámara) *Skatteverket v. David Hedqvist*, de 2015, esp. párr. 42: "Moreover, unlike a debt, cheques and other negotiable instruments referred to in Article 135(1)(d) of the VAT Directive, the 'bitcoin' virtual currency is a direct means of payment between the operators that accept it".

106 *Skatteverket v. David Hedqvist*, párrs. 42, 49, 52.

107 *Ibidem*, párr. 12.

108 *Ibidem*, párr. 50.

tomonedas el régimen de las obligaciones en moneda extranjera.[109] Ello podría suponer tener a las criptomonedas por "moneda".

Sin embargo, esta respetable conclusión parecería hacer caso omiso de que:

Primero, "moneda extranjera", en Argentina, es moneda a efectos del cambio que se puede fijar bajo el art. 75, inc. 11 de la Constitución Nacional,[110] y este siempre vinculará la moneda local con la moneda de otra nación.[111] En ambos casos, se estará ante el elemento estatal que exige Knapp (2013),[112] según vimos en el apartado 3.

Segundo, una moneda extranjera tiene que tener una procedencia,[113] y las criptomonedas moran en el ciberespacio, no tienen raíces asociables a soberanía nacional alguna, con lo cual, en principio, se dificultaría su vinculación con un determinado Estado extranjero. [114]

### 7.3.2 Moneda

En el apartado 6, se expuso la clasificación que propicia considerar, dentro del género "monedas digitales", a las tres clases de criptomonedas, a las monedas virtuales y a los tokens. En cuanto a esto, se ha afirmado que ninguna criptomoneda constituye propiamente moneda (Papadopoulos, 2024, pp. 147-167,

---

109 "XVI. Criptomonedas. 23. Debe aplicarse analógicamente el régimen de las obligaciones de dar moneda extranjera a las obligaciones de dar criptomonedas. Por mayoría: Fernando Avecilla, Aldo Marcelo Azar, Horacio Guillermo Bliss, Pablo Borettini, Silvina María Chaín Molina, Anabel Colombero, Paula Culotta, Atilio V. Della Maggiora, Roberto Dellamonica, Silvina Furlotti, María Belén Ghiotto, Rodolfo González Zavala, Julieta Beatriz Hauser, Julián Lamanna, María Claudia Maglio, Abel E. Marino, María Paula Maurano, Miriam Gabriela Méndez, Mariana Inés Meza, Silvina Miquel, Ángel Luis Moia, Mariel Molina, Pablo E. Mugas Acosta, Nicolas J. Negri, Federico Alejandro Ossola, Leandro Passerini, César Ezequiel Quirós, María Sol Silverati, Erica Von Zedtwitz, Manuel Cornet, Dora M. Gesualdi, Lucas P. Leiva Fernández, Ramón Daniel Pizarro, Cristian Werlen, María Lujan Lalanne, Luis Horacio Cuervo, Luis Ernesto Ambos, Aldana Belén Prost y Mariano Churruarin. Abstención: Pascual Eduardo Alferillo, Rosario Echevesti, María Ernestina Etienot, María Guadalupe Villagrán, Lucas José Zudaire y Luis Francisco Márquez Chada" (*XXIX Jornadas Nacionales…*, 2024, p. 11, conclusiones, por mayoría).

110 "Hacer sellar la moneda, fijar su valor y el de las extranjeras (…)".

111 En tal sentido, el legendario *Caffarena, José c/Banco Argentino del Rosario de Santa Fé*, de 1871, esp. cons. 1°, refiriéndose a la "moneda boliviana como moneda extranjera en el sentido de la Constitución".

112 En especial su prefacio, donde señala que sería "absurdo" prescindir del Estado en punto al sistema monetario (p. 1).

113 *Nación Argentina c/ Unzué de Cobo, Josefina*, de 1953, esp. cons. 2°.

114 Ingham (2004): "No money can simply take on a 'life of its own', or have a 'rootless' existence in cyberspace" (p. 181).

esp. p. 149). Asimismo, en similar dirección, se ha afirmado que una "moneda digital" no es convertible a "moneda real" (McKinney et al., 2024, p. 172).[115] Además, en el marco del funcionamiento que las caracteriza, según vimos en los apartados 4 y 5, tampoco se las podría concebir como moneda dada la carencia del elemento estatal en los términos de Knapp (2013), según vimos en el apartado 3.

Todo ello no significa que esa moneda digital no represente un valor (traducible en *fiat money* de cierto país) o que ese valor no sea expresable en una moneda real con intermediación de un *exchange*. Después de todo, cuando se efectúa un pago con criptomoneda, lo que viaja por internet es un cierto valor, el cual, para el recipiente, valdrá algo.

Empero, esas particularidades no deparan automáticamente que ese valor se convierta en moneda. Así las cosas, bitcoin y las demás criptomonedas serían solamente protocolos que transmiten valor a lo largo y a lo ancho de internet. La ausencia del elemento estatal, ya recordado en el apartado 3, resultará aquí fatal.

En la misma dirección, según Eraso Lomaquiz (2016), opinión que recogen Brandone y Rosas (2021, pp. 21-24), las criptomonedas no son de curso legal en Argentina, por lo que no podrían ser consideradas moneda:

> [E]s posible afirmar que para encuadrar un bien —sea o no cosa— dentro de la calificación económica de moneda es preciso que sea aceptado como una medida de valor, unidad de cuenta y medio de pago (o de cambio); no obstante, en el plano jurídico solo será dinero lo que el Estado diga que es dinero. Por ende, y en atención a la redacción actual del art. 765 del Cód. Civ. y Com., parecería que solo podría considerarse, como dinero, la moneda de curso legal en la República Argentina. (Brandone y Rosas, 2021, p. 23)

En razón de no constituir moneda (de curso legal), tampoco podrían ser consideradas dinero.[116]

---

115 McKinney et al. (2024): "(...) the digital currencies are not convertible to 'real' currencies" (p. 172).

116 Ver *Banco de la Nación Argentina c/ Córdoba, Provincia de s/ acción contencioso administrativa*, de 2013, cons. 7°.

### 7.3.3 Moneda virtual

Desde el punto de vista del lenguaje llano, hay que tener en cuenta, en forma liminar, que la Real Academia Española califica a una criptomoneda como moneda virtual, caracterizada por ser gestionada en forma descentralizada, con más encriptación.[117] En similar senda, diversas fuentes califican a las criptomonedas como monedas "virtuales" en contraposición con la noción de moneda "real".

Por parte del Banco Central Europeo, ya desde 2012 se perfila una actitud, en la clasificación de las monedas, no desde el punto de vista de su relación con el género "activos" (sean éstos digitales o virtuales) (ver apartado 7.2.1, *supra*) sino: (i) soslayando ese género; (ii) reparando en las "monedas" en sí mismas; y (iii) atendiendo a su regulación o desregulación y a su formato físico o digital. La citada entidad ilustra este temperamento mediante la siguiente matriz monetaria:

**Tabla 3**
**Clasificación según regulación**

| | | | |
|---|---|---|---|
| **Estatus jurídico** | **No regulado** | Ciertas tipos de monedas locales (*local currencies*) | ***Virtual currency*** o moneda virtual |
| | **Regulado** | Billetes de banco y monedas (*coins*) | *E-money* o dinero electrónico |
| | | | Dinero en bancos comerciales (depósitos) o *commercial bank money* (*deposits*) |
| | | Físico | Digital |
| | Formato de la moneda | | |

Fuente: European Central Bank (2012, p. 11).

El European Central Bank (2012), en un primer momento, definió moneda virtual "como un tipo de moneda digital no regulada, emitida y usualmente controlada por sus desarrolladores, y empleada y aceptada entre los miembros de una comunidad virtual específica" (p. 5). Esta definición se insertaba en la elevada penetración de internet, contexto en el cual aparecían las "comunidades virtuales" entendidas como "un lugar, dentro del ciberespacio, donde los individuos interactúan y siguen intereses o fines comunes" (Labonte y Nelson, 2025, como se citó en Tierno, 2025a).[118] La definición contemplaba no regulación, así como emisor y controlador

117 Real Academia Española (2017) voz "criptomoneda": "moneda virtual gestionada por una red de computadoras descentralizadas que cuenta con un sistema de encriptación para asegurar las transacciones entre usuarios".

118 Se ejemplifican mediante redes sociales (X) o comunidades para compartir conocimiento,

centralizados (usualmente, los desarrolladores). Por su parte, la Financial Action Task Force (2014) definió moneda virtual como

> representación digital de valor que puede ser digitalmente negociado y que funciona como (1) medio de cambio; y/o (2) unidad de cuenta; y/o (3) reserva de valor, pero sin estatus de curso legal (i.e., que haya ofrecimiento de pago válido y legal cuando sea ofrecida al acreedor) en cualquier jurisdicción. No la emite ni garantiza ninguna jurisdicción, y cumple aquellas funciones sólo mediando acuerdo dentro de la comunidad de usuarios de la moneda virtual. (p. 4)

De este modo, se pasó de una definición más restringida, como la del Banco Central Europeo, a una que contempla prescindencia del desarrollador centralizado, emisor y controlador, así como regulación como una suerte de autorregulación.

Bitcoin, en la matriz de monedas expuesta en la tabla anterior, será una moneda virtual o *virtual currency,* de tipo descentralizada, convertible a lo que la oferta y demanda determinen, protegida por criptografía, esto es, una criptomoneda (European Central Bank. Eurosystem, 2012, p. 21; Financial Action Task Force, 2014, p. 5).

Actualmente, la administración tributaria estadounidense (IRS) define "moneda virtual" así:

> Moneda virtual es una representación digital de valor, distinta de la representación del dólar estadounidense o una moneda extranjera (´moneda real´), que funciona como unidad de cuenta, depósito de valor, y medio de cambio. Algunas monedas virtuales son convertibles, lo cual significa que poseen un valor equivalente en moneda real o actúan como sustituto de la moneda real. La IRS utiliza el término "moneda virtual" (...) para describir los diversos tipos de moneda virtual convertible que son empleados como un medio de cambio, como ser una moneda digital y una criptomoneda. Independientemente de la etiqueta que se asigne, si un activo en particular tiene características de moneda virtual, será considerada como moneda virtual a efectos del impuesto federal a las ganancias. (Internal Revenue Service, 2025c, ap. Q1).

Respecto a qué es una criptomoneda, la IRS responde de esta manera:

> Criptomoneda es un tipo de moneda virtual que emplea criptografía para asegurar las transacciones que están digitalmente registradas en un registro distribui-

como Wikipedia.

> do, como ser una blockchain. Una transacción que involucre criptomoneda que se registra en un registro distribuido se denomina transacción "on-chain"; una transacción que no se registra en el registro distribuido se denominará transacción "off-chain". (Internal Revenue Service, 2025c, ap. Q3)

En esta caracterización tributaria estadounidense la expresión "moneda virtual" parece operar en ambas definiciones en calidad de género comprensivo de monedas digitales y criptomonedas. Interesa destacar el fuerte apoyo en la tecnología involucrada más que en la abstracta caracterización del instituto involucrado. Sin embargo, la definición soslaya que el aparente género llamado "moneda virtual" es, en realidad, especie del género "moneda".

¿Tiene cabida en Argentina esta caracterización de las criptomonedas como moneda virtual?

Una primera respuesta puede esgrimirse a partir de la noción de activo como género: se enseña —casi como credo— que activo es el conjunto de bienes y derechos de una persona física o jurídica y, en leyes especiales, se lo ha concebido con sentido amplísimo.[119] A su vez, y desde el punto de vista de la seguridad, los activos son "algo de valor tangible o intangible que merece protección, incluyendo personas, información, infraestructura, finanzas y reputación" (ISACA, 2017, p. 26, como se citó en Financial Stability Board, 2018, p. 7). En Argentina, la doctrina ha entendido que el activo comprende a las monedas virtuales como bienes, bienes intangibles[120] o inmateriales.[121] Serán bienes inmateriales

---

119 Ley 27739, de 2024, modificatoria de la Ley 25246, de 2000, sobre lavado de activos de origen delictivo, que enumera "fondos, dinero, divisas, activos financieros, recursos económicos (...), bienes de todo tipo, tangibles o intangibles, muebles o inmuebles, sin perjuicio del modo que hayan sido adquiridos, y los documentos legales o instrumentos en cualquier forma, incluyendo electrónica o digital, que evidencien la titularidad de, o la participación en, tales bienes u otros activos, incluyendo, aunque no exclusivamente, los créditos bancarios, cheques de viajero, cheques bancarios, giros postales, acciones, valores, bonos, letras de cambio o letras de crédito, y cualquier participación, dividendo u otros ingresos en, o valor acumulado a partir de, o generado por, tales bienes u otros activos y cualquier otro activo que pueda ser potencialmente utilizado para obtener fondos, bienes o servicios".

120 Martini (2020): "[L]as monedas virtuales son un bien intangible que parece cumplir con la definición de activo intangible, esto es, un bien digital identificable y susceptible de ser vendido, intercambiado o transferido individualmente, que integra el patrimonio de su titular" (ap. IX). Estados Unidos. Uniform Law Commission and the American Law Institute (2022): "42) 'General intangible' means any personal property, including things in action, other than accounts, chattel paper, commercial tort claims, deposit accounts, documents, goods, instruments, investment property, letter-of-credit rights, letters of credit, money, and oil, gas, or other minerals before extraction. The term includes controllable electronic records, payment intangibles, and software" (article 9).

121 Ver Eraso Lomaquiz (2016): "Actualmente, en nuestro entorno la mayoría de la doctrina

susceptibles de valor (Eraso Lomaquiz, 2016). En tanto bienes, las monedas virtuales integrarían el concepto de activo, pero se tratará de activos carentes de asiento en un territorio.[122]

En segundo lugar, podemos tener presente que, en Argentina, un decreto de 2009[123] mencionaba a la moneda virtual.[124] Posteriormente, la noción de moneda virtual aparece en diversas resoluciones de variado tenor,[125] una de las cuales menciona las bitcoin.[126] En 2014 se definió "moneda virtual", tanto por

---

coincide en considerar que los bitcoins son, en cuanto a su naturaleza jurídica, bienes. Esta resulta ser la conclusión lógica a la cual cabe arribar en tanto los bitcoins, así como el resto de las monedas virtuales, son representaciones digitales de valor que, como tales, son intangibles. Adelantamos nuestra opinión en este punto señalando que compartimos la postura que sostiene que las monedas virtuales son bienes inmateriales" (ap. IV.b y fuentes allí citadas). Laise y Manzo Ugas (2019): "(...) las criptodivisas o criptomonedas son una clase de bien inmaterial, perteneciente al área cibernética que posee un valor económico" (p. 113). Cosola y Schmidt (2021): "(...) las criptomonedas pueden integrar la categoría de bienes muebles, inmateriales pero susceptibles de tener valor, siendo principales, absolutamente divisibles y, lógicamente, no fungibles" (p. 90) y: "Consideramos que no son fungibles, ya que, en el caso del bitcoin, sólo se emitirán 21 millones, sin posibilidad de nueva emisión, por lo que cada bitcoin no es reemplazado ni sustituido por otro" (p. 90, nota al pie 243), basando la no fungibilidad en la trazabilidad de cada una de las emitidas. En contra: Xu (2024, esp. p. 618), texto ya transcripto en nota al pie 143.

122 Ver Rivera (2005): "En el mundo de las finanzas habrá de tenerse en cuenta los portfolios de inversión mantenidos en forma electrónica a través de intermediarios, la llegada del comercio electrónico instantáneo, el desarrollo de activos intangibles carentes de asiento en un territorio, etc., lo que lleva a decir que nuevas formas de bienes requieren nuevas formas de propiedad: la antigua analogía con los bienes tangibles está rota. Por lo que quizás veamos en el futuro de garantías internacionales, una genuina floating charge pero flotando en el ciberespacio, no vinculada a ningún ordenamiento nacional pero reconocido por todos ellos: Lord Millet, prólogo a Cross-Border Security and Insolvency, editado por Bridge, Michael & Stevens, Robert, Oxford, 2001" (nota al pie 96).

123 Decreto 512/2009 sobre la creación de un grupo de trabajo multisectorial a cargo de concertar e impulsar la denominada "Estrategia de Agenda Digital de la República Argentina", abrogado por el Decreto 996/2018, art. 7°.

124 Decreto 512/2009, Anexo I, art. 5.5.1.: "Principios rectores: (...) El desarrollo de la Sociedad de la Información requiere un marco jurídico adecuado que facilite y potencie el aprovechamiento de las nuevas tecnologías garantizando el ejercicio efectivo de los derechos a los diferentes protagonistas. (...) Entre otras tareas, se debe trabajar en la permanente revisión y actualización de temas tales como (...) emisión de moneda virtual y nuevos tipos penales propios del mundo virtual".

125 Resolución UIF 70/2011 sobre reporte sistemático de operaciones *on line*; su modificatoria, Resolución UIF 300/2014, sobre monedas virtuales. Resolución UIF 242/2023 sobre riesgos de lavado de activos y financiación del terrorismo, que incluye en el monitoreo de "[a]portes a sociedades creadas o que amplían su capital, de bienes (...) de difícil valoración (como (...) monedas virtuales), sin explicación lógica".

126 Resolución Senasa 443/2022 sobre política de uso aceptable de correo electrónico, internet, intranet y red de datos, art. 7.8.z, prohibición de utilización en la red de programas

sus características presentes (representación digital de valor; habilidad para ser objeto de comercio digital; funciones de constituir un medio de intercambio y/o unidad de cuenta y/o reserva de valor) como por sus caracteres negativos (carecer de curso legal, no ser emitidas ni hallarse garantizadas por ningún país o jurisdicción).[127] Es claro que, en esta última definición, se excluyeron las CBDCs.

¿Constituyen las monedas virtuales moneda de curso legal? Se ha entendido que no (Bielli et al., 2020, p. 190; Department of the Treasury. Financial Crimes Enforcement Network, 2013; Levin et al., 2024, p. 309).

### 7.4 Otras posturas

De las fuentes recabadas surgen también otras posturas que contribuyen a proveer respuestas alternativas a las opciones antes reseñadas.

#### 7.4.1 Verdadero dinero (*real currency*)

Esta posibilidad interpretativa podría fundarse en una pluralidad de argumentos:

Primero, cierta jurisprudencia ha reconocido, en forma elíptica y por vía de disidencia, que la clásica moneda puede no ser el único medio de cambio, que el modo de interpretación tiene que ser amplio y que otros medios de cambio podrían emerger. Ello surge de la disidencia del *Justice* Breyer en *Wisconsin Central Ltd.*, de 2018.[128]

---

de "minería de bitcoins y monedas virtuales similares".

127 Resolución UIF 300/2014 de prevención de lavado de activos y de la financiación del terrorismo, art. 2°: "(...) [S]e entenderá por 'monedas virtuales' a la representación digital de valor que puede ser objeto de comercio digital y cuyas funciones son la de constituir un medio de intercambio, y/o una unidad de cuenta, y/o una reserva de valor, pero que no tienen curso legal, ni se emiten, ni se encuentran garantizadas por ningún país o jurisdicción".

128 *Wisconsin Central Ltd. v. United States*, de 2018, disidencia del *Justice* Breyer, en la cual arguye que la expresión "compensación", definida como "cualquier forma de remuneración monetaria pagada (...) por servicios prestados", incluye *stock options*. Expresó la citada disidencia: "Moreover, what we view as money has changed over time. Cowrie shells once were such a medium but no longer are, see J. Weatherford, The History of Money 24 (1997); our currency originally included gold coins and bullion, but, after 1934, gold could not be used as a medium of exchange, see Gold Reserve Act of 1934, ch. 6, §2, 48 Stat. 337; perhaps one day employees will be paid in Bitcoin or some other type of cryptocurrency, see F. Martin, Money: The Unauthorized Biography—From Coinage to Cryptocurrencies 275–278 (1st Vintage Books ed. 2015). Nothing in the statute suggests the meaning of this provision should be trapped in a monetary time warp, forever limited to those forms of money commonly used in the 1930's. (...) Although the majority brushes

Segundo, si se considera a la moneda virtual como criptomoneda en tanto emplea protocolos criptográficos para asegurar transacciones registradas en registros descentralizados accesibles por el público (*blockchain*), y si esa moneda virtual es convertible, es decir, si se la puede emplear para adquirir bienes o servicios o si puede ser convertida en moneda *fiat* por medio de un *exchange*, argumentos de equidad, eficiencia y administración avalarían sostener su calidad de moneda real (Eraso Lomaquiz, 2016, pp. 727-743, como se citó en Brandone y Rosas, 2021, pp. 21-24, esp. p. 23). Esta calidad operaría como una alternativa a considerarla propiedad, como ya vimos que lo hace la Administración tributaria estadounidense.

Tercero, se ha puesto de resalto la confianza que posee la moneda y la divisa tradicional: las denominadas "criptodivisas" —se arguye— comunican una unidad o medida de valor que descansa en la confianza de los usuarios que las emplean (Laise y Manzo Ugas, 2019, esp. p. 114). Ello las colocaría más cerca de lo que puede considerarse moneda real. A todo evento, tiene que tenerse en cuenta, de cara a la criptomoneda de que se trate, que, además de cumplirse las típicas funciones de la moneda, se debe tener a la criptomoneda en cuestión como aprobatoria tanto de un *test* objetivo (que constituya moneda) como subjetivo (que las personas usuarias la tengan por medio de cambio).

Empero, ha habido opiniones contrarias a considerar las criptomonedas como moneda, lo cual, a su vez, excluiría la posibilidad de tenerlas por dinero verdadero o real. Ello, en lo principal, por requerirse previa aceptación de esta como medida de valor, unidad de cuenta y medio de pago o medio de cambio, a lo cual se suma el extremo de que, bajo el art. 765 del CCyC, sólo puede considerarse dinero la moneda de curso legal en la República Argentina (Eraso Lomaquiz, 2016). Asimismo, pensemos que, si la Corte Suprema argentina —en *Banco de la Nación Argentina*, de 2013— brindó un concepto amplísimo de dinero como moneda corriente o como moneda autorizada por el Estado,[129] mas razonó en el sentido de que si las cuasi monedas provinciales (aun con un elemento estatal mediante) no se acomodaban a esa amplia definición, menos podrían ajustarse a esta a las criptomonedas. Ello, en lo principal, por ser emitidas *peer-to-peer*, es decir, privadamente, excepción hecha de las CBDCs, tan criticadas por distinguida doctrina.[130]

---

these definitions aside as contrary to the term's 'ordinary usage,' ante, at 6, a broader understanding of money is perfectly intuitive—particularly in the context of compensation".

129 *Banco de la Nación Argentina c/ Córdoba, Provincia de s/ acción contencioso administrativa (Sellos)*, de 2013, cons. 7°.

130 Ver Dowd (2024), citado en nota al pie 74, *supra*.

A todo evento, en este punto hay que tener en cuenta el rechazo que existe del sector bancario en Argentina hacia el pago de sueldos por fuera del sistema bancario, con lo cual se eliminaría la habilitación de pago de salarios por medio de billeteras virtuales, proveedores de servicios de pago (PSP) y otros "actores no bancarios" (*Las fintech les respondieron…*, 2026). Al excluirse las billeteras virtuales, se vedaría formalmente el pago de salarios mediante criptomonedas, aun mediando el consentimiento del acreedor.

### 7.4.2 Inversión

Ya vimos en el apartado 7.4.1 que la administración tributaria estadounidense considera que activos digitales, tales como monedas virtuales convertibles y criptomonedas como bitcoin, *stablecoins* y *non-fungible tokens* (NFTs) no son moneda, sino propiedad. Por ende, se les aplicarán las regulaciones tributarias estadounidenses propias de las transacciones normales sobre propiedad, como ser inversiones, y no las aplicables a transacciones con moneda foránea (Maine, 2025).[131]

A todo evento, esta postura es antigua —data de 2014— y toma a la criptomoneda más en función de su finalidad —constituir una inversión— que como algo que cumple las funciones de moneda.

### 7.4.3 Título valor no cartular

Esta postura, recordada por la doctrina (Demarco, 2020, pp. 361-367, como se citó en Brandone y Rosas, 2021, pp. 21-24, esp. p. 22), gira en torno a la definición contenida en la Ley 26831 de Mercado de Capitales, art. 2°, conforme a la cual se entenderá, por "valores negociables" aquellos

> títulos valores emitidos tanto en forma cartular así como a todos aquellos valores incorporados a un registro de anotaciones en cuenta incluyendo, en particular, los valores de crédito o representativos de derechos creditorios, las acciones (…) y, en general, *cualquier valor* o contrato de inversión o derechos de crédito homogéneos y fungibles, emitidos o agrupados en serie y negociables en igual forma y con efectos similares a los títulos valores; que por su configuración y régimen

131 Así las cosas, cabe preguntarse si un usuario que las emplee para pagar bienes y servicios en Estados Unidos podría invocar una exención personal emergente de un tratado bilateral para evitar la doble imposición, cuestión que ameritaría una investigación por separado.

> de transmisión sean susceptibles de tráfico generalizado e impersonal en los mercados financieros (...).[132]

También hace a los arts. 1851[133] y 1852[134] del CCyC sobre título valor no cartular, en tanto en ellos se prescinde del soporte documental propio de los títulos cartulares según los arts. 1830[135] y ss. del CCyC.

Diversos óbices pueden identificarse ante esta posibilidad interpretativa. Primero, se ha afirmado que

> no existe un derecho propio incorporado a obtener una suma de dinero, sino que existe un derecho en expectativa cuya cuantía dependerá del valor al momento de hacer efectivo el cobro del título según el tipo de cambio vigente que, al ser una moneda descentralizada, se rige absolutamente por el sistema de la oferta y la demanda.

Segundo, el valor de las criptomonedas fluctúa, a veces en forma muy marcada, y

---

132 El destacado me pertenece.

133 "Comprobantes de saldos. La entidad que lleve el registro debe expedir comprobantes de saldos de cuentas, a efectos de:
a) legitimar al titular para reclamar judicialmente (...). Su expedición importa el bloqueo de la cuenta respectiva, sólo para inscribir actos de disposición por su titular, por un plazo de treinta días, excepto que el titular devuelva el comprobante o dentro de dicho plazo se reciba una orden de prórroga del bloqueo del juez o tribunal arbitral ante el cual el comprobante se hizo valer. Los comprobantes deben mencionar estas circunstancias;
b) asistir a asambleas u otros actos vinculados al régimen de los títulos valores. La expedición de comprobantes del saldo de cuenta para la asistencia a asambleas o el ejercicio de derechos de voto importa el bloqueo de la cuenta respectiva hasta el día siguiente al fijado para la celebración de la asamblea correspondiente. (...);
c) los fines que estime necesario el titular a su pedido. (...)".

134 "*Ámbito de aplicación. Jurisdicción. Las disposiciones de esta Sección se aplican en caso de sustracción, pérdida o destrucción de títulos valores incorporados a documentos representativos, en tanto no existan normas especiales para tipos determinados de ellos. El procedimiento se lleva a cabo en jurisdicción del domicilio del creador, en los títulos valores en serie; o en la del lugar de pago, en los títulos valores individuales. Los gastos son a cargo del solicitante.*
La cancelación del título valor no perjudica los derechos de quien no formula oposición respecto de quien obtiene la cancelación.
En los supuestos en que la sentencia que ordena la cancelación queda firme, el juez puede exigir que el solicitante preste caución en resguardo de los derechos del adquirente del título valor cancelado, por un plazo no superior a dos años".

135 "Necesidad. Los títulos valores cartulares son necesarios para la creación, transmisión, modificación y ejercicio del derecho incorporado".

> la variación de la suma a pagarse importa una clara violación del principio general de literalidad, básico del derecho cambiario, que establece que la extensión, el alcance y contenido de los derechos y obligaciones incorporados en el título valor deberán estarse a lo expresamente consignado en el mismo. (Kees et al., 2018, pp. 1382-1385, ap. III.1)
>
> Tercero, por extensión, podría suponerse aplicable cierta jurisprudencia extranjera[136] que ha afirmado que un token digital, vendido en *exchanges* de activos digitales, no es una *security* o valor negociable o contrato de inversión.[137] A todo evento, empero, tienen que tenerse en cuenta las diferencias entre criptomonedas (nativas digitales) y los tokens, que se elaboran sobre una *blockchain* preexistente.

### 7.4.4 Bien mueble digital

Se ha propuesto esta calificación (Kees et al., 2018), en el marco de la cual una criptomoneda sería "un bien mueble que surge como consecuencia de la actividad electrónica, de forma similar a la generación de programas de computación o archivos" (p. 1383).

En esta tesitura, hay que tener en cuenta que el CCyC define "cosa mueble" en su art. 227, pero no define "bien mueble" (categoría más amplia), lo cual brindaría cierta viabilidad a la mentada calificación. Además, conforme al art. 238[138] del CCyC, por exclusión los bienes que no sean del Estado nacional, provincial, de la Ciudad o municipal son bienes de los particulares. El valor económico de ese bien surgirá del art. 16 del CCyC. De ello emana la marcada viabilidad jurídica de esta postura. Pero esa viabilidad parecería apoyarse en una codificación civil nacional, argentina, al tiempo que la existencia de las criptomonedas transcurre en la red global por excelencia: internet.

---

136 Tomo esta jurisprudencia de Mihura Estrada (2023).

137 Southern District of New York. United States District Court. *Securities and Exchange Commission v. Ripple Labs, Inc. Bradley Garlinghouse, and Christian A. Larsen*, de 2023. En el caso, la SEC accionaba contra Ripple y otros y se hallaban involucradas tanto operaciones por parte del público en general, adquirente de tokens (es decir, fichas emitidas en forma centralizada por una persona o empresa) como otros pagos que se habían efectuado a favor de Ripple. En el decisorio, no se consideraron *securities* los tokens vendidos, en *exchanges* de activos digitales, al público en general, con compradores del mercado secundario que "no sabían a quién o a qué le estaban pagando su dinero", pues éstos no estaban invirtiendo su dinero en Ripple. En cambio, en dicha sentencia, sí se consideraron "contratos de inversión" (un tipo de *security* definido en la ley que aplica la SEC) los pagos con intención de proveer capital, colocar el dinero o proveer efectivo realizados por actores institucionales.

138 "Bienes de los particulares. Los bienes que no son del Estado nacional, provincial, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o municipal, son bienes de los particulares sin distinción de las personas que tengan derecho sobre ellos, salvo aquellas establecidas por leyes especiales".

### 7.4.5 Registración contable descentralizada segura, en un sistema cerrado

Según Mihura Estrada (2018),

> [l]as criptomonedas no son cosas, ni siquiera archivos digitales ni bytes que una persona pueda almacenar en un hardware. Son registraciones en un sistema descentralizado cuyo único objeto es llevar esas registraciones en forma segura y permitir transferirlas de una cuenta a otra cuenta del mismo sistema.
> El sistema más conocido es Blockchain. (...). La misma plataforma Blockchain, por ser de código abierto, se fue replicando y permitió el desarrollo de otros sistemas y criptomonedas similares. Todos ellos son sistemas descentralizados, que corren sobre miles de computadoras (nodos) en forma simultánea e idéntica.
> La inviolabilidad de las cuentas se logra mediante la criptografía. (...) Por ello, tener una criptomoneda significa tener el dominio de la clave necesaria para disponer de una transacción previamente recibida (o minada), y registrada, en alguna clave pública vinculada a esa clave privada.
> El otro elemento en el que se funda la seguridad del sistema contable de una criptomoneda es la fortaleza y descentralización de la red de mineros que trabajen sobre el mismo. La alteración de registros de transacciones pasadas no sólo es compleja, sino que para ser verosímil requeriría de la complicidad de más de la mitad del poder de procesamiento disponible.
> Esta descripción le cabe al bitcoin, al ethereum y a casi todas las demás criptomonedas en circulación. (p. 400)

El párrafo inicial muestra un eco de la concepción de Castillejo Arias (2020), quien afirma que, en el caso de bitcoin, la clave o llave criptográfica es la traducción de la propiedad con efectos de control y exclusión de terceros.[139]

Por otra parte, en la concepción transcripta, asignándose la naturaleza de registro contable a las mencionadas criptomonedas, se volvería, en cierta manera, a supuestos que ya conocemos, en los que el mero registro contable posee la virtualidad de "desagregar" o individualizar importes y provocar, en su caso, la aplicación de un régimen jurídico. Cabe recordar, en este sentido, los "cargos" de infraestructura de gas, que en su momento se vieron como un costo desagre-

139 "[E]l bitcoin, si bien es 'información' también actúa como cosa y tiene un grado de perceptibilidad mucho mayor. En virtud de cómo está estructurado el protocolo, por primera vez podemos estar ante un pedazo de información que es único y que le otorga al propietario la capacidad de excluir a los demás de su uso. Si la clave privada del bitcoin está en mi posesión, no hay nadie en este mundo que pueda disponer de ella (...). Mi opinión es que el derecho de propiedad (o cualquier otro derecho real) recaería finalmente sobre la clave privada (scriptSig). La misma es el elemento único y necesario para realizar cualquier acto de disposición o administración de bitcoins. Sobre esta llave se tiene la relación directa e inmediata y sobre la misma se ejerce el dominio. Sin la clave privada no hay manera de

gado muy especial, dentro del régimen de la Ley del Gas y su reglamentación.[140] Empero, esos cargos habían sido creados por el Gobierno, mientras que las criptomonedas, en general, fueron creadas por el sector privado como huida de las injerencias estatales en lo monetario. La cuestión, en el caso de un producto global como las criptomonedas sin barreras jurisdiccionales, es que sólo parecerían aptas para la aplicación de un régimen jurídico también global, si existiere.

### 7.5 Posturas restringidas a bitcoin en particular

Asimismo, cabe tener presente las opiniones que se han volcado respecto de bitcoin en particular, pues permiten apreciar facetas adicionales de indudable valor interpretativo.

#### 7.5.1 Materialismo práctico (*practical materialism*)

En cuanto a bitcoin en particular, Maurer et al. (2013) han afirmado —en especial, con base en el código algorítmico— que constituye un "materialismo práctico" (p. 262). Tal materialismo neutralizaría la nota de inmaterialidad propia de lo digital. Los autores citados arguyen que ese materialismo práctico sustenta en:

i. La inserción, en el código, de un incentivo para la creación de bitcoin, el cual ata en forma eficaz el poder computacional de todos los tenedores de bitcoin al proceso de verificar todas sus transacciones en el mundo.
ii. La materialización de la privacidad, la cual es asegurada por —e incluida en— el código, en tanto las identidades (pero no las transacciones) se hallan ocultas al público.
iii. La materialización del valor, en tanto, conforme al código, nunca habrá más de 21 millones en existencia, lo cual brinda como resultado una suerte de metalismo digital.
iv. El trabajo, la electricidad y las infraestructuras involucrados en la "minería" en los *rigs* o plataformas en las cuales se crea cada bitcoin, en tanto la electricidad gastada al servicio de bitcoin energiza no solo la "carrera" entre mineros por generar el próximo bloque de la cadena, sino también su interacción recíproca y sus *chats* en foros en línea y en otros ámbitos.

acceder a ellos, y si la misma se pierde, los bitcoins quedarán no solo 'fuera del comercio', sino que serán permanentemente inaccesibles" (Castillejo Arias, 2020, p. 255). Cabe remitir al apartado 7.5.2, *infra*.

140 Ver Sacristán (2008).

v. El valor de un bitcoin, en tanto representa una promesa como si fuera cualquier otra forma de moneda, pero respaldada por un algoritmo y su manifestación en una red digital *peer-to-peer*.

En su específico campo de aplicación —v. gr., bitcoin—, esta postura, que construye una materialidad allí donde sólo parecería haber sostén digital, parece tributar a la tesis de las criptomonedas como bienes (ver apartado 7.1, *supra*), y en especial neutralizar la tesis del apartado 7.4, *supra*, esto es, la que concibe a las criptomonedas como bien inmaterial. Sin embargo, se advierte que esta postura parece apoyarse en una sumatoria de aparentes materialidades y no en una materialidad única.

Por otra parte, la calificación en comentario recuerda lo que ocurrió con la energía eléctrica antes y después de la Ley 15336.[141] En su art. 2, la calificó como cosa, poniendo fin a los debates acerca de si la energía eléctrica era o no una cosa (en especial, a efectos del delito de hurto). Con una actitud parecida, la ley de Reino Unido de 2025 calificó a los activos digitales en la Property (Digital Assets etc) Act 2025,[142] otorgándoles la calidad de "objetos de derechos personales de propiedad", es decir, cosas. Desde esta plataforma cognoscitiva, la mentada sumatoria de materialidades que detallan Maurer et al. (2013) facilitaría la eventual calificación legislativa de los activos digitales como cosas, esto es, bienes materiales en el sentido del CCyC, art. 16, que establece que "[l]os bienes materiales se llaman cosas".

El atractivo de esta posibilidad interpretativa se fortalece cuando se consultan modernas investigaciones sobre propiedad de lo inmaterial. [143]

### 7.5.2 Propiedad

En este apartado podemos ubicar dos posturas predicadas específicamente respecto de bitcoin: la que se centra en la propiedad de la respectiva llave o clave y la que hace a la propiedad sobre el valor representado.

Se ha afirmado que las bitcoin no son pasibles de tener dueño, en tanto sólo se podría ser dueño de tangibles que ocupan espacio y que permiten exclusivo control sobre ellos (*Japan court rules against…*, 2015, como se citó en Lastra et

141 Ley 15336, de 1960, de régimen de la energía eléctrica.

142 Ver Honoré (1961, p. 121).

143 Ver, con provecho, la obra de Anselmo (2026, esp. cap. IV.4).

al., 2019, pp. 177-232, esp. p. 180, su n. 10). Según Castillejo Arias (2020), en el caso de bitcoin se está ante información que actúa como "cosa", y la clave o llave criptográfica es la traducción de la propiedad con efectos de control y exclusión de terceros.

En mi opinión, se confunde derecho real (como ser el dominio) con control: la llave o clave brinda control, pero no necesariamente propiedad del *record*, que es "información". Consideremos el caso de que a una persona le extraigan la llave o clave en forma violenta: el control resultante no debería privarla de su derecho real. A todo evento, sí podría sostenerse la afirmación de que la propiedad se reduce a la llave o clave si se le agregara, como calificativo, la ausencia de conflicto o la buena fe del adquirente del valor involucrado.[144]

Según las enmiendas al Código Comercial Uniforme estadounidense, el término "moneda" excluye moneda en formato electrónico que no pueda ser sujeta a control (como equivalente a "posesión") de conformidad con lo que establece la Sección 9-105A.[145] Según esta última, una persona tendrá control del dinero electrónico si, en síntesis, le confiere todos los beneficios de éste —y poder exclusivo— y media, entre otros, el empleo de una clave criptográfica.[146]

En cuanto a bitcoin como propiedad sobre el valor representado, esta postura, recordada por la doctrina (Eraso Lomaquiz, 2016, p. 255, como se citó en Brandone y Rosas, 2021, p. 23) se centra en su rol de representación digital de valor, dada una no corporeidad:

---

144 "Overview of 2022 Amendments. a. New UCC Article 12—Controllable electronic records, controllable accounts, controllable payment intangibles. The 2022 Amendments include a new UCC Article 12 that governs the transfer of property rights in certain intangible digital assets ("controllable electronic records") that have been or may be created and may involve the use of new technologies. These assets include, for example, certain types of (non-fiat) virtual currency and nonfungible tokens (NFTs). "Control" of controllable electronic records is a central organizing concept under Article 12. Controllable electronic records are defined to include only those electronic records that can be subjected to control. Control is best understood in a general sense as a functional equivalent of "possession" of a controllable electronic record and a necessary condition for protection as a good faith purchaser for value (a "qualifying purchaser") of a controllable electronic record. Article 12 confers an attribute of negotiability on controllable electronic records because a qualifying purchaser takes its interest free of conflicting property claims to the record" (Uniform Law Commission and the American Law Institute, 2022, p. 1).

145 "(54A) 'Money' has the meaning in Section 1-201(b)(24), but does not include (i) a deposit account or (ii) money in an electronic form that cannot be subjected to control under Section 9-105A" (Uniform Law Commission and the American Law Institute, 2022, p. 114).

146 "Section 9-105A. Control of Electronic Money. (a) [General rule: control of electronic

> [E]l objeto sobre el cual recae el derecho de propiedad para aquellos que utilizan los bitcoins como moneda es la representación digital de valor (...). Las personas que incorporan bitcoins a su patrimonio no lo hacen como licenciatarios de una obra protegida por derechos de autor, sino como titulares de un derecho de propiedad sobre una cantidad determinada de valores representados en el registro público.

Se vuelve así sobre la tesis de la propiedad (apartado 7.1, *supra*), sin destacarse la calidad de activo, pero con énfasis en el respectivo "derecho", el formato digital y el valor y el registro representados.

## 8. Mi opinión

Agrupadas como se hallan las posturas reseñadas, cabe refrescar la pregunta inicial relativa a qué son las criptomonedas.

Es llamativo, hasta aquí, el mosaico de concepciones en torno a la naturaleza jurídica de estas. Vemos que, en forma paralela a decisiones legislativas quirúrgicas —y pragmáticas— dotadas de claro sostén jurisprudencial —como ser la ley de Reino Unido, ya mencionada—, hay ámbitos donde la ausencia de definiciones legislativas ha permitido la proliferación de concepciones donde convergen lo jurídico, lo tecnológico y hasta lo filosófico. En ese mosaico, se destaca por su riqueza, certezas y potencialidades la visión que las concibe como activos digitales en propiedad.

Por otra parte, desde la atalaya de cada postura acerca de qué son jurídicamente se pueden inferir diferentes efectos. No será lo mismo, para el contribuyente, que sus criptomonedas sean calificadas por la ley como activo digital o como moneda extranjera si grava sólo a ésta última. En caso de que se disponga

---

money.] A person has control of electronic money if: (1) the electronic money, a record attached to or logically associated with the electronic money, or a system in which the electronic money is recorded gives the person: (A) power to avail itself of substantially all the benefit from the electronic money; and (B) exclusive power, subject to subsection (b), to: (i) prevent others from availing themselves of substantially all the benefit from the electronic money; and (ii) transfer control of the electronic money to another person or cause another person to obtain control of other electronic money as a result of the transfer of the electronic money; and (2) the electronic money, a record attached to or logically associated with the electronic money, or a system in which the electronic money is recorded enables the person readily to identify itself in any way, including by name, identifying number, cryptographic key, office, or account number, as having the powers under paragraph" (Uniform Law Commission and the American Law Institute, 2022, p. 143, Section 9-105A).

por ley una masiva, temporaria, adopción de CBDCs para el pago de sueldos estatales, no será lo mismo para el empleado público que en la ley se disponga que aquéllos constituyen moneda o que establezca que son sólo un medio de cambio sujeto a aceptación por parte del tercero, o que no establezca nada. Según las posturas, el heredero de una llave o clave privada podrá recibir un activo virtual, enderezado a pagos e inversiones, o bien podrá recibir un medio de pago restringido sujeto a aceptación. En el caso del delito de lavado de activos, cabe preguntarse si se requerirá estar ante un activo y si bastará estar ante la representación digital de este.

La línea en común que todos estos supuestos (imaginarios) evidencian no parece ser la presencia de un activo, o su representación digital o su carácter de bien, sino algo más concreto, pedestre y cotidiano: la afectación, potencial o real, de la propiedad. Propiedad que, según los ejemplos brindados, puede ser gravada, menguada compulsivamente, restringida unilateralmente, arriesgada.

No obstante ello, advierto, siguiendo a Lee (2024, pp. 1-16, esp. pp. 4-5 y p. 13), que en la materia impera la celeridad de avances tecnológicos hábiles para desdibujar los bordes jurídicos tradicionales. Hoy, una determinación legislativa acerca de la naturaleza jurídica de las criptomonedas —esto es, una regulación que las califique— podría ser superada por esos avances antes de lo pensado.

Al mismo tiempo, la carencia de esa determinación no sirve a la predictibilidad, certeza o seguridad jurídicas de los interesados comprendidos. Mucho menos cuando el hilo conductor entre las muchas situaciones que la vida misma puede ofrecer en torno a las criptomonedas hace a la propiedad.

### 8.1 Propiedad y criptomonedas

En ese marco, se impondría, como *mínimum*, que se calificara a las criptomonedas como "propiedad". La instrumentación respectiva, a tenor del derecho comparado ya recordado, tendría que efectuarse mediante ley formal.

Entiendo que la amplia concepción emergente de un antiguo precedente de la Corte Suprema argentina como *Bourdieu*[147] tendría habilidad suficiente como para contener las diversas clases y subclases de criptomonedas. En igual sentido, la jurisprudencia y la ley de Reino Unido, ya mencionadas en el apartado

147 *Bourdieu, Pedro Emilio c/ Municipalidad de la Capital*, de 1925, esp. p. 327: "(...) todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad".

7.3, sobre criptoactivos como propiedad.[148] En cierto modo, esta afirmación guarda arreglo con la visión de la IRS estadounidense (Internal Revenue Service, 2025b).[149] Más importante aún es una visualización que no les niega en forma expresa la naturaleza de "moneda", aunque tampoco la afirma. Tal opción habilita, a su vez, margen para la discrecionalidad legislativa de disponer por ley que un empleador pueda sufragar —previo consentimiento expreso y, sobre todo, informado del trabajador acreedor— hasta un cierto porcentaje de una remuneración mediante criptomonedas.

Respecto de los beneficios de concebir a las criptomonedas como propiedad, cabe recordar aquí lo que ocurrió en materia de energía eléctrica en Argentina: dado que había hurtos del fluido, una ley lo calificó como cosa, y hasta allí llegó el legislador, dejando espacio suficiente para los posteriores avances tecnológicos manifestados en la sucesiva aparición de diversas fuentes generadoras. De tal modo, la mentada propuesta de tener a las criptomonedas como integrantes de la propiedad deja espacio para la celeridad de los avances tecnológicos. Así, previene una temprana inadecuación o inoficiosidad de una determinación legislativa dotada de mayores precisiones.

¿Se reduciría ese derecho de propiedad al control sobre la llave o clave criptográfica privada (salvo en billeteras custodiadas, sin perjuicio de lo que establezcan los términos)? Es más, ¿podría pretenderse que resulta viable jurídicamente ejercer propiedad sobre esa clave o llave criptográfica? La llave o clave es información. Cualquiera que esté en posesión de esta podría disponer sobre las criptomonedas asociadas a una billetera virtual. ¿Puede haber propiedad sobre información? La información de una historia clínica no es de propiedad, sino de titularidad del paciente.[150] Los datos, en la ley de *habeas data*, no tienen dueño, sino titular.[151] La información en la ley de acceso a la información pública está en poder, custodia o bajo control de ciertos órganos y entes,[152] nociones, otra vez, que pueden deparar propiedad, mas no en forma concluyente. Así las cosas, se dificulta restringir la propiedad de las criptomonedas a la propiedad sobre la información relativa a la llave o clave criptográfica.

---

148 *AA v. Persons Unknown*, de 2019, voto del juez Bryan: "(...) [U]n crypto activo podría no ser una cosa in action bajo una definición restringida de ese término, pero no significa que no pueda ser tratado como propiedad. (...)". Ver, asimismo, Honoré (1961, p. 119).

149 Ver su cita de la Ley de Empleo e Inversión en Infraestructura, *Public Law 117-58*, citado en Internal Revenue Service (2022).

150 Ley 26529, de 2009, de derechos del paciente, art. 14.

151 Ley 25326, de 2000, de hábeas data, art. 2°.

152 Ley 27175, de 2016, de acceso a la información pública, art. 1°.

Aquí, puede tenerse en cuenta que en *Poulton v Conrad*,[153] de 2025, la Suprema Corte de Tasmania (Australia) afirmó, con cita de un precedente de la High Court de Reino Unido, que

> Por cierto, la UK High Court en D'Aloia v Persons Unknown [2024] EWHC 2342 (Ch) en 36 ([156]) consideró si un cripto activo "Tether" constituía propiedad: "El activo es más que mera data. Es un conjunto de funcionalidades transaccionales. La más importante de éstas es la capacidad, de la persona que tiene la llave privada, para efectuar nuevas transacciones que serán reconocidas, por las reglas del sistema, como válidas. Analizado de esta manera, el activo puede ser visualizado como un poder transaccional específico sobre ingresos únicos de data en el registro".

En este pasaje no se afirmó que la propiedad sobre el criptoactivo se circunscribiera a la propiedad sobre la clave, sino que se individualizó a "la más importante" de las funcionalidades transaccionales, v. gr., la posesión de la clave. Ello resulta compatible con la tesis de que, en materia de criptomonedas, la propiedad podría entenderse como no limitada a la propiedad de la llave o clave, sino que podría comprender inclusive todas esas funcionalidades.

### 8.2 Los supuestos óbices

Por último, respecto de los óbices mencionados en el 7.1.2, *supra*, en cuanto a la viabilidad de concebir a las criptomonedas como propiedad, cabe mencionar que:

Primero, si bien se ha afirmado que propiedad suele implicar control (lo cual no se verificaría ante un registro distribuido precisamente porque se halla distribuido), y si bien puede darse el denominado *51% attack*[154] —en especial en redes más pequeñas, tal vez menos invulnerables—, con lo cual alguien pasa a adueñarse del 51% del poder de computación de la red, ello significará control fraudulento por parte del atacante, pero no alterará la propiedad ni a su titular. Tampoco habrá alteración de la propiedad y su titular en el caso de una víctima de *phishing* que pierda el control de sus criptomonedas, o en un caso de apropiación indebida de éstas hallándose su celular desbloqueado.

Segundo, si bien la naturaleza de las criptomonedas pone en juego cues-

153 Australia. Supreme Court of Tasmania (Full Court) *Poulton v Conrad*, de 2025, párr. 51.

154 Ver Reiff (2025), Chomczyk y Palazzi (2019, p. 251).

tiones de derecho aplicable, es innegable el carácter universal del derecho de propiedad.[155] Nacidas en una era global, las criptomonedas tienen vocación de transnacionalidad por vía de internet. Además, ya vimos, en el apartado 4.3.4 que, en el supuesto de una blockchain permisionada, si se desea participar en ésta, se debe proveer la propia identidad, quedando así fijada la jurisdicción (Yaga et al., 2018, pp. 5-6).

Tercero, si se tratara de activos digitales convertibles, la valuación de estos les es connatural, y si se tratare de activos digitales no convertibles, la iliquidez —y consecuente inhabilidad para operar como unidad de cuenta— que ostentan no obstan a que puedan ser definibles, identificables, controlables e incluso transferibles.

Cuarto, en el renglón temporal, la velocidad de las transacciones, como capacidad tecnológica, resulta un componente extraño a determinaciones sobre propiedad.

Quinto, relacionarse con las criptomonedas, sea para *mining* o *minting*, o adoptar criptomonedas como medio de cambio, como depósito de valor o por simple curiosidad no es una decisión a la que la ley mande, sino el fruto de la libre voluntad, del libre juicio, con la plena recusabilidad como contrapartida en un marco de libertad[156] (constitucional) para ejercer la libertad, en el caso, de propiedad. Por ende, la relación entre el operador y estas constituirá pura voluntaria elección. Así las cosas, deberían excluirse, en principio, supuestos de ulterior invocación de condiciones de vulnerabilidad, necesidad, temeridad o imprudencia.

Por último, podría argüirse que toda la cuestión de la naturaleza de las criptomonedas aquí abordada, adjudicándoles la calidad de "propiedad", hace sólo a un pequeño archipiélago de islas en el mar de tokens. Sin embargo, ya vimos que la tokenización y las criptomonedas (enumeradas en el apartado 6) no son lo mismo, aun dada una mecánica subyacente común (apartado 5.3). Las tres clases y subclases aludidas en el presente son las del apartado 6, aunque podemos excluir de ese mar las malhadadas CBDCs, a tenor de las críticas formuladas y de la experiencia práctica en países en desarrollo (apartado 6.3). ¿Por qué

---

155 Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 17. Esta Declaración, votada en el seno de las Naciones Unidas, tiene rango constitucional en Argentina desde la reforma constitucional de 1994, en el art. 75, inc. 22.

156 Me refiero a la libertad "fundamental", que "constituye una condición imprescindible que posibilita la libertad psicológica o de libre arbitrio, la cual no es más que la propiedad que la libre elección tiene de hacernos dueños de nuestras decisiones" (Cruz, 2008, p. 101).

referirnos, entonces, a bitcoin y ether (apartado 6.1) y a las *stablecoins* (apartado 6.2), o incluso a las CBDCs (apartado 6.3), soslayando otros activos digitales? Porque, si bien se ha visualizado a las criptomonedas como activos digitales (apartado 7.1), tal amplia categoría incluye técnicamente otros *crypto* tokens, que, por razones metodológicas, se excluyen del presente. Entonces, acotada la cuestión a bitcoin, ether y *stablecoins*, o incluso agregando las CBDCs, la calificación de "propiedad" sobre estas no agota, en modo alguno, el análisis y calificación de todos los restantes integrantes del ya aludido mar de tokens.

## 9. Reflexiones finales

Al inicio del presente trabajo se planteaba el interrogante acerca de la naturaleza jurídica de las criptomonedas. Luego de recordar la nota de contingencia que puede ostentar el elemento estatal frente a la moneda (apartado 3), fue menester reparar en lo principal de los avances tecnológicos que florecieron con la tecnología *blockchain* (apartado 4), los lineamientos de las criptomonedas (apartado 5) y sus clases y subclases (apartado 6). Ese abordaje práctico resultó menester a fin de encarar las múltiples posibilidades interpretativas que han surgido sobre la naturaleza jurídica de las criptomonedas, desde aquellas que las califican como activos digitales hasta la que las visualiza como moneda, sin perjuicio de otras posturas valiosas y otras referidas sólo a bitcoin. (apartado 7). Si bien todas esas concepciones pueden ser pasibles de favor o disfavor, mi opinión sobre la cuestión de su naturaleza jurídica se sustenta en la visión, ya consagrada reglamentaria, jurisprudencial y legislativamente en el derecho comparado, que las etiqueta como "propiedad". Este temperamento, en el plano jurídico, brinda el beneficio de no afirmar, pero tampoco negar, una hipotética calidad de "moneda" en estas (apartado 8).

Nacidas a partir de la desconfianza hacia la moneda caracterizada por el elemento estatal y la temida obligatoriedad en la aceptación, las criptomonedas moran hoy dentro de los márgenes garantizados por la libertad constitucional. Se trata de un ámbito respaldado por el libre comercio, la libre industria, la libre inversión, todos los cuales tienen plena vocación de converger en la propiedad. Sus funcionalidades son relacionales, entre pares, en un dominio gobernado por la voluntad de los particulares —excepción hecha de las desacreditadas CBDCs–.

Como reflexión final, estimo que considerar a las criptomonedas como, al menos, "propiedad" no será sino un paso en dirección a la confianza que

estas pueden llegar a cosechar, en especial si se cumplen rigurosas condiciones tecnológicas, sobre todo de la provincia de la encriptación, y si se atiende cuidadosamente a las particularidades de cada clase y subclase de criptomoneda.

## Bibliografía


Anselmo, G. (2026) *Le propietà dell'immateriale*. Edizioni Scientifiche Italiane.

Barker, E. (2020). *Guideline for Using Cryptographic Standards in the Federal Government: Cryptographic Mechanisms*. National Institute of Standards and Technology. https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/SpecialPublications/NIST.SP.800-175Br1.pdf

Barón, D. (4 de octubre de 2025). Computación cuántica y ciberseguridad: el desafío de reemplazar la criptografía tradicional. *Infobae*. https://tinyurl.com/bde9tnwu

Baughman, G., Carapella, F., Gerszten, J. y Mills, D. (2022). The stable in stablecoins. En *FEDS Notes*. Board of Governors of the Federal Reserve System. https://doi.org/10.17016/2380-7172.3224

Bianchi, A. B. (2001). *La regulación económica* (Tomo I). Ábaco.

Bielli, G. E. y Ordóñez, C. J. (2020). *Contratos electrónicos. Teoría general y cuestiones procesales* (Tomo II). Thomson Reuters La Ley.

Blackstone, W. (1857 [1768]). *Commentaries on the Laws of England: In Four Books* (a new edition, vol. II of the Rights of Things). John Murray.

Brandone, M. M. y Rosas, F. (2021). Criptomonedas: tratamiento en la ley argentina. Una primera aproximación. *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, (309), 21-24.

Castillejo Arias, V. A. (2020). Bitcoin y el derecho de propiedad: ¿cosa o bien inmaterial? *Revista Código Civil y Comercial, VI*(1), 245-259.

CBDC Tracker. (2025). *Todays Central Bank Digital Currencies Status*. https://cbdctracker.org

Cesaretti, M. y Russo, M. L. (2024). Aporte de criptomonedas a sociedades. En *XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (pp. 52-69). Universidad Austral.

Chomczyk, A. y Palazzi, P. A. (2019). Primer caso argentino sobre apropiación de criptomonedas. *La Ley*, *2019-B*, 245-259.

Chuen, D. L. K. (2024). Introduction to Bitcoin. En Chuen, D. L. K. (Ed.), *Handbook of Digital Currency. Bitcoin, Innovation, Financial Instruments, and Big Data* (2ª ed., pp. 3-28). Elsevier Academic Press.

Cianciardo, J. (11 de abril de 2024). El debate español sobre el proyecto Worldcoin. *El Confidencial*. https://tinyurl.com/4b58wyu2

Cohney, S., Hoffman, D., Sklaroff, J. y Wishnick, D. (2019). Coin-Operated Capitalism. *Columbia Law Review, 119*(3), 591-676.

Coin Market Cap. (2025). *Crypto Glossary*. https://coinmarketcap.com/academy/glossary

Cosola, S. J. y Schmidt, W. C. (2021). *El Derecho y la tecnología. Proyección constitucional y convencional. Ubicación de los supuestos en el Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales* (Tomo II). Thomson Reuters La Ley.

Cruz, J. C. (2008). *Filosofía de la historia* (3ª ed.). Ediciones Universidad de Navarra.

Cryptopedia Staff. (2025). *Digital Assets: Cryptocurrencies vs. Crypto Tokens*. https://www.gemini.com/es/cryptopedia/cryptocurrencies-vs-tokens-difference

De Azcárate, P. (1872). *Obras completas de Platón puestas en lengua castellana por primera vez* (Tomo XI, Obras varias, diálogos apócrifos o dudosos, cartas, fragmentos, etc.). Medina y Navarro. https://tinyurl.com/3bx4567e

De Martini, S. M. A. (2015). Fundamentos filosóficos del principio de legalidad. En *Anales 2015* (pp. 25-46). Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. https://academiaderecho.org/anales-2015-2/

Demarco, G. (2020). Criptoactivos y oferta pública de valores. Caso Block.one. *Jurisprudencia Argentina, 2020-IV*, 361-367.

Dowd, K. (2024). So Far, Central Bank Digital Currencies Have Failed. *Economic Affairs, 44*(1), 71-94. https://doi.org/10.1111/ecaf.12621

Department of the Treasury. Financial Crimes Enforcement Network. (18 de marzo de 2013). *Guidance 2013*, FIN-2013-G001. United States. https://www.fincen.gov/system/files/shared/FIN-2013-G001.pdf

Eraso Lomaquiz, S. E. (2016). Las monedas virtuales en el Derecho argentino. Los bitcoins. *La Ley, 2016-A*, 727-743.

European Central Bank. (2012). *Virtual Currency Schemes*. https://tinyurl.com/4cdafudr

Faliero, J. C. (2017). *Criptomonedas: la nueva frontera regulatoria del Derecho informático*. Ad Hoc.

Ferreira, D. (2025). *The Myths of Blockchain Governance*. London School of Economics, CEPR/ECGI. https://tinyurl.com/49eer322

Financial Action Task Force. (2014). *Virtual Currencies. Key Definitions and Potential*. https://tinyurl.com/3ccdxenb

Financial Action Task Force. (2025). *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation. The FATF Recommendation*. Updated Oct. 2025. https://tinyurl.com/4u63726h

Financial Stability Board. (12 de noviembre de 2018). *Cyber Lexicon*. https://www.fsb.org/uploads/P121118-1.pdf

General Assembly. (2025). *Draft guidance document on legal issues relating to the use of distributed ledger technology in trade*. United Nations Commission on International Trade Law. United Nations. https://docs.un.org/en/A/CN.9/1222

Giddens, A. (1990). *The Consequences of Modernity*. Stanford University Press.

Gray, D. (2023). *Understanding Bitcoin and Ethereum Supply. Education and Insights*. https://www.fidelitydigitalassets.com/research-and-insights/understanding-bitcoin-and-ethereum-supply

Greene, A. B. (1940). *The Philosophy of Silence*. Richard R. Smith.

Greenspan, G. (9 de mayo de 2017). The Blockchain Immutability Myth. *CoinDesk*. https://www.coindesk.com/markets/2017/05/09/the-blockchain-immutability-myth

Hayek, F. A. (1960). *The Constitution of Liberty*. The University of Chicago Press.

Hayek, F. A. (1976). *Denationalisation of Money. An Analysis of the Theory and Practice of Concurrent Currencies*. The Institute of Economic Affairs.

Hobbes, T. (1953 [1651]). *Leviathan*. J. M. Dent & Sons Ltd. (Londres)/E. P. Dutton & Co. Inc. (Nueva York).

Holmes, D. (2017). *Big Data*. Oxford University Press.

Holmes, O. W., Jr. (1881). *The Common Law*. Little, Brown & Co.

Honoré, A. M. (1961). Ownership. En Guest, A. G. (Ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence* (pp. 107-147). Clarendon Press.

Ingham, G. (2004). *The Nature of Money*. Polity.

Internal Revenue Service. (2022). Digital Assets. En *Tax Forum 2022*. https://www.irs.gov/pub/irs-npl/2022ntf-09.pdf

Internal Revenue Service. (2025a). *What is virtual currency?* https://tinyurl.com/ehmmds9x

Internal Revenue Service. (2025b). *Digital assets*. https://www.irs.gov/filing/digital-assets

Internal Revenue Service. (2025c). *What is cryptocurrency?* https://tinyurl.com/ehmmds9x

ISACA. (2017). *Cybersecurity Fundamentals*. Cybersecurity Nexus, Study Guide (2ª ed). https://tinyurl.com/2tpfmwb9

*Japan court rules against Bitcoin compensation plea*. (7 de agosto de 2015). *BBC News*, https://www.bbc.com/news/technology-33816664

Katsiampa, P. (2018). Volatility co-movement between Bitcoin and Ether. Finance Research Letters [Article]. https://tinyurl.com/3jjxwejb

Kees, M. H. y Kamerbeek, T. A. (2018). Sobre la naturaleza jurídica de las operaciones con criptomonedas. *Jurisprudencia Argentina, 2018-II*, 1382-1385.

Killeen, A. (2024). The Confluence of Bitcoin and the Global Sharing Economy. En Chuen, D. L. K. (Ed.), *Handbook of Digital Currency. Bitcoin, Innovation, Financial Instruments, and Big Data* (2ª ed., pp. 467-485). Elsevier Academic Press.

Kitchin, R. (2014). *The Data Revolution. Big Data, Open Data Infrastructures & their Consequences*. Sage.

Knapp, G. F. (2013 [1924]). *The State Theory of Money*. Martino Publishing (Ed. abreviada, Trad. H. M. Lucas y J. Bonar).

*La Inspección General de Justicia aprobó una SRL cuyo capital fue aportado en criptomonedas*. (23 de julio de 2024). Infobae. https://tinyurl.com/2nmrz7pr

Labonte, M. y Nelson, R. M. (2025). Central Bank Digital Currencies. En *Focus*. Congressional Research Service. https://www.congress.gov/crs-product/IF11471

Laise, L. y Manzo Ugas, G. (2019). Bases para la interpretación y regulación razonable de las criptomonedas: naturaleza, dificultades y desafíos constitucionales. *Cuadernos del Cendes*, *36*(100), 107-124. https://saber.ucv.ve/ojs/index.php/rev_cc/article/view/16731

Lamanna Guiñazú, E. C., Fossaceca, C. A., Moreyra, P. (2024). Estimación jurídica y económica de los criptoactivos en el ecosistema de la economía del conocimiento. En *XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (pp. 141-150). Universidad Austral.

Lannquist, A. y Tan, B. (2023). Central Bank Digital Currency's Role in Promoting Financial Inclusion. *Fintech Note*. IMF. https://tinyurl.com/44pvy93d

*Las fintech les respondieron a los bancos por un artículo clave del proyecto de reforma laboral*. (8 de febrero de 2026). *Infobae*, https://tinyurl.com/3ve7hj96

Lastra, R. M. y Allen, J. G. (2019). Virtual Currencies in the Eurosystem: Challenges Ahead. *International Lawyer, 52*(2), 177-232.

Law Commission (2023). *Digital Assets: Final Report*. Law Com N° 412. Reino Unido. https://tinyurl.com/3h768k6r

Lee, L. (25 de abril de 2024). Examining the Legal Status of Digital Assets as Property: A Comparative Analysis of Jurisdictional Approaches. *Social Science Research Network*. https://tinyurl.com/yeymd7yu

Leffew, K. (8 de julio de 2018). Truthpoint (AngelHacks DC Submission). *Medium. Mineable Oracle Contract*. https://tinyurl.com/yh22z3a6

Levin, R. B., O'Brien, A. A. y Zuberi, M. M. (2024). Real Regulation of Virtual Currencies. En Chuen, D. L. K. (Ed.), *Handbook of Digital Currency. Bitcoin, Innovation, Financial Instruments, and Big Data* (2ª ed., pp. 309-340). Elsevier Academic Press.

Linares Quintana, S. V. (1979). *Tratado de la ciencia del Derecho constitucional argentino y comparado* (Tomo 5). Plus Ultra.

Locke, J. (1988 [1689]). *Two Treatises of Government* (Tomo II). Cambridge University Press.

Maine, J. A. (2025). Virtual Currency as Real Currency. *Drexel Law Review, 17*(3), 763-856.

Martini, L. J. (2020). La redefinición del dinero en el nuevo contexto social, cultural y económico, tecnológico y semántico de las sociedades posindustriales. *La Ley, 2020-D*, 395-411.

Maurer, B., Nelms, T. C. y Swartz, L. (2013). When perhaps the real problem is money itself!: the practical materiality of Bitcoin. *Social Semiotics, 23*(2), 261-277. http://dx.doi.org/10.1080/10350330.2013.777594

McKinney, R. E., Shao, L. P., Rosenlieb, D. C. y Shao, D. H. (2024). Counterfeiting in Cryptocurrency: An Emerging Problem. En Chuen, D. L. K. (Ed.), *Handbook of Digital Currency. Bitcoin, Innovation, Financial Instruments, and Big Data* (2ª ed., pp. 169-183). Elsevier Academic Press.

Menger, C. (1976 [1871]). *Principles of Economics* (Trad. Ludwig von Mises Institute, James Dingwall y Bert F. Hoselitz).

Merriam-Webster. (2026). *Dictionary.* https://www.merriam-webster.com

Mihura Estrada, R. (2018). Ganancias financieras derivadas de criptomonedas y 'monedas digitales'. En Braccia, M. F. (Dir.), *Aspectos relevantes de la reforma tributaria en materia de tributación internacional* (pp. 399-424). Thomson Reuters La Ley.

Mihura Estrada, R. (2023). Principios del Derecho de la criptoeconomía. *La Ley, t. 2023-E*, 310-331.

Mihura Estrada, Ricardo (30 de julio de 2023). Regulación en Blockchain: Mientras EEUU reprime y Europa legisla: ¿Qué hace y qué podría hacer Argentina? *BeInNews Academy*. https://tinyurl.com/cwmspf7c

Nakamoto, S. (2008). *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*. https://bitcoin.org/bitcoin.pdf

National Institute of Standards and Technology. (2005). *Announcing Approval of the Withdrawal of Federal Information Processing Standard (FIPS) 46–3, Data Encryption Standard (DES); FIPS 74, Guidelines for Implementing and Using the NBS Data Encryption Standard; and FIPS 81, DES Modes of Operation*. https://tinyurl.com/5exsc863

Nian, L. P. y Chuen, D. L. K. (2024). Introduction to Bitcoin. En Chuen, D. L. K. (Ed.), *Handbook of Digital Currency. Bitcoin, Innovation, Financial Instruments, and Big Data* (2ª ed., pp. 3-28). Elsevier Academic Press.

Oral, T. (2025). Legal Nature of Cryptocurrencies in Comparative Law, Use of Them in Contracts and for Performance Purposes and Investing Cryptocurrencies in Commercial Companies as Share Capital in Turkish Law. *Juridical Tribune. Review of Comparative and Interna-*

*tional Law, 15*(1), 184-203. https://tinyurl.com/dbwbjhc7

Paolantonio, M. E. (2024). Primeras consideraciones sobre los criptoactivos y la conveniencia y alternativas para su regulación. En Alegría, H., Araya, M. C., Balbín, S., Boretto, M., Cabanellas, G., Cracogna, D., Gagliardo, M., Olivera García, R., Paolantonio, M. E., Rovira, A. L. y Schneider, L. R., *Estudios de Derecho empresarial* (pp. 279-307). Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires/Thomson Reuters La Ley. https://tinyurl.com/ebhydntw

Papadopoulos, G. (2024). Blockchain and Digital Payments: An Institutionalist Analysis of Cryptocurrencies. En Chuen, D. L. K. (Ed.), *Handbook of Digital Currency. Bitcoin, Innovation, Financial Instruments, and Big Data* (2ª ed., pp. 147-167). Elsevier Academic Press.

Piñeyro, A. E. (2020). ¿Todas las empresas pueden usar Blockchain? (trabajo final). Maestría en Administración de Empresas, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Católica Argentina. https://tinyurl.com/cza8vnax

Real Academia Española. (2017). *Diccionario de la lengua española* (actualización 2025). https://dle.rae.es

Reiff, N. (15 de octubre de 2025). *Is Cryptocurrency Vulnerable to Hacks? Blockchain and Wallet Security Explained*. Investopedia. https://tinyurl.com/sjj82ftt

Río, M. (1970). *La esencia del Derecho. La justicia.* Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. https://drive.google.com/file/d/1leVJqWx5CEJ8bZRjWWvvrzzw162yQ714/view

Rivera, J. C. (2005). Globalización y derecho. Las fuentes del Derecho de los contratos comerciales. *La Ley, t. 2005-F*, 1005-1026.

Sacristán, E. B. (2008). Los cargos específicos de la ley 26095. (Un costo, desagregado, muy especial, y las enseñanzas de Marienhoff). *Revista Derecho Administrativo*, (66), 1157-1176.

Sacristán, E. B. (2025). Moneda: Algunas clasificaciones. *Revista Derecho Administrativo*, (162), 230-293.

Santarelli, F. (2022). Contratos autoejecutables: *smart contracts*. En Tobías, J. W. (Dir.), *Las nuevas tecnologías y el Derecho* (pp. 264-272). Thomson Reuters La Ley/Instituto de Derecho Civil, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Satoshi Nakamoto Institute. (9 de junio de 2009). Bitcoin v0.1 released [email]. https://satoshi.nakamotoinstitute.org/emails/cryptography/16/

Saux, E. I. (2022). Algunas reflexiones sobre la notable incidencia de las nuevas tecnologías en ámbitos del Derecho privado de tradicional conformación: la persona y el contrato. En Tobías, J. W. (Dir.), *Las nuevas tecnologías y el Derecho* (pp. 49-81). Thomson Reuters La Ley/Instituto de Derecho Civil, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Schneider, J. (2024). *A brief history of cryptography: Sending secret messages throughout time.* IBM-blog. https://www.ibm.com/think/topics/cryptography-history

Scott, A. P., Su, E. y Tierno, P. (16 de mayo de 2022). *Algorithmic Stablecoins and the TerraUSD Crash*. Congressional Research Service. https://www.congress.gov/crs-product/IN11928

Simmel, G. (1978 [1907]). *The Philosophy of Money*. Routledge Classics.

Susskind, R. (1996). *The Future of Law. Facing the Challenges of Information Technology*. Oxford University Press.

Szabo, N. (1994). *Smart Contracts*. https://tinyurl.com/3pz9b3d2

Szabo, N. (1997). *The Idea of Smart Contracts*. https://tinyurl.com/52hrwjev

Tierno, P. (12 de julio de 2023). *Stablecoin Policy Issues for the 118th Congress*. Congressional Research Service. https://tinyurl.com/y23ta82x

Tierno, P. (2025a). *Introduction to Cryptocurrency*. Congressional Research Service. https://www.congress.gov/crs-product/IF12405

Tierno, P. (2025b). Tokenized Assets. En *Focus*. Congressional Research Service. https://tinyurl.com/yeepb4na

Uzal, M. E. (2024). Los contratos internacionales, hoy. *Revista Jurídica de Buenos Aires, 49*(108-I), 9-30. https://tinyurl.com/yk9zr687

Von Mises, L. (1934a). *Human Action. A Treatise on Economics*. Ludwig von Mises Institute.

Von Mises, L. (1934b). *The Theory of Money and Credit* (Liberty Fund, translation of *Theorie des Geldes und der Umlaufsmittel* by H. E. Batson). Jonathan Cape Ltd.

Waller, C. J. (2021). Reflections on Stablecoins and Payments Innovations. En *Planning for Surprises, Learning from Crises*. 2021 Financial Stability Conference, Cleveland, Ohio, 17 de noviembre de 2021. Board of Governors of the Federal Reserve System. https://tinyurl.com/vvnyybw3

Wang, Y. (2024). Introduction to Central Bank Digital Currency and Key Considerations. En Chuen, D. L. K. (Ed.), *Handbook of Digital Currency. Bitcoin, Innovation, Financial Instruments, and Big Data* (2ª ed., pp. 605-615). Elsevier Academic Press.

Watsky, C., Allen, J., Daud, H., Demuth, J., Little, D., Rodden, M. y Seira, A. (23 de febrero de 2024). Primary and Secondary Markets for Stablecoins. En *FEDS Notes*. Board of Governors of the Federal Reserve System. https://tinyurl.com/458df9zc

Wood, G. y Buchanan, A. (2024). Advancingz Egalitarianism. En En Chuen, D. L. K. (Ed.), *Handbook of Digital Currency. Bitcoin, Innovation, Financial Instruments, and Big Data* (2ª ed., pp. 363-379). Elsevier Academic Press.

World Bank. (2021). *Central Bank Digital Currencies for Cross-Border Payments: A Review of Current Experiments and Ideas*. http://hdl.handle.net/10986/36764

Xu, W. (2024). Tokenization and Enterprise Blockchain. En Chuen, D. L. K. (Ed.), *Handbook of Digital Currency. Bitcoin, Innovation, Financial Instruments, and Big Data* (2ª ed., pp. 617-645). Elsevier Academic Press.

*XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. (2024). 26, 27 y 28 d septiembre 2024, Universidad Austral, Campus de Pilar. https://www.austral.edu.ar/derecho/jndc/

Yaga, D., Mell, P., Roby, N. y Scarfone, K. (2018). *Blockchain Technology Overview*. National Institute of Standards and Technology, 8202. https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/ir/2018/NIST.IR.8202.pdf

## Legislación citada

### Argentina

Comunicación BCRA 'A' 7759, de 04/05/2023. https://www.bcra.gob.ar/Pdfs/comytexord/A7759.pdf

Constitución Nacional (BO 23/08/1994, texto publicado bajo Ley 24430, BO 10/1/1995).

Decreto 70/2023, bases para la reconstrucción de la economía argentina (BO 21/12/2023).

Decreto 512/2009, estrategia de agenda digital, (BO 12/05/2009), abrogado por Decreto 996/2018 (BO 05/11/2018).
Decreto 554/1997, acceso los habitantes de la República Argentina a la *Internet* (BO 23/06/1997).
Decreto 735/1997, creación de la Comisión de Conexión con *Internet* (BO 08/08/1997).
Decreto 1322/1996, conexión de *internet* y páginas *web* (BO 26/11/1996).
Ley 15336, régimen de la energía eléctrica (BO 22/09/1960).
Ley 25246, lavado de activos de origen delictivo, (BO 10/05/2000), modificada por Ley 27739 (BO 15/03/2024).
Ley 25326, hábeas data (BO 02/11/2000).
Ley 25506, firma digital (BO 14/12/2001).
Ley 26529, derechos del paciente (BO 20/11/2009).
Ley 26831, mercado de capitales (BO 28/12/2012).
Ley 26994, aprobación del Código Civil y Comercial (CCyC) (BO 08/10/2014).
Ley 27175, acceso a la información pública (BO 29/09/2016).
Ley 27430, modificatoria del régimen de impuesto a las ganancias (BO 29/12/2017).
Resolución General CNV 1058/2025, proveedores de servicios de activos virtuales (BO 14/03/2025).
Resolución SC 498/1987, (BO 18/11/1987), modificada por Resolución 107/1990 (BO 13/02/1990) abonados móviles.
Resolución SeNaSA 443/2022, política de uso aceptable de correo electrónico, *internet*, *intranet* y red de datos (BO 020/8/2022).
Resolución SIP 17/2022, lineamiento nacional de blockchain (BO 07/12/2022).
Resolución SSIC 6/1991, metrología legal, instrumentos de medición reglamentados, actualmente abrogada (BO 09/01/1991).
Resolución UIF 49/2024, mitigación de los riesgos de lavado de activos y financiación del terrorismo (BO 25/03/2024).
Resolución UIF 70/2011, reporte sistemático de operaciones *on line* (BO 30/05/2011); su modificatoria, Resolución UIF 300/2014, sobre monedas virtuales (BO 10/07/2014).
Resolución UIF 242/2023, riesgos de lavado de activos y financiación del terrorismo (BO 30/11/2023).
Resolución UIF 300/2014, prevención de lavado de activos y de la financiación del terrorismo (BO 10/07/2014).

### Extranjera

Estados Unidos. E.O. 14178, *Federal Register* 31/01/2025, sobre tecnología digital financiera.
Estados Unidos. *Guiding and Establishing Innovation for U.S. Stablecoins Act (GENIUS Act)*, July 18, 2025, Pub. L. 119-27.
Estados Unidos. *Public Law 117-58 – Infrastructure Investment and Jobs Act*, Nov. 15, 2021, 135 Stat. 1340.
Estados Unidos. Uniform Law Commission and the American Law Institute (2022) *Uniform Commercial Code Amendments*.
Reino Unido. *Property (Digital Assets etc) Act 2025*. https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2025/29/pdfs/ukpga_20250029_en.pdf

### Proyectos de ley citados

Estados Unidos. Congress.gov. "Text - H.R. 3633 - 119th Congress (2025-2026): Digital Asset Market Clarity Act of 2025". Sept. 18, 2025. https://www.congress.gov/bill/119th-congress/house-bill/3633/text

## Jurisprudencia citada

### Argentina

*Banco de la Nación Argentina c/ Córdoba, Provincia de s/ acción contencioso administrativa*, Fallos: 336:521, de 04/06/2013.

*Bourdieu, Pedro Emilio c/ Municipalidad de la Capital*, Fallos: 145:307, de 16/12/1925.

*Caffarena, José c/Banco Argentino del Rosario de Santa Fé*, Fallos: 10:427, de 21/09/1871.

*Cavallo, Domingo Felipe s/ recurso de casación*, Fallos: 327:4376, de 19/10/2004.

*Colgate Palmolive Argentina S.A y otros c/ Buenos Aires, Provincia de*, C.721.XXXIX, de 01/10/2013.

*Gauna, Juan Octavio s/ acto comicial 29/3/1997*, Fallos: 320:875, de 07/05/1997.

*Hidronor S.A. Hidroeléctrica Norpatagónica c/ Provincia del Neuquén,* Fallos: 302:1461, de 04/12/1980.

*Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires c/ Empresa Nacional de Correos y Telégrafos*, Fallos: 320:2701, de 10/12/1997.

*Nación Argentina c/ Unzué de Cobo, Josefina*, Fallos: 227:863, de 30/12/1953.

*Reckitt Benckiser Argentina S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*, Fallos: 336:1570, de 01/10/2013.

*Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus*, Fallos: 328:1146, de 03/05/2005.

### Estados Unidos

Southern District of New York. United States District Court. *Securities and Exchange Commission v. Ripple Labs, Inc. Bradley Garlinghouse, and Christian A. Larsen*, de 13/07/2023. https://www.nysd.uscourts.gov/sites/default/files/2023-07/SEC%20vs%20Ripple%207-13-23.pdf

Supreme Court of the United States. *Campbell v. Holt*, 115 U.S. 620 (1885).

Supreme Court of the United States. *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997).

Supreme Court of the United States. *Wisconsin Central Ltd. v. United States*, 585 U.S. 274 (2018).

### Otros tribunales

Australia. The Supreme Court of Tasmania (Full Court). *Poulton v Conrad* [2025] TASFC 7, file 896/2025, 19/9/2025. https://tinyurl.com/y2dnr866

Reino Unido. Court of Appeal of England and Wales. *Colonial Bank v Whinney* [1885] L. R. 30 Ch. D. 261.

Reino Unido. High Court of Justice. Business & Property Courts of England and Wales. Commercial Court (QBD). *AA v. Persons Unknown* [2019] EWHC 3556 (Comm), 13/12/2019. https://tinyurl.com/y93p6smx

Reino Unido. High Court of Justice. Business and Property Courts of England and Wales.

Business List (ChD). *D'Aloia v Persons Unknown* [2024] EWHC 2342 (Ch). https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2024/2342.html

Unión Europea. Corte de Justicia de la Unión Europea (Quinta Cámara). *Skatteverket v. David Hedqvist*, 22/10/2015. https://tinyurl.com/yzxv287f

## Roles de autoría y conflicto de intereses

La autora declara haber desempeñado todos los roles de autoría del presente artículo, no poseer conflicto de interés alguno con respecto a este, no haber recibido fondos oficiales para llevar adelante la investigación y no haber utilizado inteligencia artificial.

# ¿Daño o derecho? El proyecto de vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

**Jorge Nicolás Lafferriere**[1]

Pontificia Universidad Católica Argentina (Argentina)
nicolas_lafferriere@uca.edu.ar
https://orcid.org/0000-0003-2600-2226

**Camila Brugnoni**[2]

Pontificia Universidad Católica Argentina (Argentina)
camilabrugnoni@uca.edu.ar
https://orcid.org/0009-0005-3856-6733

**Recibido:** 30/03/2026
**Aceptado:** 20/05/2026

https://doi.org/10.26422/RJA.2026.0701.laf

1 Profesor titular ordinario de Derecho Civil de Abogacía (Pontificia Universidad Católica Argentina). Profesor regular titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Director del Proyecto "Reconstrucción de líneas jurisprudenciales de la Corte IDH en torno al derecho a la vida a partir de un análisis dinámico" (VRII-UCA 8002024030017CT).

2 Abogada (Pontificia Universidad Católica Argentina). Becaria doctoral UCA-CONICET. Integrante del Proyecto "Reconstrucción de líneas jurisprudenciales de la Corte IDH en torno al derecho a la vida a partir de un análisis dinámico" (VRII-UCA 8002024030017CT). Graduada de la diplomatura en Liderazgo Humanista (Pontificia Universidad Católica Argentina) y diplomada en Derechos Humanos (Universidad Austral). Adscripta de Derecho de Familia y Derecho Sucesorio (Pontificia Universidad Católica Argentina).

**Resumen**

Este trabajo tiene por objetivo estudiar el itinerario jurisprudencial del daño al proyecto de vida como un rubro indemnizatorio ante las violaciones de derechos humanos en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el período 1998-2025. Esta línea jurisprudencial no ha estado exenta de cambios, sobre todo en lo que concierne a las medidas de reparación de ese daño y su diferenciación de otros tipos de daño, como el moral o inmaterial. De septiembre de 2023 en adelante, se produce un cambio sustantivo en ese recorrido, pues la Corte comienza a mencionar la afectación del proyecto de vida en los puntos resolutivos de sentencias en casos contenciosos y algunos jueces firman votos separados para sostener que el proyecto de vida debe ser reconocido como un derecho. Este trabajo estudia dicha línea respecto a la naturaleza del concepto como rubro indemnizatorio o como derecho, con foco en los aspectos referidos a la actuación del tribunal en cuanto a la consistencia de su tratamiento del tema, con particular referencia a la ubicación metodológica del concepto dentro de las sentencias, a los escenarios fácticos y a los artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos implicados.

**Palabras clave:** proyecto de vida, derecho a la vida, Corte Interamericana de Derechos Humanos, medidas de reparación.

## Harm or Right? "The Life Project" in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights

**Abstract**

This paper aims to study the jurisprudential trajectory of the damage to life project as a form of compensation for human rights violations in the judgements of the Interamerican Court of Human Rights in the period 1998-2025. This line of jurisprudence has been developed, though not without changes, particularly regarding reparations for this damage and its differentiation from other types of damage, such as moral or non-material damage. Beginning in September 2023, a substantial shift occurred in this trajectory, as the Court began to mention the impact on life project in the operative clauses of judgments in contentious cases, and some judges issued separate opinions arguing that life project should be recognized as a right. This paper studies this jurisprudential trajectory concerning the nature of the concept as a form of compensation or as a right, focusing on aspects related to the Court's actions regarding the consistency of its treatment of the issue, with particular reference to the methodological placement of the concept within the judgments, the factual scenarios, and the articles of the American Convention on Human Rights involved.

**Key words:** life project, right to life, Inter-American Court of Human Rights, reparation measures.

## 1. Introducción

Dentro del contexto de la determinación de los alcances del daño a la persona humana, sobre todo por impulso de Fernández Sessarego (1995, 2003, 2010), se ha acuñado la noción de "daño al proyecto de vida" como una de las dimensiones que deben considerarse al momento de la reparación de conductas que lesionan bienes jurídicos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), desde 1998 en el caso *Loayza Tamayo* (1998, C042), ha incorporado este concepto a su jurisprudencia como un tipo de daño merecedor de reparación y ha consolidado una línea jurisprudencial sobre el tema, no sin algunas controversias. Sin embargo, a partir de 2023, la Corte IDH comenzó a mencionar al "proyecto de vida" en forma más articulada y sistemática dentro de las secciones de fondo y los puntos resolutivos de sus sentencias en casos contenciosos, dándole así una cierta jerarquía jurídica al concepto. Al mismo tiempo, en 2024 y 2025, distintos jueces firmaron votos parcialmente disidentes en los que señalaron que el proyecto de vida debe ser reconocido como un derecho autónomo.

Así, este artículo se propone indagar la jurisprudencia de la Corte IDH sobre la noción de "proyecto de vida" a fin de determinar la forma en que ha sido tratada por el tribunal, con especial atención al período reciente (2023-2025), en el que el debate se ha intensificado. Nuestro objetivo es reconstruir la línea jurisprudencial de la Corte IDH en torno a la naturaleza jurídica del proyecto de vida para determinar si ha sido constante o errática. Para ello, tendremos en cuenta especialmente la ubicación metodológica de esta noción dentro de las sentencias, los escenarios fácticos y los artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH) implicados. El artículo apunta a visualizar cómo el tribunal construye y modifica criterios decisionales y cómo se comporta en relación con el autoprecedente.

La importancia de reconstruir una línea jurisprudencial ha sido enfatizada por López Medina (2006), quien explica que el desarrollo del derecho de origen jurisprudencial "se logra de manera lenta y progresiva por cuanto es necesario, para lograr la identificación de la subregla vigente en un momento dado [...] hacer un análisis temporal y estructural de varias sentencias que se relacionan entre sí" (p. 139). Ello presupone la formulación de un problema jurídico, entendido como "la pregunta que encabeza la línea de jurisprudencia y que el investigador intenta resolver mediante la identificación y la interpretación dinámicas de varios pronunciamientos judiciales" (p. 147). En concreto, en nuestro caso el problema es si el proyecto de vida es un tipo de daño para la

Corte IDH. A ello se adiciona una nueva y reciente pregunta que ha surgido de la etapa exploratoria de identificación de sentencias que abordan el proyecto de vida y que se vincula con determinar si, además, la Corte lo considera como un nuevo derecho.

Al respecto, los estudios doctrinarios en general se han detenido a estudiar la problemática del proyecto de vida en el contexto del derecho de daños. Así, Fernández Sessarego (2003) ha dicho que

> el más grave daño que se puede causar a la persona es aquel que repercute de modo radical en su "proyecto de vida" es decir, aquel acto dañino que impide que el ser humano se realice existencialmente de conformidad con dicho proyecto libremente escogido, atendiendo a nuestra personal vocación. (p. 660)

A su vez, en general los autores vinculan este concepto con diversos derechos, como afirma Irigoín Cubas (2024):

> si bien el derecho al proyecto de vida posee un contenido e implicancia propia y diferenciada de los otros derechos, se trata de un bien jurídico, que, por su particularidad y eficiencia, requiere de la existencia y el ejercicio de los otros derechos, como son la libertad, educación y, obviamente, la propia vida. (p. 578)

Sin embargo, más recientemente, algunos han planteado si el proyecto de vida no debe adquirir el "estatus de categoría jurídica independiente" (Ordóñez Carpio y Zamora Vázquez, 2024, p. 11). En esta línea, Mayos Solsona (2024) considera que el proyecto de vida "es un derecho, un derecho humano muy especial, de profundo alcance y, por tanto, un metaderecho" (p. 208).

Justamente, en el año 2024 comienzan los votos disidentes en el contexto de la Corte IDH en los que los jueces llaman a reconocer al proyecto de vida como un derecho autónomo, que serán objeto de análisis en este trabajo.

Las implicaciones prácticas de esta distinción entre daño o derecho son importantes. La consideración del proyecto de vida en el marco de los daños resarcibles supone una obligación de reparar, incluso con medidas que van más allá de la indemnización pecuniaria (como, por ejemplo, las becas), a tenor de lo dispuesto por el artículo 63.1 de la CADH.

En cambio, si se crea un nuevo derecho, se generan obligaciones adicionales a los Estados, como lo han sostenido algunos jueces:

> [L]a declaración de autonomía de un derecho busca maximizar la protección de sus titulares y ofrecer la seguridad jurídica necesaria para que los Estados,

> los particulares y las entidades internacionales cumplan con las obligaciones de protección y promoción derivadas del derecho en cuestión.[3]

Desde ya, la consideración del proyecto de vida como un tipo de daño no resulta incompatible con su conceptualización como un derecho. Pero esta última postura plantea problemas muy importantes en torno a qué es un derecho, cómo se lo reconoce, qué lugar ocupan las fuentes del derecho para tal reconocimiento y las atribuciones de la Corte IDH para adicionar nuevos derechos al catálogo de los que están mencionados explícitamente en la CADH (Candia Falcón, 2015; Chávez-Fernández Postigo y Valdivia-Aguilar, 2016).

Ahora bien, por razones de extensión, este trabajo no ingresará en ese problema ni en las cuestiones de fondo vinculadas con la determinación de la naturaleza jurídica del proyecto de vida, sino que está focalizado en la reconstrucción de la línea jurisprudencial con los alcances antes explicados y con la convicción de que ello abre perspectivas para potenciales investigaciones sobre la cuestión de la naturaleza jurídica del proyecto de vida, al mostrar cómo es tratado en el tribunal y las inconsistencias que presenta la jurisprudencia.

En este trabajo dividimos el análisis de las sentencias en dos etapas. La primera va desde noviembre de 1998 a mayo de 2023 y está caracterizada por la consideración de la afectación del proyecto de vida como un rubro indemnizatorio. Esta etapa ya ha sido estudiada por otros autores (Fernández Sessarego, 2003; Nuez Sánchez-Cascado, 2020; Oyague y Mayorca, 2018) y por ello el abordaje no será exhaustivo sobre todas las sentencias de la Corte IDH del período, sino que se ha hecho una selección de casos para reconstruir la línea jurisprudencial referida a si el proyecto de vida es un tipo de daño indemnizable (ver Anexo, Tabla 1).[4] La segunda etapa se extiende entre septiembre de 2023 y diciembre de 2025 y en ella analizamos en forma exhaustiva todas las sentencias en las que se menciona el concepto.[5] Desde un punto de vista meto-

---

3 Voto de los Jueces Ferrer Mac-Gregor y Pérez Manrique, "Caso Comunidades Quilombolas de Alcântara", 2024, C548, párr. 24.

4 Metodológicamente, se hizo una búsqueda en Google para este período con base en la frase exacta "proyecto de vida" y en el sitio: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos y se identificaron las sentencias en las que la frase es mencionada por la Corte en su discurso, de modo que se excluyen menciones hechas por representantes de las víctimas, el Estado, la Comisión o peritos, salvo cuando es estrictamente necesario. Esa búsqueda arrojó 23 sentencias. A ello se adicionaron otras 16 sentencias de este período que la propia Corte cita en su fallo *Pérez Lucas* (04/09/2024, C536, nota al pie 185).

5 En este caso, se revisaron todas las sentencias publicadas por la Corte IDH en su sitio: https://corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm hasta el año 2025 y se seleccionaron aquellas en las que la frase

dológico, cabe señalar que el foco principal de investigación está puesto en este período, por encontrarse allí la novedad que se quiere resaltar en este trabajo y que refiere a la inclusión del concepto de "proyecto de vida" en los puntos resolutivos de las sentencias y la aparición de votos disidentes que impulsan el reconocimiento del proyecto de vida como un derecho autónomo. En este período, se han dictado veintidós sentencias en casos contenciosos en las que la Corte IDH, de forma expresa, aborda la cuestión del daño al proyecto de vida (ver Anexo, Tabla 2) y se consolida la línea jurisprudencial referida al proyecto de vida como un tipo de daño y surge la pregunta de si existe o no una nueva línea que sostenga que el proyecto de vida debe ser considerado como un derecho autónomo.

En este marco, en el apartado 2 de este trabajo abordamos la primera etapa (1998-2023), con foco en la sentencia *Loayza Tamayo* (1998, C042). Asimismo, presentamos en forma cronológica el camino, no exento de idas y vueltas, hacia la consolidación del daño al proyecto de vida como un tipo de daño que la Corte IDH busca reparar, finalizando con una recapitulación de algunos hallazgos que deja esta etapa de la línea jurisprudencial. En el apartado 3 se analizan las sentencias dictadas entre septiembre de 2023 y diciembre de 2025, con foco en la inserción metodológica del concepto en las secciones de fondo, de reparaciones o en los puntos resolutivos. También ofrecemos un panorama de los escenarios fácticos en los que se trata el tema, sobre todo en conexión con los artículos de la CADH que son violados en relación con el proyecto de vida. En el apartado 4 nos detenemos en el estudio de los votos que propugnan el reconocimiento de un derecho autónomo al proyecto de vida. Se trata de ver los fundamentos que alegan los jueces. Esta postura motiva que otros jueces dicten votos para negar que se deba crear un "derecho" al proyecto de vida y reafirman el carácter de rubro indemnizatorio. En el apartado final ofrecemos las conclusiones.

Cabe aclarar que, por razones de extensión, no examinaremos en profundidad los estándares que los jueces de la Corte IDH incluyen en sus votos y que luego son citados a modo de "fórmulas" que reflejan los principales contenidos jurídicos de la sentencia en torno al concepto de proyecto de vida. Tampoco se analizarán las citas jurisprudenciales de la Corte IDH que sustentan esos estándares. El tema presenta complejidades propias (De Casas, 2025) y entendemos que ello constituye material para un análisis posterior.

"proyecto de vida" es mencionada por la Corte en su discurso.

## 2. El proyecto de vida en la jurisprudencia de la Corte IDH en la etapa 1998-2023

En la primera etapa, analizamos 39 sentencias dictadas entre noviembre de 1998 y mayo de 2023 en las que el concepto de "proyecto de vida" aparece en las consideraciones de fondo, en las resoluciones y en votos concurrentes y parcialmente disidentes. En la Tabla 1, ubicada en el anexo, se presenta la enumeración de los casos, sus fechas, los escenarios fácticos en los que se presenta la cuestión, en qué párrafos se alude al proyecto de vida en el fondo, en las reparaciones y en los puntos resolutivos y cuáles son los artículos implicados de la CADH.

Esta etapa se inicia con el caso *Loayza Tamayo* (1998, C042), que es analizado en detalle por su importancia en lo que concierne a nuestro tema. Luego se presentan las otras sentencias y ofrecemos una recapitulación de los principales hallazgos de esta etapa.

### 2.1 El caso *Loayza Tamayo*

La Corte IDH dictó la sentencia de fondo en *Loayza Tamayo* (1997, C033)[6] y condenó al Estado por la violación de los artículos 5, 7, 8.1, 8.2 y 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en perjuicio de una profesora universitaria, detenida y juzgada por el delito de traición a la patria, quien sufrió una detención ilegal, fue sometida a tratos crueles, inhumanos o degradantes por haber sido exhibida en forma pública con traje infamante por los medios de comunicación, haber sido aislada en celda reducida y haber recibido golpes y otros maltratos, entre otras afectaciones. Establecida la condena del Estado, con posterioridad la Corte IDH dictó una segunda sentencia dedicada a las reparaciones y costas en *Loayza Tamayo* (1998, C042), donde por primera vez se pronuncia de manera expresa sobre la afectación del proyecto de vida de la víctima al momento de determinar la forma de reparación por la violación de derechos humanos.

Luego de dedicar un apartado a las reparaciones (IX), el daño material (X) y el daño moral (XI), el apartado XII se titula "Proyecto de vida" y comprende los párrafos 144-154. Comienza explicando que la víctima le solicitó a la Corte IDH pronunciarse sobre la indemnización que pudiera corresponderle bajo el concepto de daños al "proyecto de vida" (párr. 144). La Corte manifestó que

6 En el trabajo, por razones prácticas, se identifican las sentencias de la Corte correspondientes a la Serie C bajo un formato abreviado. En el ejemplo, la Serie C No. 33, se identifica como C033.

este concepto ha sido materia de análisis por parte de la doctrina[7] y la jurisprudencia reciente y diferencia esta noción de la del daño emergente y del lucro cesante. Para el tribunal, el "proyecto de vida" "atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas" (párr. 147). Luego, sostuvo que se lo asocia

> al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. (párr. 148)

En el caso, la Corte IDH reconoció la existencia de un grave daño al proyecto de vida de la víctima. Sin embargo, señaló que la evolución de la jurisprudencia y la doctrina hasta esa fecha no permitía traducir ese reconocimiento en términos económicos y, por ello, se abstuvo de cuantificarlo (párr. 153). No obstante, afirmó que el acceso a la jurisdicción internacional y la sentencia constituyen "un principio de satisfacción" (párr. 154) y que las condenas por daños materiales y morales que se disponen en otras partes de la misma sentencia contribuyen "a compensar a la víctima" (párr. 154). De esta manera, hay en *Loayza Tamayo* un reconocimiento del daño al proyecto de vida, con medidas de compensación o satisfacción no monetarias.

Ahora bien, en su voto parcialmente disidente en *Loayza Tamayo* (1998, C042), el juez Carlos Vicente de Roux Rengifo sostuvo que el monto de la indemnización compensatoria debía comprender también una cantidad de dinero destinada a reparar los daños en el proyecto de vida de la víctima. Asimismo, expresó que la Corte IDH ha dado un paso adelante al considerar el daño al proyecto de vida como un rubro a tener en cuenta en ciertos casos de violación de los derechos humanos y que, si bien la cuestión del daño al proyecto de vida no tiene aún arraigo en la jurisprudencia y en la doctrina, no es del todo ajena a ellas. Indicó que

> tribunales judiciales de diversa naturaleza, en diferentes latitudes, se han ocupado ya de la alteración de las condiciones de existencia de la víctima como un tipo de daño que merece ser reparado, y han evaluado esas condiciones, de alguna manera, en un sentido dinámico, que involucra las perspectivas y proyectos del damnificado.

7 Cabe aclarar que la Corte IDH no indica a qué doctrina se refiere.

A su vez, aclaró que "no toda modificación de las condiciones de existencia merece ser indemnizada", sino que "debe tratarse de cambios de mucha entidad, que trastoquen a fondo, por ejemplo, el marco afectivo y espiritual en que se desenvuelve la vida de la familia, o trunquen una evolución profesional que ha consumido grandes esfuerzos y empeños".

En su voto razonado conjunto, los jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli, en *Loayza Tamayo* (1998, C042), mencionaron la necesidad de un mayor desarrollo jurisprudencial en materia de las reparaciones de violaciones de los derechos humanos. Entendieron que el proyecto de vida se encuentra indisolublemente vinculado a la libertad como derecho. Expresaron que "el daño al proyecto de vida amenaza, en última instancia, el propio sentido que cada persona humana atribuye a su existencia de cada persona a elegir su propio destino".

Por su parte, el juez Jackman, en su voto razonado concurrente, manifestó que la noción del proyecto de vida, que es un concepto nuevo en la jurisprudencia de esta Corte, "adolece de falta de claridad y fundamento jurídico". En su opinión, "los precedentes que la Corte ha establecido en su jurisprudencia le permiten, sin necesidad de crear un nuevo rubro de reparaciones, evaluar el daño al que se ha hecho referencia y ordenar las medidas pertinentes" y que "no hay cabida ni necesidad para la inserción de nuevos rubros de reparación en la jurisprudencia de la Corte, sobre todo si dichos rubros están definidos en términos que resultan excesivamente amplios y generales".

En síntesis, la sentencia en *Loayza Tamayo* (1998, C042) marca un punto de inflexión en la jurisprudencia de la Corte IDH, pues introduce el daño al proyecto de vida como una categoría autónoma e independiente de daño. Se trata de un rubro que la Corte acoge a petición de la víctima y pese a que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos inicialmente no apoyó este reclamo (Faúndez Ledesma, 2004, p. 839). El tribunal lo deslinda de otros conceptos como el daño emergente o el lucro cesante (Nuez Sánchez-Cascado, 2020), aunque, como mencionamos anteriormente, concluyó que no era cuantificable en el caso concreto. Sin embargo, como hemos visto, esta nueva dimensión del deber de reparar no estuvo exenta de controversias, como lo expresa la disidencia del juez Jackman. Este antecedente resulta de relevancia y deja entrever la complejidad propia de la noción.

## 2.2 La jurisprudencia posterior a *Loayza Tamayo*

### 2.2.1 El camino de consolidación del daño al proyecto de vida como rubro indemnizatorio

Si en *Loayza Tamayo* (1998, C042) la Corte IDH había hecho un desarrollo autónomo y significativo del concepto de daño al proyecto de vida, en las sentencias siguientes se puede verificar que la línea jurisprudencial se va consolidando, aunque no sin vacilaciones en tal camino. En la Tabla 1, ubicada en el Anexo, se puede ver el detalle de las sentencias del período, con la explicitación de los casos en los que este tema es mencionado en las secciones de fondo o en las reparaciones y, si es mencionado en los temas de fondo, con los artículos a los que se vincula. A continuación, ofrecemos una síntesis cronológica de este itinerario.

El caso *Niños de la Calle* (1999, C063) versó sobre el secuestro, la tortura y el asesinato de jóvenes en situación de riesgo en un determinado contexto. La Corte IDH concluyó que el Estado violó los artículos 4, 5.1, 5.2., 7, 19 de la CADH, entre otros. En el párrafo 191 de la sección de fondo, al analizar los derechos del niño (art. 19 de la CADH), la Corte IDH se refirió a que "todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos". En su voto concurrente conjunto, los jueces Trindade y Abreu Burelli afirmaron que el proyecto de vida es consustancial del derecho a la existencia y requiere para su desarrollo condiciones de vida digna, de seguridad e integridad de la persona humana. También recordaron su voto razonado conjunto en el caso *Loayza Tamayo* (1998, C042), en el que sostuvieron que el daño al proyecto de vida debe ser integrado al universo conceptual de las reparaciones.

Dos años después, al momento de dictar la sentencia referida a las reparaciones del caso *Niños de la Calle* (2001, C077), la Corte volvió a retomar la noción de daño al proyecto de vida (párr. 89). Sin embargo, dispuso que se indemnizara el "daño moral". Esto significó un avance en relación con *Loayza Tamayo* (1998, C042) en cuanto se cuantificó un daño en términos pecuniarios, pero no se lo hizo bajo el rubro "proyecto de vida". Así, algún autor entendió que en *Niños de la Calle* (2001, C077) el concepto de proyecto de vida aparece desnaturalizado y pierde su especificidad y autonomía jurídica (Faúndez Ledesma, 2004, p. 843). Por otra parte, no puede ignorarse que esta sentencia es considerada un hito que marca un cambio en la jurisprudencia de la Corte sobre las reparaciones del daño inmaterial (Ratti Mendaña, 2024).

La Corte IDH cambió su parecer en *Cantoral Benavides* (2001, C088) cuando

decidió que la forma de restablecer el proyecto de vida de la víctima era mediante el otorgamiento por parte del Estado de una beca de estudios superiores o universitarios que cubriera todos los costos necesarios para que éste pudiera obtener un título profesional de un centro de reconocida calidad académica (párr. 80).[8] La sentencia de fondo de *Cantoral Benavides* (2000, C069) había condenado al Estado por la violación de derechos humanos por la privación ilegal de la libertad seguida de retención y encarcelamiento arbitrarios, tratos crueles, inhumanos y degradantes, violación a las garantías judiciales y doble enjuiciamiento de Luis Alberto Cantoral. Cabe señalar que en la sentencia de fondo la Corte IDH no hizo mención al concepto de proyecto de vida.

En su voto razonado en *Cantoral Benavides* (2001, C088), el juez Cançado Trindade entendió que el reconocimiento del daño al proyecto de vida de la víctima por parte de la Corte IDH en la presente sentencia, así como de la necesidad de repararlo, constituye una forma de satisfacción y se remitió a lo que el tribunal había señalado en *Loayza Tamayo* (1998, C042) en relación con la reclamación de daño al proyecto de vida.

En *Instituto de Reeducación del Menor* (2004, C112), la Corte IDH volvió a pronunciarse sobre este tema en relación con quienes se encuentran en situación de gran vulnerabilidad. Los hechos del caso se relacionan con la muerte de personas privadas de la libertad, adultos y niños ocurridas como consecuencia de tres incendios y de un fallecido por un disparo. Dentro del apartado de fondo dedicado a la violación de los artículos 4 y 5 de la CADH en relación con los artículos 19 y 1.1., la Corte IDH hace un estudio específico y propio de la afectación del proyecto de vida de las víctimas entre los párrafos 164 y 171 y entre el 172 y 176. En el primer tramo, se trata de

> establecer si el Estado, en cumplimiento de su posición de garante, adoptó las iniciativas para garantizar a todos los internos del Instituto, adultos y niños, una vida digna con el objeto de fortalecer su proyecto de vida, a pesar de su encierro. (párr. 164)

La Corte concluye que hubo violación del artículo 5 de la CADH. En el segundo tramo, la cuestión es determinar "si el Estado cumplió, respecto de los niños, con las obligaciones adicionales que emergen de los artículos 4, 5 y 19 de

8 También en *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco* (2018, C371, p. 351) y en *Caso Manuela y otros* (2021, C441, p. 279) se dispuso como reparación del daño al proyecto de vida la concesión de becas de estudio.

la Convención Americana, a la luz del *corpus juris* internacional existente sobre la especial protección que éstos requieren", dado que "estas medidas adquieren fundamental importancia debido a que los niños se encuentran en una etapa crucial de su desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social que impactará de una u otra forma su proyecto de vida" (párr. 172).

Así, la Corte concluye que en el caso hubo violación de los artículos 4.1., 5.1, 5.2. y 5.6 de la CADH. Sin embargo, en la sección referida a reparaciones no hubo mención al daño al proyecto de vida.

La sentencia del caso *Gutiérrez Soler* (2005, C132) puede considerarse como una sentencia "hito", pues la Corte IDH sistematiza la noción del proyecto de vida que ya había introducido en el caso *Loayza Tamayo* (1998, C042) (Galdámez Zelada, 2007, p. 446). El caso trató sobre la detención arbitraria del señor Wilson Gutiérrez Soler, quien además fue sometido a torturas y tratos crueles, inhumanos y degradantes y fue inducido bajo coacción a rendir declaración "en versión libre" sobre los hechos motivo de la detención. Luego se inició un proceso en su contra y finalmente fue absuelto. Producto de las amenazas que sufrió, el señor Gutiérrez Soler y su hijo tuvieron que exiliarse y, como resultado de los hechos, ambos se vieron perjudicados en sus posibilidades de trabajar y de mantener la estabilidad económica de sus familias. Además, la falta de recursos económicos provocó más separación familiar y limitó drásticamente las posibilidades de educación de sus hijos.

La Corte IDH, al igual que había hecho en *Loayza Tamayo* (1998, C042), dedicó un apartado específico al "proyecto de vida" en el capítulo sobre "reparaciones". Así, consideró que los hechos violatorios en contra del señor Gutiérrez Soler impidieron la realización de sus expectativas de desarrollo personal y vocacional, factibles en condiciones normales, y causaron daños irreparables a su vida, obligándolo a truncar sus lazos familiares y trasladarse al extranjero en condiciones de soledad, penuria económica y quebranto físico y psicológico; también indicó que la forma específica de tortura que la víctima sufrió no sólo ha dejado cicatrices físicas, sino que también ha disminuido de manera permanente su autoestima y su capacidad de realizar y gozar de relaciones afectivas íntimas, por lo que reconoció la ocurrencia de un daño al "proyecto de vida" del señor Gutiérrez Soler (párr. 89).

A la vez, la Corte IDH expresó que la naturaleza compleja e íntegra del daño al "proyecto de vida" exige medidas de satisfacción y garantías de no repetición que "van más allá de la esfera económica" (párr. 89). De este modo, remitió a otras formas de reparación que se vinculan con el tratamiento médico y psico-

lógico (párr. 103), el pedido de perdón del Estado en la audiencia (párr. 104), la publicación de la sentencia (párr. 105), la asistencia a cursos de derechos humanos de los funcionarios de la Policía Nacional (párr. 107) y la difusión e implementación del Protocolo de Estambul sobre exámenes médicos (párr. 110).

En su voto razonado en *Gutiérrez Soler* (2005, C132), el juez Jackman mencionó que, si bien no había participado en la sentencia *Cantoral Benavides* (2001, C088), si hubiera participado, se habría visto en la necesidad de expresar, tal como hizo mediante su voto separado en *Loayza Tamayo* (1998, C042), las reservas más fuertes en relación con la tesis de que ahora existe otra categoría de daños dirigida a la reparación del daño al "proyecto de vida" de la parte lesionada, la cual es, de alguna manera, separada y distinta a la categoría de daños actualmente conocida como daños "morales" o "inmateriales". Señaló que, si bien apoyó completamente el fallo de la Corte IDH en relación con las reparaciones ordenadas para el señor Gutiérrez Soler, no estaba convencido de que hubiera un elemento que lo llevara a modificar el punto de vista elaborado en *Loayza Tamayo* (1998, C042). Asimismo, añadió que el concepto de daño compensable al llamado "proyecto de vida" es una creación que no responde a una necesidad jurídica identificable.

Por su parte, el juez Cançado Trindade, en su voto razonado, expresó que, después de los avances jurisprudenciales sobre el concepto del derecho al proyecto de vida en los casos *Loayza Tamayo* (1998, C042), *Niños de la Calle* (1999, C063) y *Cantoral Benavides* (2001, C88), tenía la Corte IDH la ocasión de avanzar en la construcción jurisprudencial al respecto, pero la falta de consenso sobre qué rumbo tomar imposibilitó un nuevo avance. Igualmente, dijo estar de acuerdo con la sentencia de la Corte IDH en el presente caso y reflexionó sobre el proyecto de vida.

Dos casos resueltos entre 2007 y 2008 presentan la particularidad de que el propio Estado ofreció medidas reparatorias vinculadas con el daño al proyecto de vida. En el caso de la *Masacre de La Rochela* (2007, C0163) las partes llegaron a un acuerdo parcial de responsabilidad que incluyó "daño al proyecto de vida de las víctimas y sus familiares, exclusivamente en cuanto al tratamiento médico y psicológico para las víctimas y sus familiares" (párr. 21). En atención a ello, el Estado se comprometió a continuar gestionando auxilios educativos (becas) para los familiares de las víctimas y oportunidades laborales para las víctimas y sus familiares (párr. 277). En *Valle Jaramillo* (2008, C192), en relación con el daño al proyecto de vida, el Estado se comprometió a gestionar, previa concertación con las víctimas, una beca que se ofreciera en Colombia para un

curso y estudio en la rama, oficio y temática que la[s] víctimas deseen estudiar (párr. 227, inciso f).

La primera vez que se dispone una indemnización pecuniaria es en el caso de la *Masacre de las Dos Erres* (2009, C211). Allí, la Corte IDH estimó que, con motivo de la denegación de justicia en perjuicio de las víctimas, se presentaron "una diversidad de afectaciones tanto en la esfera individual como colectiva" y daños en su proyecto de vida (párr. 226). Esta vez, el tribunal vinculó el daño al proyecto de vida con la ausencia de justicia (párr. 284) y fijó una cantidad de dinero en compensación tomando en cuenta, entre otras cuestiones, las afectaciones a su proyecto de vida familiar (párr. 293). Asimismo, señaló que la sustracción, retención ilegal y separación de sus familiares de uno de los sobrevivientes derivó en afectaciones a su proyecto de vida y que "en función de la falta de elementos para ordenar una medida adecuada para recobrar o reorientar su proyecto de vida", procedía una indemnización adicional por dichos daños (nota al pie 283).

En el caso *Artavia Murillo* (2012, C257), encontramos una mención al proyecto de vida en la sección de fondo (párr. 281) al analizar el derecho a la vida privada y familiar (art. 11 de la CADH). Como forma de reparación al daño al proyecto de vida, se fijó, "en equidad", una suma de dinero para cada una de las víctimas (párr. 363).

En este itinerario, entre 2015 y 2018 encontramos un grupo de sentencias en las que no se hace lugar a una indemnización diferenciada del daño al proyecto de vida y éste queda incluido en el daño moral. Ello parece obedecer, en algún caso, a un problema de prueba, pero también a una cierta oscilación de la Corte IDH en relación con sus precedentes. En efecto, en *Galindo* (2015, C301), advierte que el representante incluyó el alegado "daño al proyecto de vida" dentro del "daño moral" y constata que "ofreció argumentos sobre tal daño que no difieren sustancialmente de los aducidos respecto de algunos aspectos del daño material o de otros aspectos del daño inmaterial" (párr. 318). En virtud de ello, resuelve no hacer un "examen del 'daño al proyecto de vida' independiente del análisis del daño inmaterial" (párr. 318). En el mismo sentido, en el caso *Pollo Rivera* (2016, C319), "la Corte estima que los representantes no han presentado una argumentación adecuada que amerite un examen del 'daño al proyecto de vida' independiente del análisis del daño inmaterial" (párr. 298). En *I.V.* (2016, C329), si bien los representantes solicitaron que se indemnizara el daño al proyecto de vida (párrs. 350 y 351), la Corte IDH no consideró ese rubro en forma explícita y se detuvo en el daño inmaterial (párr. 355). También en *Caso*

*V.R.P., V.P.C. y otros* (2018, C350), ante el planteo del daño al proyecto de vida, consideró que "tales perjuicios se encuentran comprendidos dentro del daño inmaterial, así como dentro de otras medidas" (párr. 427).

Pero, en ese período, en el *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal* (2016, C328), el tribunal, ante la afectación al proyecto de vida, se refiere a la importancia de "las medidas de satisfacción, restitución, rehabilitación y garantías de no repetición", además de las "compensaciones pecuniarias" "a fin de resarcir los daños de manera integral" (párr. 269).

A partir del *Caso Alvarado Espinoza* (2018, C370), el proyecto de vida se vuelve a presentar como un rubro de las reparaciones (párr. 314), al punto que en esta sentencia se coloca un título específico al apartado (como se había hecho en *Loayza Tamayo*, 1998, C042) e incluso se lo menciona entre las disposiciones finales (párr. 370). Así, en las sentencias siguientes del período estudiado, con excepción de *Casierra Quiñonez* (2022, C450) y *Brítez Arce* (2022, C474), el daño al proyecto de vida se presenta como un rubro indemnizatorio.

### 2.2.2 Menciones aisladas en la sección de fondo

En algunas sentencias de este período encontramos menciones aisladas al proyecto de vida en las secciones de fondo, sin que se haga referencia luego al concepto al momento de determinar las reparaciones. Ello ocurre en *Radilla Pacheco* (2009, C209, párr. 171), *Atala Riffo y niñas* (2012, C239, párrs. 133, 137 y 139), *Osorio Rivera y familiares* (2013, C274, párr. 231), *Hermanos Landaeta Mejías y otros* (2014, C281, párr. 286), *Flor Freire* (2016, C315, párr. 119), *I.V.* (2016, C329, párrs. 220 y 246), *Favela Nova Brasilia* (2017, C333, párr. 272), *Cuscul Pivaral y otros* (2018, C359, párr. 193), *Brítez Arce* (2022, C474, párr. 93) y *Tabares Toro* (2023, C491, párrs. 110 y 117).

En estos casos, tampoco encontramos un desarrollo autónomo de conceptos vinculados con el proyecto de vida, como sí lo había hecho la Corte en *Loayza Tamayo* (1998, C042).

## 2.3 Recapitulación sobre el proyecto de vida en esta etapa

Recapitulando las sentencias de la Corte IDH entre 1998 y mayo de 2023 sobre la línea jurisprudencial referida al proyecto de vida como un tipo de daño, encontramos:

- La sentencia fundacional de la línea es *Loayza Tamayo* (1998, C042) con un desarrollo propio del concepto vinculado con las reparaciones.
- El proyecto de vida aparece mencionado dieciséis veces en las secciones de fondo y veintisiete veces en la referida a las reparaciones, sin que pueda encontrarse un criterio uniforme de por qué se hace esa opción. En ningún caso se lo menciona en los puntos resolutivos de fondo vinculados con la violación de derechos.
- Inicialmente, entre 1998 y 2005, algunos jueces dictan votos particulares, ya sea para reforzar la noción de proyecto de vida o bien para expresar sus dudas sobre el nuevo rubro indemnizatorio. Luego, el daño al proyecto de vida parece consolidarse como rubro indemnizatorio.
- Entre 2015 y 2018 hay un quiebre en la línea jurisprudencial, porque en algunas sentencias, sobre todo en relación con problemas de prueba, la Corte no ingresa a analizar el daño al proyecto de vida como algo autónomo al daño inmaterial o moral. Luego, el rubro vuelve a considerarse como parte de las reparaciones.
- Es variado el espectro de artículos de la CADH a los que se vincula el proyecto de vida en las sentencias en las que hay mención al concepto en las secciones de fondo. En doce sentencias de este período hay menciones aisladas al proyecto de vida en párrafos ubicados en capítulos de fondo de las sentencias, sin un correlato en la sección de reparaciones.
- Se verifica una cierta oscilación al momento de cuantificar el daño al proyecto de vida en dinero y existen sentencias en las que se recurre a otras medidas de reparación, como becas u oportunidades laborales. La sentencia *Masacre de las Dos Erres* (2009, C211) marca un hito al ser la primera en la que se dispuso una indemnización pecuniaria por este tipo de daños.

Nos permitimos concluir el análisis de esta primera etapa planteando que el tratamiento del "daño al proyecto de vida" se inserta en la más amplia cuestión de la forma en que la Corte IDH busca reparar el daño inmaterial (Ratti Mendaña, 2023a, 2023b). Según Oyague y Mayorca (2018),

> se asiste de esta manera a la construcción de una noción e indemnización del daño moral en América Latina, que no se limita al aspecto puramente patrimonial de aquella persona que lo padece, sino que comprende uno más trascendente y existencial: el de la esencia de la propia persona que ha sido vulnerada en sus derechos personales y para cuya reparación, procederá la disposición de toda medida adecuada a esta finalidad. (p. 135).

## 3. El proyecto de vida en las sentencias de casos contenciosos de la Corte IDH entre 2023 y 2025

A partir de septiembre de 2023, puede advertirse que, al tiempo que se consolida la línea jurisprudencial que considera al proyecto de vida como un rubro indemnizatorio, hay un cambio significativo en las sentencias de la Corte IDH en las que se aborda este concepto. En efecto, el tribunal comienza a incluir la mención a la afectación del proyecto de vida en los "puntos resolutivos" de las sentencias y, al mismo tiempo, algunos jueces dictan votos parcialmente disidentes en los que promueven que la Corte IDH considere al proyecto de vida como un derecho autónomo. Así, entre 2023 y 2025 hay veintidós sentencias en casos contenciosos en las que el concepto de "proyecto de vida" aparece en las consideraciones de fondo, en los títulos de los acápites, en los puntos resolutivos y en votos concurrentes y parcialmente disidentes.[9] La Tabla 2 del Anexo resume los casos, sus fechas, los escenarios fácticos, en qué sección se menciona el proyecto de vida en el voto de mayoría, si se lo menciona en los títulos de los acápites y en los puntos resolutivos y cómo votó cada juez.

La primera sentencia de este período es *Baptiste y otros* (2023, C503), en la cual la Corte IDH incluyó el tema en el marco del estudio de la violación de los derechos a la libertad de circulación y residencia (art. 22 de la CADH) y la protección de la familia (art. 17 de la CADH). El tema aparece expresamente en los párrafos 68 y 69, en el párr. 123 de la sección de reparaciones y en el punto resolutivo donde por unanimidad se afirma:

> 3. El Estado es responsable por la violación a los derechos a la libre circulación y residencia, así como a la protección a la familia, reconocidos en los artículos 22 y 17 de la CADH, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, así como por el daño al proyecto de vida en perjuicio de Willer Baptiste, Noëlzina Baptiste, Costaguinov Baptiste, Wilderson Baptiste y Noë-Willo Baptiste. [...]

En dieciséis de las sentencias posteriores que tratan el tema del proyecto de vida, la mayoría vuelve a mencionar la afectación del proyecto de vida en sus puntos resolutivos, con variantes en cuanto a los artículos vinculados con tal concepto. Esta mención no es casual ni irrelevante, pues en los puntos resolutivos la Corte se pronuncia formalmente sobre cuáles derechos han sido violados o no por los Estados, aunque no afirma explícitamente que el proyecto de vida sea un "derecho".

9 El concepto de "proyecto de vida" también es objeto de tratamiento en varios pasajes de la Opinión Consultiva 31/2025 sobre "El Contenido y el alcance del Derecho al Cuidado y su interrelación con otros derechos", de 12 de junio de 2025 (Serie A No. 31).

A su vez, a partir del caso *Pérez Lucas* (2024, C536) distintos jueces, en votos concurrentes o parcialmente disidentes, se pronuncian sobre la necesidad de reconocer la autonomía de un "derecho al proyecto de vida". Esta postura permanece como minoritaria hasta el momento y, a su vez, genera que otros jueces formulen sus propios votos para ampliar fundamentos en los que reafirman que no consideran que pueda hablarse de un derecho autónomo al proyecto de vida.

De esta forma, a partir de 2023 puede afirmarse que se produce un intenso debate al interior del tribunal sobre esta cuestión, sin que se llegue a consolidar una línea jurisprudencial que afirme que el proyecto de vida es un derecho autónomo.

A continuación, ofrecemos un análisis de estas sentencias con foco en los votos de los jueces y los escenarios fácticos de las sentencias y los artículos que sirven de fundamento al concepto de proyecto de vida. Por su relevancia, en el apartado siguiente analizaremos los votos disidentes que propugnan el reconocimiento de un "derecho" al proyecto de vida.

### 3.1 El proyecto de vida en la estructura de las sentencias y los distintos votos

El concepto "proyecto de vida" aparece en veintidós sentencias: en ocho de ellas, el término forma parte de un título en forma explícita al tratar el fondo; en diecinueve, se lo trata en párrafos ubicados en secciones que abordan el fondo del asunto; en dieciséis, en la sección de reparaciones; y en diecisiete, es mencionado en un punto resolutivo de la mayoría.

En diecisiete de estas sentencias hay jueces de la Corte IDH que firman votos concurrentes y parcialmente disidentes en los que sostienen que el "proyecto de vida" sería un "derecho autónomo" que requiere reconocimiento por el tribunal. Esas disidencias (o concurrencias) fueron firmadas por los jueces Pérez Manrique (17 ocasiones), Mudrovitsch (10 ocasiones), Ferrer Mac-Gregor (4 ocasiones) y Gómez (2 ocasiones). Algunos de estos jueces habían votado otras sentencias en que no se expresaban de esta manera y se unían a la mayoría.

En respuesta a estas disidencias, en diez sentencias hubo jueces que firmaron votos concurrentes o parcialmente disidentes con la mayoría a fin de explicar su postura en cuanto no considerar el proyecto de vida como un derecho autónomo. Ellos son Pérez Goldberg (6 veces), Borea Odría (5 veces), Hernández López (2 veces) y Sierra Porto (2 veces).

A pesar de que en los puntos resolutivos de las sentencias *Dos Santos Nascimento y Ferreira Gomes* (2024, C539), *Zambrano* (2025, C564), *Silva Reyes* (2025,

C566), *Zapata* (2025, C569) y *Ramos Durand* (2025, C579) se menciona el fallo como "por unanimidad", una lectura atenta de los votos permite ver que hay algunos "parcialmente disidentes".

En *Dos Santos Nascimento y Ferreira Gomes* (2024, C539), a pesar de que en el punto resolutivo que menciona al proyecto de vida se afirma que el resultado es unánime, hay un voto parcialmente disidente, un voto concurrente y una opinión separada que se pronuncian por considerarlo un derecho autónomo. Eso parece asemejarse a un cierto "empate" en el punto, pues en total votaron seis jueces.

El caso *Comunidades Quilombolas de Alcântara* (2024, C548) presenta la peculiaridad de indicar en su parte resolutiva que el punto referido al proyecto de vida cuenta con "seis votos a favor, con cinco votos parcialmente en contra". Ahora bien, los votos disidentes que se expresan por el reconocimiento del proyecto de vida como "derecho autónomo" son tres (Pérez Manrique, Ferrer Mac-Gregor y Gómez) y tres son los votos que no aceptan esa calificación (Hernández López, Sierra Porto y Pérez Goldberg), con la particularidad de que Sierra Porto y Pérez Goldberg firman votos parcialmente disidentes en el punto.

El juez Ferrer Mac-Gregor, que siempre vota por considerar al proyecto de vida como derecho, en *Pérez Lucas* (2024, C536) y *Dos Santos Nascimento y Ferreira Gomes* (2024, C539) lo hace a través de votos "concurrentes", mientras que en *Muniz da Silva* (2024, C545), *Comunidades Quilombolas de Alcântara* (2024, C548) y *Leite, Peres Crispim y otros* (2025, C561) se expresa como parcialmente disidente. Por su parte, la jueza Gómez vota a favor el derecho al proyecto de vida como una "opinión separada" en *Dos Santos Nascimento y Ferreira Gomes* (2024, C539) y *Comunidades Quilombolas de Alcântara* (2024, C548) como un voto "parcialmente disidente".

En *Leite, Peres Crispim y otros* (2025, C561) se afirma que el resultado es cuatro votos a favor y uno en contra, y en realidad hay dos votos parcialmente disidentes en lo que concierne al proyecto de vida como derecho.

En esta secuencia de fallos, las sentencias *Habitantes de La Oroya* (2023, C511) y *Rodríguez Pighi* (2025, C557) son las únicas que trataron el tema del proyecto de vida solamente dentro de las reparaciones, o sea que no hay mención en la sección de fondo ni en los puntos resolutivos. Sin embargo, en *Rodríguez Pighi* (2025, C557), los jueces Mudrovitsch y Pérez Manrique firman un voto "parcialmente disidente", reiterando el voto conjunto emitido en el caso *Pérez Lucas* (2024, C536) sobre "la necesidad de avanzar en la jurisprudencia en el sentido del reconocimiento del derecho al proyecto de vida" (nro. 8).

En *Leonela Zelaya* (2025, C568) el tema del proyecto de vida no es mencionado en el voto de la mayoría y es únicamente objeto de tratamiento en un voto razonado del juez Pérez Manrique, en el que considera que se trata de un derecho autónomo.

En las sentencias *Dos Santos Nascimento y Ferreira Gomes* (2024, C539), *Comunidades Quilombolas de Alcântara* (2024, C548), *Leite, Peres Crispim y otros* (2025, C561), *García Andrade* (2025, C563), *Silva Reyes* (2025, C566), *Zapata* (2025, C569), *Cley Mendes* (2025, C578) y *Cuadra Bravo* (2025, C586), la expresión proyecto de vida es incluida en forma explícita en el título del apartado en el que se trata el tema de fondo. Ello le otorga una cierta jerarquía al concepto, aunque no se lo llama en sentido propio "derecho al proyecto de vida", como sí lo hacen los votos parcialmente disidentes que analizaremos luego.

Este análisis de aspectos formales permite ver una tendencia a otorgar un tratamiento diferenciado al concepto de proyecto de vida, al darle un desarrollo propio en la sección de fondo. Sin embargo, ello no parece traducirse explícitamente en que se lo considere un "derecho", como solicitan los votos en disidencia. A su vez, ese tratamiento diferenciado presenta algunas inconsistencias que analizaremos a continuación.

### 3.2 Los escenarios fácticos

Luego del análisis más formal de los votos, ingresamos a estudiar los escenarios fácticos en los que se consideró la afectación del proyecto de vida en el período. En la Tabla 2 del Anexo reseñamos los escenarios de cada caso y también incluimos los artículos de la CADH que fueron violados en relación con la afectación del proyecto de vida, que serán analizados en el próximo apartado.

La mayoría de los casos corresponden a desapariciones o ejecuciones de víctimas cuyos familiares deben dedicarse a su búsqueda y posterior investigación de la verdad, lo que significó una afectación de su proyecto de vida. Así, la Corte IDH se detiene a explicar en qué forma se concretó esa afectación a partir de una definición general que dice:

> se afectará el proyecto de vida ante actos violatorios a derechos humanos que, de manera irreparable o muy difícilmente reparable, por la intensidad del menoscabo en la autoestima, en las capacidades o en las oportunidades de desarrollo de la persona, varíen abruptamente las circunstancias y condiciones de su existencia, ya sea negándole posibilidades de realización personal o atribuyéndole cargas no previstas que alteren de forma nociva las expectativas u opciones de

> vida concebidas a la luz de condiciones y circunstancias que podrían calificarse como normales, esto es, no afectadas arbitraria e intempestivamente por la intervención de terceros. (Pérez Lucas, 2024, C536, párr. 184)

Esta frase se repetirá luego en *Muniz da Silva* (2024, C545, párr. 137), *Leite, Peres Crispim y otros* (2025, C561, párr. 212), *García Andrade* (2025, C563, párr. 228), *Zambrano* (2025, C564, párr. 150), *Zapata* (2025, C569, párr. 247), *Guevara Rodríguez* (2025, C571, párr. 226), *Cley Mendes* (2025, C578, párr. 148), *Ramos Durand* (2025, C579, párr. 215), *Iglesias* (2025, C580, párr. 137), *Cuadra Bravo* (2025, C586, párr. 259) y *Chavarría Morales* (2025, C588, párr. 158).

Como particularidad, en *Rodríguez Pighi* (2025, C557) hubo familiares que fueron víctimas y se comprobó que hubo una violación de su derecho a la integridad personal consagrado por el art. 5.1 de la CADH. Sin embargo, en el apartado dedicado al análisis de ese tema (párrs. 158-163) no hay ninguna mención a la noción de proyecto de vida. El análisis del proyecto de vida se realiza en el marco de las reparaciones, como sucedía en el período anterior a 2024.

En las sentencias referidas a desapariciones forzadas, lo que está en juego es el proyecto de vida de los familiares y no de la persona desaparecida (a la que podríamos denominar "víctima primaria"). Lo mismo ocurre en sentencias referidas a ejecuciones o víctimas fallecidas (como el caso *Iglesias*, 2025, C580). En cambio, en *Dos Santos Nascimento y Ferreira Gomes* (2024, C539) son las dos víctimas principales las que sufren racismo en el contexto laboral, lo que habilita a la Corte IDH a realizar consideraciones sobre cómo se afectó su proyecto de vida. Por su parte, en *Comunidades Quilombolas de Alcântara* (2024, C548) está en juego la noción de "proyecto de vida colectivo", pues se trata de la afectación de la vida de comunidades indígenas. Finalmente, en *Cuadra Bravo* (2025, C586) se afecta el proyecto de vida de la persona que no pudo acceder a la pensión a pesar de la existencia de sentencias judiciales a su favor.

En *Dos Santos Nascimento y Ferreira Gomes* (2024, C539) y *Comunidades Quilombolas de Alcântara* (2024, C548), la jueza Gómez se une a los votos parcialmente disidentes y se pronuncia por el reconocimiento de un derecho autónomo al proyecto de vida. Sin embargo, en *Cuadra Bravo* (2025, C586) no se pronuncia en tal sentido.

Esta sistematización de los distintos escenarios fácticos implicados en las sentencias analizadas nos habilita a estudiar qué artículos de la CADH estaban en juego en relación con el concepto de proyecto de vida para la mayoría.

### 3.3 Los artículos vinculados con el concepto de proyecto de vida

En efecto, en estrecha conexión con los escenarios fácticos se encuentra el análisis de los artículos de la CADH que se vinculan para la Corte IDH con el concepto de proyecto de vida.

Como puede verse en la Tabla 2 del Anexo, en lo que respecta a los puntos resolutivos y a cuáles artículos resultan vinculados con el concepto de proyecto de vida, en las primeras tres sentencias referidas a desapariciones forzadas (*Leite de Souza*, 2024, C531; *Gonzalez Méndez*, 2024, C532; *Pérez Lucas*, 2024, C536) encontramos el artículo 17 (protección de la familia) y el 19 (derechos de la niñez). La particularidad es que en *Leite de Souza* (2024, C531) y *Gonzalez Méndez* (2024, C532) el tema no aparece en los puntos resolutivos, y esta conclusión sobre los artículos vinculados se extrae de la sección de "Fondo" de la sentencia. En *Muniz da Silva* (2024, C545) se encuentran en juego los artículos 5.1 (integridad personal), 17.1 y 19. Algo similar sucede en *García Andrade* (2025, C563), en el que se agrega el artículo 22 (derecho de circulación y residencia). En *Leite, Peres Crispim y otros* (2025, C561), *Zambrano* (2025, C564), *Silva Reyes* (2025, C566) y *Zapata* (2025, C569), únicamente se encuentra en juego el artículo referido a la integridad personal (artículo 5.1), pese a que también estuvo en juego en esos casos la afectación del proyecto de vida de los familiares. En cambio, en *Guevara Rodríguez* (C571), *Cley Mendes* (2025, C578), *Ramos Durand* (2025, C579), *Iglesias* (2025, C580) y *Chavarría Morales* (2025, C588), para la Corte IDH hubo violación de los artículos 5.1 y 17.

En *Baptiste* (2023, C503) aparecen violados los artículos 22 y 17 de la CADH, mientras que en *Viteri* (2023, C510) se suma el artículo 5.1 de la CADH. Pero el artículo 22 no vuelve a ser mencionado en las sentencias siguientes.

En *Dos Santos Nascimento y Ferreira Gomes* (2024, C539) y en *Comunidades Quilombolas de Alcântara* (2024, C548), la Corte IDH concluye que fueron violados los artículos 4, 5, 7, 8, 11, 24 y 25 de la CADH en relación con sus artículos 1.1 y 26.

Este repaso permite ver que el fundamento normativo de la afectación del proyecto de vida en los votos de la mayoría aparece como errático. En los casos de desapariciones forzadas, en tanto estaba en juego la afectación de los derechos de los familiares de las víctimas, las primeras sentencias de esta etapa consideran violado el artículo 17 sobre protección de la familia. Sin embargo, otras sentencias posteriores no incluyen ese derecho, a pesar de que había familiares afectados al igual que en casos anteriores y se limitan a constatar la violación del derecho a la integridad personal (artículo 5.1), que, a su vez, no había sido incluido en los análisis de los primeros casos.

Además, al interior del propio discurso de la Corte se verifica una inconsistencia, pues en su argumentación en favor del concepto de proyecto de vida la Corte recurre a derechos que luego no considera vulnerados. En particular, invoca el derecho a la vida y el derecho a la libertad, que luego no figuran entre los que son violados en forma expresa en ese apartado.

En efecto, a partir de *Pérez Lucas* (2024, C536), la Corte IDH acuña una fórmula que repite en todas las sentencias posteriores (salvo en *Rodríguez Pighi*, 2025, C557; *Leonela Zelaya*, 2025, C568; *Ramos Durand*, 2025, C579; e *Iglesias*, 2025, C580):

> El proyecto de vida se sustenta en los derechos que la CADH reconoce y garantiza, en particular en el derecho a la vida, en su connotación de derecho a una vida digna, y en el derecho a la libertad, desde su perspectiva de derecho a la autodeterminación en los distintos aspectos de la vida.

Ahora bien, esta frase genérica no es consistente con los artículos que son mencionados en las secciones de fondo y en los puntos resolutivos de las sentencias.

En efecto, el derecho a la vida reconocido en el artículo 4 de la CADH aparece violado únicamente en relación con el concepto de proyecto de vida en *Dos Santos Nascimento y Ferreira Gomes* (C539) y *Comunidades Quilombolas de Alcântara* (C548).

En cuanto al derecho a la libertad (artículo 7.1 de la CADH), aparece violado en relación con el proyecto de vida únicamente en *Dos Santos Nascimento y Ferreira Gomes* (2024, C539) y *Comunidades Quilombolas de Alcântara* (2024, C548). En *Pérez Lucas* (2024, C536), la Corte hace abundantes referencias a este derecho (párr. 193), aunque no lo considera violado cuando se refiere al proyecto de vida en el punto resolutivo nro. 5.

Este análisis deja en evidencia inconsistencias en la jurisprudencia de la Corte al momento de precisar qué artículos están vinculados con la noción de proyecto de vida al momento de su inclusión en los puntos resolutivos de las sentencias. Como veremos a continuación, algunos jueces van a criticar a la mayoría en este punto, ya sea bregando por un reconocimiento del proyecto de vida como un derecho autónomo o bien por los cambios en el discurso que avanzan en ese sentido.

## 4. El proyecto de vida como un derecho autónomo en los votos disidentes

En el apartado anterior dimos cuenta de diecisiete sentencias entre 2023 y 2025 en las que diversos jueces se expresaron en favor de reconocer al proyecto de vida como un derecho autónomo.[10] A continuación, haremos un análisis sintético de estos votos y de aquellos que firmaron los otros jueces en los que disienten con las disidencias. Dada la extensión de los votos, en este trabajo nos ceñiremos a reseñar el diálogo entre los jueces en estos votos disidentes y concurrentes sobre los fundamentos que alegan para considerar al proyecto de vida como un derecho y cuál sería la finalidad de ese reconocimiento de autonomía. Dejamos fuera el análisis del contenido del nuevo derecho, sus titulares, los sujetos obligados y otros temas analizados en los votos disidentes.

### 4.1 Los votos parcialmente disidentes y el "derecho al proyecto de vida"

En su voto concurrente en *Pérez Lucas* (2024, C536), Rodrigo Mudrovitsch, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Ricardo C. Pérez Manrique resumen el planteo que justifica su postura de impulsar el reconocimiento del proyecto de vida como un derecho autónomo. Una mirada de conjunto permite advertir algunas constantes en estos votos referidas al fundamento de este alegado nuevo derecho:

Si bien *Pérez Lucas* (2024, C536) sienta las bases de los votos posteriores, a partir de *Zambrano* (2025, C564) y *Silva Reyes* (2025, C566) los votos asumen una estructura similar y más sistemática del tema, explicando las distinciones entre el derecho al proyecto de vida y la noción de reparación integral, señalando por qué no se limita el proyecto de vida a ser un daño indemnizable y ofreciendo los argumentos vinculados con las implicancias de la autonomía, la dignidad humana como fundamento del derecho, los titulares del derecho, los destinatarios del derecho (obligados), el contenido complejo del derecho, la distinción entre el derecho al proyecto de vida y el derecho a la integridad personal, la proyección de la autonomía del derecho en la teoría de las reparaciones, otras consecuencias de la autonomía (como el control de convencionalidad y la aplicación de estándares, y el deber de respeto y garantía que supone asegurar condiciones necesarias) y un corolario sobre la tutela integral de la persona. Algunos de estos elementos fueron adelantados en los votos anteriores.

10 Si bien en *González Méndez* (2024, C532) Mudrovitsch y Pérez Manrique firmaron un voto disidente en el que incluyen referencias al tema del proyecto de vida, recién en *Pérez Lucas* (2024, C536) se pronuncian por su reconocimiento como un derecho autónomo, en un voto concurrente que también fue firmado por Ferrer Mac-Gregor.

En general, es constante en estos votos el énfasis puesto en el argumento de una "evolución jurisprudencial", con una invocación explícita del artículo 29 de la CADH. Para ello, remontándose a la sentencia del caso *Loayza Tamayo* (1998, C042), hacen una enumeración de fallos relacionados con el tema. También se habla de los "progresos doctrinales" y se citan algunos autores, sobresaliendo Fernández Sessarego (2003). En todas las sentencias, se analiza la afectación del nuevo derecho en el caso concreto.

A diferencia de los votos de la mayoría, en estas disidencias se enfatiza que el fundamento normativo de este derecho "se extrae de la lectura conjunta de los derechos a la vida digna, a la integridad personal, a la libertad (autodeterminación personal) y dignidad, consagrados en los artículos 4, 5, 7 y 11 de la Convención" (párrafo 12)[11]. Además, explican que, según las circunstancias del caso, pueden agregarse otros derechos como fundamento. Para estos votos,

> la autonomía del derecho implica, inter alia, i) su incidencia en relación con el control de convencionalidad que debe ejercerse en sede interna; ii) la eventual responsabilidad internacional del Estado por vulnerar las condiciones propicias para su desarrollo; e incluso iii) el deber positivo de crear condiciones aptas para que las personas puedan —en el marco de su libertad y libre albedrío— desarrollar y construirse un proyecto de vida propio. (párr. 24)[12]

Esta fórmula se repite en *Zambrano* (2025, C564), *Silva Reyes* (2025, C566) y *García Andrade* (2025, C563).

En los argumentos de los votos en disidencia se advierte que la problemática está vinculada con el tema de las reparaciones y se puede advertir un esfuerzo por mostrar que el derecho al proyecto de vida requiere nuevas formas de reparación, aunque los jueces disidentes reconocen la dificultad que ello entraña:

> En cuanto a las específicas medidas de reparación para hacer frente a la violación de este derecho, cabe adelantar la imposibilidad de determinar de antemano un catálogo de medidas concretas, sino que su determinación dependerá de cómo se haya verificado la violación en el caso en que la Corte IDH esté llamada a conocer. (párr. 63)[13]

---

11 Voto parcialmente disidente de los jueces Mudrovitsch y Pérez Manrique, sentencia *Silva Reyes* (2025, C566).

12 Voto de los Jueces Ferrer Mac-Gregor y Pérez Manrique, *Caso Comunidades Quilombolas de Alcântara* (2024, C548).

13 Voto parcialmente disidente de los jueces Mudrovitsch y Pérez Manrique, *Silva Reyes* (2025, C566)

La particularidad está dada por los votos de la jueza Gómez en *Dos Santos Nascimento y Ferreira Gomes* (2024, C539) y *Comunidades Quilombolas de Alcântara* (2024, C548). Esta jueza no ofrece fundamentos tan extensos como los otros jueces, sino que se limita a enfatizar el impacto de la desprotección estatal frente a la discriminación racial y el incumplimiento del Estado del deber de garantía respecto del núcleo de derechos indispensables para el desarrollo de un proyecto de vida digna y sin discriminación. En concreto, en *Comunidades Quilombolas de Alcântara* (2024, C548) enfatiza que el proyecto de vida es un derecho autónomo como consecuencia de la discriminación racial y no como mero daño inmaterial, discriminación racial estructural, derechos violados.

En definitiva, los jueces procuran demostrar con variedad de argumentos que existiría un nuevo "derecho" y que corresponde a la Corte IDH su reconocimiento.

### 4.2 Votos propios que niegan el carácter de derecho autónomo al proyecto de vida

Como ya vimos, en diez de las sentencias analizadas en este período hubo jueces que dedicaron votos particulares (ya sea como parcialmente disidentes o como concurrentes) a fin de formular precisiones para enfatizar que el proyecto de vida no debe ser reconocido como un "derecho autónomo", sino como un concepto asociado a la reparación.

En *Dos Santos Nascimento y Ferreira Gomes* (2024, C539), el juez Sierra Porto dedica una parte de su voto "parcialmente disidente" a enfatizar que las violaciones al proyecto de vida no tienen un carácter "autónomo". Al respecto, citando el párrafo 154 de la mayoría que se refiere a la afectación del proyecto de vida y que lo vincula con los artículos 4, 5, 7, 8, 11, 24 y 25 de la CADH en relación con los artículos 1.1 y 26, expresa:

> Creo que este reconocimiento no debe hacerse con base en una nueva noción del "proyecto de vida", sino fundado en los contenidos obligacionales que ya han sido desarrollados por la Corte en relación con los derechos a la vida privada y a la integridad personal, en particular la noción de autonomía. (párr. 10)

Así, el juez advierte que no comparte

> la confusa redacción que ha usado la Corte en este caso, y que como se anuncia en la referencia al voto de la Jueza Gómez y los jueces Pérez Manrique y Ferrer Mac-Gregor frente al punto resolutivo 6, pretende avanzar en el reconocimiento de un derecho autónomo al proyecto de vida. (párr. 10)

Para el juez Sierra Porto,

> la Corte debería seguir consolidando su jurisprudencia en relación con la autonomía personal, y mantener la noción de proyecto de vida como un concepto asociado a las medidas de reparación integral. Lo anterior permitiría respetar el precedente de la Corte, lo cual contrario a un mero formalismo jurídico, contribuye a mantener la seguridad jurídica, la igualdad y la legitimidad del Tribunal. (párr. 10)

Por su parte, también en *Dos Santos Nascimento y Ferreira Gomes* (2024, C539) la jueza Hernández López formula un voto concurrente con el propósito de "resaltar que la línea jurisprudencial de la Corte, sobre el daño al proyecto de vida, ha sido un aspecto ligado principalmente al tema de la reparación" (párr. 3). La jueza realiza un análisis de la jurisprudencia del Tribunal y concluye afirmando "que el proyecto de vida no ha sido reconocido como un derecho convencional autónomo, sino como un daño susceptible de reparación derivado de la violación de otros derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos" (párr. 22). Para la jueza,

> no ha ameritado un desarrollo normativo específico en torno a este concepto como derecho independiente, ya que la Corte ha establecido su análisis en relación con violaciones concretas de derechos convencionales, tales como la vida, la integridad personal, la libertad y la vida privada y familiar, y ha ordenado reparaciones integrales más allá de la compensación económica, incluyendo medidas de satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición. (párr. 23)

Así, considera que "en el presente caso, al considerar el daño al proyecto de vida de las víctimas, como un aspecto ligado a la reparación, la Corte está siendo consistente con su jurisprudencia" (párr. 24).

En la misma sentencia, la jueza Pérez Goldberg formuló un voto "concurrente, disidente y parcialmente disidente" y quiso enfatizar que

> la afectación del "proyecto de vida" posee un marcado carácter resarcitorio y reparatorio, sirviendo como un parámetro para medir la magnitud del daño infligido [...] el hecho de que estas afectaciones sean consideradas en las reparaciones no implica que el "proyecto de vida" deba entenderse como un derecho autónomo. (párr. 29)

De la lectura de estos votos, queda claro que existe una controversia en el tribunal sobre el alcance del concepto "proyecto de vida". Ahora bien, esa con-

troversia no se origina únicamente en los votos disidentes de los que quieren proclamar un derecho "autónomo", sino que tiene fundamento en la propia sentencia *Dos Santos Nascimento y Ferreira Gomes* (2024, C539) que, como ya vimos, hizo un amplio reconocimiento del proyecto de vida en la sección de fondo y lo vinculó con varios derechos en sus puntos resolutivos.

La confusión llega al punto de que, en su voto parcialmente disidente en *Zapata* (2025, C569), el juez Borea Odría entiende que "la Corte ha comenzado a hablar expresamente de un 'derecho al proyecto de vida', construido como derecho innominado apoyado en un haz de derechos convencionales" (p. 10 del voto parcialmente disidente). De esta forma, el juez entiende que la Corte IDH se aparta de la jurisprudencia que se refería al daño al proyecto de vida y considera que hablar de un derecho "constituye una extensión jurisprudencial que tensiona el principio de legalidad y de seguridad jurídica, al añadir un derecho no previsto en el texto de la Convención" (párr. 11)[14].

En *Comunidades Quilombolas de Alcântara* (2024, C548), los jueces Sierra Porto y Pérez Goldberg firman un voto parcialmente disidente en el que repiten conceptos dichos por el primero de ellos en *Dos Santos Nascimento y Ferreira Gomes* (2024, C539) sobre la "confusa redacción" que ha usado la Corte IDH y que "pretende avanzar en el reconocimiento de un derecho autónomo al proyecto de vida" (párr. 21).

En *Leite, Peres Crispim y otros* (2025, C561), Pérez Goldberg vuelve a firmar un voto "parcialmente disidente" y explica:

> Mi discrepancia no se dirige tanto a la existencia del interés jurídico en sí mismo, sino a la forma en que el Tribunal ha redactado y fundamentado esta parte de la decisión, pues considero que la manera en que se declara la violación introduce ambigüedades conceptuales respecto de la noción de "proyecto de vida" y dificulta precisar su alcance en el caso concreto. Ello no deja de ser criticable si se considera que, históricamente, la noción de proyecto de vida fue concebida por este Tribunal en el marco de su jurisprudencia desde una perspectiva eminentemente reparatoria, pero en los últimos años se ha ido modificando su redacción de manera poco rigurosa, proyectándola hacia la declaración de violaciones vinculadas con otros derechos. (párr. 36)

La jueza se refiere a la falta de uniformidad en las sentencias recientes del Tribunal:

14 Voto parcialmente disidente del juez Borea Odría, *Zapata* (2025, C569).

> En algunos casos se habla de "afectación al proyecto de vida", en otros de "daño al proyecto de vida", y en ciertos fallos la categoría aparece únicamente en la parte considerativa pero no en el resolutivo. Esta diversidad terminológica y de ubicación no es un aspecto meramente formal, pues repercute en la comprensión misma de la noción de proyecto de vida y en la delimitación de su alcance. (párr. 37)

Asimismo, considera que

> la fórmula utilizada en el caso "Comunidades Quilombolas de Alcântara vs. Brasil" resulta más adecuada, en tanto presenta el proyecto de vida como una consecuencia derivada de la violación de otros derechos, evitando conferirle la apariencia de un derecho autónomo. Además, al vincular la afectación al proyecto de vida con la constatación de violaciones sustantivas, se refuerza su naturaleza eminentemente reparatoria, tal como ha sido históricamente concebida en la jurisprudencia de este Tribunal desde los precedentes clásicos. (párr. 38)

Sin embargo, como vimos recién, la jueza Pérez Goldberg había firmado un voto parcialmente disidente en *Comunidades Quilombolas de Alcântara* (2024, C548). En *Iglesias* (2025, C580), esta jueza expresa que

> lo más adecuado sería tratar este asunto en el apartado de reparaciones, como ha sido tradicionalmente la práctica de la Corte, y no en el capítulo de fondo. De cualquier manera, en la redacción actual, la Corte señala que el daño al proyecto de vida es un elemento esencial para analizar las consecuencias de las violaciones a los derechos humanos. Así, se reafirma el carácter reparatorio de este concepto y su papel. (voto concurrente en *Iglesias*, C580, párr. 1).

La misma redacción se repite en su voto concurrente en *Chavarría Morales* (2025, C588).

En definitiva, estos votos que disienten con los disidentes en cuanto al carácter de derecho autónomo del proyecto de vida tienen la particularidad de discrepar también con la mayoría, como es el caso de Sierra Porto en *Dos Santos Nascimento y Ferreira Gomes* (2024, C539) y también de ser inconsistentes con algunas afirmaciones de la propia mayoría que, como hemos visto, no ha sido uniforme al momento de indicar qué derechos estaban en juego al analizarse el tema del proyecto de vida. Pero, sobre todo, no queda claro por qué la mayoría comenzó a incluir el concepto "proyecto de vida" en las secciones de fondo de las sentencias de este período y en los puntos conclusivos si en realidad entiende que dicho concepto no configura un derecho autónomo, sino que constituye "un daño susceptible de reparación derivado de la violación de otros

derechos" (como sostuvo Hernández López en *Dos Santos Nascimento y Ferreira Gomes*, 2024, C539). De hecho, en dos ocasiones, Sierra Porto le reprocha a la Corte IDH la redacción "confusa" en este punto.

## 5. Conclusiones

Este trabajo ha reconstruido la línea jurisprudencial que considera al daño al proyecto de vida como uno de los rubros indemnizatorios en las sentencias de la Corte IDH. Sin embargo, desde la primera vez que se menciona el tema en *Loayza Tamayo* (1998, C042), el camino no ha estado exento de cambios de criterios jurisprudenciales. Inicialmente, la Corte IDH no quiso cuantificar ese daño en términos pecuniarios. Luego, lo hizo en vinculación con el daño moral. En sentencias posteriores, dispuso medidas de reparación no dinerarias, como becas de estudio. A partir de *Masacre de las Dos Erres* (2009, C211), comienzan las indemnizaciones en dinero para reparar el daño al proyecto de vida. Entre 2015 y 2018, algunas sentencias parecen marcar un quiebre de la línea, al identificar este perjuicio con el daño moral. Sin embargo, luego de 2018, se consolida este rubro indemnizatorio en las secciones dedicadas a la reparación de los daños por violación de derechos humanos.

A partir de septiembre de 2023, si bien la línea que considera al proyecto de vida como un daño se consolida, la Corte IDH introduce un cambio significativo: se menciona la afectación del proyecto de vida en los puntos resolutivos, junto con la violación de derechos (*Baptiste*, 2023, C503). Hasta ese momento, si bien había sentencias que habían hecho mención al concepto en los apartados de fondo, en general se trataba de menciones aisladas y sin un desarrollo propio. Sin embargo, la mención del tema en los puntos resolutivos parecería pretender que el "proyecto de vida" tuviera un estatus jurídico diferenciado, asimilable al de un derecho. Este cambio no es explicado por el tribunal ni debidamente justificado.

El problema se complejiza a partir de *Pérez Lucas* (2024, C536) por la aparición de jueces que propugnan la consideración del proyecto de vida como un derecho autónomo. En este punto, sin ingresar en la controversia en torno a la forma en la que la Corte IDH crea nuevos derechos (García Escobar, 2025), esos votos sobre la idea de un derecho autónomo intentan una sistematización de las razones para justificar su propuesta, pero en última instancia no dejan de reconocer que el tema se vincula con el problema de las formas de reparación y también señalan la dificultad de delimitar de antemano el catálogo de medidas concretas.

Pero la controversia en esta materia también se explica por el hecho mismo de que la mayoría, a partir de *Baptiste* (2023, C503), comienza a mencionar el proyecto de vida en los puntos resolutivos y a realizar desarrollos más extensos respecto al concepto "proyecto de vida" en las secciones de fondo. Así, la mayoría cambia la ubicación metodológica de esas consideraciones sobre el daño al proyecto de vida, que en *Loayza Tamayo* (1998, C042) habían sido hechas en el apartado de "reparaciones", lo cual no puede menos que ser considerado como "confuso". Surgen así los otros votos particulares emitidos en el período 2023-2025, que se dedican a negar que el proyecto de vida sea un derecho autónomo. Estos votos buscan hacer un contrapunto con los votos disidentes que hablan explícitamente del derecho autónomo, pero también con la propia mayoría. En definitiva, no llega a consolidarse una línea jurisprudencial que afirme que el proyecto de vida es un derecho autónomo y sólo existen votos aislados al respecto.

La inclusión del proyecto de vida en los apartados de fondo de las sentencias también deja entrever ciertas inconsistencias en los artículos a los que se vincula este concepto. Así, mientras que se afirma que el proyecto de vida se sustenta "en el derecho a la vida, en su connotación de derecho a una vida digna, y en el derecho a la libertad, desde su perspectiva de derecho a la autodeterminación en los distintos aspectos de la vida", sólo en dos ocasiones los artículos de la CADH relativos a estos derechos (artículos 4 y 7) son mencionados en los puntos resolutivos vinculados con el proyecto de vida. En cambio, en la mayoría de los casos, el daño al proyecto de vida aparece conectado con una violación del artículo 5.1., referido a la integridad personal y también al artículo 17 sobre protección de la familia. Esto se verifica generalmente en relación con los casos en los que las familias se vieron separadas o los familiares de las víctimas de desapariciones forzadas o ejecuciones deben cambiar sus proyectos de vida para dedicarse a buscar justicia.

En definitiva, este estudio sobre la jurisprudencia de la Corte IDH en torno al concepto de proyecto de vida nos permite ver que existe una línea consolidada que lo considera como un tipo de daño, mientras que no existe una línea que permita afirmar que se trata de un derecho autónomo. También se advierten las dificultades que presentans la tarea de reconstruir las líneas jurisprudenciales del tribunal y la necesidad de una tarea de adopción de criterios más rigurosos al momento de resolver los casos contenciosos que son puestos bajo su jurisdicción.

## Bibliografía

Candia Falcón, G. (2015). Derechos implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: Una reflexión a la luz de la noción de estado de derecho. *Revista Chilena de Derecho, 42*(3), 873-902. https://doi.org/10.4067/S0718-34372015000300006

Chávez-Fernández Postigo, J. C. y Valdivia-Aguilar, T. G. (2016). Entre derechos implícitos y derechos naturales: La Corte IDH y la no discriminación por orientación sexual en el caso Atala. *Díkaion*, *25*(1), 53-74.

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*. La Ley.

Faúndez Ledesma, H. (2004). *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: Aspectos institucionales y procesales* (3ª ed.). Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Fernández Sessarego, C. (1995). Apuntes para una distinción entre el daño al "proyecto de vida" y el daño "psíquico". *THEMIS Revista de Derecho*, (32), 161-164.

Fernández Sessarego, C. (2003). El daño al "proyecto de vida" en la jurisprudencia de la Corte lnteramericana de Derechos Humanos. *Derecho PUCP*, (56), 659-700. https://doi.org/10.18800/derechopucp.200301.016

Fernández Sessarego, C. (2010). El "daño al proyecto de vida" en la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas. *Foro Jurídico*, (10), 76-104.

Galdámez Zelada, L. (2007). Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones. *Revista Chilena de Derecho*, *34*(3), 439-455. https://doi.org/10.4067/S0718-34372007000300005

García Escobar, G. (2025). Las decisiones judiciales como fuente jurídica principal para la creación de nuevos derechos por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Jurídica Austral*, *6*(2), 519-558. https://doi.org/10.26422/RJA.2025.0602.gar

Irigoín Cubas, J. R. (2024). Derecho al proyecto de vida de las personas privadas de su libertad: Desafíos penitenciarios para un abordaje integral. *Revista de Climatología*, *24*, 576-583. https://doi.org/10.59427/rcli/2024/v24cs.576-583

López Medina, D. E. (2006). *El derecho de los jueces: Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial* (2ª ed.). Legis

Mayos Solsona, G. (2024). Proyecto de vida: El metaderecho humano por antonomasia. *Astrolabio: Revista Internacional de Filosofia*, (28), 208-211.

Nuez Sánchez-Cascado, P. de la. (2020). El daño al proyecto de vida en la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del pensamiento político de J. Shklar. *Andamios*, *17*(42), 147-166. https://doi.org/10.29092/uacm.v17i42.738

Ordóñez Carpio, F. E. y Zamora Vázquez, A. F. (2024). The "life project" as a legal category subject to enforceability and vindication in the constitutional sphere. *Resistances. Journal of the Philosophy of History*, *5*(10), e240157. https://doi.org/10.46652/resistances.v5i10.157

Oyague, O. W. y Mayorca, D. M. (2018). El daño al proyecto de vida: Noción, estructura y protección jurídica según los parámetros establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos – CIDH. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, *23*(2), 128-138. https://doi.org/ https://doi.org/10.5281/zenodo.1800842

Ratti Mendaña, F. (2023a). Algunas reflexiones sobre la dignidad y la reparación del daño en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Prudentia Iuris*, (96), 5-6.

Ratti Mendaña, F. (2023b). La dignidad y la reparación del daño inmaterial en la Corte Interamericana de derechos humanos: Análisis jurisprudencial dinámico. *Via Inveniendi Et Iudicandi*, *18*(2), Article 2. https://doi.org/10.15332/19090528.9734

Ratti Mendaña, F. S. (2024). El modelo de reparaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a dos décadas de su surgimiento. *Revista de Investigações Constitucionais*, *11*, e264. https://doi.org/https://doi.org/10.5380/rinc.v11i2.91669

## Jurisprudencia citada

### Corte Interamericana de Derechos Humanos

*Caso Alvarado Espinoza y otros Vs. México*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 370.

*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.

*Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

*Caso Baptiste y otros Vs. Haití*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 1 de septiembre de 2023. Serie C No. 503.

*Caso Brítez Arce y otros Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2022. Serie C No. 474.

*Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69.

*Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 88.

*Caso Casierra Quiñonez y otros Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2022. Serie C No. 450.

*Caso Chavarría Morales y otros Vs. Nicaragua*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 4 de diciembre de 2025. Serie C No. 588.

*Caso Cley Mendes y otros (Chacina do Tapanã) Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2025. Serie C No. 578.

*Caso Comunidades Quilombolas de Alcântara Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2024. Serie C No. 548.

*Caso Cuadra Bravo Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de diciembre de 2025. Serie C No. 586.

*Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359.

*Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163.

*Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211.

*Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

*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.

*Caso Dos Santos Nascimento y Ferreira Gomes Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de octubre de 2024. Serie C No. 539.
*Caso Familia Julien Grisonas Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2021. Serie C No. 437.
*Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de febrero de 2017. Serie C No. 333.
*Caso Flor Freire Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315.
*Caso Galindo Cárdenas y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de octubre de 2015. Serie C No. 301.
*Caso García Andrade y otros Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2025. Serie C No. 563.
*Caso González Méndez y otros Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2024. Serie C No. 532.
*Caso Guevara Rodríguez y otros Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de octubre de 2025. Serie C No. 571.
*Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia*. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132.
*Caso Habitantes de La Oroya Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2023. Serie C No. 511.
*Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2014. Serie C No. 281.
*Caso I.V. Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329.
*Caso Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.
*Caso Iglesias y otros Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2025. Serie C No. 580.
*Caso Leite de Souza y otros Vs. Brasil*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2024. Serie C No. 531.
*Caso Leite, Peres Crispim y otros Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2025. Serie C No. 561.
*Caso Leonela Zelaya y otra Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de octubre de 2025. Serie C No. 568.
*Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33.
*Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42.
*Caso Manuela y otros Vs. El Salvador*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de noviembre de 2021. Serie C No. 441.
*Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252.
*Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250.
*Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C No. 228.
*Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala*.

Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 328.

*Caso Movilla Galarcio y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2022. Serie C No. 452.

*Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371.

*Caso Muniz Da Silva y otros Vs. Brasil*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2024. Serie C No. 545.

*Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251.

*Caso Osorio Rivera y familiares Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 274.

*Caso Pérez Lucas y otros Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2024. Serie C No. 536.

*Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de octubre de 2016. Serie C No. 319.

*Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.

*Caso Ramos Durand y otros Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2025. Serie C No. 579.

*Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 285.

*Caso Rodríguez Pighi y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2025. Serie C No. 557.

*Caso Rosadio Villavicencio Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2019. Serie C No. 388.

*Caso* Silva *Reyes y otros Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2025. Serie C No. 566.

*Caso Tabares Toro y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de mayo de 2023. Serie C No. 491.

*Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350.

*Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192.

*Caso Viteri Ungaretti y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2023. Serie C No. 510.

*Caso Zambrano, Rodríguez y otros Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2025. Serie C No. 564.

*Caso Zapata Vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de octubre de 2025. Serie C No. 569.

El Contenido y el Alcance del Derecho al Cuidado y su interrelación con otros Derechos (Interpretación y alcance de los artículos 1.1, 2, 4, 17, 19, 24, 26 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 34 y 45 de la Carta de la Organización de los Estados

Americanos; I, II, VI, XI, XII, XIV, XV, XVI, XXX y XXXV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; 7, 8 y 9 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer; 1, 2, 3, 6, 7, 9, 10, 11, 13, 15, 16, 17 y 18 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 6, 9, 12 y 19 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, y III de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad). Opinión Consultiva OC-31/25 de 12 de junio de 2025. Serie A No. 31.

## 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.

## Anexo

**Tabla 1**

**Sentencias del período 1998-2023**

| Carátula<br>Fecha | Escenario<br>Menciones | Artículos |
|---|---|---|
| *Loayza Tamayo Vs. Perú*.<br>Reparaciones y Costas.<br>27/11/1998. C042. | Escenario: en el contexto de la detención y el sufrimiento de tratos crueles, inhumanos y degradantes en el encarcelamiento de la Sra. Loayza, se analizó la afectación de su proyecto de vida.<br>Fondo: no corresponde (es sentencia de Reparaciones y Costas).<br>Reparaciones: mención en el título: XII – Proyecto de vida. Luego, en párrs. 144-154.<br>Punto resolutivo: no menciona. | No menciona. |
| *Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo.<br>19/11/1999. C063. | Escenario: en el contexto de secuestro, tortura y asesinato de jóvenes en situación de calle por parte de agentes del Estado, se analizó la afectación de su proyecto de vida.<br>Fondo: menciona en el párrafo 191.<br>Reparaciones: no tratado<br>Punto resolutivo: no menciona. | Art. 19 (derechos del niño). |
| *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas.<br>16/05/2001. C077. | Escenario: en el contexto de secuestro, tortura y asesinato de jóvenes en situación de calle por parte de agentes del Estado, se analizó la afectación de su proyecto de vida.<br>Fondo: no corresponde (es sentencia de Reparaciones y Costas).<br>Reparaciones: mención en párr. 89.<br>Punto resolutivo: no menciona. | No menciona. |
| *Cantoral Benavides Vs. Perú*.<br>Reparaciones y Costas.<br>03/12/2001. C088. | Escenario: en el contexto de la privación ilegal de la libertad seguida de retención y encarcelamiento arbitrarios, tratos crueles, inhumanos y degradantes, violación a las garantías judiciales y doble enjuiciamiento con base en los mismos hechos del Sr. Cantoral, a quien se le interrumpió su carrera profesional, se analizó la afectación de su proyecto de vida.<br>Fondo: no corresponde (es sentencia de Reparaciones y Costas).<br>Reparaciones: menciona en párrs. 58, 60, 63 y 80.<br>Punto resolutivo: no menciona. | No menciona. |

| | | |
|---|---|---|
| *Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 02/09/2004. C112. | Escenario: en el contexto de la muerte de adultos y niños en conflicto con la ley privados de su libertad en un instituto convertido en centro de máxima seguridad en situación precaria, se analizó la afectación de su proyecto de vida.<br>Fondo: menciona en párrs. 164 y 172.<br>Reparaciones: no menciona.<br>Punto resolutivo: no menciona. | Arts. 4.1, 5.1, 5.2, 5.6 y 19. |
| *Gutiérrez Soler Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. 12/09/2005. C132. | Escenario: en el contexto de la detención arbitraria y el sufrimiento de torturas y tratos crueles, inhumanos y degradantes del Sr. Gutiérrez, se analizó la afectación de su proyecto de vida y el de sus familiares.<br>Fondo: no menciona.<br>Reparaciones: menciona en título IX-D) "Proyecto de vida" y en párrs. 87-89 y 105.<br>Punto resolutivo: no menciona. | No menciona. |
| *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. 11/05/2007. C163. | Escenario: en el contexto de una masacre, el daño al proyecto de vida de las víctimas y familiares es incluido en el acuerdo parcial que el Estado celebra con los representantes.<br>Fondo: no menciona.<br>Reparaciones: menciona en párr. 277 (compromiso del Estado).<br>Punto resolutivo: no menciona. | No menciona. |
| *Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. 27/11/2008. C192. | Escenario: en el contexto del asesinato de un defensor de derechos humanos que denunció crímenes cometidos por paramilitares en connivencia con miembros de la Fuerza Pública, se analizó la afectación de su proyecto de vida y el de sus familiares.<br>Fondo: no menciona.<br>Reparaciones: menciona en el párr. 227 f (compromiso del Estado).<br>Punto resolutivo: no menciona. | No menciona. |
| *Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 23/11/2009. C209. | Escenario: en el contexto de la desaparición forzada a manos del Ejército de una persona, se analizó la afectación de su proyecto de vida y el de sus familiares.<br>Fondo: menciona en el párr. 171.<br>Reparaciones: no menciona.<br>Punto resolutivo: no menciona. | Arts. 5.1 y 5.2. |

| | | |
|---|---|---|
| *Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 24/11/2009. C211. | Escenario: en el contexto de sistemáticas violaciones masivas a los derechos humanos en el que tuvieron lugar múltiples masacres, se analizó la afectación del proyecto de vida de las víctimas y de un sobreviviente y sus familiares.<br>Fondo: no menciona.<br>Reparaciones: menciona en párrs. 226, 284 y 293.<br>Punto resolutivo: no menciona. | No menciona. |
| *Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 05/07/2011. C228. | Escenario: en el contexto de la alegada responsabilidad del Estado por incumplir un fallo del Tribunal Constitucional que declaró inconstitucionales los decretos que disponían la baja de la víctima, se analizó la alteración a su proyecto de vida.<br>Fondo: no menciona.<br>Reparaciones: mención en párr. 134.<br>Puntos resolutivos: no menciona. | No menciona. |
| *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. 24/02/2012. C239. | Escenario: en el contexto de la condena al Estado por trato discriminatorio e interferencia en la vida privada y familiar de la Sra. Atala, la Corte se refiere a la afectación de su proyecto de vida.<br>Fondo: mención en párrs. 133, 137 y 139.<br>Reparaciones: mención de los representantes (no la Corte) en párr. 296.<br>Puntos resolutivos: no menciona. | Art. 24 (igualdad y no discriminación). |
| *Caso Furlan y familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 31/08/2012. C246. | Escenario: en el contexto del estudio de la responsabilidad del Estado por la demora excesiva en resolver una acción civil contra el Estado, de la que dependía el tratamiento médico de un niño con discapacidad, se analizó la afectación de su proyecto de vida.<br>Fondo: mención en párr. 263.<br>Reparaciones: mención en título B.1.2) y párrs. 285-288.<br>Puntos resolutivos: no menciona. | Art. 5.1 (integridad personal). |
| *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 04/09/2012. C250. | Escenario: en el contexto de la responsabilidad por masacre de una comunidad maya, se estudia la afectación del proyecto de vida.<br>Fondo: no menciona.<br>Reparaciones: mención en párr. 272.<br>Puntos resolutivos: no menciona. | No menciona. |

| | | |
|---|---|---|
| *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. 24/10/2012. C251. | Escenario: en el contexto de la responsabilidad del Estado por uso excesivo de la fuerza de militares contra un grupo de haitianos, se analiza la afectación del proyecto de vida de las víctimas de una impunidad prolongada.<br>Fondo: no menciona.<br>Reparaciones: mención en párr. 242.<br>Puntos resolutivos: no menciona. | No menciona. |
| *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. 25/10/2012. C252. | Escenario: en el contexto de masacres sucesivas en el marco de un operativo militar, se analiza<br>Fondo: no menciona.<br>Reparaciones: mención en párrs. 305 y 351.<br>Puntos resolutivos: no menciona. | No menciona. |
| *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 28/11/2012. C257. | Escenario: en el contexto de la condena al Estado por la prohibición del acceso a la técnica de fecundación *in vitro*, se analiza la afectación del proyecto de vida de las víctimas.<br>Fondo: mención en párr. 281.<br>Reparaciones: mención en párr. 363.<br>Puntos resolutivos: no menciona. | Art. 11 (vida privada y familiar). |
| *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. 14/5/2013. C260. | Escenario: en el contexto de responsabilidad por imponer penas de privación perpetua de libertad por hechos que ocurrieron cuando las víctimas eran niños, se estudia la afectación de su proyecto de vida.<br>Fondo: no menciona.<br>Reparaciones: mención en párrs. 314-318.<br>Puntos resolutivos: no menciona. | No menciona. |
| *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 21/05/2013. C261. | Escenario: en el contexto del análisis de la responsabilidad del Estado por la falta de resultados de un proceso penal por una intervención quirúrgica que le provocó a la víctima padecimientos severos y permanentes, se analizó la afectación de su proyecto de vida.<br>Fondo: no menciona.<br>Reparaciones: mención en el título del apartado X.2.b. y en párrs. 190-194.<br>Puntos resolutivos: no menciona. | No menciona. |
| *Caso Osorio Rivera y familiares Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 26/11/2013. C274. | Escenario: en el contexto de una desaparición forzada, se analiza la afectación del proyecto de vida de los familiares.<br>Fondo: mención en párr. 231.<br>Reparaciones: no menciona.<br>Puntos resolutivos: no menciona. | Art. 5.1 (integridad personal). |

| | | |
|---|---|---|
| *Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 27/08/2014. C281. | Escenario: en el contexto de un caso de detención ilegal y arbitraria seguida de muerte de una persona menor de edad, se analiza la afectación del proyecto de vida de la familia por la necesidad de buscar la verdad y la justicia.<br>Fondo: mención en párr. 286.<br>Reparaciones: no menciona.<br>Puntos resolutivos: no menciona. | Art. 5.1 (integridad personal). |
| *Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. 14/10/2014. C285. | Escenario: en el contexto de una desaparición forzada de niños durante un conflicto armado, se analiza la afectación del proyecto de vida de los familiares.<br>Fondo: no menciona.<br>Reparaciones: mención en párr. 183.<br>Puntos resolutivos: no menciona. | No menciona. |
| *Caso Galindo Cárdenas y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 02/10/2015. C301. | Escenario: en el contexto de la detención de un abogado y la afectación de la integridad psíquica de su familia, se menciona el proyecto de vida en la sección de reparaciones.<br>Fondo: no menciona.<br>Reparaciones: mención en párr. 318.<br>Puntos resolutivos: no menciona. | No menciona. |
| *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 31/08/2016. C315. | Escenario: en el contexto del estudio de la responsabilidad por separación del Sr. Flor Freire como funcionario militar en razón de su orientación sexual, se analiza la afectación de su proyecto de vida.<br>Fondo: mención en párr. 119.<br>Reparaciones: mención por representantes y Estado (párrs. 254 y 255), pero no por la Corte.<br>Puntos resolutivos: no menciona. | Art. 24 (igualdad y no discriminación). |
| *Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. 21/10/2016. C319. | Escenario: en el contexto de la detención ilegal y procesos penales violatorios de garantías judiciales, se menciona la afectación del proyecto de vida entre las reparaciones.<br>Fondo: no menciona.<br>Reparaciones: mención en párr. 298.<br>Puntos resolutivos: no menciona. | No menciona. |
| *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 30/11/2016. C328. | Escenario: en el contexto de desapariciones forzadas, violaciones, torturas, ejecuciones extrajudiciales y desplazamiento forzoso, se analiza la alteración del proyecto de vida de los familiares ante la necesidad de abruptos cambios por el desplazamiento y las estrategias de supervivencia.<br>Fondo: mención en párr. 190.<br>Reparaciones: mención en párr. 269.<br>Puntos resolutivos: no menciona. | Art. 22 (circulación y residencia). |

| | | |
|---|---|---|
| *Caso I.V. Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 30/11/2016. C329. | Escenario: en el contexto de la violación de derechos de la víctima por una esterilización sin consentimiento, se analiza el impacto sobre su proyecto de vida.<br>Fondo: mención en párrs. 220 y 246.<br>Reparaciones: mención por los representantes (párrs. 350 y 351). La Corte no menciona.<br>Puntos resolutivos: no menciona. | No se puede precisar con exactitud. |
| *Favela Nova Brasilia Vs. Brasi*l. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 16/02/2017. C333. | Escenario: en el contexto de fallas y demora en la investigación y sanción de los responsables por presuntas ejecuciones extrajudiciales de veintiséis personas en el marco de dos redadas policiales en una favela, se analizó la afectación del proyecto de vida de los familiares de las víctimas.<br>Fondo: menciona en párr. 272.<br>Reparaciones: no menciona.<br>Punto resolutivo: no menciona. | Art. 5.1 (derecho a la integridad personal). |
| *Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 08/03/2018. C350. | Escenario: en el contexto de la responsabilidad estatal por la falta de respuesta ante la violación sexual cometida contra una niña por su padre, se estudia la afectación del proyecto de vida.<br>Fondo: no menciona.<br>Reparaciones: menciona en párr. 427.<br>Puntos resolutivos: no menciona. | No menciona. |
| *Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 23/08/2018. C359. | Escenario: en el contexto de la falta de atención médica estatal a personas diagnosticadas con VIH/SIDA que fallecieron, que siguen con vida y sus familiares que además se encuentran en situación de pobreza, se analizó la afectación del proyecto de vida de las víctimas.<br>Fondo: menciona en párr. 193.<br>Reparaciones: no menciona.<br>Punto resolutivo: no menciona. | Art. 5.1 (derecho a la integridad personal). |
| *Caso Alvarado Espinoza y otros Vs. México*. Fondo, Reparaciones y Costas. 28/11/2018. C370. | Escenario: en el contexto de la desaparición forzada de tres personas, se analiza la afectación del proyecto de vida de sus familiares.<br>Fondo: no menciona.<br>Reparaciones: mención en el título VIII.D.3 (daño a los proyectos de vida) y en párrs. 314-315.<br>Puntos resolutivos: no menciona. | No menciona. |

| | | |
|---|---|---|
| *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 28/11/2018. C371. | Escenario: en el marco de las violaciones cometidas contra mujeres en el marco de detenciones y traslados en operativos policíacos, se analiza la afectación del proyecto de vida de las víctimas.<br>Fondo: no menciona.<br>Reparaciones: mención en párr. 351.<br>Puntos resolutivos: no menciona. | No menciona. |
| *Caso Rosadio Villavicencio Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 14/10/2019. C388. | Escenario: en el contexto de las violaciones al debido proceso en tres procesos que se le iniciaron a la víctima, se considera la afectación de su proyecto de vida en las reparaciones.<br>Fondo: no menciona.<br>Reparaciones: mención en párr. 249.<br>Puntos resolutivos: no menciona. | No menciona. |
| *Caso Familia Julien Grisonas Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 23/09/2021. C437. | Escenario: en el contexto de la desaparición forzada de dos personas, se estudia la afectación del proyecto de vida de sus familiares.<br>Fondo: no menciona.<br>Reparaciones: mención en párrs. 308 y 310.<br>Puntos resolutivos: no menciona. | No menciona. |
| *Caso Manuela y otros Vs. El Salvador*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 02/11/2021. C441. | Escenario: en el contexto de la investigación penal relacionada con el parto y muerte del hijo de la Sra. Manuela, se analizó el impacto en su proyecto de vida.<br>Fondo: no menciona.<br>Reparaciones: mención en párr. 279.<br>Puntos resolutivos: no menciona. | No menciona. |
| *Caso Casierra Quiñonez y otros Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 11/05/2022. C450. | Escenario: en el contexto de la responsabilidad del Estado por la muerte de una persona y lesiones de otra por uso de la fuerza letal por agentes de la Armada, se analiza la afectación del proyecto de vida de las víctimas.<br>Fondo: no menciona.<br>Reparaciones: mención en párr. 241.<br>Puntos resolutivos: no menciona. | No menciona. |
| *Movilla Galarcio y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. 22/06/2022. C452. | Escenario: en el contexto de la desaparición forzada de un líder sindical, se analizó la permanencia del proyecto de vida de su esposa en condiciones dignas sin que haya afectación diferenciada debida al género.<br>Fondo: menciona en párrs. 178, 181 y 182.<br>Reparaciones: menciona en párr. 230.<br>Punto resolutivo: no menciona. | Arts. 5.1 y 5.2 (derecho a la integridad personal), 17 (protección de la familia) y 19 (niñez). |

| | | |
|---|---|---|
| *Caso Brítez Arce y otros Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. 16/11/2022. C474. | Escenario: en el contexto de la investigación por la muerte de la víctima luego de dar a luz, se alude a la afectación del proyecto de vida de los hijos de la víctima.<br>Fondo: mención en párr. 93.<br>Reparaciones: no menciona.<br>Puntos resolutivos: no menciona. | Arts. 5.1 (integridad personal) y 17 (protección de la familia). |
| *Caso Tabares Toro y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. 23/05/2023. C491. | Escenario: en el contexto de la responsabilidad internacional por la desaparición forzada de una persona, se analiza la afectación del proyecto de vida de su madre.<br>Fondo: mención en párrs. 110 y 117.<br>Reparaciones: no menciona.<br>Puntos resolutivos: no menciona. | Arts. 5.1 (integridad personal), 11 (vida privada y familiar) y 17 (protección de la familia). |

Fuente: elaboración propia.

**Tabla 2**
**Sentencias del período 2023-2025**

| Carátula<br>Fecha | Escenario<br>Mención fondo<br>Reparaciones<br>Puntos resolutivos | Votos |
|---|---|---|
| *Caso Baptiste y otros Vs. Haití*. Fondo y Reparaciones. 01/09/2023. C503. | Escenario: en el contexto de las amenazas sufridas por el Sr. Baptiste, se analiza la afectación de su proyecto de vida y el de su esposa e hijos.<br>Fondo: mención en párrs. 68-69.<br>Reparaciones: mención en párr. 123.<br>Punto resolutivo: "Por unanimidad: 3. El Estado es responsable por la violación a los derechos a la libre circulación y residencia, así como a la protección a la familia, reconocidos en los artículos 22 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, así como por el daño al proyecto de vida [. . .]". | Mayoría: Pérez Manrique, Ferrer Mac-Gregor, Sierra Porto, Hernández López, Gómez, Pérez Goldberg, Mudrovitsch. |
| *Caso Viteri Ungaretti y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 27/11/2023. C510. | Escenario: en el contexto de las represalias que sufrió un militar por denunciar hechos de corrupción, se analiza la afectación del proyecto de vida del Sr. Viteri, quien tuvo que abandonar el país.<br>Fondo: mención en párrs. 182-183.<br>Reparaciones: mención en párrs. 233 y 234.<br>Punto resolutivo: "Por unanimidad, que, 5. El Estado es responsable por la violación de los derechos de circulación y de residencia, a la integridad personal y a la protección a la familia, consagrados en los artículos 22, 5.1 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con su artículo 1.1, así como una afectación a su proyecto de vida [. . .]". | Mayoría: Pérez Manrique, Ferrer Mac-Gregor, Sierra Porto, Hernández López, Gómez, Pérez Goldberg, Mudrovitsch. |
| *Caso Habitantes de La Oroya Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 27/11/2023. C511. | Escenario: en el contexto de la violación de derechos humanos de los pobladores de La Oroya por actos de contaminación, se analiza la afectación del proyecto de vida por las violaciones a la salud e imposibilidad desarrollo personal.<br>Fondo: no menciona.<br>Reparaciones: mención en párrs. 374-377.<br>Punto resolutivo: no menciona. | Mayoría: Pérez Manrique, Ferrer Mac-Gregor, Sierra Porto, Hernández López, Gómez, Pérez Goldberg, Mudrovitsch. |
| *Caso Leite de Souza y otros Vs. Brasil*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 04/07/2024. C531. | Escenario: en el contexto de la desaparición forzada de 11 personas, se analiza la afectación del proyecto de vida de familiares de las víctimas.<br>Fondo: mención en párr. 192.<br>Reparaciones: no menciona.<br>Punto resolutivo: no menciona, violación arts. 17 y 19. | Mayoría: Hernández López, Sierra Porto, Ferrer Mac-Gregor, Pérez Manrique, Gómez, Pérez Goldberg. |

| | | |
|---|---|---|
| *Caso González Méndez y otros Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 22/08/2024. C532. | Escenario: en el contexto de la desaparición de una persona, se analiza la afectación del proyecto de vida de familiares de la víctima.<br>Fondo: mención en párrs. 216-219.<br>Reparaciones: mención en párrs. 242 y 267.<br>Punto resolutivo: no menciona, violación arts. 17.1 y 19. | Mayoría: Hernández López, Sierra Porto, Gómez, Pérez Goldberg.<br>Parcialmente disidentes: Mudrovitsch y Pérez Manrique (sin mencionar derecho autónomo). |
| *Caso Pérez Lucas y otros Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. 04/09/2024. C536. | Escenario: en el contexto de la desaparición forzada de cuatro personas, se analiza la afectación del proyecto de vida de familiares de las víctimas.<br>Fondo: mención en párrs. 178-188.<br>Reparaciones: mención en párrs. 267-268.<br>Punto resolutivo: "Por unanimidad, que: 5. El Estado es responsable por la violación de los derechos a la integridad personal y a la protección a la familia, reconocidos en los artículos 5.1 y 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos que establece el artículo 1.1 del mismo instrumento internacional, así como por la afectación al proyecto de vida […]". | Mayoría: Hernández López, Sierra Porto, Gómez, Pérez Goldberg<br>Concurrente: Mudrovitsch, Ferrer Mac-Gregor y Pérez Manrique (derecho autónomo). |
| *Caso Dos Santos Nascimento y Ferreira Gomes Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 07/10/2024. C539. | Escenario: se analiza la afectación del proyecto de vida de dos mujeres que sufrieron racismo en el contexto laboral.<br>Fondo: mención en título "IX Fondo. Derechos a las garantías judiciales, a la igualdad ante la ley y a la protección judicial en relación con el deber de respetar los derechos sin discriminación y el derecho al trabajo y afectación al proyecto de vida. B.4.2 La afectación al proyecto de vida de las señoras dos Santos Nascimento y Ferreira Gomes".<br>Mención en párrs. 143-154.<br>Reparaciones: mención en párrs. 193-194.<br>Punto resolutivo: "Por unanimidad, que: 6. El Estado es responsable por la afectación del proyecto de vida y la violación de los derechos a la vida digna, a la integridad personal, a la libertad personal, a las garantías judiciales, a protección de la honra y la dignidad, a la igualdad ante la ley, y al acceso a la justicia, establecidos en los artículos 4, 5, 7, 8, 11, 24 y 25 de la Convención Americana, en relación con su artículo 1.1 y 26, en perjuicio de Neusa dos Santos Nascimento y Gisele Ana Ferreira Gomes, en los términos de los párrafos 143 a 154 de la presente Sentencia. Parcialmente disidentes la Jueza Pérez Goldberg y el Juez Sierra Porto en relación con la violación del artículo 26. | Mayoría: Hernández López, Sierra Porto, Pérez Goldberg.<br>Parcialmente disidente: Pérez Manrique (derecho autónomo).<br>Concurrente y parcialmente disidente: Ferrer Mac-Gregor (derecho autónomo)<br>Opinión separada: Gómez (derecho autónomo).<br>Concurrente: Hernández López (no es derecho autónomo).<br>Parcialmente disidente: Sierra Porto (no es derecho autónomo).<br>Concurrente, disidente y parcialmente disidente: Pérez Goldberg (no es derecho autónomo). |

| | | |
|---|---|---|
| | Parcialmente disidentes la Jueza Gómez y los jueces Pérez Manrique y Ferrer Mac-Gregor en cuanto consideran que se verifica una violación al derecho autónomo al proyecto de vida". | |
| *Caso Muniz Da Silva y otros Vs. Brasil*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 14/11/2024. C545. | Escenario: en el contexto de la desaparición forzada de un trabajador rural, se analiza la afectación del proyecto de vida de familiares de las víctimas.<br>Fondo: mención en párrs. 133-139.<br>Reparaciones: mención en párrs. 195-196.<br>Punto resolutivo: "Por cuatro votos a favor y dos votos parcialmente en contra, que: 7. El Estado es responsable por la violación de los artículos 5.1 y 17 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, así como por la afectación al proyecto de vida [. . .] Asimismo, el Estado es responsable por la violación del artículo 19 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento [. . .]".<br>"Disienten parcialmente los Jueces Ricardo C. Pérez Manrique y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en cuanto consideran que se verifica una violación al derecho autónomo al proyecto de vida". | Mayoría: Hernández López, Sierra Porto, Gómez, Pérez Goldberg.<br>Parcialmente disidentes: Ferrer Mac-Gregor y Pérez Manrique (derecho autónomo). |
| *Caso Comunidades Quilombolas de Alcântara Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 21/11/2024. C548. | Escenario: se analiza la afectación del proyecto de vida colectivo de las comunidades por falta de emisión de títulos de propiedad y otras acciones y omisiones estatales que afectaron su cultura y formas organizativas.<br>Fondo: Mención en título IX-1. B.4. La alegada violación derecho a la integridad personal y el proyecto de vida colectivo de las Comunidades Quilombolas de Alcántara.<br>Mención en párrs. 194-197.<br>Reparaciones: mención en párrs. 272 y 340.<br>Punto resolutivo: "Por seis votos a favor, con cinco votos parcialmente en contra, que: 6. El Estado es responsable por la violación de los derechos a la vida digna, a la integridad personal, a la libertad personal, a las garantías judiciales, a protección de la honra y la dignidad, a la igualdad ante la ley, y al acceso a la justicia, establecidos en los artículos 4, 5, 7, 8, 11, 24 y 25 de la Convención Americana, en relación con sus artículos 1.1 y 26, en perjuicio de las Comunidades Quilombolas de Alcântara, debido a la afectación al proyecto de vida colectivo de dichas comunidades [. . .]". | Mayoría: Hernández López.<br>Parcialmente disidentes: Gómez, Ferrer Mac-Gregor y Pérez Manrique (derecho autónomo).<br>Parcialmente disidente: Sierra Porto (no es derecho autónomo).<br>Parcialmente disidente: Pérez Goldberg (no es derecho autónomo). |

| | | |
|---|---|---|
| | "Disienten parcialmente los Jueces Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y Ricardo C. Pérez Manrique y la Jueza Verónica Gómez en relación con la violación al proyecto de vida como derecho autónomo. Disienten parcialmente el Juez Humberto Antonio Sierra Porto y la Jueza Patricia Pérez Goldberg en relación con la violación autónoma del artículo 26 de la Convención Americana". | |
| *Caso Rodríguez Pighi y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 02/07/2025. C557. | Escenario: en el contexto de la detención ilegal y arbitraria, tortura y ejecución judicial de una persona, se analiza el daño al proyecto de vida en el capítulo "Reparaciones".<br>Fondo: no menciona.<br>Reparaciones: mención en párrs. 195, 202-206.<br>Punto resolutivo: no menciona. | Mayoría: Hernández López, Gómez, Pérez Goldberg y Moreno Rodríguez.<br>Parcialmente disidentes: Mudrovitsch y Pérez Manrique. |
| *Caso Leite, Peres Crispim y otros Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 04/07/2025. C561. | Escenario: en el contexto de detención arbitraria y tortura de dos personas y ejecución de una de ellas, se analiza la afectación del proyecto de vida de familiares.<br>Fondo: Mención en título IX-3. B.1. Afectaciones a la integridad personal y al proyecto de vida de Denise Perez Crispim y Eduarda Ditta Crispim Leite.<br>Mención en párrs. 207-217.<br>Reparaciones: mención en párrs. 263-264.<br>Punto resolutivo: "Por cuatro votos a favor y uno en contra, que: 10. El Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal en perjuicio de Denise Peres Crispim y Eduarda Ditta Crispim Leite, en violación del artículo 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, así como por la afectación al proyecto de vida, en los términos de los párrafos 209 a 217 de la presente Sentencia.<br>Disiente la Jueza Patricia Pérez Goldberg". | Mayoría: Hernández López, Gómez.<br>Parcialmente disidentes: Ferrer Mac-Gregor y Pérez Manrique (derecho autónomo).<br>Parcialmente disidente: Pérez Goldberg (no es derecho autónomo). |
| *Caso García Andrade y otros Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 22/08/2025. C563. | Escenario: en el contexto de la desaparición y hallazgo sin vida de una mujer, se analiza la afectación del proyecto de vida de sus familiares.<br>Fondo: mención en título IX-3.B.3. Afectaciones al derecho a la familia, al derecho de circulación y residencia y al proyecto de vida.<br>Mención en párrs. 225-233.<br>Reparaciones: mención en párrs. 286-287. | Mayoría: Hernández López, Gómez, Pérez Goldberg, Borea Odría y Moreno Rodríguez. |

| | | |
|---|---|---|
| | Punto resolutivo: "Por seis votos a favor y uno parcialmente en contra, que: 7. El Estado es responsable por la violación a los derechos a la integridad personal, a la protección a la familia, y de circulación y residencia, reconocidos en los artículos 5.1, 17.1 y 22 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, así como por la afectación del proyecto de vida […]"<br>"Disiente parcialmente el Juez Alberto Borea Odría". | Parcialmente disidentes: Mudrovitsch y Pérez Manrique (derecho autónomo).<br>Parcialmente disidente: Hernández López (no es derecho autónomo).<br>Parcialmente disidente: Borea Odría (pero sin fundamentar). |
| *Caso Zambrano, Rodríguez y otros Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. 28/08/2025. C564. | Escenario: en el contexto de la desaparición forzada de dos personas, se analiza la afectación del proyecto de vida de familiares de las víctimas.<br>Fondo: mención en párrs. 147-155.<br>Reparaciones: mención en párr. 204.<br>Punto resolutivo: "Por unanimidad, que: 5. El Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal, reconocido en el artículo 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de […], así como por la afectación del proyecto de vida […]". | Mayoría: Hernández López, Pérez Goldberg, Borea Odría y Moreno Rodríguez.<br>Parcialmente disidentes: Mudrovitsch y Pérez Manrique (derecho autónomo).<br>Concurrente: Pérez Goldberg (no es derecho autónomo). |
| *Caso Silva Reyes y otros Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. 02/09/2025. C566. | Escenario: en el contexto de la desaparición forzada de una persona, se analiza la afectación del proyecto de vida de familiares de las víctimas.<br>Fondo: mención en Título VII.3.B.3 La afectación al proyecto de vida de los familiares del Señor Silva Reyes. Mención en párrs. 111-112.<br>Reparaciones: mención en párrs. 140.<br>Punto resolutivo: "Por unanimidad, que: 5. El Estado es responsable por la violación de los derechos a la integridad personal y a la protección a la familia, reconocidos en los artículos 5.1 y 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos que establece el artículo 1.1 del mismo instrumento internacional, en perjuicio de […], así como por la afectación al proyecto de vida […]". | Mayoría: Hernández López, Gómez, Pérez Goldberg, Borea Odría y Moreno Rodríguez.<br>Parcialmente disidentes: Mudrovitsch y Pérez Manrique (derecho autónomo). |
| *Caso Leonela Zelaya y otra Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. 02/10/2025. C568. | Escenario: en el contexto de la muerte de una mujer trans no investigada, la mención al proyecto de vida aparece solo en voto razonado de Pérez Manrique.<br>Fondo: no hay mención.<br>Reparaciones: no hay mención.<br>Punto resolutivo: no hay mención. | Mayoría: Hernández López, Mudrovitsch, Gómez, Pérez Goldberg, Borea Odría y Moreno Rodríguez.<br>Razonado: Pérez Manrique (es derecho autónomo). |

| | | |
|---|---|---|
| *Caso Zapata Vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 03/10/2025. C569. | Escenario: en el contexto del asesinato del Sr. Zapata, se analiza la afectación del proyecto de vida de familiares de las víctimas de impunidad prolongada.<br>Fondo: Mención en título: IX-5 Derecho a la integridad personal respecto de los familiares de Jesús Ramiro Zapata y afectación al proyecto de vida.<br>Mención en párrs. 244-256.<br>Reparaciones: no menciona.<br>Punto resolutivo: "Por unanimidad, que: 10. El Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal, reconocido en el artículo 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, y la afectación al proyecto de vida [. . .]". | Mayoría: Hernández López, Mudrovitsch, Gómez, Pérez Goldberg y Moreno Rodríguez.<br>Concurrente: Patricia Pérez Goldberg (no es derecho autónomo).<br>Parcialmente disidente: Pérez Manrique (derecho autónomo); Borea Odría (disiente, no es derecho). |
| *Caso Guevara Rodríguez y otros Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. 17/10/2025. C571. | Escenario: en el contexto de la detención, tortura y desaparición, se analiza la afectación del proyecto de vida de la familia por irse a vivir fuera del país; por lo que se truncaron lazos familiares, actividades profesionales y comerciales; también por la necesidad de buscar justicia.<br>Fondo: mención en párrs. 222-236.<br>Reparaciones: mención en párrs. 266-269.<br>Punto resolutivo: "Por seis votos a favor y uno parcialmente en contra, que: 6. El Estado es responsable por la violación de los derechos a la integridad personal y a la protección a la familia, consagrados en los artículos 5.1 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de [. . .], así como por la afectación al proyecto de vida [. . .] Disiente parcialmente el Juez Alberto Borea Odría". | Mayoría: Hernández López, Gómez, Pérez Goldberg y Moreno Rodríguez.<br>Parcialmente disidente: Rodrigo Mudrovitsch y Ricardo C. Pérez Manrique (derecho autónomo).<br>Parcialmente disidente: Borea Odría (no es derecho). |
| *Caso Cley Mendes y otros (Chacina do Tapanã) Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 25/11/2025. C578. | Escenario: en el contexto de la matanza de niños, se analiza la afectación del proyecto de vida de su madre porque la falta de acceso a la justicia le impidió realizar un proceso de duelo y le impactó en su normal desarrollo.<br>Fondo: mención en IX-2 Derechos a la integridad personal, a la protección de la familia y afectación al proyecto de vida.<br>Mención en párrs. 146-155.<br>Reparaciones: no menciona. | Mayoría: Hernández López, Gómez, Pérez Goldberg, Borea Odría y Moreno Rodríguez.<br>Concurrente: Patricia Pérez Goldberg (no es derecho).<br>Parcialmente disidente: Pérez Manrique (derecho autónomo). |

| | | |
|---|---|---|
| | Punto resolutivo: "Por cinco votos a favor y uno parcialmente en contra, que: 8. El Estado es responsable por la violación de los derechos a la integridad personal y a la protección a la familia, reconocidos en los artículos 5.1 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, así como por la afectación al proyecto de vida [. . .]". | |
| *Caso Ramos Durand y otros Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 25/11/2025. C579. | Escenario: en el contexto de la muerte de una mujer luego de una esterilización sin consentimiento, se analiza la afectación del proyecto de vida de sus hijos por un cambio drástico en sus condiciones y dinámicas cotidianas, la afectación irreparable del curso de sus vidas y la modificación adversa de sus planes y proyectos a futuro, la alteración de las relaciones sociales y la dinámica familiar y comunitaria por la búsqueda de justicia.<br>Fondo: mención en párrs. 215-216.<br>Reparaciones: no menciona.<br>Punto resolutivo: "Por unanimidad, que: 5. El Estado es responsable por la violación de los derechos a la integridad personal, y a la protección a la familia, reconocidos en los artículos 5.1 y 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, y por la afectación al proyecto de vida [. . .]". | Mayoría: Hernández López, Gómez, Pérez Goldberg y Moreno Rodríguez.<br>Parcialmente disidente: Rodrigo Mudrovitsch y Ricardo C. Pérez Manrique (es derecho autónomo). |
| *Caso Iglesias y otros Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. 26/11/2025. C580. | Escenario: en el contexto de la muerte de una niña por la caída de una escultura en un complejo recreativo, se analiza la afectación del proyecto de vida de sus padres en la vida familiar y social.<br>Fondo: mención en párrs. 137-150.<br>Reparaciones: mención en párr. 159.<br>Punto resolutivo: "Por cuatro votos a favor y dos parcialmente en contra, que: 4. El Estado es responsable por la violación de los derechos a la integridad personal y a la protección a la familia, reconocidos en los artículos 5.1 y 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, y por la afectación al proyecto de vida [. . .]".<br>"Disienten parcialmente los jueces Ricardo Pérez Manrique y Alberto Borea Odría". | Mayoría: Hernández López, Mudrovitsch, Pérez Goldberg y Moreno Rodríguez.<br>Concurrente: Patricia Pérez Goldberg (no es derecho autónomo).<br>Parcialmente disidente: Ricardo Pérez Manrique (derecho autónomo).<br>Parcialmente disidente (razonado): Borea Odría (no es derecho). |

| | | |
|---|---|---|
| *Caso Cuadra Bravo Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 02/12/2025. C586. | Escenario: en el contexto del incumplimiento de sentencias judiciales que disponían una pensión, se considera que se afectó el proyecto de vida porque no pudo planificar decisiones esenciales y trazar expectativas vitales razonables en una etapa de la existencia en la que la previsibilidad económica resulta determinante para asegurar autonomía, tranquilidad y estabilidad personal.<br>Fondo: mención en título VIII.2.B.2. Violación al derecho a la integridad personal y afectación al proyecto de vida del señor Cuadra Bravo.<br>Mención en párrs. 256-267.<br>Reparaciones: mención en párrs. 295 y 301.<br>Punto resolutivo: "Por cuatro votos a favor y dos parcialmente en contra, que: 8. El Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal, reconocido en el artículo 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio del señor [. . .], así como por la afectación a su proyecto de vida [. . .]".<br>"Disienten parcialmente los Jueces Rodrigo Mudrovitsch y Ricardo C. Pérez Manrique". | Mayoría: Hernández López, Mudrovitsch, Pérez Goldberg y Moreno Rodríguez.<br>Parcialmente disidente: Rodrigo Mudrovitsch y Ricardo C. Pérez Manrique (es derecho autónomo). |
| *Caso Chavarría Morales y otros Vs. Nicaragua*. Fondo y Reparaciones. 04/12/2025. C588. | Escenario: en el contexto de agresiones sufridas por el Sr. Chavarría Morales y su familia en el marco de un proceso de verificación de electores, se analiza la afectación del proyecto de vida porque las víctimas debieron modificar sus planes y actividades y se forzó la separación de la familia.<br>Fondo: mención en párrs. 155-174.<br>Reparaciones: no menciona.<br>Punto resolutivo: "Por cuatro votos a favor y tres parcialmente en contra, que: 3. El Estado es responsable por la violación de los derechos a la integridad personal y a la protección de la familia, reconocidos en los artículos 5.1 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, así como por la afectación al proyecto de vida [. . .]".<br>"Disienten parcialmente los jueces Rodrigo Mudrovitsch, Ricardo C. Pérez Manrique y Alberto Borea Odría". | Mayoría: Hernández López, Mudrovitsch, Pérez Goldberg y Moreno Rodríguez.<br>Concurrente: Patricia Pérez Goldberg (no es derecho autónomo).<br>Parcialmente disidente: Rodrigo Mudrovitsch y Ricardo C. Pérez Manrique (es derecho autónomo).<br>Parcialmente disidente: Borea Odría (no es derecho). |

Fuente: elaboración propia.

# Imaginarios de la emergencia pública en la Constitución argentina: un análisis de los debates de la Convención Constituyente de 1994

**Gonzalo Bailo**[1]

Conicet. Universidad Nacional del Litoral (Argentina)
gbailo@fcjs.unl.edu.ar
https://orcid.org/0000-0002-7395-2630

**María Eugenia Marichal**[2]

Conicet. Universidad Nacional del Litoral (Argentina)
marichal@fcjs.unl.edu.ar
https://orcid.org/0000-0002-4250-9337

**Recibido:** 27/03/2026
**Aceptado:** 18/05/2026

https://doi.org/10.26422/RJA.2026.0701.bai

1 Centro de Investigaciones en Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral (FCJS, UNL). Becario posdoctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet, Argentina). Doctor en Derecho (UNL). Profesor de Derecho de las Obligaciones (FCJS, UNL).

2 Centro de Investigaciones en Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral (FCJS, UNL). Investigadora adjunta del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet, Argentina). Doctora en Derecho (UNL) y magíster en Estudios Sociales de la Ciencia y la Tecnología (Universidad Nacional de Quilmes). Profesora adjunta ordinaria de Filosofía del Derecho (FCJS, UNL).

**Resumen**
Este artículo propone un análisis de los imaginarios de la emergencia pública que se volcaron a los debates de la última Convención Constituyente, que reformó la carta magna argentina en 1994 y dejó su huella en los textos de los actuales artículos 76 (delegación legislativa) y 99, inc. 3 (decretos de necesidad y urgencia) de la Constitución Nacional. Para llevar adelante el trabajo, se construyó una base de datos a partir de las intervenciones de los convencionales constituyentes que trataron la incorporación de la delegación legislativa (DL) y los decretos de necesidad y urgencia (DNU) al texto constitucional. A los fines de procesar este cuerpo, se emplearon técnicas cualitativas de análisis documental clásico. El artículo retoma como hilo narrativo y clave de lectura la conocida alegoría del constituyente como el Ulises que se ata de pies y manos al mástil de su nave para superar el peligro del canto de las sirenas. Se propone extender el paralelo avanzando en las acciones que emprende Ulises para superar los peligros que le plantean los monstruos Escila y Caribdis. Si Ulises actúa frente a las sirenas como un "constituyente racional", frente a Escila y Caribdis lo hace como un "soberano" en una situación de emergencia. Se sugiere que los "dos Ulises" dejaron su huella en los imaginarios de los debates constituyentes de 1994 sobre los regímenes de emergencia pública. Si el Ulises "constituyente" intervino en las prohibiciones de los artículos 76 y 99, inc. 3 para limitar el hiperpresidencialismo, el Ulises "soberano" intervino en sus porosas excepciones y defectuosos sistemas de control para desatarlo.

**Palabras clave:** Constitución Nacional, Convención Constituyente, emergencia pública, delegación legislativa, decretos de necesidad y urgencia.

## Imaginaries of Public Emergency in the Argentine Constitution: An Analysis of the 1994 Constitutional Convention Debates

**Abstract**
This article analyzes the imaginaries of public emergency that shaped the debates of the 1994 Argentine Constitutional Convention, which left their mark on the current Articles 76 (legislative delegation) and 99(3) (necessity and urgency decrees) of the National Constitution. To carry out this study, a database was built based on the interventions of constitutional delegates who discussed the incorporation of legislative delegation and necessity and urgency decrees into the constitutional text. The analysis employs qualitative techniques of classical documentary analysis. The article adopts the well-known allegory of the constitutional framer as Ulysses, who ties himself to the mast of his ship to resist the sirens' song. It extends this parallel by analyzing Ulysses' actions when confronting the perils of Scylla and Charybdis. While Ulysses acts as a "constitutional framer" in the case of the sirens, he behaves as a "sovereign" in an emergency situation when confronting Scylla and Charybdis. The article argues that these "two Ulysses" shaped the imaginaries of the 1994 constitutional debates on emergency regimes. If the "constitutional Ulysses" played a role in the prohibitions established in Articles 76 and 99(3) to limit hyper-presidentialism, the "sovereign Ulysses" left its mark on the porous exceptions and weak control mechanisms that ultimately enabled its expansion.

**Key words:** National Constitution, Constitutional Convention, public emergency, legislative delegation, necessity and urgency decrees.

## 1. Introducción.[3] Ulises constituyente y Ulises en emergencia

Es conocida en la teoría constitucional la alegoría del constituyente como el Ulises que se ata de pies y manos al mástil de su nave para superar el peligro del canto de las sirenas sin privarse del placer de oírlas (Elster, 2015). Esto ha sido interpretado como un ejemplo de la importancia de limitarse ante los peligros que traen las pasiones desmedidas.[4]

La alegoría podría continuar si se advierte que la hechicera Circe, cuando le brinda ese consejo a Ulises, también le indica que "cuando haya pasado este peligro, ya no puedo decirte qué camino escoger". Le menciona la opción del estrecho de las "Rocas Erráticas" y la opción de los promontorios donde viven los monstruos Escila y Caribdis. Luego de su acto de restricción ante el canto de las sirenas, Ulises opta por continuar viaje por las aguas de Escila y Caribdis. Una vez allí, invocando frente a sus hombres su valor, decisión y prudencia, les indica "hagan lo que les digo". Ulises decide por sí mismo enfrentar el considerado "mal menor" de Escila y evitar a Caribdis. Escila, como había advertido Circe, termina devorando a seis de los hombres de Ulises.

Si la metáfora indica que ante las sirenas Ulises estaría actuando como un "constituyente racional", puede entenderse que frente a la disyuntiva entre Escila y Caribdis lo haría como un "soberano" en una situación de emergencia.[5] Invoca sus virtudes personales para tomar decisiones y dar órdenes, opta por aquello que considera el "mal menor" y sacrifica una parte de su tripulación para continuar el viaje. Estas figuras pueden servir como clave de lectura para abordar las dinámicas que ponen en contacto los procesos constituyentes (Ulises atado) con los regímenes de emergencia pública (Ulises desatado).

---

3 Se agradece el detallado trabajo de los pares revisores, que permitió enriquecer esta versión definitiva del artículo.

4 En una obra posterior, Elster (2000) extendió su metáfora inicial sobre Ulises y las sirenas para atender, entre otras cosas, los procesos de reforma constitucional (p. 172) y los poderes de emergencia (pp. 101, 104, 163, 174, 279). Allí notaba que los constituyentes se enfrentan a un problema cuando establecen cláusulas que funcionan como válvulas de seguridad para razones de segundo orden (v. g., emergencias), pero que interfieren con razones de primer orden (v. g., pasiones e intereses) (p. 174). Joseph Raz (1991, p. 44) llama "razones de primer orden" a las razones para realizar o no realizar una acción y "razones de segundo orden" a las razones para actuar o no actuar por una razón de primer orden.

5 En el marco de esta alegoría, el Ulises de Escila y Caribdis se vincula a la noción de soberano que adopta Carl Schmitt (2009) en su Teología Política: "Soberano es quien decide sobre el estado de

## 1.1 Objeto del trabajo y metodología empleada

Este artículo propone un análisis de los imaginarios de la emergencia pública que se volcaron en los debates de la Convención Constituyente realizada en 1994, que incorporó a la Constitución Nacional (CN) argentina los actuales artículos 76 (delegación legislativa) y 99, inc. 3 (decretos de necesidad y urgencia) (ver Figura 1).




**Figura 1.** Breve cronología de la "constitucionalización" de la DL y de los DNU en la reforma de 1994. Fuente: elaboración propia.

excepción" (p. 13). Esto capta dos aspectos relevantes de cualquier régimen de emergencia: quién tiene la potestad de declararla y quién decide las medidas a adoptar durante esta.

La consigna se inspira en el concepto de imaginario social de Marí (1986), que identifica un conjunto de prácticas de solicitación y manipuleo del psiquismo humano, tales como montajes de ficción, soportes y prácticas extradiscursivas, distribución de espacios, prestigios, símbolos, etc. que hacen materialmente posible las condiciones de reproducción del discurso del orden.[6] En otras palabras, el imaginario social y el discurso del orden son instancias distintas, pero convergentes, del dispositivo de poder.[7]

Para llevar adelante el trabajo, se construyó una base de datos a partir de las intervenciones de los convencionales constituyentes que trataron la incorporación de la delegación legislativa (DL) y los decretos de necesidad y urgencia (DNU) al texto constitucional. Se exploraron tres cuerpos documentales: las actas de las reuniones de la Comisión de Coincidencias Básicas (CCB), las actas de las sesiones ordinarias de la Convención y el archivo histórico de la reforma constitucional que obra en la Biblioteca Pablo Vrillaud de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, situada en la ciudad de Santa Fe, sede de la Convención de 1994. A los fines de procesar este cuerpo, se emplearon técnicas cualitativas de análisis documental clásico. Las intervenciones se clasificaron en función de su adhesión o rechazo al texto propuesto en el punto G del núcleo de coincidencias básicas (NCB) de la reforma (art. 2 de la Ley 24309).

En este trabajo, el concepto de "imaginario" se operativiza en dos categorías de análisis vinculadas a la DL y a los DNU en situaciones de emergencia: el sistema de reglas y excepciones aplicable a estas figuras y el diseño de los mecanismos para su control. Esta operativización procura identificar en el corpus de intervenciones convencionales los esquemas de representación que organizan los discursos sobre la emergencia pública, a partir de expresiones que contengan signos alegóricos y analógicos, tales como metáforas, figuras retóricas y míticas asociadas a la emergencia y sus riesgos (v. g., "brujas", "bestias", "Frankenstein"); construcción de proyecciones temporales y diagnósticos sobre el cambio social ("aceleración histórica", "excepcionalidad permanente"); narrativa sobre

---

6 Este discurso se construye para atribuir "al resultado y producto social en una dada relación de fuerzas, una propiedad natural o divina: la de ser un orden necesario 'para el provecho del mundo' aunque se trate, en verdad, de un cierto orden, o sea, un orden impuesto 'para el propio' provecho del clan (...) determinada comunidad o la clase privilegiada" (Marí, 1986, p. 93).

7 En este marco, tanto la ciencia del derecho —con las construcciones conceptuales y reglas de justificación de los juristas, intérpretes y glosadores— como el espacio de la ley —donde la fuerza encuentra "su modo más racional de comunicación social"— componen el segmento jurídico del discurso del orden (Marí, 1986, p. 97).

los actores institucionales y sus capacidades (confianza o desconfianza en el Congreso, el Poder Ejecutivo o el Judicial); y apelaciones esencialistas a la "realidad" o a distintas "ficciones" institucionales como criterio de legitimación.

La identificación se realiza mediante el análisis cualitativo de recurrencias, oposiciones y asociaciones presentes en las declaraciones de los convencionales comprendidos globalmente como un nivel del discurso del orden jurídico durante el debate constituyente, uno de los mayores "ritos" en la construcción del orden jurídico. Este análisis permite reconstruir las racionalidades subyacentes que estructuraron las posiciones en torno a la incorporación de la DL y los DNU al texto constitucional. La construcción de estas figuras constitucionales ejemplifica aquello que Marí (1986) consideraba la "expresión de la más alta racionalidad del dispositivo del poder como condición de reproducción ideológica de la infraestructura económica de una formación social" (p. 8). La noción de imaginario, como herramienta metodológica, habilita un análisis crítico de las normas constitucionales que pone de relieve su contingencia y porosidad, aspectos que la dogmática (entendida como "sintaxis del orden") opaca mediante sus esquemas de comprensión rígidos y abstractos.

Las posiciones resultantes se analizaron a partir de la cuestión inicialmente planteada sobre las dinámicas constituyentes y los regímenes de emergencia pública. Bajo esta última expresión, se comprende el conjunto de condiciones, requisitos y límites impuestos a la práctica de emisión de normas jurídicas por parte del Poder Ejecutivo que, para asumir excepcionalmente tareas y materia propias del Legislativo, invoca una situación o estado considerado de necesidad o urgencia que impide seguir el trámite ordinario para la sanción de las leyes. La frecuencia del recurso a esta "medida provisoria y excepcional" la convierte en una "técnica de gobierno" que amenaza "con transformar radicalmente —y, de hecho, ya ha transformado de modo sensible— la estructura y el sentido de la distinción tradicional de las formas de constitución" (Agamben, 2005, p. 25).[8]

Los debates en el seno de la Convención ilustran las tensiones que genera el intento de volver jurídico aquello que "no es ni externo ni interno al orde-

8 El estado de excepción ha sido vinculado analógicamente a institutos del derecho romano (*iustitium, luctus publicus*), pero en su versión moderna se trata de "una creación de la tradición democrática-revolucionaria, y no absolutista" (Agamben, 2005, p. 29). Desde el decreto para la protección del pueblo y del Estado que suspendió artículos de la Constitución de Weimar en Alemania, "la creación voluntaria de un estado de emergencia permanente (aunque eventualmente no declarado en sentido técnico) devino una de las prácticas esenciales de los Estados contemporáneos, aún de aquellos así llamados democráticos". El estado de excepción "tiende a presentarse como el paradigma de gobierno dominante en la política contemporánea" (Agamben, 2005, p. 25).

namiento jurídico" (Agamben, 2005, p. 59), que está en un umbral o zona de indiferenciación.[9] Por ello, se trata de analizar este aspecto de la reforma constitucional de 1994 en su contexto de producción, a la luz de los procesos constitucionales del siglo XX, pero interrogada desde los desafíos institucionales que plantea el presente siglo. El recurso a esta figura de excepción es cada vez más frecuente, no sólo en repitencia, sino también en intensidad, llegando a su paroxismo con el DNU 70/2023 y la Ley 27742 de 2024 (denominada "ley bases").

### 1.2 Breve contextualización de los interrogantes del trabajo

La reconstrucción de los imaginarios de los convencionales constituyentes de 1994 requiere de una puesta en contexto de la discusión, señalando algunas cuestiones necesarias para situar las distintas posiciones. Los debates discurrieron en una escena social y política que se componía, como mínimo, de los siguientes elementos:

- La vigencia de un entramado normativo compuesto por la Ley 23696 de Emergencia Administrativa y Reforma del Estado (1989), la Ley 23697 de Emergencia Económica (1989) y distintos DNU como el 435/90 y el 2284/1991, que se enmarcaban en una tendencia global de políticas neoliberales derivadas del Consenso de Washington.[10] Ese entramado formaba parte de un conjunto de prácticas de gobierno que, en general, habían sido convalidadas por la Corte Suprema.
- La firma del Pacto de Olivos (1993) y la consiguiente sanción de la Ley 24309 (1993), que habilitó la reforma constitucional a partir de un NCB en el que, entre muchas otras cuestiones, se incluía un régimen para las delegaciones legislativas y los DNU (punto G). Este pacto fue caracterizado como un "clásico acuerdo entre caudillos" fundado en las ambiciones del por entonces presidente justicialista Carlos Saúl Menem y las necesidades

9 Para una ampliación del debate en torno a la excepción como fuente del derecho, puede verse el capítulo 1 de Agamben (2005) y su crítica al jurista italiano Santi Romano por su posición en un ensayo sobre el decreto ley dictado por el terremoto de 1908 en Messina y Reggio Calabria. Allí, Romano (1909) consideraba que, aunque no estuviesen previstos en el Estatuto Albertino, existían poderes de necesidad como "una respuesta al estado de necesidad que se activa cuando un evento extraordinario —originalmente la guerra y la guerra civil, pero luego también fenómenos naturales— altera la vida cotidiana". Ver también Latini (2023, p. 1).

10 El DNU 435/90 apuntó a profundizar el denominado "programa de estabilización económica y de reforma del Estado" mediante medidas fiscales, impositivas y de reestructuración administrativa. El DNU 2284/1991 propuso desregular el comercio interior y exterior y el mercado de capitales y disolver distintos entes reguladores del mercado.

políticas del líder del principal partido opositor y expresidente, Raúl Ricardo Alfonsín, quien, debido a las debilidades de su propio partido, "no pudo detener la ofensiva del gobierno peronista que amenazaba con la convocatoria a un plebiscito nacional" (Quiroga, 2005, p. 197) en noviembre de 1993 sobre la necesidad de la reforma constitucional.

- Un escenario político bipartidista dominado por un oficialismo (Partido Justicialista, PJ) principalmente interesado en incluir en la Constitución Nacional la posibilidad de reelección presidencial, hasta ese entonces vedada, como una cuestión que comprometía los acuerdos y negociaciones sobre otros aspectos de la reforma.[11]

La práctica de regulación presidencial por razones de emergencia, que avanzaba sobre la esfera legislativa, exhibía diversas lecturas por parte de la doctrina jurídica en los momentos previos a la reforma. Sin intentar agotar aquí los matices que aparecen en las dogmáticas constitucionalista y administrativista (cuestión que excede el objeto del presente trabajo), las posiciones antagónicas pueden ejemplificarse a través de algunas figuras representativas.[12]

Por un lado, la mirada crítica desde la filosofía política y el derecho constitucional puede ilustrarse a través de Carlos S. Nino (2013), quien veía en el dictado de decretos delegados y de DNU un síntoma clave del hiperpresidencialismo, habilitado por la "claudicación de otros poderes del Estado, o por un ejercicio liso y llano de la musculatura política" (p. 529).[13] A inicios de la década de 1990, advirtió sobre la actitud permisiva de la Corte ante la práctica de dictar leyes que implican delegación de facultades legislativas, aceptando

11 Citando al periodista Atilio Cadorín, Quiroga (2005) resume que se ingresaba en la era de la democracia de a dos, de un "sistema democrático bipersonalista" que "convocaba a los partidos a firmar un contrato de adhesión: la reforma constitucional que surgiría del Núcleo de Coincidencias Básicas" (p. 198) (cfr. Negretto, 2013, p. 138).

12 Sobre los matices existentes al interior de las distintas dogmáticas durante la última parte del siglo pasado, puede consultarse Hernández (2002).

13 El hiperpresidencialismo caracteriza una forma de organizar las relaciones entre el órgano legislativo y el ejecutivo que sitúa al sistema de gobierno argentino en un extremo de las democracias pluralistas. La concentración de poder en el presidente resulta de sus facultades extraordinarias en caso de estado de sitio y en materia de intervención federal, cuya combinación acerca el rol presidencial al "de un monarca absoluto" (Nino, 2013, p. 526). Este rol también venía dado, observa Nino en 1992 (2013), por las amplísimas funciones reglamentarias del presidente, el ejercicio de facultades delegadas mediante decretos de ejecución que invadían funciones del Congreso, sumado a las leyes "ómnibus" convalidando normas de facto de regímenes militares. A todo ello agregaba el peligro del reconocimiento por parte de la doctrina (referenciando textos de Sagüés y Quiroga Lavié) de la facultad de dictar DNU (Nino, 2013, p. 528).

su constitucionalidad por considerarlas facultades del poder de policía "una expresión sumamente peligrosa para la preservación de los derechos" (p. 527). Analizando las causas y efectos de la inestabilidad e ineficacia del sistema político argentino, consideraba necesario "abandonar un presidencialismo que se ha vuelto hipertrofiado y se ha hecho extremadamente poroso a las presiones corporativas" (p. 655).

Por otro lado, la mirada administrativista, que podría denominarse pragmático-justificatoria, está claramente representada en figuras como Roberto Dromi y Rodolfo Barra, ideólogos y arquitectos de la Reforma del Estado en las etapas previas a la reforma constitucional. De acuerdo con Dromi (1991), el poder de policía de emergencia "autoriza a restringir los derechos humanos con intensidad particularmente extrema. Por este poder, el Estado puede prorrogar contratos, congelar alquileres, suspender juicios, conceder moratorias, reducir intereses pactados, regular precios (...)" (p. 21).[14] Barra (2020), otro de los diseñadores y ejecutores de las reformas menemistas, convencional constituyente de 1994 y exjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), ha definido la emergencia como "una situación de hecho, no subordinada a, ni necesitada de, declaración legal alguna" (p. 71) y ha propuesto identificarla con el "interés sustancial" que "el legislador (Congreso, Presidente, Administración) busca proteger o realizar mediante una determinada norma imperativa" (p. 72). En esta perspectiva, una medida de emergencia "no es otra cosa que un ejercicio de la razón del legislador que debe proveer al bien común frente a circunstancias dadas, es decir, una cuestión de "justicia general, legal o del bien común" (p. 72).

Retomando la alegoría inicial, la pregunta que guía este trabajo sería: ¿qué fue lo que hizo (u omitió) el Ulises constituyente para que el Ulises soberano se desatara con tanta facilidad?

---

14 En un breve comentario sobre los rumbos del derecho público, afirmaba que la combinación del "intervencionismo estatal, la razón de Estado y las emergencias institucionales" demandaba un instrumental jurídico adecuado. En ese contexto, consideraba que los "remedios que ayer asustaban", en referencia al poder expropiatorio, impositivo, de policía, el estado de sitio o la intervención federal, para entonces ya eran "inocentes piezas de museo en comparación con los más recientes misiles jurídicos de que se dotó al Estado: ley marcial, plan CONINTES, estado de emergencia, confiscación de bienes, facultades extraordinarias, política de emergencia económica, potestad legislativa sin límites (...) vedas de derechos civiles y políticos, moratorias, bloqueos y prorrateos de bienes, etcétera" (Dromi, 1981, p. 798). En su tratado *Derecho Administrativo*, presentaba la evolución del poder de policía hasta la que consideraba su última etapa: la intervención estatal por razones de emergencia, que le corresponde al Estado "por imperio constitucional con el fin de superar la situación de peligro colectivo creada por las graves circunstancias económicas, sociales y administrativas que padecía la nación" (Dromi, 1992, p. 68).

## 2. La emergencia pública en los debates constituyentes de 1994

La Convención Constituyente de 1994 contó con un total de 305 representantes. El PJ alcanzó un 35,5% de los votos y obtuvo 137 bancas, mientras que la Unión Cívica Radical (UCR) alcanzó un 19,74%, logrando 74 lugares. El Frente Grande fue la tercera fuerza, obteniendo 31 lugares.

El bloque documental compuesto por las sesiones ordinarias de la Convención fue sistematizado en función de las posiciones planteadas en torno al texto propuesto en el NCB sobre DL y DNU (ver Tablas 1 y 2). A partir de este criterio, se registraron cinco intervenciones relevantes a favor, todas ellas por parte de convencionales pertenecientes a partidos mayoritarios: cuatro por la UCR y una por el PJ. Estos representantes pertenecían a tres provincias: Buenos Aires (3), Santa Fe (1) y Córdoba (1).

**Tabla 1**

**Debates sobre DL y DNU durante las sesiones ordinarias de la Convención**

| Fecha | Reunión | Intervenciones |
|---|---|---|
| 27 de julio | 18ª reunión (3ª sesión ordinaria). Se tratan los despachos originados en la CCB. | García Lema, Conesa Mones Ruiz, Cornet, Castillo Odena. |
| 28 de julio | 19ª reunión (3ª sesión ordinaria). Se tratan los despachos originados en la CCB. | Maeder, Pose, Torres Molina, Quiroga Lavié, Ortiz Pellegrini. |
| 29 de julio | 20ª reunión (3ª sesión ordinaria). Se tratan los despachos originados en la CCB. | Peltier, Carrió. |
| 1 de agosto | 21ª reunión (3ª sesión ordinaria) Se tratan los despachos originados en la CCB. | Cáceres, Jándula, Alfonsín. |

Fuente: elaboración propia.

**Tabla 2**
**Intervenciones sobre DL y DNU en las sesiones ordinarias de la Convención**

| Convencional | Provincia | Partido | Posición |
|---|---|---|---|
| Alfonsín, Raúl Ricardo | Buenos Aires | Unión Cívica Radical | Positiva |
| Cáceres, Luis Alberto | Santa Fe | Unión Cívica Radical | Positiva |
| García Lema, Alberto | Buenos Aires | Partido Justicialista | Positiva |
| Ortiz Pellegrini, Miguel Ángel | Córdoba | Unión Cívica Radical | Positiva |
| Quiroga Lavié, Humberto | Buenos Aires | Unión Cívica Radical | Positiva |
| Carrió, Elisa | Chaco | Unión Cívica Radical | Negativa |
| Castillo Odena, Tomás | Corrientes | Pacto Autonomista Liberal | Negativa |
| Conesa Mones Ruiz, Horacio | Jujuy | Fuerza Republicana | Negativa |
| Cornet, Roberto Julio | Córdoba | Unión del Centro Democrático | Negativa |
| Jándula, Jorge Eduardo | Salta | Movimiento por la Dignidad y la Independencia | Negativa |
| Maeder, Ernesto | Chaco | Acción Chaqueña | Negativa |
| Peltier, Teresa Camila | Mendoza | Demócrata | Negativa |
| Pose, Guillermo Alfredo | Mendoza | Demócrata | Negativa |
| Torres Molina, Ramón | Buenos Aires | Frente Grande | Negativa |

Fuente: elaboración propia.

Las intervenciones que pueden considerarse contrarias, o de algún modo críticas, al texto del NCB fueron nueve. Con la excepción de Elisa Carrió (UCR), se trató de convencionales pertenecientes a fuerzas políticas minoritarias. Estos representantes pertenecían a siete provincias: Buenos Aires (1), Chaco (2), Corrientes (1), Córdoba (1), Jujuy (1), Mendoza (2) y Salta (1).

Por otra parte, del bloque documental compuesto por las actas de las reuniones de la CCB resultan cuatro intervenciones relevantes favorables y once contrarias al texto del núcleo (ver Tablas 3 y 4).

**Tabla 3**
**Debates sobre DL y DNU durante las reuniones de la CCB**

| Fecha | Reunión | Intervenciones |
|---|---|---|
| 28 de junio | 1° reunión de la CCB<br>Se adelanta el debate sobre el punto G del núcleo | Avelin, Auyero |
| 5 de julio | 3° reunión de la CCB<br>Comienza el debate sobre el punto G del núcleo | Zanola (CGT), Mestre, García Lema, Torres Molina, Ortiz Pellegrini, Natale |
| 7 de julio | 4° reunión de la CCB<br>Continúa el debate sobre el punto G del núcleo | Cornet, Aguirre, Conesa Mones Ruiz, Barcesat, Zaffaroni, Armagnague, Winter |
| 12 de julio | 5° reunión de la CCB<br>Se reintroduce el debate sobre el punto G como derivación de otros asuntos | Rabina (Asociación de Abogados de Buenos Aires) |

Fuente: elaboración propia.

**Tabla 4**
**Intervenciones sobre DL y DNU en las reuniones de la CCB**

| Convencional | Provincia | Partido | Posición |
|---|---|---|---|
| Avelin de Ginestar, Nancy Barbarita | San Juan | Cruzada Renovadora | Negativa |
| Auyero, Carlos Alberto | Buenos Aires | Frente Grande | Negativa |
| Mestre, Ramón Bautista | Córdoba | Unión Cívica Radical | Positiva |
| García Lema, Alberto | Buenos Aires | Partido Justicialista | Positiva |
| Torres Molina, Ramón | Buenos Aires | Frente Grande | Negativa |
| Ortiz Pellegrini, Miguel Ángel | Córdoba | Unión Cívica Radical | Positiva |
| Natale, Alberto Adolfo | Santa Fe | Demócrata Progresista | Negativa |
| Cornet, Roberto Julio | Córdoba | Unión del Centro Democrático | Negativa |
| Aguirre, Mauro | Mendoza | Movimiento por la Dignidad y la Independencia | Negativa |
| Conesa Mones Ruiz, Horacio | Jujuy | Fuerza Republicana | Negativa |
| Barcesat, Eduardo Salvador | Capital Federal | Frente Grande | Negativa |
| Zaffaroni, Eugenio Raúl | Capital Federal | Frente Grande | Negativa |
| Armagnague, Juan Fernando | Mendoza | Unión Cívica Radical | Positiva |
| Winter, Jorge Enrique | Chaco | Acción Chaqueña | Negativa |
| May Zubiría, Diego | Capital Federal | Frente Grande | Negativa |

Fuente: elaboración propia.

Las cuatro intervenciones favorables procedían de convencionales pertenecientes a partidos mayoritarios: tres por la UCR y uno por el PJ. Estos representantes provenían de tres provincias: Buenos Aires (1), Mendoza (1) y Córdoba (2).

Las once intervenciones contrarias o críticas del texto fueron de convencionales pertenecientes a fuerzas políticas minoritarias. Estos representantes provenían de ocho provincias o distritos: Buenos Aires (2), San Juan (1), Santa Fe (1), Córdoba (1), Mendoza (1), Jujuy (1), Capital Federal (3) y Chaco (1). Durante las reuniones de la CCB, también se registraron intervenciones críticas por parte de las representaciones de la Confederación General del Trabajo (Zanola) y de la Asociación de Abogados de Buenos Aires (Rabina).

## 2.1 Escila o Caribdis. Un dilema decisional

Antes de atarse de pies y manos para sortear el peligro de las sirenas, Ulises sabía que tendría que tomar otras decisiones sobre los peligros que lo esperaban luego. Cuando opta por aventurarse por los promontorios que habitaban Escila y Caribdis, debía acercarse necesariamente a un monstruo para evitar al otro, sabiendo que Escila podría devorar parte de su tripulación y que Caribdis podría provocar un naufragio. Se trata de una temporalidad compleja, ya que el Ulises que decide atarse tenía cierta información sobre esos peligros futuros. Es decir, la decisión de autolimitarse no era una decisión aislada de las decisiones que lo llevaron a acercarse a Escila y a descartar otras alternativas.

El dilema decisional que transcurre entre las sirenas y Escila podría estar representado en los debates constituyentes de 1994 por los dilemas de articulación de las reglas y excepciones previstas para la delegación legislativa (art. 76) y los DNU (art. 99, inc. 3) en situaciones de emergencia pública. En otras palabras, y especialmente para el caso de una reforma constitucional como la argentina, ¿las decisiones que toma el constituyente son necesariamente previas a las del soberano que se encuentra en situaciones que son consideradas de emergencia? ¿Cómo se proyectaba esa temporalidad compleja en los imaginarios de los convencionales constituyentes de 1994? ¿Cuáles eran los "monstruos" que habitaban las "ideas del derecho prevalecientes en el cuerpo social" que había que enfrentar?[15]

15 Esta pregunta nos enfrenta al vínculo dialéctico entre las distintas constituciones. Desde esta perspectiva, se puede "desdramatizar el poder constituyente y dejar de concebirlo como una autoridad extrajurídica portadora de un derecho definido tabula rasa", pues ninguna reforma escapa a la

Las proyecciones temporales y espaciales vinculadas a la discusión de la DL y los DNU pueden observarse a distintas escalas. Durante las reuniones de la CCB, García Lema exponía que las propuestas del punto G del NCB obedecían "a profundos cambios científicos y tecnológicos que se operan en el contexto mundial que nos rodea a una velocidad y con un ritmo de aceleración desconocidos en el siglo pasado". Contrastaba los procedimientos que apuntaban a "sancionar pocas leyes para durar mucho tiempo" con los necesarios para "dictar muchas leyes que deben durar poco tiempo" (Reunión CNCB, 05/07/94, p. 58).[16]

Barcesat, en cambio, exponía:

> que no se nos diga que hay una aceleración de la historia o de la multiplicación normativa (...) es infantil y torpe creer que un individuo que dedica poco tiempo a la función de gobierno, habrá a través de los decretos de necesidad y urgencia de conjurar y compatibilizarse a la aceleración de la función legisferante o de creación normativa y que esto habrá de quedar resuelto mediante este género único y que trasciende los poderes de la normalidad (Reunión CNCB, 07/07/94, p. 13)

Los imaginarios sobre las distintas clases de "monstruos" y peligros a sortear en relación con la inclusión de las figuras de DL y DNU no escaparon a los debates en la CCB y se revelaron de manera explícita. Los convencionales que apoyaban el texto del núcleo argumentaban que con los DNU "pasa como con las brujas, es decir, uno cree que no existen, pero existen", vale decir, "son una realidad palpable, existen, se tocan, se sienten y se aplican" (Ortiz Pellegrini, Reunión CNCB, 05/07/94, p. 68). Barcesat entendía que el proyecto instalaba

"confrontación de las 'ideas del derecho' que prevalecen en el cuerpo social" (Ost, 2005, p. 206). Analizando las reformas constitucionales, explica Ost (2005) que la soberanía popular es relativa, pues tendría algo así como dos grados: "una soberanía absoluta que se manifiesta en el plano fundador y constituyente, la del "pueblo jurídico" o "transtemporal" (...) y una soberanía limitada que se traduce en el ejercicio de los poderes derivados e instituidos, como es el poder de revisión" (p. 207). A partir de allí, y retomando las figuras de la Odisea de Homero, propone una jerarquización de la voluntad de Ulises. Identifica el accionar en un "tiempo 1", cuando decide atarse al mástil de su navío, y en un "tiempo 2" cuando, hechizado por el canto de las sirenas, les suplica a sus marineros que lo desaten (p. 209).

16 Las expresiones de García Lema pueden relacionarse con el tratamiento problemático que la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo de la separación de poderes en el caso *Peralta* (Fallos: 313:1513) —como una categoría histórica que, en el mejor de los casos, debía ser adaptada jurisprudencialmente a los tiempos que corrían (considerando 29)— y a la literatura que, de manera más reciente, ha analizado el impacto de la aceleración de los tiempos en los mecanismos legislativos (v. g., Scheuerman, 2001).

a la "bestia institucional", es decir, la excepcionalidad institucional en lugar del Estado de derecho. Contestaba a su par convencional que no es admitiendo que existen brujas que se resuelve el tema "la cuestión es si las brujas no nos gustan y yo prefiero sustituirlas por (...) la doctrina del Estado de derecho y no pretendiendo maquillar o mejorar a las bestias o brujas" (Reunión CNCB, 07/07/94, p. 14). En una posición también crítica del proyecto, May Zubiría aseguraba que "este aporte es malo, tenemos que hacer menos malo a Frankenstein, no maquillarlo, sino que tenga menos armas letales en sus manos" (Reunión CNCB, 07/07/94, p. 40).

Durante las sesiones de la CCB, el convencional Barcesat citó un trabajo de Enrique Marí sobre el discurso del poder para referirse a los mismos peligros y destacar "cómo a veces los individuos instalados en el poder trascienden los límites del mismo, cómo hay conjunción mecánica entre el deseo y el ejercicio del poder político" (Reunión CNCB, 07/07/94, p. 15).[17]

Una parte de los convencionales transitaba el debate "como si" realmente estuvieran tomando decisiones sustantivas sobre los contenidos de la nueva constitución, ejerciendo libremente el mandato otorgado por la ciudadanía para ello, siendo que sus márgenes estaban casi completamente constreñidos por el NCB.[18] Otros, en cambio, subrayaron esos límites marcando que su margen de maniobra para erradicar o encauzar las prácticas sobre DL y DNU era tan limitado que casi desvirtuaba el sentido mismo de un debate constituyente sobre el punto. Así, en la CCB se planteó que las discusiones y la votación del texto estaban atadas a los acuerdos y transacciones que se habían hecho en torno a la incorporación de la reelección presidencial (Avelin, Reunión CNCB, 28/06/94, p. 24).

Estas ataduras se presentaban en los debates de la CCB como un entretejido de núcleos, siendo los DNU y la DL el "núcleo" de la reforma constitucional y la reelección el "núcleo del núcleo" (Auyero, Reunión CNCB, 28/06/94,

17 Agregaba que "este no es un tema solamente de la racionalidad de las categorías jurídicas; este no es sólo un tema de ver cómo se ejerce el poder, sino que es también un tema que tiene que ser visto desde el discurso del poder, es decir, desde esos espacios discursivos y extra discursivos en los que se instalan normalidades en la conducta de la sociedad y cómo operan esas formas extra discursivas y qué riesgos enfrentamos si no analizamos esa conjunción que también integra el discurso del poder, junto con las categorías racionales del discurso jurídico" (Reunión CNCB, 07/07/94, p. 15).

18 En un artículo posterior a la reforma, Barcesat (2003) ofrecía un balance negativo de esta y reseñaba que las emergencias operaban "como si" se enfrentase un hecho de la naturaleza, pero que en realidad proviene del obrar humano "más precisamente, con el obrar —o mal obrar— de los gobiernos" (s.p.). Bajo una clara influencia conceptual de Marí (1986), quien, a su vez adopta, esta filosofía de Vaihinger (1935), entendía que el recurso a ese "como si" tiene por objetivo "aplicar las nociones

p. 2). Para los convencionales críticos, ese entretejido resultaba de una serie de transacciones políticas entre el poder económico concentrado y el poder político gobernante, primero, y del poder político gobernante con la segunda minoría, luego (presión de una consulta popular o plebiscito y posterior Pacto de Olivos). Natale advertía que "llegamos a esto por el tratado entre justicialistas y radicales. El justicialismo no lo tenía contemplado en su temática y la Unión Cívica Radical ha querido acortar los límites desbordados (...)" (Reunión CNCB, 05/07/94, p. 71). García Lema, situado en defensa del proyecto, explicaba que en materia de necesidad y urgencia el PJ en realidad se inclinaba, en lugar de los DNU, por proyectos de ley con trámites abreviados y posible sanción ficta. Sin embargo, del "debate inter-partidario" había surgido que ello implicaba "una pérdida de libertad de los partidos opositores para el desarrollo de su actividad legislativa", por lo cual habían escogido otro mecanismo (Reunión CNCB, 05/07/94, p. 59).[19]

Las negociaciones interpartidarias previas entre el PJ y la UCR parecían explicar las bifurcaciones que tomaron los regímenes de emergencia en el texto constitucional. En el imaginario de los grandes propulsores de la reforma había dos caminos: establecer un procedimiento legislativo abreviado con aprobación ficta o dotar de un instrumento autónomo para afrontar urgencias y necesidades (García Lema, Reunión CNCB, 05/07/94, p. 59). Se consideraba que el segundo camino subsanaba el problema del control parlamentario de los partidos opositores y colocaba a las emergencias dentro de la Constitución. Desde una posición también favorable, pero representando la otra parte del acuerdo (UCR), se explicaba que el texto acordado trataba de "consolidar el concepto representativo y republicano" al tiempo que respondía "a las necesidades

elaboradas por la dogmática respecto a las figuras de la fuerza mayor y el estado de necesidad" (s.p.). Recuperando su posición de convencional durante la reforma, estimaba que "la acentuación y concentración de poderes en beneficio del presidente de la Nación no ha aparejado el contar con un firme timonel, piloto de tormentas, que salvase al esquife de destrozarse en bajíos rocosos. Bien por el contrario, el apartamiento del sistema y doctrina del Estado de derecho ha redundado en un quiebre de la democracia sustantiva, en un notorio proceso de marginación y exclusión social forzada, en la pérdida de la calidad de vida de los habitantes y en el incumplimiento de los conjuntos inescindibles de derechos humanos, civiles y políticos, y económicos, sociales y culturales" (s.p.).

19 La exposición detallada de esta posición y del proceso de construcción de estos consensos puede ampliarse en García Lema (1993a, 1993b, 1994) y en García Lema y Paixão (1994). El mismo convencional publicó algunos balances en distintos aniversarios de la reforma (2004, 2014, 2019). En el año 2004, por ejemplo, observaba que "uno de los principales óbices a un mayor rol del Congreso respecto del presidente, en la década en cuestión, ha sido la falta de creación de la Comisión Bicameral Permanente, que debía controlar el uso que hiciese el presidente de los decretos de necesidad y urgencia, de las facultades delegadas que le confiriese la legislación y de la promulgación parcial

del derecho de necesidad y de emergencia" (Ortiz Pellegrini, Reunión CNCB, 05/07/94, p. 68). Se adopta así un concepto (derecho de necesidad, derecho de emergencia) que la doctrina jurídica había creado para analizar esta dimensión de las prácticas de gobierno del hiperpresidencialismo.

La mezcla de tradiciones políticas registradas en el NCB podía verificarse en los debates sobre las fuentes y el derecho comparado. Los convencionales a favor del texto estimaban que el proyecto trataba las situaciones de emergencia que ya estaban "contempladas en la legislación del mundo entero" (Mestre, Reunión CNCB, 05/07/94, p. 30) y que no se trataba "de una originalidad argentina, sino precisamente están contemplados en el derecho constitucional de todo el mundo" (Ortiz Pellegrini, Reunión CNCB, 05/07/94, p. 69). En materia de DL, los defensores del proyecto planteaban que se había seguido el sistema estadounidense (García Lema, Ortiz Pellegrini), mientras que los convencionales críticos entendían que esa comparación era improcedente porque en ese país el presidente no tenía, como regla, facultades reglamentarias (Torres Molina, Reunión CNCB, 05/07/94, p. 67).[20]

En materia de DNU, los convencionales críticos argumentaban que el régimen previsto sólo tenía paralelo con la Constitución de Chile y con la de Perú de 1993 (Torres Molina, Reunión CNCB, 05/07/94, p. 64). Zaffaroni encontraba cierta similitud entre los DNU y las *executive orders* del derecho estadounidense, pero aclarando que en el país del norte su uso era excepcional (Reunión CNCB, 07/07/94, p. 18). Natale entendía que los DNU eran una creación de los administrativistas quienes, como Bielsa, abrevaban en la doctrina francesa y copiaban "el derecho administrativo europeo, basado en el sistema parlamentario" (Reunión CNCB, 05/07/94, p. 71).[21]

---

de las leyes (el veto parcial)" (s.p.). Agregaba que esa Comisión "había sido concebida como una suerte de 'miniparlamento' por su composición multipartidaria, destinada a ser el complemento parlamentario de la institución del jefe de gabinete" y que más que un "organismo de control" de las facultades citadas su función debería ser un "cuerpo de consulta del presidente" (s.p.) que propusiera al Ejecutivo leyes que evitaran el uso de DNU. También consideraba que los acuerdos de gabinete necesarios para el dictado de DNU se habían revelado insuficientes para restringir su uso.

20 Para ampliar sobre las posiciones de este convencional, puede consultarse Torres Molina (1994), y para un análisis en materia de DL y DNU a tres años de la reforma, puede contrastarse Torres Molina (1997).

21 Los archivos de la Convención Constituyente almacenados en la Biblioteca de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad Nacional del Litoral) presentan indicios para reconstruir el discurso del orden que atraviesan estas intervenciones a través de los materiales preparados por la Biblioteca del Congreso de la Nación (v. g., D'Abate, 1993; Ekmekdjian, 1993; García Belsunce, 1989; Negretto, 1989; Segovia, 1986; Sagüés, 1990), cuya lectura de conjunto permitía dotar de entidad propia a este supuesto subsector del derecho, el "Derecho de la Emergencia". Ese fondo de

### 2.1.1 Convencionales a favor

*Hemos adoptado el criterio que las emergencias están dentro de la Constitución y no quedan fuera de esta.*
García Lema (Reunión CNCB, 05/07/94, p. 60).

En el grupo de convencionales que intervinieron a favor del texto, predominó la idea según la cual la reforma constitucional estaba brindando un marco para el ejercicio de facultades que ya se ejercían de hecho en el país y que, por ello, era necesario limitar de alguna manera.[22] Se consideraba que, incorporando estas figuras al texto, la Constitución material se estaba llevando a la Constitución escrita (Ortiz Pellegrini, 19ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 28/07/94, p. 2439) y que se estaba afrontando una "realidad" (Cáceres, 21ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 01/08/1994, p. 2564). Se entendía que la reforma de la Constitución era la oportunidad para encauzar ese uso que la praxis hacía innegable e inevitable, fijando como reglas la excepcionalidad de la delegación administrativa y la prohibición de los DNU.

En favor de esta postura, los convencionales ofrecieron distintos argumentos, a saber:

- La reforma fortalecía los poderes del Congreso y corregía las prácticas defectuosas vigentes (Quiroga Lavié, 19ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 28/07/94, p. 2431).[23]

archivo incluye la *Teoría de la Constitución* de Schmitt (*Verfassungslehre*) (1982), obra originalmente publicada en 1928. Sin embargo, el archivo no incluye trabajos claramente críticos sobre estas cuestiones, como los de Carlos Nino.

22 Los convencionales que intervinieron a favor del texto vigente durante las sesiones ordinarias fueron cinco: García Lema, Quiroga Lavié, Ortiz Pellegrini, Cáceres y Alfonsín.

23 En un artículo de 1994, Quiroga Lavié afirmaba que "la constitucionalización de los decretos de necesidad y urgencia resulta imperiosa en un país como la Argentina, asolada por el colapso económico y el estallido social" (s.p.). Argumentaba que poner reglas a una situación de excepción significaba limitarla y, por esta razón, decía a sus objetores que "preferir el 'de facto' de los decretos leyes a su regulación constitucional significa adherir al decisionismo de Carl Schmitt". Sintetizaba su posición de la siguiente manera: "No a los decretos de necesidad y urgencia por decisiones de facto. Sí a los decretos con fuerza de ley en situaciones de excepción, para evitar el colapso social, dentro de los límites de la Constitución y controlados por el poder de nulificación de la Justicia" (s.p.). Justificaba la constitucionalización de los DNU en el aseguramiento de la gobernabilidad del sistema político "de cara a situaciones de colapso económico, o de otra naturaleza, que hagan imposible seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes" (s.p.). Para el caso de nulidad judicial o falta de convalidación legislativa, Quiroga Lavié entendía que "siempre podrá el Ejecutivo insistir con un nuevo decreto, porque no estando prohibida dicha posibilidad de ese modo podrá el Ejecutivo mantener los beneficios de una medida que terminará imponiéndose por la evidencia de los hechos, no obstante la pertinaz resistencia de los otros poderes del Estado ¿Coalición del

- La delegación se ajustaba a las prácticas de los Estados Unidos (García Lema, 18ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 27/07/94, p. 2208).
- Resultaba saludable la inclusión de la caducidad de la legislación delegada preexistente a la reforma (Quiroga Lavié, 19ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 28/07/94, p. 2434) –actual cláusula transitoria octava de la Constitución Nacional–.
- La regulación de los DNU obedecía al estado de la doctrina administrativa y constitucional (Cáceres, 21ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 01/08/94, p. 2563) y a que se habían convertido en actos conforme a derecho (Alfonsín, 21ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 01/08/94, p. 2727).
- Los eventuales excesos serían corregidos por el Poder Judicial en general o concretamente por la Corte Suprema (Quiroga Lavié, 19ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 28/07/94, p. 2432).

Durante las sesiones de la CCB, el convencional Mestre (Reunión CNCB, 07/07/94, p. 34) exponía que, mediante el proyecto de la mayoría,

> se pretende terminar con la discrecionalidad, se pretende reglar, se pretende normatizar. Este es un avance altamente positivo para el futuro de esto que no estaba contemplado por la Constitución, por la vieja Constitución, ahora tendrá una forma organizada, reglamentada perfectamente clara para que todo el mundo conozca que cuando el Poder Ejecutivo use esta herramienta en función de necesidades y urgencias esté suficientemente justificado este procedimiento.

García Lema explicaba que la cláusula transitoria que preveía la caducidad de la legislación delegada preexistente que no fuese ratificada expresamente por el Congreso tenía como fundamento evitar la práctica habitual de los Gobiernos de facto de dictar decretos leyes que delegaban, sin plazo, amplias facultades legislativas: "[Q]uedaron incorporadas esas leyes en nuestra legislación y el uso de esas atribuciones delegadas se transformó en la práctica" (Reunión CNCB, 05/07/94, p. 62).

El convencional Armagnague (Reunión CNCB, 07/07/94, p. 28) expresaba que las facultades que se estaban regulando "responden a un principio que surge de la realidad; esto no lo venimos a inventar hoy, las emergencias han existido y existirán siempre" y que "debe haber un marco legal que las cobije,

Congreso y del Poder Judicial para desestabilizar al poder del Gobierno? Hipótesis de fantasía que no puede determinar, por cierto, la conveniencia de modificar las reglas que sobre los decretos de necesidad y urgencia pasarán a formar parte de la nueva Constitución de la República" (s.p.).

porque de lo contrario estaríamos ante un derecho que contempla sólo los casos normales y permanentes, y no los casos transitorios y excepcionales" (p. 28). Sintetizaba su posición expresando que "el derecho tiene que contemplar la realidad fáctica, nos guste o no" (p. 28).

Pese al acuerdo sobre estas ideas básicas, este grupo de convencionales no parecía compartir la manera en la que los decretos delegados debían articularse con los DNU ante una situación de emergencia. Una parte de este grupo favorable entendía que las "circunstancias excepcionales" de los DNU referían a la emergencia y, por ende, al estado de necesidad (Ortiz Pellegrini, 19ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 28/07/94, p. 2439) o bien que estaban dadas por una "emergencia significativa y una necesidad súbita" (Alfonsín, 21ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 01/08/94, p. 2727). Otra parte consideraba que los DNU debían estar sujetos a delegaciones legislativas previas (Quiroga Lavié, 19ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 28/07/94, p. 2434).

Uno de los problemas derivados de esta articulación tenía que ver con la definición y alcance de estas "situaciones de emergencia". En este grupo, se afirmaba que el concepto de emergencia no era "absolutamente indeterminado" porque la jurisprudencia de la Corte Suprema ya había dado pautas para su definición (Quiroga Lavié, 19ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 28/07/94, p. 2432).

### 2.1.2 Convencionales en contra

> *Este es el capítulo más grave de esta reforma, porque se abre la puerta para que el Congreso se transforme en un órgano vacío de poder.*
> Natale (Reunión CNCB, 05/07/94, p. 71).

En el grupo de convencionales que se manifestaron críticos con el texto predominó la idea según la cual la reforma no sólo no lograba atenuar el sistema presidencialista, sino que también comprometía la división de poderes.[24] En general, se entendía que la inclusión de estos mecanismos como medio para atenuar el presidencialismo configuraba una contradicción. En sostenimiento de esta idea, los convencionales plantearon distintos argumentos:

24 Los convencionales que se manifestaron críticos del texto vigente en las sesiones ordinarias fueron nueve: Conesa Mones Ruiz, Cornet, Castillo Odena, Maeder, Pose, Torres Molina, Peltier, Carrió y Jándula.

- La reforma partía de una concepción del Poder Legislativo que lo consideraba inoperante y los DNU cercenaban tanto dicho poder como los derechos individuales (Conesa Mones Ruiz, 18ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 27/07/94, p. 2235).
- El "núcleo de coincidencias básicas" no había sido sometido a debate (Maeder, 19ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 28/07/94, p. 2354). Mediante este mecanismo, ese núcleo estaba indirectamente reformando la parte dogmática de la Constitución y artículos no habilitados por la ley de reforma (Peltier, 20ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 29/07/94, p. 2473).
- El Pacto de Olivos se había trasladado a estos temas sin atender a las fuerzas políticas minoritarias (Peltier, 20ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 29/07/94, p. 2473).
- La reforma se estaba dando en el marco de las leyes de reforma del Estado y de emergencia económica, lo que implicaba dar un cheque en blanco al Ejecutivo (Jándula, 21ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 01/08/94, p. 2595).
- La legitimación de las delegaciones y los DNU habilitaba a utilizarlos sin ataduras (Castillo Odena, 18ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 27/07/94, p. 2295).
- Se registraba un robustecimiento patológico del Poder Ejecutivo que llevaba a una dinámica anormal del Gobierno constitucional (Castillo Odena, 18ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 27/07/94, p. 2295).
- Los DNU tienen sentido en sistemas parlamentarios y no en sistemas presidencialistas (Torres Molina, 19ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 28/07/94, p. 2409).
- Los DNU, de creciente uso en nuestra historia, se fundaban en situaciones de hecho (Maeder, 19ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 28/07/94, p. 2356).
- El país tenía antecedentes de DNU que eran violatorios de derechos (Torres Molina, 19ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 28/07/94, p. 2412).

En este grupo también se plantearon diferencias de criterio en cuanto a la articulación entre la DL y los DNU. Se planteó que la delegación no podía estar fundada en la necesidad, que debía servir para hacer eficiente la tarea del Estado y que los reglamentos delegados debían suplir carencias permanentes (Cornet, 18ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 27/07/94, p. 2265). Este convencional advirtió que, a través de la redacción propuesta, el Poder Legislativo podría llegar a delegar al Ejecutivo las materias que estaban explícitamente vedadas en el régimen de los DNU. El convencional Castillo Odena (18ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 27/07/94, p. 2295) expresó que con estas herramientas

el Ejecutivo podría dictar verdaderas leyes y con ellas hacer nacer, limitar o aniquilar derechos adquiridos.

La convencional Carrió (20ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 29/07/94, p. 2482), en respuesta al convencional Quiroga Lavié por sus opiniones en materia de delegación, se preguntaba si mediante esas reformas no se estaban transfiriendo competencias para regresar a un Estado mínimo. Argumentaba que, cuando se transfieren competencias al Ejecutivo, en realidad se transfiere el poder a burocracias técnicas autonomizadas e irresponsables políticamente.

En la CCB, Barcesat expresaba que estos poderes no iban a reposar sobre un individuo, sino

> en aquellos que detentan el poder real, ministros, jefe de gabinete, el de economía, en ellos va a estar el regular la vida cotidiana de los argentinos, en ellos va a estar la vida, la libertad, el honor y el patrimonio de los argentinos, en ellos va a estar el enfrentamiento al artículo 29 de la Constitución Nacional. (Reunión CNCB, 07/07/94, p. 14)

En algunos casos, tal vez porque se comprendía que la inclusión de las figuras bajo debate era inevitable (al formar parte del NCB), las críticas solo se dirigían a aspectos técnicos de la regulación. El convencional Pose entendía que los DNU deberían ser sólo para situaciones de emergencia institucional, ser provisorios y sujetos a ratificación perentoria. También que deberían excluirse mayor cantidad de materias de su órbita y tener dictamen de la Auditoría General de la Nación. En otros casos, se entendía que debía encontrarse un mecanismo parlamentario rápido para tomar decisiones en situaciones de emergencia y, de no encontrarse el Congreso en sesiones, citarlo en un término de cinco o seis días para que resuelva la aceptación o el rechazo del decreto, con derogación tácita si no fuese tratado (Winter, Reunión CNCB, 07/07/94, p. 30).

En este grupo también se plantearon objeciones a la amplitud y vaguedad de los términos empleados en la redacción. Se consideró particularmente grave que no se aclare o limite la materia delegada (Cornet, 18ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 27/07/94, p. 2265). Se expresó que el concepto de emergencia o necesidad era híbrido y subjetivo, y que los términos tenían una escasa o nula definición (Castillo Odena, 18ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 27/07/94, p. 2295). También se planteó que el concepto de emergencia era vago (Carrió, 20ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 29/07/94, p. 2482) y que la valoración de la necesidad y la urgencia era subjetiva (Maeder, 19ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 28/07/94, p. 2356).

El convencional Aguirre, en la CCB, notaba que la caracterización de una circunstancia como "excepcional" terminaría haciéndola el presidente, sin que ninguna norma constitucional o legal le indique "qué es lo excepcional o qué es lo habitual" (Reunión CNCB, 07/07/94, p. 5). Agregaba que la participación de los ministros o del jefe de Gabinete en esa caracterización no otorgaba mayores garantías porque en un régimen presidencialista esos funcionarios pueden ser removidos directamente por el presidente. En favor de su posición, explicaba que el Congreso, en el cual se depositaba tanta confianza, había votado

> la ley de reforma del Estado, la ley de emergencia económica, este Parlamento es el mismo donde un miembro de la Unión Cívica Radical, el señor Marcelo Stubrin decía "Le hemos concedido al presidente de la Nación la suma del poder público". (Reunión CNCB, 07/07/94, p. 8)

## 2.2 Ulises y Euríloco. El (des)control de los regímenes de emergencia

Luego del dilema de Ulises frente a la tentación de escuchar el canto de las sirenas, la Odisea presenta nuevos desafíos al protagonista.[25] Ante la posibilidad de avanzar sobre los rebaños del Sol, el relato plantea un problema de control en fases interrelacionadas: el de Euríloco y la tripulación sobre la orden de Ulises de evitar la isla y el de los dioses sobre la prohibición de dañar el ganado. Luego de la decisión que toma con respecto a Escila, Ulises pierde la capacidad de imponer por sí mismo una nueva orden a su cansada tripulación. Si en el caso de Escila el dilema decisional era temporal, aquí el dilema trata la oposición a una medida del soberano que se juzgaba necesaria para evitar un daño mayor. En los debates constituyentes de 1994, este dilema puede observarse en el diseño de los mecanismos de control previstos para los DNU y la DL en situaciones de emergencia.

Una de las discusiones más intensas que se registran en las actas de la CCB estuvo dada por el significado de los términos "expreso tratamiento" (que debía dar el plenario de cada Cámara al despacho de la comisión bicameral permanente) e "inmediato" (temporalidad en que debía ocurrir esa consideración por parte del Congreso) en relación con el trámite de los DNU. Los defensores del proyecto consideraban que la fórmula "de inmediato" era un plazo mucho más importante que otros plazos fijados por la misma Constitución para el

25 Después de sortear los peligros de Escila y Caribdis, Ulises continúa su viaje rumbo a la isla de Trinacria. Circe había advertido que, cuando llegaran allí, no debían provocar ningún daño a los

tratamiento de las leyes (Ortiz Pellegrini, Reunión CNCB, 05/07/94, p. 70). Los sectores críticos argumentaban que la falta de un plazo fatal llevaba a correr "el riesgo de que la incertidumbre y la inseguridad se consagren" (Cornet, Reunión CNCB, 07/07/94, p. 2).

La otra discusión intensa al interior de la CCB tuvo que ver con el efecto del silencio por parte del Congreso. El convencional Natale abogaba por una prohibición sin excepciones de los DNU. Consciente de que esta postura era inviable para el texto constitucional (porque debían ejecutar los lineamientos del NCB), solicitaba a sus pares que, al menos, el texto constitucional que estaban diseñando incluyera una previsión respecto al silencio del Congreso, precisando si tendría efectos convalidatorios o derogatorios de los DNU.[26] Agregaba que no era factible que una discusión que no lograran saldar en la Convención Constituyente pudiera saldarse más fácilmente en el Congreso y "entonces es posible que tengamos el artículo nuevo sin la ley. En ese caso vamos a seguir donde estábamos…" (Reunión CNCB, 05/07/94, p. 75). Mestre respondía que la reforma era "para los tiempos" y que si el Congreso de ese año no dictaba la regulación lo haría el del año siguiente "a los efectos de que esta norma de la Constitución pueda estar en plenitud, tal como la hemos pergeñado al hacer esta reforma" (Reunión CNCB, 05/07/94, p. 76).[27]

Otra de las discusiones tuvo relación con las materias excluidas de los DNU. Cornet, que también abogaba por una prohibición sin excepciones, sugería ampliar las materias excluidas de los DNU e incluir la transgresión a esta norma constitucional como "antecedente para el juicio político". Se preguntaba:

---

rebaños del Sol bajo pena de perder la nave con toda la tripulación. Cuando Ulises propone como medida evitar la isla se encuentra con la resistencia de sus hombres y de su lugarteniente Euríloco, quien lo acusa por su crueldad y le exige cenar y dormir en la isla. El resto de la tripulación apoya la moción de Euríloco y Ulises acepta ("soy uno contra todos ustedes") con la condición de no dañar el ganado del Sol. Apremiados por el hambre y convencidos por Euríloco, la tripulación finalmente sacrifica el ganado del Sol y pide la clemencia de los dioses. El Sol reclama el castigo y los dioses, por intermedio de Zeus, hacen naufragar la nave y con ella toda la tripulación de Ulises.

26 Sobre este punto, Zaffaroni arriesgaba que "sin pretender hacer premoniciones, sin pretender tener dotes parasicológicas, estoy absolutamente seguro de que a partir del texto que se sancione se va a seguir sosteniendo la tesis de que ante el silencio del Parlamento el decreto continúa vigente. Hasta podría decir con qué citas se va a hacer. Estoy seguro que se van a citar a Joaquín V. González o a Bielsa, entre otras cosas porque reúne uno de los requisitos para que nuestra Corte Suprema de Justicia los cite, están muertos, nuestra Corte Suprema de Justicia no cita vivos. Estoy seguro de que se va a citar a Joaquín V. González porque es de rigor citarlo cada vez que se habla de decretos-leyes (…)" (Reunión CNCB, 07/07/94, p. 22).

27 Vale aclarar que esta ley especial sobre el "trámite y los alcances de la intervención del Congreso" (art. 99, inc. 3) fue sancionada en 2006, doce años después de la reforma (Ley 26122).

"¿Quién nos dice a nosotros que de aquí en el futuro cualquier presidente no introduzca modificaciones al Código Civil?" o que "no se tiente, incluso, a cambiar el régimen del contrato matrimonial porque es una materia que no está prohibida" (Reunión CNCB, 07/07/94, p. 1). Aguirre, en una tesitura similar, advertía la necesidad de excluir de los DNU la materia laboral y los derechos sociales al notar que "hay una inflación que empieza a moverse peligrosamente, y en definitiva cualquier circunstancia es caracterizada como excepcional y puede modificar la legislación laboral mediante decretos de necesidad y urgencia" (Reunión CNCB, 07/07/94, p. 6).[28]

Un problema particularmente sensible estaba dado por el eventual paralelismo de los DNU con los decretos leyes. García Lema entendía que no podía negarse a los DNU de Gobiernos legítimos la validez y seguridad jurídica que se reconocía a los decretos leyes de Gobiernos ilegítimos (Reunión CNCB, 05/07/94, p. 60). Torres Molina, en cambio, consideraba que esa asimilación no correspondía porque la Convención tenía entre sus fines declarar la no vigencia o la nulidad de todo acto producido por un Gobierno de facto (Reunión CNCB, 05/07/94, p. 63).

Conesa Mones Ruiz, con cita a Ekmekdjian, también caracterizaba a los DNU como decretos leyes sin fundamento constitucional y marcaba que la doctrina que defendía su validez se basaba "en el conocido concepto de la emergencia insuperable o del estado de necesidad, es decir, en una cuestión de hecho que interpreta discrecionalmente el que manda (...)". De allí que estimaba que la normalización de los decretos leyes (a su criterio, decretos de conveniencia vestidos como DNU) eran "el caballo de Troya de la República" (Reunión CNCB, 07/07/94, p. 9). Argumentaba que detrás de ello se escondía una idea de inutilidad e ineptitud de los cuerpos legislativos (citando como exponentes de esta idea a autores como Linares Quintana, Gómez Acebo y Cavalcanti). Conesa Mones Ruiz proponía que las circunstancias que habilitaran el dictado de un DNU se regularan en una ley especial y que la calificación de necesidad y urgencia fuese materia judiciable.

Zaffaroni también defendía el uso de la expresión "decretos leyes" para los DNU, aclarando que los términos no debían reservarse exclusivamente a los

28 El representante de la CGT (Zanola), durante las reuniones de la CCB, peticionó a los convencionales que contemplaran en los DNU las situaciones que pudieran afectar aspectos laborales y previsionales. Argumentaba que "para nosotros sería muy peligroso para el futuro encontrarnos frente a situaciones muy críticas, de limitación de los derechos de los trabajadores, en situaciones que puedan tener una óptica de urgencia que pueda ser mal utilizada" (Reunión CNCB, 05/07/94, p. 29).

períodos de facto (en los cuales el Congreso no funcionaba). Explicaba que "no podíamos confundir groseramente la burda necesidad invocada en las proclamas militares con la necesidad de una decisión legislativa, en una coyuntura que puede ser de urgencia, que pueda generar una necesidad institucional" (Reunión CNCB, 07/07/94, p. 16). Aquí el convencional estimaba que se podía identificar una corriente constitucionalista que, con la excepción de Joaquín V. González, negaban constitucionalidad a los decretos leyes, y una corriente administrativista que había comenzado a admitirlos.

Barcesat, que definía a los DNU como un instituto "intrínsecamente perverso", planteaba un paralelo no sólo entre estos y los decretos leyes, sino también con el estado de sitio, por tratarse de "poderes omnímodos que siempre han escapado al control de judiciabilidad de los actos". Explicaba que la doctrina del constitucionalista Vanossi, que la mayoría había llevado al debate, admitía que un usurpador pudiera promover una reforma constitucional y que los decretos leyes regularan desde temas de excepcionalidad hasta la reforma del Código Civil. En esta posición, los decretos leyes eran vistos como bandos del usurpante y los mal llamados DNU "formas usurpativas de la función legisferante" (Reunión CNCB, 07/07/94, p. 13).

Argumentaba que, de esa manera,

> se apropian los institutos, se apropian los nombres del Estado de derecho, se quiebra la ciencia del derecho, dejamos de ser una ciencia, pasamos a ser una galera de mago, un espectáculo circense de cuarta categoría y que cuando salen los abogados hasta pierde el colorido porque podemos sacar de esta galera de mago conejos, paraguas, flores, ramilletes y cualquier otra porquería. (Reunión CNCB, 07/07/94, p. 13)

Tratando de salvar la legitimidad del discurso del orden jurídico, advertía que

> no debemos admitir que con la ciencia del derecho se cometa esta función de magiciencia degradante. Debemos rescatar que entre un nombre y el significado de este instituto constitucional debe mediar una relación biunívoca por la cual ese nombre se corresponde única y exclusivamente a un significado. (Reunión CNCB, 07/07/94, p. 13)

### 2.2.1 Convencionales a favor

*Se establece un mecanismo que no está previsto en nuestra práctica constitucional, sino que a partir de este momento las prácticas se deberán acomodar a estas tradiciones constitucionales.*
García Lema (Reunión CNCB, 05/07/94, p. 60).

Los convencionales que, en las sesiones ordinarias, intervinieron a favor de los controles previstos en el texto hicieron hincapié en la existencia de requisitos procedimentales ejecutivos y legislativos para dar por válido un DNU (Ortiz Pellegrini, 21ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 01/08/94, p. 2776) y en la doctrina de la validez limitada (Alfonsín, 21ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 01/08/94, p. 2727).[29] Este grupo de convencionales depositaba una confianza apreciable en la figura del jefe de Gabinete y en el mecanismo de refrendo de los ministros, por entender que todo ello reducía el riesgo de la decisión unipersonal. Esta confianza se extendía al procedimiento de control de la Comisión Bicameral Permanente y al sentido que tenía la fórmula "expreso tratamiento" (Alfonsín, 21ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 01/08/94, p. 2728). El convencional Cáceres expresaba que pensar que podía haber excesos en los DNU se debía al "desconocimiento e ignorancia de la dinámica de las instituciones políticas" (21ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 01/08/94, p. 2564). De allí que se entendía que el texto dejaba abierta la puerta al juicio político para quienes se excedieran en sus facultades o no cumplieran sus funciones (Ortiz Pellegrini, 19ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 28/07/94, p. 2449).

En algunos casos, se argumentaba que existían dos limitaciones no escritas para los DNU: las disposiciones que conforman la parte dogmática de la Constitución y las atribuciones del Poder Legislativo que no son legislativas (v. g., juicio político) (Ortiz Pellegrini, 19ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 28/07/94, p. 2439). En la CCB, este último explicaba que el control estaba garantizado por los "nuevos personajes [que aparecían] en esta comedia" que dejaba de ser un "monólogo": el jefe de Gabinete, la comisión bicameral permanente y el procedimiento especial (Reunión CNCB, 05/07/94, p. 69). El mismo convencional estimaba que los DNU se presentaban como un "acto complejo" que requería la participación de los poderes Ejecutivo y Legislativo y que estaban gobernados por un principio general de prohibición (emitir disposiciones legislativas bajo

29 Se trata de los cinco convencionales ya mencionados en el punto 2.1.1 (García Lema, Quiroga Lavié, Ortiz Pellegrini, Cáceres y Alfonsín).

pena de nulidad insanable) para garantizar la división de poderes. Por esta naturaleza de "acto complejo", entendía que las intervenciones del Congreso no eran susceptibles de ser vetadas luego por el Poder Ejecutivo (Reunión CNCB, 05/07/94, p. 70).

En materia de control judicial, se explicaba que la judicatura podría examinar "tanto las razones fácticas que se tuvieron en cuenta para declarar la emergencia legislativa, o las razones por las cuales se eligió el camino abreviado, como las medidas adoptadas en su consecuencia" (Ortiz Pellegrini, Reunión CNCB, 05/07/94, p. 70). En algunos casos, se confiaba a la CSJN el poder de nulificar los eventuales excesos (Quiroga Lavié, 19ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 28/07/94, p. 2432), mientras que en otros se consideraba que correspondía al Poder Judicial en general.

### 2.2.2 Convencionales en contra

> *Cuando hacemos una Constitución tenemos que pensar en las situaciones graves, no en la situación que todo mejore. Si todo mejora, está todo fenómeno, y si tenemos a San Francisco de Asís de presidente, mejor. Debemos pensar que podemos tener un inimputable en el poder.*
> Zaffaroni (Reunión CNCB, 07/07/94, p. 39).

En los convencionales que, durante las sesiones ordinarias, criticaron los controles previstos, prevalecía la idea según la cual los controles proyectados se anticipaban defectuosos o insuficientes y terminaban por afectar la división de poderes y el normal funcionamiento de las instituciones.[30] Se reseñaba el creciente aumento en la frecuencia de los regímenes de emergencia y de los abusos registrados tanto en materia de derechos afectados como de los mecanismos de control.[31]

---

30 Se trata de los nueve convencionales ya mencionados en el punto 2.1.2 (Conesa Mones Ruiz, Cornet, Castillo Odena, Maeder, Pose, Torres Molina, Peltier, Carrió y Jándula).

31 A la fecha del debate se marcaba que, entre 1983 y 1989, el uso de los DNU había sido relativamente moderado y que solamente desde 1989 a 1993 se habían dictado 308. Se aclaraba que no todos se reportaban al Congreso, que no siempre se les reconocía su calidad de decreto-ley, que solamente un 9% de esos 308 DNU habían sido ratificados por el Congreso y que en cuatro casos la derogación había sido vetada por el Poder Ejecutivo (Zaffaroni, Reunión CNCB, 07/07/94, p. 17). En ese contexto, los convencionales críticos entendían que "estamos otorgando innumerables elementos que fortalecen ese poder presidencialista con grave peligro para las instituciones democráticas de la

En apoyo a esta posición, se plantearon distintos argumentos:

- La reforma constitucional escondía una idea de inoperancia del Poder Legislativo (Conesa Mones Ruiz, 18ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 27/07/94, p. 2235).
- La redacción propuesta permitía que el Legislativo le delegara al Ejecutivo materias vedadas en los DNU, por no aclarar o limitar las materias objeto de delegación (Cornet, 18ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 27/07/94, p. 2265).
- En este esquema, el presidente podría dictar leyes y hacer nacer, limitar o aniquilar derechos adquiridos destruyendo el principio de poderes limitados por su división y control recíproco (Castillo Odena, 18ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 27/07/94, p. 2295).
- La transferencia de funciones entre poderes implicaba dejar sin efecto los controles (Castillo Odena, 18ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 27/07/94, p. 2295).
- El número de DNU se incrementa año tras año, lo cual demuestra la deformación del mecanismo y del sistema de división de poderes (Torres Molina, 19ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 28/07/94, p. 2413).
- No siempre resulta sencillo distinguir entre una decisión política y una administrativa (Carrió, 20ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 29/07/94, p. 2482).

El convencional Castillo Odena calificaba al sistema en su conjunto como "perverso" y desconfiaba de un control sometido al antojo y las mayorías de una comisión especial (18ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 27/07/94, p. 2295). El convencional Pose planteaba que se necesitaba un mejor sistema de control de los DNU, que excluyera mayor cantidad de materias a la vez que incluyera dictamen de la Auditoría General de la Nación (AGN) y adecuado control judicial (19ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 28/07/94, p. 2384). El convencional Jándula consideraba que ante cuestiones que se presentaran urgentes la solución no era delegar facultades, sino agilizar los trámites parlamentarios (21ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 01/08/94, p. 2595).

Natale, en la CCB, manifestaba:

República Argentina" (Torres Molina, Reunión CNCB, 05/07/94, p. 68). Algunos convencionales a favor del proyecto coincidían en el diagnóstico respecto al abuso del instituto (Ortiz Pellegrini, Reunión CNCB, 05/07/94, p. 68). Ello puede ampliarse en Rubio y Goretti (1996).

> [M]e parece que con esta solución va a ser peor el remedio que la enfermedad, porque ahora se está abriendo la vía para que esto se transforme en una rutina, ahora será una rutina institucionalizada, una rutina con el aval de la Constitución. Hasta ahora podemos protestar porque es contrario a la Constitución, pero después no vamos a poder hacerlo porque va a estar en la Constitución (Reunión CNCB, 05/07/94, p. 71)

Barcesat consideraba que no había argumentos racionales para creer

> que se va a mejorar la función legisferante dotando de facultades al Poder Ejecutivo, habilitando la delegación de facultades legislativas y también la promulgación o el veto parcial, porque ya no se sabe qué va a ser mayor, si lo que se promulga o lo que se veta. En definitiva, será lo que el poder diga que le interesa. (Reunión CNCB, 07/07/94, p. 14)

En los debates de la CCB, Torres Molina planteaba que el proyecto de la mayoría no consideraba los límites que sí traían otras constituciones que reglamentaban los DNU en cuanto a su vigencia y consideraba "gravísimo" que se remitiera el control al dictado de una ley futura (Reunión CNCB, 05/07/94, p. 64). Entendía que la recepción de los DNU se justificaba en sistemas parlamentarios, en los que se puede remover al titular del Poder Ejecutivo, pero que en nuestro sistema ello comprometía la división de poderes.

Barcesat consideraba "poco creíble" que una Corte como la de aquel momento examinara "si realmente había existido necesidad y urgencia para el dictado de decretos". Según él, la clave de justiciabilidad no era solamente el control de legalidad del órgano y procedimiento, "sino la adecuación del acto a la norma superior" y que resultaba de "inexcusable ingenuidad" atender a remedios parciales o creer que se podía normativizar y controlar el ejercicio de estas facultades (Reunión CNCB, 07/07/94, p. 15).

Para Zaffaroni, "el problema es que los decretos leyes se ejecutan desde el comienzo y hasta que lleguemos a un Poder Judicial confiable —supongamos que lo tenemos— que declare la inconstitucionalidad va a pasar un rato…" (Reunión CNCB, 07/07/94, p. 21).[32] Interpretaba que en el caso *Peralta, Luis Arcenio y otro c/ Estado Nacional s/ amparo* (Fallos: 313:1513) la CSJN "manifestó

32 El representante de la Asociación de Abogados de Buenos Aires (Rabina), durante las reuniones de la CCB, se manifestaba "categóricamente en contra" de los DNU, tanto por la amplitud de las excepciones como por los procedimientos de control previstos en el proyecto: "[L]a validez constitucional será un trámite que demandará, como lo sabemos, mucho tiempo" (Reunión CNCB, 12/07/94, p. 11).

que como el Congreso no trabaja hay necesidad de que el Poder Ejecutivo haga estas cosas, y estos decretos-leyes continúan vigentes mientras haya silencio por parte del Congreso" (Reunión CNCB, 07/07/94, p. 17).

## 3. Resultados y reflexiones finales. Ulises y el difícil regreso a Ítaca

### 3.1 Resultados del trabajo

Los resultados preliminares de este trabajo indican que los interrogantes que no fueron saldados en los debates de los convencionales constituyentes en 1994 dejaron intersticios en el texto constitucional que habilitaron precisamente aquellos excesos que se intentaban evitar. En otras palabras, los dos Ulises dejaron su huella en los debates constituyentes de 1994 sobre los regímenes de emergencia pública. Si el Ulises de las sirenas intervino en las prohibiciones de los artículos 76 y 99, inc. 3 para limitar el hiperpresidencialismo, el Ulises de Escila intervino en sus porosas excepciones y defectuosos sistemas de control para desatar al soberano.

Los convencionales críticos del texto relativo a DL y DNU anticiparon, de algún modo, que ese juego de prohibiciones y excepciones daría lugar a un escenario que toleraría el dictado de normas hipertrofiadas como el DNU 70/2023 y la Ley 27742 de 2024 (denominada "ley bases"), que crean regímenes de emergencia cada vez más permanentes y desbordantes.

En materia de regímenes de emergencia, parecen haberse trasladado a la discusión de la Convención constituyente los imaginarios de las mayorías ocasionales que gobernaban el país a principios de la década de 1990. El texto acordado entre el Partido Justicialista y la Unión Cívica Radical en el NCB contrasta tanto con el contenido de las intervenciones favorables (que no pueden ser leídas en conjunto como un bloque homogéneo) como con las tensiones y cuestiones irresueltas que emergen de las intervenciones críticas. Es decir, el seno de la Convención Constituyente ilustra lo ficcional del principio interpretativo del legislador racional y muestra la ingenuidad de la búsqueda de una "voluntad del legislador" para dotar de sentido a una norma constitucional.

Las propias dinámicas posteriores que adquirieron los regímenes de emergencia pública desbordaron los límites a la DL y los DNU que los imaginarios de las mayorías volcaron al texto constitucional.

Una de las manifestaciones de este desborde se dio en relación con la idea del DNU como acto complejo, que los propulsores del texto defendieron en la Convención. La práctica posterior demostró que la regulación de los DNU

no llegó a implementarse integrando las obligaciones a cargo del Poder Ejecutivo con las del Poder Legislativo, en la forma en que había sido diseñado. Los convencionales de la mayoría habían estimado que las instituciones se iban a adaptar a las nuevas prácticas que imponía la constitución reformada. Sin embargo, la forma en que vienen siendo usados muestra que se convirtieron más bien en actos unilaterales.

Si bien el NCB representaba un corsé importante para los convencionales, pues les imponía aceptar la existencia de "los monstruos" (DL y DNU), les permitía cierto movimiento en relación con las formas de controlarlos. Tal como advirtieron los convencionales críticos, podrían haber establecido mayor claridad en los límites a las excepciones de la regla (prohibición de su dictado), en el esclarecimiento de los plazos y la definición de lo que constituye una emergencia. Al renunciar a esa posibilidad de fijar constitucionalmente la tramitación, postergando la "atadura" a una ley posterior del Congreso, claudicaron el poco margen de maniobra que conservaban.[33] Asimismo, no se incluyeron en el texto reformado contrapesos efectivos para limitar el posible abuso de los regímenes de emergencia, como podría ser el juicio político o mejores mecanismos para el control judicial.

### 3.2 Algunas reflexiones finales

El debate, limitado por los términos fijados en el NCB, discurrió como una discusión técnica atada a un contrapunto de republicanismo versus parlamentarismo. Este limitado horizonte impedía ver la complejidad del régimen de emergencia, figura que se encuentra en una zona de frontera, un umbral con el no derecho (Agamben, 2005, p. 59). La discusión se concentró en aspectos técnicos de la instrumentación (modo en el que se tramitaban los decretos delegados), enmarcada en el discurso de orden de la "ciencia jurídica" correspondiente al derecho público de la época, que se manifestaba a favor o en contra de uno u otro instituto (DL y DNU) sin analizar en profundidad lo que constituía el instituto de la emergencia en el orden constitucional y qué lugar puede (o no) tener en un Estado de derecho.

De algún modo, se asumía la existencia de un "derecho de la emergencia" como un dato de la realidad, lo cual se verificaba en los apelativos constantes

33 La Ley 24309 sólo establecía que "el jefe de gabinete, personalmente y dentro de los diez (10) días de su sanción, someterá la medida a consideración de una comisión bicameral permanente, cuya composición deberá respetar las proporciones de las minorías".

de los propulsores del texto a "la realidad" y al "mundo". Partiendo de este "como si" existiera, la discusión se limitaba a encontrarle un lugar adecuado en el mapa constitucional que se estaba trazando. La Convención no fue ajena a la creación de regímenes de emergencia y a las experiencias traumáticas posteriores a la recuperación democrática argentina, que instalaron un clima de sospecha sobre la capacidad del Congreso para negociar con los poderes concentrados o para dar respuesta a las recurrentes crisis económicas y financieras del país.

A más de tres décadas de la reforma constitucional de 1994, se impone una revisión de los imaginarios sociales y políticos que llevaron a la incorporación de los actuales arts. 76 y 99, inc. 3 de la CN, en especial de las intervenciones críticas que dieron cuenta de muchos de los problemas que hoy comprometen seriamente el diseño institucional de la Argentina y las garantías constitucionales de la ciudadanía.

## Bibliografía

Agamben, G. (2005). *Estado de excepción*. Adriana Hidalgo.

*Archivo histórico de la Convención Nacional Constituyente de 1994*. Biblioteca Pablo Vrillaud de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral.

Barcesat, E. S. (2003). El concepto de emergencia en el derecho. Aportes desde una teoría crítica. *Sup. Emergencia Económica y Teoría del Derecho 2003 (agosto)*, 22, *La Ley 2003-E*, 1078. AR/DOC/10351/2003.

Barra, R. C. (2020). El ordenamiento jurídico y la emergencia: el caso argentino. En Cardilli, R., Ciaccia, M. y Mirabelli, C. (Eds.) *Istituzioni economia sviluppo. Vecchi e nuovi problemi nel dopo emergenza* (pp. 57-87). UniversItalia.

Congreso de la Nación Argentina. (s.f.). *Actas de las reuniones de la Comisión de Coincidencias Básicas de la Convención Nacional Constituyente de 1994*. https://www.senado.gob.ar/parlamentario/convenciones/comision/3

Congreso de la Nación Argentina. (1994). *Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1994*. https://www4.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm

D'Abate, H. (1993). Los decretos de necesidad y urgencia en general y el No 69/93 en particular. *Revista del Foro Salteño, 7*(10).

Dromi, J. R. (1981). ¿A dónde va el derecho público? *Jurisprudencia Argentina, II*, 796-800.

Dromi, J. R. (1991). *Reforma del Estado y privatizaciones: Legislación y Jurisprudencia* (Vol. I). Astrea.

Dromi, J. R. (1992). *Derecho Administrativo* (Vol. 2). Astrea.

Ekmekdjian, M. A. (1993). El Congreso Nacional en cautiverio. (La emergencia como corrosión del sistema republicano). *El Derecho, 151*, 845.

Elster, J. (2015 [1979]). *Ulises y las sirenas: Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*. Fondo de Cultura Económica.

Elster, J. (2000). *Ulysses Unbound: Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints*. Cambridge University Press.

García Belsunce, H. (1989). Las emergencias en la Constitución Nacional. *El Derecho, 154*, 870.

García Lema, A. M. (1993a). La reforma de la Constitución Nacional. Sus principales lineamientos (primera parte). *La Ley, 1993-C*, 856. AR/DOC/4311/2001.

García Lema, A. M. (1993b). La reforma de la Constitución Nacional. Sus principales lineamientos (segunda parte). *La Ley, 1993-D*, 1117. AR/DOC/3/2001.

García Lema, A. M. (1994). *La reforma por dentro: la difícil construcción del consenso constitucional*. Editorial Planeta.

García Lema, A. M. (2004). La reforma de 1994. Una valoración crítica diez años después. *La Ley, 2004-E*, 1417. AR/DOC/2075/2004.

García Lema, A. M. (2014). La reforma constitucional de 1994 a 20 años de su sanción. Reflexiones y testimonios de política constitucional. *Jurisprudencia Argentina, 2014-III*. AR/DOC/5459/2014.

García Lema, A. M. (2019). Una reforma consensuada progresivamente. Un testimonio personal a los 25 años de la reforma constitucional. *Sup. Esp. Const.* 2019 (noviembre), 11. AR/DOC/3750/2019

García Lema, A. M. y Paixão, E. (1994). Las reformas del sistema institucional. El Núcleo de Coincidencias Básicas. En Rosatti, H. D, Barra, R. C., García Lema, A. M., Masnatta, H., Mosset Iturraspe, J., Paixão, E. y Quiroga Lavié, H. *La reforma de la Constitución explicada por miembros de la Comisión de Redacción*. Rubinzal Culzoni.

Hernández, A. M. (2002). *Las emergencias y el orden constitucional*. Rubinzal-Culzoni.

Latini, C. (2023). La regola e l'eccezione: necessità ed emergenza tra passato e presente. *Iurisdictio*, (4), 1-14.

Marí, E. (1986). Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (3).

Negretto, G. (1989). Emergencia y crisis constitucional en la Argentina. *El Derecho, 154*, 883.

Negretto, G. (2013). *Making constitutions: presidents, parties, and institutional choice in Latin America*. Cambridge University Press.

Nino, C. S. (2013 [1992]). *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Astrea.

Ost, F. (2005). *El Tiempo del Derecho*. Siglo XXI.

Quiroga Lavié, H. (1994). Decreto de necesidad y urgencia en la reforma de la Constitución Nacional. *La Ley, 1994-D*, 876. AR/DOC/9802/2001.

Quiroga, H. (2005). *La Argentina en emergencia permanente*. Edhasa.

Raz, J. (1991). *Razón, práctica y normas* (Trad. J. Ruiz Manero). Centro de Estudios Constitucionales.

Romano, S. (1909). Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione dei terremoti di Messina e Reggio Calabria. *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia, 1*, pt. 1, 251-272.

Rubio, D. F. y Goretti, M. (1996). Cuando el presidente gobierna solo. Menem y los decretos de necesidad y urgencia hasta la reforma constitucional (julio 1989-agosto 1994). *Desarrollo económico, 36*(141), 443-474.

Sagüés, N. P. (1990). Derecho constitucional y derecho de emergencia. *La Ley, 1990-D*, 1036. AR/DOC/5334/2001.
Scheuerman, W. E. (2001). Liberal democracy and the empire of speed. *Polity, 34*(1), 41-67.
Schmitt, C. (1982). *Teoría de la Constitución*. Alianza editorial.
Schmitt, C. (2009 [1922]). *Teología Política* (Trad. F. J. Conde y J. Navarro Pérez). Trotta.
Segovia, J. (1986). Las providencias de necesidad y urgencia (el decreto-ley en el régimen constitucional argentino). *El Derecho, 116*, 916.
Torres Molina, R. (1994). *Reforma de la Constitución (Proyectos y Discursos)*. CELSO.
Torres Molina, R. (1997). El ejercicio de facultades legislativas por el poder ejecutivo. *La Ley, 1997-D*, 1066. AR/DOC/540/2001.
Vaihinger, H. (1935). *The Philosophy of 'As If': a System of the Theoretical, Practical and Religious Fictions of Mankind*. Harcourt.

## Legislación citada

Decreto DNU 435/1990, Boletín Oficial (06 de marzo de 1990). Conjunto de Medidas para la Continuación y Profundización del Programa de Estabilización Económica y de Reforma del Estado, Poder Ejecutivo Nacional.
Decreto DNU 2284/1991, Boletín Oficial (01 de noviembre de 1991). Desregulación económica y reforma fiscal, Poder Ejecutivo Nacional.
Decreto DNU 70/2023, Boletín Oficial (20 de diciembre de 2023). Bases para la Reconstrucción de la Economía Argentina, Poder Ejecutivo Nacional.
Ley 23696. Reforma del Estado: Emergencia Administrativa, Congreso de la Nación Argentina. Boletín Oficial, 17 de agosto de 1989.
Ley 23697. Ley de Emergencia Económica, Congreso de la Nación Argentina. Boletín Oficial, 25 de septiembre de 1989.
Ley 24309. Boletín Oficial (29 de diciembre de 1993). Constitución Nacional: Declaración de la Necesidad de su Reforma, Congreso de la Nación Argentina.
Ley 26122. Régimen Legal de los Decretos de Necesidad y Urgencia, de Delegación Legislativa y de Promulgación Parcial de Leyes, Congreso de la Nación Argentina. Boletín Oficial, 28 de julio de 2006.
Ley 27742. Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos, Congreso de la Nación Argentina. Boletín Oficial, 8 de julio de 2024.

## Roles de autoría y conflicto de intereses

Los autores manifiestan que ambos 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 en la redacción del artículo y declaran que no poseen conflicto alguno de interés.

# Análisis de la disposición transitoria primera de la Constitución Nacional argentina sobre la "cuestión de las islas Malvinas"

**Carlos A. Sánchez Mas**[1]

Foro de Abogados de San Juan. Red Federal de Estudios sobre Malvinas (ReFEM 2065) (Argentina)

carlossanchezmas@gmail.com

https://orcid.org/0000-0002-5666-491X

**Recibido:** 29/12/2025

**Aceptado:** 28/05/2026

https://doi.org/10.26422/RJA.2026.0701.sma

**Resumen**

Este ensayo analiza la disposición transitoria primera de la Constitución Nacional argentina, comentando su origen, contenido, relaciones constitucionales y consecuencias jurídicas. Pretende realizar un aporte para la comprensión de sus términos, aplicación y consecución de su objetivo explícito.

**Palabras clave:** disposición transitoria primera, Constitución Nacional argentina, cuestión de las islas Malvinas.

1 Abogado (Universidad Nacional de San Juan). Diplomado en Derecho Ambiental (Universidad de Buenos Aires) y en Derecho de Aguas y Ecosistemas (Universidad Nacional del Nordeste). Experto en Aplicación del Derecho Internacional en Perspectiva Comparada (Universidad de Mendoza/ Universidad Autónoma de Madrid). Curso: Malvinas y Antártida (Universidad de Buenos Aires). Asesor del Colegio de Psicólogos de San Juan (2022-2025). Profesor adscripto de la cátedra Derecho Internacional Público (2022-2023, Universidad Nacional de San Juan). Asesor del Ministerio de Educación de San Juan (2016-2018 y 2023, Gobierno de San Juan). Abogado independiente.

## The First Temporary Provision of the argentine National Constitution

**Abstract**
This paper analyzes the First Transitory Provision of the Argentine National Constitution, commenting on and describing its origin, content, constitutional relations, and legal consequences. It also aims to contribute to the understanding of its terms, application of its explicit objective.

**Key words:** first temporary provision, National Constitution, question of the Malvinas Islands.

## 1. Introducción

La Constitución Nacional (CN) finaliza su articulado con diecisiete disposiciones transitorias, es decir, normas con un objeto sujeto a plazo o condición resolutoria cuyo acaecimiento determinará su caducidad. Fueron incluidas por la reforma constitucional aprobada por la Ley 24430, sancionada el 15 de diciembre de 1994 y promulgada el 3 de enero de 1995. Están referidas a soberanía, derechos políticos, organización y ejercicio de las autoridades constitucionales, coparticipación de recursos impositivos, organización política de la capital de la nación, legislación delegada, traspaso de causas al Consejo de la Magistratura y vigencia del texto constitucional.

Algunas disposiciones transitorias han cumplido su objeto en todo o en parte, tales como la cuarta y quinta, referidas a la organización del Senado de la Nación; la décima, sobre asunción y duración de funciones del presidente de la nación que asumió el 8 de julio de 1995; la duodécima, sobre la elección del jefe de Gabinete de Ministros; y la decimoquinta, sobre organización institucional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Otras, como la décimoséptima, tienen carácter permanente.

La disposición transitoria primera (DTP) reafirma la soberanía argentina sobre los archipiélagos de Malvinas, Georgias del Sur (San Pedro), Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes, ocupados y administrados de facto por una potencia extranjera desde el año 1833. La norma confirma la persistencia de un diferendo de soberanía que, no pudiendo considerarse cerrado o superado total ni parcialmente, está aún pendiente de solución. Su objetivo es la reasunción de la soberanía plena de la República Argentina sobre los territorios reclamados mediante la aplicación del derecho internacional y el respeto a la forma de vida de los habitantes isleños (Gutierrez Posse, 2012, p. 1).

La norma se enmarca en la denominada "cuestión de las islas Malvinas", definida como el conflicto colonial especial por la soberanía de los archipiélagos de Malvinas, Georgias del Sur (San Pedro), Sandwich del Sur y demás espacios marítimos e insulares correspondientes en el mar Atlántico Sur o mar Argentino entre la República Argentina y el Reino Unido de Gran Bretaña, regido por la Carta de las Naciones Unidas, las Resoluciones 1514 (XV), 2065 (XX), siguientes y concordantes de la Organización de Naciones Unidas y los tratados bilaterales entre ambas partes, cuyos principios jurídicos fundamentales son: la descolonización, la integridad territorial, el respeto a la forma de vida e intereses de la población isleña, el arreglo pacífico de controversias y la prohibición del uso o amenaza de la fuerza.

Siguiendo a Bologna (1989, p. 49) se denomina preferentemente "islas San Pedro" a las Islas Georgias del Sur.

## 2. La Convención Constituyente: aplicación del derecho internacional; la influencia en la ley de Defensa Nacional. Incidencia del conflicto bélico de 1982

La DTP acusó amplio consenso entre los convencionales constituyentes que la incluyeron en el texto aprobado mediante la reforma constitucional de 1994 (Convención Nacional Constituyente, 1994, p. 4570). La norma fue votada por unanimidad y aclamación en tanto política de Estado explícita, pues estas "dependen de consensos robustos y estables entre las fuerzas políticas de un país" (Castiglione y Lawler, 2022, p. 80). Hubo tan solo dos disidencias en la Comisión que preparó el proyecto de norma: una total del convencional Oscar R. Aguad y otra parcial del convencional César Arias (Convención Nacional Constituyente, 1994, p. 4564).

Las intervenciones de los convencionales constituyentes coincidieron, en general, sobre dos temas: a) el derecho internacional como medio para la solución del conflicto de soberanía; y b) el reconocimiento honorífico al esfuerzo en combate de las tropas argentinas durante el conflicto bélico que, entre el 2 de abril y el 14 de junio de 1982, se desarrolló mayormente en las islas Malvinas y su mar circundante y, en menor medida, en la isla de Tierra del Fuego y en la provincia de Santa Cruz. Ningún convencional reivindicó el uso de la fuerza para la recuperación del ejercicio soberano, ni siquiera en la alocución de los convencionales veteranos de la guerra de Malvinas Jorge Jándula y Aldo Rico (Convención Nacional Constituyente, 1994, p. 4591).

La relevancia que los convencionales constituyentes le dieron al derecho

internacional en sus intervenciones y en el texto de la norma afirma que existe una restricción constitucional al uso o amenaza de la fuerza como medio para la concreción del objetivo normativo, en el convencimiento de que "los conflictos deben resolverse dentro del derecho internacional y en el marco de los organismos internacionales", según expresó el Convencional Álvarez (Convención Nacional Constituyente, 1994, p. 4571). Así, el poder de guerra del Estado se encuentra parcialmente limitado en relación con la "cuestión de las islas Malvinas". La norma constitucional se inclina por el uso de las herramientas pacíficas que brinda el derecho internacional por sobre el conducto militar, en coherencia con las disposiciones de la Carta de la Organización de Naciones Unidas y las resoluciones N° 2625 (XXV), 2065 (XX) y concordantes de la Asamblea General de ese organismo internacional. Esta interpretación se ajusta al principio consagrado en el preámbulo de la Constitución de "consolidar la paz interior".

Gutierrez Posse (2012) expresa que la disposición transitoria primera,

> al establecer que la recuperación y el ejercicio pleno de la soberanía sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y sus espacios marítimos ha de llevarse a cabo respetando el modo de vida de sus habitantes, comporta la afirmación de normas internacionales por las que se encuentra vinculado el país, *señalando el camino a través del cual se ha de realizar la integridad del territorio nacional*. (p. 6)[2]

En el mismo sentido, el *Libro Blanco de la Defensa* del Ministerio de Defensa argentino, en su edición 2023, parece seguir esta línea al expresar la necesidad de acudir a medios pacíficos para solucionar el conflicto de soberanía, manifestar el apoyo de la comunidad internacional a la posición argentina en el uso de tales medios y objetar la presencia ostensible y creciente de las Fuerzas Armadas británicas en la zona insular y marítima ocupada del mar Argentino (Ministerio de Defensa, Argentina, 2023, p. 38).

Ello crea una limitación constitucional parcial en la aplicación de la Ley 23554 de Defensa Nacional en tanto esta norma determina que la defensa nacional abarca "los espacios continentales, Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur (...)" (artículo 5) y "tiene por finalidad garantizar de modo permanente la soberanía e independencia de la Nación Argentina, su integridad territorial y capacidad de autodeterminación; proteger la vida y la libertad

2 El destacado es propio.

de sus habitantes" (artículo 2, párrafo 2°). Tal restricción no significa obstaculizar la competencia de defensa del Estado contra amenazas provenientes de la fuerza de ocupación presente actualmente en las islas u otra cualquiera. Más bien expresa que el modo para cumplir el objetivo de la norma es acudir a los medios pacíficos de solución de controversias y el respeto a la forma de vida de la población isleña por sobre el uso de las Fuerzas Armadas, a diferencia de lo que sucedió en 1982 por decisión de la Junta Militar que gobernaba *de facto* la Nación (Bidart Campos, 2001, T. II, p. 352).

Esta restricción no podría surgir de una ley, sino de la Constitución Nacional, según se colige de la opinión de Bidart Campos (2001, T. III):

> A nuestro juicio debe quedar en claro que ninguna ley puede inhibir o menoscabar la jefatura presidencial sobre las fuerzas armadas, que otorga competencia al poder ejecutivo para recurrir a ellas y disponer su intervención razonable en resguardo tanto de la llamada defensa nacional cuanto de la seguridad interna cuando existe grave perturbación de ambas, imposible de superar por otros medios regulares. Tal competencia existe con ley o sin ley, y ninguna ley puede impedir su ejercicio, porque proviene directamente de la constitución. (p. 307)

### 2.1 Incidencia del conflicto bélico de 1982

La inclusión de las islas australes en el espacio de defensa nacional de la Ley 23554 reafirma la soberanía argentina sobre ellas. Esto tiene importancia pues la norma fue sancionada democráticamente por un Parlamento constituido tan solo seis años después de firmada la rendición condicional de la guarnición militar argentina en el conflicto bélico de 1982. De este modo, se ha seguido la perspectiva según la cual la guerra de 1982 no modificó la base fáctica y jurídica del conflicto de soberanía.

Tal conclusión puede colegirse de la Resolución 37/9 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas del 4 de noviembre de 1982, seguida por las resoluciones siguientes de la Asamblea General y del Comité de Descolonización.

Coherentemente, ha sido seguida por los convencionales constituyentes en el texto de la DTP. En consecuencia, el representante permanente de Argentina ante la Organización de Naciones Unidas, embajador Ricardo Lagorio, en nota del 10 de junio de 2024 dirigida al secretario general (Organización de Naciones Unidas, 2024), ha sostenido esta idea expresando que

> el 4 de noviembre de 1982 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó por amplia mayoría la Resolución 37/9 pocos meses después de finalizado el conflicto del Atlántico Sur, en la que se determina que el conflicto bélico no modificó la naturaleza de la disputa de soberanía ni la resolvió. (p. 3)

## 3. Jerarquía y obligatoriedad

La denominación empleada podría generar interrogantes en relación con su jerarquía y obligatoriedad. En tal sentido: ¿las "disposiciones" tienen la misma jerarquía que los "artículos" en la CN? ¿Por qué la Convención Constituyente utilizó la denominación "disposición transitoria" y no una más cercana al vocabulario del texto constitucional, tales como "artículo" o "norma" transitoria? ¿Al no tener vocación de permanencia, sino poseer carácter temporal, son normas accesorias y de menor rango dentro de la constitución? ¿Están dentro del texto constitucional o fuera de él?

Se puede afirmar que la denominación "disposición transitoria" no significa algo diferente que "artículo" o "norma" constitucional. Todas las disposiciones transitorias son normas constitucionales con la misma jerarquía que el resto del articulado. Esto es así porque:

a) Forman parte del texto de la Constitución: pues así han sido votadas por la Convención Constituyente y sancionadas por el Congreso de la Nación mediante la Ley 24430, no existiendo ninguna previsión constitucional de la cual pueda interpretarse lo contrario. Coincidentemente, Bidart Campos (2001, T. I) afirma que

> tales cláusulas, que en todo caso, aluden a nociones de temporalidad, forman parte de la constitución y tienen su mismo rango, su misma fuerza, su misma obligatoriedad, su misma vinculatoriedad. No se hallan en un plano inferior, ni más débil que el resto del articulado. (p. 309)

b) La práctica constitucional: la práctica posterior a la promulgación del texto constitucional demostró que la aplicación de las disposiciones transitorias se hizo como normas jerárquicamente constitucionales. Así, Quiroga Lavié et al. (2009, p. 1069) explican que la aplicación de la disposición transitoria décima séptima ha sido aplicada con la jerarquía de una norma propia del texto constitucional.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos *Ortiz Almonacid, Juan Carlos s/ acción de amparo*, del 16 de marzo de 1999 (Fallos:

322:385), expresó *obiter dictum*, en el voto del Dr. Enrique Petracchi, considerandos 17° y 18° y en el voto del Dr. Gustavo Bossert, considerandos 4° y 5°, que la disposición transitoria novena es una norma jerárquicamente constitucional.

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la provincia de Jujuy, en *Acción de defensa del consumidor Juan Enrique Giusti c/ Telecom Argentina S.A.*, del 5 de abril de 2017, expresó que

> el carácter de transitoriedad no implica una valoración secundaria respecto de los artículos que integran el plexo de la Carta Magna, sino que por el contrario la transitoriedad está determinada por el tiempo de validez de dicha cláusula, ya que una vez recuperadas las Islas Malvinas habría ocurrido el hecho que haga cesar el sentido y el espíritu de dicha cláusula.

El Juzgado de Primera Instancia N° 27 en lo Contencioso Administrativo, Tributario y Relaciones del Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a cargo del Dr. Guillermo P. Cánepa, en autos *Roitman, Facundo Joel y otros c/ Cruiseline S.R.L. s/ contratos y daños - RC - publicidad*, del 3 de febrero de 2025, ha expresado que "las disposiciones transitorias son una parte inescindible de la Constitución Nacional". Este razonamiento fue confirmado por la Cámara de Apelaciones mediante sentencia de fecha 25 de noviembre de 2025.

c) Técnica legislativa usual: en el derecho argentino, es habitual la técnica de incorporar en la legislación sancionada por el Congreso de la Nación normas transitorias como parte de su texto y con su misma jerarquía, con un objetivo a cumplirse en un plazo previsto o no que denota temporalidad, mas no mengua de su jerarquía. Por ejemplo: la Ley 27275 de acceso a la información pública, la Ley 26197 de hidrocarburos, la Ley 26994 de sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, la Ley 25256 de defensa de la competencia, la Ley 20337 de Cooperativas; la Ley 19550 de Sociedades Comerciales, etcétera.

## 4. Significado de la transitoriedad

Cabe preguntarse aún por qué una política de Estado explícita como la "cuestión de las islas Malvinas" (Castiglione y Lawler, 2022, p. 82) ha sido incorporada en una disposición temporaria y no en un artículo con vocación de permanencia. El motivo está en que esta norma no fue prevista como la expresión de un reclamo *per secula seculorum*, sino, más bien, como una herramienta jurídica que permita el logro pleno del objetivo normativo explicitado. Es decir, la norma debe ser transitoria porque está pensada para perder vigencia una vez cumplido su objeto.

Gerosa Lewis (2020) cita la opinión del presidente de la Convención Constituyente de 1994, quien, en ocasión del tratamiento de la norma, expresó: "Es correcto que se trate de una cláusula transitoria, porque estamos seguros que esta será eliminada de la Constitución, una vez que recuperemos la soberanía de las Islas Malvinas" (p. 812).

Evoca también una razón de técnica legislativa: "La ley de declaración de la necesidad de la reforma 24.309 no había incluido la cuestión Malvinas dentro de los temas habilitados" (Gerosa Lewis, 2020, 813). En efecto, dicha ley contenía un conjunto de artículos proyectados para su tratamiento por la Convención, denominado "núcleo de coincidencias básicas", que debían ser aprobados o rechazados en bloque.

Sin embargo, este argumento no es atendible porque relativiza la competencia de la Convención en ejercicio del poder constituyente. En tal sentido, Bidart Campos (2001, T. I) ha dicho que

> (...) juzgamos viable que el congreso adicione al temario los fines u objetivos de la reforma con efecto vinculante para la convención, simultánea y recíprocamente decimos que el congreso también tiene un límite en su competencia para declarar la necesidad de la reforma: tal límite consiste, en el caso, en que el congreso no puede transferirle a la convención textos ya articulados para que los incorpore tal cual le son deferidos, o para que los rechace.
> (...) Queda la impresión —por eso— de que al englobar de modo indisociable e inseparable trece puntos (muy extensos algunos y varios con redacción preformulada en la ley 24.309) que la convención debía aceptar íntegramente o rechazar también en conjunto, se le estaba en realidad limitando su competencia reformadora a una simple ratificación en caso de aprobación. (p. 385)

La inclusión de la DTP es constitucionalmente válida, aun cuando no fuera prevista en el "núcleo de coincidencias básicas" de la ley de reforma, pues es la Convención el órgano con competencia para reformar la constitución. El Congreso tiene competencia para declarar la necesidad de reforma. No tendría sentido la existencia de la Convención ni los debates que se dieron en su seno si se circunscribe su acción y competencia a la voluntad del Congreso.

La transitoriedad significa la vigencia de la norma hasta que se verifique el cumplimiento de su objeto, es decir, la recuperación de la soberanía plena de los archipiélagos del Mar Argentino y sus espacios marítimos circundantes. Concretado ello, la norma perdería vigencia por "objeto cumplido". En el hipotético caso de que la Nación reasuma la soberanía efectiva sobre las islas y, luego, sean nuevamente ocupadas, la norma volvería a tener plena vigencia.

Por lo anterior, no puede aplicarse a la DTP la opinión expresada en Gerosa Lewis (2020, con cita de Arteaga Nava, s.f.) que sostiene que las disposiciones transitorias "son normas de naturaleza accesoria; existen por cuanto hay un texto principal; dejarán de ser en el momento en que aquella desaparezca y no puede pretenderse darles validez independiente" (p. 811). En sentido contrario, el mismo autor glosa más adelante una opinión diferente (Gerosa Lewis, con cita de Dromi y Menem, 1994), según la cual "la disposición transitoria primera tiene también el mismo atributo de ser ley suprema, e inclusive puede tener tanta o más vida que los mismos principios fundamentales arraigados en ella" (p. 812).

La norma supone con criterio realista que el ejercicio pleno de la soberanía de la República Argentina sobre los territorios reclamados se materializaría en los hechos, momento en que la norma agotaría su objeto. Rosatti (2010) lo expresa con claridad diciendo que "el carácter transitorio de la cláusula abriga la razonable expectativa de que pueda dársele cumplimiento en el tiempo, tornándola luego abstracta" (p. 75).

Corresponde aplicar el carácter transitorio al segundo párrafo de la norma, mas no al primero, toda vez que, habiendo cumplido su objeto, aquel permanecerá —aunque sobreabundante— plenamente vigente. Es decir, desde el cumplimiento del propósito normativo, la nación argentina continuará ratificando su soberanía legítima sobre los territorios redimidos.

## 5. Primer párrafo: parte declarativa

El estudio de la DTP puede dividirse en dos secciones, identificadas con sus dos párrafos (Gerosa Lewis, 2020, p. 812; Orso y Barreto, M., 2022, p. 1). El primer párrafo establece: "La Nación Argentina ratifica su legítima e imprescriptible soberanía sobre las islas Malvinas; Georgias del Sur; Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes, por ser parte integrante del territorio nacional". Este párrafo tiene carácter declarativo o enunciativo. Expresa cuál es la postura de la nación argentina respecto del conflicto de soberanía con el Reino Unido, declara el modo en que aquella entiende la integración de su territorio en el mar Argentino y manifiesta la legitimidad constitucional de ello.

El segundo párrafo acusa carácter ejecutivo o dispositivo al crear obligaciones concretas cuya significación jurídica es adoptar conductas a desarrollar y deberes a cumplir por los funcionarios públicos y la población en general.

Ambos párrafos conforman una norma con contenido jurídico, parte de la CN y partícipe de su carácter de ley suprema, cuyos valores y principios informan al ordenamiento jurídico infraconstitucional (Bidart Campos, 2001, T. I, pp. 298 y 311).

### 5.1 Noción de "ratificar"

La norma dispone que quien ratifica es la "Nación Argentina".[3] Ello equivale a cualquiera de las denominaciones autorizadas por el artículo 35 de la CN. En otras palabras, es el Estado argentino todo (Badeni, 2006, p. 190) y no solo el "Gobierno Federal". [4] En el segundo párrafo, la norma se referirá al "Pueblo argentino" como sujeto obligado del cumplimiento del objetivo normativo.

"Ratificar" significa confirmar en la norma constitucional la afirmación territorial soberana previamente contenida en leyes, actos jurisdiccionales, actos administrativos y de gobierno dictados desde el siglo XIX. Efectivamente, previo a la sanción de la norma constitucional, Argentina ha manifestado permanentemente su soberanía legítima e imprescriptible sobre los archipiélagos de Malvinas, San Pedro y Sandwich del Sur. Así, la norma reafirma una situación jurídica preexistente, elevándola jerárquicamente al rango constitucional.

La ratificación de soberanía contenida en la DTP no es una creación novedosa, pues el Estado argentino, que nunca consintió otra soberanía, realizó desde el inicio de su vida independiente actos de ostensible carácter jurídico en relación con todo el archipiélago de Malvinas. Entre las numerosas manifestaciones de afirmación soberana previas a la reforma constitucional de 1994, pueden mencionarse a modo de ejemplo las siguientes.

#### 5.1.1 Ratificación de soberanía durante el siglo XIX

Desde el inicio de su proceso de independencia, Argentina sostuvo su legítima soberanía sobre las islas Malvinas, derivada del principio de derecho internacional *uti posidetis iuris*. Gutierrez Posse (2012) comenta en tal sentido que

---

3 Expresión utilizada en el preámbulo y en los arts. 1; 15; 16; 35; 75, inc. 32; 84; 87; 93 y en la disposición transitoria decimosexta de la Constitución Nacional.

4 Expresión utilizada en los arts. 2, 3, 4, 5, 6, 25, 27, 121, 122, 124, 126, 127 y 128, que refiere a las autoridades de la nación, según la segunda parte, título primero, sección primera de la Constitución

> el ejercicio de la jurisdicción por parte de nuestro país sobre las Islas y los mares adyacentes se manifestó tempranamente; tan sólo cinco días después de la constitución del Primer Gobierno Patrio. En efecto, el 30 de mayo de 1810 la Primera Junta encargó a la Real Hacienda el pago de los gastos que correspondían a la administración de las Islas Malvinas. (p. 4)

Brailovsky y Foguelman (2009) comentan que "en fecha tan temprana como 1813 se otorga permiso a un bergantín para cazar lobos marinos en el archipiélago, [de Malvinas] lo que equivale a prohibir la caza sin permiso" (p. 116).

Canclini (2014), en el mismo sentido, recuerda el acto formal de ocupación comentando que

> a lo largo de los años desde 1810, se habían realizado muchos actos de gobierno en relación con las islas, culminando con la ocupación efectiva concretada por David Jewett, con la *Heroína* en 1820, de los que todo el mundo, incluyendo Inglaterra, estuvo informado. Desde entonces siempre hubo alguien a cargo del gobierno, mientras varios hombres de negocios, especialmente Vernet, realizaban tratativas comerciales con el gobierno a plena luz del día. (p. 21)

En 1823, el Gobierno de Buenos Aires otorgó concesiones de tierras públicas en las islas Malvinas a favor de Jorge Pacheco (Kohen y Rodríguez, 2017, p. 139).

Posteriormente, en 1829, el Gobernador de Buenos Aires Martín Rodríguez emitió el Decreto de fecha 10 de junio por el cual se creó la Comandancia Política y Militar de las Islas Malvinas y Adyacencias (Bologna, 1989, p. 88; Canclini, 2014, p. 16; Kohen y Rodríguez, 2017, p. 154).

Luego, producida la invasión militar y la subsiguiente usurpación territorial por el Reino Unido de Gran Bretaña el 3 de enero de 1833, el Ministro Manuel V. de Maza protestó ante el encargado de negocios británico en Buenos Aires, Philip Gore, el 15 de enero de 1833. A su vez, Manuel Moreno, ministro plenipotenciario argentino, protestó ante el Gobierno británico ratificando expresamente los legítimos títulos de soberanía argentinos sobre las islas Malvinas (Bologna, 1989, p. 147).

El 20 de enero de 1888, el ministro argentino de Relaciones Exteriores, embajador Quirno Costa, ratificó nuevamente la soberanía argentina frente al Gobierno británico, destacando la postura oficial en cuanto a que los territorios usurpados por Gran Bretaña son parte integrante del territorio argentino, según reseña Bologna (1989):

---

Nacional.

> (...) que hoy como antes el gobierno argentino mantiene su protesta respecto a la ilegítima ocupación de las islas Malvinas, *que no abandona ni abandonará sus derechos a esos territorios y que en todo tiempo hasta que le sea hecha justicia, los considerará como parte integrante del dominio de la República Argentina*, fundado en la prioridad del descubrimiento, en la prioridad de la ocupación, en la posesión iniciada y ejercida, en el reconocimiento tácito y explícito y en la adquisición por tratado de estos títulos que pertenecían a España. (p. 148)[5]

### 5.1.2 Ratificación de soberanía durante el siglo XX

El Estado argentino protestó en cada oportunidad propicia. En 1908 lo hizo ante Italia por la inclusión de las islas Malvinas como colonia británica en la Convención Postal de 1907, y ante Alemania por el mismo motivo en la Convención Radiotelegráfica de Berlín. En 1927, el jefe del Servicio Internacional de la Dirección General de Correos y Telégrafos le comunicó oficialmente a la Oficina Internacional de la Unión Postal Universal que Argentina poseía jurisdicción sobre las islas Malvinas, sin poder ejercerla por la ocupación de Gran Bretaña (Sabia de Barberis, 1986, p. 53).

Argentina afirmó su soberanía en ocasión de la creación de la Organización de Estados Americanos (OEA) en 1948 (Bologna, 1988, p. 168) y la Organización de Naciones Unidas (ONU) en 1945 y 1946 (Del Castillo, 2012, p. 72; Gutierrez Posee, 2012, p. 5).

En el marco de la ONU debe destacarse el discurso pronunciado por el Embajador argentino José María Ruda el 9 de septiembre de 1964 ante el Comité Especial encargado de Examinar la Situación con respecto a la Aplicación de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, que derivó en el reconocimiento por la Asamblea General del conflicto de soberanía mediante la Resolución 2065 (XX).

En el orden interno, se promulgó legislación atinente o relacionada con la soberanía argentina sobre las islas, tales como: la Ley 18398 (10 de octubre de 1969) de Prefectura Naval, la Ley 20561 (14 de noviembre de 1973) que instituye la efeméride del 10 de junio, la Ley 21102 (22 de octubre de 1975) sobre becas de estudios para estudiantes malvinenses, la Ley 22197 (de facto, 17 de marzo de 1980) sobre la creación del Registro Notarial de Islas Malvinas, la Ley 23610 (22 de septiembre de 1988) de declaración de Puerto Soledad como patrimonio histórico nacional, la Ley 23554 (26 de abril de 1988) de Defensa

5 El destacado es propio.

Nacional, la Ley 23775 (del 26 de abril de 1990) de provincialización de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, la Ley 23968 (5 de diciembre de 1991) de Espacios Marítimos, etcétera.

### 5.1.3 Corolario

Los actos mencionados explican el significado del término "ratificar" del primer párrafo de la DTP. Tales actos son previos a la reforma constitucional de 1994 y confirman la intención del país de comportarse como soberano con exclusión de otro Estado. También han supuesto la imposibilidad de configurar la prescripción adquisitiva en el ámbito internacional y descartan la aplicación de aquiescencia por parte del Estado argentino.

## 5.2 Interpretación de la "soberanía" "legítima" e "imprescriptible"

### 5.2.1 Soberanía

Esto significa, en palabras de Badeni (2006),

> la superioridad [del Estado] frente a todo otro poder social que se desenvuelve en el ámbito del Estado y que ejercen los diversos grupos sociales que integran el elemento humano de la organización política global. A ello se añade la independencia de ese poder del Estado frente a cualquier voluntad externa de la organización estatal. El poder soberano del Estado es independiente en el ámbito externo y supremo en el ámbito interno. (p. 353)

Efectivamente, el concepto absoluto de soberanía es solo posible en el ámbito interno del Estado. En el ámbito internacional, convive con la soberanía de los otros Estados y significa "independencia" (Barboza, 2007, pp. 171 y 321). En síntesis, la norma constitucional ratifica el poder absoluto en el ámbito interno del Estado argentino sobre los territorios en disputa y su independencia, junto con el resto del territorio nacional, respecto de otro poder soberano, en el ámbito externo. Tiene por objetivo que la soberanía, entendida de tal modo, sea ejercida plenamente (en forma exclusiva y excluyente) por la nación, según se expresa en el segundo párrafo.

La legislación es un modo natural de ejercer el poder soberano. A modo de ejemplo, se pueden citar las siguientes normas, sancionadas con posterioridad a la reforma constitucional de 1994, que denotan ejercicio soberano: la Resolución General 5286/2022 de la Administración Federal de Ingresos Públicos

(hoy, Agencia de Recaudación y Control Aduanero), que procuró ratificar la condición de territorio argentino de las islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur a los fines de la exención de un impuesto creado por la Ley 27541, artículo 35, inciso b al e; el Decreto del Poder Ejecutivo Nacional 256/2010, del 16 de febrero de 2010, sobre requisitos para el tránsito marítimo entre puertos ubicados en el territorio continental argentino y las islas Malvinas, Georgias del Sur y Sándwich del Sur; la Ley 26552, del 11 de diciembre de 2009, modificatoria de la Ley 23775; la Ley 26659, modificada por la Ley 26915, estableció las condiciones para la exploración y explotación de hidrocarburos en la Plataforma Continental Argentina; la Ley 24922, promulgada el 6 de enero de 1998 y sus modificatorias, sobre el régimen federal pesquero, etcétera.

La jurisprudencia en *Roitman, Facundo Joel y otros c/ Cruiseline S.R.L.* afirmó que

> del ordenamiento jurídico argentino surge en forma ostensible, que las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sándwich del Sur y los espacios marítimos e insulares son parte del territorio Argentino, forman parte de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, y pese a la ocupación colonial del territorio por parte del Reino Unido, la Nación y el pueblo argentino reclaman su soberanía y la recuperación de dichos territorios.

Se debe diferenciar la soberanía de la supremacía territorial. Este es un concepto que explica una forma en que se relaciona un Estado con un territorio sin confundirse con aquella. En tal sentido, Salas (2016, p. 4) explica que se produce cuando un Estado es soberano *de iure* de un territorio, pero otro Estado ejerce en la práctica el dominio territorial. Tal situación puede ser legítima, por ejemplo, mediante un Tratado (caso del Canal de Panamá: soberanía de Panamá y supremacía territorial de Estados Unidos), o ilegítima por derivar de violencia o dolo (caso de las islas Malvinas: soberanía de Argentina y supremacía territorial del Reino Unido).

### 5.2.2 Legítima

La legitimidad de la soberanía argentina está establecida constitucionalmente con el efecto de impedir que esta se discuta o contradiga en sede judicial, administrativa o por normas jerárquicamente inferiores. La soberanía es legítima porque se asienta sin hesitación en claras reglas de derecho.

La legitimidad de los derechos argentinos sobre los territorios marítimos e insulares en disputa de soberanía se basa en dos argumentos principales:

1) El *uti possidettis iuris*. Armas Pfirter et al. (2000) explican que "la concepción de los nuevos Estados hispanoamericanos, según la cual los antiguos límites administrativos entre ellos pasaron a tener el carácter de fronteras internacionales y ningún territorio en América es *res nullius*, es denominada *uti possidetis*" (p. 16).

Recuerda Del Castillo (2012) que los Estados americanos que surgieron de la independencia del Reino de España "basaron su posesión y límites en el principio del uti possidetis, adoptado por el Congreso de Panamá de 1826, a propuesta de Simón Bolívar, para evitar disputas entre los nuevos protagonistas de la comunidad internacional" (p. 115). Este principio fue invocado por primera vez en el Tratado de Alianza y Federación de 1811 entre Venezuela y Cundinamarca (Armar Pfirter et al., 2000, p. 16) e incluido en la Constitución de Colombia de 1819.

Para Barboza (2007),

> su utilidad fue la de servir como criterio para establecer las fronteras entre los Estados independientes que surgieron de las antiguas colonias españolas en América. Tales fronteras debían seguir las de los antiguos Virreinatos o capitanías españolas. De ese modo no quedaban en América territorios *res nullius* que pudieran ser ocupados por los nuevos Estados y —más importante aún— por Estados exterior al continente. (p. 217)

Pastorino (2017) reseña que el Consejo Federal Suizo aplicó el principio de *uti possidetis* en el laudo arbitral del 24 de marzo de 1922 sobre el conflicto limítrofe entre Colombia y Venezuela. Allí estableció que importaba una regla absoluta que en la América española no existían territorios sin dueño, pues

> las regiones que pertenecieron a España se reputan pertenecientes jurídicamente a cada una de las repúblicas que habían sucedido a la Provincia española a la cual esos territorios habían sido adjudicados en virtud de antiguas órdenes reales de la antigua madre patria española. (pp. 106-107)

La Corte Internacional de Justicia dejó establecida la universalidad de este principio jurídico del Derecho Internacional. Lo hizo en la sentencia por la disputa territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras del 8 de octubre de 2007 y en su pronunciamiento sobre el caso relativo a la controversia fronteriza entre Burkina Faso y Malí del 22 de diciembre de 1986, en cuya sentencia expresó que

> la Sala no puede desconocer el principio de uti possidetis juris, cuya aplicación da lugar a ese respeto de la intangibilidad de las fronteras. La Corte subraya el alcance general del principio en cuestiones de descolonización y su excepcional importancia para el continente africano, incluidas las dos partes en el presente caso. Aunque ese principio fue invocado por primera vez en la América hispana, no es una norma que pertenezca solamente a un sistema particular del derecho internacional. Se trata de un principio de alcance general, conectado lógicamente al fenómeno de la obtención de la independencia, dondequiera que ocurra.

De este modo, las islas Malvinas, que formaban parte integrante del Virreinato del Río de la Plata, pasaron a conformar el territorio de las Provincias Unidas de Sud América o Provincias Unidas del Río de la Plata, Confederación Argentina o Nación Argentina, según se prefiera.

2) La aquiescencia. Según Abugattás (2014), es

> el comportamiento, activo o pasivo, de un sujeto de derecho internacional que otro u otros sujetos pueden entender o interpretar en el sentido de que implica la aceptación o consentimiento tácito de una determinada situación, generándose, para los sujetos involucrados, una serie de consecuencias jurídicas internacionales. (p. 80)

El Reino Unido consintió la soberanía del Reino de España sobre las islas Malvinas. Así, por ejemplo, no protestó ante la presencia y administración efectiva de 32 gobernadores españoles desde 1767 hasta 1811 (Cohen y Rodríguez, 2017, p. 80). Para Pastorino (2013, p. 106), la aquiescencia británica acusa fuente convencional, derivada del Tratado de Nootka Sound de 1790 entre el Reino de España y el Reino Unido, cuyo art. 9 estipuló:

> se conviene además con respecto a las costas orientales y occidentales de América del Sur y las islas adyacentes, que los respectivos súbditos no se establecerán en el futuro en parte de dicha costa y de las islas adyacentes ya ocupadas por España; entendiendo que dichos súbditos conservarán la libertad de desembarcar en dichas costas e islas con fines relacionados con la pesca u de erigir en las mismas cabañas y otras estructuras temporarias que sirvan solo a esos fines.

Luego, el Reino Unido consintió la soberanía argentina, pues no protestó ante actos concretos de ejercicio soberano sobre las islas como la toma de posesión formal en 1820 y tampoco expresó protesta o salvaguarda alguna al ratificar el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación de 1825. Sobre este acuerdo, se ha advertido que el Tratado de 1825 tuvo fuerza jurídica para con-

firmar la soberanía argentina contra el Reino Unido sobre la totalidad del archipiélago de Malvinas, pues significó convalidar la presencia y ejercicio de soberanía argentinos, evidenciados mediante actos de gobierno desde 1810 hasta la firma del Tratado y posteriormente. No cabe otra interpretación a la frase que prologa el acuerdo: "Que sus relaciones ya existentes, sean formalmente reconocidas, y confirmadas por medio de un Tratado de Amistad, Comercio y Navegación". La frase citada, interpretada de buena fe, debe significar que los actos de gobierno que significaron ejercicio soberano argentino, conocidos por el Reino Unido y no protestados por este, es decir, las "relaciones existentes", son ratificados mediante un instrumento expreso y formal, es decir, "reconocidos" y "confirmados" (Sánchez Mas, 2025, p. 23).

#### 5.2.2.1 La interpretación de la legitimidad en la jurisprudencia nacional

El carácter legítimo ha sido consecuentemente corroborado por la jurisprudencia nacional. Así, en el fallo *Acción de defensa del consumidor Juan Enrique Giusti c/ Telecom Argentina S.A.* se dejó sentado que

> surge con nitidez, no sólo que constitucionalmente se han consagrado las Islas Malvinas como pertenecientes al territorio nacional, sino que además las misma constituyen la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur; que en los convenios internacionales específicos de telecomunicaciones así como otros convenios internacionales aprobados por la Argentina nunca ha claudicado la pertenencia territorial de las Islas Malvinas a la República Argentina.

En la causa *Roitman* se dijo que

> las publicidades de cruceros que hacen referencia al territorio de las Islas Malvinas y Georgias del Sur como pertenecientes al Reino Unido, son ilícitas, en virtud de que son contrarias a la manda constitucional que dice que la Nación Argentina ratifica su legítima e imprescriptible soberanía. Asimismo, afectan la dignidad colectiva del pueblo argentino y son contrarias al sistema de valores y derechos reconocidos por la CN y por las leyes citadas.

También el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 2 del Distrito Judicial Sur de Ushuaia hizo lugar a la pretensión de la Inspección General de Justicia (IGJ), ordenando la nulidad de la inscripción societaria de Leolabs Argentina S.R.L. en consideración a la afectación del interés público (considerando 9) por el conflicto entre su objeto social y cuestiones de defensa

nacional y orden geopolítico en relación con la situación colonial de Malvinas. La sentencia reconoció que las islas Malvinas son argentinas y que, por tanto, corresponde entender a la ciudad de Ushuaia como capital de Malvinas (considerando 7). Exhortó a la IGJ provincial a que "ajuste los controles de fiscalización acorde con los principios emanados de la Constitución Nacional".[6]

### 5.2.3 Imprescriptible

La prescripción puede entenderse como la adquisición soberana que un Estado realiza en forma pacífica de un territorio mediante el transcurso del tiempo y el abandono del título por otro Estado. La falta de abandono mediante protestas evita la prescripción desde que estas "certifican el ánimo del legítimo soberano de no abandonar el territorio en cuestión" (Barboza, 2007, p. 216).

La soberanía argentina es imprescriptible porque la ocupación del Reino Unido siempre ha sido adversa o protestada. La administración británica tiene carácter de supremacía territorial ilegítima por tener fuente en el dolo y la violencia antes que en la voluntad del Estado argentino. En tal sentido, Barboza (2007, p. 216) cita la opinión de R.Y. Jennings (1963) para quien

> si la posesión es adversa no es suficiente que el Estado pretensor despliegue actos de soberanía; debe también existir una aquiescencia de parte del soberano original. Si este mantiene su derecho vivo por protestar o a través de alguna acción, no habrá tal posesión no perturbada o pacífica que es la única que capacita a un Estado a prescribir un título. (p. 23)

El carácter imprescriptible del reclamo soberano ha sido expresado invariablemente en manifestaciones oficiales argentinas. Ya en 1843, el representante argentino en Londres, Manuel Moreno, dejó establecido que

> el infrascrito, en consecuencia a los deberes que le imponen sus instrucciones, se ve aquí en la necesidad de expresar, para que el silencio de las Provincias Unidas no se tome por una implícita aquiescencia, que las provincias Unidas no pueden, ni podrán jamás conformarse con la resolución del gobierno de S.M. [de considerar la cuestión cerrada], *cuyas protestas el gobierno de las Provincias Unidas deja en todo el valor que ahora, o en otro tiempo, puedan tener*. (Cohen y Rodríguez, 2017, pp. 224-225)[7]

---

6 Inspección General De Justicia -Ministerio B.C y J de la provincia de Tierra del Fuego AIAS c/ Leolabs Argentina S.R.L. s/ Disolución y liquidación de sociedad (Expte. Nº 30.585) del 21 de abril de 2026).

7 El destacado es propio.

Ciento cinco años después, la posición argentina se mantiene íntegra: en 1948, en ocasión de una protesta del Gobierno británico por las actividades argentinas en el territorio antártico argentino (considerado dependencias de las islas Malvinas por el Reino Unido) el canciller argentino Juan A. Bramuglia contestó que

> las Islas Malvinas son argentinas. Esta Cancillería reitera una vez más las reservas tantas veces invocadas y rechaza el pensamiento del Gobierno británico sobre el particular. El derecho argentino sobre esas islas es incontrovertible y sólo falta, para que se ajuste a un recto ordenamiento jurídico, que la soberanía de derecho ejercida sobre las mismas se complemente con la posesión constantemente reclamada (...) Independientemente de que los territorios que comprenden el sector antártico argentino no pueden depender de ningún territorio en particular, *la Argentina, cuyos derechos sobre las islas Malvinas son imprescriptibles*, no ha aceptado ni aceptará tampoco ninguna dependencia en relación con dicho archipiélago. (Sabia de Barberis, 1986, p. 46)[8]

La imprescriptibilidad de la soberanía se asienta en el mantenimiento que el Estado ha realizado de sus derechos mediante la concreción continua de actos de protesta o, de cualquier manera, de ejercicio soberano, entre los que se encuentra desde 1994, al más alto nivel jurídico del país, la DTP.

El carácter imprescriptible de la soberanía tiene el sentido de crear una regla de derecho interno con la consecuencia de impedir que una pretensión procesal por vía de acción o excepción, un reclamo o planteo administrativo o una norma infraconstitucional argumenten que el transcurso del tiempo ha causado la pérdida de los derechos de soberanía del país sobre los territorios marítimos e insulares bajo disputa.

Así, por ejemplo, quien hubiera sido procesado o condenado por los delitos tipificados en el artículo 7 de la Ley 26659 o hubiere sido sancionado en aplicación del artículo 1 del Decreto 256/2010 no encontraría como recurso válido para eludir el reproche penal o la sanción administrativa la pretendida prescripción de la soberanía del Estado argentino sobre los territorios marítimos e insulares del mar Atlántico Sur.

8 El destacado es propio.

### 5.3 Espacios marítimos e insulares comprendidos en la norma constitucional

La DTP nombra expresamente tres archipiélagos:

- Islas Malvinas: acerca de ellas, explica Parica (2018) que

> se encuentran en el Océano Atlántico sur, a 450 km al nordeste de la isla Grande de Tierra del Fuego y a 600 km al este de las costas patagónicas de la provincia de Santa Cruz, entre los 61° 20' y los 57° 47' 26" O, y los 51° y los 52° 28' S. El archipiélago comprende dos islas principales por sus dimensiones, Soledad, al este, y Gran Malvina, al oeste, e islas menores e islotes, tales como el grupo de las Sebaldes, isla Borbón, isla María, islas de los Lobos Marinos, isla Bouganville, isla Águila, isla Pelada, isla Trinidad, isla Keppel, isla Guijarro, isla del Pasaje, isla de Goicoechea, entre varias más, que ascienden a más de cien. La superficie aproximada del archipiélago es de 8000 km2. (p. 177)

- Islas Georgias del Sur (San Pedro): Aceñolaza (2021) las describe como

> un conjunto de islas y promontorios que forman parte de la "Dorsal Norte del Arco de Scotia" y de las cuales la isla San Pedro es la de mayor superficie con aproximadamente 3850 km$^2$. Entre las menores y promontorios emergidos se encuentran las Willis; Pájaro; Annekov; Pickergrill; Green; Cooper; Trinidad, Grass; Welkome; Saddle; Black Rocks; Albatros; Prion; Vincent; Mc Karthy; Samuel y Clerke. La isla San Pedro tiene un rumbo general SE-NW con 160 km. de largo y unos 30 km. de ancho. Tiene característica montañosa, siendo su altura máxima el Monte Paget con 2396 m.s.n.m. y ubicado en la cordillera de San Telmo. (p. 141)

- Islas Sandwich del Sur: es un

> archipiélago constituido por once islas, ubicadas al SE de la isla San Pedro y cuya extensión de norte a sur es de unos 357 km. dispuestas en una faja de 110 km. de ancho. Esta sucesión de islas constituye un arco volcánico en el frente de la Placa del [Arco de] Scotia; el cual en el este desarrolla una fosa marina cuya máxima profundidad es de 8.325 metros. (Aceñolaza, 2021, p. 143)

- La norma agrega "los demás espacios marítimos e insulares correspondientes". Entre los espacios insulares correspondientes deben agregarse las Rocas Aurora, incluidas en la Ley 23968 de Espacios Marítimos. Se trata, según Aceñolaza (2021), de

> un grupo de islotes que emergen de la Dorsal norte del [Arco de] Scotia a 232 km. al oeste de las Islas Georgias, ocupando una superficie cercana a las 20 has.

> (...) Estos islotes se agrupan en dos arcos rocosos que se denominan Cormorán y Negra y emergen del mar hasta una altura máxima de 70 m.s.n.m. (p. 140)

Las islas Orcadas del Sur y Shetland del Sur no están incluidas en la DTP. Aunque integran el territorio nacional por ser parte del Sector Antártico Argentino, la frase "la recuperación de dichos territorios" del segundo párrafo de la norma constitucional parece indicar exclusivamente a los grupos insulares usurpados por el Reino Unido de Gran Bretaña. En efecto, aquellas islas no deben ser estrictamente recuperadas porque no han sido invadidas ni usurpadas por una potencia extranjera. Nuestro país tiene presencia en ellas en forma efectiva y continua con ánimo de soberano desde 1904 (Del Castillo, 2012, p. 143). Actualmente la presencia nacional es en el marco del Tratado Antártico, aprobado por la Ley 15802, vigente desde el 23 de junio de 1961.

Los "espacios marítimos correspondientes" son aquellas aguas del mar Argentino circundantes a los territorios insulares mencionados, cuya demarcación está contemplada en la Ley 27557 que establece el límite exterior de la Plataforma Continental Argentina. Esta es la prolongación natural bajo el mar del territorio nacional. Sobre ese espacio, el país ejerce derechos de soberanía a efectos de la exploración y explotación de sus recursos naturales, según la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Convemar), artículo 77, inciso 1.

La demarcación se realizó tomando como fuente la información producida por la Comisión Nacional del Límite Exterior de la Plataforma Continental Argentina (COPLA), creada por la Ley 24815, publicada el 26 de mayo de 1997 y reglamentada por el Decreto 752/2000. Esa información fue presentada y corroborada en el marco de la Convemar ante la Comisión del Límite de la Plataforma Continental (CLPC).

La Convemar dejó pendiente de análisis las zonas bajo disputa de soberanía (Sánchez Echevarría y Goya, 2023, p. 722), sin embargo, corresponde asignarle al significado constitucional de "espacios marítimos correspondientes" la demarcación realizada sobre la base de las recomendaciones de la COPLA contempladas en la Ley 27557, pues esa es la posición oficial que la nación sostiene al respecto, por ser coherente con la DTP y por estar respaldada por datos científicos, técnicos y el derecho internacional.

La toponimia dispuesta en las leyes dictadas por el Congreso de la Nación, particularmente la Ley 23968 y sus anexos (modificada por la Ley 25557), tiene carácter jurídico con la consecuencia de ser vinculante para toda la población, no resultando lícito, en principio, utilizar una nomenclatura distinta.

### 5. 4 "Por ser parte integrante del territorio nacional": principio de integridad territorial de los Estados

La razón que impulsa la continua ratificación soberana del Estado argentino se encuentra en el hecho de que, por los motivos que hacen a la legitimidad e imprescriptibilidad, los territorios insulares y marítimos contemplados en la norma constituyen parte del territorio argentino, de la misma naturaleza que el resto del país, conformando así una unidad política.

Esta parte de la norma refiere al principio de integridad territorial de los Estados, establecido en la Carta de la Organización de Naciones Unidas, artículo 2, inciso 4 al expresar que:

> Para la realización de los Propósitos consignados en el Artículo 1, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios: (...) 4. Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra *la integridad territorial* o la independencia política de cualquier Estado o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.[9]

También la Resolución 1514 (XV), párrafo sexto de la Asamblea General de Naciones Unidas contempla este principio, en cuanto establece que "todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas".

Finalmente, la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas (Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas) expresa que

> todo Estado tiene el deber de abstenerse, en sus relaciones internacionales, de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas.

### 6. Segundo párrafo: parte ejecutiva

El segundo párrafo de la DTP dispone: "La recuperación de dichos territorios y el ejercicio pleno de la soberanía, respetando el modo de vida de sus habi-

9 El destacado es propio.

tantes, y conforme a los principios del derecho internacional, constituyen un objetivo permanente e irrenunciable del pueblo argentino".

### 6.1 Objeto de la norma: "recuperar" y "ejercicio pleno de la soberanía"

"Recuperar" y "ejercicio pleno de la soberanía" parecen tener distinto significado, aunque ambos conceptos son establecidos conjuntamente como "un objetivo".

El primero es compatible con instancias transitorias, partes de un proceso de solución pacífica de la cuestión, previas al ejercicio pleno de la soberanía por parte de nuestro país. Entre estas instancias, Drnas de Clement (2000, pp. 81 y ss.) ejemplifica con: la transferencia gradual de funciones a nuestro país con inclusión paulatina de argentinos en la administración y gobierno de las islas; administración conjunta por un periodo determinado y posterior traspaso a la soberanía argentina; condominio argentino-británico; arrendamiento; congelamiento de la controversia por un período de tiempo con libre asentamiento de argentinos y consulta popular al término de ese lapso para determinar el "estatus" de las Islas, todo ello bajo control de la ONU (sin perjuicio de que, en el caso de Malvinas, no es aplicable el principio de libre determinación de los pueblos, según se explica en el punto 6.3.1; congelamiento de las reclamaciones de soberanía y explotación de los recursos sobre una base binacional, etc.

El segundo se relaciona directamente con el concepto de soberanía descripto en el primer párrafo (punto 5.2.1) y constituye el objetivo último. La norma ordena que la nación argentina practique en los territorios marítimos e insulares contemplados los actos propios de soberanía en forma efectiva, es decir, en forma exclusiva y excluyente de otro poder soberano.

Recuperar los territorios marítimos e insulares ocupados y ejercer sobre ellos la soberanía plena es un mandato constitucional explícito. Ello obliga al Estado a desplegar todas las herramientas jurídicas para lograrlo, pues la ausencia de esa acción supone inconstitucionalidad. Dice Bidart Campos (2001) que "hay casos en que la constitución manda hacer, y que si no se hace, implica asimismo violaciones (por omisión)" (T. I, p. 321).

### 6.2 Respeto al modo de vida de los habitantes isleños. Naturaleza jurídica. Determinación

El respeto al modo de vida de los habitantes isleños es un requisito constitu-

cional, junto con la conformidad con los principios del derecho internacional, que debe acompañar la búsqueda del ejercicio pleno de la soberanía. Gutierrez Posse (2012,) puntualiza que

> al carecer de subjetividad internacional [los habitantes isleños], ello no implica que sus intereses no deban ser respetados. Y ese respeto ha de ser parte del proceso que lleve a la realización de la integridad territorial del Estado que fue quebrantada en 1833. (p. 2)

Es una derivación lógica del sistema de gobierno democrático y republicano, pues, como afirma Manili (2011),

> la democracia es el gobierno de las mayorías, pero a la vez, el régimen republicano se ocupa de garantizar los derechos de las minorías. (...) Una democracia sin república toleraría abusos de las mayorías y avasallamientos de las minorías y una república sin democracia desconocería la voluntad popular. (p. 11)

Significa la debida consideración y protección jurídica de su identidad cultural, costumbres, usos y modos de vivir la cotidianeidad comunitaria. Esto incluye los intereses colectivos y personales de todo tipo, compatibles con los principios del derecho internacional y los principios de derecho público constitucional.

La doctrina ha aceptado la necesidad de la protección jurídica de la forma de vida de los isleños desde antes de la vigencia de la norma constitucional. Así, Frias (1982) sostenía, basado en el derogado artículo 104 de la CN (actual artículo 121) que resultaba razonable que un tratado entre Argentina y Reino Unido "reserve a los habitantes de las Malvinas derechos vinculados a sus peculiaridades idiomáticas, culturales, administrativas y jurídicas" (p. 829).

También Ramella (1982) razonaba en el mismo sentido al afirmar que

> como no se puede desconocer el hecho irrecusable que la Gran Bretaña ocupó el archipiélago por 149 años, los nacidos en él se consideran ingleses y tienen sus propias normas jurídicas, su lengua y sus costumbres. Por lo tanto, aunque pequeña, la población de las islas Malvinas constituye una *minoría*[10] dentro de la población total de la República. Pues bien, cabe aplicar aquí los principios del derecho internacional que acuerdan especiales derechos a las minorías. (p. 741)

10 La cursiva es del original.

Refiriéndose a este aspecto, Drnas de Clement (2000) considera que desde el momento de la reinstalación de la soberanía plena por parte de Argentina y la consiguiente constitución de los habitantes isleños como minoría, les correspondería a estos "decidir sobre su propio destino personal ejerciendo el derecho de opción en cuestiones tales como la nacionalidad, religión, bienes, condición de emigración". Inmediatamente la autora citada agrega: "debemos tener presente la diferencia entre derecho de opción y derecho de libre determinación" (p. 80).

La misma autora ejemplifica la posición oficial de la nación a través de la intervención de la Dra. Susana Ruiz Cerutti en la Organización de Naciones Unidas:

> Al respecto debemos recordar que Ruíz Cerutti, en la sesión del 22 de noviembre de 1988 ante la AG de NU [Asamblea General de Naciones Unidas] ha expresado que Argentina "está dispuesta a proveer adecuadamente en relación con los intereses de los actuales habitantes, a través de un estatuto especial de salvaguardia y garantías" y reconoció la necesidad de adoptar medidas para "asegurar el mantenimiento del modus vivendi de los isleños, su bienestar, tradiciones e identidad cultural, a más de asegurar el pleno ejercicio de sus derechos individuales". (Drnas de Clement, 2000, pp. 80-81)[11]

Esta postura, repetida como declaración oficial en otras ocasiones y asentada en la CN y las resoluciones de Naciones Unidas, tiene consecuencias jurídicas vinculantes para el Estado nacional en el sentido afirmado por Diez de Velasco Vallejo (2013), quien expresa:

> en términos generales, el Estado queda vinculado por sus propias declaraciones, lo que significa que el contenido de un acto unilateral es oponible al autor del mismo en virtud del principio de la buena fe, declarado por la Resolución 2625 (XXV) de la A.G. [Asamblea general] como uno de los principios constitucionales del ordenamiento internacional contemporáneo. (p. 151)

La Resolución 2065 (XX) de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas y siguientes, así como las resoluciones del Comité de Descolonización referidas a la "cuestión de las islas Malvinas", han expresado invariablemente que los Estados en conflicto deben tener debidamente en cuenta los intereses de los habitantes isleños. Estos pueden ser de tipo económicos,

11 Las comillas son del original.

sociales, culturales, ambientales, civiles, políticos y religiosos. El "modo de vida" y los "intereses" son estándares complementarios, incluyendo el primero al segundo.

El respeto al modo de vida de los habitantes isleños (que incluye la consideración de sus intereses) es un derecho humano fundamental de una minoría determinada, consagrado constitucionalmente, respaldado en el derecho internacional y basado en los tratados de derechos humanos que forman el bloque de constitucionalidad, según el artículo 75, inciso 22 de la CN, particularmente el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de Derechos Humanos. También resultan aplicables la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales y la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial.

El ejercicio de este derecho es plenamente operativo, obligando al Estado a impulsar su cumplimiento; y a los habitantes de la nación, a respetarlo, aun sin norma que lo reglamente, pues, como afirma Bidart Campos, G. (2001), "toda norma de la constitución sobre derechos de la persona humana, aunque requiera desarrollo legislativo, tiene como mínimo y mientras la ley de desarrollo no se dicta, un contenido esencial que es aplicable siempre" (T. I, p. 312). Esto tiene su fundamento en la dignidad intrínseca de la persona, tal como sostiene Gutierrez Posse (2012),

> por el hecho de su dignidad como seres humanos, gozan de derechos inalienables ante el Estado bajo cuya jurisdicción se encuentren, independientemente de que habiten islas o continente. Y ello, porque así lo garantiza tanto nuestra Norma Fundamental como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. (p. 6)

Su determinación es competencia del Congreso de la Nación por el artículo 75, incisos 19 y 32 de la CN. Puede hacerlo el Poder Ejecutivo en razón del artículo 99, inciso 2 de la CN. Eventualmente, también el Poder Judicial en el marco de una causa judicial y en ejercicio del control de constitucionalidad (artículo 116, CN).

Sin perjuicio de lo anterior, puede ser determinado por un tratado entre las dos partes en conflicto, toda vez que las resoluciones de Naciones Unidas piden que ambos Estados tengan en cuenta los intereses de los habitantes isleños. Este tratado tendría jerarquía superior a las leyes (artículo 75, inciso 22, 1° pá-

rrafo, CN). También podría ser propuesto por un órgano de la Organización de Naciones Unidas, dado que el conflicto de soberanía se encuentra inserto en el proceso de descolonización impulsado por dicha organización. Finalmente, puede ser determinado por la Corte Internacional de Justicia, en caso de que ambos Estados acepten su competencia para resolver el diferendo de soberanía.

La Corte Interamericana de Derecho Humanos (CIDH) podría determinarlo por vía contenciosa o consultiva con base en la Convención Americana de Derecho Humanos y la jurisprudencia dictada sobre el derecho de las minorías. La vía consultiva ante la CIDH podría activarse unilateralmente por Argentina.

### 6.3 Los "principios del derecho internacional". Bloque de juridicidad de la "cuestión de las islas Malvinas"

El segundo requisito constitucional, junto con el respeto del modo de vida de los habitantes isleños, es el cumplimiento de los principios de derecho internacional, los cuales deben observarse en miras al cumplimiento del mandato constitucional de recuperar y ejercer plenamente la soberanía sobre los grupos insulares y sus correspondientes espacios marítimos.

En opinión de Gutierrez Posse (2012)

> los principios de derecho internacional a los que se refiere nuestra Norma Fundamental están establecidos en un tratado del que son parte tanto nuestro país como el Reino Unido —la Carta de las Naciones Unidas— y en ellos se establece la obligación de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas, solucionando por medios pacíficos las controversias y respetando la integridad territorial del Estado; por cierto, reconociendo que los intereses de los habitantes no pueden ser ignorados. (p. 6)

Además de los "principios del derecho internacional" contenidos en la Carta de las Naciones Unidas, deben tenerse en cuenta la costumbre internacional, los tratados, las normas imperativas de *ius cogens* y la jurisprudencia, en tanto integren el bloque de juridicidad de la "cuestión de las islas Malvinas".

En efecto, existe un "derecho de la cuestión de las islas Malvinas" generado a partir de la vigencia de la Resolución 2065 (XX) de la Asamblea General de Naciones Unidas del 16 de diciembre de 1965 de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas (Barboza, 2007 p. 99). En ella, la comunidad internacional expresó cuál es el significado y la forma de solución del conflicto de soberanía. Su contenido ha sido ratificado y abonado por las siguientes resoluciones: 3160

(XVIII) (14 de diciembre de 1973), 31/49 (1 de diciembre de 1976), 37/9 (4 de noviembre de 1982), 38/12 (16 de noviembre de 1983), 39/6 (1 de noviembre de 1984), 40/21 (27 de noviembre de 1985), 41/40 (25 de noviembre de 1986), 42/19 (17 de noviembre de 1987) y 43/25 (17 de noviembre de 1988). Luego, el "Comité Especial encargado de Examinar la Situación con respecto a la Aplicación de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales" (Comité de Descolonización) emitió una resolución anual (en total 41 hasta el presente), confirmando invariablemente el contenido año tras año. Estas resoluciones han sido emitidas en el contexto del proceso de descolonización que se inició con la Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de Naciones Unidas.

De estas resoluciones, surgen obligaciones jurídicas:

1. Descolonización: la primera obligación que surge es la de descolonizar, es decir, eliminar la dependencia de pueblos subyugados o territorios anexados a otro Estado, restituyendo la soberanía territorial al pueblo o al Estado al que pertenezca el territorio. Esto se basa en la Resolución 1514 (XV) que determina que el colonialismo es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de la ONU. Así, puede afirmarse que existe un derecho de la descolonización y la "cuestión de las Islas Malvinas" se incardina en él.
2. Negociación: el conjunto de resoluciones de la Asamblea General y del Comité de Descolonización repiten que ambas partes deben realizar negociaciones sobre la soberanía. Así, la Resolución A/AC.109/2025/L.8, del año 2025, del Comité de Descolonización solicita que los Gobiernos de la Argentina y el Reino Unido afiancen el actual proceso de diálogo y cooperación mediante la reanudación de las negociaciones a fin de encontrar a la mayor brevedad posible una solución pacífica a la disputa de soberanía.
3. Solución pacífica de controversias: esta obligación, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, artículo 73, inciso c, es expresada en las Resoluciones 2065 (XX) y 2625 (XXV). Esta última establece que "los Estados arreglaran sus controversias internacionales por medios pacíficos, de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz ni la seguridad internacionales ni la justicia". Asimismo, el Comité de Descolonización repite desde 1989 que "la manera de poner fin a la especial y particular situación colonial en la cuestión de las Islas Malvinas (Falkland) es la solución pacífica y negociada de la controversia sobre soberanía".
4. Buena fe: la Carta de las Naciones Unidas establece en el artículo 2, inciso 2 que los Estados parte "cumplirán de buena fe las obligaciones contraí-

das por ellos de conformidad con esta Carta". Luego, la Resolución 2625 (XXV) retoma la buena fe como obligación jurídica ligada al cumplimiento de la Carta de la ONU. Además, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, artículos 26 y 31, determina la obligación de los Estados de actuar con buena fe. Debe entenderse que, aunque su contenido sea difícil de precisar, posee carácter jurídico (Barboza, 2008, p. 331 y 333) e integra el bloque de juridicidad de la "cuestión de las islas Malvinas".

5. Prohibición de realizar innovaciones unilaterales: esta obligación, asentada en el mandato de cumplir de buena fe las obligaciones derivadas de la Carta de las Naciones Unidas, se basa en la Resolución 37/49 de la Asamblea General, que instó a las partes a abstenerse de adoptar decisiones individuales que entrañen la introducción de modificaciones unilaterales en la situación mientras las islas están atravesando el proceso de descolonización.
6. Transmisión de información: esta obligación surge para el Reino Unido como potencia administradora de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas, artículo 73, inciso e y de la Resolución 66 (I) de la Asamblea General de la ONU. Para ambas partes, surge de la Resolución 2065 (XX) y siguientes en tanto pide que informen al secretario general el avance de las negociaciones por la soberanía.
7. Integridad territorial: su respeto es una obligación legal que vincula a las partes en conflicto, basada en el artículo 2, inciso 4 de la Carta de las Naciones Unidas y en la Resolución 1514 (XV), párrafo sexto. Además, está contemplado en la DTP (punto 5.4 de este ensayo). La "Cuestión de las islas Malvinas" es un caso colonial especial porque no existe un pueblo étnica y culturalmente distinto a la potencia administradora y, de cualquier forma, subyugado por esta, sino que hay una separación ilegítima e ilegal de una parte del territorio de una nación independiente.
8. Prohibición del uso y amenaza de la fuerza: esta obligación nace de la Carta de las Naciones Unidas, artículo 2, inciso 4. También de la Resolución 2625 (XXV), en tanto establece que "los Estados, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado". Particularmente, la Resolución 37/9 reafirma "los principios de la Carta de las Naciones Unidas sobre el no uso de la fuerza o la amenaza del uso de la fuerza en las relaciones internacionales".
9. Respeto al modo de vida —incluidos los intereses— de los habitantes isleños (ver punto 6.2).

10. No aplicación del principio de libre determinación de los pueblos a la "cuestión de las islas Malvinas" (ver punto 6.3.1).

Entre la República Argentina y el Reino Unido de Gran Bretaña existen tratados vigentes —la mayoría, bajo la forma de acuerdos simplificados— que integran el bloque de juridicidad. Son tratados en virtud de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 2.1 a) en tanto pueden definirse como acuerdos internacionales celebrados por escrito, entre Estados y regidos por el derecho internacional independientemente de su denominación. Pueden mencionarse:

- El 19 de octubre de 1989 se firmó la "Declaración Conjunta de las Delegaciones de la República Argentina y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte", llamado "Acuerdo de Madrid I".
- El 15 de febrero de 1990 se firmó una segunda Declaración Conjunta, conocida como "Acuerdo de Madrid II".
- El 24 de noviembre de 1992 se promulgó la Ley 24184, que aprobó el Acuerdo sobre promoción y protección de inversiones entre el Estado argentino y el Estado británico.
- En la reunión celebrada en Londres el 13 y 14 de julio de 1999, se acordó una nueva Declaración Conjunta con respecto a la colaboración sobre comunicaciones entre las islas y el continente.
- El 24 de septiembre de 2024, se acordó en Nueva York un Comunicado Conjunto (conocido como "Pacto Mondino-Lammy") que reinstaló la ruta aérea entre las islas y el sector continental argentino. Antes, el Gobierno argentino había denunciado el Comunicado Conjunto del 13 de septiembre de 2016 (llamado "Pacto Foradori-Duncan").

Sin perjuicio de la validez de los acuerdos simplificados, es preferible —por tratarse de una política de Estado explícita y trascendente y para evitar interpretaciones inconvenientes (Luaces, 2024, p. 246)— que los tratados (en tanto "actos complejos federales", conforme a *Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros s/ Recurso de hecho* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación) que suscriba la Nación con motivo o en ocasión de la cuestión de soberanía o sus problemas asociados sean concertados en buena y debida forma antes que por acuerdos simplificados. Es decir, negociados por el Poder Ejecutivo, aprobados por el Congreso de la Nación y ratificados, nuevamente, por el Poder Ejecutivo. Esta innovación puede ser incorporada a la CN o instrumentada

mediante ley reglamentaria de la DTP o del artículo 75, inciso 22, conforme el artículo 28 de la CN.

### 6.3.1 Fundamento de la exclusión del principio de libre determinación de los pueblos

La DTP no contempla el principio de libre determinación de los pueblos, sino el respeto al modo de vida de los habitantes isleños (incluidos sus intereses) como una minoría dentro del Estado argentino. Ello es correcto, pues el principio que informa la "cuestión de las islas Malvinas" es el de integridad territorial de los Estados.

La Asamblea General de la ONU lo ha entendido así al establecer expresamente, en diferentes casos coloniales, el principio de libre determinación a favor de un grupo humano reconocido como pueblo, pero omitiéndolo en el caso específico de Malvinas. De esta manera, la Resolución 2064 (XX) le reconoce este derecho a las Islas Cook; la Resolución 2066 (XX) le reconoce el derecho "inalienable del pueblo del Territorio de la Isla Mauricio a la libertad y a la independencia"; la Resolución 2067 (XX) hace lo propio en relación con Guinea Ecuatorial (Fernando Po y Río Muni); la Resolución 2068 (XX) le reconoce el derecho a las Islas Viti (Fiji); la Resolución 3161 (XXVIII) reafirma el derecho de islas Comoras a la independencia. En tanto que las Resolución 2065 (XX) y 3160 (XXVIII) sobre Malvinas omiten intencionalmente el derecho de libre determinación refiriéndose a los "intereses" de los habitantes.

En tal sentido, Drnas de Clement (2000) ha puntualizado que

> No corresponde para el caso de las Malvinas hablar de **libre determinación** ya que la población de las Islas no constituye ni nación, ni pueblo ni grupo étnico diferenciado del de la metrópoli. Bien ha hecho la AG [Asamblea General] de NU [Naciones Unidas] en usar cuidadosa y continuadamente la palabra "población" para referirse a los habitantes del Archipiélago y en rechazar reiteradamente la propuesta británica de incluir en resoluciones relativas a Malvinas referencia a la libre determinación de los pueblos.(p. 79)

Remiro Brotóns (2010) expresa con claridad e ironía que

> el derecho de autodeterminación no se extiende, según la práctica de Naciones Unidas, a las poblaciones sobrevenidas en territorios no autónomos que al producirse el hecho colonial carecían de población autóctona, caso de las islas Malvinas (prácticamente deshabitadas) o del Peñón de Gibraltar (cuya población abandonó mayoritariamente la plaza, con sus autoridades municipales al frente).

> (...) La Asamblea General endosó a partir de 1965 esta tesis —no la del Reino Unido según la cual allí donde hay un territorio no autónomo hay una población con derecho a determinar libremente su destino (salvo, probablemente, si es originaria de Diego García)— urgiendo negociaciones bilaterales en pos de una solución conforme con la Carta Magna. (pp. 117-118)

Pastorino (2013, p. 200) observa que la práctica de las Naciones Unidas y de la mayoría de la doctrina especializada estima que la legalidad es una condición esencial para la creación de entidades estatales y de la libre determinación. Así, dice la autora, en Malvinas la aceptación de este derecho implicaría aceptar un derecho surgido de un acto ocurrido en violación del derecho internacional, como es la usurpación de un territorio.

Finalmente, debe destacarse que el embajador argentino José María Ruda (1964) expuso esta idea ante el Subcomité III del Comité Especial, encargado de examinar la situación con respecto a la aplicación de la declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales el 9 de septiembre de 1964:

> Consideramos que el principio de libre determinación sería mal aplicado en situaciones en que parte del territorio de un Estado independiente ha sido separado contra la voluntad de sus habitantes en virtud de un acto de fuerza por un tercer Estado como en el caso de las Malvinas, sin que exista ningún acuerdo internacional posterior que convalide esta situación de hecho y cuando, por el contrario, el Estado agraviado ha protestado permanentemente por esta situación (...)
> El principio de libre determinación de los pueblos no debe ser utilizado para transformar una posesión ilegítima, en una soberanía plena, bajo el manto de protección que le darían las Naciones Unidas. (p. 15)

### 6.4 Objetivo "permanente" e "irrenunciable"

Esta previsión está relacionada con el carácter imprescriptible y resulta sustentada en el carácter legítimo de la soberanía del Estado argentino sobre los territorios reclamados. Los términos utilizados pueden ser entendidos como referidos a que el objeto normativo debe observarse "en todo ámbito, tanto interno como externo" (irrenunciable) y "en todo tiempo, hasta cumplido el objeto normativo" (permanente).

Funciona como una "cláusula cerrojo", en el sentido de compeler y encausar la acción pública útil y constante en la búsqueda y concreción de la norma. Castiglione y Lawler (2022) expresan que la DTP

> *es un mandato de todas las administraciones políticas del Estado argentino*, puesto que forma parte del interés nacional reiterar constantemente ante los organismos internacionales, regionales y la comunidad internacional el llamado al Reino Unido a reasumir la negociaciones de soberanía de conformidad con las resoluciones y declaraciones pertinentes de las Naciones Unidas (...). (pp. 82-83)[12]

Su significado puede condensarse así: A) la consecución del objeto normativo no puede suspenderse ni abandonarse totalmente; B) la prohibición de deponer en forma expresa o tácita el reclamo de soberanía; C) la prohibición de llevar adelante actos u omisiones que contradigan el mandato constitucional; D) la prohibición de reconocer o aceptar una situación jurídica de los espacios marítimos e insulares del mar Argentino diferente a la establecida por la norma constitucional.

### 6.5 El "pueblo argentino". Significado. Legitimación

El "pueblo" es el destinatario de la obligación creada por la norma constitucional. Este concepto puede ser definido como el conjunto de los argentinos nativos o por opción residentes o no en el territorio de la República.

Sin embargo, el pueblo de la nación actúa, por lo general, en forma indirecta. Conforme al preámbulo, quienes ordenan y establecen la CN son los representantes del pueblo de la nación argentina. En el mismo sentido, el artículo 22 de la CN establece que el pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por la Constitución.

La obligación de cumplir el objetivo normativo recae, entonces, en las autoridades de la nación en sus tres niveles: nacional, provincial y municipal, cada uno según su competencia, y también en el conjunto del pueblo de la nación.

La alusión al "pueblo" puede interpretarse en el sentido de que la DTP garantiza la legitimación activa amplia para peticionar en sede judicial o administrativa el cumplimiento de la norma constitucional. Ello se desprende de las sentencias dictadas en los autos *Giusti* y *Roitman*, ya citados.

De modo más general, la jurisprudencia ha reconocido la legitimación procesal de una asociación de Veteranos de la Guerra de Malvinas (VGM) en defensa del bien jurídico "soberanía". Así, la Cámara Federal de La Plata, en autos *CECIM La Plata c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Amparo Ley 16.986*, dejó dicho que

12 EL destacado es propio.

> se trata de un planteo atinente a derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, en este caso, la soberanía nacional como bien tutelado y es ejercido por una de las asociaciones que representan el interés colectivo, como lo es, una agrupación de ex veteranos del conflicto bélico de las Islas Malvinas configurando un representante adecuado para el caso.

## 7. Relaciones de la DTP con otros puntos de la Constitución Nacional

### 7.1 Principio de derecho público constitucional

El art. 27 de la CN asigna un valor preponderante como pauta para negociar y rubricar tratados a los principios de derecho público establecidos en el texto constitucional. Sagüés (1990) opina que tales principios "consisten en los valores descriptos en el Preámbulo, y otros postulados que anidan especialmente en el art. 1° y en los derechos personales básicos" (p. 14).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, del 14 de febrero de 2017, ha determinado que "el constituyente ha consagrado en el art. 27 una esfera de reserva soberana, delimitada por los principios de derecho público establecidos en la CN".

Puede interpretarse que el primer párrafo de la DTP expresa un principio de derecho público constitucional, en el sentido del artículo 27 de la CN y de la jurisprudencia citada, referido a la soberanía argentina sobre los territorios marítimos e insulares en el mar Argentino.

Este principio establece la legitimidad e imprescriptibilidad de la soberanía argentina sobre las islas Malvinas, San Pedro, Sandwich del Sur y demás espacios marítimos e insulares correspondientes. Está ligado a la soberanía, la unidad nacional y la integridad territorial del Estado argentino. Determinada su naturaleza de principio constitucional, se deriva de ello su natural y vinculante influencia sobre el derecho interno y el derecho de los tratados.

### 7.2 Consideración sobre el control de constitucionalidad

Luego de determinar que la DTP forma parte del texto de la CN y posee su misma jerarquía y obligatoriedad, se debe concluir que el Poder Judicial de la Nación y los Poderes Judiciales provinciales deben ejercer control de constitucionalidad a fin de garantizar su cumplimiento.

El control de constitucionalidad es "un remedio para defender y restaurar la

supremacía constitucional violada" (Bidart Campos, 2001, T. I, p. 336). Badeni (2006) lo concibe como una técnica para hacer efectiva la supremacía constitucional "frente a un tratado, ley, decreto del poder ejecutivo; sentencia judicial; acto administrativo o actos de los particulares que estén en pugna con la Constitución" (p. 286). Por su parte, De la Torre et al. (2017) agregan que "el control constitucional puede recaer sobre una norma, actos, hechos de los particulares o del Estado, o en omisiones, es decir, que puede haber inconstitucionalidad cuando no se hace lo que la constitución manda" (p. 122).

Por lo tanto, cualquier acción u omisión de los poderes públicos o de los particulares que sean contrarios o de cualquier modo diferentes a la interpretación que corresponde asignarle a la DTP supone una violación al principio de supremacía constitucional y deben ser declarados inconstitucionales con la consecuencia de la nulidad o la restitución al marco jurídico constitucional de la situación de la que se trate.

En nada afecta a lo anterior la circunstancia de que el Reino Unido ejerza *de facto* la administración de los territorios reclamados. Ello es consecuencia del ejercicio de la supremacía territorial que detenta aquel Estado, sin perjuicio de la soberanía que posee *de iure* la República Argentina. La persistencia de la ocupación ilegítima no es óbice para coadyuvar el cumplimiento del mandato constitucional.

Por tal motivo, no puede compartirse el razonamiento del voto en minoría en la causa *Roitman,* de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, Tributario y de Relaciones de Consumo de la Capital Federal, Sala IV, que consideró que la publicidad que ofrecía viajes a las islas Malvinas, denominándolas como "territorio británico", no es ilícita, pues

> la referencia a dicha jurisdicción no constituye un dato falso, sino la constatación de las condiciones objetivas administrativas y operativas bajo las cuales se promocionó el servicio. La información publicitada, desde esta perspectiva, se circunscribió al itinerario real del viaje y no resulta engañosa por el solo hecho de reflejar una situación fáctica que nuestra CN reconoce como ilegítima desde el punto de vista soberano.

El voto en minoría yerra por ser contradictorio: si afirma que la CN reconoce ilegítima una situación, va de suyo que el Poder Judicial no puede convalidarla. Ello es abiertamente contrario a la fundamentación del control de constitucionalidad, que es garantizar la supremacía constitucional. En este caso, la publicidad turística para ser veraz debió utilizar la nomenclatura

compatible con la DTP de la CN, pudiendo aclarar que, por motivo de una ocupación colonial ilegítima, la administración del territorio la ejerce otro Estado *de facto*.

Pastorino (2013) ha reflexionado en sentido similar al afirmar que "tampoco puede el legislador argentino dictar legislación contraria a la CN so pretexto de que la misma no tiene 'imperium' en un territorio ocupado ilegalmente" (p. 193). La mencionada autora agrega que, de todos modos, resulta inexacto sostener que el Estado argentino no posee ejercicio soberano alguno, pues si bien la soberanía argentina no es plena (ese es el objetivo de la norma), se practica parcialmente mediante, por ejemplo, la autorización de vuelos de cabotaje en la ruta aérea Río Gallegos-islas Malvinas, el reconocimiento de la autoridad argentina en el Atlántico Sur por parte de la OACI (Organización de Aviación Civil Internacional) y la OMI (Organización Marítima Internacional) y la expedición del documento de identidad argentino a los nacidos en Malvinas (Pastorino, 2013, p. 193).

### 7.3 Incidencia en la facultad de las provincias para celebrar convenios internacionales

La posición de la República Argentina en relación con el reclamo de soberanía ha sido sostenida coherente e invariablemente a través de actos internos y de su política exterior. A partir de la vigencia de la DTP, la política exterior de la nación en relación con la "cuestión de las islas Malvinas" está regulada constitucionalmente.

De este modo, la DTP incide en la facultad de las provincias reconocida en el artículo 124 de la CN para celebrar "convenios internacionales", en tanto esta norma circunscribe esa competencia provincial a que su ejercicio no cause incompatibilidad con la política exterior de la nación y no afecte el crédito público ni las facultades delegadas al Gobierno federal.

En opinión de Miolano et al. (2015), la prohibición de que los convenios internacionales de las provincias sean incompatibles con la política exterior de la nación implica que aquellos "no pueden entrar en conflicto con los tratados internacionales suscriptos con la Nación, habida cuenta que la política exterior es una facultad delegada por las Provincias a la Nación" (pp. 154-155).

Un convenio internacional provincial será incompatible con la política exterior de la nación si sus objetivos explícitos o implícitos, sus medios de ejecución, las obligaciones asumidas o derechos creados, las preferencias impositivas o arancelarias estipuladas, las facilidades logísticas o cualquier medida de

carácter técnico, político o jurídico que contengan resultaran contrarios o, de cualquier modo, diferentes a la interpretación que es razonable darle a la DTP.

### 7.4 El problema de la provincialización

La DTP no dispone expresa ni tácitamente acerca de la provincialización de Malvinas, San Pedro y Sandwich del Sur. Sin embargo, sus postulados tienen influencia en esta problemática.

La exclusión del tema de la provincialización debe encontrarse en que, al momento de sancionarse la reforma constitucional, la Ley 23775 de provincialización de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, promulgada el 10 de mayo de 1990, había ya incorporado las islas al territorio de dicha provincia. Por lo tanto, puede interpretarse que la norma constitucional entiende que esa es la realidad geográfica y jurídica de Malvinas y de los demás archipiélagos del mar Argentino.

Consecuentemente, la Constitución de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, promulgada el 17 de mayo de 1991, dispone en el artículo 2 que sus límites son aquellos que por derecho le corresponden según los límites internacionales del país. Ello incluye las islas del mar Argentino, conforme al artículo 1 de la Ley 23775, con la modificación de la Ley 26552.

Sin embargo, el artículo 2 de la Ley 23775 le confiere a tal situación un carácter eventual al establecer que la provincia está sujeta a los tratados internacionales que celebre el Gobierno federal, sin necesidad de consulta previa o comunicación posterior al Gobierno provincial. Esta norma parecería coherente con la atribución del Congreso de la Nación para arreglar los límites del territorio nacional y fijar los límites provinciales, según el artículo 75, inciso 15 de la CN y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en *Catamarca, Provincia de c/ Salta, Provincia de s/ ordinario*, del 27 de octubre de 2015.

No obstante lo anterior, debe observarse que:

1. El artículo 2 de la Ley 23775 contraviene al artículo 13 de la CN, según el cual no podrá crearse una provincia en el territorio de otra sin el consentimiento de la Legislatura de la provincia involucrada y del Congreso de la Nación.
2. En relación con el artículo 75, inciso 15, se observa que los límites de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur han sido

> "fijados" y los límites del país se encuentran "arreglados", restando "recuperar" los territorios ocupados en el mar Argentino.

Para Sagüés (1990, p. 10), en opinión expresada antes de 1994, la provincialización basada en el derogado artículo 104 de la CN (actual artículo 121) sería una forma de salvaguardar las peculiaridades culturales de los habitantes isleños. Sin embargo, la protección del modo de vida —incluidos los intereses— de la población isleña puede lograrse mediante otras herramientas jurídicas distintas a la provincialización, tales como un tratado con las debidas salvaguardas, un sistema de observadores internacionales *in situ*, un fuero judicial especial nacional, un alto comisionado de Naciones Unidas con atribuciones especiales, etcétera.

La opción de provincialización es posible en el marco del artículo 13 de la CN y de la Constitución de la provincia de Tierra del Fuego Antártida e Islas del Atlántico Sur, en tanto su artículo 2, segundo párrafo regula un procedimiento especial interno para modificar los límites provinciales. Consecuentemente, el artículo 1, tercer párrafo afirma la autonomía provincial, declarando que la jurisdicción provincial no le reconoce a la nación más poderes que aquellos que la misma CN le atribuye. Ello corresponde a un principio del derecho público provincial basado en el sistema federal, conforme al artículo 1 de la CN.

Cualquiera fuere la solución aplicada a las islas australes, el estatuto que las rija debe respetar el modo de vida e intereses de su población, según lo establece la DTP.

## 8. La disposición transitoria primera y el derecho de los tratados

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, del 23 de mayo de 1969, aprobada por la Ley 19865 y vigente desde el 27 de enero de 1980, es un acuerdo internacional multilateral que regula los tratados celebrados entre Estados.

La Convención prohíbe, en el artículo 27, que un Estado parte invoque su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, a menos que se verifique la excepción del artículo 46, la cual dispone:

> (...) 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, *a menos que esa violación*

> *sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno*; 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.[13]

La DTP puede ser entendida como una norma de importancia fundamental del derecho interno argentino que regula la competencia, según la materia, para celebrar tratados. Sus postulados obligan al Estado nacional, en sus vínculos internacionales, a respetar y buscar el objetivo normativo, en tanto este es "permanente" e "irrenunciable". La Convención Nacional Constituyente (1994, p. 9) lo entendió así cuando su presidente expresó que "esta norma no sólo es para adentro; es también para afuera. Estamos notificando a todos los países del mundo que no vamos a claudicar jamás en nuestra reivindicación sobre las Islas Malvinas".

Su carácter de "norma de importancia fundamental" deriva de su jerarquía constitucional, de los términos expresos utilizados por los convencionales constituyentes en tanto hacen alusión sin hesitación a la legitimidad, imprescriptibilidad, permanencia e irrenunciabilidad y del carácter de política de Estado explícita de la "cuestión de las islas Malvinas".

El contenido de la DTP resulta internacionalmente conocido, pues diversos ámbitos y foros internacionales han tomado conocimiento directo de este, tales como: la Organización de Naciones Unidas, la Organización de los Estados Americanos, el Mercosur, la Unión de Naciones Sudamericanas (UNASUR), la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC), la Cumbre Iberoamericana, la Organización Latinoamericana de Energía, la Cumbre de América Latina y el Caribe de Integración y Desarrollo, el Grupo de Río, el Grupo de los 77 + China, la Cumbre América el Sur-Países Árabes, la Cumbre América del Sur-África, la Zona de paz y Cooperación del Atlántico Sur, el Movimiento de Países no Alineados, la Comunidad del Caribe, la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América, la Sistema de Integración Centroamericano, el Parlamento Centroamericano y las Cumbres de la CELAC y la Unión Europea. Puede afirmarse, entonces, que su violación resultaría objetivamente evidente para cualquier Estado, según la práctica usual seguida por el país, de acuerdo con el principio de buena fe.

Entendida la DTP como un principio de derecho público constitucional en el sentido del artículo 27 de la CN, los tratados vigentes deben ser interpretados conformes a esta. La Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó la

13 El destacado es propio.

necesidad de resguardar tales principios en los precedentes *Fibraca Constructora SCA c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande. s/ Recurso de Hecho*", de 1993; *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, de 2017; entre otros.

## 9. Conclusiones

Las disposiciones transitorias de la CN son normas constitucionales con la misma jerarquía que el resto del articulado y carácter supralegal mientras permanezcan vigentes. De ello deriva que los jueces federales y provinciales deban practicar control de constitucionalidad concentrado o difuso, según corresponda.

El párrafo primero tiene carácter permanente, pues, aunque se cumpla plenamente el objetivo normativo, su contenido reivindicatorio será vigente, aunque sobreabundante. El párrafo segundo de la norma tiene carácter transitorio, circunscripto al cumplimiento de su objeto.

La legitimidad y la imprescriptibilidad de la soberanía argentina sobre los espacios marítimos e insulares están establecidas constitucionalmente, por lo que no pueden cuestionarse en sede judicial, administrativa o mediante iniciativa parlamentaria.

La DTP puede ser entendida como una "norma de importancia fundamental del derecho interno" en el sentido del art. 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y como "principio de derecho público constitucional" según el artículo 27 de la CN.

## Bibliografía

Abugattás, G. (2014). Análisis sobre la referencia a los acuerdos tácitos en algunos casos sobre delimitación marítima, con especial atención al asunto de la delimitación marítima entre Perú y Chile. *Agenda Internacional,* Año *XXI*(32),79-105.

Aceñolaza, F. (2021). *La Geología como construcción de soberanía*. Ediciones del Ente Cultural de Tucumán.

Armas Pfirter, F., Barberis, J. A., Béraud, A. y Freyre, N. (2000). *Los límites de la República Argentina*. Ábaco de Rodolfo Depalma.

Badeni, G. (2006). *Tratado de Derecho Constitucional* (Tomo I). La Ley.

Barboza, J. (2007). *Derecho Internacional Público*. Zavalía.

Bidart Campos, G. (2001). Manual de la Constitución Reformada (Tomos I, II y III). Ediar.

Bologna, A. B. (1989). *Los derechos de la República Argentina sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur (San Pedro) y Sándwich del Sur*. Ediar.

Brailovsky, A. y Foguelman, D. (2009). *Memoria Verde. Historia Ecológica de la Argentina*. Debolsillo.

Canclini, A. (2014). *Malvinas 1833. Antes y después de la agresión inglesa*. Claridad.

Castiglione, F. y Lawler, D. (2022). *Buenos Vecinos. La disputa limítrofe sobre la Laguna del Desierto. Conversaciones con Susana Ruiz Cerrutti*. Eudeba.

Cohen, M. y Rodríguez, F. (2017). *Las Malvinas entre el Derecho y la Historia. Refutación del folleto británico "Más allá de la historia oficial. La verdadera historia de las Flaklands/Malvinas"*. Eudeba.

Convención Nacional Constituyente. (1994). *Disposición transitoria Primera de la Constitución Nacional. Ratificación de la soberanía sobre las islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur*. 3ª Sesión, 33ª Reunión Ordinaria del 18 de agosto de 1994, pp. 4563-4571. Oficina de Información Parlamentaria, Congreso de la Nación Argentina. https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm#Primera

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2014). *Derecho Electoral*. Secretaría de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

De la Torre, E. (Dir.). (2017). *El Control de Constitucionalidad en la provincia de San Juan*. Universidad Nacional de San Juan.

Del Castillo. L. (2012). El *Derecho Internacional en la práctica Argentina*. Errepar.

Diez de Velasco Vallejo, M. (2013). *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Tecnos.

Drnas de Clement, Z. (2000). *Malvinas ¿el derecho de la fuerza o la fuerza del Derecho?* Lerner.

Frias, P. J. (1982). El "status" jurídico político de las Malvinas. *La Ley, T.1982-C*, 828-830.

Gerosa Lewis, R. T. (2020). La disposición transitoria primera de la Constitución Nacional sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur, Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes. En Rodríguez, N. y Roldán M. C. (Comps.), *Dossier Doctrinario Número 3. Autores de Chubut. Dr. Ricardo Tomás Gerosa Lewis* (pp. 809-838). Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut.

Gutierrez Posse, H. D.T. (2012). *Malvinas y la Constitución Nacional. La Ley 2012-C*. AR/DOC/1999/2012.

Jennings, R. Y. (1963). *The Acquisition of Territory in International Law*. Manchester University Press.

Kohen M. y Rodríguez, F. (2017). *Las Malvinas entre el derecho y la historia. Refutación del folleto británico "Más allá de la historia oficial. La verdadera historia de las Falklands/Malvinas"*. Eudeba.

Luaces, S. G. (2024). Las Malvinas y su rango constitucional. *Revista Jurídica de la Universidad Nacional del Oeste*, (3).

Manili, P. (2011). Tensiones en el derecho Constitucional. *La Ley, 2011-B*, AR/DOC/283/2011.

Ministerio de Defensa. (2023). *Libro Blanco de la Defensa 2023*. Argentina.

Miolano, J., Conca, M., Inojosa, D., Suarez Jofré, C. (2011). *Introducción al Derecho Internacional Público*. Editorial Facultad de Ciencias Sociales, Universidad Nacional de San Juan.

Organización de las Naciones Unidas. (2024). *Carta de fecha 10 de junio de 2024 dirigida al Secretario General por el Representante Permanente de la Argentina a las Naciones Unidas*. https://docs.un.org/es/A/78/911

Orso, J. A. y Barreto, M. (2022). *Comentarios en clave histórica-jurídica sobre la Disposición Transitoria Primera de la Constitucional Nacional. Revista en Clave*. bit.ly/3SiYD3s

Parica, C. (2018). Geología de las islas Malvinas. *Boletín del Centro Naval*, (848). https://bit.ly/4b2JPfx

Pastorino, A. (2013). *Malvinas, El derecho de libre determinación de los pueblos y la población de las islas*. Eudeba.

Quiroga Lavié, H., Benedetti, M. A. y Cenicacelaya, M. N. (2009). *Derecho Constitucional Argentino* (Tomo II). Rubinzal Culzoni.

Ramella, P. (1982). Condición jurídica de las islas Malvinas y de los malvinenses. *La Ley, T. 1982-C*.

Remiro Brotóns, A., Riquelme Cortado, R., Diéz Hochleitner, J., Orihuela Catalayud, E. y Pérez-Prat Durban, L. (2013). *Derecho Internacional. Curso General*. Tirant Lo Blanch.

Rosatti, H. (2010). *Tratado de Derecho Constitucional* (Tomo II). Rubinzal Culzoni.

Ruda, J. M. (1964). *Intervención del representante argentino S.E. Embajador Dr. José María Ruda, en el Subcomité III del Comité Especial encargado de examinar la situación con respecto a la aplicación de la declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales*. https://bit.ly/4wejrb3

Sabia de Barberis, N. G. (1986). Las Islas Malvinas. ¿Puede Gran Bretaña fundar su derecho en la prescripción adquisitiva? En *Malvinas, Georgias y Sandwich del Sur, Perspectiva Histórico – Jurídica. Seminario Permanente sobre la Cuestión Malvinas, conforme a los elementos reunidos y estudios realizados bajo el patrocinio del Consejo Argentino para la Relaciones Internacionales* (pp. 41-60). Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales. https://cari.org.ar/archivo_historico_digital/pdf/malvinas1.pdf

Sagüés, N. (1990). Islas Malvinas: alternativas constitucionales. *La Ley T.1990-C*. AR/DOC/18000/2001.

Salas, G. R. (2016). *Derecho Internacional Público. Ámbitos espaciales bajo soberanía estatal*. Cátedra "C" de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba.

Sánchez Echevarría, A. y Goya, M. E. (2023). La Comisión de Límites de la Plataforma Continental y la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas. El caso argentino. *Revista Jurídica Austral*, *4*(2), 719-767. https://doi.org/10.26422/RJA.2023.0402.san

Sánchez Mas, C. (2025). Cuestión de las islas Malvinas: evidencias de aquiescencia a partir de la interpretación del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación de 1825 entre Argentina y Reino Unido. En *Consideraciones sobre el Tratado Angloargentino de 1825 y Malvinas. Abordajes, estudios y reflexiones*. 7mo Dossier de Investigación de la Red Federal de Estudios sobre Malvinas (ReFEM 2065 - CoFEI).

## 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 revocabilidad de la adopción simple y de integración: análisis crítico de sus causales, efectos y fundamentos[1]

**Pilar Quiñoa**[2]

Universidad Austral (Argentina)

pquinoa@austral.edu.ar

https://orcid.org/0009-0009-4166-6160

**Recibido:** 05/04/2026

**Aceptado:** 22/06/2026

https://doi.org/10.26422/RJA.2026.0701.qui

**Resumen**

El ordenamiento jurídico argentino contempla la posibilidad de solicitar la revocación de la adopción simple y de la adopción de integración, apartándose del principio general de estabilidad de la filiación. En el presente trabajo se realiza un análisis crítico de las causales de revocación previstas en el Código Civil y Comercial, así como de sus efectos jurídicos en los planos personal y patrimonial. Asimismo, se formulan interrogantes en torno a los fundamentos alegados para su regulación, poniendo de relieve las tensiones que esta figura suscita en relación con la estabilidad de los vínculos jurídicos de filiación y parentesco y con el principio de igualdad filiatoria. En este marco, se examinan las implicancias de su configuración normativa y se sugieren posibles alternativas que, respetando la estabilidad e igualdad de las distintas fuentes de filiación, contribuyan a resguardar la dignidad del vínculo adoptivo, la protección de la familia y el interés superior del niño.

1 El presente artículo fue remitido a la *Revista Jurídica Austral* y, con posterioridad, algunas de las consideraciones aquí expuestas con relación a la adopción simple fueron publicadas en junio de 2026 como parte de la obra *La adopción plena y simple* (Quiñoa, 2026).

2 Abogada por la Universidad Austral, distinguida con medalla de oro. Máster en Derecho por la Universidad de Illinois con honores. Doctora en Derecho por la Universidad de Zaragoza, calificada *summa cum laude* y con mención internacional. Se desempeña como profesora adjunta de Derecho de Familia y Derecho Sucesorio en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral y como coordinadora ejecutiva del Programa en Planificación Económica Familiar de dicha casa de estudios.

**Palabras clave:** filiación, adopción, adopción simple, adopción de integración, revocación de la adopción.

## The Revocability of Simple and Stepparent Adoptions: A Critical Analysis of Their Grounds, Effects, and Foundations

**Abstract**
Argentine law provides for the possibility of requesting the revocation of simple adoption and stepparent adoption, thereby departing from the general principle of stability of legal parentage. This article offers a critical analysis of the grounds for revocation set forth in the Civil and Commercial Code, as well as their legal effects on both the personal and patrimonial levels. Furthermore, it raises questions regarding the underlying justifications for this regulatory framework, highlighting the tensions that this legal mechanism generates in relation to the stability of parentage and kinship relationships, and the principle of equality of all forms of filiation. Within this context, the article examines the implications of its normative configuration and suggests possible alternatives which, in keeping with the stability and equality of the different sources of filiation, contribute to safeguarding the dignity of the adoptive bond, the protection of the family, and the best interests of the child.

**Key words:** filiation, adoption, simple adoption, stepchild adoption, revocation of adoption.

## 1. Introducción

La revocación de la adopción es el acto jurídico de extinción del estado de familia originado por la adopción, por causas suscitadas con posterioridad a la constitución del vínculo de filiación adoptivo, que lo deja sin efecto privándolo de efectos futuros (Alonso Reina, 2016, p. 1067; Méndez Costa, 1997, p. 997).

Desde su incorporación al ordenamiento jurídico argentino en 1948, la adopción simple ha sido concebida como una fuente de filiación de carácter revocable. Las sucesivas reformas legislativas en materia de adopción han mantenido inalterado este criterio.

Actualmente, el Código Civil y Comercial de la Nación (CCC) prevé, en su artículo 629, las causales de revocación de la adopción simple: la indignidad del adoptante o del adoptado, la petición fundada del adoptado mayor de edad y el acuerdo mutuo entre adoptante y adoptado, también mayores de edad. A su vez, la normativa introduce una innovación relevante al extender el carácter revocable a la adopción de integración, tanto cuando es otorgada en forma simple como plena. De este modo, se incorpora por primera vez en el ordena-

miento jurídico argentino la posibilidad de revocar una adopción con efectos plenos, resultando aplicables las mismas causales previstas para la adopción simple (Perrino, 2017, p. 2025).

En este contexto, la presente investigación parte de la hipótesis de que el régimen de revocabilidad de la adopción simple y de integración previsto en el CCC no encuentra una justificación suficiente a la luz de los fines que persigue la institución adoptiva. En particular, se examinará si las causales de revocación actualmente previstas, así como los efectos derivados de su procedencia, resultan compatibles con la estabilidad propia de los vínculos filiatorios y con el principio del interés superior del niño, o si, por el contrario, evidencian tensiones e inconsistencias que justifican replantear la solución legislativa vigente.

Con ese propósito, el trabajo se estructura en tres partes. En primer lugar, se analizan las causales de revocación de la adopción simple y de integración previstas por el CCC, examinando sus presupuestos, alcances y principales controversias interpretativas. En segundo término, se estudian los efectos que la revocación produce sobre el vínculo de filiación adoptivo y las relaciones jurídicas derivadas de este. En tercer lugar, se abordan los fundamentos que se esbozan para justificar la regulación de la revocabilidad, así como los principales cuestionamientos que dicha regulación suscita, a fin de realizar una valoración crítica del régimen vigente. Por último, se presentan las conclusiones a las que se arriba a partir del análisis efectuado.

## 2. Causales de revocación

El artículo 629 del CCC contempla tres causales que permiten solicitar la revocación del vínculo de filiación adoptivo. La normativa vigente mantuvo esencialmente las mismas causales de revocación que preveía el Código Civil derogado. Si bien el código anterior contemplaba la negación de alimentos sin causa justificada como causal autónoma de revocación,[3] este supuesto se encuentra comprendido en la enumeración de las causales de indignidad previstas en el artículo 2281 del CCC, por lo que también puede operar actualmente en el ámbito de la revocación de la adopción simple o adopción de integración.

Si bien se trata de una enumeración taxativa, que excluye la posibilidad de invocar causales no previstas en la norma, a continuación se demostrará que algunos de los supuestos contemplados admiten una interpretación amplia.

3 Artículo 335, inciso b) del Código Civil derogado.

### 2.1 Indignidad del adoptante o adoptado

En primer término, el artículo 629 del CCC establece la posibilidad de solicitar la revocación de la adopción cuando el adoptante o el adoptado hubieran incurrido en alguna de las causales de indignidad. Dichas causales se encuentran reguladas en el artículo 2281 del mismo cuerpo normativo, que enumera los supuestos que habilitan el ejercicio de la acción de indignidad en materia sucesoria.

Si bien el artículo 629 no realiza una remisión expresa a los incisos del artículo 2281 ni introduce precisiones al respecto, cabe interpretar que no todas las causales de indignidad allí previstas resultan trasladables, sin más, al ámbito de la revocación de la adopción. Así, por ejemplo, la causal fundada en la falta de reconocimiento del hijo —regulada en el inciso f) del artículo 2281— resulta manifiestamente inaplicable en los supuestos de filiación adoptiva. Asimismo, conforme lo ha señalado autorizada doctrina, la legitimación para promover la acción de revocación de la adopción corresponde exclusivamente a las partes del vínculo adoptivo, en razón de su carácter de acción de estado y de inherencia personal. En consecuencia, tampoco resultan aplicables aquellas causales de indignidad que presuponen el fallecimiento de alguno de ellos y otorgan legitimación a terceros (Fanzolato, 1998, p. 169; Méndez Costa, 1997, pp. 1000-1001).[4]

A diferencia de lo que sucede con el resto de las fuentes de filiación, incluida la adopción de amparo plena,[5] incurrir en una causal de indignidad es motivo suficiente para dejar sin efecto el vínculo de filiación por adopción simple o de integración.

La doctrina que respalda la existencia de esta causal de revocación de la adopción sostiene que resulta evidente que este tipo de afrentas de especial gravedad pueden justificar la solicitud de extinción del vínculo filial (Azpiri, 2019, p. 392), en tanto se trata de conductas que "resultan incompatibles y ponen en crisis el estado filial creado por la sentencia que declaró la adopción" (Fernández, 2023, p. 301).

Sin embargo, en los casos de filiación por naturaleza, por técnicas de reproducción humana asistida y adopción de amparo plena, la indignidad también es sancionada, pero con efectos diferentes: opera como causal de pérdida del

---

4 El derecho italiano se aparta de este criterio: el artículo 51 de la ley de adopción reconoce la legitimación de los herederos del adoptante para promover la acción de revocación en aquellos supuestos en que éste hubiera fallecido como consecuencia de actos cometidos por el adoptado.

5 El CCC contempla tres tipos de adopción: plena, simple y de integración (artículo 619). No obstante, pese a esta clasificación tripartita, comparto la postura de aquellos autores que sostienen que, en rigor, se trata de dos criterios clasificatorios distintos: según su finalidad, la adopción puede ser

derecho de alimentos y puede ser alegada como fundamento para excluir al heredero de la sucesión del causante que ha sido víctima del accionar del indigno. Además, si la víctima es un hijo menor de edad, algunas conductas calificadas como causales de indignidad también son consideradas supuestos que habilitan a solicitar la privación de la responsabilidad parental del progenitor victimario (artículos 700 y 700 bis del CCC). De este modo, la comisión de actos graves que afectan el normal desenvolvimiento de la relación filial, tales como los enunciados en el artículo 2281 del CCC, no es ignorada por el ordenamiento jurídico. Por el contrario, se prevén consecuencias severas que buscan, a su vez, proteger los derechos de la víctima. Así, por ejemplo, se resguarda el derecho a reclamarle alimentos al victimario y, desde ya, no se altera el emplazamiento filial ni los vínculos de parentesco derivados de la filiación.

En cambio, en el campo de la adopción simple y de la adopción de integración, las consecuencias resultan más drásticas: la configuración de una causal de indignidad habilita al padre o al hijo víctima de ese accionar a solicitar la revocación del vínculo filial. En este punto, coincido con D'Antonio (2008), quien oportunamente sostuvo que las causales de indignidad, "si bien revisten indudable gravedad, tampoco alcanzan a justificar la revocación de la filiación adoptiva establecida" (p. 274). De hecho, tales conductas no justifican la extinción del vínculo filiatorio en ninguna de las demás fuentes de filiación. ¿Por qué, entonces, habrían de ser consideradas como causas que ameriten la extinción del vínculo filial únicamente en los casos de adopción simple o de integración?

A mayor abundamiento, esta facultad puede ser ejercida incluso por el adoptante durante la minoría de edad del hijo, lo que podría significar una grave afectación a su derecho a vivir en familia.[6] En el derecho comparado, son pocos los ordenamientos jurídicos que prevén la revocación de la adopción y, aun entre aquellos que la contemplan, suele limitarse la legitimación activa de los

de amparo o de integración; y, según sus efectos, simple o plena (Perrino, 2017, t. III, p. 2022). En esta línea, Belluscio (2016) ha señalado que "como resulta del art. 631 y su remisión al art. 621, la adopción de integración puede ser simple o plena. En realidad, pues, no se trata de un tipo diferente sino de un supuesto de adopción, sea simple o plena, al que se aplican normas especiales" (p. 516). Por este motivo, en el presente trabajo se utilizará la expresión "adopción de amparo plena" para referirse a la adopción plena regulada en los artículos 624 a 626 del CCC, a fin de diferenciarla de la adopción de integración plena. Esta distinción resulta fundamental en el desarrollo de esta investigación, en tanto la adopción de integración plena es revocable, mientras que la adopción de amparo plena no lo es. Asimismo, y con el objeto de evitar confusiones terminológicas, se empleará la nomenclatura adoptada por el CCC para referirse a la adopción simple y a la adopción de integración, sin perjuicio de la posición aquí sostenida en torno a su clasificación.

6 Basset (2015) advierte sobre los graves efectos que se le asignan a la comisión de actos que pueden

adoptantes. Así, por ejemplo, el derecho francés otorga legitimación únicamente al Ministerio Público para demandar la revocación de la adopción durante la minoría de edad del adoptado.[7]

Este tratamiento dispar entre las distintas fuentes de filiación puede ocasionar que los hijos de un mismo adoptante, considerados hermanos entre sí,[8] enfrenten consecuencias diferentes frente a un mismo hecho. Por ejemplo, el maltrato grave hacia el padre o la madre podría implicar, para el hijo adoptado en forma simple, la revocación de su vínculo filiatorio, mientras que, para sus hermanos —hijos por naturaleza, por técnicas de reproducción humana asistida o por adopción plena de amparo—, ese mismo hecho acarrearía únicamente la pérdida de los derechos alimentarios y sucesorios, pero nunca la extinción de su filiación. Si bien suele sostenerse que no existen diferencias en la relación paterno-filial derivada de la adopción simple respecto del resto de las fuentes de filiación,[9] en este punto se observa lo contrario. En efecto, tanto la adopción simple como la adopción de integración se apartan, en este aspecto, del principio de igualdad de las filiaciones.

Además, la revocación de la adopción simple o de integración por indignidad no solo castiga al autor de la conducta reprochable, sino que también puede afectar a terceros inocentes que no tengan relación alguna con el hecho que dio origen a la revocación. Así, en caso de disponerse la revocación, los descendientes del adoptado pierden su vínculo de parentesco con el adoptante, con la consecuente pérdida de los derechos y deberes inherentes a esa relación.

Esto implica que, si el adoptado incurre en alguna causal de indignidad, sus hijos pierden directamente su vínculo de parentesco con el adoptante, es decir, con su abuelo. Las consecuencias resultan diametralmente opuestas frente a la ocurrencia del mismo hecho en los supuestos en los que la filiación deriva de

---

ser encuadrados como causa de indignidad, cuando estos son ejercidos por el adoptado menor de edad: "Aun en el caso de adopción plena, la adopción de integración será revocable por las amplísimas causas de indignidad — una injuria de un adolescente sin ir más lejos…" (p. 103).

7 El artículo 386 *in fine* del Código Civil francés dispone expresamente: "Cuando la persona adoptada es menor de edad, la revocación de la adopción sólo puede solicitarla el ministerio público". Esta limitación de la legitimación activa para iniciar la acción de revocación fue incorporada por la Ley del 14 de marzo de 2016. Antes de la entrada en vigor de esa norma, el derecho francés le reconocía legitimación al adoptante para solicitar la revocación del vínculo de filiación con su hijo menor de edad, lo cual fue objeto de críticas por parte de algunos autores (Eudier, 2008, p. 455).

8 Cfr. artículo 598, último párrafo del CCC.

9 Para Lloveras (2002), "[h]ay una plataforma mínima en que coinciden las dos formas de adopción: la relación adoptante-adoptado y sus descendientes. El adoptado es hijo en igualdad de condiciones que el hijo biológico con respecto al adoptante…" (p. 229).

cualquiera de las otras fuentes. En efecto, si un hijo es declarado indigno en la sucesión de su padre, sus descendientes pueden heredar por representación (artículo 2429, CCC). De este modo, no solo mantienen el vínculo con su abuelo o abuela —el causante—, sino que además son llamados a la herencia en representación de su progenitor.

Si bien podría sostenerse que el magistrado interviniente debería considerar la situación familiar al momento de evaluar la petición de revocación de la adopción y, en su caso, oír a los terceros interesados,[10] lo cierto es que no existe una regulación expresa de esta cuestión ni una norma que impida hacer lugar a la revocación en estos supuestos.

### 2.2 Petición justificada del adoptado mayor de edad

Esta causal de revocación fue originalmente prevista por la Ley 13252, aunque su ámbito de aplicación era más limitado, ya que solo permitía al adoptado invocarla dentro del año de haber alcanzado la mayoría de edad (artículo 18, inciso c). La Ley 19134, que reformó la regulación de la adopción, suprimió este supuesto de revocación. Posteriormente, la Ley 24779 reintrodujo esta causal, eliminando la limitación temporal originalmente prevista y otorgándole al adoptado la posibilidad de peticionar la revocación en cualquier momento una vez alcanzada la mayoría de edad. El CCC mantuvo este último criterio.

La legitimación para interponer esta solicitud le corresponde al adoptado mayor de edad. La doctrina justifica esta limitación advirtiendo que, mientras el adoptado es menor de edad, la solución puede canalizarse mediante la privación de la responsabilidad parental del adoptante (Alonso Reina, 2019, pp. 434 y 435; González de Vicel, 2022, p. 461). Esta misma observación podría resultar aplicable a los supuestos en los que se configuran causales de indignidad analizados precedentemente. Sin embargo, lamentablemente, tal como se señaló en el apartado anterior, el CCC no prevé esta limitación.

La letra del inciso resulta ambigua: ¿qué debe entenderse por "petición justificada"? ¿Cómo debe evaluar el juez qué constituye un motivo de justificación suficiente para dar lugar a una consecuencia tan drástica como la revocación de una filiación?

La indeterminación normativa ha generado diversas interpretaciones doctri-

10 Fanzolato (1998) señalaba que, "frente a tamaña solicitud", el juez debía oír "a todos los que podrían resultar afectados por esta pretendida revocación del estado de hijo adoptivo; en especial, al cónyuge y a los descendientes del requirente, si tuvieran aptitud para expresar su opinión" (p. 168).

narias. Así, algunos autores sostienen que la petición debe ser analizada por el magistrado interviniente con un criterio restrictivo en razón de la gravedad de las consecuencias que la revocación conlleva, rechazando aquellas peticiones que no se funden en causas graves (Medina, 1998, t. II, p. 164; Sambrizzi, 2017, p. 327). Otros, por el contrario, han calificado a este supuesto como una causal abierta, con vocación de abarcar muchos más supuestos que aquellos taxativamente enumerados como causales de indignidad (Levy, 1997, pp. 152-153; Fernández y Fortuna, 2016, p. 723; Méndez Costa, 1997, p. 999). En esta línea, algunos autores postulan que la falta de afecto entre adoptante y adoptado o la recuperación de la relación con la familia de origen serían razones suficientes para justificar la revocación (Fernández, 2014, p. 673; González de Vicel, 2019, p. 167; Lloveras, 1998, p. 81). La imprecisión del inciso incluso ha llevado a parte de la doctrina a considerar que la norma no exige examinar las causas que motivan la petición, sino que basta la voluntad del adoptado mayor de edad plasmada en una petición judicial para hacer lugar a la revocación (Basset, 2019, p. 812).

En el derecho comparado, son pocos los ordenamientos jurídicos que prevén la revocabilidad de la adopción.[11] Aun así, aquellos que la contemplan limitan estrictamente esta posibilidad.

En este sentido, por ejemplo, Francia solo permite la revocación de la adopción por *motifs graves* (artículo 368 del Código Civil francés), los cuales, además, son apreciados por los tribunales con un criterio restrictivo (Théry y Leroyaer, 2014, p. 242). Bernard-Xémard (2022, p. 475) señala que la jurisprudencia francesa rechaza el acercamiento del adoptado a sus padres biológicos como motivo grave que justifique la revocación del vínculo adoptivo, y Brusorio Aillard (2022, p. 327) advierte que el cese de la relación afectiva entre adoptante y adoptado tampoco ha sido considerado como causal de revocación. Asimismo, los tribunales franceses han estimado que una discusión violenta entre adoptado y adoptante no encuadra como causal que justifique la revocación.[12] A pesar de ello, parte de la doctrina francesa critica que la norma no sea más precisa al estipular los motivos que pueden dar lugar a la revocación (Cornu, 2006, p. 453) y reconoce que la revocabilidad de la adopción simple, aun cuando

11 Al respecto, Mignot (2019) señala que "[m]ientras que a principios del siglo XX muchas, quizá la mayoría de las adopciones de niños en Europa Occidental podían revocarse, a principios del siglo XXI la mayoría son irrevocables" (p. 339). Con el fin de facilitar la lectura, todas las citas de textos legales, jurisprudenciales y doctrinales extranjeros han sido traducidas al español. Las traducciones son de mi autoría.

12 *Cour d'Appel de Dijon*, 16 de junio de 2016, núm. 15/00630, JurisData núm. 2016-012594, con nota de Delmas (2016).

opere únicamente por causas graves, la hace más frágil que la adopción plena (Carbonnier, 2002, p. 378; Garrigue, 2018, p. 650; Le Bihan-Guénolé, 1992; Leroyer, 2022, p. 672; Théry y Leroyer, 2014, pp. 130-133). Algunos autores incluso abogan por la irrevocabilidad de la adopción simple (Delfosse-Cicile, 2003, p. 455; Lambert-Garrel, 2003, p. 407).

En el derecho italiano, la "adopción en casos particulares"[13] solo puede ser revocada por indignidad del adoptante o del adoptado o por violación de los deberes del adoptante. Parte de la doctrina y la jurisprudencia italianas justifican la previsión de la revocación en que la adopción en casos particulares —incluso cuando se utiliza como mecanismo de protección de niños y adolescentes en situación de desamparo— se encuentra sujeta a un procedimiento distinto del previsto para la adopción con efectos plenos. En efecto, se trata de un proceso más breve, con menores exigencias y en el que no se realiza una evaluación previa exhaustiva de los candidatos a la adopción. En este contexto, consideran que surge la necesidad de prever la revocación del vínculo de filiación adoptivo.[14] Sin embargo, este no es el caso en Argentina, donde el proceso de adopción de amparo es el mismo tanto para la adopción simple como para la plena, existiendo en ambos supuestos una declaración judicial de situación de adoptabilidad y un período de guarda con fines de adopción. Aun así, cabe señalar

13 Cabe destacar que la adopción en casos particulares prevista en el derecho italiano actualmente no participa de todos los caracteres típicos de la adopción simple. Así, a pesar de ser una adopción que mantiene el vínculo jurídico del adoptado con su familia de origen y puede ser revocable, genera un emplazamiento pleno del adoptado en la familia extendida del adoptante. Si bien esta última característica no surge de la norma (que, por el contrario, en este asunto remite a la regulación de la adopción de personas mayores de edad, que no genera emplazamiento pleno en la familia del adoptante), la Corte constitucional italiana recientemente ha considerado que la legislación, al reconocerle a la persona adoptada en casos particulares su estatus de hijo, pero limitar su pertenencia a la familia extendida del adoptante, resultaba discriminatoria, contraria al principio de igualdad en materia filiatoria y violatoria del artículo 31 de la Constitución italiana, que compromete a la República a proteger a "a la infancia y a la juventud, favoreciendo las instituciones necesarias para ello" y del artículo 8 de la Convenio Europeo de Derechos Humanos, que tutela el derecho a la vida familiar (Corte constitucional, 28/03/2022, sentencia núm. 79).

14 Así lo explica Rossi Carleo (1997a): "Desde este ángulo, puede considerarse que de la misma manera que en la adopción en casos particulares se protege al menor a través de un procedimiento distinto y más rápido, la ley permite un procedimiento distinto y más rápido en aquellos casos en los que estas situaciones a las que se ha dado una protección 'particular' ya no sirven para el fin para el que fueron creadas" (p. 41). Este criterio fue también expuesto por la Corte Costituzionale italiana en una sentencia dictada en 1992. Si bien en el caso se había planteado la inconstitucionalidad de la irrevocabilidad de la adopción plena, la Corte, al rechazar este planteamiento, comparó la regulación de la adopción plena con la adopción en casos particulares y sostuvo, *obiter dictum*, que en la adopción en casos particulares la revocabilidad se justifica por la ausencia de una guarda preadoptiva que garantice el éxito de la adopción: "En efecto, aparte de la diferencia de efectos y de que la legitimación de la adopción y la adopción en casos particulares no son totalmente comparables,

que la revocación de la adopción en casos particulares en Italia también es cuestionada por diversos autores (Cipriani, 2002, p. 46; Finessi, 2022, p. 1052; Long, 2021, p. 590; Senigaglia, 2022, pp. 1350-1352).

La norma argentina ha sido redactada de tal manera que su campo de aplicación podría resultar más amplio, abarcando una mayor cantidad de supuestos que aquellos previstos en el derecho comparado analizado.

### 2.3 Mutuo acuerdo de adoptante y adoptado

El inciso c) del artículo 629 permite la revocación de la adopción "por acuerdo de adoptante y adoptado mayor de edad manifestado judicialmente". De este modo, la ley faculta al padre y al hijo por adopción a acordar, como si de un contrato se tratara, poner fin a su vínculo filiatorio. Por lo tanto, en rigor, no nos encontramos ante una verdadera causal de revocación, sino frente a un supuesto de rescisión de la adopción (Levy, 1997, p. 153; Llambías, 2002, p. 320; Sambrizzi, 2016, p. 484; Zannoni y Orquín, 1972, p. 210).

Esta previsión normativa responde a una concepción de la adopción de carácter contractualista (Basset, 2022, p. 458; D'Antonio, 1996, p. 201; Fanzolato, 1998, p. 167; Méndez Costa, 1997, p. 999; Poviña, 1949 p. 41) que no se ajusta a la naturaleza ni a la finalidad que este instituto presenta en la actualidad: constituir una fuente de filiación y, en los casos de adopción de amparo, ser un medio de protección de menores de edad. Como acertadamente ha cuestionado Basset (2022), "[s]e rompe como un contrato lo que en verdad es una institución" (p. 458).

Si bien la norma establece que el acuerdo entre adoptante y adoptado debe ser manifestado judicialmente, no exige que las partes aleguen los motivos que los llevaron a tomar tal decisión. Así lo entiende D'Antonio (1997), quien observa que

> [e]s preciso reconocer que, en la forma en la que se ha redactado la norma, debe considerarse suficiente la manifestación de voluntad sobre el distracto, máxime que para el supuesto de revocación unilateral por el adoptado mayor de edad se ha consignado expresamente la necesidad de justificar la petición, siendo la omisión de dicho presupuesto claramente indicativa de su no exigencia. (p. 209)[15]

para esta última no se verifica que el acogimiento preadoptivo preceda a la firmeza de la adopción" (Corte Costituzionale, sentencia núm. 244, 10/07/1992).

15 Similarmente, Perrino (2006) señalaba que "[e]ntendemos que si la ley guarda silencio al respecto

Tampoco se prevé la posibilidad de que el juez indague acerca de las causas que motivaron dicho acuerdo ni, menos aún, la de rechazar la solicitud. En consecuencia, la mayoría de la doctrina entiende que, en este supuesto, la actuación judicial asume un carácter eminentemente pasivo, limitándose a la homologación del acuerdo presentado (Cifuentes, 2011, t. I, p. 439; Levy, 1997, p. 154; Perrino, 2017, p. 2057; Sambrizzi, 2017, p. 328).[16] Sin perjuicio de ello, algunos autores sostienen que el magistrado podría, al menos, propiciar la conciliación entre las partes (Belluscio, 2016, p. 522; Guastavino, 2022, p. 439; Méndez Costa, 1997, p. 1000).

Cabe destacar que la revocación por mutuo acuerdo no se encuentra permitida en el derecho francés. La legislación no prevé (ni nunca ha previsto) el acuerdo de partes como causal de revocación y la doctrina rechaza enfáticamente esta posibilidad. En este sentido, Leveneur (1995) explica que la decisión del legislador de excluir la revocación por acuerdo de partes responde a la necesidad de preservar la naturaleza de la adopción, evitando que se convierta en un vínculo totalmente inestable.[17] La doctrina italiana sostiene una postura similar al justificar la inexistencia de la revocación de la adopción en casos particulares por mutuo acuerdo.[18]

El derecho argentino, en cambio, contraviniendo abiertamente el principio de indisponibilidad del estado de familia, permite que padre e hijo rescindan su vínculo filial. Para justificar esta causal, se argumenta que, de este modo, se reconoce el rol que la autonomía de la voluntad desempeña en el derecho de familia (González de Vicel, 2019, p. 167; Méndez, 2016, p. 1036) y que permitir

y en los supuestos que lo ha exigido expresamente así lo manifiesta, no puede exigirse a los requirentes que justifiquen la decisión" (p. 1606). Aunque ambos autores expresaron estas posturas al analizar la Ley 24779, su opinión no ha perdido vigencia, porque el CCC no ha variado la redacción en esta materia. Tras la entrada en vigencia del CCC, la doctrina mantuvo esta misma postura (Trautmann, 2015, p. 848).

16 En efecto, Méndez Costa (1997) admite que esta es la "[o]pinión doctrinaria que parece primar" (p. 1000).

17 El autor sostiene: "Sin embargo, para no alterar la naturaleza de la adopción, convirtiéndola en un vínculo sin estabilidad alguna, que depende del capricho de cada persona, el legislador sólo ha podido permitir la revocación por motivos graves, dejándola a la discreción del tribunal. (...) No se admite ninguna otra revocación, ni siquiera por mutuo consentimiento, contrariamente a lo que establecen algunas legislaciones extranjeras" (Leveneur, 1995, p. 480). En el mismo sentido se han expresado Carbonnier (2002, p. 378), Debove et al. (2011, p. 404), Roy (2017, p. 343), Hilt y Simler (2018, p. 403), Bénabent (2022, p. 449); Salvage-Gerest (2022, p. 952) y Bonnet (2023, p. 167).

18 Rossi Carleo (1997b) destaca que la revocación no puede fundarse en la mera voluntad de las partes: "La posibilidad de revocación, que nunca se deja a la voluntad privada, sino que se consagra en hipótesis estrictamente determinantes, constituye una excepción al principio de estabilidad de la relación adoptiva" (p. 499).

este supuesto de revocación puede resultar adecuado cuando padre e hijo ya no desean continuar unidos por un vínculo filial (De Souza Vieira, 2018, p. 242; Dutto, 1997, p. 215; Ferrer, 1984, p. 229; Mazzinghi, 2006, t. IV, pp. 220-221).

En este punto, actualmente, la solución normativa analizada puede inscribirse en un debate más amplio del derecho de familia contemporáneo, atravesado por una creciente tendencia a la contractualización de los vínculos filiales: instituciones tradicionalmente estructuradas sobre la base del orden público comienzan a ser reinterpretadas desde categorías propias de la autonomía de la voluntad y de la socioafectividad, lo que importa una progresiva relativización de su carácter indisponible. Así, discusiones actuales como la triple filiación o la maternidad subrogada evidencian la expansión de un paradigma que tiende a aproximar la filiación a una construcción sujeta a la voluntad de los intervinientes. Esta tendencia, sin embargo, no deja de suscitar objeciones relevantes, en tanto puede incidir de modo particularmente sensible en la tutela del interés superior de los niños involucrados y tensiona la noción de estado de familia indisponible (Basset, 2026).

A mi modo de ver, la revocación de la adopción por mutuo acuerdo constituye otra evidencia de cómo la adopción simple y la adopción de integración no son equiparadas al resto de las fuentes de filiación. Indiscutiblemente, la sola voluntad de no querer continuar siendo padre o hijo no puede considerarse una causal suficiente para dejar sin efecto un vínculo de filiación por naturaleza, derivado del uso de las técnicas de reproducción humana asistida o por adopción de amparo plena. En este sentido, la disposición examinada refuerza la preocupación señalada en el párrafo anterior en torno a la progresiva desnaturalización de los vínculos filiales, en la medida en que admite que la subsistencia de un estado de familia quede supeditada exclusivamente a la voluntad de sus integrantes. Por ello, comparto la postura de D'Antonio (2008) en cuanto a que, en esta cuestión, se advierte una "incidencia exagerada que la ley concede a la voluntad particular, en tanto por sobre el emplazamiento en el estado de familia y sobre la filiación" (p. 274).

## 3. Efectos de la revocación

A continuación, se analizarán algunos de los efectos concretos que la revocación produce desde el día en que queda firme la sentencia que la dispone.

### 3.1 Pérdida del apellido y posibilidad de mantenerlo si existe un interés justificado

El artículo 629 *in fine* establece como principio general que "revocada la adopción, el adoptado pierde el apellido de adopción". Sin embargo, a renglón seguido, prevé una excepción al permitir solicitar autorización judicial para mantener el apellido "con fundamento en el derecho a la identidad". La doctrina entiende que esta excepción podría aplicarse, por ejemplo, en aquellos casos en los que la persona adoptada es ampliamente conocida con el apellido del adoptante (Alonso Reina, 2016, p. 1068;[19] Sambrizzi, 2017, p. 329).

Cabe preguntarse qué impacto puede tener este efecto de la revocación para los descendientes del adoptado, quienes también podrían llevar el apellido del adoptante. Si bien el artículo 629 establece que "el adoptado pierde el apellido de adopción", lo cierto es que la revocación del vínculo también puede afectar a los descendientes del adoptado, quienes eventualmente podrían perder su apellido. Este efecto es advertido por Medina y Lloveras. En este sentido, Medina (1998) señala que "la revocación afecta a los descendientes del adoptado, que (...) pierden el derecho al nombre, en su caso" (pp. 160 y 161). En la misma línea, Lloveras (1998) observa que "... no podemos dejar de considerar las consecuencias negativas que respecto a los descendientes del adoptado puede aparejar la revocación, más allá de que el adoptado simple pueda seguir llevando el apellido del adoptante, si el juez lo autoriza" (p. 307).[20]

La norma no hace referencia expresa a la situación de los descendientes ni prevé su participación en el proceso de solicitud de revocación. Sin perjuicio de ello, resulta razonable pensar que su situación también debería ser considerada y que, en su caso, deberían ser oídos por el juez interviniente, a fin de evaluar la posibilidad de permitirles conservar el apellido con fundamento en su derecho a la identidad, incluso en los supuestos en los que el propio adoptado opte por no mantenerlo. En este escenario, sin embargo, se presentaría la particularidad de que los descendientes del adoptado —quienes ya no mantendrían vínculo de parentesco con el adoptante— podrían continuar llevando su apellido y no el de su propio ascendiente, es decir, el adoptado, con quien sí conservan el vínculo filiatorio.

19 Alonso Reina (2016, p. 1068) considera que el adoptado no puede solicitar el mantenimiento de su apellido si la causa de revocación le fuera imputable.

20 La autora se refiere exclusivamente a la situación del adoptado simple, en tanto que, al momento

### 3.2 ¿Recuperación de la responsabilidad parental de los progenitores de origen?

La adopción de un hijo por un tercero, incluso cuando se trata de una adopción simple, supone la extinción de la responsabilidad parental para el progenitor de origen,[21] cuya titularidad y ejercicio es otorgado al o a los adoptantes.

Los alcances de la titularidad y del ejercicio de la responsabilidad parental de los progenitores de origen se presentan con claridad en los procesos de adopción de amparo en los que media una declaración judicial de situación de adoptabilidad. En tales supuestos, los padres quedan privados del ejercicio de la responsabilidad parental desde el momento en que se declara la situación de adoptabilidad del niño o adolescente,[22] o incluso con anterioridad, si existe una sentencia previa de privación de la responsabilidad parental.[23] Posteriormente, el dictado de la sentencia de adopción produce la extinción de dicha responsabilidad.[24]

En los supuestos de adopción de integración en presencia de un doble vínculo filial de origen en los que el adoptante es cónyuge o conviviente de uno de los progenitores, la cuestión no se presenta con igual claridad. El CCC no regula expresamente la situación en la que debe encontrarse el progenitor de origen no conviviente en relación con la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental con anterioridad al dictado de la sentencia de adopción.

En efecto, al no exigirse en estos casos una declaración judicial de situación de adoptabilidad y preverse únicamente la necesidad de que dicho progenitor sea oído,[25] no resulta preciso el momento a partir del cual se produce la privación de la responsabilidad parental. Esta indeterminación ha dado lugar a debates tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.[26]

---

de la publicación de la obra citada, la adopción del hijo del cónyuge solo podía configurarse bajo dicha modalidad. No obstante, a la luz de la legislación vigente, la observación formulada resulta igualmente aplicable al hijo adoptado de forma plena en el marco de la adopción de integración.

21 Cfr. artículo 699, inciso e), CCC.

22 Cfr. artículo 700, inciso d), CCC.

23 Cfr. artículo 610, CCC.

24 Si bien excede el objeto del presente trabajo, es conveniente destacar que la adopción simple produce algunos efectos híbridos en esta materia. Por ejemplo, el artículo 704 del CCC dispone que "[l]os alimentos a cargo de los progenitores subsisten durante la privación y la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental". La norma no menciona la subsistencia del deber alimentario en los casos de extinción de la responsabilidad parental, pero lo cierto es que los progenitores de origen tienen una obligación subsidiaria de alimentos frente a su hijo adoptado por adopción simple (cfr. artículo 627, inciso c), CCC).

25 Cfr. artículo 632, inciso a), CCC.

26 La Sala II de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de La Plata confirmó la sentencia

En este contexto, hubiera sido deseable una mayor claridad normativa, especialmente si se considera que, para el progenitor de origen no conviviente, los efectos de la adopción son asimilables a los de cualquier adopción simple o plena. Por ello, a mi entender, con independencia de que la adopción de integración se otorgue bajo la modalidad simple o plena, ésta extingue la responsabilidad parental del progenitor de origen no conviviente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 699, inciso e) del CCC.

Desde esta perspectiva, resulta razonable entender que, con carácter previo al dictado de la sentencia de adopción integrativa, debe evaluarse la aptitud de dicho progenitor para el ejercicio de la responsabilidad parental, en tanto la decisión implicará su desplazamiento definitivo de ese rol. En consecuencia, solo cuando se verifique su imposibilidad o inaptitud para ejercer los derechos y deberes inherentes a la responsabilidad parental debería hacerse lugar a la adopción de integración.

En este contexto, cabe preguntarse qué sucede cuando la adopción simple o de integración se revoca mientras el adoptado es menor de edad: ¿el o los progenitores de origen recuperan la responsabilidad parental?[27] Es importante aclarar que el único supuesto en el que podría plantearse este escenario es el de revocación por indignidad, ya que las otras dos causales (petición justificada del adoptado y acuerdo entre adoptante y adoptado) presuponen la mayoría de edad del adoptado.

El artículo 699, inciso e) del CCC establece que la revocación de la adopción posibilita la restitución de la responsabilidad parental. La norma dispone expresamente que "[l]a titularidad de la responsabilidad parental se extingue por: (…) e)

---

de primera instancia que había rechazado la solicitud formulada por la madre y su cónyuge —en carácter de pretenso adoptante— tendiente a obtener la privación de la responsabilidad parental del progenitor biológico. Para así decidir, los magistrados entendieron que dicho efecto se producía de pleno derecho como consecuencia del dictado de la sentencia de adopción de integración con efectos plenos, en tanto la adopción plena extingue todo vínculo con la familia de origen, por lo que ello presuponía la extinción de la responsabilidad parental del progenitor. El pronunciamiento ha suscitado opiniones divergentes en la doctrina. En efecto, Lloveras y Monjo (2018, p. 180), Herrera et al. (108, p. 1005), Iturburu y Jáuregui (2018, pp. 438-443) y Krasnow (2021, p. 493) se han pronunciado a favor de la solución adoptada por la Cámara. Por el contrario, Berti García (2019, pp. 43-48) y Marroquín Martínez (2021, p. 514) han asumido una postura crítica, al cuestionar la interpretación según la cual la extinción de la responsabilidad parental opera automáticamente como efecto de la adopción. En tal sentido, sostienen la necesidad de un pronunciamiento previo sobre la cuestión como condición para hacer lugar a la adopción.

27 Esta misma discusión se presenta en la doctrina francesa: algunos autores consideran que la revocación de la adopción simple no restituye la *autorité parentale* a los progenitores de origen (Delfosse-Cicile, 2003, p. 435); otros sostienen que estos sí la recuperan (Eudier, 2023, párr. 513); mientras que un tercer sector doctrinario entiende que la legislación no resulta clara en esta materia (Cresp et al., 2018, p. 791).

adopción del hijo por un tercero, sin perjuicio de la posibilidad de que se la restituya en caso de revocación y nulidad de la adopción...". Sobre esta base, algunos autores postulan que, si el o los progenitores de origen no fueron privados de su responsabilidad parental antes del dictado de la sentencia de adopción, esta podría revertir automáticamente a su favor como consecuencia de la revocación.[28]

Sin embargo, en los casos de adopciones de amparo, si en su momento se otorgó la adopción como medida de protección respecto de un niño o adolescente en situación de adoptabilidad, ello implica que se verificó que el o los progenitores de origen no se encontraban en condiciones de asumir la responsabilidad parental. Tal situación pudo derivar de una sentencia expresa de privación[29] o de otras circunstancias que dieron lugar a la declaración de situación de adoptabilidad, pero en todos los casos se constató que lo más beneficioso para el niño era privar de la responsabilidad parental a los progenitores de origen[30] y, con la sentencia de adopción, extinguir tal derecho-deber para atribuirlo al o a los adoptantes.

En similar sentido, a mi juicio, al momento de resolver una adopción de integración debería evaluarse la aptitud del progenitor de origen no conviviente para ejercer la responsabilidad parental. Solo en el supuesto de que se constate su imposibilidad o falta de aptitud para el adecuado cumplimiento de los deberes inherentes a dicha responsabilidad debería procederse al otorgamiento de la adopción, en tanto ésta conlleva la extinción de la responsabilidad parental respecto de dicho progenitor.

Por esta razón, no resulta convincente sostener la restitución prácticamente automática de la responsabilidad parental como consecuencia de la revocación de la adopción. Ello es particularmente relevante si se considera que no existe relación de causalidad entre el motivo que origina la revocación —indignidad del adoptante o del adoptado— y la eventual recuperación de la responsabilidad parental por parte del progenitor de origen.

---

28 Durante la vigencia del Código Civil derogado, Borda (2013) sostenía que "[d]eclarada la revocación o la nulidad de la adopción, la patria potestad revierte de pleno derecho a los padres por naturaleza. Lo mismo ocurre en caso de muerte del padre adoptivo (...) Naturalmente, debe exceptuarse el caso de que antes de la adopción el padre de sangre haya sido sancionado con la pérdida de la patria potestad o su ejercicio" (p. 128). En el mismo sentido se habían expedido Zannoni y Orquín (1972, pp. 174-175). La misma opinión es sostenida actualmente por algunos autores como Herrera (2014, p. 705), Maggio (2014, p. 687), Alonso Reina (2016, p. 1068), Krasnow (2017, t. III, p. 403), González de Vicel (2019, p. 219) y De Souza Vieira (2018, p. 241).

29 Cfr. artículo 610 del CCC.

30 Cabe recordar que el artículo 700, inciso d) del CCC dispone que la declaración del estado de adoptabilidad del hijo priva a los progenitores de origen de su responsabilidad parental.

Es cierto que, en los casos en los que la adopción de amparo simple fue otorgada tras haberse constatado la situación de adoptabilidad, la revocación del vínculo adoptivo puede implicar colocar nuevamente al niño o adolescente en una situación de desprotección. Sin embargo, a mi modo de ver, esto no implica que la solución siempre deba ser la restitución de la responsabilidad parental a los progenitores de origen. De hecho, por las razones señaladas en los párrafos precedentes, considero que serían sumamente excepcionales los casos en que, tras la revocación de la adopción, los progenitores de origen se encuentren en condiciones de reasumir el cuidado de su hijo.

La recuperación automática de la responsabilidad parental podría resultar contraria al interés superior del niño. En consecuencia, a la luz de la normativa vigente, el juez debería analizar en cada caso concreto si resulta beneficioso para el niño o adolescente que el o los progenitores de origen recuperen la titularidad de la responsabilidad parental.[31]

Por último, cabe destacar que el CCC, al prever la eventual recuperación de la responsabilidad parental por parte de los progenitores de origen en caso de revocación de la adopción, no precisa si dicha posibilidad resulta aplicable a uno u otro tipo adoptivo o si, por el contrario, se extiende tanto a la adopción simple como a la plena (en este último caso, en el marco de la adopción de integración). En efecto, admitir la recuperación de la responsabilidad parental incluso en los supuestos de revocación de adopciones de integración con efectos plenos implicaría que el alcance de tal decisión no se limitaría a restituir aquella titularidad, sino que conllevaría, en rigor, la reconstitución de un vínculo filial previamente extinguido, con todos los derechos y deberes que de él se derivan. Desde esta perspectiva, permitir tal solución importaría desnaturalizar los efectos propios de la adopción plena.

### 3.3 Cese de derechos alimentarios y sucesorios

La revocación de la adopción y la consiguiente extinción del vínculo filial conllevan, necesariamente, el cese de los derechos alimentarios y sucesorios entre adoptado y adoptante.

Conforme se ha destacado más arriba, este efecto puede resultar particular-

31 Así lo estima Dutto (1997), que considera "necesario el dictado de una decisión judicial para que la patria potestad se revierta en favor del padre o madre sanguíneo, pues parece indispensable que el tribunal juzgue si existe o no un impedimento para que la reversión pueda operarse en beneficio de los menores" (p. 198).

mente perjudicial para la víctima cuando la revocación se funda en una causal de indignidad. En efecto, a diferencia de lo que ocurre cuando la indignidad se verifica en el marco de otras fuentes de filiación —supuestos en los que se procura proteger a la víctima mediante la conservación de sus derechos hereditarios y alimentarios—, la revocación de la adopción extingue tales derechos. Podría sostenerse que este resultado es tolerado por la propia víctima, en tanto es quien decide iniciar la acción de revocación y, por ende, asume las consecuencias jurídicas de su petición. Lo mismo se podría argüir con respecto al adoptado mayor de edad que peticiona la revocación de su adopción, o del adoptante y adoptado que acuerdan la extinción del vínculo filial y presentan tal acuerdo ante el juez. Sin embargo, este no es el caso para los parientes del adoptante o del adoptado, quienes también pueden ver afectados sus derechos sin haber sido parte del proceso de revocación.

Así, frente a la revocación de una adopción simple, la extinción del vínculo filial entre adoptante y adoptado extingue, a su vez, el vínculo fraterno entre el adoptado y los otros hijos del adoptante,[32] así como el vínculo de parentesco entre el adoptante y los descendientes del adoptado. En el caso de la revocación de una adopción de integración plena, el efecto extintivo se extenderá también a los ascendientes y colaterales del adoptante, que perderán su vínculo de parentesco con el adoptado.

En consecuencia, tras la revocación de la adopción, los parientes mencionados perderán los efectos patrimoniales derivados del vínculo extinguido, esto es, los derechos hereditarios y alimentarios que de él se derivaban. Esta grave situación ha sido advertida por destacados autores (Medina, 1998, pp. 160-161; Lloveras, 1998, p. 307). En este sentido, por ejemplo, Zannoni y Orquín (1972) han señalado que

> si, como ocurre entre nosotros, la revocación por mutuo consentimiento puede efectuarse aun cuando el adoptado mayor de edad tenga descendientes, es evidente que el disenso no circunscribe sus efectos a sólo el adoptante y adoptado —"partes" originarias de la adopción— sino que se proyecta a aquéllos privándolos de toda relación con el adoptante, específicamente vigente en el ámbito del derecho hereditario. (p. 209)

Si bien los autores citados analizan las consecuencias de la revocación por

32 Esta consecuencia de la revocación de la adopción fue señalada por Lloveras (1994): "En el supuesto de declararse la nulidad o revocarse la adopción simple, el parentesco colateral nacido del vínculo adoptivo entre los hijos de un mismo adoptante quedará sin efecto alguno" (p. 455).

mutuo acuerdo, considero que la misma objeción puede extenderse al resto de las causales de revocación. En definitiva, los parientes del adoptante y del adoptado se configuran como terceros que también deben soportar las consecuencias de la revocación de la adopción.

### 3.4 Cese de impedimentos matrimoniales

La subsistencia de los impedimentos matrimoniales derivados de la filiación adoptiva tras su revocación ha sido objeto de diversas reformas en el derecho argentino.

La Ley 13252 no reguló de forma expresa esta cuestión. La norma disponía, de manera genérica, que la revocación hacía cesar los efectos de la adopción, por lo que se entendía que entre estos efectos se incluían los impedimentos matrimoniales. Posteriormente, la Ley 19134, en respuesta a las críticas formuladas en la época,[33] estableció explícitamente que los impedimentos matrimoniales se mantenían incluso tras la revocación de la adopción simple.[34] Sin perjuicio de ello, su introducción fue cuestionada por parte de la doctrina (Ferrer, 1991, pp. 155-156), lo que motivó que la Ley 23515 derogara tácitamente dicha solución al establecer, en el artículo 166, inciso 3 del Código Civil, que los impedimentos matrimoniales derivados de la adopción simple subsistían mientras ésta no fuera anulada o revocada.[35]

Esta disposición, que se mantuvo inalterada hasta la derogación del Código Civil, suscitó opiniones encontradas. Algunos autores defendieron la eliminación de los impedimentos matrimoniales tras la revocación de la adopción, argumentando que la extinción del vínculo filiatorio debía conllevar la desaparición de todos sus efectos (Borda, 2013, p. 126; Ferrer, 1991, p. 156; Mazzinghi,

---

33 En su momento, Sarrabayrouse Varagnot (1951) señaló: "... se advierte en la ley una extraña anomalía que es la que motiva nuestra observación y que concretamos en lo siguiente: el adoptado que por llegar a la mayoría de edad y por acuerdo de partes revoca la adopción, está en condiciones o mejor dicho puede —pues no hay norma legal que se lo impida— contraer matrimonio con su madre adoptiva al día siguiente de operada esa revocación voluntaria. De lo expuesto se infiere que, de tal suerte, queda librado al arbitrio de las partes la subsistencia de un impedimento que hace al orden público y que por lo tanto resulta imperativo, sobre la voluntad de los individuos interesados" (p. 22).

34 El artículo 28 de la mencionada ley disponía: "La revocación extingue, desde su declaración judicial y para lo futuro, todos los efectos de la adopción, con excepción de los impedimentos matrimoniales del artículo 26 de esta ley".

35 En los casos de adopción simple, el artículo mencionado prohibía el matrimonio entre adoptante y adoptado, adoptante y descendiente o cónyuge del adoptado, adoptado y cónyuge del adoptante,

1971, p. 39).[36] En sentido contrario, parte de la doctrina criticó esta solución, argumentando que permitir el matrimonio tras la revocación de la adopción implicaba desconocer la naturaleza del vínculo paterno-filial por adopción (Arias de Ronchietto, 1997; Levy, 1997; Yungano, 1992).[37]

El CCC no prevé expresamente esta cuestión. Sin embargo, la doctrina entiende que, ante la ausencia de regulación específica, debe aplicarse la regla general en materia de revocación de la adopción: cesan todos sus efectos, incluidos los impedimentos matrimoniales derivados del parentesco (Alonso Reina, 2016, p. 1068; Perrino, 2017, p. 2058; Sambrizzi, 2016, p. 485). Comparto este razonamiento, aunque considero que la solución legal resulta desafortunada.

Vale la pena reflexionar sobre las posibles consecuencias prácticas de admitir esta posibilidad. Por ejemplo, en el campo de la adopción de amparo simple, adoptante y adoptado podrían acordar la extinción de su vínculo filial, presentando una solicitud judicial en la que expresen su acuerdo para proceder con la revocación. Conforme se señaló precedentemente, los interesados no están obligados a exponer ante el juez las razones que motivan la solicitud. Por lo tanto, nada impediría que su finalidad fuera contraer matrimonio entre sí, o con algún pariente de uno de ellos (por ejemplo, permitirle al adoptado contraer matrimonio con un hermano adoptivo, hijo o hija del adoptante). Esta situación resulta inconcebible en el resto de las fuentes de filiación, por contravenir el orden público y el orden natural. En mi opinión, los mismos fundamentos deberían resultar aplicables en los casos de adopción, incluso simple: si bien el vínculo de filiación adoptivo no es biológico, sino legal, una vez constituido, genera entre adoptante y adoptado una relación personal con

hijos adoptivos de una misma persona entre sí y adoptado e hijo de adoptante. La norma expresamente aclaraba que "[l]os impedimentos derivados de la adopción simple subsistirán mientras ésta no sea anulada o revocada".

36 Llambías (2002) incluso consideraba que "por ser esencialmente revocable la adopción simple, el matrimonio celebrado en violación de alguno de los impedimentos mencionados [impedimentos matrimoniales entre parientes unidos por vínculo de adopción simple] puede ser subsanado" (p. 298).

37 Arias de Ronchietto (1997) ha criticado la solución del Código civil, señalando que "... desconocen su virtualidad ética para generar un genuino vínculo paterno-filial y familiar que, conforme a nuestro derecho de familia, merezca calificarse como tal y producir efectos jurídicos coherentes con su naturaleza (...) si se pretende que la adopción simple constituye adopción, la ley debe ser consecuente con la institución y sus principios esenciales; tanto en la adopción plena como en la simple, los impedimentos deben ser dirimentes" (pp. 165-166). En similar sentido se ha expresado Levy (1997): "Estamos en desacuerdo con dicha solución legal en razón de que los principios, fundamentalmente de orden ético, que subyacen en la configuración del impedimento, no autorizan un cambio de criterio por el hecho de que la adopción se revoque o se anule" (p. 153).

la misma profundidad y de idéntica naturaleza que aquella que se da entre padres e hijos biológicos.

Es cierto que, en los casos de adopción, los impedimentos matrimoniales entre parientes no poseen un fundamento eugenésico. No obstante, este no es el único motivo que justifica la prohibición del matrimonio entre ascendientes, descendientes y hermanos. El fin primordial de tales impedimentos es tutelar la dignidad y moral familiar (Perrino, 2017, p. 460). El fundamento eugenésico únicamente se presenta en el parentesco por naturaleza[38] y, eventualmente, en algunos supuestos de filiación por técnicas de reproducción humana asistida (cuando exista un vínculo genético entre padres e hijos), pero no se evidencia en el parentesco derivado de técnicas de reproducción humana asistida en los que no exista vínculo genético con el hijo ni en el parentesco por adopción plena o simple. Sin embargo, el fundamento ético del impedimento matrimonial por parentesco consanguíneo sí resulta plenamente trasladable a los casos de parentesco por adopción (Rodríguez Morata, 2021): las relaciones incestuosas, independientemente de cuál sea la fuente que origine el parentesco, son reprochadas en razón de su inmoralidad. Por ello, en todos los supuestos, los impedimentos matrimoniales son definitivos, salvo, inexplicablemente, en los casos de adopción simple o de integración.

A ello se suma otra consideración de particular relevancia. La subsistencia de los impedimentos matrimoniales tras la revocación de la adopción no solo encuentra fundamento en la protección de la moral y el orden familiar, sino también en la necesidad de contemplar la especial situación de vulnerabilidad que puede haber caracterizado la relación entre adoptante y adoptado. Durante la vigencia de la adopción, el adoptante ejerce funciones parentales que lo colocan en una posición de autoridad respecto del adoptado, quien se desarrolla bajo su cuidado y responsabilidad. Tal circunstancia genera una asimetría relacional que no desaparece necesariamente por la sola extinción jurídica del vínculo filiatorio. Desde esta perspectiva, admitir que la revocación de la adopción habilite posteriormente el matrimonio entre adoptante y adoptado, o entre este último y determinados parientes del adoptante, podría desconocer la incidencia que aquellas relaciones de autoridad y dependencia han tenido en la conformación de la voluntad del adoptado.

---

38 E incluso en estos casos existen opiniones encontradas en la doctrina: advierte Perrino (2017, p. 461) que algunos autores sostienen que no se han podido demostrar científicamente los eventuales riesgos físicos o psíquicos derivados del incesto y Sambrizzi (2021, pp. 312-313) estima que las razones eugenésicas no están demasiado demostradas.

## 4. Fundamentos y cuestionamientos

Antes de abordar esta cuestión, es preciso advertir que, si bien en la mayoría de los ordenamientos que han regulado o regulan en la actualidad la adopción simple se prevé su carácter revocable, dicha revocabilidad no constituye una consecuencia necesaria ni inherente a este tipo de adopción.

En efecto, aunque numerosos países que históricamente han contemplado esta modalidad —o que aún lo hacen— admiten su revocación, como ocurre en el derecho francés, existen otros sistemas jurídicos que, en su momento, la configuraron como un instituto irrevocable. Tal es el caso del derecho español, donde, hasta la supresión de la adopción simple en 1987, el régimen de irrevocabilidad era de aplicación tanto a la adopción plena como a la simple (Carrasco Perera, 1993, p. 210).

En esta línea, algunos autores argentinos han sostenido que "no existe razón alguna" para establecer la irrevocabilidad de la adopción plena y, en cambio, admitir la revocabilidad de la simple, afirmando que "una vez establecido el vínculo filiatorio su revocación no debe ser admitida" (Stilerman y Sepliarsky, 1999, p. 222).[39]

No obstante, el CCC no solo ha mantenido el carácter revocable de la adopción simple, sino que, además, ha extendido esta característica a la adopción de integración, tanto en su modalidad simple como plena. En este contexto, corresponde examinar los fundamentos que habitualmente se invocan para justificar la revocación de la adopción.

> **a)** En primer lugar, se sostiene que la revocación de la adopción constituye una solución que no deja desamparada a la persona adoptada, en tanto ésta cuenta con una red familiar de respaldo.

Así, en el caso de la adopción simple, se argumenta que el adoptado mantiene el vínculo jurídico con su familia de origen (Mizrahi, 1995). No obstante, como se expuso previamente, en los supuestos de revocación de adopciones de amparo simples, si bien el adoptado mantiene el vínculo jurídico de filiación y parentesco con su familia de origen, lo cierto es que la adopción se otorgó, precisamente, luego de constatar que dicha familia no podía satisfacer adecuadamente las necesidades del niño o adolescente (Hernández, 2004). Esta situa-

39 Las autoras postulan que, en ambos casos, al igual que sucede en cualquier tipo de filiación con independencia del origen del vínculo, las situaciones deberían canalizarse por vía de la privación de la patria potestad (hoy en día denominada "responsabilidad parental") y nunca por medio de la

ción es la que motiva la declaración judicial de situación de adoptabilidad o, en su caso, la privación de la responsabilidad parental de los progenitores. En consecuencia, en tales casos, la mera subsistencia del vínculo jurídico con sus parientes de origen no remedia la situación, ya que es probable que la familia de origen no se encuentre en condiciones de brindar contención al adoptado una vez revocada la adopción.

Un argumento similar también es invocado para justificar la revocabilidad de la adopción de integración: la extinción del vínculo de filiación entre adoptante y adoptado no afectará el vínculo jurídico entre el hijo y su progenitor de origen, conviviente o cónyuge del adoptante.[40] Este razonamiento pone de manifiesto que la adopción de integración es concebida como una filiación más frágil que las restantes fuentes filiatorias. En esta línea, se considera que la previsión de su revocabilidad responde a la necesidad de contar con una suerte de válvula de escape frente al eventual fracaso del vínculo matrimonial o convivencial entre el progenitor de origen y el adoptante.[41]

Sin embargo, esta justificación exige revisar, en primer término, si la adopción constituye siempre la herramienta idónea para brindar encuadre jurídico a las relaciones que se generan en el marco de las familias recompuestas. A diferencia de otros ordenamientos, el derecho argentino cuenta con un estatuto propio para el progenitor afín. La utilización de esta figura permite encauzar las relaciones entre hijos y progenitores afines respetando, a su vez, la identidad y estabilidad de los vínculos filiatorios sin necesidad de recurrir a una adopción potencialmente revocable.[42]

---

revocación del vínculo de filiación.

40 Este ha sido el argumento esgrimido en los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial: "Se prevé de manera expresa la revocación de la adopción de integración, sea esta de carácter simple o plena, ya que en ambos casos el vínculo jurídico con el progenitor de origen sigue vigente y no se ve afectado por la revocación". Varios autores avalan este fundamento (cfr. entre otros, Britez y Vanella, 2016, p. 673; González de Vicel, 2014, p. 590; Herrera, 2012, p. 1361; Molina de Juan, 2015, p. 717; Pellegrini, 2022, p. 382; Zabalza, 2015, p. 614).

41 Grosman y Martínez Alcorta (1998) reconocen que la adopción de integración es una filiación débil, que puede depender de la estabilidad de la pareja: "... la adopción como recurso de integración del menor tiene sus graves desventajas pues la suerte del hijo y la efectividad de sus derechos depende de la estabilidad de la pareja" (p. 1053). Otros autores también reconocen que el cese de la unión matrimonial o convivencial puede provocar un alejamiento entre adoptante y adoptado y que esta circunstancia desemboque en una solicitud de revocación de la adopción (Galli Fiant, 2020, t. II, p. 147; Krasnow, 2017, p. 712).

42 En este sentido, Basset (2015) señala la necesidad de considerar "el derecho del niño a tener relaciones duraderas y estables de parentalidad" y evitar "paternidades de puerta giratoria" (p. 103). En su trabajo, la autora cuestiona la revocabilidad de la adopción de integración plena, señalando que su regulación evidencia que lo que se tiene en consideración es la situación de pareja de los adultos

Ello no implica desconocer la utilidad de la adopción de integración en aquellos supuestos en los que se pretenda constituir un verdadero vínculo filial y ello responda de manera clara al interés superior del niño. Sin embargo, en tales casos, la filiación adoptiva debería regirse por los mismos estándares de estabilidad que las restantes fuentes de filiación y no quedar sujeta a la posibilidad de una revocación posterior.[43] En efecto, en el campo de las otras fuentes de filiación se evidencia cómo el ordenamiento jurídico busca preservar el vínculo entre padres e hijos aun frente al supuesto de ruptura de la pareja por divorcio o separación.[44] La misma importancia debería otorgarse a la preservación del vínculo filiatorio derivado de la adopción de integración.

**b)** En segundo lugar, se sostiene que en la adopción simple o de integración los vínculos filiatorios son de carácter puramente legal y se fundan en el afecto, no en la biología. Desde esta perspectiva, se considera que, cuando ese afecto desaparece o deja de existir una relación cercana entre adoptante y adoptado, resulta saludable permitir la extinción del vínculo filiatorio (Belluscio, 2011, p. 819; Obligado, 2015, p. 488).

Sin embargo, la ausencia de vínculo biológico entre padres e hijos no es exclusiva de la adopción simple o de integración. Esta situación también puede presentarse en otros tipos de filiación, como ocurre en la adopción de amparo plena y en determinados supuestos de filiación derivada de técnicas de reproducción humana asistida, particularmente cuando el hijo es concebido mediante técnicas de fecundación heteróloga.[45] En estos casos, el vínculo filiatorio no es revocable, sino que participa de la estabilidad e inmutabilidad propias de

---

antes que la relación de filiación en interés del menor: "La adopción de integración pertenece al ámbito de la filiación, que es la causa de toda forma de responsabilidad parental. Parecería entonces que la adopción es la forma más intensa de emplazar al hijo afín respecto del progenitor afín: sería un hijo real y no ya un hijo afín. Y, sin embargo, esa adopción es el único caso en el que la filiación es reversible, aun tratándose de una adopción plena. El principio de indisolubilidad de la filiación recibe su primera excepción. Aun la adopción de integración plena es revocable, por imperio del nuevo artículo 633. La razón es clara: la regulación del estatuto no ha tenido en miras el interés del niño, sino la situación de pareja de los padres y el interés de los convenientes o cónyuges (...) caso contrario sería inadmisible que la adopción plena del progenitor afín quedara bajo la sombra de la revocabilidad prevista para toda forma de adopción simple" (pp. 103 y ss.).

43 Tal como puntualiza Basset (2022), es necesario advertir que "quien quiera asumir una filiación, debe asumirla con todo lo que ello implica, en su indisolubilidad (...) Si es una realidad transitoria asociada al cuidado, estamos en el ámbito de la responsabilidad parental y no en el ámbito de la filiación" (pp. 456-457).

44 Ello se evidencia, por ejemplo, en las reglas sobre cuidado personal de los hijos (cfr. artículo 648 y ss., CCC).

45 Es decir, proceso en el que media la donación de gametos de un tercero.

todo vínculo filial. Por lo tanto, supeditar la permanencia de la filiación adoptiva simple o de integración a la subsistencia del afecto implica desnaturalizar la dignidad y la trascendencia de este vínculo filiatorio. Esta idea es expresada de manera contundente por Arias de Ronchietto (2014) al señalar que

> [s]e es padre, madre, hijo/a, abuelo/a, tío/a, primo/a, con independencia de "querer" o no serlo; se lo es y por siempre. Por ello, también lo es la filiación y parentesco por adopción que, aunque de base legal, perdura de por vida, salvo circunstancias de excepción como la muerte o la privación de la patria potestad adoptiva. (p. 157)[46]

**c)** Por otro lado, se postula que la revocación de la adopción brinda una solución para aquellos supuestos en los que los hijos o, en especial, los padres adoptivos incurren en conductas reprochables que tornen inviable la relación paternofilial, operando de este modo como una sanción para el autor de la conducta y como una vía de salida para quien resulta afectado por dicho comportamiento (Azpiri, 2019, p. 392; Fernández, 2023, p. 301).

No obstante, como se ha señalado más arriba en este trabajo, propiciar la irrevocabilidad de la adopción no implica desconocer que los adoptantes, al igual que ocurre con todo padre o madre —con independencia del origen del vínculo de filiación que los una con su hijo—, pueden ser privados de la responsabilidad parental si incurren en alguna de las conductas previstas en los artículos 700 y 700 bis del CCC como causales para la aplicación de dicha sanción. La privación de la responsabilidad parental constituye una sanción que puede recaer sobre cualquier progenitor que ejerza ese derecho-deber, incluidos los padres por adopción, lo cual constituye, además, una manifestación del principio de igualdad en materia filiatoria.

Tal privación puede dar lugar, como primera alternativa, al dictado de otras medidas de protección del niño, como por ejemplo el otorgamiento de la guarda a un pariente o la constitución de una tutela. Esta solución puede resultar beneficiosa para el menor, ya que, aun cuando haya sido víctima de conductas reprochables por parte de sus progenitores, podría encontrar un ámbito ade-

46 La autora señala que "[e]l vínculo jurídico con un hijo no se 'revoca', lo indica el sentido común" (Arias de Ronchietto, 2014, p. 147). En relación con la afirmación de Arias de Ronchietto citada en el cuerpo de este trabajo, vale la pena destacar que, en mi opinión, la privación de la responsabilidad parental (anteriormente denominada "patria potestad") no extingue necesaria ni automáticamente el vínculo de filiación. Este razonamiento es explicado con mayor profundidad en el punto "c" de este apartado.

cuado de protección y contención sin perder su pertenencia familiar. Sin embargo, si en el caso concreto se constata que estas medidas no resultan apropiadas para salvaguardar su interés superior, la adopción puede presentarse como la vía pertinente para garantizar y restituir su derecho a vivir en familia. Por lo tanto, la privación de la responsabilidad parental de los adoptantes podría, en última instancia, dar lugar a la declaración de situación de adoptabilidad del niño y, posteriormente, al otorgamiento de una nueva adopción si se concluye que no es conveniente para él permanecer en su familia adoptiva de origen.

En otras palabras, no es necesario admitir la revocación de la adopción para proteger al hijo menor de edad que ha sido víctima de conductas gravemente reprochables por parte de sus padres adoptivos. El ordenamiento jurídico ya prevé mecanismos idóneos para resguardar sus derechos y garantizarle un entorno familiar adecuado.

Las consideraciones precedentes tampoco justifican la admisión de la revocación cuando el adoptado ha alcanzado la mayoría de edad. En tales supuestos, el ordenamiento jurídico también prevé soluciones normativas aptas para responder a este tipo de escenarios. Evidentemente, ya no resultan de aplicación las normas relativas a la privación de la responsabilidad parental, toda vez que, de conformidad con lo previsto en el artículo 699, inciso c) del CCC, este derecho-deber se extingue de pleno derecho con la mayoría de edad del hijo. Aun así, si los padres adoptivos incurrieran en causales de indignidad, el hijo podría negarse a prestarles alimentos (artículo 554, inciso a) del CCC) o, en su caso, podrían ser excluidos de la sucesión del hijo premuerto (artículos 2281 y siguientes del CCC). Las mismas consecuencias jurídicas podrían resultar aplicables al hijo que cometa los actos previstos como causales de indignidad respecto de sus padres adoptivos. En definitiva, ello se inscribe en la lógica de asimilación de la filiación adoptiva a la filiación por naturaleza y en el principio general de igualdad filiatoria, ya que las mismas soluciones resultan aplicables a las restantes fuentes de filiación.

**d)** Por último, cabe advertir que, históricamente, se ha invocado como argumento a favor de la revocación de la adopción simple el hecho de que este tipo de adopción genera un emplazamiento familiar limitado al vínculo entre adoptante y adoptado y que, por ello, la extinción de ese vínculo no tendría impacto considerable sobre terceros (Lloveras, 1998, p. 307; Medina y Roveda, 2016, p. 717).

Ahora bien, conforme se ha destacado, la adopción simple también genera un emplazamiento familiar entre el adoptante y los descendientes del adoptado, así como entre el adoptado y los demás hijos del adoptante. En consecuen-

cia, los efectos de la revocación también recaen sobre estos sujetos, quienes se ven alcanzados por la extinción del vínculo sin haber intervenido en la decisión que la origina. Asimismo, al extender el carácter revocable de la adopción a los supuestos de adopción de integración plena, en estos escenarios las consecuencias de la revocación también se proyectan sobre la familia extendida del adoptante, incluidos sus ascendientes y colaterales.

## 5. Conclusión

Admitir la posibilidad de revocar la adopción simple y la de integración pone de manifiesto que estas formas de filiación son concebidas como más frágiles que las restantes fuentes filiatorias. En efecto, el vínculo entre adoptante y adoptado no alcanza el mismo grado de estabilidad que el derivado de las demás fuentes de filiación, en tanto su subsistencia queda sujeta a una eventual revisión ulterior. Esta característica introduce una diferencia cualitativa relevante dentro del sistema filiatorio: mientras que la filiación por naturaleza, por técnicas de reproducción humana asistida y por adopción de amparo plena se estructuran sobre la base de la irrevocabilidad y la estabilidad del estado de familia, la adopción en sus modalidades simple y de integración aparece como un vínculo potencialmente precario, susceptible de ser dejado sin efecto. La admisión de filiaciones revocables no solo introduce una nota de precariedad incompatible con la noción misma de estado de familia, sino que también compromete el principio de igualdad en materia filiatoria.

Las restantes fuentes de filiación nos demuestran que es posible prever soluciones destinadas a proteger a los padres o, especialmente, al hijo frente a las vicisitudes que pueden surgir en la relación familiar —como la privación de la responsabilidad parental, la pérdida del derecho alimentario o la exclusión sucesoria por indignidad—. Todas estas soluciones se presentan como mecanismos que, al tiempo que atienden situaciones conflictivas, preservan la estabilidad del vínculo filiatorio.

Durante la vigencia del Código Civil derogado, Álvarez (2011) advirtió que la revocabilidad de la adopción simple "la excluye de la equiparación de filiaciones" y constituye "la mayor cortapisa que nos impide considerar a la adopción simple como una forma tan valiosa como la plena, porque no existen ni deben existir filiaciones revocables, ni estado de familia claudicante" (p. 35). Lejos de haber perdido actualidad, esta afirmación se proyecta hoy con mayor intensidad, en tanto la misma objeción resulta extensible a la adopción de integración simple y plena.

## Bibliografía

Alonso Reina, C. (2016). Adopción simple y plena. Conceptos. *Jurisprudencia Argentina, III*, 1063-1072.

Alonso Reina, C. (2019). Proceso de adopción. En Roveda, E. G. (Dir.), *Proceso de familia* (pp. 397-448). Erreius.

Álvarez, A. (2011). Adopción y vínculos fraternos. *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, 2*, 28-39.

Arias de Ronchietto, C. E. (1997). *La adopción*. Abeledo-Perrot.

Arias de Ronchietto, C. E. (2014). La filiación y el parentesco por adopción. En Borda, G. J. (Dir.), *Derecho de familia y de las personas: Entre el derecho dado y el derecho proyectado* (pp. 143-184). Nuevo Enfoque Jurídico.

Azpiri, J. O. (2019). *Derecho de familia* (3ª ed.). Hammurabi.

Basset, U. C. (2015). La responsabilidad parental frente a la figura del progenitor afín. *Revista Código Civil y Comercial, 103*.

Basset, U. C. (2019). Comentario al art. 629. En Alterini, J. H. (Dir.), *Código Civil y Comercial: Tratado exegético* (3ª ed., Vol. III). La Ley.

Basset, U. C. (2022). Comentario al art. 633. En López Mesa, M. y Barreira Delfino, E., *Código Civil y Comercial de la Nación: Comentado y anotado* (Vol. 5-B). Hammurabi.

Basset, U. C. (2026). Los derechos de niños y mujeres desde un despacho. La militancia judicial por la maternidad subrogada (ya que no está permitida y los jueves la habilitan). *Jurisprudencia Argentina, I*, 126.

Belluscio, A. C. (2011). *Manual de derecho de familia* (10ª ed.). Abeledo Perrot.

Belluscio, A. C. (2016). *Derecho de familia*. La Ley.

Bénabent, A. (2022). *Droit de la famille* (6ª ed.). LGDJ Lextenso.

Bernard-Xémard, C. (2022). *Cours de droit des personnes et de la famille* (8ª ed.). Gualino Lextenso.

Berti García, M. M. (2019). Adopción plena por pedido de adopción de integración: Sus implicancias en el régimen filiatorio argentino. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas, 1*, 43-48.

Bonnet, V. (2023). *Droit de la famille* (9ª ed.). Bruylant.

Borda, G. A. (2013). *Tratado de derecho civil: Familia* (actualizado por G. J. Borda). La Ley.

Britez, J. del C. y Vanella, V. R. (2016). Comentario al art. 633. En Vítolo, D. R. (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado y concordado*. Erreius.

Brusorio Aillaud, M. (2022). *Droit des personnes et de la famille* (12ª ed.). Bruylant.

Carbonnier, J. (2002). *Droit civil: La famille, l'enfant, le couple* (21ª ed., Vol. 2). Presses Universitaires de France.

Carrasco Perera, A. (1993). Comentario al artículo 180 CC. En Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Dir.), *Comentarios a las reformas del Código Civil* (pp. 207-246). Tecnos.

Cifuentes, S. (2011). *Código Civil comentado y anotado* (3ª ed.). La Ley.

Cipriani, N. (2022). Adozione in casi particolari. En *Enciclopedia del diritto: I tematici* (Vol. IV: Famiglia, Dir. F. Macario). Giuffrè Francis Lefebvre.

Cornu, G. (2006). *Droit civil: La famille* (9ª ed.). Monchrestien.

Cresp, M., Hauser, J., Ho-Dac, M. y Sana-Chaillé de Néré, S. (2018). *Droit de la famille: Droits français, européen, international et comparé*. Bruylant.

D'Antonio, D. H. (1996). Adopción. En D'Antonio, D. H. y Méndez Costa, M. J., *Derecho de familia* (Vol. II, pp. 181-205). Rubinzal-Culzoni.

D'Antonio, D. H. (1997). *Régimen legal de la adopción: Ley 24.779*. Rubinzal-Culzoni.

D'Antonio, D. H. (2008). Adopción. En D'Antonio, D. H., Ferrer, F. A. M. y Méndez Costa, M. J., *Derecho de familia* (Vol. IV, pp. 229-282). Rubinzal-Culzoni.

De Souza Vieira, V. H. (2018). *Régimen jurídico de la adopción en el Código Civil y Comercial: Teoría y práctica*. Ediciones Jurídicas.

Debove, F., Salomon, R. y Janville, T. (2011). *Droit de la famille* (7ª ed.). Vuibert.

Delfosse-Cicile, M. L. (2003). *Le lien parental*. LGDJ Diffuseur, Éditions Panthéon-Assas.

Delmas, C. (2016). Appréciation d'une demande de révocation d'adoption simple. *Droit de la famille, 10*, comm. 205.

Dutto, R. J. (1997). *Comentarios a la Ley de Adopción 24.779*. Fas.

Eudier, F. (2008). L'adoption simple. Introduction. *Actualité Juridique Famille, 12*, 452-455.

Eudier, F. (2023 [2008]). Adoption. En *Répertoire de droit civil*. Dalloz.

Fanzolato, E. I. (1998). *La filiación adoptiva*. Advocatus.

Fernández, M. J. (2023). *Manual de adopción*. Estudio.

Fernández, M. J. y Fortuna, M. (2016). Comentario al art. 629. En Ameal, O. J. (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, concordado y análisis jurisprudencial* (Vol. II: Familia). Estudio.

Fernández, S. E. (2014). Comentario al art. 629. En Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M. y Lloveras, N. (Dirs.), *Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014* (Vol. III). Rubinzal-Culzoni.

Ferrer, F. A. M. (1984). Adopción. En Méndez Costa, M. J., Lorenzo de Ferrando, M. R. Cadoche de Azvalinsky, S., D'Antonio, D. H., Ferrer, F. A. M. y Rolando, C. H., *Derecho de familia* (Vol. II, pp. 113-239). Rubinzal-Culzoni.

Ferrer, F. A. M. (1991). Adopción simple. En *Enciclopedia de derecho de familia* (Vol. I, pp. 147-159). Universidad.

Finessi, A. (2022). Unicità dello stato di figlio e interesse del minore nell'adozione in casi particolari. *Rivista di Diritto Civile, 6*, 1027-1053.

Galli Fiant, M. M. (2020). Filiación adoptiva: Adopción. En Córdoba, M. M. (Dir.), *Tratado de la familia* (Vol. II, pp. 107-156). La Ley.

Garrigue, J. (2018). *Droit de la famille* (2ª ed.). Dalloz.

González de Vicel, M. A. (2014). Comentario al art. 624. En Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M. y Lloveras, N. (Dirs.), *Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014* (Vol. III). Rubinzal-Culzoni.

González de Vicel, M. A. (2019). Comentario al artículo 629. En Lorenzetti, R. L., *Código Civil y Comercial explicado: Doctrina-jurisprudencia* (Vol. II: Derecho de familia). Rubinzal-Culzoni.

González de Vicel, M. (2022). Comentario al artículo 629. En Herrera, M., Caramelo, G. y Picasso, S. (Dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (2ª ed., Vol. II). Infojus.

Grosman, C. P. y Martínez Alcorta, I. (1998). La adopción de integración y la familia "ensamblada". *Jurisprudencia Argentina, III*, 1045-1056.

Guastavino, L. (2022). Comentario al artículo 629. En López Mesa, M. y Barreira Delfino, E., *Código Civil y Comercial de la Nación: Comentado y anotado* (Vol. 5-B, pp. 438-441). Hammurabi.

Hernández, L. B. (2004). La guarda con fines de adopción y los padres biológicos del menor. *Derecho de Familia: Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, 27*, 53-70.

Herrera, M. (2012). El régimen adoptivo en el anteproyecto de Código Civil: Más sobre la trilogía: Blanc. *Jurisprudencia Argentina, II*, 1361-1379.

Herrera, M. (2014). Comentario al artículo 633. En Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M. y Lloveras, N. (Dirs.), *Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014* (Vol. III). Rubinzal-Culzoni.

Herrera, M., De la Torre, N. y Fernández, S. E. (2018). *Derecho filial: Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales*. La Ley.

Hilt, P. y Simler, C. (2018). *Droit de la famille: Couple et parenté*. Ellipses.

Iturburu, M. y Jáuregui, R. (2018). Adopción integrativa y la responsabilidad parental del progenitor no cónyuge ni conviviente del adoptante. *La Ley, D*, 438-443.

Krasnow, A. N. (2017). *Tratado de derecho de las familias: Un estudio doctrinario y jurisprudencial*. La Ley.

Krasnow, A. N. (2021). La adopción de integración como fuente que hace posible la efectividad plena del derecho a vivir en familia. En Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M. y Durán de Kaplan, V. (Dirs.), *Práctica de las relaciones de familia y sucesorias a un lustro del Código Civil y Comercial* (pp. 493-507). Rubinzal-Culzoni.

Lambert-Garrel, L. (2003). *L'adoption, une institution à la recherche d'un équilibre*. Presses universitaires d'Aix-Marseille.

Le Bihan-Guénolé, M. (1992). La révocation de l'adoption. *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, 19*, n. 100807.

Leroyer, A. M. (2022). *Droit de la famille*. Presses Universitaires de France.

Leveneur, L. (1995). La famille. En Mazeaud, H., Mazeaud, L., Mazeaud, J. y Chabas, F., *Leçons de droit civil* (Tomo 1, Vol. 3). Montchrestien.

Levy, L. (1997). *Régimen legal de la adopción: Ley 24.779*. Astrea.

Llambías, J. J. (2002). *Código civil anotado* (actualizado por F. Posse Saguier, Vol. I-B). Abeledo-Perrot.

Lloveras, N. (1994). *La adopción*. Depalma.

Lloveras, N. (1998). *Nuevo régimen de adopción: Ley 24.779*. Depalma.

Lloveras, N. (2002). Adopción y violencia. En Cadoche, S. N., *Violencia familiar* (pp. 223-241). Rubinzal-Culzoni.

Lloveras, N. y Monjo, S. (2018). La adopción de integración y sus efectos: Una nueva configuración familiar. *La Ley, F*, 180-188.

Long, J. (2021). In morte dell'adozione? (nota a Cass. 25 gennaio 2021, n. 1476). *Familia, 4*, 569-592.

Maggio, L. F. (2014). Comentario al artículo 629. En Ghersi, C. A. y Weingarten, C., *Código Civil y Comercial: Comentado, concordado y anotado* (Vol. I). Nova Tesis.

Marroquín Martínez, A. D. (2021). Adopción de integración y existencia de doble vínculo. En Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M. y Durán de Kaplan, V. (Dirs.), *Práctica de las relaciones de familia y sucesorias a un lustro del Código Civil y Comercial* (pp. 509-521). Rubinzal-Culzoni.

Mazzinghi, J. A. (1971). La nueva ley de adopción. *El Derecho*, 39, 1121-1130.

Mazzinghi, J. A. (2006). *Tratado de derecho de familia*. La Ley.

Medina, G. (1998). *La adopción*. Rubinzal-Culzoni.

Medina, G. y Roveda, E. G. (2016). *Manual de derecho de familia*. Abeledo-Perrot.

Méndez Costa, M. J. (1997). La extinción de la adopción en el derecho vigente: De la revocación de la adopción simple (primera parte). *La Ley, F*, 997-1003.

Méndez, R. A. (2016). El procedimiento de la adopción en el Código Civil y Comercial de la Nación. *Jurisprudencia Argentina, III*, 1028-1039.

Mignot, J. F. (2019). Child adoption in Western Europe, 1900-2015. En Diebolt, C., Rijpma, A., Carmichael, S., Dilli, S. y Störmer, C. (Eds.), *Cliometrics of the family* (pp. 333-366). Springer.

Mizrahi, M. L. (1995). El doble rango de la adopción simple en la ley 19.134. *La Ley, D*, 419-435.

Molina de Juan, M. (2015). Comentario al art. 633. En Garrido Cordobera, L., Borda, A. y Alferillo, P. E. (Dirs.), *Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado* (Vol. I, p. 717). Astrea.

Obligado, C. A. (2015). Adopción. En Chechile, A. M. (Dir.), *Derecho de familia conforme al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación* (pp. 441-493). Abeledo-Perrot.

Pellegrini, M. V. (2022). Comentario al art. 633. En Heredia, P. D. y Calvo Costa, C. A., *Código Civil y Comercial comentado y anotado* (Vol. III). La Ley.

Perrino, J. O. (2006). *Derecho de familia*. Lexis-Nexis.

Perrino, J. O. (2017). *Derecho de familia* (3ª ed., actualizada por U. C. Basset, Tomo III). Abeledo-Perrot.

Poviña, H. L. (1949). Adopción (efectos civiles, nulidad y revocación). *Revista del Instituto de Derecho Civil, 1*(2), 9-56.

Quiñoa, P. (2026). *La adopción plena y simple*. La Ley.

Rodríguez Morata, F. A. (2021). El principio de no discriminación en las relaciones de filiación. *Derecho Privado y Constitución, 38*, 157-194.

Rossi Carleo, L. (1997a). Adozione dei minori. En *Enciclopedia del diritto* (I aggiornamento, pp. 4-43). Giuffrè Francis Lefebvre.

Rossi Carleo, L. (1997b). L'affidamento e l'adozioni. En Rescigno, P. (Dir.), *Trattato di diritto privato* (2ª ed., Vol. IV, Tomo III, pp. 293-503). UTET.

Roy, O. (2017). *Droit de la famille* (4ª ed.). Archétype82.

Salvage-Gerest, P. (2022). Filiation par adoption. En Chénedé, F. (Dir.), *Droit de la famille 2023/2024* (9ª ed., pp. 870-962). Dalloz.

Sambrizzi, E. A. (2016). *La filiación en el Código Civil y Comercial*. La Ley.

Sambrizzi, E. A. (2017). *Derecho de familia: Adopción*. La Ley.

Sambrizzi, E. A. (2021). *Tratado de derecho de familia* (3ª ed.). La Ley.

Sarrabayrouse Varagnat, J. M. (1951). *La adopción en la legislación y jurisprudencia argentinas: Ley 13.252*. Perrot.

Senigaglia, R. (2022). Criticità della disciplina dell'adozione in casi particolari dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 79/2022. *Le Nuove Leggi Civili Commentate, 5*, 1333-1354.

Stilerman, M. N. y Sepliarsky, S. E. (1999). *Adopción: Integración familiar*. Universidad.

Théry, I. y Leroyer, A. M. (2014). *Filiation, origines, parentalité: Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*. Odile Jacob.

Trautmann, P. E. (2015). Comentario al artículo 629. En Clusellas, E. G. (Coord.), *Código civil*

*y comercial: Comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos* (Vol. II, pp. 846-848). Astrea.

Yungano, A. R. (1992). Adopción (reflexiones de un juez civil y médicos legistas). *La Ley, 1992-B*, 1002-1014.

Zabalza, G. (2015). El interés superior del niño en la adopción. En Krasnow, A. N. (Dir.), *Tratado de derecho de familia* (Vol. III, pp. 587-626). La Ley.

Zannoni, E. A. (2012). *Derecho civil: Derecho de familia* (6ª ed.). Astrea.

Zannoni, E. A. y Orquín, L. M. (1972). *La adopción y su nuevo régimen legal*. 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.

# Los conceptos normativos en derecho penal y el problema de la falacia naturalista. La relación ser-deber ser en el ámbito de la ciencia penal

**Leonardo Augusto Schonfeld**[1]

Pontificia Universidad Católica Argentina (Argentina)

leonardoschonfeld@uca.edu.ar

https://orcid.org/0000-0003-2997-2172

**Recibido:** 17/12/2025

**Aceptado:** 20/05/2026

https://doi.org/10.26422/RJA.2026.0701.sch

**Resumen**

Una de las cuestiones en las que parece haber mayor acuerdo en la teoría del delito es la existencia de términos normativos y descriptivos, especialmente en relación con los tipos penales. El finalismo, en la medida en que introduce categorías antropológicas, ha generado algunas reacciones de rechazo por parte de quienes buscan negar todo tipo de ontologismo y prefieren desarrollar una teoría puramente normativa. Uno de los argumentos utilizados por los normativistas en apoyo a esta postura es la supuesta ilegalidad lógica de derivar prescripciones e imputaciones a partir de elementos descriptivos y ontológicos. Este artículo propone una revisión de la dicotomía entre descriptivo y normativo, o "deber" versus "ser", y formula un análisis de la supuesta falacia lógica. Asimismo, se afirma la existencia de elementos fácticos y ontológicos en la teoría del delito y se sostiene que su enfoque y estudio deben abordarse, pese a ello, mediante un método dialéctico.

**Palabras clave:** conceptos normativos, falacia naturalista, lógica deóntica.

1 Abogado. Doctorando en Ciencias Jurídicas. Investigador y profesor adjunto de Filosofía del Derecho e Introducción al Derecho (Facultad Teresa de Ávila, Pontificia Universidad Católica Argentina). Ha publicado más de una decena de artículos científicos en revistas con referato de alcance internacional y artículos de divulgación en Argentina, Brasil, Chile y Perú.

## The Normative Notions in Criminal Law and the Naturalistic Fallacy. The Be-Ought Relationship in Criminal Science

**Abstract**
One of the issues on which there seems to be greater agreement is the existence of normative and descriptive terms, especially in relation to types of criminal law. Finalism, insofar as it introduces anthropological categories, has aroused some rejections from those who seek to deny all kinds of ontologism and to develop a purely normative theory. One of the arguments used by normativists in support of this stance is the supposed logical illegality of deriving prescriptions and imputations from descriptive and ontological elements. This article proposes an overhaul of the dichotomy between descriptive and normative, or "ought" versus "be", and formulates a review of the assumption of this logical pitfall. Likewise, it states the existence of factual and ontological elements in crime theory and argues that its approach and study must be addressed, although, through a dialectical method.

**Key words:** normative concepts, naturalistic fallacy, deontic logic.

## 1. Introducción. El problema de la falacia de naturalista

El asunto de la falacia naturalista ha marcado derivaciones metodológicas tanto en el campo de la ética como, por derivación, en el saber jurídico. Tematizar todo lo que se ha escrito sobre el problema de la derivación de proposiciones normativas o deónticas a partir de proposiciones especulativas o teóricas escapa al objeto y al espacio de este trabajo.[2] A los efectos de estudiar el impacto y la relevancia que dicho asunto ha tenido para la teoría del delito, me limitaré a exponer el problema sólo desde los autores fundacionales.

Entre estos autores, encontramos, por un lado, a David Hume, quien propone el problema lógico de la derivación de deberes a partir de premisas teóricas, de ahí que también se la denomine *Ley de Hume*, y, por otro, George Edward Moore,[3] en su *Principia Ethica*, publicada en 1903, donde cuestiona la posibilidad de dar un concepto analítico de *lo bueno*.

2 El problema de la falacia naturalista tiene como una de sus concreciones el uso que de ella hicieron, fundamentalmente, el pensamiento iuspositivista y la corriente analítica inglesa para negar la existencia de realidades permanentes —naturaleza— que delimitaran el contenido del Derecho (Cfr. Kelsen, 1982; Moore, 1959; O'Connor, 1967, p. 65). Frente a ello, han surgido intentos de reformular el problema a partir de nuevas lecturas del pensamiento de Tomás de Aquino, sobre todo en el ámbito de la denominada Escuela Anglosajona del Derecho Natural (Cfr. Finnis, 2000).

3 Afirma Massini-Correas (1993) que "la influencia de Moore sobre la ética anglosajona posterior ha resultado decisiva, sobre todo en el punto, central para la ética, de la definibilidad y cognoscibilidad del bien" (p. 62), por lo que en su trabajo analiza los posteriores aportes de Hare, Ayer, Stevenson, Mackie.

En el siglo XVIII, Hume (1984) afirmó que los sistemas morales conocidos en su época, luego de realizar una serie de afirmaciones sobre la naturaleza y la existencia de Dios, pasan, sin más, a formular conclusiones del tipo *debe* o *no debe*.

> Este cambio es imperceptible, pero resulta, sin embargo, de la mayor importancia. En efecto, en cuanto este *debe* o *no debe* expresa una nueva relación o afirmación, es necesario que esta sea observada y explicada, y que al mismo tiempo se dé razón de algo que parece absolutamente inconcebible, a saber: cómo es posible que esta nueva relación se deduzca de otras totalmente diferentes. (p. 689)

En otro lugar afirma el filósofo escocés que, "[d]ado que la moral influye en las acciones y afecciones, se sigue que no podrá derivarse de la razón, porque la sola razón no puede nunca tener una tal influencia" (Hume, 1984, p. 674).

En el planteo de Hume, la separación no sólo se da entre el orden del *ser* y del *deber ser*. A ella debe adicionársele la absoluta imposibilidad de que la razón pueda fundar preceptos morales. Las nociones de bien y de mal escapan a la órbita de lo razonable. Así las cosas, el problema no sólo es lógico, sino también ontológico. La propia complexión entitativa de la razón y sus objetos —lo verdadero y lo falso— determinan la imposibilidad de cualquier conexión entre la razón y las acciones.

Hume (1984, p. 680) admite la posibilidad de que la razón conozca las relaciones entre los objetos y que ellas pueden ser consideradas motivos para la acción, pero sólo lo serán de manera mediata o indirecta en la medida en que sugieren o dirigen una pasión, pero nunca podrán esos juicios o razones estar acompañadas de verdad o falsedad.

Lo que resulta llamativo es que Hume (1984, p. 674) no desconoce la división de raíz aristotélico-tomista entre la *filosofía especulativa* y *práctica*. La novedad consiste en que, en el tomismo, se admite una racionalidad teórico-especulativa, mientras que, para nuestro autor, la razón sólo puede operar en el plano de lo especulativo, de lo verdadero y de lo falso, relegando el mundo práctico-moral al plano de los sentimientos.

Entiendo que la crítica de Hume (1984) sólo puede dirigirse a los moralistas del racionalismo moderno. Ello surge a las claras del propio texto del escocés cuando afirma que "ha sido una opinión muy activamente propagada por ciertos filósofos, la de que la moralidad es susceptible de demostración (...) se da por supuesto que esa ciencia puede ser llevada a la misma certeza que la geometría o el álgebra" (p. 682).[4]

---

4 Como puede verse, se trata de una evidente referencia a la obra de Spinoza (2000) *Ética demostrada*

La afirmación de Hume acerca de la supuesta imposibilidad lógica de conectar los órdenes del ser y del deber ser ha impactado en los sucesivos modelos metodológicos de la ciencia jurídica. El asunto, si bien resulta propio de la filosofía —particularmente de la ética y la lógica—, repercutió de modo explícito en la teoría general del derecho e incluso en el derecho penal.

En el ámbito de la teoría general del derecho, Kelsen (1982) hace expresamente referencia al problema, sólo que no lo introduce por boca de Hume, sino de los filósofos Moore y Prior. Afirma el austríaco que

> [n]adie puede negar que la afirmación de que "algo es" —esto es, el enunciado con el cual se describe un hecho real—, es esencialmente diferente del enunciado que dice que "algo debe producirse", esto es: del enunciado con el cual se describe una norma: y que, en consecuencia, de que algo exista no puede seguirse que algo deba existir, de igual modo a que de que algo deba ser, no puede seguirse, que algo sea. (p. 19)

La afirmación, que parece ser una admisión del problema y la respuesta humeana, es luego matizada, admitiendo que las nociones de *ser* y de *deber ser* no pertenecen a mundos irreductibles. En efecto, Kelsen (1982) aclara el alcance de la relación sosteniendo que

> [e]ste dualismo entre lo que es y lo debido no significa, con todo, que lo que es y lo debido se encuentren lado a lado sin relación alguna. Se sostiene que "lo que es puede corresponder a lo debido"; vale decir: algo puede ser tal como debe ser; también se dice que lo debido está "orientado" hacia un ser, que algo debe "ser". (p. 20)

Por su parte, en *Principia Ethica*, afirma Moore (1959) su propia visión de la falacia naturalista partiendo de la base de que el concepto *bueno*, al ser sintético, no puede ser materia de definición:

> Cuando alguien confunde entre sí dos objetos naturales, definiendo uno en lugar del otro, si, por ejemplo, se confunde a sí mismo —un objeto natural— con "place" o "placer" —que son otros objetos naturales—, no hay razones para

*según el orden geométrico*. En el mismo sentido discurrió el derecho natural de Pufendorf, Wolff, Kant, etc. También Bobbio (1965), en cuanto afirma que "el ideal del iusnaturalismo moderno, que es un aspecto del general movimiento racionalista en filosofía, es la construcción de una jurisprudencia *geométrico more demonstrata*" (p. 10). Paradójicamente, Bobbio le atribuye al padre del positivismo jurídico, Thomas Hobbes, en su obra *De Cive*, el proceder de modo geométrico, racional-deductivo, en el mismo camino que sus predecesores.

> denominar a esto falacia naturalista. Pero si confunde "bueno", que no es, en el mismo sentido, un objeto natural con cualquier otro objeto natural, hay razón entonces para llamar a esto falacia naturalista. (p. 12)

La tesis de Moore, de la que se hace eco Kelsen, parte de considerar que el concepto ético basal —lo bueno— no puede definirse. Para el profesor inglés, el concepto *bueno* es sintético, no analítico. Afirma Moore (1959) que es una noción simple, tal como lo es el término *amarillo* (p. 6). La afirmación no parece ser de recibo para una filosofía realista. Tal como demuestra Massini-Correas (1993), se parte de una concepción nominalista, bajo la "'doctrina de los dos nombres', según la cual los dos elementos principales de la predicación son idénticos realmente" (p. 71). El profesor mendocino, pese a su crítica a Moore, admite al menos la tesis de que no es posible una definición *real o esencial* del concepto "bueno", argumentando que carece de género próximo y diferencia específica (p. 73).

Aunque pueda resultar paradójico, el mismo Welzel (2005) ha presentado el problema relativo a la relación entre naturaleza y bondad. Sostiene el profesor de Bonn que tal intento haría caer la argumentación en una petición de principio. En efecto, si lo bueno es lo natural, y se afirma que lo natural depende de las inclinaciones, entonces lo bueno depende de las inclinaciones naturales. Y si lo que causa, pues, la bondad son las inclinaciones naturales, entonces no hay inclinaciones malas. Pero si se admite, como parecería hacerlo el tomismo, que no todas las inclinaciones son buenas, entonces ellas son juzgadas con un criterio de bondad que no puede radicar en las propias inclinaciones naturales. Dicho en sus propios términos:

> ... si no todas las inclinaciones naturales son "naturales" en sentido axiológico, sino solo las buenas, libres de vicio, es evidente que el concepto de naturaleza pierde su capacidad para servir de criterio de distinción entre el bien y el mal [...] De esta manera se cae en la típica *petitio principii* iusnaturalista: lo que se tiene primero como bueno es presentado como "lo natural", utilizándolo después como criterio de conocimiento de lo bueno. (Welzel, 2005, p. 77)

A partir de estas consideraciones del estado de la cuestión, pretenderé poner de relieve en este artículo dos planteamientos básicos: i) que la denominada "falacia" de Hume no es tal, en la medida en que toda inferencia silogística válida —incluso en los razonamientos prácticos— requiere siempre una premisa descriptiva; de dos premisas prácticas no se sigue ninguna conclusión; ii)

que la distinción entre lo normativo y lo fáctico en la teoría del delito debe ser relativizada, ya que todo uso del lenguaje, como se verá más abajo, es en cierta medida normativo. En este sentido, no negamos que haya conceptos cuyo abordaje pueda ser problemático y que deban ser considerados verdaderas aporías. Sin embargo, dicho reconocimiento no debe llevarnos a conceder algo más y distinto, esto es, que la determinación de tales conceptos y aporías tenga que resolverse desde una —por otra parte, muy discutible— valoración político criminal. El problema, como puede verse, se encuentra a caballo entre la metodología propia del derecho penal y el problema más general de las inferencias lógicas. En lo metodológico, mostraremos una posible aproximación dialéctica a las aporías de la teoría del delito y cómo puede reducirse su problematicidad a márgenes de discrecionalidad mucho menores que los que brinda el mundo de las valoraciones político-criminales. Desde el plano lógico, por su parte, demostraremos que es aquella misma dialéctica clásica la que nos compele a admitir ciertos datos ontológicos sobre los que se pueda fundar la imputación jurídico penal, sin que ello implique falacia alguna.

## 2. Delimitación del campo de la falacia naturalista. Naturaleza como *physis* y como principio de operaciones

Resulta palmario que, de asistirle razón a quienes afirman que es imposible conectar los órdenes del ser y del deber ser, ello implicaría no sólo un golpe al iusnaturalismo —en tanto teoría que funda la ley natural en la esencia humana—, esto es, a la teoría que propone la existencia de principios normativos acerca de lo que el hombre debe hacer y evitar, fundados en la naturaleza humana. El alcance de la negación de la conexión entre naturaleza y normatividad repercute, además, en el método para determinar reglas de imputación en el ámbito del derecho penal.

Ello así, pues el concepto de naturaleza, según entiendo, no sólo daría contenido a la parte especial del derecho penal, sino que también implicaría asumir determinadas estructuras ónticas que limitarían la posibilidad de construcción arbitraria o discrecional de algunos criterios de imputación de la parte general. Sobre ello volveré unos párrafos más abajo cuando se delimite el ámbito de lo apodíctico y lo dialéctico en la teoría del delito.

Corresponde ahora deslindar el concepto de naturaleza tal como lo entienden los que asumen la falacia naturalista de aquella otra postura que —según entiendo— debe rechazar el problema como un pseudoproblema.

Por parte de aquellos que asumen la falacia, puede verse que el concepto de naturaleza al que se refieren queda reducido a una pura materialidad. A un *ser* crudo, sensorial y empírico. Más aún, quizás resulte necesario poner de relieve que el *ser* al que ellos refieren dista mucho del *ser* al que hace referencia el iusnaturalismo clásico. El *ser* del que parte Hume, por ejemplo, es una mera facticidad inerte, desprovista de toda significación universal, de toda esencia. Ese concepto del *ser*, reducido a mera *physis*, sólo podrá ser objeto del conocimiento empírico.

En el caso del kantismo, el problema persiste. En efecto, aun cuando Kant admita la existencia de formas universales —categorías *a priori*—, éstas no se encuentran en la cosa, sino que son aportadas por el sujeto cognoscente. Aun en Kant, lo que hay en la realidad es mero fenómeno, pura materialidad carente de significación:

> si bien Kant logró desprenderse del racionalismo de Wolff para explicar la ética, no se desprendió del todo, sin embargo, del empirismo también predominante en su época, que asume no como explicación de la moralidad de las acciones, sino como interpretación antropológica de la naturaleza humana, la cual, así entendida, no puede fundamentar la ética, estableciéndose entonces una brecha entre antropología y ética. (Elton, 2015, p. 48)

Como puede verse, las gnoseologías diferentes del realismo clásico terminan separando a los órdenes teóricos y prácticos en dos mundos irreductibles entre sí.[5]

Un ejemplo de la reducción de la naturaleza a mera *physis* se encuentra en quienes creen que los descubrimientos en el campo de la neurociencia (Rocamora García-Valls, 2024) podrían determinar los contenidos del derecho penal.[6] Así, se ha dicho que

> [l]as tesis defendidas por algunos neurocientíficos, que niegan toda escisión entre la mente y el cerebro, hasta el punto de que la actuación consciente no sería sino una ínfima expresión de nuestra actividad cerebral, han servido para reabrir una controversia histórica, a saber, el determinismo como explicación de muchos de nuestros actos. Se ha dicho, por entusiastas defensores de esta perspecti-

5 Cfr. García Amado (2019). Por ello dice Villey (1978, p. 33) que, para ese concepto de naturaleza, toda norma jurídica será puramente racional (Grocio, Pufendorf, Kant) o bien puramente voluntarista (Hobbes).

6 Uno de los principales escollos que veo en la aplicación de la neurociencia al derecho consiste en que sus explicaciones evolucionistas parten de una visión determinista. Si las agresiones (delitos)

> va, que "no hacemos lo que decidimos, sino que decidimos lo que vamos a hacer de todas maneras". (Tribunal Supremo de España, 2020, 4.1)

Tales explicaciones científico-deterministas son también modelos que incurrirían no sólo en la falacia naturalista, sino incluso en la falacia de tomar el todo por la parte. En ese sentido, cabe tener presente la crítica que se ha formulado a la neurociencia, poniendo de resalto que

> El comportamiento es algo de lo que sólo participan seres humanos (u otros animales). Las funciones y actividades cerebrales no son comportamientos (y las personas no son sus cerebros). En efecto, para que un sujeto adopte un comportamiento es preciso que tenga un cerebro. Pero la reducción de un atributo psicológico a un atributo cortical es un paso falaz del todo a una parte [...] la acción voluntaria, la intencionalidad, el conocimiento y la toma de decisiones no pueden ser atribuidas a cerebros, sino sólo a seres humanos. (Pardo y Patterson, 2011, p. 17)

Como puede observarse, se trata de un planteo que no sólo incurriría en la reducción de la conducta humana a puras conexiones neuronales, sino que, al sostener una visión determinista del acto humano, echa por tierra toda idea de culpabilidad y llevaría, para ser coherentes, a un derecho penal de peligrosidad y a la consecuente suplantación de la pena por medidas de seguridad.[7]

Por el contrario, si el concepto de naturaleza es entendido en clave realista, esta se encuentra en íntima vinculación con la esencia de las cosas, pues

> [e]l nombre de naturaleza tomado en este sentido parece significar la esencia de la cosa en cuanto tiene orden u ordenación a la propia operación de la cosa, puesto que nada está privado de una operación propia. (Tomás de Aquino, 1963, p. 31)

---

son explicadas sólo por evoluciones cerebrales y esta evolución no es consciente ni dominable, entonces es totalmente en vano pretender usar al derecho penal para influir en la conducta: ella vendrá siempre determinada por factores neurológicos y, más aún, la propia creación del derecho penal debería ser explicada como mecanismo neurológico: no sólo el delincuente vendría determinado por su evolución neuro-psíquica, sino también el legislador, el juez y el científico. Llama la atención que todas las clases de determinismo han hecho foco en la conducta del delincuente y no en la conducta de aquellos que crean las leyes y establecen las penas. Se pone toda la atención en explicar científicamente —en clave determinista— la acción (delito), pero no la reacción (las penas), la que tiende a ser explicada de manera no determinista y, en esa medida, libre y planificable. Entiendo que esta crítica es aplicable no sólo al biologicismo, sino a todo tipo de explicación determinista.

7 No puedo dejar de hacer notar que una concepción de la pena basada en conceptos terapéuticos —incluso el de resocialización— llevan siempre consigo una alta dosis de determinismo. Una psicologización del delito y de cualquier efecto terapéutico que se le quiera atribuir a la pena corre siempre,

Villey (1978), por su parte, ha insistido en que el concepto de naturaleza humana para el realismo clásico dista mucho de ser una mera facticidad. Afirma el profesor parisino que "[l]a tendencia del normativismo moderno ha sido sobre todo, expulsar del arte jurídico toda referencia a la naturaleza" (p. 33). Enseña, asimismo, que el concepto de naturaleza, tal como lo entendían los clásicos, no puede sacarse del individuo humano aislado. El hombre es, esencialmente, naturalmente, un ser social:

> ... la naturaleza clásica es un objeto mucho más vasto y rico que la consideración moderna, porque ella incluye otros aspectos que no son sólo las cosas materiales y las relaciones de causalidad eficiente entre cosas materiales. Incluye en ella la belleza, un sentido espiritual y, como decíamos, los valores. (Villey, 1978, pp. 49-50)

La gnoseología del renacimiento y de la modernidad ha vaciado la metafísica y, sobre todo, la metafísica hilemórfica de Aristóteles:[8] o bien se parte de que sólo lo racional es humano —la razón pura cartesiano-kantiana—, negando el contacto con lo que de corporal hay en el hombre, o directamente se niega lo espiritual y se deja al concepto de hombre en lo puramente corpóreo —Hume—. Una concepción luterana del hombre, irremediablemente caído y de cuya realidad no puede derivarse nada bueno,[9] está también subyacente en los planteos modernos (no es casual que todos sus promotores —Wolff, Tommasius, Kant, Pufendorf— hayan sido protestantes).

La ruptura entre el orden natural y el orden moral ha encontrado en el nominalismo su fuente filosófica, ruptura que sólo puede dar lugar al subjetivismo o al determinismo. Sobre ello, dice Caturelli (2011) que

> [s]e ha roto el equilibrio entre unidad y pluralidad. Se opta o por la equivocidad del empirismo nominalista (la realidad es polvo de los fenómenos) o por univocidad (la realidad se reduce a la unidad de un único principio). En el primer caso, el subjetivismo relativista conduce al nihilismo ético; en el segundo, la necesidad, eliminando la libertad, elimina la ética. (p. 53)

---

en más o en menos, por los andariveles de una visión determinista.

8 Esto es, que todo ente está compuesto de materia —principio determinativo de lo individual— y forma —esencia universal en la cosa—.

9 Lértora Mendoza (2014) destaca que esta imposibilidad se encontraba también en el cristianismo previo a la Reforma: "Para un cristiano no existe un 'obrar bueno natural', sobre la base del dogma de la naturaleza caída. La ética filosófica dejó de existir cuando el cristianismo se expandió en la antigüedad tardía" (p. 372).

## 3. La falacia normativista

De la lectura de los autores que han hecho referencia al problema lógico de la relación entre el ser y lo debido surge que ellos omiten toda referencia a una falacia de la misma entidad, pero en sentido inverso. Esto es, que los autores de corte normativista pretenden "crear realidad jurídica a partir de las normas". Dicho en otros términos, pretenden que el *deber ser* construya normativamente el *ser* de las cosas.

Tal falacia, que se ha dado en llamar también "falacia moralista", ha sido explicada por Mosterín (2013), en términos muy claros:

> La falacia moralista, simétrica a la falacia naturalista, consiste en pretender inferir un hecho a partir de un deseo, valor, imperativo o enunciado moral o deóntico. La falacia moralista consiste en inferir "es" de "debe". Deducir los hechos a partir de los valores y la biología a partir de la moral es poner el carro delante de los bueyes. (p. 123)

Resulta llamativo que, siendo conscientes del problema lógico de la relación entre *ser* y *deber ser*, se les haya escapado a los cultores del normativismo jurídico-penal un asunto de tanta evidencia. Es que, si no es posible derivar deberes a partir de consideraciones ontológicas, debería predicarse lo mismo de la tesis opuesta, a saber: que de consideraciones normativas no pueden seguirse definiciones sobre el ser de los conceptos, en particular, de los conceptos jurídico-penales.

Afirmar, como lo hace el normativismo funcionalista, que las definiciones (toda definición pertenece al plano del ser) de acción, dolo, imprudencia, tentativa y autoría pueden construirse y derivarse de consideraciones normativas es, lisa y llanamente, falaz.

Resulta una contradicción insalvable sostener que los órdenes del *ser* y del *deber ser* son irreductibles, usar ello para liberar al legislador y al intérprete de cualquier ligazón con los datos ontológicos, pero admitir luego que los conceptos —lo que las cosas *son*— se definen normativamente. Precisamente, la principal tesis normativista parte de considerar que lo que *es* el derecho lo define el legislador mediante *normas*.

Sánchez Ostiz (2024) niega que el normativismo en derecho penal incurra en este tipo de falacia, la que se daría sólo

> si de la existencia de una norma u otro enunciado normativo concluyéramos que la realidad es así. Pero no es esto lo que hacemos cuando recurrimos a imponer

> una pena, reprochar o acusar. En tales casos, sucede más bien que lo normativo recurre a instrumentos fácticos o empíricos, porque se trata de sujetos que se hallan a la vez en el mundo empírico y en el de la libertad. No hay derivación infundada de un elemento fáctico, sino empleo de algo que tiene ese carácter para transmitir un significado normativo a un sujeto que lo capta como tal (p. 23)

Adelantándome un poco a las conclusiones, estoy en condiciones de remarcar el doble error en el que se incurre al tratar el problema de la relación entre ser y deber ser, entre norma y hechos. El primero consiste en que, como vimos, la realidad, lo fáctico y lo ontológico, desde una óptica realista clásica, no puede nunca reducirse a lo empírico o lo físico.[10] Hay una realidad, un modo de ser, una naturaleza humana —en el sentido tomista del término— que es, al mismo tiempo, social y espiritual.

Por otro lado, destaco el error lógico —sobre el que volveré más adelante— de creer imposible la derivación de proposiciones deónticas a partir de datos fácticos u ontológicos. Sólo adelanto, por ahora, que no puede haber conclusión normativa —deóntica— sin un previo momento teórico-especulativo en el razonamiento. En efecto, afirmamos con Lamas que

> [h]ay pues, una verdad ontológica del hecho que, en cuanto medida de verdad del mismo como existente (*ens*) y uno (*unum*), será el fundamento ontológico de toda verdad teórica acerca del mismo y que, en cuanto medida de su bondad o valor —que hemos de llamar "verdad del bien"—, será el fundamento ontológico de la verdad práctica. (Lamas, 2002, p. 48)

Pocos principios son tan esenciales al realismo como aquel que reza: el bien y el ser son convertibles, su diferencia no es material, sino puramente formal: llamamos "bien" en el orden práctico a lo mismo que llamamos "verdadero" en el orden teórico (Derisi, 1951, p. 88).

Este marco teórico desarrollado hasta aquí tiene repercusiones más o menos explícitas en la elaboración de los conceptos jurídico-penales y ha dado lugar a la que —me atrevo a considerar— la mayor divisoria de aguas en las teorías del delito, esto es, el de la existencia de límites a la construcción dogmática de la teoría del delito y, en su caso, cuáles serían.

En efecto, ya en 1907, cuando Frank elabora el concepto normativo de culpabilidad, su teoría supuso rechazar que el concepto de culpabilidad pueda ligarse a datos empíricos —fundamentalmente de la psiquiatría y la psicolo-

10 Rhonheimer (2000, p. 44) reacciona contra una visión fisicista de la ley natural, sólo que el autor pa-

gía—. El mismo Welzel (2001) adopta un posicionamiento sobre el tema de este artículo, afirmando la existencia de datos prejurídicos que limitarían la construcción dogmática (fundamentalmente los conceptos "acción", "dolo" y "autoría").

En el parágrafo siguiente se mostrará con más detalle, aunque con los límites propios de un trabajo de este estilo, cómo fue tratado el problema de la falacia naturalista y la del binomio descriptivo-normativo en el ámbito específico de la ciencia del derecho penal.

## 4. Recepción del problema en la ciencia penal

El asunto de la posible relación entre los órdenes del ser y del deber ser ha sido motivo de una divisoria de aguas que conviene, al menos, señalar someramente.

A comienzos del siglo XX, se produce un primer cambio de paradigma al dejar de lado la metodología del positivismo criminológico de Liszt,[11] de base netamente empirista y determinista, para abrazar las ideas del neokantismo. En el pensamiento de finales del siglo XIX, el rol del sistema de enunciados del derecho penal, conocido como *dogmática penal*, fue, sin embargo, una preocupación menor frente a la mayor gravitación que tenía la criminología y la política criminal, esto es, el estudio etiológico del delito y de los efectos de la pena[12]. El neokantismo posterior pretendió poner a la dogmática penal en el foco de la discusión científica, de modo tal que aquella pasó a ser casi un sinónimo de ciencia penal. Si para el positivismo de Liszt sólo se podía hacer ciencia sobre los hechos empíricos, el neokantismo incorporó el dualismo metodológico: ciencias empíricas por un lado y ciencias explicativas o valorativas por otro. La dogmática penal neokantiana era considerada como una ciencia explicativo-valorativa, valoraciones estas que, asimismo, estaban impregnadas por el relativismo[13].

Este kantismo alemán de los primeros decenios del siglo XX tuvo que lidiar con la revolución que significó la teoría de la acción finalista de Welzel en la

rece aceptar, a diferencia de lo que planteo en este trabajo, que el dato metafísico carece de lugar en la argumentación práctica, en un sentido muy similar a como Finnis (2000) responde al problema de la falacia de Hume. Sobre el trabajo de Rhonheimer y un análisis de su postura, ver Castañeda (2004).

11 Cfr. Liszt (2014).

12 Cfr. Silva Sánchez (2010, p. 67).

13 Cfr. Radbruch (1944, p. 13).

década de 1930. Frente al constructivismo kantiano, el profesor de Bonn propone la existencia de un concepto de acción basado en referencias ónticas —ya no el hecho bruto del empirismo, sino cierta esencia o naturaleza tomada de la antropología filosófica—, fundamentalmente la imposibilidad de hablar de voluntad sin finalidad, como lo hacía el causalismo y del entendimiento de la culpabilidad como *poder obrar de otro modo*. Si bien, como se acaba de poner de relieve, el ontologicismo de Welzel no es el naturalismo positivista de Liszt, tienen en común la consecuencia de admitir que los hechos —bien sea que se los considere como pura *empiria* o bien como entidades lógico-reales— son el centro de gravedad de cualquier construcción dogmática.

Contra el ontologicismo de Welzel reaccionaron dos versiones diferentes de funcionalismo: uno de corte kantiano[14] y otro de inspiración sistémica,[15] primero fundado en Luhmann y Parsons y que luego evolucionó hacia el idealismo hegeliano (Jakobs).[16] Estos dos modelos, aunque mucho más el primero, han marcado la concepción mayoritaria del pensamiento dogmático a partir de la segunda mitad del siglo XX.

Lo que caracteriza a estas dos direcciones es el rechazo de todo dato prejurídico en la elaboración de la ciencia penal y la incorporación de valoraciones político-criminales para determinar el contenido de los conceptos sobre los que trabaja la dogmática penal, sobre todo a partir de determinados postulados sobre los fines de la pena.

Como puede verse, las diferentes concepciones de la dogmática penal han centrado sus discusiones metodológicas en el problema que aquí se trata: la posibilidad o imposibilidad de vincular el orden de los hechos y el mundo del derecho. Se trata de una verdadera cuestión prejudicial-filosófica y la clase de ciencia penal que se elabore depende necesariamente de una toma de postura sobre ella. Así, afirma Ferrajoli que las consideraciones ontológicas provenientes de la moral, la naturaleza o la política no pueden determinar un concepto sustancial de delito (Ferrajoli, 1995, p. 222; Kelsen, 1982, p. 15).

Ni las proposiciones jurídicas ni los conceptos que se usen en la elaboración dogmática podrán, pues, derivarse de proposiciones descriptivas. Del hecho

14 Roxin (1997, p. 200).

15 Sobre las consecuencias del funcionalismo sistémico para el problema de la normatividad y su raíz hegeliana, ver Habermas (2005, p. 63)

16 "los conceptos de causalidad, poder-hacer, capacidad, culpabilidad y otros pierden su contenido prejurídico y se convierten en conceptos que reflejan niveles de competencia. Estos conceptos no le imponen al Derecho penal ningún modelo de reglas, sino que se originan a partir de las reglas penales y en relación con ellas". (Jakobs, como fue citado en Schünemann, 2001, p. 89)

de que algo "sea" dañoso no se sigue que "deba" ser delito; del hecho de que determinadas acciones, "de hecho" —sociológica o empíricamente—, sean conducentes a determinados resultados que se consideran beneficiosos no se sigue que "deban ser" obligatorias o prohibidas sus contrarias. Así las cosas, el contenido de las normas no se deriva —para este iuspositivismo— de consideraciones morales, ni fácticas ni ontológicas.

Ahora bien, establecido ello, el iuspositivista pasa luego a considerar que la norma jurídica establecida por la autoridad es un "hecho", un *factum*. Este hecho (la existencia positiva y empírica de la norma) da lugar a dos consecuencias: por un lado, justifica un método puramente descriptivo (como el que propuso Liszt), sistemático y axiomático para la ciencia jurídica: "To know and to describe the law is the function of the science of law" (Kelsen, 1950, p. 2). Por otro lado, si ello es así, el problema de la falacia naturalista no parecería tener gravitación en la ciencia jurídica: la norma, como deber ser, es establecida por un acto de autoridad, por una voluntad proveniente de otras disciplinas (política, moral, etc.). Establecida la norma como hecho, la ciencia jurídica que la tiene como objeto de conocimiento podrá mantenerse siempre en el orden del ser, de las descripciones, de las axiomatizaciones, sin incurrir en falacia alguna.

La distinción entre las proposiciones normativas —*soll norm*— y las proposiciones jurídicas acerca de las normas —*soll saeteze*— elimina el problema de la falacia; las primeras son juicios del *deber ser*; los segundos, del *ser*; y la ciencia sólo trabajaría con estos últimos.[17]

Tal modelo científico, sin embargo, no puede explicar acabadamente el fenómeno toda vez que el mismo acto de crear una norma sólo puede ser considerado válido —i. e., el acto de voluntad sólo puede ser considerado como una norma— a condición de que se cumplan los criterios que otras normas prevén para su validez. La explicación de una norma a partir de otra norma plantea el problema de la significación jurídica del primer acto normador. La *Grundnorm* de Kelsen (1982), tal como la ha desarrollado, implica también un paso ilícito, dado que sólo es considerado legislador originario o primer constituyente aquel que logra el mínimo de eficacia, esto es, quien, de hecho, logra imponer su voluntad: "Todo orden coactivo eficaz en términos generales puede ser interpretado como un orden normativo objetivamente válido" (p. 228). Dicho en

17 A partir de tales convenciones científicas, se procederá también, *more geométrico constructo*, a la elaboración de un ordenamiento puramente virtual, presentando bajo los ropajes de un sistema ordenado lo que en la realidad es mera yuxtaposición de actos de voluntad del legislador, tal como ha demostrado Gentile (2002, p. 90).

términos más claros: del "hecho" de que alguien logre imponer un orden eficaz se deriva su "derecho" a gobernar y el consecuente "deber" de obedecer.

Ciertamente, esta postura es sostenida aun por iuspositivistas no normativistas, tales como Olivecrona (1959), Ross (1994) e incluso por Jellinek (2000, p. 324) con su célebre tesis de la "fuerza normativa de lo fáctico".

Podría pensarse que la incorporación de valoraciones a la dogmática penal vino a solucionar los problemas lógicos que el ontologicismo welzeliano traía consigo. Sin embargo, lo primero que cabe observar es que el fundador del modelo axiológico-normativo, Claus Roxin (2002, pp. 31 y ss.) comienza su obra tomando como paradigma a superar no el ontologicismo de Welzel, sino el positivismo de Liszt.

## 5. Algunas consecuencias prácticas del problema en la teoría del delito

A partir de la negación de todo vínculo entre ser y deber ser, la doctrina ha elaborado conceptos cada vez más normativizados. Esta normativización de los conceptos de la teoría del delito, que puede resultar plausible en algunos supuestos concretos, suele presentar desnaturalizaciones cuando se muda el contexto dentro del cual y para el cual fueron acuñados. Además, y esto resulta más relevante a los efectos del objeto del presente trabajo, no deja incurrirse en la ya señalada falacia normativista.

Así, en materia de autoría y participación, el apartamiento del dato antropológico y físico-causal y su suplantación por la idea de infracción de deberes —no penales— supone que se puede ser autor sin necesidad de tener el dominio del hecho. Veamos cómo este es un claro ejemplo de lo que venimos diciendo.

Debe tenerse en cuenta que la vinculación del concepto de autoría a la causalidad ha caído en desuso. En efecto, afirma Roxin (2000) que

> [e]stá ya fuera de discusión que la categoría de la causalidad, por más que los fenómenos del mundo exterior le estén sometidos, no puede aportar nada a la comprensión de las relaciones jurídicas de sentido y significado. El que alguien sea autor o partícipe sólo puedo decirlo si capto el sentido de los preceptos que parten de esta distinción. (p. 25)

Que la causalidad no puede operar *per se* como elemento de atribución de la autoría creo que es una afirmación válida. Sin embargo, la normativización del concepto de autor presenta, sobre todo en sus consecuencias prácticas, efectos poco conciliables con los principios de legalidad y de culpabilidad.

En el prólogo a la obra de Roxin, se ha puesto de relieve esas falencias de su teoría, en tanto el prologuista sostiene que al profesor de Munich

> [s]e le debe el haber sabido desentrañar la problemática en la autoría en los delitos consistentes en la infracción de un deber y las consecuencias a deducir de ello, habiéndose anticipado, en un alarde de ingenio, a cuestiones que posteriormente, con la creciente funcionalización del Derecho Penal, se han derivado de la paulatina y, a mi juicio criticable introducción en los códigos penales, de esta clase de delitos, en los que tanto los comete quien actúa como quien no impide que otro lesione el bien jurídico, siendo en ambos casos autor (nunca mero partícipe). (Cobo del Rosal, 2000, p. 3)

Que la teoría roxiniana de los delitos de infracción de deber parece poner en serio riesgo al principio de culpabilidad surge con claridad meridiana del texto recién citado: resulta una verdadera *contradictio in terminis* hablar de un autor sin una capacidad individual y concreta de determinar la lesión al bien jurídico. Si se quisiera matizar tal afirmación, aún podríamos afirmar que tal teoría hace del azar el criterio de atribución, toda vez que se puede responder por el hecho ajeno sobre el cual el "autor" no tiene ningún dominio (que es precisamente el núcleo del concepto de "azar", es decir, aquello que no es dominable).

En todo caso, esa clase de delitos podría ser abordada por la —mucho más pacífica— teoría de los delitos de omisión, bien sea mediante la modalidad de comisión por omisión, en el caso de existencia de deberes extrapenales de evitación, o bien mediante la omisión propia, en el caso de que el deber de evitación estuviera contenido en una norma penal. Sólo así quedarían a resguardo las mínimas exigencias antropológicas de la imputación de un resultado a un sujeto derivadas del principio de culpabilidad, como aquellas derivadas del subprincipio de legalidad estricta.

En términos similares, la normativización del concepto de autoría para los casos de autoría mediata en los aparatos organizados de poder[18] ha dado lugar a aplicaciones muy lejanas del contexto para el cual fueron pensadas. Así, su aplicación al accionar de las empresas presenta innumerables planteamientos críticos cuyo tratamiento no podría abordarse en este trabajo.[19]

Del mismo modo, la tentativa de elaborar normativamente el concepto de dolo ofrece críticas similares, esto es, la de incurrir en la falacia normativista.

---

18 Cfr. Roxin (2000, pp. 723 y ss.).

19 Sobre el tema, véanse Díaz y García Conlledo (2007), Faraldo Cabana (2008) y Salinas et al. (2024).

Darle la espalda al dato ontológico en materia de dolo supone, al menos en su configuración actual, crear un derecho penal que adopte criterios de imputación que ni siquiera un moralista jansenista se atrevería a defender. Resulta una paradoja que, siendo el sistema jurídico penal un subsistema jurídico y éste, a su vez, un subsistema de la moral, se pretenda desdeñar las más elementales consideraciones ético-antropológicas. Una de ellas —me atrevería a decir la más fundamental— es que el acto humano reprochable debe ser un acto humano *propriae loquendo*. Este acto humano, como materia sustancial y *prejurídica* del reproche jurídico penal, obedece a la máxima de prosapia aristotélico-tomista: *omne agens agit propter finem*. Hablar de un dolo sin finalidad (i. e., sin elemento volitivo), limitado al mero conocimiento del riesgo concreto de la acción, no sólo se da de bruces con aquella exigencia antropológica, sino que incluso termina por desdibujar los —ya *per se* problemáticos y borrosos— límites entre la culpa consciente y el dolo eventual.[20]

A partir de estas tres muestras de conceptos fuertemente normativizados (autoría como dominio del hecho, delitos de infracción de deber y el concepto de dolo sin finalidad), se pone de relieve la importancia del tema de la relación entre ser y deber ser, entre hechos antropológicos y construcción jurídica.

Por mi parte, entiendo que el modelo de imputación propio del derecho penal, en tanto es una subcategoría de la moral y trabaja con el mismo objeto material, esto es, el acto humano libre, no puede desdeñar las consideraciones antropológicas que se han elaborado desde la ética y la antropología filosófica. Una pretensa autonomía científica del derecho penal no puede lograrse a fuerza de construir su propio objeto.

Así las cosas, el tema de este artículo repercute directamente en el modo en el que se deben delimitar los alcances de los conceptos jurídico-penales.

En el mismo sentido, un concepto fuertemente normativizado como es el de culpabilidad pone de resalto la importancia de no desdeñar el dato antropológico o, al menos, buscar un método que limite la posibilidad de construcciones dogmáticas de espaldas a la realidad. Puntualmente, los fines preventivo-especiales que Roxin introduce en su cuasi categoría de la responsabilidad penal, aunque lo proponga como un límite más a la punibilidad —en el sentido de que no bastaría la asequibilidad normativa sino, *además*, la necesidad de pena a los fines preventivo-especiales—, lo cierto es que, una vez adoptado tal concepto como perteneciente a la categoría de la culpabilidad, nada impediría que tal

20 Sobre la situación actual del dolo, véanse Díaz y García Conlledo (2022).

necesidad preventivo-especial, en lugar de límite, se convierta en fundamento de la punibilidad.[21]

Frente a tal concepción normativa de la culpabilidad, resultaría preferible, quizás, un regreso a un concepto más simple, como lo era el de la *comprensión de la antijuricidad del acto*. Ese concepto de culpabilidad, aunque no elimina el carácter problemático de su aproximación, su estudio y, mucho menos, la dificultad de su prueba en juicio, al menos reduce el margen de construcción dogmática y erradica la posibilidad de que se deje de lado el contenido fuertemente antropológico y psicológico de la culpabilidad y, en esa misma medida, se reduce la arbitrariedad al momento de afirmar que el reo obró culpablemente. La culpabilidad, así entendida, está en el acto mismo y no en algo externo, como lo serían las finalidades preventivas.

Al respecto, no puedo dejar de señalar que la incorporación de elementos político-criminales en las categorías de la teoría del delito supone, en gran medida, un doble baremo para atribuir la responsabilidad penal: al disvalor de acción realizado por el legislador y contenido en el tipo de injusto —que debería ser, a mi criterio, el único elemento de disvalor a tener en cuenta—, se le suma luego una segunda valoración político-criminal, poniendo en el juez y en el jurista facultades que un derecho penal mínimamente garantista no debe tolerar.

Por mi parte, me encuentro muy cerca de la afirmación de Silva Sánchez (2010), en tanto afirma que

> mientras que sería posible someter a las sillas a las mismas reglas jurídicas que las mesas, y declararlas "mesas en sentido jurídico", no cabe en modo alguno someter a las sillas a las reglas sobre la capacidad negocial de los hombres, dado que a la silla le falta la capacidad óntica necesaria para ello. (p. 106)[22]

Ese realismo filosófico y su concepto de verdad como *adecuación de la mente a la cosa* (*adequatio rei et intellectus*) es precisamente el límite de la elaboración dogmática de los conceptos jurídico-penales. Sin embargo, debe tenerse en cuenta

---

21 En efecto, según Hruschka (2009, p. 255), el rigor sistemático llevaría a que, si se eleva el fin de la pena al grado de principio, una construcción dogmática coherente debería realizarse precisamente a partir de dichos fines. Roxin no propone la prevención especial como un mero tópico o argumento desde el cual se podría reducir el *quantum* punitivo, sino que le da un valor sistemático y, en esa medida, lo coherente sería tomar a la prevención como fundamento mismo de la pena y, consiguientemente, de las categorías de la teoría del delito.

22 En el mismo sentido, Schünemann (2009), quien afirma que los conceptos deben ser "conformes con la realidad" (*wirklichkeitsconform*) (p. 38).

que, por un lado, no siempre es posible lograr certeza en los conceptos y, por otro, que hay conceptos que por su misma naturaleza requieren una cierta elaboración o construcción, como veremos en el parágrafo siguiente.

## 6. Posibilidad de identificar lo apodíctico y lo dialéctico en la teoría del delito

### 6.1 Lo ontológico y lo normativo

Qué significa *normativo* en derecho penal es un problema aún abierto.[23] En efecto, si por conceptos normativos entendemos aquellos conceptos jurídico-penales definidos por el legislador mediante una norma legal —por ejemplo, funcionario público, cosa ajena, etc.—, se avanza muy poco en el problema (esa definición es usada por Sánchez Ostiz, 2019, p. 32). En efecto, frente a la existencia de tales conceptos normativos, cabe la pregunta: dichos conceptos, ¿son normativos en sí mismos o son normativos porque el legislador los define? Si son normativos en sí mismos, habría un significado natural y prejurídico de tales conceptos, por lo que cabría el error del legislador al definirlos, es decir, podría darse el error en la valoración o en la definición del concepto normativo. Pero si son normativos "porque" el legislador los usa al acuñar normas, resulta que, tal como afirmaba Erik Wolf (como se citó en Jiménez de Asúa, 1967, p. 258), todos los conceptos contenidos en la ley serán normativos y no tiene sentido la distinción. Como prueba, sólo basta referirse a la obra de Jescheck, quien, aunque no admita la tesis de Wolf sobre la inexistencia de elementos descriptivos, relativiza al menos su facticidad: aun los elementos descriptivos requerirían, en cierta medida, una determinación normativa.[24] Así, sostiene que tales elementos son susceptibles de una constatación fáctica "aunque la precisión de su exacto contenido requiera la referencia a una norma y manifiesten, así, un cierto grado de contenido jurídico" (Jescheck, 1981, p. 365).

Criticar, como hacemos en este trabajo, la idea de que existen elementos normativos no es nuevo para el derecho penal. Ya Beling reaccionó contra ellos

23 Cfr. Jescheck (1981, p. 365). Mezger (1958) los define como "determinaciones que requieren, de parte del mismo juez, una valoración y un juicio más circunstanciados, de acuerdo con su propio criterio u otros principios, como ser la costumbre, la conveniencia, las normas que se siguen normalmente en el trato con las personas" (p. 146). Jiménez de Asúa (1967, p. 258) también adscribe a la idea de que los elementos normativos son aquellos que requieren una valoración. Alchurrón y Bulygin (1998, p. 19) usan el término "conceptos normativos" en una acepción muy diferente: "conceptos normativos" son, para estos autores, aquellos que son estudiados por la lógica deóntica —obligación, prohibición, permisión—.

24 La misma observación realiza Roxin (1979, p. 121), analizando, además, la relevancia del conocimiento de los elementos normativos del tipo para el tratamiento del error de prohibición.

diciendo que todos los elementos del tipo eran descriptivos. Comentando a dicho autor, se ha afirmado que

> [l]os conceptos de *ejercicio legítimo* al hablar de actos de la autoridad, o el carácter ajeno de la cosa en el robo y en el hurto, no son elementos normativos, sino "referencias jurídicas" de la conducta, que "conservan su función descriptiva". (Jiménez de Asúa, 1967, p. 257)

Si con el término "normativo", en cambio, se quiere decir "valorativo", me temo que tales conceptos no existen. Sólo pueden ser valorativos los juicios o proposiciones, pero nunca un concepto. Los conceptos son representaciones —mentales, orales o escritas— de una realidad. Hasta tanto no haya juicio o proposición, no hay valoración alguna. La razón es simple: así como un concepto escapa a la dicotomía verdadero-falso, también escapa a la dicotomía valioso-no valioso. La verdad o falsedad es un atributo de la proposición por referencia al objeto, del mismo modo que la bondad o la maldad sólo residen en un juicio por referencia a su objeto. Los conceptos, tales como acción,[25] dolo, conocimiento, voluntad, etc. no son verdaderos o falsos y tampoco valiosos o disvaliosos. Sólo podrá ser verdadera o falsa la proposición que conecte tales conceptos, por ejemplo, diciendo: "hay dolo cuando la acción es realizada con conocimiento y voluntad", es decir, cuando lo definimos. Una definición —que es una especie de juicio— puede ser verdadera o falsa, pero el concepto definido nunca puede serlo, pues no afirma ni niega nada[26].

Por la misma razón, ni siquiera los conceptos "bueno", "malo", "justo", "injusto", "grave", "leve" pueden ser considerados como normativos. Si formulo la definición del término "bien" diciendo, por ejemplo, que "bien es el pleno desarrollo de las potencias propias de un ente", no hay ahí nada normativo. Estoy formulando un juicio o proposición mediante el uso del conector "es".

---

25 No nos parece de recibo lo sostenido por Mir Puig (205) al pretender mantener el plano normativo —no ontológico— al concepto de acción: "El concepto de acción tiene el alcance que tiene la palabra 'acción'. Aun restringiendo el análisis a la 'acción humana', encontraremos que alcanza no sólo a acciones finales, sino también a acciones involuntarias. La misma posibilidad lingüística de esta expresión 'acción involuntaria' demuestra que puede ser usada sin violentar el sentido de estas palabras. Podemos decir perfectamente, sin incurrir en ninguna incorrección, que hemos hecho algo sin querer" (p. 15). A ningún cultor del realismo clásico se le escapa que el término "acción involuntaria" es una licencia lingüística —vulgar—: la acción humana *proprie loquendo* es siempre voluntaria; precisamente el término correcto para el fenómeno que describe el autor sería "hecho del hombre" y no el de "acción humana".

26 Cfr. Maritain (1975, p. 31).

Tal definición podrá ser verdadera o falsa, pero no implica ninguna valoración ni, mucho menos, normatividad alguna.

Más aún, por su forma lógica, ni siquiera las proposiciones del tipo "matar *es* malo" pueden ser consideradas como proposiciones normativas, por la misma razón: el conector o cópula es meramente descriptivo. Dicho en otros términos, una valoración es siempre, por su estructura lógica, un juicio del "ser". Las proposiciones llamadas valorativas son siempre descriptivas: describen un ente en cuanto a su valor. Así como un ente puede, mediante el predicado, calificarse en términos de cantidad (grande, pequeño), también puede calificarse en términos de valores (bueno, justo, injusto), pero lo que se está haciendo es siempre una descripción: la atribución de un determinado predicado como perteneciente al sujeto de la proposición. Dicho en otros términos, se establece una relación de inherencia del predicado respecto del sujeto de la proposición. Si se pretendiera formular clasificaciones —como se hace cuando se afirma la existencia de supuestos juicios descriptivos y juicios de valor—, entonces tales clasificaciones serían infinitas, según qué cualidad se tome como criterio clasificatorio.

No existe ningún manual de lógica clásica que contenga los conceptos normativos, o juicios normativos, dentro de las clasificaciones[27]. Más aún, soy de la opinión de que hablar de tales conceptos o juicios no aporta ninguna utilidad lógica ni científica.

Es que, si a lo que se quiere referir con conceptos y juicios normativos es al "contenido" de estos, su existencia resulta absurda. Con el mismo criterio, podríamos hablar de conceptos biológicos, conceptos físicos, conceptos matemáticos, conceptos mecánicos. Hablar de juicios normativos por su predicado (bueno, malo, justo o injusto) es tan absurdo como sostener que existen *juicios carpinteriles*, por ejemplo: "La mesa es un mueble". Nada obsta para tomar un código penal cualquiera y clasificar sus conceptos con base en criterios tales como "económicos" (en el libramiento de cheque sin fondos), "botánicos" (delitos relacionados a la destrucción de bosques), "médico-biológicos" (delitos de lesiones o muerte), etc. Serían infinitos los criterios que podrían adoptarse para clasificar los conceptos o juicios contenidos en las leyes penales y su uso no agrega absolutamente ninguna claridad, como de hecho sucede con los ya tratados juicios normativos.

Los únicos juicios o proposiciones que pueden ser considerados normativas son aquellos cuya cópula consiste en un "debe" o "no debe". Las definiciones

27 Cfr. Vernaux (1980, pp. 109 y ss.); Balmes (1943, p. 65).

—en tanto usan la cópula "es"— no son, ni pueden ser, normativas.[28] Esta afirmación conduce a una discusión vinculada al objeto de este artículo, pero que excede su tamaño, a saber: la de si puede elaborarse una teoría de las normas y, lo que es más importante, si las normas forman parte de la teoría jurídico-penal (i. e. si son elementos de la teoría) o, como sostuvo Binding (1872), las normas son anteriores a las leyes penales, siendo éstas la consecuencia de la formulación de aquellas normas, entendiéndolas como "proposiciones jurídicas independientes"; como también la pregunta acerca de si las normas mismas forman parte del pensamiento penal y de su teoría.[29]

La respuesta correcta al asunto planteado la encontramos, según creo, en la obra de Villey (1978) y su idea de "lo justo como indicativo". En efecto, el filósofo francés asume que el método propio del derecho es la dialéctica, pero que el campo de esta es "lo especulativo". Afirma que la labor del entendimiento práctico

> supone un momento teórico. En efecto, la cuestión de derecho, propuesta al juez y sobre la que discuten los jurisconsultos, no se refiere directamente a lo que se debe hacer, sino sobre lo que *es*: si tal cosa es de tal litigante. El objeto de la jurisprudencia es determinar la parte de cada uno. (p. 112)[30]

Entiendo que quienes defienden la existencia de los denominados "conceptos normativos", en tanto definiciones del legislador o del juez acerca de los conceptos usados en la ley penal, en realidad no hacen más que asumir el carácter más o menos vago o ambiguo de algunos términos que, en esa misma medida, requieren —por una buena técnica legislativa y por impero del principio de legalidad estricta— que sus contornos sean precisados con mayor rigor. Así, en el ejemplo que usa Sánchez Ostiz (2019) se ve una muestra de lo que acabo de afirmar:

> Términos de carácter *valorativos* podrán considerarse, entre otros, los de "delito grave" (art. 13, como también delito menos grave y leve), o "agresión ilegítima"

---

28 Sobre las diferencias entre las funciones descriptivas y prescriptivas del lenguaje, ver González Lagier (1995, p. 231).

29 Afirma Armin Kaufmann (1977) que "a menudo, uno suele representarse al derecho en general y al derecho penal material en especial, utilizando una formulación cautelosa, como mandato o como prohibición. Pensamos con normas. Este hecho empírico de la vida del derecho es indiscutible, como también lo es, por ello, la existencia de la norma en tanto forma del pensamiento" (p. 52).

30 La cursiva pertenece al original.

> (art. 20.4), etc.; en ellos se exige efectuar una valoración o apreciación cualitativa, cosa que, en cambio, no se da en términos de carácter *fáctico*, como podrían ser los de menor de 18 años (art. 19), nacimiento (art. 20.3) y otros. (p. 32)[31]

Como puede verse, postular la existencia de conceptos normativos no es más que una reedición, en el ámbito de la ciencia jurídico-penal, de algo ya conocido en la filosofía del lenguaje y la lógica: no se trata más que de las viejas categorías de términos abstractos, términos ambiguos (Wittgenstein, 1988), etc. que ya los medievales trabajaron y que dieran lugar a los "prenotandos"[32] y que la lógica tematizó bajo el nombre de "anfibología" y *sophismata in voce*.[33]

Así puesto el problema, la existencia de conceptos ontológicos —o fácticos— y normativos —o valorativos— supone una previa postura acerca de un problema anterior, a saber: si existe un lenguaje natural o todo él es siempre fruto de consensos.

En sintonía con Aristóteles, a quien podría juzgarse como el primer filósofo analítico, afirma Gadamer (1999) que "el lenguaje es el medio en el que se realiza el acuerdo de los interlocutores y el consenso sobre la cosa" (p. 462). Aun desde una perspectiva realista, aunque el lenguaje se refiera a cosas separadas de la mente del sujeto cognoscente, el signo por el cual nos referimos a las cosas es fruto de una convención más o menos espontánea.[34] Por ello, continúa Gadamer (1999) diciendo que "[e]l problema hermenéutico no es pues un problema de correcto dominio de una lengua, sino del correcto acuerdo sobre un asunto, que tiene lugar en el medio del lenguaje" (p. 463).

Tal concepción del lenguaje fue, asimismo, la que primó en el pensamiento medieval: "La significación es la representación de la cosa por el signo según convención" (Beuchot, 1981, p. 29).

No puede dejar de admitirse que Santo Tomás y la escolástica también admitían esa concepción del lenguaje. Comentando esa concepción medieval, afirma Beuchot (1981) que

> el signo lingüístico designa la realidad extramental a través del significado mental. Incluso hay signos que sólo designan contenidos o estados anímicos. De

31 La cursiva pertenece al original.

32 Aclaraciones sobre el significado que se le iba a dar a los términos luego de una *lectio* y antes de una disputa, frecuentes en la escolástica.

33 Collin (1951).

34 Admite este planteo en derecho penal, aunque desde una perspectiva un tanto diferente, Mir Puig (2005, p. 7).

> modo que puede haber lenguajes objetivos y lenguajes expresivos. Por eso el lenguaje exterior es convencional, pero el lenguaje mental viene a ser un lenguaje natural. (p. 15)

De lo dicho parece poder concluirse que los denominados conceptos "normativos" o bien no existen o bien todos son normativos. En la medida en que todo concepto —término— requiere un acuerdo sobre su uso y su significado, todos ellos serían normativos.

Ahora bien, si se acepta la tesis gadameriana de que todo acuerdo lingüístico se da en un determinado contexto, nada impide que en el del derecho penal los significados de los términos puedan ser, en cierta medida, modificados por los interlocutores que en él dialogan. Estaríamos frente a un contexto, el del derecho penal, en el que los interlocutores acuerdan espontáneamente —en el campo de la ciencia penal— o bien autoritativamente —en el campo de la legislación y los precedentes judiciales— que determinados términos tendrán un significado específico.[35] Así, el concepto de "lesiones graves" para el derecho penal puede significar algo diferente de lo que significa para la medicina. Incluso, sería de alguna ayuda la distinción hecha por Frege (2017) entre "sentido y referencia" (p. 85). En esas categorías de Frege, el "sentido" pertenecería al plano lógico; y la "referencia", al plano ontológico.[36] Así, el "sentido" del término "lesiones graves" puede cambiar en el contexto del diálogo, pero la "referencia" será la misma.

Por mi parte, comparto la idea de que la dialéctica resulta necesaria para todo tipo de conocimiento. Con la sola excepción de las ciencias que trabajan pura y exclusivamente con *ens rationis* (matemáticas, geometría), todas las ciencias, aun las empíricas, necesitan abordarse dialécticamente, precisamente con el concurso de la comunidad científica entera, con la cual todo científico dialo-

---

35 Sobre el problema del lenguaje ordinario y el específico en derecho penal, ver Schünemann (1991, p. 33).

36 Así lo afirma Frege (1999): "[C]uando decimos 'la Luna' no es nuestra intención hablar de nuestra representación de la Luna, y que tampoco nos contentamos con el sentido, sino que presuponemos una referencia. Sería confundir completamente el sentido el que se quisiera suponer que en la oración 'La Luna es menor que la Tierra' se está hablando de una representación de la Luna. Si el hablante quisiera decir esto, usaría el giro 'mi representación de la Luna'. Ahora bien, podemos desde luego errar en esta presuposición, y tales errores han ocurrido de hecho" (p. 90). Se ve allí que la distinción entre sentido y referencia, aun admitiendo el problema del lenguaje, parte de una base realista. De hecho, comentando el giro que se dio a comienzos del siglo XX en este tema, se ha afirmado que "Si la objetivización del significado involucraba ir desde el pensamiento hacia el mundo, la unidad de la proposición no derivaría de un acto mental, sino más bien de algo fuera e independiente de la mente. Así, aquello que es verdadero, lo es de manera absoluta y objetiva, con independencia de cualquier estado o acto mental" (Agüero, 2025, p. 85).

ga. Incluso el estudio de la metafísica es abordado por el mismo Aristóteles de manera dialéctica. También Santo Tomás, como toda la escolástica medieval, hizo de la dialéctica el método de indagación, incluso para las cuestiones teológicas, metafísicas y antropológicas[37].

A la luz de lo anterior, descartado que existan conceptos normativos, propongo la existencia de otras clases de conceptos. Estos son, por un lado, aquellos "susceptibles de precisión y certeza" (*akribeia*) y, por otro, los que podríamos denominar "aporéticos", sobre los que sólo caben aproximaciones, probabilidades u opiniones.

Los conceptos susceptibles de certeza son aquellos que, bien sea por una definición autoritativa, bien sea por el consenso previo sobre su significación, no pueden ser materia de disputa. Cuando el art. 78 del Código Penal Argentino define el concepto de funcionario público diciendo que es "todo aquél que participa accidenta o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente", está dando una definición apodíctica del concepto, cuyo uso proposicional dará lugar a un razonamiento demostrativo.

Del mismo modo, y sobre todo en los procesos penales de tipo adversarial-acusatorio, si las partes pueden formular acuerdos sobre hechos y pruebas, también es posible que indirectamente —por concesión— o directamente —por acuerdo— las partes fijen el significado de los términos a emplearse en la disputa. Se trata de conceptos que, aunque no sean en sí mismos portadores de *akribeia*, las partes del proceso dialéctico se comprometen a no problematizar su significación —que ya se encuentra acordada de antemano—.

Los conceptos "aporéticos", por su parte, son aquellos que, por no encontrarse definidos de manera autoritativa ni las partes disputantes logran acuerdo sobre ellos, requieren del proceso dialógico para dar con la significación más convincente. Para ello, debe tenerse en cuenta el principio expresado por Aristóteles (1988) en sus *Tópicos*: para los razonamientos dialécticos, se parte de cosas plausibles o verosímiles, que son "las que parecen bien a todos, o a la mayoría, o a los sabios, y, entre estos últimos, a todos, a la mayoría o a los más conocidos y reputados" (p. 90). Es decir que en el proceso dialéctico de disputa sobre el significado de los términos, el recurso a otras fuentes del derecho, fundamentalmente a la doctrina y la jurisprudencia, permite dar apoyo a las significaciones de los términos en las afirmaciones que se usen en la discusión

37 Cfr. Villey (1978, p. 96); Lértora Mendoza (2001).

jurídico-penal. Una excepción se daría en el caso de la jurisprudencia vinculante, pues esta definiría *autoritativamente* el concepto y, en esa medida, no sería un concepto aporético.

Por otro lado, podríamos distinguir entre conceptos jurídico-penales *simpliciter*, es decir, en sí mismos y absolutamente hablando, y conceptos jurídico-penales *secundum quid*, esto es, aquellos que sólo son jurídico-penales de determinado modo. Esta distinción se funda en el tipo de pertenencia al derecho penal. Los conceptos jurídico-penales *simpliciter* son aquellos que pertenecen radicalmente —en el sentido etimológico del término: *radix*, "raíz"— al derecho penal. Así, conceptos como "error de tipo", "error de prohibición", "imputabilidad", "tentativa" son radicalmente penales de la parte general. Por su parte, todos los *nomen iuris* que se les dan a los delitos tipificados en la parte especial son también radicalmente penales: "robo", "hurto", "defraudación", etcétera.

Del mismo modo, el término "hipoteca" pertenece radicalmente al derecho real, o el término "pagaré" pertenece radicalmente al derecho comercial.

Una vez identificado un concepto jurídico-penal como *simpliciter*, al pertenecer al ámbito específico del derecho penal, se entiende que sus definiciones sean logradas con el consenso de sus teóricos y operadores en el proceso dialéctico. Los conceptos jurídico-penales *secundum quid*, por su parte, serán usados en el discurso jurídico-penal asumiendo las significaciones y definiciones que ya les vienen dadas por las otras disciplinas —bien sean otras ramas del derecho o de otras disciplinas científicas—.

Esta última distinción, pese a tener un carácter más teorético que práctico, otorga cierta utilidad a los efectos de obtener definiciones autoritativas: cuando en la ley penal se utiliza el término "letra hipotecaria" (art. 173, inc. 14) la definición debe buscarse preferentemente y con primacía en el derecho comercial, pues a este pertenece radicalmente, y su uso en el Código Penal es accidental. Se trata de conceptos jurídicos, pero solo accidentalmente jurídico-penales.

## 6.2 El *verum-factum* como dato apodíctico

Además, tal distinción entre conceptos jurídicos *simpliciter* y *secundum quid* permite traer al ámbito del derecho penal los aportes realizados por Giambattista Vico (1709, p. 33) y sus conceptos *verum-factum*. Vico desarrolló el concepto de *verum-factum* diciendo: *geometrica demonstramus, quia facimus: si physica demonstrare possemus, faceremus*.[38] (Explicando el texto viquiano, se ha dicho que

38 Demostramos las cosas geométricas porque las hacemos. Si pudiéramos demostrar las cosas de la

> [e]l verum-factum es "constructivismo eidético", es decir, regla de nuestro conocimiento para definir el procedimiento por el que se hacen algunas de nuestras ideas. Si descubrimos las condiciones de la producción de nuestras ideas —su génesis— entonces sabremos los límites del conocimiento humano. Lo genético nos da la pauta de lo inteligible; en tanto podamos hacer una cosa, la podremos conocer, de manera que, para el hombre, la posibilidad de captar su inteligibilidad dependerá de la capacidad de hacer la cosa. (Pastor Muñoz, 1995, p. 27)

Si vemos el asunto de los conceptos y su problematicidad a la luz de la teoría viquiana, el asunto da un giro copernicano: aquellos conceptos denominados "normativos", en la medida en que no responden a una realidad previamente dada, sino que son, en mayor o menor medida, constructos teóricos o legales, son *hechos fabricados* por el legislador o el jurista; vale decir, son *verum-factum*.

Esta idea viquiana del *verum-factum* pone al problema de la relación ser-deber ser en una nueva perspectiva y ofrece una alternativa contra el normativismo: si algunos conceptos del derecho penal son normativos, entonces son creaciones del legislador o intérprete y, en esa medida —como todo creador—, conoce con certeza lo creado, la aproximación a dichos conceptos no será aporética, sino apodíctica. No cabría, respecto de tales conceptos, ningún tipo de valoración, sino solo la constatación de los elementos conceptualmente necesarios para que tal realidad se tenga por acreditada.

Aunque no pueda abordarla aquí en profundidad, me interesa poner de resalto que la tesis de Austin (1982) puede proporcionar algunos tópicos y complementar el concepto de *verum-factum*. Me refiero, especialmente, a la función realizativa o creadora de ciertas clases de enunciados, tal como lo adelanta el título de su obra *Cómo hacer cosas con palabras*. Esta interpretación acerca de la posible vinculación entre Vico y Austin ha tenido ya algún tratamiento por un gran estudioso del pensamiento viquiano:

> Vico parece intuir desde las primeras fases de su especulación filosófica (que a nuestro juicio está estrechamente ligada a la retórica) que el hombre —por usar libremente la expresión de Austin— tiene la posibilidad de "hacer cosas con palabras"; y eso, en primer lugar, por medio del "nominar". (Giuliani, 1999, p. 41)

Por último, conviene traer a colación la existencia de *conceptos prácticos* y *conceptos teóricos*. Tal como explica Lamas (2002), en toda la tradición clásica se afirmó la existencia de conceptos prácticos:

---

física, las haríamos.

> Así como existe una aprehensión de cosas bajo una pura formalidad cognoscitiva —de la que resultan conceptos como los de hombre, árbol, animal, río, etcétera—, así también existen aprehensiones de cosas prácticas: un contrato, un utensilio, el matrimonio, el delito etcétera. (p. 51)

Estos conceptos prácticos tienen no sólo la característica de ser referencias operativas, sino que también denotan que existen *cosas cuyo ser está definido por un hacer*. Su esencia misma, independientemente de su uso en el ámbito de la racionalidad práctica, deja ver la íntima relación que existe entre el ser y el obrar: son conceptos cuya definición, su ser (plano ontológico) sólo puede darse por referencia a su operatividad.

Esto resulta esencial para la comprensión de la relación entre ser y deber ser en el realismo clásico: sólo se puede imponer al hombre, como deber, aquello que se sabe que puede hacer, y sólo se sabe lo que el hombre puede hacer si se conocen sus potencialidades, esto es, su naturaleza.

## 7. Negación de la falacia naturalista

Entiendo que el problema lógico de la relación del "ser" y del "deber ser" puede ser abordado a partir de la regla del silogismo, que impide deducir cualquier tipo de conclusión si se parte de dos premisas débiles. Las premisas débiles no se reducen a las premisas negativas y las particulares, sino que incluyen también a las normativas o deónticas, ello así por cuanto, como vimos, las proposiciones normativas o deónticas no afirman ni niegan nada.

La simetría que pretendo poner de relieve es la que existe entre el binomio "ser-deber ser" y el binomio "es-no es", tal como lo puso de manifiesto Tomás de Aquino (1963), al tratar expresamente el tema en I-II, Q. 94, at. 2.

Si una de las premisas es particular, ella resulta débil porque implica tanto una afirmación como una negación. En efecto, la proposición que afirma "algunos mamíferos son terrestres" conlleva en sí una negación: "algunos (otros) mamíferos no son terrestres". Esa es la razón por la que de dos premisas particulares no se sigue nada: nunca se puede saber qué partes del todo se están comparando y, en definitiva, se corre el riesgo de estar haciendo un silogismo de cuatro términos.

Queda demostrado así que las premisas particulares y las premisas negativas comparten al menos una razón que impide deducir de ellas una conclusión. Resulta claro, pues, que, tanto con proposiciones particulares como con proposiciones negativas, el silogismo también resulta débil. Su conclusión será

necesariamente negativa —siempre que la otra premisa sea afirmativa—, y en el caso de que ambas premisas fueran negativas, no se deduce nada.

Las premisas normativas o deónticas participan de esa misma naturaleza débil, pues no afirman ni niegan nada acerca de la realidad. La proposición que diga "el autor debe tener mayor pena que el partícipe" no se refiere, *per se*, a una realidad. Sólo conectando esa premisa con una premisa fuerte podría concluirse válidamente. De dos proposiciones normativas o deónticas, por ser ellas premisas débiles, no se deduce nada. Al exigirse que al menos una de las premisas sea teórico-especulativa, queda salvado el problema lógico de la conexión entre los ámbitos especulativo y práctico.

Entiendo que le asiste mucha razón a Bunge (1999) cuando afirma que no hay tal cosa como una lógica deóntica y que el desarrollo de una lógica práctica ha obscurecido los problemas en lugar de aclararlos:

> [U]n patrón común de los preceptos legales presentes en los códigos estadounidenses es éste: "Quien haga X será multado con no más de $ Y o encarcelado por no más de Z años, o ambas cosas". Con seguridad, la forma de este enunciado es equivalente al condicional "Si una persona hace X, quedará sujeta a las penas Y o Z ("o" incluyente). Y este patrón, desde luego, se ajusta a la lógica corriente. Esto permite a abogados y jueces argumentar coherentemente sin esperar que los filósofos den con un sistema convincente de lógica deontológica. (p. 391)

En el mismo sentido, afirma Massini-Correas (1993) que

> [e]s necesario precisar que consideramos a los juicios morales estimativos como juicios teóricos, contrariamente a lo sostenido por Kalinowski [2018, pp. 130 y ss.], quien los considera juicios prácticos; en rigor, se trata de juicios *materialmente prácticos*, ya que, su objeto es práctico (la conducta libre del hombre), pero no *formalmente tales*, ya que su estructura no es práctica; v. gr. el juicio "estudiar es bueno" no tiene la forma de una proposición práctica, e. d., directiva del obrar humano. Otra cosa sucede con los juicios *normativos*, estructurados con un *functor* deóntico (debe ser..., debe no ser..., etc.), que son claramente prácticos; lo que se afirma aquí para los juicios, vale igualmente para las proposiciones que son su resultado. (p. 82)

Por su parte, conviene delimitar el alcance del concepto "bueno" a los efectos de aclarar algunas confusiones frecuentes. Afirmar que éste es exclusivo del ámbito práctico resulta falso. La proposición "A es bueno" es meramente descriptiva. Se trata, como afirma Massini-Correas en el texto citado (1993), de proposiciones estimativas que sólo tendrán incidencia práctica si es conectada

con una proposición normativa que dijera: "lo bueno debe ser hecho". Por lo demás, esas proposiciones estimativas tampoco pueden ser consideradas como un motivo premoral para la acción.[39] En efecto, desde el punto de vista lógico-semántico, no existe ninguna diferencia entre la proposición que dice "este automóvil es bueno" y otra que reza "aquella acción es buena". Ambas son proposiciones estimativas; sin embargo, no puede afirmarse que la primera tenga un contenido premoral.

Sánchez Ostiz (2002), por su parte, también concluye de manera convergente a lo que aquí se sostiene cuando afirma que

> los enunciados normativos admiten juicios de verdad o falsedad, es decir, tienen dimensión veritativa, y no sólo fundan declaraciones de voluntad, opiniones de mayor o menor conveniencia, de mera oportunidad, etc. En la medida en que admitan ser juzgados con arreglo a si son verdaderos o falsos, podría prevenirse el reproche de arbitrariedad que en ocasiones se dirige al modo de proceder con los enunciados normativos. (p. 149)

Sin embargo, el profesor de Navarra incurre, según creo, en un error lógico. Es que, pese a admitir una dimensión veritativa[40] en las proposiciones normativas, sostiene que no puede entenderse su verdad como correspondencia con objetos exteriores, sino que, al destacar la inserción de tales juicios en el orden de la razonabilidad práctica, "se trata de constatar la correspondencia de estos con los principios y premisas de los que derivan [...] Su criterio de verdad no es la correspondencia o no con un objeto exterior, sino *con los principios de los que derivan esos enunciados*" (Sánchez Ostiz, 2022, p. 150).[41] El error lógico consiste en confundir la *verdad* de una proposición con la *corrección* en la inferencia. Es sabido que la derivación de enunciados a partir de otros enunciados está regida por las reglas del silogismo y, en tanto conclusión de un razonamiento, el enunciado derivado no puede calificarse de verdadero o falso, sino sólo válido o inválido. Y si lo que se quiso decir es que la verdad de la conclusión deriva de

---

39 Cfr. Finnis (2000, p. 66 y ss.)

40 Von Wright (2001) pone de resalto que, para los positivistas lógicos de comienzos del siglo XX, carecía de sentido hablar de una lógica de las normas y de cualquier dimensión veritativa: "Las normas se asimilaban a los imperativos y los juicios de valor a las exclamaciones, es decir, a entidades de las que era obvio que no se podía decir que tuvieran valor de verdad" (p. 24). Admite la dimensión veritativa de las normas Kalinowsky (2018): "Las expresiones con la estructura sintáctica de una proposición estimativa, normativa e incluso imperativa (cuando se trata especialmente del imperativo-norma) caen bajo las categorías de lo verdadero y de lo falso" (p. 240).

41 El destacado me pertenece.

la verdad de aquellos principios usados como premisas, se evade el problema, pues debería explicar el autor cómo se determina la verdad de los principios usados en las premisas.

Queda demostrado, pues, que, si se parte de considerar que las premisas prácticas son premisas débiles, resulta una exigencia lógica que todo silogismo práctico deba ser construido con una premisa práctica (premisa débil) y una premisa teórico-especulativa (premisa fuerte), de lo contrario, el silogismo no podría concluir válidamente.

Lejos de constituir una falacia, y muy por el contrario, resulta un requisito lógico de primer orden que toda proposición normativa sea conectada, en el marco de un silogismo, con una premisa teórico-especulativa.

## 8. Conclusiones

Aunque coincido con Sánchez Ostiz (2002) en su posición acerca de la necesidad de evitar la arbitrariedad en la construcción de los conceptos de la dogmática penal, ello sólo es posible controlando los procesos lógico-argumentales en los que se fundan las conclusiones, es decir, garantizar lo razonable —lógicamente válido— frente a la arbitrariedad —lógicamente inválido—. Pero debe insistirse en que una cosa es la corrección de una inferencia y otra diferente es determinar la verdad de las premisas, pues aun de premisas falsas podría derivarse lo verdadero —*per accidens*—, según el conocido principio lógico que reza *ex verum nisi verum, ex falso quodlibet* (de lo verdadero sólo se sigue lo verdadero, de lo falso se sigue cualquier cosa).

En lo referente a la tesis de Moore (1959), entiendo que muchas de sus afirmaciones caen en saco roto si se realiza una serie de distinciones previas. Así, corresponde distinguir el término *bueno* en tanto adjetivo del término "lo bueno", usado como sustantivo. El profesor de Cambridge realiza esta distinción (Moore, 1959, p. 8). Así, en la frase "ayudar al prójimo es bueno" es usado como adjetivo, mientras que en la frase "lo bueno es apetecido" es usado como sustantivo. Asimismo, aclara que, cuando se refiere a la indefinibilidad, se refiere a "lo bueno" como adjetivo. Y el problema se esclarece si se presta atención a la afirmación moreana sobre que "el sustantivo al que se aplica el adjetivo 'bueno' debe ser la totalidad de aquello a que se aplica el adjetivo" (p. 8). En síntesis, y así lo dice expresamente el filósofo inglés, "lo bueno", como sustantivo, sería definible, pero "bueno", como adjetivo, es indefinible.

Esta distinción me parece fundamental ya que, como expresa Beuchot (1981),

> el sujeto significa a la realidad individual (substrato material individual o *suppositum*) sobre el que versa la predicación, en tanto el predicado significa una formalidad (propiedad formal) que se adjudica al sujeto. Aquí se hace presente una aplicación de la teoría hilemórfica del tomismo. El o los sujetos están por la parte de la materia, mientras que el predicado está por la parte de la forma; así indican la parte material y la parte formal de los componentes que se relacionan (con relación de inherencia o de otro. tipo) en la cosa o estado de cosas aludido. (pp. 96-97)

Mi particular posición respecto a la denominada Ley de Hume coincide con la propuesta, aunque someramente desarrollada, por Bunge (1999). Dice el epistemólogo argentino que

> [e]stipulamos que una norma bien fundada es la que se basa tanto en leyes (naturales o sociales) como en juicios de valor. Por ejemplo, la norma "nunca acorrale a su oponente" puede justificarse de la siguiente manera: (a) los individuos acorralados son propensos a reaccionar violentamente (ley psicológica); y (b) la violencia es mala (juicio de valor) [...] Idealmente, todas las normas legales deberían estar tan bien fundadas en el conocimiento científico como los mejores estándares ambientales, de seguridad y de salud. (p. 390)

Como pone de relieve el mismo autor, Kelsen (1982, p. 62), al afirmar que las normas pueden tener cualquier clase de contenido, rechaza esta postura.

Debo, con todo, marcar algunas diferencias entre mi planteo y el de Bunge. Uno es el referido a los denominados por él como "juicios de valor". Para este autor, esas proposiciones tendrían una implicancia práctica, ordenada a la acción. Por mi parte, como sostuve más arriba, admito con Massini-Correas (1993) que, desde el punto de vista lógico, los juicios de valor (o proposiciones estimativas), al no contener un conector deóntico, no refieren necesariamente a la acción ni implican deber alguno (como cuando decimos "Juan es un buen cantante").

Ello se explica no sólo por ejemplos como el que acabo de poner, en el que —pese a incorporar el término "bueno"— no se hace referencia a ningún deber, sino también por el hecho evidente de que no todas las acciones buenas son moralmente —ni jurídicamente— obligatorias, conclusión a la que se llegaría de admitirse que lo bueno equivale al deber. La bondad sólo se torna práctica en la medida en que existe una proposición normativa que ordena la acción que encarna dicha bondad o prohíbe su contraria. Sin un *functor* o conector deóntico no hay normatividad en la proposición.

La existencia de un momento especulativo y noético ha sido defendida, como se dijo más arriba, por Villey (1978). El valor existe en las cosas reales y, en esa medida, enseña el francés, podemos acceder a este por vía de la observación. Esto no debe, sin embargo, llevarnos a la creencia de que su aprensión sea una tarea fácil:

> La justa proporción de los bienes y de las cargas en un grupo social (para la cual se determina la parte que pertenece a cada particular) es una cosa que *es*, que el jurista tendrá por función discernir y de decir en el indicativo. Sin duda nos es menester tener en cuenta que el conocimiento humano, enfrentado a semejante problema, se revela imperfecto; él tantea; está condenado a la dialéctica, incapaz jamás de concluir en fórmulas estables y precisas. Pero del jurista se exige una solución; le será necesario construirla parcialmente, de allí que en su obra entrará una parte necesaria de invención [...] Incluso cuando el oficio del jurista no es puramente especulativo, sino que también es creación, fabricación, *poiesis*, aun así el derecho propiamente dicho no mantiene una relación inmediata con la praxis. (p. 169)

Esta postura, que también reclama una prosapia viquiana (del jurista se exige una solución y le "será necesario *construirla* parcialmente") es perfectamente coherente con el pensamiento aristotélico. En efecto, dice Lértora Mendoza (2014) que

> [l]a distinción aristotélica, por otra parte, es solidaria con su concepto predominantemente teórico del saber, según el cual toda praxis se funda en una teoría y por eso su filosofía práctica es una filosofía "segunda" o derivada. (p. 371)

No se me escapa que, para una mentalidad sistematicista, ligada necesariamente a un cierto racionalismo, la propuesta de un abordaje dialéctico de los conceptos podría parecer incompatible con el ideal de una ciencia penal uniforme, plenamente coherente, construida y elaborada *more geométrico* y cuyas consecuencias supuestamente sistemáticas, con paradójica jactancia, los penalistas suelen presentar en contra de las evidencias.

No se me escapa tampoco el riesgo de que, en uso de una pretendida dialéctica, se pueda caer también en un racionalismo constructivista. Para evitar eso, debe ponerse el foco en que el derecho es algo real, encarnado en la conducta humana y no un constructo de la razón, como pretendió el iusnaturalismo moderno. Si se pierde de vista la objetividad y facticidad del derecho, se corre el seguro riesgo de comenzar a construir conceptos y definiciones que, como ha

puesto de resalto Bobbio, citando a Grúa (Bobbio, 1965, p. 12), fue el *leitmotiv* de las codificaciones del siglo XVIII, creaciones jurídicas *ex nihilo* con las cuales se pretendía forzar a la realidad social y política para adecuarla a supuestas verdades racionales *a priori*.

La construcción de un sistema conceptual que le dé la espalda a la realidad no sólo incurrirá en el horrible pecado de crear un "Hombre Nuevo"[42] ideado en probeta en los laboratorios del jurista y el legislador. Además, construirá un edificio conceptual —el de la dogmática penal sistematicista— que ya ha dado muestras de ruina.

Esas promesas incumplidas de la dogmática penal, tal como ha puesto de relieve Dubber (2005), deben darnos el valor para asumir, de una vez por todas, la problematicidad intrínseca del conocimiento ético y jurídico, tal como hicieron en la escolástica:[43]

> Mientras que la gramática y todas sus derivaciones nunca generaron problemas ni rechazos, la dialéctica sí los tuvo, probablemente debido a los resultados heterodoxos a que llegaban los dialécticos más que al método en sí. (Lértora Mendoza, 2014, p. 375)

Asimismo, me atrevo a conjeturar que, tras todas aquellas afirmaciones y teorías acerca de la existencia de elementos o conceptos normativos en la teoría del delito, éstas sólo conducen a aumentar la cuota de discrecionalidad de quien debe tomar una decisión frente a un caso concreto. Una *teoría abierta a valoraciones* constantes, una teoría que *normativiza* los conceptos de la teoría del delito no deja de ser, como mínimo, peligrosa para la seguridad jurídica y su pretendida universalidad sólo se asienta, al modo kantiano, en el consenso valorativo —relativista y cambiante— de los operadores del sistema penal.

Se trata, en definitiva, de poner en cuestionamiento el constructivismo que ha signado la teoría del delito.

---

42 Sobre el concepto de Hombre Nuevo y el rol del derecho en su configuración, se ha dicho que "si se confía en la aplicación de la ley para mutar la naturaleza humana, el Derecho inspirado por esa utópica categoría política se convierte en lo contrario a su naturaleza: en un instrumento para destruir la sociedad existente" (Negro Pavón, 2009, p. 40).

43 No deja de llamar la atención el hecho de que Bobbio (1965, p. 10), al referirse a los momentos en que la lógica tuvo "estrecho parentesco con el derecho", sólo haga referencia a tres corrientes: el

## Bibliografía

Agüero, S. (2025). ¿Son las normas proposiciones? Un itinerario a seguir y el ejemplo de Giovanni Tarello. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (49), 81-113. https://doi.org/10.14198/doxa.27817

Alchurrón C. y Bulygin, E. (1998). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Astrea.

Aristóteles. (1988). *Tratados de Lógica. Organon* (Trad. M. Candel San Martín). Gredos.

Austin, J. L. (1982). *Cómo hacer cosas con palabras* (Trad. G. Carrió y E. Rabossi). Paidós.

Balmes, J. (1943). *Filosofía Elemental* (Tomo II). Araluce.

Beuchot, M. (1981). *La filosofía del lenguaje en la Edad Media*. Universidad Nacional Autónoma de México.

Bobbio, N. (1965). *Derecho y lógica* (Trad. A. Rossi). Universidad Nacional Autónoma de México.

Bunge, M. (1999). *Las ciencias sociales en discusión* (Trad. H. Pons). Sudamericana.

Caturelli, A. (2011). *Orden natural y orden moral. Lecciones de filosofía moral*. Gladius/Universidad Católica de La Plata

Castañeda D. (2004). En torno al fundamento de la *ars inveniendi* en la razón práctica. *Ars Iuris, 31*, 305-321.

Cobo del Rosal, M. (2000). Prólogo. En Roxin, C. (2000), *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* (pp. 1-4), Marcial Pons.

Collin, E. (1951). *Manual de filosofía tomista* (Tomo II). Luis Gili.

Derisi, O. (1951). *Los Fundamentos Metafísicos del Orden Moral*. Instituto Luis Vives de Filosofía.

Díaz y García Conlledo, M. (2007). Problemas actuales de autoría y participación en los delitos económicos. *Nuevo Foro Penal, 3*(71), 115-144.

Díaz y García Conlledo, M. (2022). A las vueltas con el dolo. En Gómez Martín, V. Bolea Bardon, C., Gallego Soler, J., Hortal Ibarra, Jby Jubert, U., (Dir.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo* (pp. 541-559). Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DP-2022-246

Dubber, M. (2005). The Promise of German Criminal Law: A Science of Crime and Punishment. *German Law Journal, 6*(7), 1049-1071. https://doi.org/10.1017/S2071832200014127

Elton, M. (2015). Experiencia de los principios morales: Kant y Tomás de Aquino. *Veritas*, (33), 45-69. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-92732015000200003

Faraldo Cabana, P. (2008). Posibilidades de aplicación de la autoría mediata con aparatos organizados de poder en la empresa. En Serrano-Piedecasas, J. R. y Demetrio Crespo, E. (Dirs.), *Cuestiones actuales de Derecho penal económico* (pp. 89-130). Colex.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal* (Trad. P. A. A. Ibáñez, R. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, R. Cantarero Bandrés). Trotta.

Finnis, J. (2000). *Ley Natural y Derechos Naturales*. Abeledo Perrot.

iusnaturalismo moderno o racionalista, a la jurisprudencia de conceptos y al neokantismo, evitando toda referencia a la escolástica, que fue —de modo más ostensible— la que cultivó la lógica y la dialéctica incluso para el orden práctico.

Frege, G. (2017). *Ensayos de semántica y filosofía de la lógica* (Trad. L. Valdéz Villanueva). Tecnos.

Gadamer, H. G. (1999). *Verdad y Método* (Tomo I). Editorial Sígueme.

García Amado, J. (2019). Neokantismo y Derecho Penal. Sobre el papel y el sentido de la dogmática penal y sobre el papel de los penalistas en los regímenes autoritarios. *El Almacén de Derecho*. https://almacendederecho.org/neokantismo-y-derecho-penal

Gentile, F. (2002). El ordenamiento jurídico. Geometría legal y dialéctica jurídica. En *Los Principios y el Derecho Natural en la metodología de las ciencias prácticas* (pp. 87-110). EDUCA.

Giuliani, A. (1999). La filosofía retórica de Vico y la Nueva Retórica. *Cuadernos sobre Vico, 11-12*, 33-46, https://revistascientificas.us.es/index.php/Vico/article/view/13896/11976

González Lagier, D. (1995). *Acción y norma en G. H. von Wright*. Centro de Estudios Constitucionales.

Habermas, J. (2005). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trotta.

Hruschka, J. (2009). *Imputación y Derecho Penal*. BdeF.

Hume, D. (1984). *Tratado de la naturaleza humana* (Trad. F. Duque). Editorial Orbis.

Jellinek, G. (2000). *Teoría general del Estado* (Trad. F. de los Ríos). Fondo de Cultura Económica.

Jescheck, H. (1981). *Tratado de Derecho Penal* (Vol. 1, Trad. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde). Bosch.

Jiménez de Asúa, L. (1967). *La ley y el delito. Principios de Derecho penal.* Sudamericana.

Kalinowski, G. (2018). *El problema de la verdad en la moral y el derecho*. Olejnik.

Kaufmann, A. (1977). *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna* (Trad. E. Bacigalupo y E. Garzón Valdez). Depalma.

Kelsen, H. (1950). Causality and Imputation. *Ethics. An International Journal of Social, Political, and Legal Philosophy, LXI*(1).

Kelsen, H. (1982). *Teoría Pura del Derecho* (Trad. R. Vernengo). Universidad Autónoma de México.

Lamas, F. (2002). Percepción e inteligencia jurídicas. En *Los Principios y el Derecho Natural en la metodología de las ciencias prácticas* (pp. 11-56). EDUCA.

Lértora Mendoza, C. (2001). Verdad, apodicticidad y argumentación. Algunos casos de S. Tomás, Aristóteles y Averroes Presentes. *Veritas, 46*(3), 417-430. https://doi.org/10.15448/1984-6746.2001.3.35019

Lértora Mendoza, C. (2014). Escolástica y filosofía práctica. Dos aspectos en Tomás de Aquino. *Nuevo Pensamiento, 4*(4), 369-394.

Liszt, F. (2014). *Las tareas y los métodos de la ciencia del Derecho Penal*. Instituto Pacífico.

Massini-Correas, C. (1993). La falacia de la falacia naturalista. *Persona y Derecho*, (29), 47-96. https://doi.org/10.15581/011.32225

Maritain, J. (1975). *El orden de los conceptos*. Club de Lectores.

Mezger, E. (1958). *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Bibliográfica Argentina.

Mir Puig, S. (2005). Los límites del normativismo en Derecho penal. *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, (7), 1-24. https://revistacriminologia.com/07/recpc07-18.pdf

Moore, G. E. (1959). *Principia Ethica*. Universidad Autónoma de México.

Mosterín, J. (2013). Naturaleza humana, biología y convención. *Estudios Públicos*, (131), 103-136.

Negro Pavón, D. (2009). *El mito del hombre nuevo*. Encuentro.
O'Connor, D. J. (1967). *Aquinas and Natural Law*. Macmillan.
Olivecrona, K. (1959). *El derecho como hecho*. Depalma.
Pardo, M. y Patterson, D. (2011). Fundamentos filosóficos del Derecho y la neurociencia. *InDret*, (2/2011). https://indret.com/fundamentos-filosoficos-del-derecho-y-la-neurociencia/
Pastor Muñoz, J. (1995). El sentido común en Vico. *Cuadernos de Filosofía. Excerpta e dissertationibus in philosophia, V*, 11-108.
Radbruch, G. (1944). *Filosofía del Derecho*. Revista de Derecho Privado.
Rhonheimer, M. (2000). *Ley natural y razón práctica. Una visión tomista de la autonomía moral*. Ediciones Universidad de Navarra.
Rocamora García-Valls, P. (2024). Neurociencia y Derecho penal. *Colección Real Academia Europea de Doctores*, (179). https://raed.academy/wp-content/uploads/2024/11/Neurociencia-y-Derecho-Penal-por-Pedro-Rocamora-Garcia-Valls.pdf
Ross, A. (1994). *Sobre el derecho y la justicia*. Editorial Universitaria de Buenos Aires.
Roxin, C. (1979). *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. (Trad. E. Bacigalupo). Depalma.
Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General* (Tomo I, Trad. M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, J. Vicente Remesal). Civitas.
Roxin, C. (2000). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Marcial Pons.
Roxin, C. (2002). *Política criminal y sistema de Derecho penal* (Trad. F. Muñoz Conde). Hammurabi.
Salinas, J., Yoldjian, G. y Minicucci, M. (2024). La autoría mediata de los administradores de empresas en virtud de su dominio de organización. Una construcción dogmática de dicho concepto. *Lecciones y Ensayos*, (112). http://revistas.derecho.uba.ar/index.php/revistalye/article/view/2777
Sánchez Ostiz, P. (2019). Lo normativo y lo fáctico. En García Cavero, P. y Chinguel Rivera, A. I. (Coords.), *Derecho Penal y Persona* (pp. 25-60). Ideas.
Sánchez Ostiz, P. (2022). Los límites de lo normativo. *InDret*, (3/2022). https://doi.org/10.31009/InDret.2022.i3.05
Sánchez Ostiz, P. (2024). La fuerza de lo normativo. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (26/12), 1-40. http://criminet.ugr.es/recpc/26/recpc26-12.pdf
Schünemann, B. (1991). Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal. En Schünemann, B. (Comp.), *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales* (pp. 31-80). Tecnos.
Schünemann, B. (2001). La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. En *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología* (pp. 643-664). Ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia.
Silva Sánchez, J. (2010). *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. BdeF.
Spinoza, B. (2000). *Ética demostrada según el orden geométrico*. Trotta.
Tomás de Aquino. (1963). *El ente y la esencia* (Trad. M. Benot). Aguilar.
Vico, G. (1709). *De nostri temporis studiorum ratione*. https://archive.org/details/bub_gb_~51-MbIsk0C/page/n1/mode/2up
Villey, M. (1978). *Método, fuentes y lenguaje jurídicos*. Ghersi.

Vernaux, R. (1980). *Introducción general y lógica*. Herder.
Von Wright, G. (2001). *Normas, verdad y lógica* (Trad. C. Alarcón Cabrera). Fontamara.
Welzel, H. (2001). *El nuevo sistema del Derecho penal. Introducción a la doctrina de la acción finalista* (Trad. J. Cerezo Mir). BdeF.
Welzel, H. (2005). *Introducción a la filosofía del Derecho. Derecho natural y justicia material.* BdeF.
Wittgenstein, L. (1988). *Investigaciones filosóficas*. Ed. Instituto de Investigaciones Filosóficas, Universidad Nacional Autónoma de México.

## Jurisprudencia citada

Tribunal Supremo de España. (2020). Sentencia del 5 de mayo de 2020. https://vlex.es/vid/844421200

## 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.

# Ejecución asimétrica de las medidas ordenadas por la Corte Interamericana: análisis de los casos contra el Perú (2016-2020)

**Edwin Adolfo Morocco Colque**[1]

Universidad Privada del Norte (Perú)

edwin.morocco@upn.edu.pe

https://orcid.org/0000-0003-4110-7878

**José Manuel Romero Pardo**[2]

Universidad César Vallejo (Perú)

josromeropar@gmail.com

https://orcid.org/0000-0002-1697-3101

**Jessie Catherine Tapia Diaz**[3]

Universidad Privada del Norte (Perú)

jessie.diaz@upn.edu.pe

https://orcid.org/0000-0002-5146-4169

**Recibido:** 04/03/2026

**Aceptado:** 15/05/2026

https://doi.org/10.26422/RJA.2026.0701.mor

1 Docente Investigador de la Dirección de Investigación e Innovación de la Universidad Privada del Norte. Investigador RENACYT (Perú). Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Máster en Derecho Constitucional, Justicia Constitucional, Interpretación y Derechos Fundamentales por la Universidad Castilla-La Mancha. Magíster en Investigación y Docencia Universitaria por la Universidad Católica de Trujillo Benedicto XVI. Abogado egresado y titulado en la Universidad Privada del Norte. Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación, Aplicación de la Constitución y Tutela de Derechos Fundamentales por la Universidad de Castilla-La Mancha.

2 Abogado egresado y titulado en la Universidad César Vallejo de Trujillo. Magíster en Investigación y Docencia Universitaria por la Universidad Católica de Trujillo. Primer puesto en el III Concurso Internacional: 40 años del Código Civil, organizado por la Universidad César Vallejo, articulista.

3 Doctora en Derecho, docente universitaria y gestora académica en la Coordinación de Derecho en la Universidad Privada del Norte. Magíster en Comercio Internacional por la Universidad Complutense de Madrid. Magíster en Investigación y Docencia Universitaria, con estudios terminados de la Maestría en Informática Educativa y Tecnologías de la Información. Especialista en Protección Supranacional de los Derechos Fundamentales por la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad Complutense de Madrid.

**Resumen**
El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituye una condición esencial para la efectividad del Sistema Interamericano, en tanto permite convertir la declaración de responsabilidad internacional en reparaciones concretas para las víctimas. No obstante, la fase de ejecución continúa siendo uno de sus ámbitos más frágiles, especialmente cuando las medidas ordenadas exigen reformas normativas, coordinación interinstitucional sostenida o capacidades estatales complejas de implementación. En ese contexto, el presente artículo tiene por objetivo analizar la ejecución asimétrica de las medidas ordenadas por la Corte Interamericana en las sentencias dictadas contra el Perú durante el periodo 2016-2020, identificando los patrones de implementación según el tipo de medida de reparación. Metodológicamente, el estudio adopta un enfoque jurídico-empírico basado en el análisis de doce sentencias, a partir de las cuales se sistematizaron 59 medidas de reparación clasificadas en 6 categorías jurídicas y evaluadas conforme a 3 niveles de cumplimiento: total, parcial e incumplimiento. Los resultados muestran que la ejecución no se desarrolla de manera uniforme, sino conforme a un patrón de cumplimiento fragmentado y diferenciado: las medidas de satisfacción y ciertas obligaciones económicas delimitadas presentan mayores niveles de implementación, mientras que las medidas de investigación y sanción, rehabilitación y garantías de no repetición evidencian mayores niveles de postergación. En conclusión, el caso peruano revela una lógica selectiva y estructuralmente diferenciada de ejecución, que limita la reparación integral y exige comprender el cumplimiento estatal no como la realización aislada de actos de acatamiento, sino como la implementación integral, coherente y efectiva del conjunto de obligaciones convencionales ordenadas por la Corte.

**Palabras clave:** Corte Interamericana de Derechos Humanos, supervisión de cumplimiento de sentencias, cumplimiento estatal, medidas de reparación, tribunales internacionales, derecho internacional de los derechos humanos.

## Asymmetric implementation of measures ordered by the Inter-American Court: analysis of cases against Peru (2016-2020)

**Abstract**
Compliance with the judgments of the Inter-American Court of Human Rights is essential for the effectiveness of the Inter-American System, as it allows for the transformation of declarations of responsibility into concrete reparations for victims. However, the implementation phase remains one of its most fragile aspects, especially when the measures ordered require regulatory reforms, sustained inter-institutional coordination, or complex state implementation capacities. In this context, this article aims to analyze the asymmetric implementation of the measures ordered by the Inter-American Court in judgments issued against Peru during the period 2016-2020, identifying implementation patterns according to the type of reparation measure. Methodologically, the study adopts a legal-empirical approach based on the analysis of twelve judgments, from which 59 reparation measures were syste-

matized, classified into 6 legal categories, and evaluated according to 3 levels of compliance: full, partial, and non-compliance. The results show that implementation is not uniform, but rather follows a fragmented and differentiated pattern: measures of satisfaction and certain delimited economic obligations show higher levels of implementation, while those related to investigation and punishment, rehabilitation, and guarantees of non-repetition show greater levels of postponement. In conclusion, the Peruvian case reveals a selective and structurally differentiated logic of implementation, which limits comprehensive reparations and requires understanding state compliance not as the isolated performance of acts of compliance, but as the comprehensive, coherent, and effective implementation of the set of conventional obligations ordered by the Court.

**Key words:** Inter-American Court of Human Rights, monitoring compliance with judgments, state compliance, reparations, international courts, International human rights law.

## 1. Introducción

El cumplimiento de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) constituye un aspecto fundamental para la efectividad del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, en la medida en que permite materializar las reparaciones ordenadas frente a violaciones acreditadas y garantizar una tutela efectiva a las víctimas. Sobre ello, en la doctrina se ha identificado la fase de ejecución como uno de los principales puntos de fragilidad del sistema, pues es allí donde se evidencia la distancia entre la declaración internacional de responsabilidad y su implementación en el ámbito interno de los Estados (Salmón, 2019), circunstancia que compromete la eficacia práctica de la justicia internacional.

En este contexto, el incumplimiento o cumplimiento parcial de las sentencias interamericanas comprende una problemática estructural que afecta a los Estados parte, donde las dificultades no se concentran en la aceptación formal de la jurisdicción de la Corte IDH, sino en la falta de mecanismos internos eficaces para ejecutar las medidas ordenadas, como, por ejemplo, aquellas que implican reformas institucionales o garantías de no repetición (Fonseca et al., 2020), lo cual evidencia tensiones entre las obligaciones internacionales y las capacidades estatales internas.

El caso peruano refleja esta problemática, puesto que, a pesar de que el Estado reconoce la competencia de la Corte IDH y participa de forma activa en el sistema regional, la ejecución de las sentencias emitidas en su contra presenta serias deficiencias. El análisis de las sentencias emitidas contra el Perú durante el periodo 2016-2020 permite advertir que, de un total de doce decisiones exa-

minadas, la mayoría registra un cumplimiento parcial de las medidas ordenadas, incluso persisten supuestos de incumplimiento total.

Sin embargo, un análisis basado únicamente en la constatación del nivel de cumplimiento resulta insuficiente para comprender la complejidad del fenómeno, pues no permite identificar cómo se ejecutan concretamente las distintas obligaciones internacionales ni en qué tipos de medidas se concentran los mayores déficits de implementación (Salmón, 2019), siendo que la ejecución diferenciada de las medidas de reparación ha sido identificada por la doctrina como una de las principales limitaciones para la efectividad de la reparación integral en el ámbito interamericano, generando una afectación al derecho de acceso a la justicia (López, 2019).

En este escenario, resulta pertinente analizar el cumplimiento de las sentencias interamericanas no solo en términos globales, sino también atendiendo a la forma en que se ejecutan los distintos tipos de medidas ordenadas. Ello permitirá identificar un fenómeno de ejecución asimétrica de las medidas, entendido como la aplicación desigual de reparaciones derivadas de obligaciones convencionales igualmente exigibles en función de su naturaleza jurídica (Salmón, 2019), lo que conduce a un cumplimiento fragmentado de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado (Fonseca et al., 2020).

Desde esta perspectiva, el presente artículo tiene por objetivo analizar la ejecución asimétrica de las medidas ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias dictadas contra el Perú durante el periodo 2016-2020, identificando los patrones de implementación según el tipo de medida de reparación. A partir de dicho análisis, el estudio busca aportar evidencia empírica que permita comprender los alcances reales de la reparación integral en el contexto peruano y contribuir al debate jurídico sobre la eficacia del Sistema Interamericano en la fase de ejecución de sus decisiones.

En atención a ello, la hipótesis que orienta el presente estudio sostiene que la ejecución de las sentencias de la Corte IDH contra el Perú durante el periodo 2016-2020 no se desarrolla de manera uniforme, sino que presenta un patrón asimétrico, en virtud del cual las medidas de menor complejidad institucional y mayor verificabilidad formal —como las de satisfacción y ciertas obligaciones económicas específicas— alcanzan mayores niveles de cumplimiento, mientras que las medidas que exigen coordinación interinstitucional sostenida —reformas estructurales o actuación jurisdiccional compleja, como investigación y sanción, rehabilitación y garantías de no repetición— registran mayores niveles de postergación o incumplimiento.

## 2. La ejecución de las sentencias de la Corte IDH

### 2.1 Naturaleza obligatoria de las sentencias interamericanas

Las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen carácter jurídicamente vinculante para los Estados que han reconocido su competencia contenciosa conforme a lo dispuesto en el artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En tal sentido, su cumplimiento no constituye una opción política ni una cuestión de conveniencia administrativa, sino una obligación convencional derivada del principio *pacta sunt servanda*, que les impone a los Estados el deber de ejecutar de buena fe las decisiones adoptadas por los órganos internacionales cuya jurisdicción han aceptado (Sentencia de la Corte IDH, *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*, párr. 11; Correa y Resqueti, 2023). Por ello, la falta de cumplimiento o el cumplimiento incompleto de una sentencia compromete la responsabilidad internacional del Estado.

Asimismo, la ejecución de las sentencias interamericanas forma parte del contenido material del derecho de acceso a la justicia en su dimensión internacional, puesto que la tutela efectiva no se satisface con la sola emisión de una decisión declarativa, sino con la implementación real de las reparaciones ordenadas (Salmón, 2019; Sentencia de la Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*, párr. 27). Desde esta perspectiva, la fase de ejecución no constituye un momento accesorio del proceso interamericano, sino el espacio en el que se verifica si la obligación internacional impuesta al Estado ha producido efectivamente los resultados jurídicos previstos en la sentencia.

En consecuencia, todas las medidas ordenadas por la Corte IDH deben ser cumplidas en sus propios términos y con igual fuerza obligatoria, sin que el Estado pueda justificar demoras o ejecuciones parciales en dificultades internas de naturaleza política, administrativa o institucional (Sentencia de la Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi vs. Perú*, párr. 77). Esta premisa resulta central para el presente estudio en la medida en que permite examinar si, pese a dicha igualdad normativa, la implementación de las medidas ordenadas contra el Perú durante el periodo 2016-2020 se desarrolló de forma diferenciada según su naturaleza jurídica.

### 2.2 La reparación integral en la jurisprudencia interamericana

En la jurisprudencia interamericana, la reparación integral constituye una consecuencia jurídica directa de la declaración de responsabilidad internacional

del Estado y tiene por finalidad restablecer, en la mayor medida posible, la situación anterior a la vulneración de derechos. No se trata de una medida accesoria ni discrecional, sino de un conjunto de obligaciones exigibles que buscan reparar de manera completa los efectos producidos por la violación declarada (Sentencia de la Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, párrs. 25-26). Desde esta lógica, la eficacia de la tutela internacional depende no solo del reconocimiento del derecho vulnerado, sino también de la implementación efectiva de las medidas de reparación ordenadas.

La Corte IDH ha sistematizado estas reparaciones en distintas categorías, entre las que destacan la restitución, la indemnización, la satisfacción, la rehabilitación, la investigación y sanción y las garantías de no repetición (Sentencia de la Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, párrs. 25-26; Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2025). Estas medidas operan de manera complementaria y no jerarquizada, pues todas integran un mismo programa reparador orientado a restablecer derechos, compensar daños, dignificar a las víctimas y prevenir la reiteración de las violaciones. Por ello, el cumplimiento fragmentado de algunas medidas y la postergación de otras no puede considerarse compatible con la noción de reparación integral, aun cuando existan avances parciales en la ejecución (Salmón, 2019).

Desde esta perspectiva, la trascendencia jurídica de diferenciar entre tipos de medidas no gira en torno a determinar orden jerárquico entre ellas, sino en identificar que cada una tiene distintos niveles de complejidad institucional para su respectiva implementación, por lo cual el estudio del cumplimiento no debe limitarse a determinar si una sentencia fue acatada en términos generales, sino a examinar cómo se ejecutan las distintas obligaciones que la integran. Este enfoque permite advertir si el Estado desarrolla patrones diferenciados de implementación y si tales diferencias afectan la integralidad de la reparación ordenada por la Corte (Fonseca et al., 2020; Ortiz, 2018).

## 3. Ejecución asimétrica de las medidas de reparación

### 3.1 La ejecución como problema jurídico, no meramente administrativo

La ejecución de las sentencias de la Corte IDH debe ser comprendida como un problema jurídico de cumplimiento de obligaciones convencionales y no como una etapa subordinada a la discrecionalidad administrativa del Estado. Esta caracterización se deriva del hecho de que las medidas ordenadas por la Corte imponen deberes jurídicos concretos que deben ser implementados mediante

actos normativos, jurisdiccionales y administrativos coordinados, orientados a producir efectos jurídicos verificables. En este sentido, cuando el derecho interno actúa como vehículo de ejecución, no lo hace en clave de mera gestión, sino como instrumento para materializar obligaciones internacionales previamente asumidas, cuyo incumplimiento genera responsabilidad estatal en el plano convencional (Ortiz, 2018).

Desde la perspectiva del Sistema Interamericano, la ejecución se configura como una obligación convencional de resultado en la medida en que el Estado no solo debe desplegar actuaciones, sino también garantizar que las medidas ordenadas produzcan los efectos jurídicos previstos en la sentencia. La Corte IDH ha precisado, en el marco de la supervisión de cumplimiento, que los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias para asegurar la plena implementación de lo resuelto, lo cual desplaza cualquier lectura formalista centrada en el trámite o en la emisión de actos internos sin impacto real (Sentencia de la Corte IDH, *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*, párr. 115). En consecuencia, la ejecución se evalúa jurídicamente en función del resultado alcanzado y no del número de gestiones reportadas.

Concebir la ejecución como una cuestión meramente administrativa tiende a reducir el análisis del cumplimiento a la existencia de oficios, informes o actos de trámite, invisibilizando el estándar jurídico que exige la efectividad de las reparaciones. Frente a ello, la doctrina ha advertido que la ejecución debe ser objeto de control jurídico, tanto interno como internacional, en cuanto supone la fase en la que se verifica si el Estado ha satisfecho o no la obligación convencional impuesta por la sentencia (Miranda, 2014). Este enfoque permite desplazar la atención desde la actividad formal hacia la evaluación sustantiva del impacto de las medidas implementadas.

El impacto jurídico del cumplimiento parcial se manifiesta con especial claridad cuando las medidas ejecutadas no alcanzan a producir los efectos reparadores previstos en la sentencia. En diversos procesos de supervisión, la Corte ha reconocido avances formales del Estado, pero ha mantenido abiertas las medidas al constatar que la reparación material continúa siendo asumida por las propias víctimas o sus familiares (Sentencia de la Corte IDH, *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*, párrs. 11-12). Esta situación revela que la ejecución debe analizarse distinguiendo entre actos de ejecución y resultado reparador, siendo únicamente este último el criterio relevante para declarar el cumplimiento en sentido jurídico.

En atención a ello, cabe indicar que la persistencia de cumplimientos parciales también menoscaba el rol preventivo del Sistema Interamericano, en virtud

de que debilita la capacidad de las sentencias para repercutir en las prácticas estatales que propiciaron la violación. Sobre esto, la doctrina ha señalado que esta forma de ejecución fragmentada reduce el impacto transformador de las decisiones interamericanas y consolida patrones de implementación selectiva, en los que se priorizan medidas de bajo costo político o administrativo (Fonseca et al., 2020). Este fenómeno refuerza la necesidad de analizar la ejecución como un problema jurídico estructural.

### 3.2 Tipos de medidas de reparación ordenadas por la Corte IDH

En primer lugar, la tipología de medidas ordenadas por la Corte IDH permite examinar la implementación a partir de un enfoque jurídico diferenciado, puesto que esta clasificación no es solo descriptiva, pues la naturaleza de cada medida incide en su exigibilidad y en los obstáculos que enfrenta en el orden interno. Como explica Salmón (2019), el grado de complejidad estructural de la obligación condiciona sus niveles de cumplimiento, lo que obliga a evaluar la ejecución atendiendo a la calidad jurídica de la respuesta estatal y no solo a su formalización.

En relación con ello, cabe indicar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sistematizado las medidas de reparación dispuestas en sus sentencias en seis categorías principales (restitución, indemnización, satisfacción, rehabilitación, investigación y sanción y garantía de no repetición), las cuales se establecen en virtud del principio de reparación integral consagrado en el artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además, esta clasificación permite comprender la naturaleza jurídica de las obligaciones impuestas a los Estados y constituye un criterio relevante para analizar su ejecución diferenciada en la práctica.

Respecto a la restitución, esta constituye la primera modalidad de reparación identificada por la Corte IDH y tiene como finalidad restablecer la situación jurídica previa a la vulneración, cuando ello resulte materialmente posible (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2025). Esta categoría puede implicar la reposición en el cargo, la devolución de bienes o el restablecimiento de derechos laborales o civiles. No obstante, su ejecución depende frecuentemente de decisiones administrativas o judiciales internas que pueden generar fricciones competenciales. Sobre ello, Ivanschitz (2013) advierte que la implementación de decisiones internacionales requiere armonizar la estructura institucional doméstica con el mandato supranacional.

La indemnización abarca la compensación por daños patrimoniales y extrapatrimoniales, comprendiendo también el daño moral (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2025). Aunque normalmente se considera una medida de ejecución directa, su implementación no siempre es automática. Respecto a ello, Fonseca et al. (2020) señalan que las reparaciones pecuniarias requieren mecanismos administrativos claros y previsión presupuestaria adecuada, sin los cuales pueden producirse retrasos o fraccionamientos en el pago, por tanto, la indemnización no se reduce a una transferencia económica, sino que exige procedimientos internos que garanticen la integridad del monto fijado y la oportunidad del desembolso, asegurando que la compensación cumpla efectivamente su función reparadora.

Las medidas de satisfacción comprenden acciones simbólicas sin alcance económico, dirigidas a dignificar a las víctimas y a reconocer de manera pública la responsabilidad internacional del Estado (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2025). Estas medidas tienen una dimensión restaurativa relevante debido a que contribuyen a la reparación del daño inmaterial, y aunque a nivel formal son menos complejas, requieren voluntad institucional y una efectiva coordinación intersectorial para su ejecución efectiva (Correa y Resqueti, 2023), por lo cual su cumplimiento no solo es un acto protocolar aislado, sino también una manifestación de reconocimiento jurídico que restablece la confianza en el orden normativo.

La rehabilitación comprende aquellas medidas destinadas a reparar daños físicos y psicológicos, incluyendo la provisión de atención médica y tratamiento especializado para las víctimas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2025). A diferencia de la indemnización, cuya ejecución puede agotarse en un acto único de transferencia económica, la rehabilitación implica prestaciones continuadas que requieren coordinación intersectorial sostenida y mecanismos administrativos estables. En concordancia con ello, Fonseca et al. (2020) explican que la implementación de reparaciones internacionales demanda estructuras internas capaces de dar seguimiento permanente a obligaciones que no se agotan en una sola actuación.

Del mismo modo, las medidas de investigación y sanción implican la búsqueda de la verdad de los hechos y la determinación de responsabilidades penales o disciplinarias (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2025). Esta categoría se vincula directamente con el deber estatal de debida diligencia y con la obligación de combatir la impunidad, puesto que la interacción entre jurisdicción interna y obligaciones convencionales puede generar tensiones cuando

no existen mecanismos claros para dar prioridad a las órdenes internacionales (Oré y Chipa, 2023). Por tanto, la ejecución de esta medida depende de la actuación autónoma de órganos jurisdiccionales, lo que aumenta su complejidad y explica las dificultades recurrentes observadas en su implementación práctica.

Por último, las garantías de no repetición buscan evitar que las vulneraciones de derechos se reproduzcan en el futuro, mediante reformas normativas, capacitación institucional o adecuaciones estructurales (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2025). Esta categoría posee un alcance transformador, pues incide en la organización y funcionamiento del aparato estatal. Sobre ello, Goldfarb (2023) sostiene que el cumplimiento de decisiones internacionales constituye una prueba de la capacidad del Estado para integrar estándares externos dentro de su sistema jurídico, en consecuencia, las garantías de no repetición representan el nivel más profundo de implementación, al exigir cambios estructurales que trascienden la reparación individual y proyectan efectos preventivos hacia el futuro.

### 3.3 Conceptualización de la ejecución asimétrica

El examen del cumplimiento de decisiones internacionales exige partir de una premisa metodológica básica: no toda obligación se ejecuta de forma plena, inmediata o uniforme. Carbonell (2021), al sistematizar las teorías del cumplimiento del derecho internacional, explica que sus conclusiones pueden proyectarse al ámbito de las decisiones jurisdiccionales internacionales y, además, recoge estudios que muestran que los Estados cumplen (pero no en su totalidad) las obligaciones provenientes de sentencias de tribunales de derechos humanos. Esta descripción permite descartar una visión estrictamente binaria del cumplimiento y abre paso a un análisis más preciso sobre grados, ritmos y modalidades de implementación de las obligaciones internacionales.

Esa premisa se refuerza si se considera que la eficacia del derecho internacional no depende exclusivamente de un aparato centralizado de coerción, puesto que sería un error considerar ineficaz al derecho internacional por la ausencia de una fuerza policial transnacional, ya que la sociedad internacional cuenta con instituciones y procedimientos para hacer cumplir el ordenamiento jurídico internacional (Ojeda, 2022). En consecuencia, el cumplimiento puede presentar comportamientos diferenciados no porque la obligación deje de ser jurídica, sino porque su ejecución depende de condiciones variables de presión, incentivo y respuesta estatal.

Sin embargo, la explicación del problema no puede quedarse en el plano externo, porque toda obligación internacional debe materializarse mediante el derecho interno. En ese punto, Ariza y De la Rosa (2019) muestran que, en muchos Estados, las normas internacionales requieren incorporación al orden doméstico y que, incluso bajo esquemas monistas moderados, una norma interna contraria al derecho internacional puede mantenerse vigente provisionalmente mientras no sea transformada por las autoridades competentes, siendo que dicha aplicación puede generar responsabilidad internacional del Estado. Por tanto, la ejecución no solo depende de la existencia de la obligación, sino también de la capacidad estatal para adecuar su marco normativo e institucional.

En esa medida, el análisis del cumplimiento no debe agotarse en una constatación general sobre si el Estado acató o no una sentencia internacional, sino que debe examinar la forma concreta en la que se ejecutan las distintas obligaciones que la integran. Ello se justifica porque la fase de ejecución no constituye un momento meramente accesorio, sino el espacio en el que se verifica si la decisión internacional logra producir efectos reales en el orden interno. Por tanto, cuando unas medidas avanzan y otras permanecen rezagadas dentro de una misma sentencia, el problema ya no es solo de cumplimiento, sino también de distribución diferenciada de la implementación (Salmón, 2019).

La ejecución asimétrica no se identifica sin más con el cumplimiento parcial, porque ambos conceptos operan en planos distintos del análisis. Mientras este último describe el estado incompleto de una obligación concreta, la ejecución asimétrica permite examinar la distribución desigual del cumplimiento entre distintas medidas contenidas en una misma sentencia o en un mismo conjunto de decisiones. En ese sentido, Carbonell (2021) muestra que las decisiones internacionales pueden cumplirse de manera no total, Salmón (2019) advierte que el análisis no debe agotarse en una constatación global del acatamiento y López (2019) permite vincular esa diferencia con la capacidad interna de implementación.

En atención a ello, la ejecución asimétrica puede concebirse como una forma de cumplimiento fragmentado, en la cual las medidas contenidas en una misma decisión jurisdiccional internacional reciben niveles distintos de implementación debido a factores normativos, institucionales y de capacidad estatal. Por ello, esta noción no cuestiona la obligatoriedad de la sentencia, sino que describe una ejecución desigual entre obligaciones equivalentes en fuerza vinculante.

En ese sentido, la asimetría se presenta cuando algunas medidas encuentran vías internas más accesibles de cumplimiento, mientras que otras requieren ma-

yores procesos de adecuación normativa, coordinación institucional o sostenimiento administrativo. En consecuencia, esta categoría permite analizar selectividades internas de ejecución que afectan la integralidad del programa reparador.

## 4. Análisis del cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH en el Perú (2016-2020)

### 4.1 Corpus de análisis y delimitación temporal

El corpus de análisis está conformado por las sentencias contenciosas emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado peruano entre los años 2016 y 2020, tomando como criterio exclusivo el año de emisión de la sentencia de fondo, reparaciones y costas. Esta delimitación responde a una lógica metodológica precisa: analizar un periodo cerrado y homogéneo que permita evaluar patrones estructurales de cumplimiento. Del mismo modo, el periodo seleccionado constituye una unidad temporal suficiente para identificar tendencias de implementación, especialmente en un contexto de consolidación institucional del sistema interamericano y de mayor sistematización de la información sobre ejecución.

El corpus incluye exclusivamente decisiones contenciosas que declararon responsabilidad internacional del Perú y ordenaron medidas de reparación concretas. Se excluyen opiniones consultivas, medidas provisionales y resoluciones de supervisión autónomas, en tanto el objetivo es evaluar la implementación de obligaciones derivadas directamente de sentencias condenatorias. La unidad de análisis adoptada no es únicamente la sentencia como documento integral, sino cada una de las medidas ordenadas en su parte resolutiva, lo que permite examinar niveles diferenciados de implementación dentro de una misma decisión. Esta elección metodológica es fundamental para detectar fenómenos de ejecución asimétrica.

La codificación del grado de cumplimiento se realizó tomando como fecha de corte la última resolución de supervisión disponible dentro del periodo de observación. Cuando una medida comprendía varios componentes, se consideró como unidad analítica la obligación individualizable contenida en la parte resolutiva de la sentencia, asignándose el nivel de cumplimiento según el resultado material predominante verificado en las resoluciones de supervisión. En ese sentido, cuando la medida se encontraba aún abierta, pero registraba avances sustanciales y verificables en su implementación, fue clasificada como cumplimiento parcial. Este criterio permitió uniformizar la codificación y reforzar la consistencia del análisis empírico.

Del mismo modo, las medidas ordenadas en cada sentencia fueron clasificadas en seis categorías jurídicas: (i) garantías de no repetición, (ii) indemnización, (iii) restitución, (iv) investigación y sanción, (v) rehabilitación y (vi) satisfacción. Esta tipología permite vincular el análisis empírico con el marco teórico desarrollado en el capítulo anterior. Asimismo, cada medida fue codificada según su estado de implementación durante el periodo analizado, empleando tres niveles: cumplimiento total, cumplimiento parcial e incumplimiento. La calificación se realizó atendiendo a la verificación material del efecto ordenado por la Corte y no únicamente a la existencia de actos administrativos formales.

En coherencia con estos criterios, la Tabla 1 no se limita a enumerar casos, sino que identifica para cada sentencia el año de emisión, el tipo predominante de medidas ordenadas y el número total de medidas susceptibles de clasificación. Esta estructura permite visualizar el universo empírico sobre el cual se aplicará el análisis de niveles de implementación, garantizando concordancia entre la delimitación metodológica expuesta en el texto y la información sistematizada en la matriz.

**Tabla 1**
**Sentencias analizadas**

| N.° | Caso | Año | Tipo predominante de medidas | N° total de medidas ordenadas |
|---|---|---|---|---|
| 1 | *Tenorio Roca y otros vs. Perú* | 2016 | - Investigación y sanción.<br>- Restitución.<br>- Satisfacción.<br>- Garantías de no repetición.<br>- Indemnización. | 10 |
| 2 | *Pollo Rivera y otros vs. Perú* | 2016 | - Investigación y sanción.<br>- Satisfacción.<br>- Indemnización. | 4 |
| 3 | *Zegarra Marín vs. Perú* | 2017 | - Restitución.<br>- Satisfacción.<br>- Indemnización. | 5 |
| 4 | *Lagos del Campo vs. Perú* | 2017 | - Satisfacción.<br>- Indemnización. | 4 |
| 5 | *Trabajadores Cesados de Petroperú vs. Perú* | 2017 | - Satisfacción.<br>- Indemnización. | 3 |

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| 6 | *Caso Munárriz Escobar y otros Vs. Perú* | 2018 | - Investigación y sanción.<br>- Restitución.<br>- Rehabilitación.<br>- Satisfacción.<br>- Indemnización. | 8 |
| 7 | *Terrones Silva y otros vs. Perú* | 2018 | - Investigación y sanción.<br>- Restitución.<br>- Rehabilitación.<br>- Satisfacción. | 10 |
| 8 | *Muelle Flores vs. Perú* | 2019 | - Restitución.<br>- Satisfacción.<br>- Indemnización. | 5 |
| 9 | *Rosadio Villavicencio vs. Perú* | 2019 | - Restitución.<br>- Satisfacción.<br>- Indemnización. | 5 |
| 10 | *ANCEJUB-SUNAT vs. Perú* | 2019 | - Satisfacción.<br>- Garantías de no repetición.<br>- Indemnización. | 5 |
| 11 | *Azul Rojas Marín y otra vs. Perú* | 2020 | - Investigación y sanción.<br>- Satisfacción.<br>- Rehabilitación.<br>- Garantías de no repetición.<br>- Indemnización. | 11 |
| 12 | *Casa Nina vs. Perú* | 2020 | - Garantías de no repetición.<br>- Indemnización. | 4 |

Fuente: elaboración propia.

En primer lugar, la tabla permite advertir que las sentencias dictadas contra el Perú entre 2016 y 2020 no presentan una estructura uniforme en cuanto al número ni al tipo de medidas ordenadas. Mientras algunos casos concentran un conjunto amplio de obligaciones que abarcan varias categorías de reparación, otros contienen un número más reducido y limitado de medidas. Esta variación cuantitativa y cualitativa resulta relevante, pues refleja que la intensidad de las obligaciones convencionales impuestas al Estado depende de la naturaleza de los hechos declarados y del tipo de violación acreditada por la Corte.

En segundo término, se observa que ciertas categorías de medidas se repiten de manera constante en casi todos los casos analizados, especialmente las indemnizaciones y ciertas medidas de satisfacción, como las publicaciones oficiales. Ello evidencia un patrón estructural en la práctica decisoria de la Corte IDH, que incorpora de forma reiterada componentes patrimoniales, simbóli-

cos y de seguimiento procesal. En contraste, las medidas vinculadas con investigación penal —rehabilitación o reformas institucionales— no se presentan en todos los expedientes, sino que se concentran en casos asociados a violaciones graves como desaparición forzada o tortura.

Del mismo modo, los casos que comprenden obligaciones de investigación y sanción, reformas normativas o creación de protocolos especializados advierten una mayor cantidad de medidas en comparación con aquellos que se limitan a reparaciones económicas o declarativas. Ello resulta central para el análisis posterior, ya que permite anticipar que las exigencias institucionales derivadas de cada sentencia no son equivalentes, aunado a que las medidas estructurales demandan coordinación interinstitucional, asignación presupuestal y voluntad política sostenida, factores que inciden directamente en su ejecución.

Por consiguiente, cabe indicar que la Tabla 1 cumple una función delimitadora dentro del estudio, en la medida en que organiza las medidas ordenadas según su naturaleza jurídica antes de examinar su grado de cumplimiento. Esta sistematización constituye el punto de partida para identificar, en las etapas posteriores del análisis, si la implementación estatal presenta variaciones relevantes según el tipo de obligación impuesta. En consecuencia, la información presentada permite estructurar el examen empírico y avanzar hacia la verificación de la hipótesis relativa a la ejecución asimétrica de las sentencias interamericanas en el caso peruano.

En esa línea, se consideró cumplimiento total cuando la medida había sido declarada cumplida por la Corte o cuando la documentación oficial permitía verificar la satisfacción íntegra del efecto reparador ordenado; cumplimiento parcial cuando existían avances verificables, pero persistían aspectos pendientes o la medida continuaba bajo supervisión; e incumplimiento cuando no existía evidencia suficiente de implementación material dentro del periodo estudiado. Por consiguiente, esta codificación se efectuó privilegiando el resultado reparador efectivamente alcanzado y no solo la existencia de actos formales de trámite.

### 4.2 Grado de ejecución por tipo de medida

Una vez delimitado el corpus y clasificadas las medidas conforme a su naturaleza jurídica, corresponde examinar el grado de ejecución alcanzado en el periodo 2016-2020. Para ello, cada medida fue codificada en tres estados excluyentes: cumplimiento total, cumplimiento parcial e incumplimiento; esta clasificación

no respondió a un criterio meramente formal, sino a la verificación material del efecto ordenado en la sentencia. En consecuencia, la evaluación no se basó únicamente en la existencia de informes, oficios o actuaciones administrativas, sino también en la constatación de si la medida había producido, de manera total o parcial, el resultado reparador exigido por la Corte.

**Tabla 2**
**Tipos de medidas vs grado de cumplimiento**

| Tipo de medida | Cumplimiento total | Cumplimiento parcial | Pendientes de cumplimiento | Total de medidas |
|---|---|---|---|---|
| Garantías de no repetición | 1 | | 6 | 7 |
| Indemnización | 8 | 2 | 12 | 22 |
| Restitución | 2 | 1 | 4 | 7 |
| Investigación y sanción | | | 4 | 4 |
| Rehabilitación | | | 5 | 5 |
| Satisfacción | 11 | | 3 | 14 |
| Total general | 22 | 3 | 34 | 59 |

Fuente: elaboración propia.

Los resultados evidencian que, del total de 59 medidas clasificadas por tipo, solo una fracción limitada alcanzó cumplimiento total, mientras que lo que predomina son las medidas pendientes de ejecución. Esta distribución cuantitativa confirma que el cumplimiento integral de las sentencias interamericanas no se materializa de manera uniforme ni completa. Como advierte Salmón (2019), el fenómeno del cumplimiento parcial o diferido constituye una constante en la práctica latinoamericana, reflejando tensiones estructurales entre la obligación convencional asumida por el Estado y su capacidad institucional de implementación. En el caso peruano, la concentración de pendientes en varias categorías sugiere que la ejecución no alcanza un estándar de cierre integral dentro del periodo evaluado.

En la categoría de garantías de no repetición se observa que, de siete medidas ordenadas, solo una alcanzó cumplimiento total, mientras que seis permanecen pendientes. Esta proporción revela una brecha significativa entre la obligación de reformar o adecuar estructuras normativas y la efectividad de tales reformas en la práctica. Correa y Resqueti (2023) sostienen que las garan-

tías de no repetición implican transformaciones institucionales profundas que suelen requerir voluntad política sostenida y coordinación interorgánica compleja. La elevada proporción de medidas pendientes confirma que este tipo de obligación presenta mayores obstáculos estructurales que aquellas de ejecución administrativa inmediata.

Las medidas indemnizatorias constituyen el grupo más numeroso, con veintidós disposiciones en total. De ellas, ocho fueron cumplidas totalmente, dos parcialmente y doce permanecen pendientes. Si bien esta categoría muestra un número absoluto mayor de cumplimientos totales en comparación con otras, el volumen de pendientes indica que la ejecución económica tampoco alcanza niveles de completitud satisfactorios. Fonseca et al. (2020) explican que incluso las reparaciones pecuniarias pueden enfrentar retrasos administrativos, obstáculos presupuestarios o disputas sobre montos y modalidades de pago. La coexistencia de cumplimiento y pendiente dentro de la misma categoría refuerza la idea de implementación diferenciada.

La restitución, con siete medidas registradas, presenta dos cumplimientos totales, uno parcial y cuatro pendientes. Este resultado sugiere que la restitución (que puede implicar reposición en el cargo, reconocimiento de derechos laborales o restablecimiento de situaciones jurídicas) enfrenta dificultades intermedias entre la indemnización y las reformas estructurales. Al respecto, Ivanschitz (2013) señala que la ejecución de sentencias internacionales requiere compatibilizar decisiones judiciales internas con obligaciones supranacionales, lo que puede generar dilaciones cuando la restitución depende de actos jurisdiccionales o administrativos específicos. La proporción de pendientes confirma esa complejidad operativa.

En materia de investigación y sanción, se observa que las cuatro medidas identificadas permanecen pendientes, sin registro de cumplimiento total o parcial. Este resultado es particularmente relevante desde la perspectiva del deber estatal de investigar y sancionar violaciones de derechos humanos. Al respecto, Katrin et al. (2021) han subrayado que la efectividad del sistema interamericano depende en gran medida de la capacidad de los Estados para traducir las órdenes de investigación en resultados judiciales concretos, por lo cual la ausencia de cumplimiento en esta categoría revela una brecha significativa entre el mandato internacional y la actuación del sistema penal interno.

Finalmente, las medidas de rehabilitación y satisfacción muestran una distribución heterogénea. En rehabilitación, las cinco medidas permanecen pendientes, mientras que en satisfacción se registran once cumplimientos totales

frente a tres pendientes. Esta divergencia sugiere que las medidas simbólicas o de reconocimiento público presentan mayores probabilidades de ejecución que aquellas que implican prestación continuada de servicios, como atención médica o psicológica.

### 4.3 Manifestaciones de la ejecución asimétrica en el caso peruano

El presente apartado tiene por propósito identificar los patrones de ejecución diferenciada de las medidas ordenadas por la Corte IDH en los casos analizados contra el Perú en el periodo 2016-2020. Con base en la sistematización previa de las sentencias, se procede ahora a examinar cómo se distribuye el cumplimiento según la naturaleza jurídica de las obligaciones impuestas.

El propósito de este acápite es determinar si existe una tendencia estructural que evidencie una implementación desigual de reparaciones convencionalmente exigibles, por lo cual, este análisis no se limita a la constatación cuantitativa del grado de cumplimiento, sino que también busca identificar regularidades en la forma en que el Estado ejecuta determinados tipos de medidas en comparación con otras.

A efectos metodológicos, en este punto únicamente se consignarán aquellas categorías de medidas que presentan mayor recurrencia en el conjunto de casos examinados (Tabla 3). En consecuencia, no serán consideradas, para el propósito específico de identificación de patrones, aquellas medidas que registren menos de dos repeticiones dentro del universo de sentencias analizadas. Esta delimitación responde a la necesidad de concentrar el examen en tendencias verificables y evitar inferencias construidas sobre supuestos aislados.

**Tabla 3**
**Medidas con incumplimiento recurrente (2016-2020)**

| Tipo de medida | Contenido de la medida | Número de casos con incumplimiento |
|---|---|---|
| Indemnización | Pago por daño emergente, daño material y reintegro de costas y gastos. | 11 |
| | Pagar indemnizaciones compensatorias. | 5 |
| Restitución | Realizar búsqueda rigurosa, sistemática y con recursos humanos, técnicos y económicos adecuados para determinar el paradero de la víctima. | 3 |
| Investigación y sanción | Continuar y concluir con debida diligencia y en un plazo razonable las investigaciones en curso. | 4 |
| Rehabilitación | Brindar gratuitamente y de forma inmediata, adecuada y efectiva, el tratamiento médico y psicológico o psiquiátrico a las víctimas que así lo soliciten. | 4 |

Fuente: elaboración propia.

Aquí se evidencia que la medida con mayor recurrencia de incumplimiento es la indemnización por daño emergente, daño material y reintegro de costas y gastos, presente en once casos. Este dato resulta particularmente significativo porque las obligaciones pecuniarias suelen considerarse de ejecución inmediata y técnicamente menos compleja.

Sin embargo, la reiteración de indemnización pendiente demuestra que incluso las reparaciones económicas enfrentan obstáculos administrativos o presupuestarios. Tal como advierte Salmón (2019), el cumplimiento parcial en materia indemnizatoria refleja déficits estructurales de coordinación interna y no solo problemas asociados al pago en sí. En esa línea, más que a una imposibilidad jurídica de ejecución, estos pendientes parecen responder a deficiencias de coordinación administrativa, asignación presupuestaria y seguimiento institucional.

Asimismo, cinco casos registran incumplimiento en el pago de indemnizaciones compensatorias, lo que refuerza la constatación de que la dimensión económica no alcanza niveles uniformes de cumplimiento. Fonseca et al. (2020) señalan que la ejecución financiera depende de mecanismos administrativos eficaces, aunado a que se ve limitada por normas dentro del ordenamiento interno que dificultan la coordinación de las instituciones designadas en la

ejecución de las sentencias. En referencia a ello, cabe señalar que la persistencia de incumplimientos en esta categoría sugiere que la asignación de recursos no opera automáticamente tras la sentencia internacional, sino que requiere procesos internos que pueden dilatarse considerablemente en la práctica estatal concreta.

Del mismo modo, en materia de restitución, tres casos presentan incumplimiento respecto a la obligación de realizar búsquedas rigurosas, sistemáticas y con recursos adecuados para determinar el paradero de la víctima. Este tipo de medida implica intervención coordinada de autoridades judiciales, policiales y forenses, lo que incrementa su complejidad operativa. Ivanschitz (2013) sostiene que la ejecución de decisiones internacionales requiere armonización efectiva entre niveles institucionales internos, aspecto que frecuentemente genera demoras estructurales. La recurrencia observada confirma que las medidas vinculadas a búsqueda y restitución enfrentan dificultades materiales superiores a las meramente administrativas ordinarias.

Por su parte, las obligaciones de investigación y sanción registran cuatro casos con incumplimiento, lo cual es coherente con la experiencia regional respecto de la justicia transicional y responsabilidad penal. Las órdenes de investigar implican superar inercias institucionales y resistencias estructurales dentro del sistema judicial (Correa y Resqueti, 2023), por lo tanto, la falta de avances concluyentes en el periodo examinado evidencia que la debida diligencia exhortada por la Corte no siempre se traduce en resultados efectivos. Esta persistencia de incumplimiento expone una brecha importante entre mandato internacional y funcionamiento práctico de las entidades gubernamentales en territorio peruano.

Así también, la rehabilitación presenta cuatro casos con incumplimiento en la obligación de brindar tratamiento médico y psicológico adecuado. Este tipo de medida requiere prestación continuada y coordinación intersectorial en el sistema de salud pública. Sobre ello se sostiene que las reparaciones asistenciales demandan estructuras administrativas sostenidas en el tiempo, no simples actos declarativos (Katrin et al., 2021). La recurrencia de pendientes en esta categoría demuestra que las obligaciones de carácter prestacional enfrentan dificultades estructurales comparables a las de investigación penal, consolidando empíricamente el fenómeno de ejecución diferenciada en el contexto peruano contemporáneo.

Dentro del marco del análisis de las manifestaciones de la ejecución asimétrica, corresponde examinar ahora aquellas medidas que, conforme a la

revisión de las resoluciones de supervisión de cumplimiento, registran una ejecución recurrente en los casos analizados. En ese sentido, este apartado se orienta a identificar las obligaciones que el Estado peruano tiende a cumplir con mayor regularidad, a fin de determinar si existe una tendencia consistente hacia la implementación prioritaria de determinados tipos de medidas según su naturaleza jurídica.

Asimismo, dicho análisis permitirá evaluar si esa recurrencia responde a factores estructurales vinculados con su menor complejidad normativa, administrativa o presupuestal. Por consiguiente, esta revisión hará posible contrastar tales hallazgos con las medidas que presentan postergaciones sistemáticas y, con ello, profundizar en la configuración del fenómeno de ejecución asimétrica.

La Tabla 4 permite identificar un conjunto acotado de medidas que presentan cumplimiento recurrente en el periodo 2016-2020, lo que resulta metodológicamente útil para delimitar el lado de ejecución efectiva dentro del fenómeno de ejecución asimétrica.

**Tabla 4.**
**Medidas con cumplimiento recurrente (2016-2020)**

| Tipo de medida | Contenido de la medida | Número de casos con cumplimiento |
|---|---|---|
| Indemnización | Reintegrar al fondo de asistencia legal de víctimas. | 11 |
| Satisfacción | Realizar las publicaciones indicadas en la sentencia. | 12 |
| | Realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional. | 5 |

Fuente: elaboración propia.

En primer término, destaca la obligación de realizar las publicaciones indicadas en la sentencia, con presencia de cumplimiento en doce casos. Este resultado es jurídicamente relevante porque las publicaciones constituyen medidas de satisfacción con un alto componente de verificación formal y relativa baja exigencia de transformación institucional, lo cual suele favorecer su cierre. En ese orden de ideas, la identificación de medidas recurrentemente cumplidas permite advertir que la asimetría no solo se manifiesta en la persistencia del incumplimiento, sino también en la existencia de un repertorio relativamente estable de obligaciones que el Estado sí logra ejecutar con regularidad, lo que refuerza la hipótesis de selectividad en la implementación.

En segundo lugar, la obligación de reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas aparece como una medida con cumplimiento recurrente en once casos, lo cual es particularmente significativo porque se trata de una obligación pecuniaria específica y delimitada, usualmente menos controvertida que la indemnización directa a víctimas o que reparaciones de carácter estructural. El cumplimiento reiterado sugiere que el Estado dispone de canales administrativos para ejecutar transferencias o reintegros vinculados a costas y gastos procesales, no obstante, su alta recurrencia muestra que ciertas obligaciones financieras "acotadas" tienden a ejecutarse con mayor regularidad que aquellas que demandan trámites complejos o controversias internas (Fonseca et al., 2020).

Asimismo, el acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional registra un cumplimiento recurrente en cinco casos, lo cual evidencia una práctica de ejecución simbólica. Esta requiere condiciones de adecuación al contenido de la sentencia, publicidad y significado institucional, lo cual aumenta su dependencia de decisiones políticas y coordinación interinstitucional, por ello, su menor recurrencia relativa frente a otras medidas de satisfacción puede estar vinculada a costos reputacionales, resistencia institucional o dificultades logísticas. Aun así, la presencia de cumplimiento en varios casos sugiere que existe capacidad estatal para ejecutar esta obligación cuando se activa la voluntad institucional y se establecen parámetros operativos claros (Correa y Resqueti, 2023).

Estos hallazgos permiten que la ejecución asimétrica no se exprese únicamente por lo que el Estado posterga, sino también por lo que cumple de manera reiterada. La recurrencia de publicaciones, reintegros al fondo y actos públicos sugiere que el Estado ejecuta con mayor regularidad medidas que presentan tres rasgos: (i) son administrativamente ejecutables sin transformación estructural; (ii) pueden ser verificadas con evidencia documental; y (iii) generan efectos de cumplimiento visibles ante el sistema interamericano. Estas medidas, recurrentemente cumplidas, funcionan como un "núcleo de ejecución" que coexiste con otras obligaciones estructuralmente rezagadas, lo que refuerza la idea de una implementación diferenciada dentro de un mismo marco de obligatoriedad.

En consecuencia, el contraste entre ambos resultados no solo describe avances y rezagos, sino que también ayuda a advertir un patrón estructural de implementación selectiva, siendo que las medidas recurrentemente cumplidas comparten características de verificabilidad formal y ejecución administrativa, mientras que las medidas con incumplimiento recurrente suelen comprender

obligaciones continuadas, procesos judiciales complejos o ajustes normativos que demandan coordinación prolongada. Tal como advierte Salmón (2019), la eficacia del Sistema Interamericano depende de la ejecución integral y no fragmentada de las sentencias, por ello, la evidencia empírica expuesta confirma que la dinámica observada en el caso peruano durante 2016-2020 responde a una implementación desigual que incide en la integralidad de la reparación ordenada.

## 5. Implicancias jurídicas de la ejecución asimétrica

La ejecución asimétrica repercute directamente en la noción de reparación integral, porque altera la coherencia interna del programa reparador diseñado por la Corte IDH. Sobre ello, Carmona (2021) sostiene que la reparación no debe entenderse como una suma aritmética de medidas independientes, sino como un conjunto sistemático orientado a restablecer la situación jurídica vulnerada y prevenir su repetición. En ese sentido, cuando el Estado ejecuta unas obligaciones y posterga otras, se afecta la unidad funcional del remedio y, en consecuencia, la tutela internacional deja de proyectarse plenamente sobre las víctimas, sus derechos y las condiciones que hicieron posible la violación.

Desde la perspectiva del acceso a la justicia, la ejecución incompleta de las sentencias afecta la efectividad del control jurisdiccional internacional, puesto que la fuerza normativa de las decisiones de la Corte IDH está estrechamente ligada a su capacidad de generar consecuencias jurídicas concretas dentro del orden interno (Carmona, 2021). Asimismo, si el cumplimiento se produce de manera selectiva o diferida, la sentencia corre el riesgo de quedar reducida a un pronunciamiento declarativo. En concordancia con ello, Pellegrini (2010) advierte que la tutela judicial efectiva no culmina con el reconocimiento del derecho, sino con su materialización práctica dentro del Estado condenado correspondiente.

Del mismo modo, la problemática advertida expone límites estructurales del modelo peruano de ejecución, de forma puntual en la internalización normativa de las decisiones internacionales. Sobre esto, López (2019) refiere que el cumplimiento de sentencias supranacionales exige procedimientos internos claros en cuanto a coordinación y seguimiento, siendo que, sin estos, la implementación depende de iniciativas dispersas. Por otra parte, Oré y Chipa (2023) destacan que la relación entre jurisdicción interna y obligaciones convencionales puede generar tensiones cuando no existen reglas de articulación

institucional. Estos factores explican por qué algunas medidas, especialmente las que requieren reformas normativas o actuaciones complejas, encuentran dificultades de ejecución en el contexto peruano.

Por lo tanto, la ejecución asimétrica tiene que considerarse como un asunto de eficacia normativa y no como mero problema administrativo. En esa línea, Goldfarb (2023) argumenta que el cumplimiento de las decisiones internacionales es el contraste de la capacidad estatal para integrar las normas externas al orden normativo. También Pardo (2022) razona que la legitimidad del Sistema Interamericano dependerá de los efectos que sus decisiones produzcan en los hechos y no en la mera simbología del cumplimiento. Por ello, los patrones diferenciados de ejecución identificados en este estudio obligan a comprender el cumplimiento estatal no como la realización aislada de actos, sino como la implementación integral de obligaciones convencionales.

Asimismo, los patrones diferenciados de ejecución identificados en este estudio repercuten de forma directa en la eficacia del sistema interamericano, en la medida en que ponen de manifiesto que la decisión internacional no siempre logra proyectarse integralmente sobre el orden interno del Estado. Cuando un determinado conjunto de medidas se cumple de forma recurrente y otro permanece sistemáticamente postergado, se configura una recepción desigual de la sentencia internacional, lo que impide que esta despliegue plenamente sus efectos restitutivos, preventivos y transformadores sobre la situación jurídica vulnerada.

En términos jurídicos, esta dinámica no constituye una simple diferencia administrativa en los ritmos de implementación, sino una forma de satisfacción convencional incompleta. Cuando el Estado ejecuta selectivamente las medidas más verificables o menos costosas y posterga aquellas que exigen transformación institucional, la sentencia pierde parte de su eficacia reparadora y se debilita la unidad funcional del programa de reparación. Así, el cumplimiento estatal deja de entenderse como una verificación meramente formal de obediencia y pasa a revelar un problema jurídico de implementación insuficiente que compromete la eficacia de las obligaciones convencionales.

## 6. Conclusiones

En primer lugar, el estudio confirma la hipótesis planteada al demostrar que la ejecución de las sentencias de la Corte IDH contra el Perú durante el periodo 2016-2020 no se desarrolla de manera uniforme, sino conforme a un patrón de

cumplimiento fragmentado y diferenciado según el tipo de medida ordenada. A partir del análisis de 12 sentencias y de la codificación de 59 medidas en 6 categorías jurídicas, se constató que el cumplimiento total representa una proporción reducida frente al predominio de medidas pendientes o parcialmente ejecutadas; en consecuencia, el cumplimiento no puede ser evaluado únicamente desde una constatación global del acatamiento, sino que también exige examinar la distribución concreta de la ejecución en función de la naturaleza jurídica y de las exigencias institucionales de cada obligación.

En segundo término, la evidencia empírica permite identificar patrones diferenciados de implementación vinculados con la complejidad institucional de las medidas. Las obligaciones de satisfacción y ciertas medidas económicas delimitadas, especialmente aquellas formalmente verificables y administrativamente ejecutables, presentan mayores niveles de cumplimiento. En contraste, las medidas que exigen coordinación interinstitucional sostenida, reformas estructurales, investigación penal o prestaciones continuadas —como la rehabilitación y las garantías de no repetición— muestran mayores niveles de postergación. Este hallazgo permite sostener que la naturaleza jurídica de la medida y las condiciones institucionales requeridas para su implementación inciden directamente en los niveles de cumplimiento observados.

En tercer lugar, el análisis de las medidas con incumplimiento recurrente demuestra que el rezago no es aleatorio, sino que se concentra en obligaciones que suponen mayores exigencias normativas, administrativas y jurisdiccionales para el aparato estatal. En particular, las medidas de investigación y sanción, rehabilitación, búsqueda de víctimas y determinadas reparaciones indemnizatorias de amplio alcance presentan niveles persistentes de incumplimiento o postergación. Ello revela que las principales dificultades no se ubican únicamente en la aceptación formal de la obligatoriedad de las sentencias, sino también en la capacidad efectiva del Estado para traducir los mandatos interamericanos en resultados jurídicos verificables dentro de sus propias estructuras institucionales.

Finalmente, los hallazgos permiten concluir que la ejecución asimétrica constituye una categoría útil para comprender jurídicamente el cumplimiento estatal de obligaciones convencionales, porque permite identificar que la implementación de una misma sentencia puede distribuirse de manera desigual entre medidas equivalentes en fuerza vinculante. Desde esta perspectiva, el cumplimiento no puede entenderse como la realización aislada de ciertos actos de acatamiento, sino como la ejecución integral, coherente y efectiva del conjunto de reparaciones ordenadas. Por ello, la persistencia de patrones diferenciados

de implementación no solo limita la reparación integral de las víctimas, sino que también afecta la efectividad del Sistema Interamericano. En esa línea, el principal aporte del estudio consiste en demostrar que el cumplimiento estatal presenta una lógica selectiva y estructuralmente diferenciada.

## Bibliografía

Ariza, Y. y De la Rosa, O. (2019). Teorías aplicables al derecho internacional e interamericano de Derechos Humanos. *Revista Jurídica*, 11(21), 110-122. https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7485883.pdf

Carbonell, M. (2021). Teorías relativas al cumplimiento del derecho internacional público. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional, XXI*, 469-496. https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2021.21.15600

Carmona, J. (2021). Las vías intraestatales para cumplir las medidas de reparación derivadas de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La imperiosa necesidad de un marco jurídico e institucional específico y eficaz en favor de las víctimas. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 54*(160), 99-154. https://doi.org/10.22201/iij.24484873e.2021.160.15972

Correa, D. y Resquetti, R. (2023). Tensiones y desafíos en la cumplimiento de sentencias internacionales: el papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, 11*(20), 1-25. https://doi.org/10.16890/rstpr.a11.n20.e503

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2025). *Cuadernillos de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. https://biblioteca.corteidh.or.cr/engine/download/blob/cidh/168/2025/50/75065.pdf?app=cidh&class=2&field=168&id=42734&utm_source

Fonseca, T., González, M. y Sierra, P. (2020). La ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico mexicano: ¿eficacia plena? En Bermúdez, M., Pedraza, C. y Sierra, P. (Eds.), *Perspectivas en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario para el Ejército Nacional de Colombia* (pp. 97-126). ESMIC Sello Editorial.

Goldfarb, M. (2023). Ejecución de sentencias contra el estado argentino en los casos de personas vulnerables. *Ius et Praxis, 57*(1), 129-142. https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2023.n057.6254

Ivanschitz, B. (2013). Un estudio sobre el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Estado de Chile. *Estudios Constitucionales, 11*(1), 275-332. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000100008

Katrin, A., Krsticevic, V., Sowe, G. y Stafford, G. (2021). ¿Cómo pueden las ONG impulsar el cumplimiento de sentencias y qué las detiene? Una conversación con líderes de ONG de

América, África y Europa. *Open Society Justice Initiative* y *Human Rights Law Implementation Project.* https://www.justiceinitiative.org/uploads/7efdb360-fb01-413b-904d-7844a927cd0b/implementing-human-rights-decisions-es-20210721.pdf

López, O. (2019). Cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Algunas reflexiones a partir del proceso de reforma en el Sistema Europeo de Derechos Humanos. *Anuario de Derechos Humanos, 15*(2), 213-235. https://doi.org/10.5354/0718-2279.2019.50455

Miranda, M. (2014). La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derecho Humanos en el ordenamiento jurídico. *Revista IDH,* 60, 129-156, https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-instituto-interamericano-dh/article/download/8515/7612

Ojeda, E. (2022). Reflexiones sobre la eficacia del Derecho Internacional Público. *Forseti, Revista de Derecho, 12*(16), 97-112. https://revistas.up.edu.pe/index.php/forseti/article/download/2170/1686/

Oré, A. y Chipa, L. (2023). Aproximación crítica a la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A propósito del caso Barrios Altos. *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, (16), 237-261. https://revista.tc.gob.pe/index.php/revista/article/view/443

Ortiz, M. (2018). Cumplimiento e incumplimiento de las sentencias de la Corte IDH en Bolivia. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 24*(18), 389-411. http://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r39255.pdf

Pardo, O. (2022). Justicia convencional: cumplimiento de sentencias de la CIDH, mandatos y perspectivas 2008-2020. *Novum Jus*, *16*(2), 283-303. https://doi.org/10.14718/NovumJus.2022.16.2.11

Pellegrini, L. (2010). El incumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional, 1*(1), 81-102. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3515/8.pdf

Salmón, E. (2019). El sistema de ejecución de decisiones internacionales sobre derechos humanos en Perú. En Bogdandy, A., Ferrer, E., Morales, M. y Saavedra, P. (Eds.), *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades* (pp. 347-372). Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público.

## Jurisprudencia citada

### Corte Interamericana de Derechos Humanos

*Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 12/03/2020.

*Caso Casa Nina vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24/11/2020.

*Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*, Sentencia, 29/01/1997.

*Caso Lagos del Campo vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 31/08/2017.

*Caso Loayza Tamayo vs. Perú*, Supervisión del Cumplimiento de Sentencia, 06/02/2008.

*Caso Muelle Flores vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 06/03/2019.
*Caso Munárriz Escobar y otros vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 20/08/2018.
*Caso Munárriz Terrones Silva y otros vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26/09/2018.
*Caso Petruzzi y otros vs. Perú*, Excepciones preliminares, 04/09/1998.
*Caso Pollo Rivera y otros vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, 21/10/2016.
*Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*, Fondo, reparaciones y costas, 15/09/2005.
*Caso Rosadio Villavicencio vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 14/10/2019.
*Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 22/06/2016.
*Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 23/11/2017.
*Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Reparaciones y costas, 21/07/1989.
*Caso Zegarra Marín vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 15/04/2017.

## 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. Asimismo, los autores declaran no poseer conflicto de interés alguno.

# El indómito artículo 7 del Código Civil y Comercial: más de medio siglo de errores y repeticiones

**Emmanuel Catardo**[1]

Pontificia Universidad Católica Argentina. Universidad de Salamanca (Argentina/España)

ecatardo@gmail.com

**Recibido:** 20/05/2026

**Aceptado:** 10/03/2026

https://doi.org/10.26422/RJA.2026.0701.cat

**Resumen**

El trabajo examina críticamente el sistema argentino de derecho intertemporal construido a partir de la reforma de 1968 y reproducido, con escasas variaciones, por el art. 7 del Código Civil y Comercial. El análisis parte del régimen originario del Código de Vélez Sarsfield y de la doctrina de los derechos adquiridos, continúa con la recepción de la teoría del efecto inmediato de Paul Roubier y culmina en la formulación vigente del art. 7 y en su aplicación por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Este recorrido permite advertir que, desplazada la doctrina de los derechos adquiridos como criterio rector, subsiste una nueva premisa estructural: la consideración de la aplicación inmediata como regla general y de la retroactividad como supuesto excepcional. Sobre esa base se construyen las categorías centrales del sistema —la noción de vigencia, el concepto de situación jurídica y la propia idea de aplicación inmediata—, cuyas dificultades se revelan con especial claridad cuando los elementos del presupuesto normativo se distribuyen entre leyes sucesivas. El examen de estas categorías conduce a una conclusión distinta: tanto la retroactividad como el efecto inmediato constituyen anomalías dentro del funcionamiento ordinario del sistema jurídico, pues ambas implican que la norma se proyecte sobre hechos, relaciones o efectos que no se encuentran íntegramente comprendidos dentro de su ámbito temporal propio. Ninguna de ellas puede, por ello, erigirse en principio general. Ambas requieren una decisión expresa del legislador y deben quedar sometidas,

1 Abogado (UCA). Grado de Salamanca sobresaliente *cum laude* (Universidad de Salamanca, España). Diploma de Estudios Superiores. Investigador europeo (Universidad de Salamanca). Magíster en Derecho y Magistratura Judicial (Universidad Austral). Diplomatura en Derecho Civil (Universidad Austral). Progetto dottorale di Alta Formazione in Scienze giuridiche (Università Ca' Foscari).

con igual intensidad, al control constitucional. Desde esta perspectiva, el estudio cuestiona la reducción del control intertemporal a criterios predominantemente patrimoniales y propone reconstruir el problema desde la protección de una confianza razonable. Concluye, finalmente, con una propuesta de reformulación integral del art. 7, organizada a partir de la norma y de su presupuesto, distinguiendo entre observabilidad y aplicabilidad y regulando expresamente la incidencia temporal de la ley nueva sobre hechos en curso.

**Palabras clave:** Código Civil y Comercial argentino, derecho intertemporal, retroactividad, aplicación inmediata, conflicto de leyes, derechos adquiridos.

## The Intractable Article 7 of the Argentine Civil and Commercial Code

**Abstract**

The article critically examines the Argentine system of intertemporal law established following the 1968 reform and subsequently reproduced, with only minor variations, in Article 7 of the Civil and Commercial Code. The analysis begins with the original regime of the Vélez Sarsfield Civil Code and the doctrine of vested rights, proceeds through the reception of Paul Roubier's theory of the immediate effect of statutes, and culminates in the current formulation of Article 7 and its application by the Argentine Supreme Court. This development reveals that, although the doctrine of vested rights was displaced as the governing criterion, a new structural premise nevertheless emerged and persisted: the treatment of immediate application as the general rule of the system and retroactivity as an exceptional occurrence. Upon this foundation rest the system's central categories — the notion of legal effectiveness (vigencia), the concept of legal situation, and the very idea of immediate application — whose difficulties become particularly evident where the constituent elements of the normative hypothesis are distributed across successive statutes. The examination of these categories leads to a different conclusion: both retroactivity and immediate effect constitute anomalies within the ordinary operation of the legal system, since each requires a rule to extend to facts, relationships, or effects not entirely encompassed within its own temporal sphere. Neither, therefore, can properly be elevated into a general principle. Both require an express legislative determination and must remain subject, with equal intensity, to constitutional review. From this perspective, the study challenges the reduction of intertemporal review to predominantly patrimonial criteria and proposes a reconstruction of the problem based on the protection of reasonable reliance. It concludes with a proposal for a comprehensive reformulation of Article 7, structured around the rule and its normative hypothesis, distinguishing between observability and applicability and expressly regulating the temporal incidence of new legislation upon ongoing facts.

**Key words:** Argentine Civil and Commercial Code, intertemporal law, retroactivity, retrospectivity, conflict of laws, vested rights.

*Quod factum est, ipsum permanet; quae futura sunt jam fuerunt, et Deus instaurat quod abiit.*
Ecl. 3,15.

## 1. Introducción

Hay disciplinas que se transmiten con la serenidad de aquello que nadie juzga necesario revisar. Algunas nociones, por haber sido en su momento eficaces, adquieren con el tiempo una suerte de inmunidad crítica y continúan operando aun cuando han cambiado las condiciones que les dieron origen. El derecho intertemporal, en la doctrina argentina, participa de ese rasgo: se reiteran fórmulas recibidas y, en esa reiteración, se consolidan equívocos cuya persistencia tiende a ocultarlos. Falta todavía entre nosotros un estudio de conjunto que someta este campo a una revisión sistemática, en un sentido comparable al que ha emprendido M. Camprubi (Bern, 2020) en el derecho suizo, al situar en su contexto crítico un modelo intertemporal de rasgos ya envejecidos. En este marco se sitúa el art. 7 del Código Civil y Comercial, que recoge, con leves variaciones, el esquema consagrado en 1968 sobre la base de la construcción de Paul Roubier. El trabajo parte de esta continuidad para examinar el régimen vigente y sostener que la aplicación inmediata, asumida como regla general, simplifica el conflicto entre leyes sucesivas y desplaza su resolución hacia nociones de alcance indeterminado.

El desarrollo se organiza de manera progresiva. En primer lugar, se expone el sistema positivo argentino (2), comenzando por el régimen del Código de Vélez Sarsfield (2.1), continuando con la reforma de 1968 (2.2) y concluyendo con la formulación actual del art. 7 (2.3). Esta reconstrucción permite advertir la persistencia de un mismo esquema conceptual a través de sus distintas etapas. A continuación, se examina el modo en que ese esquema ha sido aplicado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2.4), destacando la continuidad de sus criterios y la ausencia de una elaboración constitucional autónoma en materia intertemporal.

El análisis luego se dirige hacia los problemas conceptuales del art. 7 (3). Se consideran, en primer término, las categorías en que se apoya la norma: la relación entre ley y norma (3.1) y el concepto de vigencia, cuya ambigüedad se acentúa en el ámbito de la retroactividad (3.2). Se aborda luego la noción de "situación jurídica" (3.3). Se muestra cómo la amplitud e indeterminación del concepto permiten calificaciones divergentes respecto de un mismo fenómeno

y trasladan la determinación de la norma aplicable al plano previo de la calificación de los hechos. La solución deja entonces de derivar de un criterio normativo estable y pasa a depender de la construcción adoptada por el intérprete, con el consiguiente riesgo de respuestas dispares y de un incremento del margen de discrecionalidad. Finalmente, se examinan los supuestos en que los elementos del presupuesto normativo se distribuyen entre normas sucesivas (3.4), destacándose la insuficiencia de la fórmula de la aplicación inmediata para explicar adecuadamente estos casos y resolver de manera consistente la determinación temporal de la norma aplicable.

A continuación, se formulan algunas observaciones generales sobre el sistema vigente (4), orientadas a precisar el alcance del principio que lo estructura y a señalar las consecuencias que se siguen de su configuración actual, tanto en el plano técnico como en su proyección sobre el control constitucional.

El trabajo concluye con la formulación de algunos criterios de revisión y la presentación de un texto alternativo (5) al art. 7. La propuesta organiza el análisis a partir de la norma y su presupuesto, distingue entre observabilidad y aplicabilidad, establece reglas para la incidencia de la nueva norma sobre hechos en curso e incorpora la protección de la confianza como criterio de control. Con ello se procura dotar al régimen intertemporal de una estructura más ordenada y precisa que permita resolver los conflictos con mayor previsibilidad y reduzca el margen de indeterminación que hoy acompaña su aplicación.

## 2. El sistema positivo de derecho intertemporal argentino

### 2.1 El Código Civil de Vélez Sarsfield

El sistema originario del Código Civil reproduce la doctrina clásica de los derechos adquiridos. El antiguo art. 3 establecía que las leyes disponen para lo futuro, no tienen efecto retroactivo y no pueden alterar derechos ya adquiridos. De este modo, la irretroactividad quedaba enlazada con una concepción subjetiva del problema intertemporal: la cuestión decisiva no era tanto la estructura temporal de la norma cuanto la índole de la posición jurídica alcanzada por ella.

Ese criterio se completaba con los arts. 4044 y 4045. El primero distinguía entre derechos adquiridos y meras expectativas: la nueva norma podía aplicarse a hechos anteriores cuando sólo afectara expectativas, pero no cuando destruyera o modificara derechos ya incorporados al patrimonio. El segundo reiteraba la misma lógica respecto de las facultades legales no ejercidas, que podían ser suprimidas por la nueva norma sin que ello implicara retroactividad. Incluso el

art. 5, al excluir la oponibilidad de derechos frente a normas de orden público, no alteraba esa base conceptual, sino que sólo introducía un límite excepcional. En suma, el sistema de Vélez Sarsfield se asentaba en la distinción —característica de su tiempo— entre lo adquirido y lo meramente posible. La nueva norma no podía proyectarse sobre lo ya incorporado al patrimonio. Sí podía hacerlo sobre aquello que aún no había trascendido el plano de un poder abstracto,[2] de una simple facultad[3] o de una esperanza o expectativa aún no consolidada.[4] Era, en definitiva, un régimen coherente con los supuestos de la doctrina decimonónica.

La doctrina de los derechos adquiridos —de origen francés,[5] sistematizada a partir del trabajo de Merlin de Douai[6] y difundida por la escuela de la exégesis del Código Napoleón,[7] con recepción y reelaboración en parte de la doctrina alemana[8] —conoció su auge a lo largo del siglo XIX y los primeros decenios del XX hasta convertirse en un verdadero lugar común del pensamiento jurídico

---

2 Cfr. Savigny (1849, vol. VIII, § 385).

3 La facultad legal es el poder que la ley confiere para adquirir un derecho o realizar actos encaminados a su obtención. No constituye, en sí, un derecho subjetivo, sino una prerrogativa aún informe, cuya existencia depende de un hecho futuro. Permanece sujeta a la ley vigente que la origina y por ello puede verse alterada por cambios legislativos que modifiquen su contenido o su alcance. Wächter (1842, vol. I, § 27, p. 159), Weber (1811, p. 137), Meyer (1858, p. 83) y Gabba (1891, vol. I, p. 308).

4 Se trata de situaciones conceptualmente distintas —la expectativa, en cuanto fundada en un curso jurídico en formación, y la esperanza, como mera posibilidad aún indeterminada— pero de efectos análogos en este ámbito, pues en ambas la adquisición del derecho permanece subordinada a la realización de un hecho futuro, posible y razonable. Cfr. Wächter (1842, vol. I, § 27, p. 159), Pfaff y Hofmann (1878, p. 133), Rosenblatt (1860, p. 38), Arntz (1860, vol. I, núm. 40, p. 19), Gierke (1895, vol. I, § 23, IV, p. 193), Stobbe (1871, vol. I, § 27, III, p. 159), Unger (1876, vol. I, § 20, p. 120), Bornemann (1855a, vol. I, § 1, 2b, p. 5), Broggini (1969, vol. I, § 37, VIII, III, p. 475), Beudant y Beudant (1896, núm. 128, p. 133).

5 La teoría, sin embargo, reconoce antecedentes más antiguos. El notable canonista Petrus de Ancharano (*In quinque Decretalium libros facundissima Commentaria*, Repetitio super c. *Cannonum Statuta*, núm. 233, p. 42) ya afirmaba que el *ius quaesitum* no puede ser revocado por una ley nueva ("[…] *ius quaesitum* […] *revocari non debet*"), pues su proyección sobre el pasado generaría más confusión que certeza ("[…] *confusionis* […] *magis quam legislationis*").

6 Merlin (1826, vol. X, v. "*Effet rétroactif*", sect. III, § I): "Los derechos adquiridos son, pues, aquellos que han ingresado en nuestro patrimonio, que forman parte de él y que ya no puede quitarnos aquel de quien los hemos recibido" (p. 5), Rudhart (1813, § 16, art. 2, p. 54), Richelot (1841, vol. I, núm. 24, p. 40), Rolland (1936, § 1, p. 23).

7 Cfr. Taulier (1840, vol. I, p. 66), Duranton (1844, vol. I, núm. 47, p. 32), Demolombe (1847, vol. I, núm. 40, p. 44), Du Caurroy (1848, vol. I, núm. 20, p. 12), Demante (1849, vol. I, núm. 9 bis, p. 40), Mourlon (1853, vol. I, art. 2, p. 45), Boileux (1856, vol. I, art. 2, p. 11), Delsol (1867, vol. I, p. 21), Aubry y Rau (1869, vol. I, § 30, p. 66), Huc (1892, vol. I, núm. 59, p. 66), Laurent (1893, vol. I, núm. 153, p. 226), Beudant y Beudant (1896, vol. I, núm. 128, p. 134).

8 Cfr. Herrestorff (1812, § 6), Dabelow (1816, vol. I, § 62, p. 252), Beseler (1847, vol. I, § 21, p. 75), Bornemann (1855b, vol. I, p. 12), Lassalle (1861, vol. I, § 1, p. 53), Böhlau (1871, vol. I, § 67, p. 399), Förster (1887, § 10, p. 40), Rosenblatt (1891, p. 10), Gierke (1895, vol. I, § 23, p. 191).

de la época, seguido —aunque con matices— por la casi totalidad de los autores relevantes.

Se construye sobre una idea precisa: hay derecho adquirido cuando el hecho previsto por la norma se ha realizado íntegramente y el derecho ha ingresado en el dominio del sujeto; antes de ese momento, no hay sino una situación en formación, insuficiente para oponerse a la nueva norma.[9] El criterio es estructural antes que cronológico: no depende del mero transcurso del tiempo, sino de la consumación del supuesto legal. De allí deriva su consecuencia central. Una vez nacido, el derecho queda fijado en su estructura por la norma vigente al tiempo de su constitución, y esa fijación se proyecta también sobre sus consecuencias. No sólo su formación, sino también sus efectos futuros, deben permanecer regidos por la misma norma. Estructura y eficacia constituyen así una unidad indivisible: alterar los efectos ulteriores equivale a modificar el derecho mismo. Por ello, toda intervención de la norma nueva sobre el desenvolvimiento propio de una relación ya formada importa, en esta concepción, una verdadera retroactividad. Precisamente sobre esta unidad —entre origen y consecuencias— recaerá la crítica posterior de la doctrina del efecto inmediato, que intentará escindir lo ya constituido de sus efectos futuros para someter estos últimos a la nueva norma. Pese a ello, aún hoy sobrevive, discreta y obstinada, en el lenguaje ordinario de los juristas.

## 2.2 La reforma de la Ley 17711 de 1968

La Ley 17711, sancionada en 1968, constituyó la reforma más profunda del Código Civil argentino desde su sanción. Introdujo una reconfiguración interna del sistema concebido por Vélez Sarsfield a través de la modificación de numerosos artículos y de la reformulación de ciertos principios estructurales. En materia de derecho intertemporal, su importancia fue decisiva: abandonó el esquema tradicional que había dominado el Código originario y consagró un nuevo criterio rector para la sucesión de leyes en el tiempo, recogiendo elaboraciones doctrinarias que venían desarrollándose desde comienzos del siglo XX y que habían sido sistematizadas, en el plano nacional, en el III Congreso Nacional de Derecho Civil de 1961.[10]

---

9 La expresión "adquirido", señala con razón Huc (1892, núm. 60, p. 67), bien puede suprimirse porque no añade nada a la idea y simplemente pretende indicar que se trata de un derecho anterior a la nueva ley.

10 *Actas* (1962, I): "[...] 2° —Sustituir el art. 3 del Código Civil, por el siguiente: 'Las leyes producen

En ese marco, la reforma se propuso desplazar el eje conceptual de la doctrina de los derechos adquiridos, que había estructurado el sistema anterior, y sustituirlo por la teoría del efecto inmediato de la norma nueva elaborada por Paul Roubier. La crítica al modelo clásico se apoyaba en su insuficiencia para ofrecer un criterio claro y operativo: la distinción entre derechos adquiridos y meras expectativas resultaba inestable y generaba incertidumbre en su aplicación. Frente a ello, la nueva orientación abandona la consolidación subjetiva del derecho y desplaza el análisis hacia la subsistencia objetiva de sus efectos. Allí donde una relación jurídica continúa desplegando consecuencias, la nueva norma debe regirlas. De este modo, el problema intertemporal se reordena a partir de un criterio funcional vinculado al tiempo de los efectos y no a la adquisición del derecho.

La doctrina del efecto inmediato, tal como la formula Roubier, se articula sobre dos planos que implican un verdadero cambio de perspectiva.

En primer lugar, en el de los hechos, abandona tanto la referencia al sujeto —propia de la teoría de los derechos adquiridos— como la consideración aislada del hecho consumado para introducir la noción de situación jurídica[11] como unidad de análisis. La cuestión deja de ser si un derecho ha sido adquirido y pasa a ser si la situación jurídica está consumada o en curso. Una situación está consumada cuando su formación se ha completado íntegramente o cuando sus efectos se han agotado bajo la norma anterior; en ese caso, la norma nueva no puede intervenir sin incurrir en retroactividad. En cambio, una situación está

todos sus efectos desde su entrada en vigencia y se aplican aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo salvo disposición en contrario y con los límites que resulten de la Constitución Nacional'. 3° Suprimir los arts. 4, 5, 4044 y 4045 del Código Civil" (p. 76).

11 El concepto es fundamental en su obra de 1929-1933 y, posteriormente, fue reafirmado en la adaptación de 1960. Sin embargo, en 1949, al ser presentado en el *Avant-Projet de Code Civil*, surgieron algunas incertidumbres. Al tratarse de una construcción teórica, Julliot de la Morandière manifestó desconocer (*Travaux 1948-1949*, *Commission plénière*, p. 277) si "esta expresión se había empleado alguna vez en un texto jurídico". Roubier, vacilante, no logró precisarlo con certeza (*Commission plénière*, p. 278): "Je ne peux pas l'affirmer"). Más tarde, Niboyet confirmó que la expresión no aparecía en el proyecto. No obstante, se la aceptó, ya que, según explica Latourneire, resultaba "extremadamente cómoda" por su doble carácter: "Elle désigne d'abord ce qu'on appelle un droit de type ancien ils étaient infiniment multiples mais, elle désigne aussi un complexe de droits et d'obligations corrélatives qui ne peut guère se caractériser que par une formule de ce type" (*Travaux 1948-1949*, *Commission plénière*, p. 278). Tal vez, por estas dudas, y censurando la simetría que Latourneire toma de Bonnecase (1925, II, núm. 19, p. 21), escribe Roubier años más tarde una obra específica: *Droits subjectifs et situations juridiques* (Dalloz, 2005). Allí la presenta, en extenso y más pulida, como una renovación del concepto de "derecho subjetivo" que perfiló la doctrina de los derechos adquiridos, referida únicamente a "situaciones individuales y concretas".

en curso cuando su formación no se ha completado o cuando, aun constituida, continúa desplegando efectos en el tiempo. En estos supuestos, la norma nueva puede regir los efectos posteriores, siempre que respete los elementos ya cumplidos.[12] Esta reconstrucción se completa con una tipología de efectos —instantáneos, continuos y sucesivos— que permite identificar con mayor precisión qué parte del fenómeno pertenece al pasado y cuál corresponde al porvenir.

En segundo lugar, en el plano de las normas, Roubier supera el esquema binario tradicional —retroactividad o irretroactividad— mediante una estructura tripartita: retroactividad, efecto inmediato y supervivencia de la norma antigua. La retroactividad es excepcional y se configura cuando la norma se proyecta hacia el pasado alterando efectos ya producidos; el efecto inmediato constituye la regla general, en virtud de la cual la norma nueva se aplica desde su entrada en vigor a todos los efectos futuros;[13] y la supervivencia de la norma antigua opera como excepción, particularmente cuando la unidad de la situación —como ocurre en los contratos— exige mantener el régimen anterior.[14] De este modo, el sistema desplaza el centro del análisis hacia la distinción entre lo agotado y lo pendiente, redefiniendo el problema intertemporal en términos predominantemente objetivos.

Esta concepción quedó plasmada en la nueva redacción del art. 3 del Código Civil, que introdujo una fórmula normativa[15] destinada a condensar ese

---

12 Roubier (1960, núm. 37): "[...] respeta los elementos que ya hubieran sido válidamente reunidos bajo la ley precedente, pero puede modificar esta situación en su período posterior a la ley, añadiendo condiciones nuevas a las que hasta entonces eran las únicas exigidas" (p. 172).

13 Roubier (1960, núm. 38): "[...] una ley nueva debe recibir aplicación inmediata, incluso en las situaciones en curso, a partir del día de su entrada en vigor" (p. 179).

14 Roubier (1960, núm. 3, p. 11): "[...] la supervivencia de la ley antigua, siempre que exista una razón jurídica suficiente para apartarse de la regla ordinaria, que es, como hemos dicho, el efecto inmediato de la ley".

15 La fórmula con que se impone el efecto inmediato, según la cual la ley nueva se aplica "a las situaciones o relaciones jurídicas existentes", no constituye una creación original, sino la reutilización de expresiones provenientes de la doctrina clásica. Vélez Sarsfield afirmaba ello (nota al art. 4044) en la medida en que se tratara de "meras expectativas y no derechos ya adquiridos". Por su parte, Demolombe (1847, I, § 40) sostenía que tal aplicación es posible "si de ello no resulta ningún perjuicio, o si sólo suprime débiles expectativas o vagas expectativas" (p. 43), y Aubry y Rau (1869, I, § 30) indicaban que "en principio, toda ley nueva se aplica incluso a las situaciones o relaciones jurídicas establecidas o formadas antes de su promulgación", aunque ese principio "debe ceder [...] cuando entrañe la lesión de derechos [...] adquiridos" (p. 57). Estas fórmulas, originalmente concebidas como límites a la retroactividad dentro del sistema de los derechos adquiridos, fueron descontextualizadas y reorientadas para justificar la aplicación inmediata, mediante una mutación tan simple como reveladora: la supresión de la referencia a los derechos adquiridos basta para invertir su alcance y convertir lo que operaba como límite en regla (vid., *Actas*, I, art. 3, párr. 3°).

cambio de paradigma. En lo esencial, la norma estableció que la norma nueva se aplica desde su entrada en vigor a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, afirmando así el principio de aplicación inmediata como regla general del sistema. Con ello, el legislador consagró expresamente la idea de que la vigencia de la ley se proyecta sobre todos los efectos no agotados, aun cuando la relación jurídica haya nacido bajo el régimen anterior. Al mismo tiempo, configuró la retroactividad como un supuesto excepcional, que sólo procede cuando media disposición expresa, y la sometió a un límite constitucional, al impedir que afecte derechos amparados por garantías fundamentales. Finalmente, introdujo una regla específica en materia contractual, al excluir la aplicación de las nuevas normas supletorias a los contratos en curso de ejecución, con el propósito de preservar, al menos parcialmente, la estabilidad del vínculo.

El resultado es un sistema que, aunque inspirado en la doctrina del decano Roubier, no la reproduce de manera íntegra: adopta su estructura central, pero conserva —en posición desplazada— elementos propios de la tradición anterior, en particular la referencia a los derechos adquiridos como límite constitucional y una solución contractual que no coincide plenamente con la supervivencia amplia del régimen precedente.

### 2.3 El art. 7 del Código Civil y Comercial

El art. 7 del Código Civil y Comercial no introduce una concepción nueva en materia intertemporal. Reproduce, en lo sustancial, la fórmula consagrada por la Ley 17711 y reiterada en el Proyecto de 1998. La estructura del sistema permanece inalterada: la aplicación inmediata de la norma nueva como regla, la irretroactividad como límite y una previsión específica en materia contractual. La continuidad resulta notoria. Sin embargo, el texto vigente incorpora dos precisiones que conviene destacar.

En primer lugar, se elimina el adverbio "aun", presente en las redacciones anteriores. Ese término podía sugerir que la nueva norma se proyectaba no sólo sobre los efectos futuros, sino también sobre la relación jurídica en sí misma considerada. Su supresión no carece de relevancia. El art. 7 centra ahora su alcance en las "consecuencias" de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, con lo cual se reafirma que la nueva norma sólo rige los efectos producidos durante su vigencia, sin alterar la estructura del vínculo ya constituido. Se trata de una precisión relevante, pues delimita con mayor nitidez el ámbito

de la aplicación inmediata y evita confundirla con una intervención sobre la relación en cuanto tal.

Esta interpretación está expresamente recogida en la Exposición de Motivos. Aunque en ella suele reiterarse, con escaso valor añadido, el contenido del articulado, en este punto introduce una aclaración significativa: las leyes se aplican a las consecuencias y no a las relaciones. La afirmación no es meramente retórica. Refuerza la idea de que la relación jurídica preexistente permanece regida por la norma anterior, mientras que sólo sus efectos futuros quedan sometidos al nuevo régimen. De este modo, se explicita una distinción que el texto legal, por sí solo, no formulaba con igual precisión.

En segundo lugar, el art. 7 introduce una excepción en materia de consumo. Establece que las nuevas leyes supletorias pueden aplicarse a los contratos en curso de ejecución cuando resulten más favorables al consumidor. Esta previsión introduce una desviación puntual respecto del sistema de 1968, que excluía de modo general la incidencia de normas supletorias sobre contratos en ejecución. Sin embargo, su alcance práctico es limitado. En el ámbito del derecho del consumo, la mayoría de las normas protectorias tienen carácter imperativo y se presentan como orden público de protección, por lo que su aplicación no depende de esta regla. En consecuencia, la excepción introducida posee una relevancia más bien formal: modifica el esquema en el plano normativo, pero incide de manera acotada en su funcionamiento práctico.

### 2.4 La Corte Suprema de Justicia y el derecho intertemporal argentino

Todo este desarrollo normativo ha encontrado su reflejo en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Examinada en conjunto, su doctrina muestra una constante notable: el Tribunal no ha elaborado una teoría intertemporal autónoma, sino que ha seguido —con fidelidad casi literal— las sucesivas configuraciones del derecho civil. No se adelanta ni se aparta del texto: simplemente lo acompaña. De allí que su evolución pueda describirse a partir de las tres grandes etapas normativas del sistema argentino, aunque en su tratamiento aparecen integradas en una misma lógica.

En una primera etapa, bajo la vigencia del art. 3 del Código Civil en su redacción originaria, el análisis se organiza en torno a la distinción entre derechos adquiridos y meras expectativas. La Corte toma esa norma como fundamento técnico —de carácter legal y no constitucional— (Fallos: 137:47, 314:481, 319:3241) y define el derecho adquirido como aquel que ha quedado incor-

porado al patrimonio bajo la ley anterior, tras el cumplimiento íntegro de sus condiciones (Fallos: 296:723, 298:472, 304:871, 314:481, 319:1915, 324:4404). Cuando la nueva norma incide sobre esas situaciones consolidadas, el problema trasciende el plano legal y se proyecta sobre la garantía de propiedad del art. 17 de la Constitución Nacional (Fallos: 305:899, 314:1477, 317:218, 320:2157, 319:3378). En cambio, las expectativas —esto es, las situaciones no definitivamente formadas— pueden ser modificadas sin que ello configure retroactividad constitucionalmente prohibida (Fallos: 296:723, 304:871, 317:218, 320:2157, 324:1177, 330:1026). El esquema resulta, así, esencialmente binario: la solución depende de determinar si existe o no un derecho adquirido, sin que la aplicación inmediata aparezca aún como categoría autónoma.

Con la reforma de 1968, el eje del razonamiento se reconfigura. La Corte pasa a organizar el análisis en torno al nuevo texto del art. 3 y a la regla de la aplicación inmediata de la ley a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. El problema deja de centrarse exclusivamente en la consolidación del derecho y se desplaza hacia la distinción entre efectos agotados y no agotados (Fallos: 294:434, 296:259, 297:117, 299:156, 300:67, 318:63, 320:1796, 320:2260, 321:45, 321:532, 321:1757, 324:4267, 328:2694). Desde entonces, la norma nueva rige los efectos pendientes, aun cuando la relación haya nacido bajo el régimen anterior (Fallos: 297:117, 321:1757, 330:855), y se afirma de modo reiterado que no existe derecho adquirido a la inmutabilidad del orden jurídico (Fallos: 295:62, 310:2845, 330:3565), particularmente en materia procesal y arancelaria (Fallos: 329:3148, 335:1348). Sin embargo, la noción de derecho adquirido no desaparece: subsiste como límite frente a la retroactividad. Cuando la norma incide sobre efectos ya consumados e incorporados al patrimonio, el análisis se desplaza nuevamente al plano constitucional, en particular a la garantía de propiedad del art. 17 y, en ciertos casos, al art. 14 bis (Fallos: 330:1026, 335:1348, 331:232). La aplicación inmediata rige, así, respecto de efectos no agotados, mientras que la retroactividad constitucionalmente inadmisible aparece cuando se alteran situaciones definitivamente consolidadas.

Finalmente, con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial en 2015, la Corte mantiene sin alteraciones sustanciales esta estructura. El art. 7 es invocado como fundamento técnico del régimen intertemporal (Fallos: 341:289, 341:1768, 342:43, 345:876, 348:248), y el análisis continúa girando en torno a la aplicación inmediata de la norma nueva a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. La cuestión decisiva sigue siendo

determinar si el efecto se encontraba o no agotado al momento del cambio normativo. Si no lo estaba, la ley nueva rige por mandato del art. 7 (Fallos: 341:289, 342:43, 348:248), y se reitera que no existe derecho adquirido a la inmutabilidad del régimen respecto de efectos pendientes (Fallos: 341:1768, 345:876). Si, en cambio, la norma incide sobre consecuencias ya perfeccionadas, el análisis se desplaza hacia la eventual retroactividad y su compatibilidad con la garantía de propiedad (Fallos: 345:876).

La estructura, en definitiva, permanece invariable: la aplicación inmediata es la regla, la retroactividad sólo adquiere relevancia cuando se afectan efectos ya consumados y el control constitucional interviene únicamente si se comprometen derechos patrimoniales definitivamente consolidados. Tampoco en esta etapa se advierte la construcción de una teoría intertemporal autónoma: la Corte resuelve los conflictos a partir del texto civil vigente en cada momento y sólo recurre a la Constitución como límite eventual, no como fundamento originario del régimen del tiempo de la ley. De allí la particular importancia de una adecuada comprensión del art. 7 del Código Civil y Comercial y de sus eventuales deficiencias, en la medida en que la jurisprudencia del tribunal continúa estructurando su razonamiento sobre esas mismas premisas.

## 3. Problemas conceptuales del art. 7 del Código Civil y Comercial

Leído en su conjunto, el art. 7 se presenta como una disposición de notable sobriedad, pero también —en más de un aspecto— conceptualmente defectuosa. Esa concisión podría explicarse, en principio, por el propósito de formular una regla general y flexible, capaz de orientar la solución de múltiples conflictos intertemporales. Sin embargo, la dificultad no proviene únicamente de lo que el texto calla, nace también de lo que afirma. No se trata, pues, de simples silencios que deban ser colmados por la interpretación o por el posterior trabajo de la doctrina. Los propios elementos sobre los cuales se apoya —las categorías que adopta como pilares de su construcción— revelan, cuando se los aplica a los problemas más frecuentes, ciertas debilidades conceptuales. En efecto, el artículo recurre a nociones que, lejos de ofrecer un criterio claro y operativo, introducen nuevas incertidumbres en el análisis. Algunas remiten a distinciones que la doctrina contemporánea ha sometido a revisión crítica; otras aparecen formuladas con una amplitud tal que resultan insuficientes para orientar con precisión la aplicación temporal de la norma.

Conviene, por ello, detenerse brevemente en algunos de esos puntos. No se

pretende aquí agotar el repertorio de las dificultades que suscita la disposición, sino señalar aquellos aspectos en los que el esquema adoptado deja ver con mayor nitidez sus límites conceptuales. A ellos nos referiremos seguidamente.

### 3.1 Las leyes no tienen un ámbito de aplicación temporal

En primer lugar, el artículo se refiere en todo momento a las "leyes" y no a las normas que son el verdadero objeto del derecho intertemporal.

No son las leyes, sino las normas contenidas en ellas, las que poseen un verdadero ámbito de aplicación temporal (Bach, 1969, p. 413). Esta afirmación dista de constituir un mero ejercicio terminológico y adquiere relevancia inmediata si se atiende al tenor del art. 7, que comienza declarando que, desde su entrada en vigencia, "las leyes se aplican" a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas, o que, en su tercer párrafo, dispone que las "leyes supletorias" no son "aplicables" a los contratos en curso de ejecución. Esa manera de decir, cómoda y rutinaria, encubre una confusión conceptual nada desdeñable.

La ley, en cuanto acto formal de promulgación, carece de eficacia directa sobre las conductas. Su función se limita a introducir una novedad en el ordenamiento a partir de un momento determinado. Lo que verdaderamente se aplica y despliega efectos en el tiempo no es el texto legal tomado como un todo indiferenciado,[16] sino las normas jurídicas concretas —mandatos, permisos o prohibiciones— que en él se articulan. Atribuir, por ello, a la ley la cualidad de "aplicable" no es más que una comodidad expresiva que, trasladada sin examen al plano teórico, resulta insostenible. Existe, por ello, una relación nítida de contenedor a contenido. El contenedor es la ley misma, esto es, el acto formal promulgado y publicado en una fecha cierta. El contenido lo constituyen las disposiciones normativas específicas que aquella alberga. Ese es el que posee un ámbito de aplicación temporal que puede, cuando así se lo determina, proyectarse incluso sobre hechos anteriores.

Debe abandonarse, por tanto, una expresión tan extendida como equívoca: "ley retroactiva". La retroactividad —cualquiera sea la definición que se adopte— es un atributo de la norma sustantiva, no de la ley que la contiene. Esa

16 No conviene, tampoco, identificar el artículo con la norma, pues aquel constituye solo una forma técnica de exposición del derecho, mientras que esta expresa la regla jurídica completa. En efecto, el artículo, como bien dice Perlingieri (1984, p. 188) puede no contener todos los elementos de la norma —hipótesis y consecuencia— o bien reunir más de una previsión normativa en su interior, de ahí que la norma no se agote en el texto de un solo artículo, sino que a menudo resulte del enlace y la coordinación de varios, considerados en su conjunto dentro del sistema del ordenamiento.

denominación solo sería conceptualmente tolerable en el supuesto, más bien académico, de una ley que contuviera una única norma, haciendo coincidir sin residuo el contenedor con el contenido. La realidad de la técnica legislativa es, sin embargo, muy distinta: las leyes son ordinariamente cuerpos complejos que agrupan una pluralidad de preceptos, cada uno con su finalidad propia y, por ello mismo, con un ámbito temporal potencialmente diferenciado.

### 3.2 El concepto de vigencia es confuso en el ámbito de la retroactividad

Cuando se hace referencia a la "vigencia" o "entrada en vigor", se alude al instante en que, concluido el procedimiento parlamentario y cumplidas las formalidades de promulgación y publicación, las normas adquieren fuerza legal y se imponen, con carácter obligatorio, a todos los sujetos comprendidos en su ámbito de aplicación. El concepto, por tanto, encierra dos aspectos. De un lado, la obligación de los destinatarios de adecuar su conducta a esos nuevos preceptos (observabilidad); del otro, la determinación de los hechos que deben regirse por ella (aplicabilidad). Solo cuando ambos momentos coinciden, y la norma resulta simultáneamente observable y aplicable, cabe emplear sin reparos esta denominación: la norma, por tanto, ha entrado en vigencia. Pero, en el ámbito de la retroactividad, donde tales nociones se disocian y se presentan en momentos temporales diferentes, el término deviene confuso o equívoco.

El período de obligatoriedad y el de aplicación, como dijimos, generalmente coinciden. El artículo 5 del Código Civil y Comercial prescribe que las leyes "rigen" (o, para usar el término anterior, entran en vigor) a los ocho días de su publicación oficial o desde el día que ellas determinen. De ello se siguen dos supuestos. Si la nueva norma nada dice, se configura una *vacatio legis* de ocho días, durante la cual subsiste la aplicación de la norma anterior y, al expirar el plazo, la nueva adquiere, simultáneamente, el carácter de observable y de aplicable. Si, en cambio, el legislador fija un término distinto —sea menor o mayor a los ocho días—, el mismo efecto se producirá en la fecha así señalada, instante en que la norma reunirá, también de modo simultáneo, ambos atributos.

Sin embargo, ello no siempre ocurre. Obedece a que, en una norma retroactiva, se presenta la singular circunstancia de que, publicada la disposición, y por ello siendo observable en el plazo que ella determina, su aplicabilidad se proyecta hacia un tiempo anterior, alcanzando hechos ya acontecidos antes de esa publicación. Queda así abierta la cuestión relativa al instante exacto de su entrada en vigor: si debe fijarse en la fecha de la observancia o, por el contrario,

en la de su aplicación. Cualquiera sea la opción elegida, observa Héron (1996, p. 27), siempre queda fuera una parte del significado de la expresión.

La distinción entre observabilidad y aplicabilidad establece también una relación lógica que no puede ser invertida: la fecha de observancia debe, en todos los casos, preceder a la de aplicación. La razón resulta sencilla. Una norma sólo puede aplicarse en la medida en que previamente exista como obligatoria; no resulta concebible, por tanto, una norma aplicable que todavía no sea observable. La aplicabilidad supone necesariamente la previa vigencia normativa, pues aplicar una norma implica ya reconocerla como jurídicamente operativa dentro del ordenamiento. Esta secuencia conceptual, sin embargo, no siempre ha sido correctamente comprendida.

Un ejemplo particularmente ilustrativo lo ofrece el art. 2 de la novedosa Ley 27802 (BO 06/03/2026) de reforma laboral, que dispone:

> La vigencia de esta ley quedará condicionada a que la aplicación de sus disposiciones resulte compatible con la naturaleza y modalidades de la actividad de que se trate y con el específico régimen jurídico a que se halle sujeta.

La disposición revela un error conceptual grave, al menos, en cinco planos distintos. En primer lugar, confunde el plano de la observabilidad con el de la aplicabilidad: la vigencia —como dato normativo objetivo— depende de la promulgación, mientras que la aplicación supone un juicio posterior sobre un caso concreto; al supeditar la primera a la "compatibilidad" de la segunda, invierte esa relación lógica. En segundo término, introduce una vigencia diferenciada según los destinatarios y fragmenta así su obligatoriedad. En tercer lugar, traslada al intérprete la determinación del inicio mismo de la vigencia, convirtiéndolo en quien decide no ya cómo se aplica la norma, sino si existe como tal en el caso. En cuarto lugar, sustituye criterios jurídicos por estándares abiertos e indeterminados —como la "naturaleza", las "modalidades de la actividad" o el "régimen jurídico específico"— que impiden delimitar *ex ante* su ámbito de aplicación. Finalmente, desde la perspectiva intertemporal, altera la estructura temporal de la norma al hacer depender su aplicabilidad —y, en definitiva, su eficacia— de una evaluación previa.

La disposición examinada, en rigor, no regula la adaptación sectorial de la norma, sino que introduce incertidumbre acerca de su propia vigencia. Bajo esa apariencia técnica, termina desdibujando la distinción fundamental entre observabilidad y aplicabilidad, sobre la cual descansa toda teoría coherente del derecho intertemporal.

### 3.3 El concepto de situación jurídica es inadecuado

La teoría del efecto inmediato coloca, como hemos visto, en el centro del análisis la noción de "situación jurídica". El conflicto no se presenta, en su esquema, como una colisión entre normas sucesivas que pretenden disciplinar un mismo supuesto, sino como un problema relativo a la suerte que le cabe a una situación jurídica: si ha sido previamente constituida —lo que excluiría su afectación por la norma posterior sin incurrir en retroactividad— o si se encuentra en curso, supuesto en el que operaría el efecto inmediato. El sistema, por tanto, al analizar la incidencia de la nueva norma, se organiza en torno a la diferencia entre constitución, extinción y efectos de la situación jurídica, categorías de las que depende la calificación como retroactiva o de aplicación inmediata. Este enfoque resulta inadecuado, al menos, por tres razones.

#### 3.3.1 No es función del derecho crear situaciones jurídicas

En primer lugar, no es función del derecho crear "situaciones jurídicas" como entidades autónomas. El ordenamiento no crea situaciones jurídicas como si se tratara de entidades autónomas; produce normas que establecen presupuestos de hecho y consecuencias jurídicas. Lo que el legislador hace es autorizar, ordenar o prohibir conductas y anudar a su realización determinados efectos. La "situación jurídica" no constituye, en rigor, más que una síntesis conceptual elaborada por la doctrina para reunir, bajo un mismo nombre, una pluralidad de efectos que el derecho atribuye a un determinado estado de cosas. No constituye una realidad normativa autónoma. Es, como advirtió el decano Bach (1969, §17, p. 422), un concepto en cierto modo "parasitario", situado en ese espacio intermedio donde el intérprete procura ordenar el sistema.[17] Pero esa síntesis carece de poder propio: no crea normas, no prescribe conductas, no dispone mandatos. Nace después de la norma como una descripción de sus efectos. Elevarla a categoría central del derecho intertemporal supone, por ello, una silenciosa inversión del método. El análisis se aparta de la norma —que constituye la verdadera unidad operativa— y pasa a gravitar en torno a una entidad reconstruida por el intérprete. Y así, en lugar de determinar qué norma gobierna un hecho según su ámbito temporal de vigencia, se indaga la suerte

17 Tal vez —piensa el autor (Bach, 1968, § 17)— esa noción se adapte a las necesidades de la práctica o de la enseñanza. Puede, incluso, servir para presentar, en forma sintética, un complejo normativo que incide sobre una situación de hecho, pero "no da cuenta exacta de la realidad del ordenamiento jurídico" (p. 422).

de una "situación" que, examinada con algún rigor, no es otra cosa que un haz de efectos normativos dispersos.

### 3.3.2 La situación jurídica como margen a la arbitrariedad judicial

En segundo término, el concepto mismo de situación jurídica adolece de una vaguedad que la vuelve equívoca. No sólo carece de contornos precisos, sino que también deja abierto un amplio margen para la arbitrariedad judicial. La teoría pretende asentarse sobre una distinción que, en apariencia, es rigurosa: de un lado, la situación ya constituida, cuya afectación importaría retroactividad; del otro, los efectos de una situación en curso, sometidos a la aplicación inmediata de la nueva norma. Pero esa frontera es, en muchos casos, difusa y de difícil precisión.

Un mismo hecho de la realidad puede ser descrito, según el punto de vista adoptado, como constitución, como extinción o como simple efecto de una relación jurídica preexistente. El propio Roubier (2005, núm. 43, p. 197), en la obra que consagra a las situaciones jurídicas, admite esa ambivalencia.[18] No se trata, por tanto, de una sutileza. De esa elección conceptual —de ese leve desplazamiento en el modo de nombrar los hechos— depende que la norma nueva sea calificada como retroactiva o como de mera aplicación inmediata. La divergencia, entonces, no anida en el hecho, que permanece idéntico, sino en la categoría bajo la cual el juez decide inscribirlo.

Pongamos un ejemplo que permita advertir con nitidez la dificultad. Supongamos que un trabajador fue contratado en 2014. El régimen entonces vigente establecía que, en caso de despido sin causa, correspondía una indemnización equivalente a un mes de salario por cada año de servicio. Además, si el trabajador se hallaba deficientemente registrado —cuando el empleador, por ejemplo, omitía declarar la fecha real de ingreso o el salario efectivamente percibido— el ordenamiento preveía diversas multas destinadas a incrementar el monto indemnizatorio. En 2024, entró en vigor la Ley 27.742, conocida como "Ley Bases", que altera ese sistema y suprime las multas vinculadas a la registración irregular. Dos años más tarde, en 2026, se sancionó la Ley 27802 —apodada de "modernización laboral"— que introduce una segunda modificación: redefine

18 Roubier (2005, núm. 43): "Esta asimilación de los modos de extinción a los modos de constitución de una situación jurídica se explica de forma natural si se piensa que se podría considerar cualquier modo de extinción de una situación jurídica como un modo de constitución de una situación jurídica, que tendría precisamente como efecto extinguir la primera" (p. 197).

los rubros salariales que deben computarse para calcular la indemnización por despido, reduciendo así la base sobre la cual se determina el monto final de la reparación. El trabajador continúa prestando servicios durante todo ese período y es finalmente despedido —supongamos— en 2027.

La cuestión consiste en determinar qué régimen debe aplicarse para calcular la indemnización. Si se adopta la terminología de Roubier —que el art. 7 del Código Civil y Comercial reproduce al distinguir entre "situaciones jurídicas existentes" y sus "consecuencias"—, el punto de partida parece claro: la situación jurídica es la relación laboral iniciada en 2014, es decir, el estado jurídico que el contrato establece entre trabajador y empleador y que se prolonga mientras el vínculo subsiste. A partir de allí, surge la cuestión decisiva: establecer si el régimen indemnizatorio "pertenece a esa situación" o si constituye sólo una "consecuencia". En esa calificación —discreta en apariencia, pero determinante en sus efectos— decide en realidad todo el problema.

Desde una primera perspectiva, podría sostenerse que la indemnización por despido —y las multas por registración irregular— no integran la "situación jurídica", sino que constituyen meras "consecuencias" que sólo nacen cuando el contrato se extingue. Bajo esta descripción, el hecho jurídicamente relevante sería el despido. Como éste ocurre en 2027, cuando ya se encuentran vigentes las normas de 2024 y 2026, el resultado es que la indemnización debería calcularse con arreglo al régimen nuevo. Se trataría, en los términos del art. 7, de la aplicación inmediata de la ley a las "consecuencias" de una situación jurídica preexistente.

Sin embargo, el mismo fenómeno puede ser comprendido de otro modo. La relación laboral no es un hecho instantáneo, sino un proceso que se desarrolla en el tiempo: una situación jurídica duradera (Fleury Le-Gros, 2005, § 401, p. 181). Durante ese desarrollo, el derecho atribuye significado jurídico a ciertos elementos que acompañan necesariamente la vida del vínculo. Dos de ellos resultan aquí decisivos: la antigüedad del trabajador y la regularidad de su registración. Año tras año, la duración del servicio incrementa el valor económico de la eventual indemnización, y la registración irregular genera, mientras subsiste, un régimen sancionatorio específico. De este modo, la relación laboral se despliega bajo un determinado estatuto normativo, dentro del cual los hechos que la componen adquieren un valor jurídico definido.

Si una norma posterior decide suprimirlos y extiende esa reforma a los años de servicio ya transcurridos, el cambio deja de limitarse al futuro del vínculo. Pasa a intervenir sobre el significado jurídico de hechos que se produjeron bajo

la vigencia de la norma anterior. La irregularidad registral, que durante años generó consecuencias sancionatorias, queda súbitamente privada de ellas; la antigüedad acumulada pierde, a su vez, parte del valor indemnizatorio que el ordenamiento le atribuía al momento de su formación.

La consecuencia es clara: la norma no sólo regula —como habitualmente se afirma— el despido futuro, sino que recalifica jurídicamente el pasado de la relación. Aunque el hecho extintivo se produzca bajo la vigencia de la nueva norma, la modificación afecta a hechos que pertenecen al desarrollo anterior del vínculo. En ese sentido, la reforma no actúa únicamente sobre las consecuencias futuras de la situación jurídica, sino que altera el régimen jurídico bajo el cual esa situación se formó y se consolidó. De allí surge el carácter retroactivo de la operación. La retroactividad no consiste aquí en aplicar la norma a un despido anterior a su vigencia —hipótesis trivial— , sino en modificar el valor jurídico atribuido a hechos pretéritos: los años de servicio ya prestados y la registración irregular existente durante ese tiempo. La norma nueva proyecta su eficacia hacia atrás y altera el régimen bajo el cual esos hechos se produjeron.

El ejemplo muestra así, más allá de las objeciones que puedan efectuarse, la dificultad de la teoría de Roubier. Los hechos permanecen idénticos: un trabajador contratado en 2014 y despedido en 2027. Lo que cambia es la manera de describir jurídicamente ese proceso. Si el despido se considera el único hecho relevante, la norma nueva parece aplicarse de inmediato. Si, en cambio, se observa la relación en su desarrollo "orgánico" (Affolter, 1903, § 23, p. 90 y ss.), se advierte que la reforma incide sobre situaciones que se formaron bajo la norma anterior.

La divergencia no reside, por tanto, en los hechos, sino en la categoría conceptual bajo la cual el intérprete decide calificarlos. De esa elección depende que la nueva norma sea tenida por una mera aplicación inmediata o por una forma de retroactividad. Allí se manifiesta la ambigüedad que introduce la noción de "situación jurídica" en la resolución de los conflictos intertemporales. La regla que parecía trazar una frontera nítida entre el pasado y el porvenir no hace, en rigor, sino desplazarla hacia otro plano: el de la calificación jurídica de los hechos. La determinación de la norma aplicable deja así de depender del momento en que los hechos ocurrieron y pasa a quedar sujeta al modo —inevitablemente discutible— en el que el jurista decide calificarlos.

### 3.3.3 Menor precisión conceptual frente al derecho adquirido

Finalmente, el concepto de situación jurídica otorga a esta teoría una base menos sólida que la del derecho subjetivo, sobre el cual se apoyaba la doctrina clásica de los derechos adquiridos. El derecho subjetivo —con todas sus dificultades— conserva un anclaje directo en el derecho objetivo: puede reconducirse, decía Héron (1996, núm. 5, p. 9), a la norma que lo reconoce y lo protege. Desde el derecho subjetivo, es posible remontarse al fundamento normativo que lo sustenta. Así, por ejemplo, quien ha celebrado un contrato válido de compraventa y ha cumplido las condiciones legales adquiere un derecho —el de exigir la entrega de la cosa— que puede reconducirse sin dificultad a las normas que lo instituyen; bajo la lógica clásica, ese derecho, ya incorporado, queda a resguardo de la nueva norma.

La "situación jurídica", en cambio, aparece como una categoría más amplia y, precisamente por ello, de contornos menos definidos. No se vincula con una regla concreta ni con una facultad individualizable, sino que agrupa, bajo una designación común, una serie de efectos cuya unidad es más conceptual que normativa. Piénsese, por ejemplo, en la posición de quien se encuentra inserto en una relación jurídica en curso —un contrato de larga duración o un régimen estatutario— cuyos efectos se despliegan en el tiempo: calificar ese haz de relaciones como "situación jurídica" no permite, por sí solo, identificar qué aspecto queda protegido frente al cambio normativo y cuál permanece disponible para la nueva regla. Esa amplitud, destinada a superar las estrecheces del derecho subjetivo, introduce, sin embargo, una dificultad semejante —y acaso más intensa— al momento de precisar sus límites.

Si esa incertidumbre bastó para debilitar al derecho adquirido como un fundamento seguro, con mayor razón debe suscitar reservas una noción todavía más vasta y elástica. No sería impropio aplicar aquí —con la cautela que impone el análisis doctrinal— los mismos calificativos que Guillermo A. Borda (1951, núm. 2, p. 12) atribuía a la teoría de los derechos adquiridos: vaga, imprecisa, contradictoria e ilógica.

Con ello, como es evidente, no se pretende propiciar un retorno a una versión más robusta de la teoría de los derechos adquiridos. Ambas construcciones presentan defectos considerables: la primera, por su rigidez, que la lleva a excluir sin matices la incidencia de la nueva norma; la segunda, porque su indeterminación conceptual impide identificar con claridad qué queda protegido y qué puede ser alcanzado por la norma posterior. Y si bien la elaboración de Paul Roubier supone un avance al atender a las relaciones en curso y a sus

efectos, introduce en este punto una dificultad propia: al sustituir una categoría precisa —aunque estrecha— por otra más amplia —pero menos definida—, debilita el criterio de decisión, que deja de ofrecer un límite claro a la norma nueva.

### 3.4 El art. 7 es una norma incompleta: dispersión de hechos

Una de las deficiencias más visibles de la norma reside en su silencio respecto de un problema clásico del derecho intertemporal: la dispersión de hechos. Se proclama la aplicación inmediata y, llegado el caso, se invoca la prohibición de la retroactividad. Pero nada se prevé para la hipótesis —frecuente en la práctica y decisiva en la técnica— en que el presupuesto normativo no es simple, sino compuesto: integrado por varios elementos cuya concurrencia es necesaria para que nazca la consecuencia jurídica.

No basta, entonces, con preguntarse cuál es la norma vigente al tiempo del caso. Esa expresión, demasiado amplia, sustituye el análisis por una fórmula. El caso no es una abstracción indivisible, es la conjunción de hechos concretos que configuran el supuesto de la norma. Antes de decidir si rige la norma antigua o la nueva, resulta indispensable descomponer el supuesto en sus elementos constitutivos y determinar con precisión el momento en que cada uno de ellos se produjo. Sólo así puede determinarse si el presupuesto quedó íntegramente configurado bajo un mismo régimen o si sus componentes aparecen distribuidos entre normas sucesivas. Sin ese examen previo, la proclamada aplicación inmediata no pasa de ser una afirmación genérica que deja intacta la verdadera dificultad.

Cabe, por tanto, explicar primero qué es la dispersión de hechos y cuáles son las distintas clases que pueden presentarse, a fin de advertir que, en estos supuestos, el concepto de aplicación inmediata resulta insuficiente para describir con exactitud el problema.

#### 3.4.1 Noción de dispersión de hechos

El presupuesto normativo no constituye una abstracción vacía: describe una serie de hechos cuya concurrencia habilita la producción de la consecuencia jurídica. Si todos ellos se realizaron antes de la entrada en vigor de la nueva norma, quedan necesariamente sometidos al régimen anterior, pues en el momento de su producción sólo la norma antigua constituía regla de derecho. Si, por el contrario, se verificaron íntegramente después de la vigencia de la norma

nueva, es ésta la que los gobierna sin dificultad. La dificultad aparece en la hipótesis intermedia: cuando algunos de los hechos integrantes del presupuesto ocurrieron bajo la regla antigua y otros bajo la nueva. En tal caso —que Héron denomina con acierto "dispersión de hechos"—, el supuesto normativo aparece temporalmente escindido. El fenómeno, central para el derecho intertemporal (Côté, 1989b, p. 359), puede examinarse tanto desde la perspectiva de la norma antigua como desde la nueva.

### 3.4.2 La dispersión de los hechos vista desde la antigua norma

Este fenómeno, considerado desde la perspectiva de la norma anterior, puede presentarse en forma simple o compleja, según la cantidad de hechos que integran el presupuesto normativo.

En su configuración más sencilla, cuando el presupuesto se compone únicamente de dos hechos —uno ocurrido bajo la vigencia de la norma anterior y otro producido ya bajo el imperio de la nueva—, la alternativa aparece con mayor nitidez. El problema adopta entonces una estructura estrictamente binaria: si se atribuye relevancia decisiva al primero, se impone la supervivencia de la norma derogada; si, en cambio, se privilegia el segundo, corresponde afirmar la aplicación inmediata de la nueva norma.

En el primer caso, si se escoge como punto de referencia el elemento inicial del presupuesto (A'), su hecho concreto (a'), acontecido bajo el dominio de la norma antigua, queda sometido a esta, pues era la única en vigor en el instante de su producción. De este modo, se configura un supuesto "puro" de supervivencia: la norma derogada prolonga su eficacia para abarcar lo que comenzó bajo su imperio. En el segundo caso, si se privilegia el último elemento del presupuesto (A''), correspondiente a la nueva norma, el hecho concreto (a''), realizado tras su entrada en vigor, queda necesariamente sometido a ella, ya que ninguna otra norma estaba vigente en ese momento. Con ello se consuma un supuesto igualmente "puro" de aplicación inmediata.

La coexistencia de hechos situados a ambos lados de la reforma legislativa constituye, así, el ejemplo más claro de las dos soluciones cardinales del derecho intertemporal, en el que cada una de las alternativas corresponde exactamente a una de sus categorías clásicas: supervivencia de la norma anterior o efecto inmediato de la nueva. Esto es, precisamente, lo único que contempla el art. 7 del Código Civil y Comercial.

En el caso más complejo, caracterizado por la pluralidad de hechos, la norma

exige la concurrencia —por ejemplo— de cuatro hechos sucesivos para producir sus efectos, y estos se cumplen en distintos momentos respecto de un cambio legislativo. Así, los dos primeros (a' y a'') acontecen bajo la norma antigua, mientras que los dos últimos (a''' y a'''') tienen lugar bajo la nueva. El presupuesto normativo queda entonces distribuido entre dos regímenes, de manera que el intérprete debe decidir cuál de esos cuatro hechos se toma como punto de referencia para fijar la norma aplicable: si el primero, el último o alguno intermedio. De esa elección se derivan cuatro soluciones posibles.

Si se toma como decisivo el primer hecho (a'), se produce la supervivencia de la antigua norma en forma pura, porque todo el proceso queda anclado a la norma antigua vigente en el inicio. Si se privilegia el cuarto hecho (a''''), se da la aplicación inmediata pura, ya que la norma nueva se aplica íntegramente al situarse el cierre del proceso dentro de su vigencia. Ocurre lo mismo que en el caso más simple.

Entre ambas posiciones extremas aparecen las soluciones intermedias, particularmente relevantes en este supuesto de cuatro hechos. Si se privilegia el segundo hecho (a''), se configura una "supervivencia atenuada", distinta de la anterior, pues, aunque se conserva la referencia a la norma antigua, los hechos posteriores (a''' y a'''') se producen bajo la nueva. Si, finalmente, se elige el tercer hecho (a'''), se obtiene una "aplicación inmediata anticipada", también diferente, porque el punto decisivo ya está situado bajo la nueva norma, aun cuando los hechos anteriores se realizaron bajo la antigua. Estas soluciones muestran que, más allá de la clásica oposición entre supervivencia y aplicación inmediata, la dispersión admite transiciones más matizadas entre un régimen y otro, sobre las cuales nada dice el art. 7 que estamos analizando.

Un ejemplo tomado del art. 980, inciso b) del Código Civil y Comercial de la Nación puede esclarecer la cuestión. Allí se establece que, entre ausentes, el consentimiento contractual se perfecciona cuando la aceptación es recibida por el oferente. El supuesto normativo se integra, así, por una secuencia de cuatro hechos que deben sucederse en el tiempo y cuyo punto decisivo se ubica en el último de ellos: emisión de la oferta (a'), recepción de la oferta (a''), emisión de la aceptación (a''') y recepción de la aceptación por el oferente (a''''). El consentimiento —esto es, la consecuencia jurídica prevista por la norma— nace en ese cuarto momento: cuando la aceptación llega al oferente y se incorpora a su esfera de conocimiento.

Supóngase que, por hipótesis, una reforma legislativa modifica esta regla y establece que el contrato se perfecciona con la sola emisión de la aceptación

(a'''), sin necesidad de su recepción. La consecuencia sería un desplazamiento del instante decisivo: del cuarto al tercer momento de la secuencia. Si el contrato se encuentra aún en formación y la oferta y su recepción (a' y a'') ocurrieron bajo la vigencia del régimen anterior, mientras que la emisión de la aceptación y su recepción (a''' y a'''') tienen lugar bajo el nuevo, el presupuesto aparece temporalmente fraccionado. De aquí se desprenden, como vimos, cuatro soluciones posibles.

Si se toma como decisivo el primer hecho (emisión), la perfección del contrato —suponiendo que ello pudiera considerarse "consentimiento"— se reputa íntegramente sometido a la norma antigua: es la supervivencia pura. Si se adopta como referencia el cuarto hecho (recepción de la aceptación), el contrato se perfecciona bajo la regla nueva: es la aplicación inmediata pura. Pero si se privilegia el segundo hecho (recepción de la oferta), se obtiene una supervivencia atenuada: el consentimiento se fija aún bajo la norma derogada, aunque los actos posteriores se desarrollen ya en el marco de la nueva. Y si se escoge el tercer hecho (emisión de la aceptación), se configura una aplicación anticipada de la norma nueva: se adelanta su imperio al momento mismo en que el destinatario responde, aunque la oferta y su recepción hubieran sido consumadas bajo la disposición anterior.

La diferencia entre ambas soluciones resulta clara. Las soluciones puras —a' y a''''— reproducen la dicotomía clásica entre supervivencia de la norma anterior y aplicación inmediata de la nueva. Las soluciones intermedias —a'' y a'''— combinan elementos de ambos regímenes. El ejemplo muestra que una eventual reforma del art. 980, inciso b) no se reduce a la alternativa entre aplicación inmediata y supervivencia, sino que obliga a contemplar soluciones mixtas, más fieles a la complejidad temporal del proceso de formación del consentimiento, que el art. 7 no contempla.

### 3.4.3 La dispersión de los hechos vista desde la nueva norma

La dispersión, considerada desde este ángulo, no alude simplemente a la pluralidad de hechos que exige el presupuesto —que, en todo caso, deben ser más de uno—, sino a la relación que esos hechos guardan entre sí: si deben concurrir necesariamente todos para que la consecuencia jurídica se produzca o si el legislador puede determinarla tomando como punto de referencia solo uno de ellos. La dispersión, por ello, puede ser simple o compleja (Fleury-Le Gros, 2005, núm. 286, p. 131).

La primera determina que, pese a la escisión temporal de los hechos, la consecuencia jurídica puede fundarse íntegramente en uno solo de los bloques temporales. En estos casos, la estructura del presupuesto no obliga a integrar hechos sometidos a dos regímenes distintos para producir el efecto; el legislador puede decidirse por el régimen antiguo o por el nuevo, aplicándolo de manera completa, sin recomponer el presupuesto combinando elementos heterogéneos. En la dispersión compleja, en cambio, la escisión temporal impide decidirse exclusivamente por uno de los bloques. El requisito es unitario e indivisible: la consecuencia jurídica depende necesariamente de la acumulación de todos los hechos realizados bajo normas sucesivas. No es posible aplicar íntegramente uno u otro régimen sin alterar la estructura del presupuesto exigido por la nueva norma. Pongamos, nuevamente, un ejemplo: pero ahora de la ley de ciudadanía argentina.

El art. 2, inciso 1 de la Ley 346 establece que podrán obtener la ciudadanía argentina los extranjeros que reúnan tres condiciones: (a') ser mayores de dieciocho años; (a'') haber residido en la República Argentina en forma continua y legal durante los dos años anteriores a la solicitud; y (a''') manifestar su voluntad de ser ciudadanos ante la Dirección Nacional de Migraciones. No se trata, por tanto, de un hecho único, sino de una estructura compuesta: un requisito personal puntual, un requisito temporal prolongado y un acto final que articula los anteriores.

Si una norma nueva elevara el requisito de residencia de dos a tres años y entrara en vigor cuando el interesado ya hubiera cumplido los dos años exigidos por la norma anterior, pero aún no ha presentado la solicitud, el presupuesto quedaría temporalmente fragmentado. El elemento (a'') —la residencia de dos años— se habría realizado íntegramente bajo la vigencia de la norma antigua; el elemento (a''') —la manifestación de voluntad— se produciría bajo la nueva. Nos encontramos, entonces, ante un supuesto típico de dispersión de hechos.

Esa dispersión, como se dijo, puede ser simple o compleja. Es simple cuando los elementos del presupuesto de hecho quedan repartidos, de modo separado, a uno y otro lado del cambio normativo: por ejemplo, los dos años de residencia se cumplen íntegramente bajo la norma antigua, pero la solicitud se presenta ya bajo la nueva. En tal supuesto, el conflicto consiste en determinar cuál de esos momentos debe ser tomado como punto de anclaje temporal. Si se atribuye relevancia decisiva a la fecha de la solicitud (a''') la norma nueva se aplicará en bloque y el interesado deberá acreditar tres años de residencia; los dos años cumplidos bajo la norma anterior no serán suficientes. Si, por el con-

trario, se considera determinante la conclusión del período de residencia —(a'') podrá sostenerse que ese requisito quedó consumado bajo la norma antigua y que la reforma no puede reabrirlo ni agravarlo; la norma nueva sólo alcanzaría, entonces, a quienes todavía no hubieran completado ese presupuesto material al tiempo de su entrada en vigor.

La dispersión se vuelve más compleja cuando el propio elemento temporal prolongado (a'') atraviesa el cambio normativo. Supóngase que el extranjero llevaba un año y seis meses de residencia al momento de entrar en vigor la norma que exige tres años, y que completa el tiempo restante bajo el nuevo régimen. En ese caso, el requisito de residencia se ha formado parcialmente bajo la norma antigua y parcialmente bajo la nueva. Si se toma como punto de anclaje el inicio del período, podrá sostenerse que todo el cómputo queda sometido al régimen anterior; si se privilegia el momento final de su cumplimiento, la norma nueva impondrá íntegramente su estándar; y si se atiende al carácter progresivo del requisito, podrá defenderse una solución intermedia, que reconozca el tiempo ya transcurrido, pero lo integre dentro de la nueva exigencia cuantitativa. Cada elección, como se advierte, produce consecuencias jurídicas distintas.

Si se toma como punto de anclaje la fecha de la solicitud (a'''), la consecuencia será que la norma nueva rija íntegramente el caso y que el interesado deba cumplir el nuevo requisito de tres años, aun cuando hubiera completado dos bajo la norma anterior; el tiempo ya transcurrido no consolida, por sí solo, una posición jurídica suficiente. Si, en cambio, se considera determinante la conclusión del período de residencia exigido por la norma antigua (a''), la consecuencia será que ese requisito quede definitivamente sometido al régimen anterior y no pueda ser agravado por la reforma posterior, de modo que quien ya hubiera cumplido los dos años pueda invocar la suficiencia de ese presupuesto. Finalmente, si se privilegia el momento final de integración global del presupuesto —esto es, la concurrencia simultánea de todos sus elementos—, la consecuencia será que sólo quienes, al tiempo de la solicitud, reúnan todos los requisitos conforme a la norma vigente podrán acceder a la ciudadanía, quedando excluidos quienes, aunque hubieran avanzado bajo la norma antigua, no hubieran perfeccionado todavía el conjunto del presupuesto antes de la entrada en vigor de la nueva norma.

La conclusión de este análisis es clara. El concepto genérico de aplicación inmediata falla en estos casos porque presupone una situación homogénea cuyos efectos futuros pueden ser gobernados sin más por la norma nueva. Aquí,

en cambio, no hay un único hecho ni un único momento relevante, sino una estructura compuesta cuyos elementos se distribuyen en el tiempo. Invocar la aplicación inmediata equivale, en realidad, a seleccionar uno de esos momentos como decisivo —generalmente, el último— y a presentar esa elección como si fuera una consecuencia automática del principio. Pero esa decisión no está contenida en la fórmula. En los casos de dispersión, la cuestión no consiste en determinar si la nueva norma se aplica inmediatamente, sino a qué elemento del presupuesto se la hace anclar. Y esa determinación exige un análisis que el concepto genérico, por sí solo, no proporciona.

### 3.4.4 La aplicación inmediata no considera la dispersión de hechos

Después de todo lo dicho, la insuficiencia del esquema se vuelve evidente. El art. 7 proclama la aplicación inmediata de la nueva norma y reitera la prohibición de la retroactividad, pero nada dispone acerca del problema de la dispersión de hechos. La norma habla en términos generales, como si el "caso" fuese una unidad simple; no contempla la hipótesis en que el presupuesto está compuesto por varios elementos producidos en momentos distintos. En tales supuestos, la invocación general de la aplicación inmediata no resuelve el problema. La dificultad no consiste en saber si la regla nueva rige el presente, sino en determinar qué hecho del conjunto fija el régimen aplicable. Ese punto de anclaje temporal no surge del texto. La fórmula resulta así indiferente frente al verdadero problema estructural: la fragmentación temporal del supuesto normativo.

## 4. Observaciones al sistema positivo del derecho intertemporal argentino

Más allá de los conceptos equívocos o excesivamente amplios que la norma propone —cuya imprecisión podría aún excusarse como defecto de técnica legislativa—, hay en ella algo más inquietante: el principio que, casi sin declararse, la sostiene. Los errores de vocabulario son, en última instancia, corregibles; la interpretación los disipa, los reconduce, los atenúa. Pero los principios operan de otro modo: no se exhiben, sino que orientan; no se discuten, sino que se presuponen. Allí donde la formulación vacila, el daño es local; cuando la vacilación se eleva a regla, la distorsión se vuelve estructural. Ya no se trata de una palabra desafortunada, sino de una premisa que, presentada como evidente, carece sin embargo de justificación suficiente y condiciona, desde su origen,

la manera misma en que el conflicto intertemporal será pensado. Conviene, por ello, precisar por qué el llamado "efecto inmediato" no puede erigirse en principio general de la legislación.

Desde que Roubier fijó la distinción entre efecto inmediato y retroactividad como eje de los "conflictos de leyes en el tiempo" y le atribuyó al primero el carácter de principio general —casi natural— de la legislación, numerosos ordenamientos han repetido esa fórmula con la docilidad de lo evidente. También el nuestro. Para sostenerla, se han invocado razones conocidas: la presunta superioridad de la ley nueva sobre la antigua (Borda, 1961, núm. 5, p. 55); la facultad —y aun el deber— del legislador de conferirle la aplicación más pronta y extensa; la exigencia de unidad del sistema, que parecería reclamar la vigencia uniforme del derecho actual.

Pero la doctrina posterior ha introducido una precisión decisiva. Los trabajos de Bach y de Héron, continuados por las observaciones de Fleury-Le Gros, Éveillard y Bon, han mostrado que la norma jurídica está, por su propia estructura, orientada a hechos íntegramente futuros: allí encuentra su ámbito propio. Todo lo que excede ese dominio —la proyección sobre el pasado o la intervención en relaciones en curso— constituye, en rigor, una anomalía del sistema, en la medida en que exige un mecanismo normativo adicional que la norma, por sí sola, no posee.

El progreso doctrinal, gestado desde mediados del siglo XX, ha consistido precisamente en examinar con mayor detenimiento cómo operan, en términos normativos, la retroactividad y el llamado "efecto inmediato": qué resortes internos deben ponerse en movimiento para que uno u otro llegue a producirse. Se ha abandonado así la idea —demasiado simple— de que basta la declaración del legislador para que tales efectos se realicen, así como las explicaciones que los remitían a razones políticas o a consideraciones de conveniencia. La reflexión más reciente ha advertido, en cambio, que ambos fenómenos constituyen desviaciones respecto del funcionamiento ordinario del derecho, porque requieren la introducción de elementos normativos adicionales (4.1); que, en la práctica, no siempre es sencillo distinguirlos (4.2); que, aun cuando se los distinga, la distancia que los separa no es tan amplia como suele afirmarse (4.3); que bajo la expresión "aplicación inmediata", se agrupan nociones diversas que deben ser cuidadosamente separadas (4.4); y que, en definitiva, el único principio general que el sistema admite no puede ser otro que el de su proyección hacia el porvenir.

### 4.1 La retroactividad y el efecto inmediato son siempre anomalías

La norma, en su arquitectura más propia, no está hecha para resolver lo ya sucedido, sino para ordenar lo que ha de venir. Su forma ordinaria —abstracta, hipotética y continua— supone una serie indefinida de casos futuros: si ocurre un hecho, se sigue una consecuencia. En ese esquema hay apertura, posibilidad y reiteración. Pero todo se altera cuando el legislador pretende alcanzar hechos ya consumados o relaciones nacidas bajo una norma anterior que todavía perduran. Entonces ya no se enfrenta a lo eventual, sino a lo dado; no a una pluralidad incierta, sino a un conjunto ya configurado y, en ese sentido, cerrado.

La norma deja así de proyectarse sobre lo posible para incidir sobre lo existente y, en ese tránsito, su forma habitual se revela insuficiente. No basta ya con prever hipótesis: es necesario fijar el estatuto jurídico de situaciones previamente constituidas, decidir qué parte de ellas ha de permanecer bajo el régimen anterior y cuál ha de someterse al nuevo. La norma, que en su curso ordinario se limitaba a anticipar consecuencias, se ve obligada aquí a intervenir sobre una realidad que no puede rehacer sin más, pero que tampoco puede ignorar. De allí que el derecho intertemporal requiera instrumentos que no pertenecen a la estructura común de la norma en cuanto regla de obrar.[19] Son las decisiones —categóricas o hipotéticas— y las normas instrumentales o transitorias mediante las cuales el legislador logra proyectarse sobre el pasado o sobre relaciones en curso. Sin esos elementos, la norma no podría alcanzar lo ya constituido sin desnaturalizarse. Por eso debe rechazarse la afirmación de que la aplicación inmediata "debe considerarse como la regla ordinaria" (Roubier, 1960, núm. 3, p. 10). No lo es. Su operatividad depende siempre de la introducción de estos elementos adicionales, sin los cuales la regla permanecería confinada a su dominio natural: el porvenir.

La palabra "decisión" no es conocida en el derecho argentino como categoría técnica, pero designa una noción práctica acuñada por Pierre Mayer, en una importante obra de 1973, para dar cuenta de una forma normativa distinta de la regla general. Mientras esta se expresa bajo la fórmula "si X, entonces Y", la decisión declara directamente el efecto jurídico respecto de situaciones ya identificadas. La doctrina distingue, con precisión, dos formas: una clásica, asentada en la inmediatez de su eficacia, y otra más reciente, que introduce en su estructura una apertura hacia lo venidero. La primera —la decisión categórica— produce su efecto sin espera ni mediación: no aguarda el porvenir, sino que

19 Suarez (1856, *De legibus*, Lib. 3, Cap. XIV, núm. 1): "Ratio est, quia lex ponitur ut regula operationis;

actúa de inmediato, afirmando desde el presente la subsistencia, modificación o extinción de efectos nacidos de hechos pretéritos (Mayer, 1973, núm. 48, p. 35). Es, por ello, el instrumento propio de la retroactividad, en la medida en que ésta no se limita a prolongar el pasado, sino que lo reordena. La segunda —la decisión hipotética—, aunque se dirige igualmente a un círculo cerrado de destinatarios, aquellos comprendidos en una relación ya existente, difiere en su modo de operar: subordina su eficacia a una condición futura (Fleury-Le Gros, 2005, núm. 84, p. 40). No revisa lo ocurrido, gobierna lo que ha de seguir. Tal es la forma característica de la llamada "aplicación inmediata", en la que el ámbito personal[20] permanece clausurado, pero el efecto jurídico queda, todavía, a merced de lo venidero.

Junto a estas decisiones operan las normas instrumentales o transitorias, que no regulan directamente conductas, sino la aplicación temporal de las propias normas. Son normas de segundo grado: determinan cuándo debe aplicarse la norma nueva y cuándo debe subsistir la anterior. La concepción clásica las entiende como reglas de conflicto intertemporal, destinadas a ampliar o restringir el ámbito temporal de las normas sustantivas sin alterar su existencia. La doctrina más reciente, en cambio, les atribuye una función más intensa: organizar la sustitución efectiva entre regímenes sucesivos, desplazar la vigencia de la norma anterior y evitar que el conflicto llegue siquiera a plantearse.

En conjunto, estas técnicas muestran que ni la retroactividad ni la aplicación inmediata pertenecen, sin más, al curso ordinario de la norma jurídica. La norma, por su destino propio, mira al porvenir: dispone para los hechos que han de nacer, no para los que ya han recibido su forma bajo un régimen anterior. Cuando se la hace obrar sobre el pasado, o sobre relaciones ya comenzadas, es necesario añadir una previsión especial que ordene ese tránsito. Las decisiones fijan la suerte de situaciones ya determinadas; las normas instrumentales regulan el paso de un régimen a otro. No puede decirse, entonces, con Roubier, que el efecto inmediato sea el efecto natural o normal de las normas. Aun en ese caso, la norma nueva no se basta a sí misma: requiere una disposición que indique cómo debe aplicarse a relaciones que no nacieron con ella.

---

regula autem supponi debet ad opus: est enim suo modo principium actionis, et ideo maxime datur propter futuram actionem".

20 Ese "ámbito personal" designa, precisamente, el conjunto de sujetos alcanzados por la norma. En las reglas generales, ese ámbito permanece abierto, proyectándose sobre una pluralidad indeterminada de casos posibles; en las decisiones, en cambio, se presenta cerrado, pues no se dirige a sujetos eventuales, sino a personas ya individualizables por su vinculación con una relación existente o con un

### 4.2 La aplicación inmediata retroactiva

No está de más detenerse un momento en una construcción teórica singular que tiene el mérito de haber dirigido su crítica contra la oposición entre retroactividad y efecto inmediato. Tal es la propuesta formulada por Pierre Bon, cuya investigación se propone precisamente interrogar la pertinencia de esa distinción, convertida desde Roubier en una de las piezas centrales de la arquitectura conceptual del derecho transitorio.

Su punto de partida consiste en mostrar que dicha oposición descansa sobre conceptos mucho menos claros de lo que la doctrina suele suponer. En efecto, como observa, no existe una retroactividad en sí misma, sino que el carácter retroactivo de la aplicación de una norma depende del punto de vista desde el cual se la examine (Bon, 2025, § 63, p. 85). La consecuencia es, para él, decisiva. La aplicación de una norma nueva sólo puede calificarse como retroactiva desde cierto punto de vista, según los hechos que se tomen en consideración para estimarla. En otras palabras, el carácter retroactivo no pertenece a la norma misma, sino al elemento temporal que el intérprete adopta como referencia.

Sobre esta base, Bon muestra que una misma decisión puede recibir dos calificaciones distintas. Desde una lectura abstracta —centrada en las categorías jurídicas—, la aplicación de la norma nueva puede presentarse como una simple aplicación inmediata. Pero desde una lectura concreta —atenta a la cronología de los hechos—, la misma decisión puede aparecer como retroactiva (Bon, 2025, § 64, p. 85). De allí surge la idea central de su análisis: la existencia de "aplicaciones inmediatas con efecto retroactivo", expresión con la que designa el caso en el que la norma nueva se aplica inmediatamente —por ejemplo, a una acción o a un procedimiento iniciado después de su entrada en vigor—, pero produce efectos sobre hechos anteriores. La aplicación sigue siendo inmediata desde el punto de vista de la decisión judicial, aunque sus consecuencias alcancen elementos del pasado.

El resultado es revelador. La oposición clásica entre retroactividad y efecto inmediato deja de constituir una alternativa rigurosa. Una misma solución puede ser descrita como aplicación inmediata o como retroactiva según el elemento temporal que se adopte como referencia. La retroactividad, en consecuencia, no designa una propiedad de la norma, sino una manera de mirar su aplicación.

hecho ya acaecido. De allí que, aun cuando la decisión hipotética difiera de la categórica en su modo de producir efectos, ambas comparten ese rasgo esencial: no operan sobre un universo abierto de destinatarios, sino sobre un círculo ya delimitado, cuya identificación deriva de la propia situación jurídica que se pretende regir.

El análisis precedente no está exento de objeciones. La visión marcadamente pragmática de la aplicación de la norma en el tiempo que propone Pierre Bon —centrada en la forma en que el juez aplica la regla al caso concreto más que en la delimitación abstracta de su ámbito temporal— puede suscitar reservas y, en ciertos aspectos, debilitar la seguridad conceptual que las categorías tradicionales procuraban preservar. Pero su construcción posee un mérito que no conviene subestimar: haber mostrado que la distinción, tan repetida como aparentemente clara, entre retroactividad y efecto inmediato descansa sobre presupuestos más frágiles de lo que suele admitirse. Al revelar la posibilidad de aplicaciones inmediatas con efecto retroactivo, Bon introduce una leve fisura en esa arquitectura conceptual. Y, a veces —como lo muestra la historia de las disputas doctrinales—, basta una leve fisura para que lo que se tenía por evidente revele su fragilidad.

### 4.3 El efecto inmediato y el retroactivo no son tan distintos

La tradición ha querido ver, entre la retroactividad y la aplicación inmediata, una oposición de principio (Roubier, 1966, núm. 3, p. 11). Esa imagen, sin embargo, se disipa cuando se examina su mecanismo. Ambas técnicas —más que contrarias— participan de una misma estructura y repiten, bajo formas diversas, una misma operación. Comparten un problema idéntico: la irrupción de una nueva norma sobre un fenómeno que ya existe; producen un mismo resultado: el desdoblamiento temporal de una única situación jurídica; admiten una intensidad práctica comparable según el tramo de la relación que resulte afectado; operan mediante decisiones que delimitan su alcance por referencia a situaciones ya constituidas; y, finalmente, revelan que la cronología, por sí sola, no basta para decidir la norma aplicable. La diferencia entre ellas —tan invocada— no es de naturaleza, sino de grado: no altera la estructura común, sino el punto en el que se traza la frontera entre dos regímenes que coexisten sobre una misma realidad.

El problema que ambas enfrentan es siempre el mismo. Una norma entra en vigor cuando el hecho, la relación o la situación jurídica —nacida bajo el imperio de la anterior— no han concluido todavía su despliegue. El fenómeno persiste; la norma cambia. La regla más simple —que cada norma, como dice Bergmann (1818, § 4, p. 10), rija su propio tiempo— se revela entonces insuficiente, porque el objeto de regulación no pertenece íntegramente ni al pasado ni al porvenir. La retroactividad responde a esa dificultad desplazando la fron-

tera hacia atrás: la norma nueva se arroga el gobierno de hechos o efectos ya producidos. La aplicación inmediata, en cambio, fija esa frontera en el presente y le atribuye al nuevo régimen los efectos futuros de la relación en curso. Pero la divergencia es sólo aparente: en ambos casos, el legislador ejecuta la misma operación, que no es otra que redistribuir, desde el presente, el dominio temporal de dos normas sobre una misma unidad.

De ese origen común deriva un resultado también común. La unidad jurídica —que el tiempo presentaba como continua— se rompe. La retroactividad recalifica el pasado (Klein y Barbey, 1964, § 13, p. 47), superponiendo a la calificación antigua una nueva; la aplicación inmediata divide la relación entre lo ya producido, que permanece bajo la norma anterior, y lo que todavía debe producirse, sometido a la norma nueva. En ambos casos, el derecho no se limita a suceder normas, como si cada una habitara sin conflicto su propio tiempo, sino que distribuye dos regímenes sobre fases distintas de una misma realidad. La continuidad del hecho subsiste; la unidad normativa se quiebra.

Tampoco la gravedad de la intervención distingue con claridad a una y otra técnica. Se ha dicho que la retroactividad es más intensa, porque vuelve sobre lo ya concluido (Pieroth, 1982, p. 95). Pero esa afirmación —que tiene algo de verdad— omite lo esencial: la incidencia real de la norma no depende de su dirección temporal, sino del lugar que ocupa el segmento afectado dentro de la relación. Una retroactividad que recae sobre efectos ya agotados puede alterar poco; una aplicación inmediata que incide sobre la proyección futura de una relación en curso —y, en especial, sobre aquello en lo que reside su valor— puede transformarla de raíz. El tiempo, por sí solo, no mide la intensidad: la mide la estructura.

Hay, incluso, un rasgo más profundo que las aproxima. Ni la retroactividad ni la aplicación inmediata se agotan en una simple referencia cronológica. Ambas suponen una "decisión" (Mayer, 1973, núm. 48, p. 35). La ley nueva no se limita a decir "rige desde ahora"; determina, con mayor o menor precisión, a quiénes alcanza. Lo hace siempre por referencia a un dato anterior: hechos ya acontecidos, en un caso; relaciones en curso, en el otro. El universo de destinatarios se encuentra, así, cerrado —o es determinable— desde el momento mismo en que la norma entra en vigor (Fleury-Le Gros, 2005, 293, p. 135). La operación intertemporal no es, por tanto, el resultado mecánico del tiempo, sino el producto de una selección normativa.

Por último, ambas técnicas revelan una misma insuficiencia: la del tiempo como criterio exclusivo. Ni la localización del hecho ni la fecha de la ley, con-

trariamente a lo que se ha dicho (Level, 1959, § 2, p. 20), bastan para decidir el conflicto. Es preciso, en cada caso, identificar el hecho relevante, segmentar la relación y distribuir sus diversas fases entre los regímenes sucesivos. La solución no brota de la cronología, se construye. Bajo esta luz, la oposición entre retroactividad y aplicación inmediata se atenúa hasta casi desaparecer: ambas no son sino dos modos —más próximos de lo que se admite— de una misma técnica, que consiste en repartir el dominio de dos normas sobre una realidad que el tiempo, obstinadamente, se niega a dividir.

### 4.4 La noción del efecto inmediato es confusa

La noción de efecto inmediato es, en su raíz, equívoca. Su éxito terminológico ha velado una superposición de sentidos que, aunque confluyen en un mismo instante —el de la entrada en vigor—, no son por ello idénticos. Bajo esa fórmula, que la doctrina ha repetido con complacencia, se insinúan acepciones diversas, apenas conciliables entre sí (Héron, 1996, núm. 118, p. 108). La coincidencia temporal explica la confusión; no la justifica. Porque lo que se presenta como una unidad es, en verdad, una reunión contingente de operaciones heterogéneas.

Ante todo, la inmediatez puede entenderse como *observancia inmediata*. En este primer sentido, la expresión no dice más que esto: que la norma obliga desde el instante mismo de su promulgación, sin intervalo ni espera. El problema se sitúa, así, en un plano estrictamente normativo. No concierne a la aplicación de la norma sobre los hechos, sino a la continuidad —sin fisuras— entre su nacimiento y su fuerza obligatoria. Lo inmediato no describe aquí una técnica de incidencia en el tiempo, sino una simple coincidencia: la del surgir de la norma con el comienzo de su imperio. La norma aparece y obliga, y en esa simultaneidad agota su inmediatez formal. Así, si una norma modifica la tasa de interés, lo único que se afirma en este nivel es que, desde su promulgación, esa ley es obligatoria; nada se dice aún sobre si alcanzará a un contrato de mutuo en curso. Pertenece al orden de la validez; no al de la aplicación.

En un segundo sentido —más sutil y, por ello mismo, más propenso al equívoco— la inmediatez se asocia al *desplazamiento del régimen anterior* en lo que atañe al porvenir de las relaciones jurídicas. No hay aquí anticipación de la vigencia ni, mucho menos, retroacción sobre lo ya ocurrido; hay, simplemente, sustitución. La norma nueva, una vez observable, se instala en el tiempo que le es propio y asume, sin dilación, el gobierno de los efectos futuros, aun

cuando éstos se inserten en situaciones nacidas bajo el imperio de la anterior. No toca el origen; alcanza la continuación. En el ejemplo, los intereses que se devenguen desde la entrada en vigor quedan regidos por la nueva tasa, porque ésta desplaza inmediatamente el sistema anterior para todo lo que aún no se ha producido. Pero la confusión surge cuando esta operación —que es, en rigor, una técnica de aplicación— se pretende deducir, sin más, de la sola inmediatez formal de la vigencia. Como si el hecho de que la norma obligue desde su promulgación bastara, por sí mismo, para decidir el modo en que habrá de incidir sobre las situaciones en curso. Se desliza entonces, sin advertencia, de un plano a otro: de la validez a la aplicación, de la norma a los hechos. Y en ese tránsito se comete el equívoco.

Y, finalmente, en su acepción sustantiva —la más precisa y, acaso, la única que merece conservar el nombre— la inmediatez designa a aquellas normas que intervienen sobre hechos o relaciones ya iniciados, antes de su agotamiento, para someter al nuevo régimen la porción futura de sus efectos. No hay aquí espera ni deferencia respecto de la consumación natural de lo existente: la norma nueva no se limita a regir aquello que advendrá en abstracto, sino que irrumpe en el curso mismo de lo ya existente y, desde ese instante, redefine sus consecuencias jurídicas. El pasado no se altera; deja, sin embargo, de ofrecer protección. En el ejemplo, ello significa que la expectativa de que los intereses futuros se calcularían según la tasa vigente al tiempo del contrato queda desplazada sin transición: la ley corta la continuidad del régimen anterior y reconduce inmediatamente la proyección futura de la relación al nuevo sistema. La inmediatez aparece entonces como una interrupción —brusca, casi súbita (Hess, 1998, § 1, núm. 2, p. 2: *Plötzlichkeit*)— en la continuidad normativa de los efectos. Allí donde, sin la norma nueva, éstos habrían seguido desplegándose bajo el régimen anterior, sobreviene un quiebre que los reconduce, sin transición, al nuevo orden. No es el hecho consumado aquello que resulta alcanzado, es la línea invisible de su proyección temporal. Y es en esa línea —no en el pasado que la origina, sino en el porvenir que la prolonga— donde la norma nueva inscribe, de modo inmediato, su imperio.

La ambigüedad del término se explica, entonces, porque bajo la expresión "efecto inmediato" se reúnen tres operaciones normativas distintas, que pertenecen a planos conceptuales diversos y obedecen a lógicas temporales no coincidentes. La frecuente simultaneidad fáctica de estas operaciones conduce a concebirlas como una única técnica, cuando en realidad se trata de fenómenos diferenciables que sólo una correcta separación permite comprender.

## 5. Propuesta para una reformulación del art. 7

Lo que sigue es una reformulación de la actual norma intertemporal del Código Civil y Comercial de la Nación. No pretende ofrecer una solución acabada. Es, en rigor, una propuesta y, como tal, queda abierta a correcciones, desarrollos e incluso objeciones que aquí no se anticipan. No aspira —ni podría hacerlo— a fijar una regla definitiva en una materia cuya complejidad ha resistido, durante mucho tiempo, toda simplificación duradera. Su propósito es más limitado, aunque también más necesario: abrir el debate y poner de relieve que el sistema vigente, tal como hoy se encuentra formulado, exige revisión. Si estas páginas alcanzan a perturbar la inercia de una fórmula reiterada y a suscitar una discusión que hasta ahora permaneció en gran medida implícita, habrán cumplido su cometido.

La norma propuesta es la siguiente:

> Artículo 7. Aplicación temporal de las normas
> Las normas jurídicas rigen los hechos que integran su presupuesto y se aplican a aquellos producidos con posterioridad a su observabilidad. No tienen efecto retroactivo ni pueden incidir sobre hechos en curso ni sobre las consecuencias que de ellos se derivan, salvo disposición expresa en contrario. En ambos casos, la aplicación de la nueva norma no puede lesionar la confianza razonable fundada en el régimen jurídico vigente al tiempo de la realización de esos hechos.
> Cuando el presupuesto esté integrado por hechos producidos en distintos momentos, la determinación de la norma aplicable requerirá identificar el elemento al cual se anuda la consecuencia jurídica. A falta de disposición expresa, los hechos ya realizados conservan el régimen jurídico que les atribuía la norma vigente al tiempo de su producción.
> Los contratos en curso de ejecución se rigen por la norma vigente al tiempo de su celebración y deben cumplirse conforme a ella, salvo disposición expresa en contrario, sin distinción entre normas imperativas o supletorias.

Cabe, seguidamente, explicar algunas de las novedades que se proponen.

En primer lugar, el nuevo texto desplaza el eje del análisis. No habla ya de leyes, sino de normas. La ley, en cuanto acto de promulgación, fija un momento; la norma, en cambio, determina un ámbito temporal de aplicación. Es ella la que rige los hechos y anuda a ellos determinadas consecuencias jurídicas. Al formular el principio en términos de presupuesto y efecto, la disposición abandona una forma de decir cómoda, pero equívoca, y restituye al análisis su unidad elemental. El problema intertemporal deja de plantearse como una cuestión de "aplicación de leyes" y pasa a resolverse en función de los hechos

que integran el supuesto normativo. Allí —y no en una noción abstracta de vigencia— se encuentra su verdadero punto de apoyo.

En segundo lugar, el texto introduce una precisión que, aunque discreta, resulta decisiva: la referencia a la observabilidad. No toda norma que existe es, sin más, aplicable a cualquier hecho. Antes debe imponerse como obligatoria. Esta secuencia, que parece evidente, ha sido frecuentemente desatendida. La noción indiferenciada de vigencia oscila entre dos significados —el de obligatoriedad y el de aplicabilidad— y, al hacerlo, oscurece el problema. La reforma evita esa ambigüedad. La norma rige desde que es observable; se aplica a los hechos que se producen desde entonces. Con ello se restablece un orden lógico que el lenguaje jurídico, por su misma economía, tiende a borrar.

En tercer lugar, la retroactividad no es definida por el texto, sino delimitada en sus efectos. La norma no pretende ofrecer una construcción teórica del concepto, sino fijar el ámbito en el que puede operar. De allí que el problema no se resuelva en la mera existencia o ausencia de una declaración legislativa, sino en la incidencia efectiva de la norma sobre hechos anteriores. En esta misma línea, el texto también acota el alcance del llamado "efecto inmediato": aun cuando la norma se proyecte hacia el futuro, su aplicación sobre hechos en curso o sobre las consecuencias que de ellos derivan queda igualmente sujeta a control. La disposición introduce, así, un criterio único: tanto en los supuestos de retroactividad como en los de aplicación inmediata, la norma resulta inadmisible cuando implique alterar el régimen jurídico o el valor normativo de hechos ya cumplidos o lesionar la confianza legítima fundada en el derecho vigente al tiempo de su realización. Se corrige de este modo una ambigüedad del sistema vigente, que, bajo la referencia a las "consecuencias", ha permitido, en no pocos casos, intervenir sobre el pasado sin reconocerlo como tal. La fórmula propuesta no redefine la retroactividad ni el efecto inmediato; fija, más modestamente, un límite común a su ejercicio.

En cuarto lugar, la propuesta incorpora como límite la confianza razonable y no la llamada "confianza legítima". La precisión terminológica no es menor. La noción de confianza legítima, tal como ha sido elaborada en el derecho europeo y sistematizada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, remite a esquemas de protección relativamente tipificados, que condicionan su operatividad a la concurrencia de presupuestos estrictos y a ejercicios de ponderación que, en la práctica, tienden a privilegiar la posición del legislador (BVerfGE 11, 135; 13, 261; 30, 272; 63, 343; 72, 200; 97, 67; 105, 17; 127, 1; 131, 20; 132, 302). La confianza razonable, en cambio, prescinde

de esa técnica de encuadramiento y evita la clausura en categorías previamente definidas: no exige una calificación formal de la expectativa, sino que atiende directamente a la situación del ciudadano que ha orientado su conducta conforme al derecho vigente. No se trata, por tanto, de verificar encuadres formales, sino de valorar si la expectativa generada por la norma anterior merece tutela en razón de su razonabilidad. De este modo, el control se vuelve más inmediato y menos dependiente de construcciones previas, pero, al mismo tiempo, más exigente en su resultado: la retroactividad y el efecto inmediato —aun cuando sean expresamente dispuestos— quedan sometidos a una justificación reforzada, que ya no puede apoyarse exclusivamente en los intereses del legislador, sino que debe hacerse cargo, en cada caso, de las expectativas que el propio ordenamiento ha creado.

En quinto lugar, el texto invierte el principio que, desde 1968, ha ordenado el sistema. La llamada "aplicación inmediata" deja de ser la regla. Se establece, por el contrario, que la norma no se aplica a los hechos en curso ni a las consecuencias que de ellos derivan, salvo que el legislador disponga lo contrario. La técnica no desaparece, pero cambia de lugar. Deja de ser un presupuesto tácito y pasa a ser una decisión expresa. Esta inversión evita que, bajo la apariencia de regular el futuro, la norma nueva intervenga sobre estructuras ya formadas.

En sexto lugar, se aborda un problema que el texto actual omite: la dispersión de hechos. El supuesto normativo no es siempre simple. Puede estar compuesto por una serie de hechos que se producen en momentos distintos. En tales casos, no basta con invocar la aplicación inmediata ni la irretroactividad. Es necesario identificar el punto al que la consecuencia jurídica se anuda. La propuesta introduce esa exigencia. No ofrece una solución única, pero fija un criterio: a falta de disposición expresa, los hechos ya realizados conservan el régimen jurídico bajo el cual se produjeron. El análisis se desplaza así desde la abstracción del "caso" hacia la estructura concreta del presupuesto.

En séptimo lugar, la norma reafirma, en materia contractual, la continuidad del régimen anterior. El contrato, por su propia naturaleza, no admite una fragmentación sin costo. Su ejecución se desarrolla en el tiempo, pero su sentido se fija en el momento de su celebración. La distinción entre normas imperativas y supletorias —introducida en el sistema vigente— ha servido, en más de un caso, para introducir excepciones que debilitan esa unidad. La reforma prescinde de ella. El contrato se rige por la norma bajo la cual nació, salvo decisión expresa en contrario.[21]

---

21 Con todo, esta previsión podría, incluso, suprimirse. El régimen general, al contemplar las situaciones en curso y la proyección futura de sus efectos, ya comprende —sin necesidad de una regla

Se trata, en este punto, de limitar el dirigismo contractual a su máxima expresión. No se lo elimina —lo cual sería, además de impracticable, conceptualmente ingenuo—, pero se le niega toda presunción. La intervención de la norma posterior sobre contratos en curso deja de ser una consecuencia natural del sistema y pasa a requerir una decisión explícita, fundada y excepcional. La regla es clara; la excepción, si existe, deberá justificarse.

En octavo lugar, la propuesta prescinde de toda previsión específica en materia de consumo, no por omisión, sino por decisión deliberada. La inclusión de una regla particular en este ámbito introduce una asimetría injustificada en el plano intertemporal, cuyo problema es, en su estructura, único: determinar qué régimen rige los hechos y sus consecuencias. La supresión de esa previsión no implica desconocer la tutela del consumidor, sino afirmar que ella debe operar dentro del mismo marco conceptual que gobierna al resto del ordenamiento. El derecho intertemporal no se fragmenta según las materias; mantiene una estructura común. Y es en esa unidad —no en la multiplicación de excepciones— donde encuentra su coherencia.

En conjunto, la propuesta no pretende innovar, sino corregir. Sustituye la regla general de la aplicación inmediata por un criterio distinto: la determinación del derecho aplicable a partir de los hechos que integran el presupuesto de la norma. Con ello se evita que la solución dependa de fórmulas amplias y se la reconduce a la localización temporal de los hechos relevantes. Al mismo tiempo, introduce límites explícitos —en particular, la protección de la confianza legítima— allí donde el texto vigente guarda silencio. No elimina el problema intertemporal, pero lo replantea en términos más estrictos y controlables, reduciendo el margen de indeterminación que hoy permite respuestas divergentes ante supuestos análogos.

## 6. Conclusión

Del análisis desarrollado en estas páginas, me gustaría concluir con dos cuestiones que aparecen, a mi juicio, como los defectos más graves del sistema intertemporal argentino.

especial— el supuesto contractual. Se la mantiene, sin embargo, con un propósito deliberado: poner de relieve la insuficiencia de la distinción entre normas supletorias e imperativas como criterio de solución intertemporal. Lejos de esclarecer el sistema, esa distinción tiende a oscurecerlo, al introducir una variable adicional allí donde lo decisivo debería residir en la estructura temporal de la relación y en el modo en que la norma nueva pretende incidir sobre ella.

Por un lado, la aplicación inmediata no puede seguir siendo considerada el principio general del sistema. Tanto esta como la retroactividad constituyen supuestos excepcionales, por su estructura y por su función. El modo ordinario de la norma jurídica es otro: regir los hechos futuros, aquellos que se produzcan íntegramente bajo su propio tiempo. Cuando el legislador altera ese orden y extiende la aplicabilidad de la norma más allá de ese ámbito, introduce una anomalía que exige justificación y un más riguroso control constitucional. No existe razón suficiente para tratar la retroactividad y la aplicación inmediata como categorías opuestas, como si una perteneciera al terreno de lo excepcional y la otra al curso natural de la regla. Ambas responden, en el fondo, a una misma desviación respecto del desenvolvimiento ordinario de la norma en el tiempo. El principal error del art. 7 consiste precisamente en haber disimulado ese carácter excepcional: convirtió la aplicación inmediata en regla general y terminó presentando como una solución ordinaria lo que, en rigor, constituye una excepción.

Por otro lado, la Corte Suprema no debería continuar reduciendo el control constitucional a una cuestión patrimonial, centrada casi exclusivamente en el derecho de propiedad. La función del tribunal no consiste en reproducir mecánicamente las categorías del Código Civil ni en seguir la lógica del art. 7. Su tarea es otra: someter esa estructura al juicio de la Constitución. La estabilidad mínima que el Estado de derecho les promete a los ciudadanos no se agota en la protección del patrimonio. Comprende también la confianza razonable que el ordenamiento suscita respecto del valor jurídico de los hechos ya cumplidos, la igualdad frente al cambio normativo y esa previsibilidad elemental sin la cual el derecho deja de ser una forma de orientación de la conducta para convertirse en pura contingencia. Reducir todo el problema intertemporal a la sola lesión de derechos patrimoniales equivale, en definitiva, a empequeñecer una cuestión que compromete principios mucho más profundos del orden constitucional.

Sobre estas premisas se apoya la propuesta de reforma formulada. El texto proyectado abandona la idea de la aplicación inmediata como regla general y la trata, al igual que la retroactividad, como una técnica excepcional de incidencia temporal. El análisis deja así de girar alrededor de categorías equívocas —como "situación jurídica" o "consecuencias"— para dirigirse a aquello que constituye el verdadero objeto del derecho intertemporal: la norma y su presupuesto. No pretende ofrecer una solución definitiva. Aspira, más modestamente, a otorgarle al sistema cierta claridad conceptual, apartándolo de construcciones que,

a fuerza de repetirse, terminaron adquiriendo el prestigio inmerecido de las evidencias indiscutidas; pues pocas construcciones ofrecen tanta resistencia a la revisión como aquellas que el tiempo, la costumbre y la repetición han vuelto familiares.

## Bibliografía


Actas. (1962). *Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil*. Universidad Nacional de Córdoba.

Affolter, F. (1902). *Geschichte des intertemporalen Privatrechtes*. Verlag von Veit & Comp.

Affolter, F. (1903). *Das intertemporale Recht: Das Recht der zeitlich verschiedenen Rechtsordnungen* (Vol. 1). Verlag von Veit.

Aubry, C. y Rau, C. (1869). *Cours de droit civil français (D'après la méthode de Zachariae)*. Marchal.

Bach, L. (1969). Contribution à l'étude du problème de l'application des lois dans le temps. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, (77), 405.

Baudry-Lacantinerie, G. (1882). *Précis de droit civil* (Vol. I). Lacrose et Forcel.

Bergmann, F. (1818). *Das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze im Privatrechte*. Brüdern Hahn.

Beseler, G. (1847). *System des gemeinen deutschen Privatrechts*. Weidmann.

Beudant, C. y Beudant, R. (1896). *Cours de Droit civil français*. Arthur Rousseau.

Böhlau, H. (1871). *Mecklenburgisches Landrecht das particulare Privatrecht des Großherzogthums Mecklenburg-Schwerin mit Ausschluß des Lehnrechts*. Hermann Böhlau.

Boileux, J. (1856). *Commentaire sur le Code Napoléon*. Cosse.

Bon, P. (2025). *Méthodes du droit transitoire en matière civile*. LGDJ.

Bonnecase, J. (1925). *Supplément à Traité théorique et pratique de droit civil de Gabriel Baudry-Lacantinerie*. Sirey.

Borda, G. (1951). *Retroactividad de la ley y derechos adquiridos*. Perrot.

Borda, G. (1961). Portée et limitations du droit transitoire. En *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*. Dalloz & Sirey.

Borda, G. (1971). *La reforma de 1968 al Código Civil*. Perrot.

Borda, G. (1992). *Tratado de derecho civil. Parte general* (Vol. I). Perrot.

Borda, G. (2001). *A propósito de la reforma de 1968 al Código Civil. La Ley*. AR/DOC/10647/2001.

Bornemann, W. (1855a). *Erörterungen im Gebiete des Preußischen Rechts* (Vol. I).

Bornemann, W. (1855b). *System des preußischen Civilrechts*. Veit.

Broggini, G. (1969). *Intertemporales Privatrecht*. Verlag Helbing & Lichtenhahn.

Camprubi, M. (2020). *Ungeschriebene Grenzen der Rückwirkung von Rechtssätzen in der Schweiz. Unter besonderer Berücksichtigung der Rückwirkungsformel des Bundesgerichts*. Stämpfli Verlag.

Chabot de l'Allier, G. (1809). *Questions transitoires sur le Code Napoléon*. Garnery.

Christinaeus, P. (1626). *Practicarum quaestionum rerumque in supremis Belgarum curiis actarum et observatarum decisiones* (Vol. I).

Côté, P. A. (1989a). Contribution à la théorie de la rétroactivité des lois. *Revue du Barreau Canadien*, (60).
Côté, P. A. (1989b). Le juge et les droits acquis en droit public canadien. *Les Cahiers de Droit*, 30(2), 359-439.
Dabelow, Ch. von (1816). *Handbuch des Pandecten-Rechts*. Hemmerde und Schwetschke.
Delsol, J. (1867). *Explication élémentaire du Code Napoléon*. Cotillon.
Demante, A. (1849). *Cours analytique du Code civil*. Durand.
Demolombe, C. (1847). *Cours de Code civil. Traité de la publication des effets et de l'application des lois en général* (Vol. I). Durand & Pedone.
Du Caurroy, C. (1848). *Institutions de droit civil français*. Videcoq.
Duranton, A. (1844). *Cours de droit français suivant le Code civil*. Thorel.
Escriche, J. (1874). *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*. Eduardo Cuesta.
Éveillard, G. (2007). *Les dispositions transitoires en droit public français*. Dalloz.
Ferrari, S. (2011). *La rétroactivité en droit public français* (Tesis). Université Panthéon-Assas Paris II.
Fleury-Le Gros, P. (2005). *Contribution à l'analyse normative des conflits de lois dans le temps en droit privé interne*. Dalloz.
Fleury-Le Gros, P. (2008). *Le temps et le droit*. Lexis Nexis.
Förster, F. (1887). *Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts*. Georg Reimer.
Gabba, C.F. (1891). *Teoria della retroattività delle leggi*. Unione Tipografico-Editrice.
Gierke, O. (1895). *Deutsches Privatrecht* (Vol. I). Duncker & Humblot.
Héron, J. (1985). Étude structurale de l'application de la loi dans le temps (à partir du droit civil). *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, p.227
Héron, J. (1987). L'application dans le temps des règles de conflit. *Revue Critique de Droit International Privé*.
Héron, J. (1996). *Principes du droit transitoire*. Dalloz.
Hess, B. (1998). *Intertemporales Privatrecht*. Mohr Siebeck.
Huc, T. (1892). *Commentaire théorique et pratique du Code civil* (Vol. I). Cotillon.
Klein, F. y Barbey, G. (1964). *Bundesverfassungsgericht und Rückwirkung von Gesetzen*. Institut Finanzen u. Steuern.
Lassalle, F. (1861). *Das System der erworbenen Rechte*. Brockhaus.
Laurent, F. (1893). *Principes de droit civil français*. Marescq.
Level, P. (1959). *Essai sur les conflits de lois dans le temps. Contribution a la théorie générale du droit transitoire*. Libraire générale de Droit et de Jurisprudence.
Llambías, J. (1969). Estudios de la reforma del Código Civil: Ley 17.711. *Revista de Jurisprudencia Argentina*.
Llambías, J. (1973). *Tratado de derecho civil. Parte general* (Vol. I). Perrot.
Mayer, P. (1973). *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*. Dalloz.
Merlín, P. (1826). *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* (Vol. X). Tarlier.
Merlín, P. (1829). *Recueil alphabétique de questions de droit* (Vol. XIII). Tarlier.
Merlín, P. (1833). *Trattato sull'effetto retroattivo del conte Merlin*. Saverio Starita.
Meyer, J. D. (1858). *Principes sur questions transitoires*. Van Leeuwen.
Mourlon, F. (1853). *Répétitions écrites sur le Code Napoléon*. Marescq.
Pace, G. (1948). *Il diritto transitorio con particolare riguardo al diritto privato*. CEA.

Perlingieri, P. (1984). *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Edizioni Scientifiche Italiane.
Petit, J. (2002). *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*. LGDJ.
Pfaff, L. y Hofmann, F. (1878). *Excurse über österreichisches allgemeines bürgerliches Recht*. Manz.
Pieroth, B. (1981). *Rückwirkung und Übergangsrecht*. Duncker & Humblot.
Reinhardt, T. (1743). *Selectae observationes ad Pauli Christinaei decisiones*. Caroli Friderici Iungnicolii.
Richelot, H. (1841). *Principes de Droit civil français suivant la législation actuelle*. Videcoq.
Rintelen, V. (1877). *Über den Einfluss neuer Gesetze auf bestehende Rechtsverhältnisse*. Maruschke & Berendt.
Rolland, D. (1936). *Les conflits des lois dans le temps en matière de servitudes légales d'intérêt privé*. Bosc & Riou.
Rosenblatt, A. (1891). *Über die Rückwirkung der Gesetze*. Duncker & Humblot.
Rosenblatt, J. (1860). *Über die rückwirkende Kraft der Gesetze auf Grundlage des österreichischen Zivilrechtes*. Buchdruckerei.
Roubier, P. (1960). *Le droit transitoire. Conflits des lois dans le temps*. Dalloz.
Roubier, P. (2005). *Droits subjectifs et situations juridiques*. Dalloz.
Rudhart, I (1813). *Controversen im Code Napoléon nach der Artikelflöge erläutert*. Nitribitt.
Savigny, F. C. von (1849). *System des heutigen römischen Rechts*. VIII. Verlag/Drucker
Spangenberg, E. (1810). *Commentar über den Code Napoleon*. Johann Friedrich Römer.
Stobbe, O. (1871). *Handbuch des deutschen Privatrechts* (Vol. I). Wilhelm.
Suarez, F. (1856). *Tractatus de legibus et Legislatore Deo. Opera Omnia*. Ludovicum Vives. Parisiis.
Taulier, A. (1840). *Théorie raisonnée du Code civil*. J. B. Paya.
Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil. (1945-1955). Recueil Sirey.
Unger, J. (1876). *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts* (Vol. I). Breitkopf und Härtel.
Wächter, K. (1842). *Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts* (Vol. I). Metzler.
Weber, A. D. (1811). *Ueber die Rückanwendung positiver Gesetzen*. Gebrüdern Hahn.
Wiesen, T. (1814). *Systematische Entwicklung der Lehre über die rückwirkende Kraft der Gesetze*. Schaefer.

## 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 nueva etapa en la protección internacional de la niñez: reflexiones a partir de la ratificación argentina del Convenio de La Haya de 1996

**Leandro Baltar**[1]

Universidad Siglo 21. Universidad de Buenos Aires (Argentina)

leandrobaltar28@gmail.com

https://orcid.org/0000-0001-8848-246X

**Luciana B. Scotti**[2]

Universidad de Buenos Aires (Argentina)

lucianascotti@derecho.uba.ar

https://orcid.org/0000-0003-0341-9184

**Recibido:** 04/02/2026

**Aceptado:** 12/05/2026

https://doi.org/10.26422/RJA.2026.0701.bal

1 Abogado. Magíster en Derecho Internacional Privado (Universidad de Buenos Aires). Doctor de la UBA con tesis sobresaliente (área Derecho Internacional). Docente de Derecho Internacional Privado (Facultad de Derecho, UBA; Universidad Siglo 21). Investigador Siglo 21. Miembro adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Dr. Ambrosio L. Gioja" (Facultad de Derecho, UBA). Director de Proyecto de Investigación DECyT.

2 Abogada, egresada con medalla de oro (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires). Magíster en Relaciones Internacionales (UBA). Doctora de la UBA (área Derecho Internacional). Diploma de Posdoctorado (Facultad de Derecho, UBA). Profesora titular de Derecho Internacional Privado y profesora adjunta de Derecho de la Integración (Facultad de Derecho, UBA). Investigadora Categoría I (Ministerio de Educación). Secretaria de Investigación (Facultad de Derecho, UBA). Vicedirectora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Dr. Ambrosio L. Gioja" (Facultad de Derecho, UBA). Subdirectora de la Maestría en Derecho Internacional Privado (UBA). Directora de Proyectos UBACyT.

**Resumen**
Partiendo de la premisa de que la internacionalidad complejiza de manera sustancial las relaciones jurídicas familiares, especialmente cuando involucran a niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad, nos proponemos analizar el Convenio de La Haya del 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, a la luz de su reciente ratificación por la República Argentina. Se aborda, en primer término, el extenso y accidentado proceso de ratificación. Seguidamente, se examinan los ejes centrales del Convenio de 1996, destacando su compatibilidad y complementariedad con el Convenio de La Haya de 1980. Finalmente, se reflexiona sobre el impacto que su entrada en vigor tendrá en el sistema argentino de derecho internacional privado, subrayando la necesidad de una implementación acompañada de capacitación y difusión adecuadas, a fin de garantizar una tutela transfronteriza efectiva del interés superior del niño.

**Palabras clave:** derecho internacional privado, responsabilidad parental, protección internacional de niños, niñas y adolescentes, Convenio de La Haya de 1996.

## Towards a New Stage in the International Protection of Children: Reflections on Argentina's Ratification of the 1996 Hague Convention

**Abstract**
Starting from the premise that internationality substantially increases the complexity of family legal relationships, particularly when they involve children and adolescents in situations of vulnerability, this paper aims to analyze the Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children, in light of its recent ratification by the Argentine Republic. The study first addresses the lengthy and troubled ratification process. It then examines the core pillars of the 1996 Convention, highlighting its compatibility and complementarity with the 1980 Hague Convention. Finally, it reflects on the impact that the Convention's entry into force will have on the Argentine system of Private International Law, emphasizing the need for an implementation accompanied by appropriate training and dissemination, in order to ensure effective cross-border protection of the best interests of the child.

**Key words:** private international law, parental responsibility, international protection of children and adolescents, 1996 Hague Convention.

## 1. Introducción

La internacionalidad constituye una cualidad que, al proyectarse sobre una relación jurídica, le imprime un elevado grado de complejidad. Ello obedece a que el elemento transfronterizo introduce problemáticas múltiples y específicas, cuya densidad se ve sensiblemente agravada cuando intervienen sujetos en situación de especial vulnerabilidad jurídica, como los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA).

Con el propósito de brindarles una protección a nivel internacional, interés común por parte de todos los Estados independientemente del modo en que se brinde, la Conferencia de La Haya (HCCH, por sus siglas en inglés) se dedicó a buscar los mecanismos para responder a esta finalidad. En los últimos 45 años, tomando como punto de partida el Convenio de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, pero reconociendo que los esfuerzos datan de mucho antes,[3] se han aprobado varios instrumentos,[4] entre ellos, el Convenio del 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños (Convenio de 1996).

El Convenio presenta múltiples fortalezas, lo que torna acertada y positiva la reciente condición de la Argentina como Estado parte. Entre ellas, se destaca que articula de manera sistemática la determinación de la jurisdicción y del derecho aplicable con mecanismos de cooperación jurídica internacional. De este modo, abarca los distintos sectores del derecho internacional privado y ofrece soluciones de carácter integral. Asimismo, se distingue por su capacidad de adaptación a las variaciones de las circunstancias, en tanto incorpora disposiciones de naturaleza flexible.

En suma, podemos coincidir en que

> es un instrumento internacional moderno, que refleja claramente los principios contenidos en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño del año 1989. La doctrina de la protección integral del niño se transparenta en todo su articulado. Ello se comprueba especialmente por la forma en que se concibe a la "responsabilidad parental", la cual está definida con la máxima amplitud posible —comprendiendo dentro de la misma al concepto latino tradicional de "patria potestad"—, así como por el rol primordial que cumple el

3 Ya desde 1902 se advierte este interés con la aprobación del Convenio sobre "Tutela de Menores".

4 Convenio sobre Adopción de 1993, Convenio sobre Protección de Niños de 1996, Convenio sobre Cobro de Alimentos de 2007, Protocolo sobre Obligaciones Alimenticias de 2007.

> concepto de "interés superior del niño", el cual debe guiar a las autoridades cada vez que están llamadas a usar su discreción en el marco del Convenio de 1996. (Goicoechea, 2005, p. 15)

## 2. El lento camino hacia su ratificación

La ratificación del Convenio de 1996 supuso un proceso prolongado y sinuoso en nuestro país. El 26 de noviembre de 2015, se sancionó la Ley 27237, publicada en el Boletín Oficial el 22 de diciembre de ese mismo año, mediante la cual se aprobó el mencionado instrumento internacional. Sin embargo, a partir de ese momento comenzaron a evidenciarse diversas dificultades.

### 2.1 El obstáculo de la traducción

En el anexo de la ley aprobatoria se incorporó una traducción no oficial del Convenio que presenta ciertas imprecisiones terminológicas. A modo ilustrativo, el título empleado en dicha versión reza: "Convención relativa a la Competencia, Ley Aplicable, Reconocimiento, Ejecución y Cooperación en Materia de Responsabilidad *Paterna* y de Medidas de Protección *Infantil*". Asimismo, el texto traduce el término *child* como "menor" en lugar de "niño", elección lingüística que se considera inadecuada a la luz de los estándares contemporáneos de protección.

Aunque pueda pasar inadvertido, las palabras portan una carga cultural y emocional significativa. El progreso hacia un derecho más igualitario, respetuoso y justo requiere revisar críticamente aquellos términos que, de manera explícita o implícita, reproducen connotaciones peyorativas o reflejan estructuras de pensamiento patriarcales o anacrónicas. Coincidimos en cuanto a que "las palabras encierran un 'poder', por lo que no es viable mantener designaciones que reflejen en las instituciones —especialmente del derecho de las familias— ese 'poder' que ya no es parte de su contenido, ni de su esencia actual" (Tavip, 2015, p. 509). Las normas no deben utilizar términos que sostengan expresiones que no se condicen con la sociedad, pues, por más enraizadas que puedan estar en el lenguaje, deben dejar de ser utilizadas por el peso que tienen. Siendo que el lenguaje no es neutro, tal como lo ha reconocido la propia Comisión Redactora del Código, debe evitarse utilizar terminologías o expresiones que se refieran a realidades o institutos que desconozcan los principios y valores basados en derechos humanos.

En efecto, uno de los cambios más significativos introducidos por el Código

Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) fue el abandono de expresiones que, con el transcurso del tiempo, resultaban inadecuadas e incluso contrarias a los valores actuales. Entre tales modificaciones, se destaca la sustitución del término "patria potestad" por "responsabilidad parental", conforme se expuso en los fundamentos del anteproyecto. Efectivamente, allí se expresó:

> El lenguaje tiene un fuerte valor pedagógico y simbólico; por esta razón, se considera necesario reemplazar la expresión "patria potestad" por la de "responsabilidad parental", denominación que da cuenta de los cambios que se han producido en la relación entre padres e hijos. La palabra "potestad", de origen latino, se conecta con el poder que evoca a la "potestas" del derecho romano centrado en la idea de dependencia absoluta del niño en una estructura familiar jerárquica. Por el contrario, el vocablo "responsabilidad" implica el ejercicio de una función en cabeza de ambos progenitores que se manifiesta en un conjunto de facultades y deberes destinados, primordialmente, a satisfacer el interés superior del niño o adolescente.[5]

Dicha reforma respondió a la necesidad de superar la concepción de subordinación del niño propia de la estructura familiar patriarcal, para reconocer en su lugar el ejercicio de una función atribuida a ambos progenitores, en condiciones de igualdad e independientemente de su género. Esta función comprende un conjunto de derechos y deberes orientados a garantizar el interés superior del niño, niña o adolescente. Todo este proceso de revisión conceptual y normativa, largamente impulsado por la doctrina y consagrado finalmente en el Código, contrasta de manera evidente con la terminología utilizada en la traducción no oficial del tratado, cuya redacción desentonó con los principios de equidad y respeto por los derechos de la niñez, afectando inevitablemente el desarrollo del proceso de ratificación.

La responsabilidad parental como instituto goza hoy en nuestro sistema normativo de una correcta y apropiada denominación;[6] este cambio dificultó, sin lugar a dudas, que el proceso de ratificación siguiera sus pasos, pues resultaba poco apropiada la traducción de la ley utilizada. La mirada centrada en los derechos del padre, dejando de lado la mirada en la madre y sobre todo en el propio niño o niña que es el sujeto que requiere de una protección por su situación de

5 Cfr. Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Disponible en http://www.nuevocodigocivil.com/textos-oficiales-2/, p. 8

6 Para profundizar respecto a la importancia del cambio en la terminología utilizada por el CCyCN, se recomienda la lectura de Highton (2015) y Medina (2014).

vulnerabilidad, termina representando un esquema absolutamente desapropiado en relación con los cambios que se venían produciendo.

Transcurrieron nueve años hasta que dicha equivocación fue finalmente subsanada. El 1 de octubre de 2024, el Congreso de la Nación sancionó la Ley 27778, mediante la cual se sustituyó la denominación inadecuada contenida en la traducción anterior. No obstante, el instrumento de ratificación también se hizo esperar: recién el 18 de septiembre de 2025 la República Argentina procedió a efectuar el correspondiente depósito ante la autoridad correspondiente. Con la ratificación, el número total de Estados parte asciende a 58. Para nosotros, el Convenio entró en vigor el 1 de enero de 2026.

## 2.2 El contexto de los Convenios de La Haya en Argentina

Pero no sólo fue lento el camino hacia la definitiva ratificación de este convenio; nuestro país llevaba 24 años sin ratificar un convenio procedente de la Conferencia de La Haya, pese a que la doctrina más especializada viene alzando sus voces para que se asuma una posición más presente de nuestros legisladores y se proceda con la ratificación de varios convenios que permitirían ubicarnos a la vanguardia y, más importante, mejorar la protección de sujetos en situación de vulnerabilidad. De hecho, con esta reciente ratificación, solo contamos con un total de cinco convenios en vigor ratificados: en 1987, el Convenio de 1961 de la Apostilla[7] y el Convenio de 1970 sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero;[8] en 1991, el Convenio de 1980 sobre sustracción internacional de menores;[9] en 2001, el Convenio de 1965 sobre Notificación.[10]

Cabe destacar que en 2001 se ratificó el Convenio de 1986 sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, que no entró en vigor ante la falta de suficientes ratificaciones.[11]

Ansiamos que esta iniciativa no sea sólo una anécdota más y que no debamos esperar otros 24 años para ver a nuestro país asumir un rol más activo. Entre los convenios que consideramos merecen ser ratificados, se encuentra el Convenio de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y

7 Disponible en: https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=41

8 Disponible en: https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=82

9 Disponible en: https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=24

10 Disponible en: https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=17

11 Además de nuestro país, solo fue ratificado por la República de Moldavia.

otros Miembros de la Familia,[12] el Convenio de 2000 sobre Protección Internacional de los Adultos[13] y el Convenio de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional.[14] Esta intención se plasmó en el XXXVI Congreso Argentino de Derecho Internacional, realizado en octubre de 2025, disponiéndose en la conclusión 15 de la Sección de Derecho Internacional Privado que:

> Resulta esencial que la República Argentina enriquezca su acervo convencional a través de instrumentos que fortalezcan la protección de personas vulnerables, tales como: el Convenio de La Haya de 1980 sobre Acceso Internacional a la Justicia; el Convenio de La Haya de 1993 sobre Adopción Internacional; el Convenio de La Haya de 2000 sobre Protección de Adultos; el Convenio de La Haya 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos; el Acuerdo MERCOSUR de 2000 de Asistencia Jurídica Gratuita, el Acuerdo MERCOSUR de 2022 sobre Reconocimiento Mutuo de Medidas de Protección para las Mujeres en Situación de Violencia de Género entre los Estados Partes del Mercosur y Estados Asociados, entre los principales. (Asociación Argentina de Derecho Internacional, 2025, párr. 27)[15]

### 2.3 La jerarquía normativa y la entrada en vigor

Antes de adentrarnos en el análisis del Convenio, con el propósito de sintetizarlo y ordenarlo para favorecer su correcta aplicación futura por parte de los operadores jurídicos, resulta pertinente destacar una modificación que su entrada en vigor implicará para nuestro país, vinculada directamente con el adecuado empleo de las fuentes normativas.

Dentro de los 58 Estados parte, Uruguay (2009) y Paraguay (2018) también lo han ratificado. Ante esta situación, en lo atinente a la responsabilidad parental, se verá desplazado el Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940. Es decir, dejarán de ser de aplicación sus artículos 18 y 19 por aplicación de los principios generales en materia de tratados (posterior y especial), lo cual permite superar un gran dilema que desde nuestra posición veníamos destacando desde hace tiempo. El cambio no solo se centra en dejar

12 Disponible en: https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=131

13 Disponible en: https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=71

14 Disponible en: https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=69

15 Cabe destacar que la conclusión fue aprobada por una amplia mayoría. Asimismo, en conclusiones anteriores de la misma Asociación, pueden hallarse recomendaciones orientadas en el mismo sentido.

atrás el uso de una terminología hoy peyorativa, pues el tratado se refiere a "patria potestad" como es de esperarse por su época, sino especialmente por las soluciones receptadas.

Del juego de estas disposiciones se desprende que la ley aplicable es la del "domicilio de quien la ejercita". Esta terminología, distinta de la adoptada en la versión de 1889, genera diversos inconvenientes que carecen de una solución satisfactoria. Al vincular el instituto al "domicilio de quien la ejercita", no sólo se omitía considerar el criterio de mayor proximidad y la figura central en este tipo de relaciones —el niño, niña o adolescente—, sino que, además, se aludía únicamente a uno de los sujetos, al emplearse el término "quien" y no "quienes", reflejando la realidad de su tiempo: en ese entonces, el ejercicio recaía exclusivamente en el padre.[16]

Si bien suele afirmarse que las comparaciones resultan odiosas, en este caso puede concluirse rápidamente que las disposiciones del Convenio de 1996 son más adecuadas, en tanto centran el foco de atención en el sujeto que se busca proteger y no en sus progenitores.

Por otro lado, la compatibilidad del Convenio del 1996 con el Convenio de 1980 resulta indiscutida. Una lectura de ambos textos demuestra que, pese a algunas diferencias en la técnica legislativa, no hay conflicto de convenciones, pues no se configuran contradicciones que puedan alterar la finalidad de protección que ambos tratados pretenden. Este convenio permite reforzar la protección que buscan los mecanismos destinados a lograr la restitución internacional de los NNA cuando son retenidos o trasladados ilícitamente. No existe, entonces, modificación o sustitución alguna, sino que se logra reforzar el sistema de protección internacional. Gracias a contar con disposiciones "claras" respecto a la jurisdicción internacional, y contemplando las debidas excepciones en situaciones de urgencia, busca desalentar el *forum shopping* o el uso de maniobras tendientes a consolidar situaciones de hecho ilícitas. En este punto, el artículo 50 del Convenio de 1996 dispone que, luego de descartar toda posible afectación, pueden invocarse sus disposiciones para obtener el retorno de un niño ilícitamente trasladado o retenido.

Este refuerzo se advierte en el hecho de que el Convenio de 1996 establece que las autoridades de la residencia habitual son las competentes para entender en todas las medidas relativas a un niño, niña o adolescente. Asimismo, en lo que respecta a la ejecución de una medida de regreso —una de las situacio-

16 Vale recordar que, en Argentina, recién con la sanción de la Ley 23264 de 1985 se instauró la patria potestad compartida.

nes que actualmente genera mayores controversias—, el Convenio contribuye a dotar de mayor eficacia a tales decisiones al precisar qué autoridades pueden adoptar medidas de protección y de qué modo estas serán reconocidas en los demás Estados parte.

### 3. El Convenio de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños

En mayo de 1993, la Conferencia de La Haya decidió revisar el Convenio de 1961 sobre Competencia de Autoridades y Ley Aplicable en materia de Protección de Menores, el cual reemplazó el Convenio de 1902 sobre tutela. Esto se debió a las diversas dificultades que padeció tanto por la aplicación de sus soluciones como por el limitado número de Estados parte. Respecto al primero de los puntos, la concurrencia en la jurisdicción entre las autoridades de la residencia habitual y la nacionalidad del NNA presentó problemas en la práctica. En cuanto al segundo, solo 13 Estados lo han ratificado, todos ellos europeos.

Pese a estas dificultades, el Convenio de 1961 sirvió como base de la cual partir, al punto de que muchas de sus soluciones se sostienen, pero con importantes cambios o ajustes. Como no puede ser de otra manera, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 también se tuvo en consideración, lo cual no sucedió con su predecesor por una simple razón temporal. A modo de ejemplo, se prefirió el uso de la expresión "responsabilidad parental" por resultar más adecuada que "relación de autoridad", tal como se utiliza en el artículo 3 del Convenio de 1961.[17]

El Convenio de 1996 no crea un derecho material uniforme, por lo que no se inscribe en el método de la uniformidad para la regulación de su objeto. En este sentido, su finalidad esencial radica en resolver los eventuales conflictos que puedan surgir en materia de jurisdicción y de derecho aplicable, promoviendo la cooperación jurídica internacional y, de manera particular, facilitando el reconocimiento simplificado de las medidas de protección.

Un aspecto de relevancia que presenta el Convenio es su reconocimiento y respeto por la diversidad cultural. El Manual práctico sobre su funcionamiento señala que "el Convenio brinda una notable oportunidad para tender puentes entre sistemas jurídicos con diversos antecedentes culturales o religiosos"

17 Artículo 3. Se reconocerá en todos los Estados contratantes la relación de autoridad resultante de

(Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 2014, p. 12). En consonancia con ello, el propio texto convencional hace referencia expresa a la kafala como institución jurídica, reafirmando así su apertura hacia distintas tradiciones normativas.

A los fines del Convenio, la expresión "responsabilidad parental" comprende la autoridad parental o cualquier otra relación de autoridad análoga que determine los derechos, poderes y obligaciones de los padres, tutores o de otro representante legal respecto a la persona o los bienes del niño. En nuestro sistema de fuente interna, el Código Civil y Comercial dispone en el artículo 638 que por ella se entiende: "[E]l conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y los bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado". Ambas nociones están orientadas a una misma finalidad protectoria tanto de la persona como de los bienes, siendo el interés superior del NNA el principio rector. Entre las diferencias, puede apreciarse que el Convenio de 1996 dispone de un alcance más amplio y funcional, pues incorpora instituciones jurídicas diversas y no se circunscribe únicamente a la autoridad parental.

La "residencia habitual" es tomada como criterio para la determinación tanto de la jurisdicción como del derecho aplicable, con algunas excepciones. Esta elección, que hoy nos resulta acertada y esperable, implicó un desafío para el momento en el que el convenio se redactó, pues se dejaron de lado los criterios clásicos de domicilio o nacionalidad. Ahora bien, a pesar de haberse adoptado este elemento, el Convenio no incorpora una definición que precise el alcance del concepto de residencia habitual. Se trata, en efecto, de un elemento técnico común a varios instrumentos elaborados por el mismo foro codificador —como los Convenios de La Haya de 1980 y 1993—, los cuales tampoco contienen una calificación expresa del término. Según se explica en el Manual, esta omisión no obedece a un descuido, sino a la naturaleza autónoma del concepto, que "debería interpretarse a la luz de los objetivos del Convenio" (Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 2014, p. 40). En consecuencia, su determinación exige un examen caso por caso. En sentido positivo, la jurisprudencia nacional ofrece un análisis acabado de esta cuestión, con una orientación claramente delineada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el renombrado precedente *Wilner Eduardo Mario c. Osswald María Gabriela* (14/06/1995).

pleno derecho de la ley interna del Estado del que el menor es nacional.

Otra de las principales características del convenio es evitar el conflicto de jurisdicciones. Para ello, se optó por el principio de "concentración de competencias", viéndose desplazada la regla general de la concurrencia: la elección de un solo contacto jurisdiccional importa la supresión (no completa) del principio de la concurrencia de autoridades, de modo que se ve reducido el conflicto de jurisdicciones. Próximamente veremos que la excepción a esta concentración de la competencia surge por lo dispuesto en el artículo 10 al momento de habilitar el foro del divorcio.

Desde la Comisión Especial se habla de un "sistema completo y cerrado", pues el modo en que se van brindando las soluciones no daría lugar a que exista un conflicto entre los criterios de competencia. Resulta ser, entonces, un todo indisociable.

En todo momento, el convenio se refiere a las autoridades judiciales o "administrativas". Esto no implica que se les imponga una obligación a los Estados de tener que asignar una autoridad administrativa para el dictado de una medida de protección, de hecho, la función de la Autoridad Central tampoco encuentra su fundamento en esta idea. Ahora bien, al referirse a la autoridad "competente", se ha entendido que ello excluye a la intervención notarial toda vez que los actos en los que interviene no lo hacen con la función de decidir o brindar una solución.

El Convenio busca representar los diversos sistemas jurídicos. Ante ello, se presenta una realidad evidente: en algunos Estados, las decisiones o las medidas de protección son tomadas por una autoridad administrativa. Ante esta situación, la preocupación pasó por evitar que los países se opongan a reconocer la protección que se otorgó por el simple hecho de que fueron dictadas por una autoridad no judicial, pero permitida de conformidad con su sistema jurídico.

Desde una perspectiva práctica, y en línea con otros convenios adoptados bajo el paraguas de la Conferencia de La Haya, se establece que todo documento transmitido o expedido en aplicación de sus disposiciones queda exento de legalización o de cualquier otra formalidad análoga, lo que incluye la innecesariedad de recurrir a la apostilla (art. 43). En materia lingüística, se mantiene la regla general conforme a la cual debe procederse a la traducción del idioma del Estado al que se dirige la comunicación. Si ello resultara de difícil cumplimiento, bastará con efectuar la traducción al inglés o al francés.

Lamentablemente, el convenio no se refiere a los idiomas "oficiales" y menciona únicamente el inglés y el francés. A nuestro entender, esta limitación debería superarse mediante la incorporación del español como tercera opción,

máxime considerando que, desde el 1 de julio de 2024, dicha lengua integra el elenco de idiomas oficiales de la HCCH. Una interpretación amplia en este sentido contribuiría a reforzar la importancia del multilingüismo y del multilateralismo que caracterizan a la cooperación internacional contemporánea.

### 3.1 Ámbito de aplicación

Como en todo tratado internacional, las disposiciones iniciales se orientan a precisar con claridad su objeto, es decir, a delimitar su ámbito de aplicación material.

Del artículo primero no solo se desprende la determinación del objeto del Convenio, sino también que este se proyecta sobre los cuatro sectores propios del derecho internacional privado: a) la determinación de las autoridades competentes para adoptar medidas de protección respecto a la persona o los bienes del niño; b) la identificación de la ley aplicable a la responsabilidad parental y a las medidas de protección; c) la garantía del reconocimiento y la ejecución de las medidas de protección dictadas; y d) el establecimiento de la cooperación necesaria entre las autoridades para el cumplimiento de los fines del Convenio.

En relación con tales finalidades, la más prestigiosa doctrina ha manifestado:

> Una de las fortalezas del Convenio reside en que combina una estructura legal internacional con mecanismos de cooperación. Las disposiciones legales son necesarias para definir las autoridades de qué país son competentes para tomar las medidas de protección necesarias, garantizar que dichas medidas sean respetadas y ejecutadas en los países y definir la ley aplicable a las cuestiones relacionadas con la protección del niño (incluida la atribución de la responsabilidad parental). Los mecanismos de cooperación son necesarios para garantizar que tenga lugar todo intercambio de información necesario entre las autoridades encargadas de la protección de los niños en los diferentes países, para proporcionarse asistencia mutua que abarca la localización de los niños extraviados y, para proporcionar acceso a las medidas de protección de los niños en los diferentes países. (Duncan, 2005, pp. 4-5)

Continuando con la delimitación de su ámbito de aplicación material, el artículo segundo dispone que se aplica a todo niño o niña a partir de su nacimiento y hasta que alcance los 18 años. No implica ello afirmar que la mayoría de edad se consagra necesariamente en esa edad (téngase en cuenta que el convenio se redactó en 1996), sino que su aplicación es hasta ese momento. Por ello, no es una norma material que desplace las normas nacionales o modifique

el modo en que se determine la calidad de niño o niña. La norma mantiene su relación lógica con la Convención de los Derechos del Niño y de otros textos convencionales destinados a la protección de la niñez. Aquí se aprecia una gran diferencia respecto de su antecesor, pues el Convenio de 1961 sujetaba tal determinación a la ley del Estado de la nacionalidad o de la residencia habitual del niño o niña.

Según se indica en el Informe Explicativo,[18] la Comisión Especial que redactó el texto encaró el debate al respecto planteado por diversas delegaciones que se manifestaban con la intención de que su aplicación fuera desde la concepción. Sin embargo, la solución final no se hizo eco de estos planteos, pues "el convenio ha querido evitar sobre todo tomar posición sobre el problema ético subyacente de la legitimidad de la interrupción voluntaria del embarazo y sobre el estatuto legal internacional del embrión" (Lagarde, 1997, p. 15). Esta solución salomónica evita que desde el Convenio se imponga una posición, la cual quedará en manos de cada Estado al momento de sumarse. En su ratificación, Argentina no realizó reserva o declaración alguna.

El artículo tercero se refiere al alcance de las medidas de protección que se referencian en el artículo primero como objeto del convenio. Sin brindar una definición en cuanto a qué debe entenderse por esta expresión, establece una guía ejemplificativa al enumerar: a) la atribución, ejercicio y privación total o parcial de la responsabilidad parental, así como su delegación; b) el derecho de guarda; c) la tutela, la curatela y otras instituciones análogas; d) la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del niño, de representarlo o de asistirlo; e) la colocación del niño en una familia de acogida o en un establecimiento, o su protección legal mediante kafala o mediante una institución análoga, entre otras.

Este último supuesto merece una breve aclaración. El Convenio se orienta a contemplar las formas alternativas de cuidado que el ordenamiento jurídico de cada Estado pueda prever como mecanismos de protección de niños, niñas y adolescentes. Ello no implica, sin embargo, la extensión de su alcance a la adopción, instituto que se encuentra expresamente excluido de su ámbito de aplicación.

Finalmente, el artículo cuarto contiene una enumeración de institutos y materias expresamente excluidos del ámbito de aplicación del Convenio. La enumeración es taxativa, por lo que todo aquello que no se encuentra expre-

18 Disponible en: https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=2943&dtid=3

samente excluido por este artículo queda necesariamente dentro del ámbito de aplicación del Convenio. Varias de las materias se hallan reguladas en otros tratados elaborados en el marco de la propia Conferencia de La Haya, lo que justifica su exclusión, como ocurre en materia de adopción u obligaciones alimentarias. Otras quedan fuera por tratarse de cuestiones conexas, aunque no directamente vinculadas con el objeto de regulación del Convenio, tales como el establecimiento o la impugnación de la filiación, la emancipación o la determinación del nombre y/o apellido, entre otras.

### 3.2 Jurisdicción internacional

La determinación de las autoridades competentes implica un análisis minucioso ante la cantidad de reglas y principios que se incorporaron desde el artículo 5 al 14. A modo de resumen, y previo a su desarrollo, puede esquematizarse de la siguiente manera:

- Regla general: residencia habitual (art. 5).
- Reglas especiales: refugiados/desplazados (art. 6), traslados/retenciones ilícitas (art. 7), transferencia de competencia (arts. 8 y 9), conexidad en procesos matrimoniales (art. 10), casos de urgencia y medidas provisionales (arts. 11 y 12).

Con el propósito de asegurar la proximidad entre el juez y el caso, de modo que el foro elegido respete la razonabilidad como principio rector, el artículo 5 establece la competencia de las autoridades judiciales o administrativas de la residencia habitual del niño para adoptar las medidas de protección respecto a su persona o a sus bienes. El uso de este contacto jurisdiccional implica el abandono del clásico y tradicional criterio del domicilio de sus representantes legales, lo cual no solo se alinea con la tendencia actual, sino que, además, responde al paradigma de la internacionalidad. En aquellos supuestos en los que se produzca un cambio en la residencia habitual, y atendiendo a la movilidad inherente al contacto jurisdiccional, la competencia se traslada a las autoridades del Estado en el que se encuentre fijada la nueva residencia. En palabras simples, la nueva residencia priva a las autoridades del Estado de la antigua residencia de poder asumir la jurisdicción. Lo que se evita, entonces, es la llamada *perpetuatio fori*, pues el cambio lícito de la residencia habitual altera a las autoridades competentes.

Cabe destacar, tal como lo hace Fresnedo de Aguirre (2022, p. 144), que

la competencia no es exclusiva de las autoridades judiciales, pues la norma se refiere de manera expresa también a las administrativas. Esto dependerá del derecho aplicable, el cual, en definitiva, determina internamente su derecho procesal.

La salvedad se presenta frente al riesgo de que el cambio de residencia habitual del niño o niña se configure de manera ilícita. En tal supuesto, el artículo 7 dispone que, en caso de desplazamiento o retención ilícita en el extranjero, la competencia permanecerá en las autoridades que la detentaban con anterioridad a dicha circunstancia. Tal como explica Lagarde (1997), "la idea subyacente es que el autor del desplazamiento ilícito no se debe poder prevaler de este acto para modificar en su beneficio de las autoridades llamadas a tomar medidas de protección" (p. 26).

La ilicitud se encuentra definida en el segundo apartado del artículo. En él se dispone que el desplazamiento o la retención resultará ilícita cuando dicho acto vulnera un derecho de guarda —ya sea ejercido de forma exclusiva o compartida— que corresponda a una persona, institución u otro organismo según la normativa del Estado donde el niño o niña tenía su residencia habitual antes del traslado o retención. Además, este derecho de guarda debía estar efectivamente en ejercicio en el momento del desplazamiento o retención, o habría podido ejercerse si no se hubieran producido dichos hechos.

Como se aprecia, estas definiciones coinciden con lo receptado en el artículo tercero del Convenio del 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (Convenio de 1980). En términos sustantivos, ambas normas son prácticamente equivalentes. Sin embargo, hay una diferencia que puede notarse. El Convenio de 1996 utiliza la expresión "derecho de guarda", mientras que el Convenio de 1980 se refiere a "derecho de custodia". Ante la diferencia, resulta más prudente lo receptado por el Convenio de 1996, pues el término "custodia" puede resultar más limitado o restrictivo, mientras que "guarda" tiene una connotación más amplia.

La norma busca la protección del vínculo familiar y del entorno del niño o niña y, al mismo tiempo, la seguridad jurídica, evitando que traslados ilícitos alteren la jurisdicción de manera inmediata manipulando la competencia. En esta situación, las autoridades del Estado en el cual el NNA se encuentra de modo ilícito no adquieren la competencia, la cual se mantiene en las autoridades anteriores a dicha ilicitud. Según explica Tellechea Bergman y Trecca (2017),

> la disposición persigue evitar traslados o retenciones irregulares cometidos por uno de los padres del menor u otro pariente próximo, con finalidad de lograr a través de vías de hecho crear vínculos artificiales de competencia internacional con miras a lograr en su provecho la protección del Estado donde el niño es retenido. (p. 158)

El Convenio parte del reconocimiento de una realidad insoslayable: la forma en la que se desarrollan las crisis familiares y los desplazamientos transfronterizos de niños y niñas, y la consiguiente posibilidad de que su situación jurídica se modifique. En este marco, contempla dos supuestos en los que puede producirse un cambio relevante de circunstancias.

El primero de ellos (previsto en el literal a del artículo 7) se configura cuando quien tenga la guarda acceda al desplazamiento o a la retención, lo cual implicaría un consentimiento y, en consecuencia, se configura una nueva residencia. Teniendo en cuenta lo planteado en el apartado siguiente, la lógica nos lleva a plantear que la referencia es a todo acto voluntario que implique una aceptación expresa del cambio de residencia habitual. La aquiescencia, entonces, pareciera no tener lugar en este supuesto. La conexión con el inciso a) del artículo 13 del Convenio de 1980 es notoria.

El segundo supuesto sucede cuando el niño se hubiera integrado en su nuevo medio. Para que ello ocurra, es necesario que haya transcurrido al menos un año desde que la persona que ejercía la guarda tomó conocimiento, o razonablemente debió haber tomado conocimiento, del traslado, sin que se haya promovido ninguna solicitud de restitución durante ese período. Este cambio sucede ante la imposibilidad de ignorar que el tiempo se vuelve un factor susceptible de consolidar una situación de hecho y que, de configurarse, no puede ni corresponde "arrancar" a ese niño o niña del país que se volvió su nueva residencia. Como se puede apreciar, la solución nuevamente resulta coherente con la Convención de la Haya de 1980, ya que prioriza la residencia habitual original sobre la ubicación obtenida de modo ilícito. De hecho, el artículo 12 de este convenio dispone que deberá ordenarse la restitución de manera inmediata, salvo que quede demostrado que el niño o niña ha quedado integrado en su nuevo ambiente. Para que ello pueda suceder, debe haber transcurrido un año desde el momento en que se produjo la ilicitud y el momento en que se realizó el pedido de retorno.

Existe una diferencia o discordancia entre ambos tratados, pese a estar orientados a la misma dirección. Al realizar una comparación, el Convenio de 1996 recepta el plazo del año, difiriendo el punto de partida en el que empieza

a correr: mientras que el Convenio de 1980 lo plantea desde que se realizó el traslado o la retención ilícita, el de 1996 lo ubica temporalmente mucho antes, pues se refiere al momento en que la persona "conozca o debiera haber conocido el lugar en que se encuentra el niño, sin que se encuentre todavía pendiente petición alguna de retorno presentada en este plazo".

La integración constituye un criterio de apreciación particularmente complejo, en tanto se encuentra necesariamente condicionado por la prueba producida y por la valoración que de ella se realice en cada caso concreto. Su finalidad es salvaguardar la estabilidad del niño o de la niña, especialmente en sus dimensiones psíquica y emocional.

Independientemente de ello, y reforzando que las autoridades competentes siguen siendo las de la residencia habitual conforme al artículo 5, el apartado final del artículo 7 reconoce la proximidad de las autoridades del Estado en el que el niño o niña se encuentra para el dictado de las medidas urgentes de protección en su persona o sus bienes conforme el artículo 11. En conclusión, las autoridades del Estado en el cual el NNA se encuentra ilícitamente sólo podrán adoptar las medidas en virtud del artículo 11, mas no así las medidas provisorias dispuestas en el artículo 12.

Por último, y antes de analizar los casos especiales, el artículo 13 se dedica a resolver todo posible conflicto que pueda presentarse ante la superposición de competencias, es decir, ante una litispendencia internacional. De este modo, las autoridades competentes para adoptar medidas de protección según los artículos 5 a 10 deberán abstenerse de ejercer su competencia si, en el momento de iniciarse el procedimiento, se hubieran solicitado las mismas medidas o similares ante las autoridades de otro Estado contratante que fueran competentes en virtud de estos artículos, siempre que estuvieran todavía en proceso de examen. Lo que se procura evitar es la proliferación de procesos paralelos en los que se analice una misma medida de protección, con el consiguiente riesgo de decisiones contradictorias que afecten la coherencia del sistema.

Esto se ve reforzado por el artículo 14, en el cual se dispone el mantenimiento de las medidas adoptadas aun en los casos en que un cambio de circunstancias haga desaparecer las razones o causas sobre las que se fundaron, siempre que las nuevas autoridades competentes no las modifiquen, reemplacen o dejen sin efecto. Esta solución busca, en esencia, la permanencia en la protección transfronteriza del niño o niña.

### 3.2.1 Jurisdicción por conexidad en procesos matrimoniales (art. 10)

El análisis de esta primera regla, sin tomar en cuenta inicialmente algunos artículos, sucede ante la inteligencia de ser la única excepción al principio de la "concentración de la competencia". El artículo 10 dispone de una competencia concurrente con el foro de disolución del matrimonio. En palabras de Lagarde (1997), "no se trata de imponer esta competencia al foro del divorcio. Simplemente se la reconoce en el Convenio cuando existe en el derecho interno en que se solicita el divorcio" (p. 33).

Esta regulación es más que acertada. De hecho, el sistema argentino dispone en su artículo 439 del CCyCN que, al momento de solicitarse el divorcio, debe presentarse un "convenio regulador", el cual "debe" contener, entre varias cuestiones, lo relativo al ejercicio de la responsabilidad parental, en especial, la prestación alimentaria. Si las autoridades locales son las competentes para entender en un divorcio internacional (conforme el artículo 2621) y corresponde aplicar el derecho argentino (artículo 2626), la presentación deberá ajustarse a nuestras exigencias y ello implica poder incorporar lo atinente al cuidado, comunicación, alimentos de los hijos.

Bajo estas líneas, se afirma que es una jurisdicción concurrente y no única o exclusiva. La jurisdicción del juez de la disolución no excluye ni limita a las otras posibles autoridades competentes, como tampoco elimina la posibilidad de acudir a la transferencia de jurisdicción.

El artículo 10 permite, entonces, que las autoridades competentes para disolver un matrimonio de progenitores de un niño con residencia en otro país pueden adoptar (siempre que lo permita la ley de ese Estado) medidas de protección de la persona o de los bienes del niño siempre que: a) uno de los progenitores resida habitualmente en dicho país al momento de iniciarse el procedimiento; y b) esta competencia es aceptada por los progenitores como de toda otra persona que ostente la responsabilidad parental.

Finalmente, en el segundo párrafo se indica que esta competencia cesa cuando el procedimiento de disolución llega a su fin con una sentencia firme o el procedimiento finalice por algún otro motivo.

### 3.2.2 Jurisdicción de niños refugiados, desplazados o sin residencia habitual (art. 6)

El análisis especial ante este tipo de situaciones se fundamenta no sólo en la necesidad de brindar una solución de urgencia, sino también en la búsqueda de una medida que pueda orientarse a brindar una protección perdurable en el tiempo.

Resultando imposible determinar la jurisdicción de las autoridades de la residencia habitual, es decir, siguiendo la regla general, para el supuesto de los niños refugiados o aquellos que estén internacionalmente desplazados, la jurisdicción será la de las autoridades del país en el que se encuentran. La expresión empleada por el Convenio merece una consideración particular. En efecto, al referirse a "niños que, como consecuencia de desórdenes en sus respectivos países, se encuentran internacionalmente desplazados", adopta un tecnicismo deliberadamente amplio, que permite abarcar situaciones especiales que colocan a niños, niñas y adolescentes en contextos de vulnerabilidad, con independencia del alcance específico que pueda ofrecer la categoría jurídica de refugiado.

La historia ofrece innumerables ejemplos de este tipo de situaciones. Sin ir demasiado lejos en el tiempo, puede pensarse en los niños y niñas ucranianos que, como consecuencia del conflicto bélico originado por Rusia, se han visto forzados a desplazarse de su territorio y de su núcleo familiar.[19] En contextos como este, en los que sus derechos se ven afectados por los desórdenes propios de la guerra, la aplicación del Convenio se erige como una herramienta esencial de protección, permitiendo que las medidas jurisdiccionales sean adoptadas con celeridad e inmediatez. En efecto, aquellos niños o niñas que debieron abandonar su país a causa del conflicto, encontrándose solos, sin contención familiar o acompañados por algún miembro de su familia, pero alejados de su residencia habitual, podrán recurrir a las autoridades del Estado en el que se encuentren para obtener las medidas de protección necesarias.

Este mismo criterio se utiliza para aquellos niños o niñas cuya residencia no puede determinarse. El fundamento para dejar atrás el criterio del artículo quinto radica en la ruptura de los niños y niñas con el Estado que quedó atrás. Tampoco puede hablarse de una nueva residencia, pues la precariedad de la estadía junto al posible poco tiempo de permanencia en un país no lograría consolidar un nuevo centro de vida. Ante esta situación, la jurisdicción de las autoridades en las que el NNA se encuentra se justifica como un caso de foro de necesidad.

### 3.2.3 Competencia por transferencia o aceptación (arts. 8 y 9)

Esta forma de atribuirse la jurisdicción resulta una completa novedad para el

19 Ante una compartida preocupación, la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya (2022) se expidió mediante una "Nota informativa - Niños privados de su entorno familiar debido al conflicto armado en Ucrania".

sistema argentino. No contamos con otras normas similares cuya inspiración sean las nociones de *forum non conveniens* y de *forum conveniens*.

La excepcionalidad de esta herramienta demuestra que su uso debe responder a garantizar aquello que se busca proteger. En efecto, no pueden ser utilizadas de modo que desvirtúen o quiebren toda la lógica del Convenio. Es por ello que la "transferencia de la competencia" sólo operará cuando se cumplan las condiciones establecidas y únicamente a favor de las autoridades de otro Estado parte.

El artículo 8 dispone que la autoridad competente (de conformidad con el artículo 5 o 6) puede declinar su competencia a favor de la autoridad de otro Estado por el hecho de que esta última está en mejor situación para apreciar, en un caso particular, el interés superior del NNA. Para ello, deberá asegurarse que esta autoridad acepte tal delegación de competencia, lo cual puede hacerlo de modo directo (acudiendo a las comunicaciones judiciales directas, por ejemplo) o con la colaboración de la Autoridad Central. Este modo de llevar adelante la transferencia resulta novedoso pues se aparta de la típica regulación del *forum non conveniens* al funcionar de oficio. Su fundamento se halla en que son las propias autoridades quienes deben velar por la protección del interés superior del niño. También se habilita a que la autoridad suspenda el procedimiento para invitar a las partes a presentarse ante dicha autoridad. Cabe aclarar que "estas dos posibilidades están situadas en un plano de igualdad y la elección entre ellas se deja a la apreciación de la autoridad competente" (Lagarde, 1997, p. 30).

Esta "transferencia" de la jurisdicción, que puede recaer sobre todo el caso o una parte, descansa en el fundamento de la búsqueda de la mejor solución al caso, y, para ello, la autoridad que resuelva debe encontrarse en la mejor situación. Se utiliza el interés superior del niño como guía y parámetro. Por otro lado, es importante insistir en que la transferencia sólo funciona entre autoridades que pertenecen a Estados parte del Convenio. Además, se establece una enumeración de las posibles autoridades a considerar: a) las autoridades del Estado de la nacionalidad del niño o niña; b) las autoridades del Estado en el que estén situados los bienes del niño o niña; c) las autoridades del Estado en el que se esté conociendo de una demanda de divorcio, separación o nulidad del matrimonio de los progenitores del niño o niña; y d) las autoridades del Estado con el que el niño mantenga algún vínculo estrecho.

La autoridad del Estado a la cual se pretende transferir la competencia no está obligada a aceptarla, resultando ser una facultad, pues la norma indica

que "puede aceptar la competencia [...] si considera que ello responde al interés superior del niño". Siendo que se requiere una aceptación por parte de la autoridad a la cual se pretende transferir la competencia, si ella no respondiera "dentro de un plazo razonable al ofrecimiento cursado, parece lógico concluir que la autoridad originalmente competente deba asumir plenamente su jurisdicción" (Tellechea Bergman y Trecca, 2017, p. 162).

Por su parte, el artículo 9 dispone del foro por aceptación, competencia reivindicada o *forum conveniens*. Los fundamentos descansan sobre la misma base, solo que el razonamiento es a la inversa. Todas aquellas autoridades que el propio convenio determina como posibles receptoras de la competencia por transferencia pueden solicitarle a la autoridad competente de la residencia habitual, o ante las autoridades en las que se encuentre el niño desplazado o sin residencia, que les permita ejercer su competencia para adoptar las medidas de protección que estimen necesarias, pues consideran que están en mejor situación para apreciar, en el caso particular, el interés superior del niño. De la misma manera, la autoridad puede invitar a las partes a presentar dicha petición ante las autoridades del Estado contratante de la residencia habitual del niño.

Resulta evidente que, una vez acordada la transferencia de competencia entre las autoridades involucradas, aquella que la haya cedido no podrá ejercer jurisdicción ulterior sobre el caso mientras no se modifiquen las circunstancias que motivaron dicha transferencia. De igual modo que en el supuesto anterior, el silencio por parte de la autoridad competente equivale a un rechazo del pedido de transferencia.

De la lectura de ambos artículos se desprende, además, que la existencia de un acuerdo resulta indispensable, ya que el silencio no puede ni debe interpretarse como aceptación de la transferencia. De hacerlo, se correría el riesgo de incurrir en una denegación de justicia.

Un aspecto que permanece abierto al debate se vincula con el rol que corresponde a las partes en este contexto. Como se ha señalado, las autoridades competentes pueden, de oficio, solicitarle a otra autoridad que acepte la competencia para adoptar las medidas de protección que considere necesarias, sin requerirse el consentimiento expreso de las partes. Surge, entonces, el interrogante acerca de si estas podrían oponerse a la transferencia de competencia. El Convenio guarda silencio al respecto, y el Manual práctico aclara que la respuesta dependerá de las normas procesales de cada Estado.

Aun cuando el Convenio no adopta una postura determinante sobre este punto, no cabe duda de que resultaría sumamente provechoso habilitar un

espacio para que las partes puedan expresarse al respecto. Tal participación contribuiría, además, al cumplimiento de una de las exigencias esenciales para decidir la transferencia de competencia: la consideración del interés superior del niño, niña o adolescente. En efecto, las observaciones que las partes pudieran formular constituirían un valioso insumo para realizar una evaluación más completa y ajustada a las circunstancias del caso.

### 3.2.4 Jurisdicción en caso de urgencia y medidas provisionales (arts. 11 y 12)

Las autoridades del Estado donde se encuentre el niño o sus bienes pueden adoptar "medidas de protección" necesarias (artículo 11) en casos de urgencia, las cuales dejan de tener efecto cuando las autoridades competentes (artículos 5 a 10) dicten medidas adecuadas. No se cuenta con una definición de qué debe entenderse por "urgencia". En el Informe Explicativo, a este respecto se ha expresado que implicaría aquellos supuestos en los que acudir a la vía normal podría entrañar un perjuicio irreparable para el niño o niña (Lagarde, 1997, p. 36). Esta razón es el principal fundamento que permite apartarse de la regla general, pues los retrasos que podrían presentarse al tener que acudir a las autoridades de la residencia habitual comprometerían los derechos que se pretenden proteger. La configuración de una situación de urgencia hace que se vea justificado el desplazamiento de la regla general de la residencia habitual; ante ello, deberá analizarse de manera estricta la situación para que no se vuelva una regla. En el Manual se brindan ejemplos de situaciones que podrían considerarse de urgencia, destacándose el supuesto de que un NNA requiera un tratamiento médico y se encuentre fuera del Estado de su residencia habitual, o cuando, estando en otro Estado, manifieste ser víctima de abusos o maltrato.

Estas "medidas de protección" tienen el mismo alcance que aquellas que puede dictar la autoridad competente en virtud de la jurisdicción que asuma conforme a los artículos 5 a 10. Esto hace que la competencia general se mantenga mientras que, por las razones antedichas, se permita a otras autoridades tomar una medida. Así, estamos ante una concurrencia, pues

> si se han iniciado procedimientos para obtener medidas de protección en un caso de urgencia en un Estado contratante, las autoridades competentes que entiendan en la causa en otro Estado contratante en función de los artículos 5 a 10 no tienen que suspender los procedimientos hasta tanto se haya adoptado una medida. (Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 2014, p. 71)

De hecho, en estos supuestos, la regla del artículo 13 sobre litispendencia no se aplica.

Esta jurisdicción especial se conecta de modo directo con los procesos de restitución internacional de NNA. Buscando la seguridad de todo NNA que se encuentre afectado por un traslado o retención ilícita, si en el proceso judicial se ordenó el inmediato retorno al país de su residencia habitual, el juez que tomó la decisión podrá dictar medidas de protección para asegurar el retorno seguro apelando a la urgencia del caso.

De hecho, el artículo 11 no establece un límite o restricción en las medidas a tomar y es por ello que un sector de la doctrina ha considerado que las medidas pueden incluir la búsqueda de una seguridad de la madre que acompañe al NNA en el regreso, especialmente cuando se hayan denunciado situaciones de violencia que no se consideraron suficientes para la configuración de la excepción de grave riesgo (Chamberland, 2005, p. 43). Esto no implica sostener que el Convenio de 1996 es una respuesta al problema de la violencia doméstica, pero sí que es una herramienta más para poder proteger a los NNA que se encuentran inmersos en esa disfuncional dinámica familiar.

Una situación particularmente sensible se evidencia en este escenario. Cuando, en el marco de un proceso de restitución, se ordena el regreso condicionado a la adopción de medidas de retorno seguro, dicha exigencia procura atenuar los efectos de la decisión, en tanto la autoridad interviniente ha concluido que tal condicionamiento impide la configuración del grave riesgo como excepción. En términos simples: no se verifica grave riesgo si el retorno puede realizarse en condiciones de seguridad.

Este razonamiento —altamente debatible— adquiere especial complejidad cuando las autoridades del Estado de la residencia habitual del niño o niña no adoptan las medidas ordenadas o no les reconocen eficacia. En efecto, la Convención Interamericana sobre Ejecución de Medidas Cautelares (CIDIP II)[20] establece:

> Cuando la medida cautelar se refiera a custodia de menores, el juez o tribunal del Estado requerido podrá limitar, con alcance estrictamente territorial, los efectos de la medida a la espera de lo que resuelva en definitiva el juez del proceso principal. (artículo 9)

20 Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-II-medidaspreventivas.htm

En tales circunstancias, a nuestro juicio, la restitución no debería ejecutarse hasta que se resuelva la adopción y el reconocimiento de las medidas dispuestas, pues la prioridad debe centrarse inexcusablemente en la protección del niño o niña.

Por su parte, el artículo 12 del Convenio de 1996 recepta el caso de las "medidas provisionales" con eficacia territorial limitada, pudiendo ser dictadas por las autoridades del Estado donde se encuentre el NNA o los bienes, siempre que no sean incompatibles con las ya adoptadas por autoridades competentes. Nuevamente, el Convenio no define el contenido o alcance de estas medidas, pero su inclusión tiene el objetivo de cubrir aquellos huecos que podrían presentarse cuando no haya estrictamente una urgencia que habilite el uso de lo dispuesto en el artículo 11.

Como se aprecia, son medidas que deben tener un efecto restringido pues se ven limitadas territorialmente. Además, no pueden ser materialmente incompatibles con otras medidas ordenadas, lo cual limita notoriamente la posibilidad de que sea utilizada como herramienta fraudulenta. Otro límite se presenta en aquellos casos en los cuales el NNA fue trasladado o retenido ilícitamente. En estos casos, el tercer párrafo del artículo 7 sólo permite que la autoridad del país en el que se encuentre pueda tomar medidas urgentes necesarias para la protección de la persona o los bienes del niño, de acuerdo con el artículo 11, pero no menciona al artículo 12, lo cual implicaría su expresa exclusión.

Las medidas cesan cuando se pronuncian las autoridades competentes (arts. 5 a 10). El Convenio no enumera o precisa cuáles son las medidas que podrían adoptarse. Ante tal vacío, lo cual no es un descuido, sino que responde a una intención de no limitar la actuación de la autoridad, corresponderá que se determinen teniendo en cuenta cada situación en especial.

### 3.3 Derecho aplicable

La regulación en cuanto al derecho aplicable también se caracteriza por su complejidad, no sólo por el uso de distintos métodos, sino también por la diversidad de cuestiones que se regularon dentro de la responsabilidad parental. A modo de resumen, podríamos sintetizarlo de la siguiente forma:

- Regla general: *lex fori* (art. 15.1).
- Reglas especiales: flexibilidad (art. 15.2-3); atribución/extinción (art. 16); ejercicio y modificación (arts. 17 y 18); protección de terceros (art. 19); reenvío limitado (art. 21); orden público e interés superior del niño (art. 22).

El artículo 15 dispone que, como regla general, las autoridades deberán aplicar su propia ley. Esta referencia, que implica un criterio de *lex fori*, nos lleva a concluir que el derecho aplicable es —en principio— el de la residencia habitual del niño o niña. En caso de cambio de la residencia habitual, se aplicará el nuevo derecho a las condiciones de aplicación de las medidas adoptadas en el Estado de la anterior a partir del momento en el que se produce la modificación. De este modo, se busca la aplicación actualizada de la ley. Esto se ve reforzado por el artículo 17, en el cual se dispone que el ejercicio se somete a la ley de la residencia habitual.

Conforme el análisis de Lagarde (1997, p. 43), el principal valor de esta regla es la de facilitar la labor de la autoridad competente, pues, al aplicar su propia ley, termina aplicando aquella que mejor conoce. Se genera así un paralelismo *forum - ius*.

A esta norma indirecta rígida, que responde al método de elección, se la flexibiliza en el segundo apartado, el cual dispone que

> [n]o obstante, en la medida en que la protección de la persona o de los bienes del niño lo requiera, pueden excepcionalmente aplicar o tomar en consideración la ley de otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho.

Notoriamente, es una disposición que busca romper con la abstracción, de modo tal que permita la determinación del derecho aplicable teniendo en cuenta el caso en concreto, y no aplicar mecánicamente la ley de la autoridad que entiende. Para ello, se acude a los "vínculos estrechos" del caso, de modo que esos criterios permitan buscar un derecho más próximamente conectado. Ahora bien, la norma no busca solo romper con la abstracción, su especialidad permite también reducir la neutralidad típica de una norma indirecta. Así, dicha "corrección" del derecho conectado deberá hacerse siempre que sea para mejorar la protección de la persona o de los bienes. Esto, en cierta medida, implica una notoria orientación material. Al momento de proceder con la elección de este otro derecho, la norma no limita entre los posibles ordenamientos jurídicos a considerar, por ello podrá resultar el de un Estado no parte.

La residencia habitual del niño o niña determinará el derecho aplicable para la atribución o extinción de la responsabilidad parental "sin intervención de una autoridad judicial o administrativa". Esto implica que será dicho sistema jurídico el que determine su existencia y finalización de pleno derecho. Este mismo derecho se aplica cuando se esté ante un acuerdo o un acto unilateral en el que no haya participado una autoridad judicial o administrativa.

En cuanto al conflicto móvil en estos casos, los apartados 3 y 4 del artículo 16 disponen que la responsabilidad parental se mantiene cuando el niño o niña haya cambiado su residencia habitual de un Estado a otro y, contrariamente, quien no estuviera investido de dicha responsabilidad conforme al derecho de un Estado, pero sí de acuerdo al sistema jurídico de la actual residencia habitual, la tendrá de pleno derecho.

Finalmente, resulta interesante destacar el artículo 21, en el cual se elimina la posibilidad de que se configure el problema del reenvío. Se dispone que por "ley" se entiende el derecho vigente en un Estado, con exclusión de sus normas de conflicto de leyes. Al excluir las normas indirectas, la teoría receptada es la llamada por la doctrina como "teoría de la referencia mínima", lo cual implica acudir directamente al derecho material. No obstante, en el segundo apartado del mismo artículo se admite el reenvío de segundo grado sólo cuando las remisiones se realicen entre Estados no contratantes.

El análisis concluye con el tradicional límite a la aplicación del derecho extranjero. En aras de resguardar los principios fundamentales que sustentan los valores esenciales de una sociedad, el artículo 22 establece que el derecho extranjero designado como aplicable solo podrá excluirse cuando resulte manifiestamente contrario al orden público, debiendo dicha evaluación efectuarse a la luz del interés superior del niño. Sabemos que estamos ante una herramienta tan conocida como compleja, cuyo uso por el operador jurídico debe ser realizado con el debido cuidado para evitar caer en un excesivo proteccionismo local.

### 3.4 Reconocimiento y ejecución

El sistema del Convenio se caracteriza por separar el reconocimiento de la ejecución, buscando al mismo tiempo una mayor simplificación.

Precursoramente, recepta el método de reconocimiento. De este modo, y de conformidad con el primer apartado del artículo 23, toda medida adoptada por las autoridades de un Estado (vale aclarar, autoridades tanto judiciales como administrativas) se reconocerá de pleno derecho en los demás Estados contratantes. Señala Lagarde (1997, p. 53) que "el reconocimiento de pleno derecho significa que se obtiene sin recurrir a procedimiento alguno". Esto implica, en palabras simples, que no se requiere tener que iniciar un *exequatur* para poder obtener el despliegue de efectos extraterritoriales, lo cual sucede de modo (casi) automático. No obstante, a fin de que se reconozca una medida, puede ser necesario que se pruebe su existencia en el Estado contratante reque-

rido. En efecto, "a fin de evitar todo obstáculo burocrático a la protección de los niños, el Convenio no impone ningún requisito formal" (Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 2014, p. 103).

El Convenio se refiere al reconocimiento de las medidas "adoptadas por las autoridades" de un Estado parte. En consecuencia, sólo se reconocen aquellas decisiones en cuya adopción haya intervenido una autoridad competente —judicial o administrativa, según el caso—, quedando excluidos los acuerdos celebrados exclusivamente entre las partes que carezcan de homologación por parte de una autoridad.

Seguidamente, en el segundo apartado se incorporan seis razones por las cuales se podrá rechazar el reconocimiento. Cada una de ellas es independiente y se orienta en fortalecer la protección sobre la cual se basa todo el convenio. Así, se podrá rechazar cuando la medida no fue dictada por una autoridad competente de conformidad a las normas previstas y ya analizadas. También se podrá denegar el reconocimiento si el niño o niña no ha tenido la posibilidad de ser oído en el proceso o no se respetó el procedimiento establecido en el artículo 33. La afectación del orden público internacional también es una causal para dicha denegación, como también si la medida atenta contra la responsabilidad parental de una de las partes o si la medida es incompatible con una adoptada posteriormente en el Estado no contratante de la residencia habitual del niño.

La referencia al proceso establecido en el artículo 33 merece un breve análisis especial. De conformidad con esta disposición, el Convenio instaura un procedimiento obligatorio de consulta. En aquellos casos en que la autoridad competente (conforme los arts. 5 a 10) prevea una medida de colocación de un niño o niña en una familia de acogida, establecimiento o —especialmente— una kafala, deberá consultar previamente con la autoridad competente o con la Autoridad Central del otro Estado. A ello se le suma el envío de un informe respecto de la situación de ese niño o niña y los motivos que llevarían a la toma de dicha medida. Esta sólo podrá ser adoptada si la autoridad central u otra autoridad competente del Estado requerido ha aprobado esta colocación o este acogimiento, teniendo en cuenta el interés superior del niño.

Esta solución puede generar cierta polémica. Si bien se comprende la finalidad que sustenta tal decisión, su aplicación podría, en determinados casos, derivar en una situación de desprotección para el niño o la niña, agravando su vulnerabilidad. A modo ilustrativo, en mayo de 2024 se solicitó ante las autoridades de Murcia (España) el reconocimiento de una kafala judicial otorgada en Marruecos respecto a la niña Adelina. Dicho reconocimiento fue denegado

en aplicación del artículo 33 del Convenio de 1996 ante la falta de un requisito esencial: la autorización previa de las autoridades españolas (Fernández Rozas, 2024). En este contexto, surge el interrogante: ¿en qué situación queda la niña?[21]

Otro punto crítico, destacado por Trecca (Tellechea Bergman y Trecca, 2017, p. 174), se aprecia ante el choque de medidas dictadas en el extranjero, su reconocimiento y las posibles jurisdicciones exclusivas. Siendo este último caso una figura que tiende a la protección de la soberanía, buscando el legislador mantener la competencia en sus autoridades, debemos pensar si existe un posible enfrentamiento con lo dispuesto en el artículo 2609 del CCyCN. De acuerdo con este autor, el artículo 55 del Convenio les permite a los Estados formular reservas en cuanto a la competencia de sus autoridades para tomar medidas de protección respecto de los bienes de los niños o niñas en su territorio y del reconocimiento de una responsabilidad parental o una medida adoptada sobre los bienes que pueda resultar incompatible. Ante la falta de reserva del Estado, mediante la cual se hubiera podido conservar la jurisdicción exclusiva conforme lo tiene dispuesto en los casos receptados en la norma de fuente interna, cabe concluir que no corresponderá el rechazo de la medida dictada en el extranjero.

En el artículo 24 se recepta el "reconocimiento anticipado" o la acción preventiva de reconocimiento. Para evitar toda posible incertidumbre respecto de la medida de protección ordenada ante una autoridad, y teniendo en cuenta que su reconocimiento es de pleno derecho, se puede solicitar a las autoridades competentes de un Estado contratante que decidan acerca del reconocimiento o no de una medida adoptada en otro Estado contratante.

El motivo de esta anticipación radica en evitar toda posible incertidumbre, ya que será el día en que la medida se invoque en otro país que pueda discutirse respecto de su existencia o no reconocimiento. Ante ello, entendiendo que ese estadio puede ser tarde y lacerar los derechos de todo niño o niña, se habilita la posibilidad de aclarar todo tipo de duda que pueda existir y solicitar así una acción preventiva para su reconocimiento. Es decir, "conociendo de antemano que la medida será reconocida, posibilitará entonces el traslado del menor a este nuevo Estado, con la certeza que no habrá obstáculos para su reconocimiento" (Tellechea Bergman y Trecca, 2017, p. 176).

---

21 Sobre esta institución, cabe precisar que el sistema jurídico argentino ya contaba con antecedentes de reconocimiento por la vía del exequátur con anterioridad a la entrada en vigor del Convenio de 1996. Al respecto, destaca el fallo *S.A.M. y otro s/ exequátur y reconocimiento de sentencia extranjera* (Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 25, 25/09/2020), que admitió la inscripción de una kafala otorgada en el extranjero asimilando sus efectos a los de la tutela prevista en el derecho interno. Un análisis puede consultarse en Sotti et al. (2021).

Dicha acción solo puede solicitarse ante un Estado parte y siempre que la medida haya sido dictada por las autoridades de otro Estado parte. Tal como ya destacamos, la norma habla del reconocimiento o no reconocimiento "de una medida adoptada", lo cual implica que estemos ante una decisión emanada de la autoridad y no que surja de pleno derecho.

Respecto a las medidas que requieren de ejecución, corresponde acudir al procedimiento de *exequatur* receptado en el sistema de derecho internacional privado del país en el cual se pretende el despliegue de efectos. De conformidad con el artículo 26, el Convenio de 1996 impone la obligación de aplicar un procedimiento simple y rápido y, según el artículo 28, "se ejecutarán como si hubiesen sido tomadas por las autoridades de este otro Estado". La ejecución se realizará conforme a la ley del Estado requerido, teniendo en cuenta el interés superior del niño. Resulta innecesario desarrollar las razones por las cuales la celeridad constituye una cualidad indispensable en este tipo de procesos, pues carecería de sentido disponer medidas de protección que se vean frustradas por demoras burocráticas derivadas de procedimientos obsoletos.

Los motivos para no proceder con dicha ejecución serán las mismas que habilitan el rechazo del reconocimiento (artículo 23, apartado 2). Expresamente se prohíbe revisión alguna en cuanto al fondo de la medida adoptada (artículo 27).

Ahora bien, debe recordarse que no toda medida de protección requiere necesariamente ser ejecutada conforme a lo establecido por el artículo 26. Esto nos lleva a separar, tal como lo hace el Convenio, entre aquellas medidas que se reconocen de pleno derecho de las que necesariamente deben pasar por el *exequatur*, como la venta forzosa de un bien.

### 3.5 Cooperación

A partir de la experiencia práctica derivada de la aplicación de otros convenios, se reconoció la utilidad de la cooperación entre las autoridades centrales, razón por la cual esta figura también fue incorporada en el texto del Convenio.

Así, el artículo 29 establece la obligación de todo Estado de designar una autoridad central al momento de sumarse al Convenio. Por su parte, el artículo 30 les impone el deber de cooperar entre ellas y promover la colaboración entre las autoridades competentes.

El artículo 31 dispone de una enumeración no taxativa de las tareas que la autoridad central debe realizar, destacándose la de facilitar acuerdos amistosos para la protección de la persona o de los bienes del niño por la mediación, la

conciliación o cualquier otro procedimiento análogo. La mención de este aspecto reviste especial interés, en tanto el texto del Convenio alude de manera expresa a la mediación como método alternativo y adecuado para la resolución de disputas familiares, sin que ello deba inferirse por vía interpretativa, como ocurre en el Convenio de 1980 sobre restitución.

Con especial atención a la sensibilidad de la información y de los datos manejados por las autoridades, el artículo 37 incorpora el principio de "protección simétrica", que les impone a dichas autoridades la obligación de abstenerse de solicitar o transmitir cualquier información que pueda poner en riesgo a la persona o a los bienes del niño.

Dentro del vasto y complejo ámbito de la cooperación jurídica internacional, el empleo de las comunicaciones judiciales directas se ha consolidado en los últimos años como una herramienta esencial. El recurso a esta modalidad dentro del sistema de cooperación otorga mayor inmediatez y celeridad a los procedimientos, lo que se traduce en una mejora sustancial en los tiempos de respuesta y, en definitiva, en una mejor tutela del interés superior del niño, niña o adolescente.

En lo que respecta a la transferencia de competencia, el Convenio prevé que las autoridades pueden solicitar directamente a otra que acepte la competencia o que le permita ejercerla para adoptar las medidas de protección que considere necesarias (arts. 8 y 9). Para la evaluación de dicha solicitud, se promueve un intercambio de opiniones entre las autoridades intervinientes, el cual puede realizarse mediante el uso de tecnologías de la información y la comunicación (por ejemplo, videollamadas), de manera directa y con la posible asistencia de la Red Internacional de Jueces de La Haya.

Asimismo, la cooperación reviste un papel fundamental en relación con el dictado de medidas de protección con fundamento en el artículo 11. Resulta no solo posible, sino también deseable, que las medidas adoptadas por las autoridades del Estado donde el niño se encuentra sean puestas en conocimiento de las autoridades del Estado de su residencia habitual, a fin de evitar interrupciones o menoscabos en la protección otorgada. En tal sentido, la comunicación oportuna de lo dispuesto contribuye a fortalecer la continuidad de la protección y a garantizar de manera más efectiva el interés superior del niño.

## 4. El certificado internacional

La emisión de un certificado internacional es otra de las grandes novedades que trae el Convenio y que, para Argentina, representa todo un desafío, pues desconocíamos esta útil herramienta, a diferencia de otros países que son parte de otros convenios celebrados también en el seno de la Conferencia de La Haya, como el Convenio de 1973 sobre sucesiones o el convenio de 1993 sobre Adopción.

La primera nota distintiva radica en que la emisión del certificado es facultativa. Ello se extrae de manera clara del primer párrafo del artículo 40 al indicarse que:

> Las autoridades del Estado contratante de la residencia habitual del niño o del Estado contratante en que se ha adoptado una medida de protección *podrán* expedir un certificado al titular de la responsabilidad parental o a toda otra persona a quien se haya confiado la protección de la persona o de los bienes del niño, a petición suya, indicando su condición y los poderes que le han sido atribuidos.[22]

El certificado no es sólo para aquellos casos en los que se haya tomado una decisión con la intervención de una autoridad, también se podrá solicitar cuando la responsabilidad parental resulte de pleno derecho.

El Convenio establece que la condición y los poderes indicados por el certificado se tendrán por ciertos, salvo prueba en contrario. Esto, sin dudas, resultará de utilidad para el despliegue de actos en el extranjero y se requiera acreditar la autoridad para poder realizarlos.

## 5. Relación con otros instrumentos

El Convenio de La Haya de 1996 interactúa con varios instrumentos. Principalmente:

*1. Contacto transfronterizo relativo a los niños. Principios generales y Guía de Buenas Prácticas* Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (2010): dentro de los propósitos de esta guía, precisamente está el de llamar la atención sobre las disposiciones del Convenio de La Haya de 1996 relacionadas con el contacto transfronterizo, que vienen a complementar el Convenio de 1980 y a ofrecer orientación para su aplicación.

---

22 El resaltado nos pertenece.

La Guía está destinada especialmente para los jueces y las autoridades centrales designadas en virtud de los Convenios de 1980 o 1996, así como para los Gobiernos que estén desarrollando políticas en materia de contacto transfronterizo.

*2. Convenios sobre restitución internacional de niños*: tal como ya observamos, el artículo 50 del Convenio de 1996 dispone que no afecta la aplicación del Convenio de 1980 entre las partes de ambos Convenios. No obstante, también establece que nada impide que se invoquen disposiciones del Convenio de 1996 "para obtener el retorno de un niño que ha sido ilícitamente desplazado o retenido, o para organizar el derecho de visita". En consecuencia, el Convenio de 1996 complementa y refuerza el Convenio de 1980 en determinados aspectos.

Por otro lado, en los Estados o situaciones donde no se aplica el Convenio de 1980, las disposiciones del Convenio de 1996 también pueden ser una fuente independiente de recursos de utilidad a efectos de la sustracción internacional de menores.

*3. Convenios sobre tráfico internacional de niños*: entre los niños que podrían resultar beneficiados por la implementación del Convenio de 1996, se encuentran aquellos que sean objeto de tráfico transfronterizo y otras formas de explotación, tales como el abuso sexual. El Manual Práctico aporta algunos ejemplos de tráfico de niños en los cuales este Convenio tendría aplicación práctica.[23] En estos casos, si bien la residencia habitual del niño se puede llegar a determinar, es necesario que el Estado contratante en cuyo territorio se encuentra el niño adopte medidas respecto a este conforme a los artículos 11 y 12. Dichas medidas tendrán vigencia por un tiempo limitado y las autoridades del Estado donde se encuentra la residencia habitual del niño tienen la responsabilidad final de garantizar su cuidado. También tendrán reconocimiento y ejecutoriedad de pleno derecho en todos los otros Estados contratantes. Sin perjuicio de ello, corresponde que las autoridades del Estado contratante donde se encuentra el niño trabajen con las autoridades del Estado donde el niño tiene su residencia habitual para determinar el arreglo a largo plazo más adecuado para él.

*4. Convenios sobre adopción internacional*: si bien la decisión sobre la adopción,

23 Una niña de 11 años, residente habitual en el Estado X, queda al cuidado de su tía materna tras la desaparición de su padre y el fallecimiento de su madre. Poco después, la niña es sustraída y trasladada al Estado Z por una presunta red de trata. Gracias a la cooperación entre autoridades centrales, es localizada en el Estado Z, donde se adoptan medidas urgentes de protección ante el riesgo inmediato. La orden de guarda dictada en el Estado X es reconocida y declarada ejecutoria en el Estado Z, ejecutándose conforme a su derecho interno, lo que permite la restitución de la niña al cuidado de su tía en el Estado X.

las medidas que la preparan, la anulación y la revocación de la adopción quedan excluidas del ámbito del Convenio de 1996, una vez que se ha realizado la adopción, las medidas para la protección de la persona o de los bienes del niño caen dentro del ámbito del Convenio, como en el caso de cualquier otro niño. El Manual práctico ilustra con varios supuestos la aplicación de las disposiciones de cooperación del Convenio de 1996: por ejemplo, en la situación extraordinaria de que las autoridades del Estado de origen del niño tengan preocupaciones graves de que este pueda correr riesgo con sus nuevos padres, el artículo 32 podría utilizarse para pedirle al Estado receptor (donde ahora el niño está presente y tiene su residencia habitual) que considere tomar medidas para la protección del niño (art. 32 b)). Otro ejemplo podría ser una situación en la que el Estado receptor esté considerando adoptar una medida para la protección del niño y el Estado de origen tenga información relevante para su protección. Si la situación del niño lo requiere, el Estado receptor podría recurrir al artículo 34 para solicitar que el Estado de origen comunique esa información.

## 6. Reflexiones y perspectivas

La amplitud de las medidas comprendidas en el ámbito de aplicación del Convenio permite dimensionar la relevancia y la densidad de su sistema de protección. En efecto, más allá de las materias expresamente excluidas, su alcance se proyecta sobre aquellos aspectos en los que resulta imprescindible garantizar la tutela integral que todo niño o niña requiere. Así, el Convenio abarca cuestiones vinculadas con la atribución, el ejercicio y la privación —total o parcial— de la responsabilidad parental, así como su eventual delegación. Del mismo modo, contempla instituciones clásicas de protección, tales como la tutela y la curatela, junto con otras figuras análogas, e incluye expresamente la colocación del niño o de la niña en una familia de acogida o en un establecimiento. Particularmente relevante resulta la referencia a la protección legal mediante la kafala o una institución equivalente, aspecto que constituye un avance significativo, habida cuenta de que la normativa internacional rara vez reconoce de manera expresa esta figura.

En estrecha vinculación con ello, se debe destacar el notable potencial del Convenio sobre el respeto a las diferencias culturales. La flexibilidad que exhibe tanto en la determinación de la jurisdicción como del derecho aplicable, combinada con el reconocimiento de pleno derecho de las medidas adoptadas

y con la operatividad del orden público internacional como límite, pone de manifiesto la voluntad de articular un sistema integral y especializado. Se trata, en definitiva, de un modelo que procura asegurar la protección de niños, niñas y adolescentes mediante soluciones que brindan seguridad jurídica, sin perder de vista la necesidad de adaptarse a las particularidades de cada relación familiar. No es un dato menor, en este sentido, que Marruecos sea Estado Parte del Convenio desde 2002. Como señala Goicoechea (2005),

> el Convenio de 1996 realizó un gran esfuerzo para resultar compatible con los sistemas de *Common Law*, de Derecho Civil e inclusive de Derecho Islámico. Ello naturalmente exige flexibilidad y apertura por parte de los diversos sistemas domésticos para poder aprovechar los beneficios de un instrumento de esta naturaleza. (p. 17)

Asimismo, la adopción de la residencia habitual como criterio central para la determinación de la jurisdicción y del derecho aplicable constituyó, al momento de la redacción del Convenio, una innovación relevante, que permitió desplazar concepciones más rígidas y formales, privilegiando una conexión estrecha con la realidad vital del niño o de la niña y con su centro efectivo de vida.

En este contexto, la ratificación del Convenio por parte de la Argentina representa un avance decisivo hacia una protección más amplia, coherente y eficaz de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Tal como se ha señalado, el Convenio de 1996 se integra de manera directa y complementaria en el Convenio de La Haya de 1980, posibilitando que ambos instrumentos operen de forma articulada en resguardo del interés superior del niño como principio rector del sistema. Esta interacción se manifiesta con particular claridad, por ejemplo, en los supuestos en los que se ha ordenado una restitución internacional, ya que el Convenio de 1996 habilita la adopción de medidas de protección destinadas a garantizar un regreso seguro y adecuado a las circunstancias específicas del niño o de la niña involucrados.

La protección que el Convenio brinda, a través de soluciones eficaces pese a su indudable complejidad técnica, permite ofrecer en el ámbito familiar un marco normativo más sólido de contención para los sujetos en situación de especial vulnerabilidad. A ello se suman las disposiciones específicas previstas para determinados colectivos particularmente expuestos —como los niños y niñas desplazados a raíz de conflictos internacionales—, que constituyen razones adicionales para valorar positivamente la incorporación de este instrumento al derecho argentino.

La conclusión se impone con claridad: el sistema instaurado por el Convenio de 1996 se muestra plenamente apto para garantizar una protección transfronteriza efectiva de niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, si bien el camino recorrido hasta su ratificación no ha sido sencillo, los desafíos que se presentan hacia el futuro tampoco carecerán de complejidad. La sensibilidad de la materia y las múltiples intersecciones normativas que propone el Convenio pueden dificultar su aplicación práctica. Por ello, resulta indispensable una capacitación adecuada y sostenida de las autoridades involucradas, a fin de que el entramado normativo que lo integra se oriente efectivamente hacia las valiosas soluciones que ofrece, evitando que su potencial protector se vea desdibujado por la sofisticación de su arquitectura jurídica.

Tal como se concluyó en el Congreso anual de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI), celebrado en noviembre de 2025, "[e]s imprescindible acompañar su implementación mediante su divulgación, la capacitación de operadores jurídicos y su seguimiento técnico para garantizar una tutela efectiva" (conclusión 14). Solo de ese modo el Convenio de 1996 podrá desplegar plenamente su potencial y cumplir con su promesa más profunda: que ningún niño, niña o adolescente vea comprometida su protección por el solo hecho de que su historia personal atraviese fronteras.

## Bibliografía

Asociación Argentina de Derecho Internacional. (2025). *XXXVI Congreso Argentino de Derecho Internacional*. https://tinyurl.com/mr2b54hk

Chamberland, J. (2005). Violencia doméstica y sustracción internacional de niños: algunas pautas de reflexión. En *Boletín de los Jueces* (Tomo X, pp. 42-46). Hague Conference on Private International Law.

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. (2010). *Contacto transfronterizo relativo a los niños. Principios generales y guía de buenas prácticas*. https://assets.hcch.net/docs/230b60d3-0418-4cc0-a2f1-fdcb6add9605.pdf

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. (2014). *Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio sobre Protección de Niños de 1996*.

Duncan, W. (2005). Enfoque especial. El Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños. En *Boletín de los Jueces* (Vol. X, pp. 4-5). Hague Conference on Private International Law.

Fernández Rozas, J. C. (24 de noviembre de 2024). *Se deniega el reconocimiento y equiparacióna*

*acogimiento de una kafala debido al incumplimiento del art. 33 del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 (AAP Murcia 4ª 9 mayo 2024)*. Blog José Carlos Fernández Rozas. https://tinyurl.com/mv235fwz

Fresnedo de Aguirre, C. (2022). *Derecho Internacional Privado. Tomo II. Parte especial*. Fundación de Cultura Universitaria.

Goicoechea, I. (2005). Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños: Una perspectiva latinoamericana. En *Boletín de los Jueces* (Tomo X, pp. 15-18). Hague Conference on Private International Law.

Highton, E. I. (2015). Los jóvenes o adolescentes en el Código Civil y Comercial. *La Ley, 2015-B-901*. AR/DOC/1008/2015).

Lagarde, P. (1997). *Informe explicativo*. Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya.

Medina, G. (2014). La responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial de la Nación. *DFyP, 2014* (noviembre), 15. AR/DOC/3797/2014.

Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya. (16 de marzo de 2022*). Nota informativa - Niños privados de su entorno familiar debido al conflicto armado en Ucrania*. https://www.hcch.net/fr/news-archive/details/?varevent=854

Scotti, L. B. (2018). El Convenio de La Haya de 1996 sobre responsabilidad parental y medidas de protección de los niños: su ratificación como una asignatura pendiente. *Revista La Ley, 2018-E*, 1-6.

Sotti, L. B., Antón Pérez, M. y Baltar, L. (2021). El reconocimiento en Argentina de la kafala islámica: la multiculturalidad y el Derecho Internacional Privado. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas, abril 2021*, 68-82.

Tavip, G. E. (2015). Capítulo XVII. De la "patria potestad" a la "responsabilidad parental": un necesario cambio que era impostergable realizar. En Krasnow, A. (Dir.), *Tratado de Derecho de Familia* (Tomo III, pp. 504-523). La Ley.

Tellechea Bergman, E. y Trecca, D. (2017). Convenio relativo a la Competencia, Ley aplicable, Reconocimiento, Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y medidas de protección de niños (Ley 18.535). *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, (9), 145-189.

## 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.

# ¿Quién es quién? Creación, enseñanza, tecnificación y crítica del derecho en la(s) "cultura jurídica(s)"

**Lisandro Nahuel Gomez**[1]

Universidad Alberto Hurtado (Chile)

lisandro.n.gomez@gmail.com

https://orcid.org/0009-0002-1779-1278

**Recibido:** 22/02/2026

**Aceptado:** 27/05/2026

https://doi.org/10.26422/RJA.2026.0701.gom

**Resumen**

Este trabajo examina la noción de "cultura jurídica" basándose en las contribuciones de Giovanni Tarello y Lawrence Friedman, quienes distinguen entre cultura jurídica "interna" y "externa". Haciendo hincapié en esta división, se propone un enfoque alternativo basado en la taxonomía sobre los discursos propuestos por Paolo Comanducci. La hipótesis central sostiene que la cultura jurídica se desenvuelve principalmente a través de discursos que nos permiten identificar sujetos que desarrollan un conjunto de roles, con mayor o menor relevancia en sus contribuciones. A partir de dicho criterio, se proponen cuatro roles fundamentales no exhaustivos: el creativo, vinculado a la producción normativa; el didáctico, orientado a la transmisión del conocimiento jurídico; el técnico, responsable de la adaptación de reclamos sobre el derecho; y el crítico, que promueve ajustes y reformas en el sistema. El análisis muestra que las fronteras entre la cultura jurídica interna y externa son permeables, ya que los actores no profesionales también influyen en la configuración del derecho. En consecuencia, se cuestiona la visión tradicional que les atribuye el monopolio de la cultura jurídica a los técnicos, destacando la importancia de integrar la participación de actores externos para comprender el fenómeno jurídico en su totalidad.

1 Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Magíster por la Università degli Studi di Genoa, Italia. Nota: Las traducciones del italiano y el inglés aquí presentes fueron efectuadas por el autor de este trabajo. Por lo tanto, cualquier error que estas pudieran reflejar es también atribuible a quien lo escribe.

**Palabras clave:** cultura jurídica, discurso jurídico, cultura jurídica interna, cultura jurídica externa, didáctica del derecho.

## Who's Who? Creation, Teaching, Technification and Criticism of Law in "Legal Culture(s)"

**Abstract**
This paper examines the notion of "legal culture" based on the contributions of Giovanni Tarello and Lawrence Friedman, who distinguish between "internal" and "external" legal culture. Emphasising this division, an alternative approach based on the taxonomy of discourses proposed by Paolo Comanducci is proposed. The central hypothesis maintains that legal culture develops mainly through discourses that allow us to identify subjects who perform a set of roles, with varying degrees of relevance in their contributions. Based on this criterion, four fundamental roles are proposed, although this list is not exhaustive: the creative role, linked to normative production; the didactic role, oriented towards the transmission of legal knowledge; the technical role, responsible for adapting claims about the law; and the critical role, which promotes adjustments and reforms in the system. The analysis shows that the boundaries between internal and external legal culture are permeable, as non-professional actors also influence the configuration of law through discourses that ultimately prove relevant. Consequently, the traditional view that attributes the monopoly of legal culture to technicians is questioned, highlighting the importance of integrating the participation of external actors to understand the legal phenomenon in its entirety.

**Key words:** legal culture, legal discourse, internal legal culture, external legal culture, legal education.

*Para llamarse hombre, el hombre necesita un lenguaje, es decir, necesita la cultura. ¿Y en lo biológico? Actualmente se encuentran en el organismo vivo las mismas estructuras que en el sujeto hablante: la misma vida está construida como un lenguaje. En resumen, todo es cultura, desde el vestido al libro, desde los alimentos a la imagen, y la cultura está en todas partes, de punta a punta de la escala social.*
Roland Barthes, *El susurro del lenguaje. Más allá de la palabra y la escritura* (1987).

## 1. Una introducción y tres *spoilers*[2]

Desde hace más de medio siglo, la etiqueta "cultura jurídica" se utiliza de modo no unívoco para identificar fenómenos diversos vinculados al derecho. Con ella se designan, entre otras cosas, lapsos o procesos históricos en sociedades determinadas, patrones de conducta o formas de interpretación jurídica. Esto evidencia que "cultura jurídica" es un concepto indeterminado, es decir, un concepto cuyo significado no se encuentra claramente delimitado. Esa indeterminación, lejos de ser un obstáculo, ofrece un terreno fértil para refinarlo. Dado que sería imposible abarcar todos sus usos, este trabajo se concentrará en uno: aquel que entiende la "cultura jurídica" como el conjunto de saberes, creencias y pautas que los distintos grupos sociales elaboran en relación con las normas jurídicas, así como sus formas de actuar al respecto (Nelken, 2010). La pregunta que orienta el análisis es, entonces, la siguiente: ¿cómo se constituyen esos saberes, creencias y pautas?

Para esbozar una respuesta, se intentará identificar los roles que desempeñan aquellos agentes que, en mayor o menor medida, contribuyen a la construcción de esos saberes, creencias y pautas. Tales agentes crean, transmiten, valoran o describen el derecho y actúan en consecuencia. Sus acciones inciden sobre el amplio conjunto de significados que se le atribuyen al derecho y, en última instancia, confluyen en los saberes, creencias y pautas que una comunidad posee

---

2 Este trabajo es fruto de varias discusiones con Alejandro D. Calzetta. En principio, condensa algunas ideas que contradicen —en parte— algunas de las suyas respecto del tema central. No obstante, el trabajo refleja más coincidencias que entredichos. Quiero agradecerle a él en especial por entablar —acalorados— diálogos sobre este y otros temas. Quiero agradecer también a quienes discutieron una versión preliminar de este trabajo en el seminario de discusión efectuado en el marco del programa del Doctorado en Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, en julio de 2025: Miriam Henríquez, Sebastián Salazar, María Beatriz Arraigada, Rodrigo Coloma, Juan Pablo Castillo, Gustavo Poblete y Gonzalo García Pino. Sus comentarios contribuyeron a mejorar este trabajo. Si, por problemas de memoria, alguien cayera en el olvido, mis disculpas de antemano.

sobre sus reglas de convivencia. Por lo tanto, no se buscará determinar qué tipo de sucesos configuran la cultura jurídica, sino dar cuenta —brevemente— de los roles que cumplen sus miembros (o clases de miembros). Para ello, se atenderá a algunos de los discursos que pueden identificarse dentro de dicha cultura. El énfasis estará puesto en la denominada "cultura jurídica interna", sin perder de vista la "cultura jurídica externa".

Con este propósito, se tomarán como punto de partida las obras de Giovanni Tarello y Lawrence Friedman, quienes introdujeron y emplearon de manera germinal las etiquetas "cultura jurídica interna" y "cultura jurídica externa" para distinguir dos componentes del conjunto que denominamos "cultura jurídica". Estos componentes se han difundido en diversos estudios, aunque sin demasiadas precisiones.[3] Para los fines de este trabajo, resultan útiles porque proponen, *grosso modo*, una división entre técnicos y legos dentro de la cultura jurídica.

Conviene anticipar que, por el modo en que Tarello y Friedman trazan la división entre el componente interno y el externo de la cultura jurídica, se vuelve necesario tender un "puente" entre ambos, como se mostrará a lo largo del trabajo. Ese puente puede construirse de diferentes maneras. Aquí se construirá a partir de los discursos en torno al derecho. En consecuencia, el criterio para identificar los roles que cumplen los miembros de la cultura jurídica será los distintos tipos de discursos que estos emiten. Para ello, se retomará la tipología de discursos jurídicos elaborada por Paolo Comanducci en su obra "Epistemología jurídica" (2010). Se utiliza el verbo "retomar" de manera deliberada, ya que el propio autor reconoce haber abandonado dicha clasificación. No obstante, por razones que se justificarán enseguida, esta tipología resulta de utilidad para los objetivos planteados.

Dado que los discursos jurídicos se profieren mediante el ejercicio de roles más o menos diferenciables en la sociedad, también se propondrá una clasificación basada en este criterio. De este modo, mediante la combinación de criterios clasificatorios, se intentará poner a prueba —y, de ser necesario, fortalecer— la distinción entre "culturas" propuesta por Tarello y Friedman. En definitiva,

---

3 Por ejemplo, en Chile —donde este trabajo se presentó originariamente a discusión preliminar—, el uso de la etiqueta "cultura jurídica" en el sentido aquí indicado puede rastrearse en diversas obras. Agustín Squella Narducci (1992, 2009, entre otras) utiliza la división entre componentes internos y externos sin introducir mayores distinciones que las propuestas por Friedman. Más recientemente, autores como Aldo Valle (2001), Edmundo Fuenzalida Faivovich (1998, 2002, 2003, entre otras) y Daniela Accatino-Scagliotti (2019) han replicado la categoría de cultura jurídica interna para referirse a distintos ámbitos del saber jurídico, también sin mayores especificaciones respecto de las planteadas por Tarello o Friedman.

se busca contar con un conjunto de criterios que permitan determinar si un sujeto puede considerarse relevante para la cultura jurídica, qué rol cumple en ella y mediante qué discursos se expresa.

Para avanzar en este desarrollo, el primer apartado se divide en dos partes. La primera (2.1) es de carácter metateórico —es decir, reflexiona sobre las teorías mismas— y expone de manera ordenada la noción de cultura jurídica empleada por Tarello y Friedman. La segunda (2.2) introduce la tipología de los discursos jurídicos propuesta por Paolo Comanducci en *Epistemología jurídica* (2010), que servirá de criterio para alcanzar los objetivos propuestos. El segundo apartado (3) somete dichas nociones a algunas críticas. El tercero (4) presenta un modelo de análisis que, a partir de los discursos proferidos en las culturas jurídicas, identifica cuatro roles desempeñados por sus miembros: el creativo (4.1), el didáctico (4.2), el técnico (4.3) y el crítico (4.4). Además, se argumenta que tales roles pueden —y suelen— superponerse y se exponen los principales aportes del trabajo (4.5). Finalmente, se ofrecen las conclusiones (5).

Antes de adentrarnos en el artículo propiamente dicho, se presentan los *spoilers* o comentarios preliminares —y necesarios— al trabajo en pos de ubicar a quien lo lee en los presupuestos que se asumen para su realización.

Primero, es preciso aclarar que la idea de *derecho* que atraviesa este trabajo refiere al derecho vigente[4] y a sus posibles significados —no necesariamente unívocos— en una sociedad determinada. Estos significados surgen de un proceso osmótico continuo (Guastini, 2015, p. 55) en el que interactúan el legislador, que "pone" el derecho, los jueces y los juristas.[5] Ahora bien, yendo un paso más allá —y en línea con lo que este trabajo intentará demostrar—, ese proceso osmótico de asignación de significados al derecho vigente no se limita a quienes poseen conocimientos técnicos, como proponen Tarello y Friedman. También

4 La noción de vigencia aquí utilizada se apoya en la propuesta por Alf Ross (2005, pp. 34-42 y 60-65). Para este autor "[...] derecho vigente significa el conjunto abstracto de ideas normativas que sirven como un esquema de interpretación para los fenómenos del derecho en acción, lo que a su vez significa que estas normas son efectivamente obedecidas, y que lo son porque ellas son vividas como socialmente obligatorias" (p. 41). Cuando se refiere a que las normas son vividas, hace referencia a la aplicación por parte del juez y de las autoridades que, al final del día, determinan cuáles son las normas vigentes en un determinado orden jurídico.

5 Se entenderá por "jurista" a todo sujeto que en general produce discursos de *expository jurisprudence* —tanto local como universal— y *censorial jurisprudence* (Bentham, 1996, pp. 296-300). Un jurista no necesariamente debe cumplir ambos tipos de discursos. Los primeros contemplan la descripción y sistematización, mientras que los segundos suelen caracterizarse por un fuerte contenido axiológico. Para ampliar sobre estos tópicos, su reconstrucción y algunas implicancias prácticas, ver Chiassoni (2018, cap. I) y Calzetta (2023, pp. 265-274).

comprende, aunque en menor medida y con matices, a la gente común. Su conocimiento sobre el derecho se manifiesta en aceptación o descontento y, en última instancia, genera pequeños ajustes desde fuera, es decir, desde la cultura jurídica externa.

Esta primera precisión se vincula no solo con la noción de "cultura jurídica" que aquí se analiza, sino también con el segundo comentario preliminar. Si bien no se pretende dar una respuesta acabada a la pregunta sobre qué es la cultura jurídica, resulta necesario postular la siguiente definición estipulativa, que opera como hipótesis de trabajo:

> la cultura jurídica puede reconstruirse como un conjunto de creencias y saberes que se transmiten mayoritariamente por medio de una serie de discursos que posibilitan la creación, la divulgación, la aceptación, la crítica valorativa, entre otras cuestiones, del derecho en general.[6]

Conviene notar que estas acciones —crear, divulgar, valorar, etc.— requieren necesariamente de un sujeto o de una clase de sujetos. Decir el derecho, aplicarlo o conocerlo son acciones diferentes entre sí y, en definitiva, propias de sociedades más o menos organizadas.

Ambos comentarios exigen, *last but not least*, precisar cuál es la relación entre la cultura jurídica y el derecho. En esta cuestión recae el tercer comentario preliminar. Se sostendrá que la cultura jurídica y el derecho mantienen una relación de retroalimentación constante. Si, como se afirmó, la cultura jurídica se fundamenta y desarrolla principalmente en torno a cuestiones discursivas, un cambio en los discursos que la conforman generará, más tarde o más temprano, una reacción que podrá requerir un ajuste del derecho. Esta idea de "retroalimentación", sin embargo, demanda una distinción ulterior. Hay que

---

6 Sostener que la cultura jurídica es un fenómeno —aun con los problemas que pueda tener este término— de tipo eminentemente lingüístico es asumir, en algún sentido, que el derecho mismo lo es. Aquí se entiende que la forma de conocer el derecho es por medio de prácticas eminentemente lingüísticas y puede sostenerse que se debe en gran medida a las prácticas propias de la cultura jurídica. Esto es una forma de responder la pregunta ontológica sobre la cultura jurídica y también sobre "qué es el derecho". Siguiendo a Comanducci (2010), puede decirse que el derecho en general "[...] es un fenómeno eminentemente lingüístico [...]" (p. 180) del cual se puede afirmar, por ejemplo, "[...] que el Derecho (positivo) es un sub-conjunto de discursos que se inserta en el conjunto más general de los 'discursos jurídicos'" (pp. 180-181) (confr. Comanducci, 2010, pp. 113-124, como se citó en Zacharia, 1991). Claro que esta es solo una de las formas de reconstruir el fenómeno jurídico y la cultura en torno a este, pero en lo que respecta a este trabajo, se presenta como la más útil en tanto la última se forma en torno al derecho en general, pero especialmente a los discursos sobre este y, por lo tanto, mediante los hablantes de estos, como se intentará demostrar.

precisar si el ajuste se produce por un cambio en las reglas de juego que rigen en una sociedad determinada o, por el contrario, por el modo en que esas reglas son comprendidas —aceptadas o rechazadas— por sus destinatarios. En el primer caso, los ajustes irían desde la cultura jurídica interna hacia la externa; en el segundo, en sentido inverso.[7]

## 2. Cultura y discursos jurídicos: una exposición de las ideas de Tarello y Friedman

Este apartado expone las definiciones utilizadas por Giovanni Tarello y Lawrence Friedman. A ellas se sumará la perspectiva de David Nelken, quien se ha ocupado en años recientes de describir los usos de la etiqueta "cultura jurídica". Su aporte demuestra que los problemas en torno a esta noción no se circunscriben a su génesis ni a su introducción como categoría de análisis, sino que continúan siendo objeto de discusión en la actualidad. Tales debates se extienden a lo largo de un arco temporal que suele comenzar, precisamente, con los dos autores escogidos para este apartado. Conviene precisar, además, que antes de su introducción como categoría analítica, la noción de cultura jurídica ya estaba presente en el léxico común de las diferentes disciplinas jurídicas. Friedman la introduce en 1969 y Tarello la resignifica a lo largo de varias de sus obras (1971, 1979, entre otras).

A partir de estas consideraciones, se comenzará exponiendo la noción de cultura jurídica en general propuesta por Tarello y Friedman, para luego abordar sus componentes interno y externo. Finalmente, se presentará la tipología comanducciana sobre los discursos jurídicos.

### 2.1 Cultura jurídica: la idea general y sus componentes interno y externo

Respecto de la cultura jurídica en general, Tarello parece esquivar una definición, quizá debido a la desconfianza que este autor tenía hacia el "conceptualis-

7 Esta cuestión es emparentable con la fábula que propone H. L. A. Hart en *El Concepto de Derecho* (2012, pp. 113 y ss.) respecto del origen del derecho. Podría decirse que una sociedad primitiva comparte un conjunto de creencias que regulan su desarrollo y que conforman una "proto cultura jurídica". Cuando ésta crece o se complejiza, las creencias se convierten en reglas primarias de conducta y puede presentarse el problema de cómo cambiarlas. Ergo, se establecen las formas de crear nuevas reglas y eliminar las anteriores, etc., para lo que es necesario establecer, entre otras cuestiones, quién posee la competencia de hacerlo. Este paso hacia una sociedad organizada marca el nacimiento de una cultura jurídica especializada o, en palabras de Friedman (1975, caps. 8 y 9), de una "cultura jurídica interna". Posteriormente, la retroalimentación se vuelve una práctica más, pero que se fundamentaría usualmente en los ajustes que se mencionan.

mo", v. g. la tendencia a construir definiciones rígidas y abstractas como punto de partida del análisis jurídico.[8] No obstante, Tarello sí se ocupa de definir, aunque brevemente, ambos componentes que conforman la idea de cultura jurídica en su ensayo *La nozione di diritto positivo* (1977), tal como se verá enseguida.

Pero para no desviarnos de la cultura jurídica general, podría sostenerse que este autor le otorga un papel primordialmente historiográfico a dicha idea,[9] útil para analizar las coyunturas de determinados períodos y las formas en las cuales se interpretaba el derecho en ellos. Así, la cultura jurídica estaría conformada mayoritariamente por el conjunto de ideologías, métodos y operaciones conceptuales propias de los profesionales técnicos con formación jurídica.[10] Además, Tarello enfatiza en gran parte de su obra sobre la relevancia que poseen las contribuciones de las construcciones efectuadas por la doctrina jurídica para la conformación de los sistemas de derecho positivo.[11] Esto es llamativo, puesto que Tarello, en gran parte de sus obras, parece asociar la noción de cultura jurídica general a lo que usualmente se denomina "cultura jurídica interna".

Siguiendo a Guastini y Rebuffa (1988, pp. 24-25), puede decirse que en la obra de Tarello la noción "cultura jurídica" implica, al menos, cuatro significados: i) el conjunto de las doctrinas y de los sistemas conceptuales elaborados por los juristas con el fin de unificar y/o generalizar nociones y prescripciones esparcidas en varios textos normativos; ii) el conjunto de las interpretaciones, suministradas sobre todo por los operadores jurídicos, relacionadas con la aplicación considerada correcta de textos normativos; iii) el conjunto de los modelos de razonamiento utilizados por los juristas, tanto en función doctrinal como jurisprudencial; y iv) en sentido más amplio, es utilizada para referirse a la *clase* de los juristas.

Por su parte, Friedman (1975) entiende que la noción de cultura jurídica se utiliza para describir varios fenómenos relacionados y que "[...] se refiere al

---

8 Debido a su cercanía con las tradiciones realistas del derecho y a las críticas al conceptualismo desarrolladas por estas corrientes de pensamiento jurídico —en especial por la escuela norteamericana—, Tarello se presenta como un crítico de aquellos conceptos dogmáticos utilizados en sede interpretativa, como ser "norma", "contrato", etc. Esta crítica puede leerse como la cara de una moneda que, en su otra faz, muestra a un autor cauteloso de ofrecer definiciones que puedan afectar su tarea teórico-descriptiva. Para un resumen sobre la cuestión, ver Chiassoni (2017, pp. 22-28).

9 Ver Monereo-Pérez (2002). Así lo demuestra su preocupación por el fenómeno de la codificación acaecido en el siglo XIX, o la cuestión del derecho sindical luego de la reforma constitucional italiana de mediados de siglo XX, entre otras obras.

10 Conf. Tarello (1967, p. 11, 1979, p. 5). También puede notarse esto en las secciones I y II de Tarello (1967).

11 Conf. Monereo-Pérez (2002, p. XXIX).

conocimiento público y a las actitudes y pautas de comportamiento hacia el sistema jurídico" (p. 193). Esta definición presupone la existencia de un sistema jurídico que, según este autor, configura uno de los muchos sistemas sociales de la modernidad (p. 5). Casi un cuarto de década después de sus primeros escritos al respecto, admite que la introducción de la noción resulta algo controversial, en tanto esta idea se presenta como un concepto problemático: una abstracción resbaladiza y que posee un serio problema de definición.[12]

Los dos autores referenciados coinciden en que el fenómeno jurídico cultural posee dos componentes. Estos fueron mencionados anteriormente aquí: el interno, constituido normalmente por la cultura de "[...] técnicos o especialistas jurídicos: profesores de facultades de derecho, jueces, funcionarios administrativos con profesionalidad jurídica, abogados, notarios" (Tarello, 2002, p. 229); y el externo, al que no dedican demasiadas líneas. Friedman (1975) sostiene que la cultura jurídica externa es "[...] la cultura jurídica de la población en general" (p. 283), mientras que Tarello (2002, p. 227) la identifica como las opiniones y el conocimiento sobre el derecho positivo. La falta de desarrollo de este componente de la cultura jurídica puede suplirse, de manera preliminar, por medio de la exclusión: puede decirse, con base en lo postulado por ambos autores, que serán miembros de la cultura jurídica externa aquellos sujetos que no pertenecen a la cultura jurídica interna.

En sentido similar a la división propuesta por Tarello y Friedman entre ambos subconjuntos, podría mencionarse la distinción efectuada por Joseph Raz (1985), quien denomina "juristas" y "legos" refiriéndose a dos grupos diferentes que conforman el fenómeno jurídico. Los primeros entienden por derecho a cualquier cosa —*dixit*— que satisfaga "[...] las condiciones de validez establecidas en el sistema de reglas de reconocimiento o en otras normas del sistema" (p. 266). Para los segundos, en cambio, el derecho es "[...] esencialmente un conjunto de disposiciones abiertas, generales y relativamente estables" (p. 266).

Debido a la relevancia que la idea "cultura jurídica" ha tenido en la academia jurídica, en especial en estudios de sociología jurídica,[13] diversos autores se han preocupado por el uso de la expresión durante las últimas décadas.[14] Puede

---

12 En *The Republic of Choice* (1999), Friedman arremete contra la noción mediante varias etiquetas: "[A] troublesome concept; an abstraction and a slippery one; a serious problem of definition" (p. 95).

13 Ejemplos de la relevancia de la categoría para diversas áreas del conocimiento pueden verse en Macaulay (1989), Cotterrell (2017), Nelken (2004, 2014), Merry (2010, 2012), Van Hoecke y Warrington, 1998), Ogus (2002), Čehulić, (2021), Klare (1998), Watson (1982); Ackerman (1986) y Koch y Kjølstad (2023), entre otros.

14 Como se mencionó, se escoge como ejemplo de la actualidad del debate la propuesta de David

decirse que "en su sentido más general, es una forma de describir patrones relativamente estables de comportamientos y actitudes sociales con orientación jurídica" (Nelken, 2010, p. 280).

Ahora bien, dentro de esta idea se ocultan diversas cuestiones que pueden desencadenar algunos interrogantes: ¿cómo se identifican dichos comportamientos?, ¿quién define —o cómo se define— su estabilidad? Por otra parte, Nelken (2010) indica que los elementos identificativos de la cultura jurídica

> [...] abarcan desde hechos relativos a las instituciones, como el número y la función de los abogados o el modo en que se nombran y controlan los jueces, hasta diversas formas de comportamiento, como los litigios o las tasas de encarcelamiento, y, en el otro extremo, aspectos más difusos de ideas, valores, aspiraciones y mentalidades. (p. 280)

Quizás, una de las preguntas que surge de estas nociones, y que más interesa a este trabajo, es la siguiente: ¿cómo adquieren las nociones necesarias para identificar las particularidades del derecho tanto los miembros del componente interno como los del externo, o, en términos de Raz (1985), los juristas y los legos?

Para esbozar una respuesta a este interrogante y sin desconocer la existencia de otras soluciones posibles, puede partirse de una constatación. En las definiciones de Tarello y Friedman, e incluso en la formulada por Nelken, es posible identificar, explícita o implícitamente, la presencia de al menos un discurso jurídico. Estos discursos, en sentido amplio, regulan, motivan, desincentivan, describen y ponderan, entre otras funciones, tanto hechos relativos a las instituciones como conductas. Asimismo, reflejan ideas, valores y aspiraciones dentro de una comunidad jurídica.

## 2.2 Sobre los discursos jurídicos: la tipología de Paolo Comanducci

A efectos de este trabajo, los discursos jurídicos se distinguirán entre discursos "del", "acerca", "con" y "para"[15] el derecho (Comanducci, 2010, p. 181). Estas distinciones resultan útiles para los objetivos planteados por la siguiente razón:

---

Nelken por ser uno de los autores que ha pretendido dar cuenta de los diversos usos del vocablo, cuestión que, en cierto punto motiva la realización de este trabajo.

15 En esta presentación se opta por cambiar el orden utilizado por el autor para aportar mayor claridad debido a las relaciones entre cada discurso. Se agradece a la profesora Ma. Beatriz Arriagada-Cáceres la observación al respecto, y para una profundización de las etiquetas utilizadas por Comanducci, se sugiere su trabajo "Ontología y epistemología jurídicas bajo la linterna de Paolo Comanducci" (2022).

la cultura jurídica, compuesta por los subconjuntos mencionados y entendida como un fenómeno social que se desenvuelve mediante vectores eminentemente lingüísticos, se compone de discursos que no necesariamente son prescriptivos, es decir, que no se limitan a ordenar, prohibir o permitir conductas.[16] Un ejemplo —anticipando algunas conclusiones de este trabajo— es el de un conjunto de personas que protesta contra una determinada regulación y presiona para su modificación. Esa presión se ejerce, en buena medida, mediante discursos que, aun asumiendo que pueden poseer limitaciones técnicas, analizan el impacto de la regulación y expresan una postura de descontento.

Para Comanducci (2010), los discursos "del" derecho son aquellos constituidos por los documentos normativos. Los discursos "con" el derecho son los que utilizan el derecho para fundamentar o justificar decisiones o razonamientos. Los discursos "acerca" del derecho son aquellos que describen o valoran los discursos "del" y "con" el derecho. Por último, los discursos "para" el derecho son preliminares a los anteriores y enfrentan problemas lógicos, metodológicos, entre otros.[17] Conviene notar que estos discursos parten de razonamientos diferentes, en tanto persiguen fines disímiles (Guastini, 2014, pp. 228-232) y operan en diversos niveles de lenguaje (Guastini, 2016, p. 23). Puede afirmarse, en consecuencia, que el fenómeno jurídico cultural se fundamenta en estos discursos y en sus interacciones.

En función de los objetivos que persigue este trabajo, urge preguntarse quiénes dominan cada tipo de discurso, si es que ese dominio puede identificarse con claridad.

Más allá de la breve explicación que Comanducci (2010) efectúa sobre cada uno de los tipos de discursos jurídicos, puede entenderse lo siguiente. En la primera clase, es decir, los discursos "del" derecho, se puede identificar —sin pretensión de exhaustividad— al derecho positivo en sentido estricto.[18] Estos

---

16 En el trabajo se prescindirá de los discursos "para" el derecho, por los intereses que se persiguen. Estos son parte de la teoría jurídica y abordan cuestiones lógicas y metodológicas, pero se solapan con la función que cumplen los discursos "acerca" del derecho en tanto, como se verá, suelen proferirse mediando lo que identificaremos como "rol didáctico". Para ampliar sobre las implicancias de los discursos jurídicos propuestos por Comanducci, ver Arriagada-Cáceres (2022, pp. 22-24).

17 Comanducci (2010, p. 181) presenta la tipología del lenguaje jurídico a través de los cuatro ejemplos mencionados. No obstante, reconoce que opta por agruparla en dos conjuntos: discursos "en" el derecho y discursos "acerca" del derecho. Los primeros agrupan los discursos "del" y "para" el derecho y el segundo se conforma por el resto. Dicho esto, debido a la diferencia de hablantes que aquí se quiere reconstruir, es decir, entre "legisladores" —sean positivos o negativos, como en caso de los jueces—, "juristas" y "legos", se utilizará la tipología en su versión original

18 Aquí, el uso de la etiqueta "derecho positivo" se utiliza de modo amplio y refiere a su acepción de

discursos son característicos de las autoridades que poseen la competencia de dictar disposiciones dentro de un sistema determinado, ya sean generales, como las leyes, o de carácter individual, como las sentencias. Poseen carácter prescriptivo[19] y se presentan como el lenguaje objeto que sirve de fundamento para el desarrollo de la cultura jurídica, por lo tanto, pertenecen a ella.[20]

Los discursos "con" el derecho son aquellos que agrupan las expresiones en las que el derecho se presenta como premisa para una serie de razonamientos. Éstos se manifiestan, por ejemplo, en la justificación de una decisión jurídica. En esta clase, pueden incluirse aquellos sujetos que poseen competencia para resolver controversias. Respecto de los niveles de lenguaje propios de este estadio discursivo, cabe señalar que, según el uso que se le dé al derecho dentro de la locución, puede operar tanto como lenguaje objeto como en calidad de metalenguaje, es decir, un lenguaje que se utiliza para hablar de otro lenguaje. Ahora bien, estos discursos poseen, en algunos casos, el carácter prescriptivo al que ya se hizo referencia. Por ejemplo, en las mencionadas decisiones judiciales, el juez crea una norma individual que resuelve el caso. Pero, en otros casos, como los razonamientos orientados a obtener una decisión favorable —tal sería el petitorio argumentado por alguien que ejerce la abogacía—, el discurso "con" el derecho opera en sentido persuasivo.

Por su parte, los discursos "acerca" del derecho son, según Comanducci,

---

derecho "[...] puesto, y producido, o impuesto, por un sujeto individualizado" (Tarello, 2002, p. 227).

19 Debido a que la cuestión del carácter prescriptivo de los discursos del derecho es extensa, se omite entrar en las discusiones al respecto. Sobre el carácter prescriptivo de estos discursos, ver Arriagada-Cáceres (2022).

20 Esta aclaración sobre la pertenencia de estos discursos a la cultura jurídica se debe a que Tarello no menciona al sujeto individualizable encargado de "poner" el derecho en el sistema cuando se refiere a los sujetos de la clase denominada cultura jurídica interna, solo se limita a listar "[...] profesores de facultades de derecho, jueces, funcionarios administrativos con profesionalidad jurídica, abogados, notarios" (Tarello, 2002, p. 229). Desconozco la razón por la que Tarello excluye al legislador en la clase de operadores jurídicos que conforman el componente interno de la cultura jurídica. Dicho esto, y entendiendo que, si como se dijo, la cultura jurídica es un fenómeno fundamentado eminentemente en actos lingüísticos, el discurso del legislador no puede excluirse del conjunto. Sobre la idea de incluir al legislador dentro de los operadores jurídicos que conforman la cultura jurídica interna, no he encontrado de manera expresa ninguna referencia al aparente olvido de Tarello. Puede pensarse que esta decisión reside en el hecho de que hace uso de "cultura jurídica" dentro de su esquema realista y analítico del derecho. Este enfatiza sobre las ideas de derecho judicial y doctrinario. Es decir, se preocupa por saber cómo los jueces y los juristas interpretan el derecho positivo. Quizá pueda arribarse a una idea similar a la aquí sostenida si se efectúa una reconstrucción de lo propuesto por Arriagada-Cáceres (2022) cuando expone la manera en que la teoría analítica "configura el derecho positivo como el conjunto de los discursos de los operadores jurídicos que forman parte de la cultura jurídica interna" (p. 4).

aquellos destinados a describir y valorar los discursos "del" y "con" el derecho. Arriesgo sumar a estas dos tareas la de sistematizarlos en sistemas y subsistemas (Alchourrón y Bulygin, 1974; Ratti, 2015). Esta sistematización, sumada a la descripción y la valoración del derecho, son las tareas usualmente desarrolladas en el gran conjunto de disciplinas que se agrupan bajo la etiqueta "ciencia jurídica". Usualmente, estas empresas las llevan adelante los juristas —en el sentido mencionado anteriormente— y estos poseen cierta influencia en la creación de discursos "del" y "con" el derecho: en la práctica cotidiana, sobran ejemplos de legisladores o jueces que recogen en sus discursos las sugerencias o las creaciones dogmáticas efectuadas por los juristas.[21]

Pero nótese que hay otros sujetos plausibles de ser identificados bajo esta clase si tomamos dichas tareas en torno al discurso como característica relevante para pertenecer al grupo que efectúa discursos "acerca" del derecho. Tal es el caso, por ejemplo, de quienes informan el derecho positivo a la comunidad o, siguiendo las categorías de este trabajo, a la cultura jurídica externa. Este ejemplo puede entenderse como el puente entre la cultura jurídica interna y la externa al que se hizo referencia, que se explicará más adelante en este trabajo.

Por último, los discursos "para" el derecho se presentan como preliminares a los tipos precedentes, pero, como se aclaró, no serán tenidos en cuenta en este trabajo.

Este listado de discursos servirá, al final del día, para inferir los roles que ejercen los miembros en la clase "cultura jurídica" bajo los rótulos "interna" y "externa"; previamente, se analizarán algunas falencias de la idea.

## 3. Una reconstrucción, ahora en clave crítica

Este apartado retoma las nociones desarrolladas por Tarello y Friedman para formular algunas críticas a estas. El propósito es que dichas críticas sirvan de punto de partida para clarificar, en los apartados siguientes, las dudas que surgen de esta idea. Se pondrá énfasis en las etiquetas "cultura jurídica interna" y "cultura jurídica externa", entendidas como dos grupos o subconjuntos dentro del todo "cultura jurídica".

---

21 Aquí es preciso distinguir dos situaciones. La primera comprende aquellos casos en los que los legisladores consultan a los juristas para informarse y, sobre esa base, desarrollar políticas públicas. La segunda corresponde a las denominadas políticas *de sententia ferenda*, que presuponen a un jurista haciendo política del derecho a través de sus discursos. Estas construcciones de los juristas pueden entenderse tanto como tareas descriptivas como tareas de política del derecho. Véanse Kelsen (1992, p. 82), Ross (1958, p. 46) o Tarello (2002, pp. 5-9), entre otros.

A partir de los subconjuntos "interno" y "externo" del fenómeno jurídico cultural en general, puede presumirse que tanto Tarello como Friedman parecen coincidir en sus definiciones sobre la base de, al menos, un criterio: el de la "pertenencia" a una determinada clase. Esto es: los especialistas técnicos, para el subconjunto interno; el público en general, para el externo.

Si se acepta el criterio mencionado, la delimitación propuesta por estos autores resulta vaga y, además, aparentemente estática.[22] Considérese por un instante el componente externo: ¿cómo conoce este componente el derecho o cómo forma sus opiniones al respecto?

Estos problemas motivan la adopción de un criterio auxiliar que contribuya a la tarea reconstructiva del concepto. La elección, como ya se anticipó, recae en la tipología propuesta por Comanducci, mencionada en el apartado anterior. Con la incorporación de este criterio, quizá resulte más claro determinar tres cuestiones: cuándo un sujeto, debido al tipo de discurso que puede ejercer, queda comprendido en la etiqueta "cultura jurídica interna"; cuándo forma parte de la externa; y cuándo puede estar contemplado —es decir, "solapado"— bajo ambas.

Por ejemplo, quien puede expresarse mediante discursos "del" derecho posee, al menos, una regla de competencia —ya sea positiva o fruto de la aceptación por parte de la comunidad que reconoce en dicho agente una autoridad— para crear las reglas del sistema o para adscribirles un determinado sentido.[23]

Como se afirmó, puede pensarse que los discursos "acerca" del derecho son aquellos efectuados tanto por los juristas, en el sentido explicado, como por otros sujetos. Recuérdese que, según Comanducci (2010), estos discursos son los que "[...] versan, descriptiva o valorativamente, sobre los discursos 'del'

22 Si bien, por la vinculación que tuvieron ambos autores, es sabido que se refieren a nociones similares, conviene agregar un problema adicional que surge de las diversas traducciones de la noción. En particular, en las obras de Friedman, *legal culture* ha sido traducido de manera literal como "cultura legal". Esta traducción parece asociar la idea solo a una parte de lo que la noción engloba y, además, su utilización podría alejarse o distinguirse de la noción de "cultura jurídica", en tanto "lo legal" puede asociarse con la ley y "lo jurídico" remite a un fenómeno más amplio. Este problema, sin embargo, excede los objetivos del trabajo y no será abordado aquí. Para un ejemplo de esta forma de traducir, véase Ansolabehere (2011).

23 Se opta por incluir los órganos que adscriben significado al derecho, es decir, los intérpretes/aplicadores del derecho entre los facultados para expresar discursos "del" derecho, por al menos tres razones. En primer lugar, porque ejercen sus facultades de manera discrecional, adscribiendo significado a las fuentes del derecho cuando estas no predeterminan por completo el contenido de un precepto singular y concreto que de ellas emana y creando normas a partir de aquellas (Guastini, 1999, p. 170). En segundo lugar, porque este trabajo se apoya en la ósmosis mencionada en la introducción, en la que participan el legislador, los juristas y los jueces (Guastini, 2017, p. 55). En tercer lugar,

y 'con' el derecho" (p. 181). Esta tarea, sin embargo, podría llevarla a cabo, por ejemplo, un analista periodístico, un político en campaña o un particular descontento con tal o cual discurso "del" o "con" el derecho, entre tantos otros. En las sociedades actuales, la circulación de información y el escrutinio por parte del público resultan constantes a través de diversos canales, como la prensa y las plataformas digitales, entre otros. En este contexto, no sería descabellado considerar el impacto que estos discursos tienen sobre el todo "cultura jurídica". Piénsese por un momento en el último ejemplo, el del particular: si la cultura jurídica externa está compuesta por los conocimientos u opiniones del público general sobre el derecho, pareciera ser que los discursos "acerca" del derecho no son monopolio de la cultura jurídica interna.

Este puede ser, quizá, un ejemplo que demuestra que entre ambos componentes no hay una línea divisoria clara, por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, la división entre cultura jurídica interna y externa parece remitir a dos elementos claramente diferenciados. Sin embargo, esto no resulta tan claro si el criterio para trazar la línea divisoria entre los componentes es la profesionalidad jurídica, como sostienen Tarello y Friedman. Si, en última instancia, la cultura jurídica interna está compuesta por la cultura de dichos sujetos, cabe preguntarse: ¿basta la pertenencia formal —por ejemplo, un título otorgado por una institución habilitada— para ser parte de la cultura jurídica interna? Pareciera ser un tanto reduccionista pensar la cuestión de este modo. Quizá debería atenderse no a la mera pertenencia —formal o de otro tipo— a la clase, sino al "nivel de relevancia" que un determinado actor pueda tener en el conjunto general. Ese nivel de relevancia no depende necesariamente de identificar a uno u otro sujeto en el sentido mencionado. En otras palabras, y siguiendo la hipótesis de este trabajo, si la cultura jurídica es un fenómeno eminentemente lingüístico, para identificar a sus sujetos debería tenerse en cuenta qué relevancia poseen los discursos de cada uno o qué rol cumplen en el todo del que forman parte.[24]

Por otra parte, la división podría ser difusa en otro sentido. Siguiendo las definiciones mencionadas, un sujeto se encuentra en uno u otro componente sin que exista una tercera opción. Sin embargo, podría preguntarse: ¿en qué componente se encuentra alguien que aspira a pertenecer al subconjunto in-

porque los órganos aplicadores resuelven defectos del sistema mediante sus decisiones, por ejemplo, frente a lagunas normativas (Bulygin, 2009).

24 Dado que este trabajo pretende aportar un enfoque conceptual, no se profundizará sobre el alcance

terno? Conforme a los criterios originales, ejemplos de estos casos podrían ser los estudiantes de carreras técnicas en derecho o los incipientes *legal scholars*, es decir, académicos del derecho en formación. Estos aún no poseen la relevancia o el impacto necesarios para incidir en la cultura jurídica general. Otro tanto podría decirse de las posiciones minoritarias que no logran aceptación en una determinada cultura jurídica.

En tercer lugar, la pertenencia a uno u otro componente no parece ser tan estática como la ilustran estos autores. Piénsese en el ejemplo del político en campaña. Mientras se encuentre en tal situación, será un hablante "acerca" del derecho. Imagínese ahora que ese mismo sujeto se convierte en autoridad y, en consecuencia, puede emitir discursos "del" derecho. Esto permite observar que el rótulo es aparentemente útil solo en un sentido sincrónico, es decir, en un corte temporal determinado. Cabe preguntarse, entonces, si una mayor especificación permitiría aportarle utilidad también en sentido diacrónico, esto es, a lo largo del tiempo.

La pregunta es la siguiente: ¿basta con un listado de los discursos para distinguir el conjunto interno del externo? O, planteado en sentido inverso, ¿basta con la negación de este elemento definitorio para excluir a un sujeto u otro del conjunto?

Por supuesto, cualquiera puede expresarse "acerca" del derecho. Piénsese, por ejemplo, en dos personas que toman un café en un bar y discuten sobre los últimos decretos del Poder Ejecutivo o sobre la modificación de una ley fundamental: ¿incide ese diálogo "acerca" del derecho en la cultura jurídica? Aparentemente, no. Lo que importará, entonces, es qué "valor" tendrá ese discurso para la cultura jurídica o, en los términos antes empleados, qué "relevancia" poseerá en ella.

En consecuencia, sin abandonar las ideas de Tarello y Friedman, puede aventurarse la siguiente afirmación: un sujeto formará parte de la cultura jurídica interna si su discurso posee cierta relevancia dentro del conjunto de discursos que la conforman.

El punto es que ambos criterios no son necesariamente idénticos. Podría decirse que existen sujetos que se expresan "acerca" del derecho y poseen cierta relevancia para la cultura jurídica, pero que no necesariamente forman parte de

de esta idea. No obstante, conviene señalar que ese "valor" requiere ser medido a fin de verificar la posible influencia en el fenómeno estudiado. Para ello, puede recurrirse a metodologías propias de las ciencias sociales capaces de traducir los discursos en métricas, como el análisis del discurso o el análisis de contenido, entre otras.

los especialistas o técnicos jurídicos. Tal es el caso, por ejemplo, del periodista que informa sobre un acontecimiento jurídico. Sin su tarea, la cultura jurídica externa difícilmente podría conocer aspectos del sistema en el que se desarrolla.

Esto demuestra que los criterios aparentemente presentes en las sucintas definiciones efectuadas por Tarello y Friedman pueden resultar confusos y requieren una explicación más detallada. Una vía posible —seguramente no la única— para alcanzar esa mejor explicación consiste en identificar qué roles cumplen, en la cultura jurídica, aquellos que profieren los discursos jurídicos.

## 4. Los roles en las culturas jurídicas

Hasta aquí se ha presentado a la cultura jurídica como un conjunto de discursos en torno al derecho y se ha planteado la relevancia que estos discursos deben tener para ser considerados parte de ella. Sin embargo, las estrategias seguidas hasta el momento no permiten determinar con mayor precisión quiénes forman parte de la cultura jurídica. Por ello, es necesario avanzar un paso más.

Ese paso consiste en identificar una serie de roles[25] necesarios tanto para la creación del derecho como para "el viaje" —en el sentido de puente utilizado anteriormente— de los discursos entre el componente interno y el externo —o viceversa—, con vistas a su consolidación en la cultura jurídica general. Dicho esto, conviene recuperar la definición estipulada en la introducción de este trabajo:

> La cultura jurídica puede reconstruirse como un conjunto de creencias y saberes que se transmiten mayoritariamente por medio de una serie de discursos que posibilitan la creación, la divulgación, la aceptación, la crítica valorativa, entre otras cuestiones, del derecho en general.

Interesa destacar ahora la mención a la creación, la divulgación, la aceptación y la crítica del derecho en general. Dado que los miembros de la cultura jurídica interactúan mediante discursos, éstos pueden identificarse —de manera no exhaustiva— a través de la categorización de los roles que aquellos miembros

25 Los roles pueden entenderse como funciones desempeñadas por los miembros de la cultura jurídica. Conviene ser cauteloso con la noción de función, que remite a la teoría de conjuntos. Dado que aquí no se utilizará esa teoría, basta con señalar que una función es una relación entre dos clases o conjuntos en la que cada elemento de uno se asocia con un elemento del otro. En el caso que interesa a este trabajo, los elementos son, por un lado, los discursos y, por otro, los roles que ejercen los miembros de cada conjunto.

desempeñan. Estos roles se denominarán aquí "rol creativo", "rol didáctico", "rol técnico" y "rol crítico" en torno al derecho.

Antes de desarrollar cada uno, conviene recordar que todas las sociedades mínimamente organizadas poseen una cultura jurídica, aunque no todas presentan la distinción entre los componentes interno y externo (Friedman, 1975, caps. 8 y 9). Es decir, solo tendrán cultura jurídica interna aquellas sociedades que hayan especializado las tareas de creación, transmisión y tecnificación del derecho. Se reserva el tratamiento del rol crítico por razones que se explicarán al abordar dicha etiqueta; por ahora, basta con adelantar que opera principalmente como una válvula de presión dentro de la cultura jurídica y exige ajustes en los demás roles.

Puede afirmarse entonces que, una vez alcanzada la especialización de la que deriva esta división, la relación entre el derecho y la cultura jurídica es circular o, como se señaló en la introducción, se halla en constante retroalimentación. Cuando la sociedad primitiva —o "protocultura jurídica", como aquí se denominó a ese estadio— se perfecciona con el paso del tiempo y se especializa un conjunto de técnicas necesarias, desarrolla su cultura jurídica interna. En ese punto comienza la circularidad mencionada: la cultura jurídica retroalimenta al derecho "institucionalizado", y este, a su vez, a aquella. En esa retroalimentación, los roles que se desarrollarán a continuación resultan especialmente relevantes y constituyen el aporte analítico que este trabajo busca ofrecer frente a los problemas señalados.

### 4.1 El rol creativo[26]

Se entenderá por creativa a toda actividad que establezca las reglas de juego en una cultura jurídica. Estas actividades se desarrollan principalmente mediante discursos "del" derecho, aunque también, como se vio al especificar los tipos de discursos en el apartado 2.2, mediante ciertos discursos "con" el derecho. Asimismo, algunos discursos "acerca" del derecho pueden reflejar esta función, siempre que se produzca un acto de autoridad que los incorpore en un discurso "del" derecho.

---

26 En la versión original de este trabajo sometida a discusión, este rol se denominaba "constitutivo". Debido a la complejidad y el vasto desarrollo de la cuestión de la constitutividad, se optó por una etiqueta más amplia, aun asumiendo su imprecisión. Esta decisión no excluye la posibilidad de que, en el futuro, el rótulo escogido requiera mayor precisión o, incluso, que se retome el original, con las aclaraciones y el desarrollo necesarios. Se agradece el comentario sobre el —originalmente— rol constitutivo y los problemas que podía suscitar abrir la discusión en esos términos a la profesora Ma. Beatriz Arriagada-Cáceres.

Un ejemplo de este rol creativo es cualquier acto que emplee un discurso "del" derecho, como el dictado de una disposición que prohíba la conducta C. Lo decisivo es determinar si el sujeto que profiere ese discurso posee la competencia para hacerlo. Esta competencia puede derivar de otro discurso "del" derecho que, en términos generales, se resume en un enunciado del tipo "el sujeto S posee la facultad de dictar disposiciones D", entendiendo estas últimas como disposiciones que regulan conductas. Pero también puede ocurrir que esta competencia surja de un discurso "del" derecho proferido por el propio sujeto S, en términos como "soy S y todo lo puedo". A los efectos de la cultura jurídica y en esta instancia, la distinción no es decisiva; más bien, sirve para caracterizar el tipo de cultura jurídica que se observa.[27] Mientras la cultura jurídica reconozca a S como su autoridad —ya sea por la legitimidad que inviste o por el "miedo" que ejerce—, el rol creativo quedará configurado.[28]

### 4.2 El rol didáctico

Por "rol didáctico" se entenderá, en sentido amplio, toda acción que tenga por finalidad comunicar o enseñar el derecho, también en sentido amplio, a la cultura jurídica. Esta comunicación o enseñanza puede observarse en distintos estadios, pero suele desarrollarse mediante discursos "acerca" del derecho, respecto de los cuales ya se planteó alguna inquietud sobre quiénes los profieren.[29] Conviene aclarar que la comunicación y la enseñanza propias de la didáctica no deben confundirse con la publicidad formal que adquieren los discursos "del" derecho, puesto que, si se mantienen las categorías interna y externa, se requiere un conocimiento mínimo para comprender el derecho.[30]

---

27 La cultura jurídica no se fundamenta necesariamente en criterios de legalidad: en la práctica, muchas culturas jurídicas se construyen sobre situaciones de hecho. Un ejemplo de ello fue propuesto por quien escribe (ver Gómez, 2025), por medio de la reconstrucción de la cultura jurídica de facto chilena anclada en los decretos dictatoriales emitidos entre 1973 y 1980. Estos decretos guiaron las conductas de la sociedad chilena en esa época, requirieron ser comunicados y enseñados y, además, fueron fuente de gran parte del texto constitucional adoptado a partir de 1980. De allí la mención, en la nota al pie 23, a los problemas de traducción que supone entender *legal culture* como "cultura legal": si se acepta el criterio de legalidad, sería complejo analizar culturas jurídicas del tipo mencionado.

28 La noción de miedo a la que se alude es sumamente sencilla: un sujeto regula a un grupo determinado mediante amenazas, y los sujetos, por temor a esas amenazas, obedecen sus reglas, que conforman así la base de su cultura jurídica. Esta idea, en su forma más elemental, remite directamente a la noción de coerción y puede extenderse a supuestos más complejos. Para ampliar, véanse Schauer (2015) y Bezemek y Ladavac (2016), entre otros.

29 Véase el apartado 2.2.

30 Recuérdese que Tarello (2022) sostiene que la cultura jurídica externa está compuesta por las opi-

Las distinciones señaladas cobran sentido al analizar los pormenores de la cultura jurídica que se observe. Estas pueden resumirse en dos grandes subsectores: el que ejerce un rol de didáctica "formal" y el de la didáctica "informal".

La didáctica formal está integrada por discursos "acerca" del derecho, proferidos generalmente por la cultura jurídica interna hacia: i) sujetos de la cultura jurídica externa; ii) sujetos que están en transición entre ambos componentes —el caso de estudiantes universitarios al que se hizo referencia—; y iii) entre sujetos de la propia cultura jurídica interna.

La didáctica informal, en cambio, no requiere necesariamente que los discursos "acerca" del derecho se originen en la cultura jurídica interna, sino que pueden ser proferidos por miembros de la cultura jurídica externa —siguiendo los criterios de Tarello y Friedman—, siempre que su relevancia tenga impacto, como se mencionó anteriormente. Es el caso del periodista que informa acerca del derecho y que no necesariamente adquirió esos conocimientos por haber recibido la didáctica formal antes mencionada; o el de la educación cívica que suele dictarse en los primeros años de la educación inicial.

El rol didáctico es, junto con el técnico que se desarrollará a continuación, uno de los puentes necesarios no solo para vincular al componente externo con el interno, sino también para formar miembros con los conocimientos necesarios para, eventualmente, proferir discursos típicos de la cultura jurídica interna.

### 4.3 El rol técnico

Este rol es propio de la cultura jurídica interna, en tanto supone una serie de conocimientos útiles para tecnificar los reclamos en torno al derecho. Dicho de otro modo, los miembros que ejercen este rol han adquirido previamente sus conocimientos a través de quienes ejercen el rol didáctico, en el sentido formal antes explicado. Nos encontramos aquí, nuevamente, frente a uno de los roles "puente", aunque ahora destinado a encauzar los conflictos que pudieran surgir conforme a las reglas preestablecidas mediante el rol creativo.

niones y el conocimiento del derecho que posee la población —no técnica— en general. Ahora bien, parecen existir pocos casos en los que no haya conocimiento de algún tipo de derecho y su enumeración excede los límites de este trabajo por razones de extensión. Por ejemplo, un niño que reconoce en un cartel de señalética la prohibición de pescar en el lago al que va a jugar y entiende que no puede usar su equipo de pesca ya posee cierto conocimiento de lo que el derecho establece en ese sitio. Esto parecería reafirmar la necesidad de tecnificación del conocimiento para formar parte de uno u otro componente, aunque Tarello no lo aclare expresamente.

Estos reclamos pueden distinguirse en, al menos, dos tipos: i) los formulados por la cultura jurídica externa respecto de discursos "del" derecho emitidos en la interna; y ii) los planteados entre miembros de la cultura externa en relación con sus pretensiones.

Un ejemplo del primer caso es el reclamo sobre la inconstitucionalidad de una disposición que regula derechos fundamentales: la cultura jurídica interna adecúa las pretensiones de la cultura jurídica externa según las reglas previamente establecidas mediante el rol creativo y las canaliza para su tramitación en sede judicial. Aquí los discursos son habitualmente del tipo "con" el derecho, según lo señalado anteriormente respecto de las pretensiones.[31]

Un ejemplo del segundo caso es cualquier controversia entre miembros de la cultura jurídica externa, como podría ser una demanda por separación de bienes. No corresponde ampliar la cuestión y los discursos involucrados son los mismos que en el ejemplo anterior.

### 4.4 El rol crítico

Puede decirse que este rol implica el conocimiento del derecho y su aceptación, y que su puesta en práctica evidencia un descontento por parte de la cultura jurídica en general. Del mismo modo que la cultura jurídica interna es característica de las culturas jurídicas evolucionadas, el rol crítico ejercido por los miembros de la cultura jurídica contribuye a su desarrollo y a la dinámica de los ordenamientos jurídicos.

Este rol no es necesariamente exclusivo de alguno de los componentes de la cultura jurídica. La crítica puede generarse en la cultura jurídica externa, pero también es frecuente que existan desacuerdos entre los miembros de la cultura jurídica interna, ya sea sobre el derecho vigente, sobre sus fundamentos o sobre su finalidad, entre otras cuestiones. De manera transversal, en la crítica pueden identificarse desacuerdos ético-políticos, valores, fines y otros elementos que también configuran la "identidad" de los ordenamientos jurídicos.[32]

Lo relevante de este rol es que, en mayor o menor medida, suele ser el que demanda ajustes al ordenamiento jurídico y, por lo tanto, pone en marcha no solo los demás roles, sino también la propia cultura jurídica. Podría decirse, en definitiva, que el rol crítico es una de las piedras fundamentales de toda cultura

31 Véase apartado 2.2

32 La noción de identidad propuesta aquí está emparentada con la de "identidad constitucional", que puede explicarse como un conjunto coherente de valores ético-políticos que asignan a las constitu-

jurídica, en tanto suele constituir un impulso decisivo de la retroalimentación a la que se hizo referencia. La crítica fundada en descontentos —sean morales o incluso prácticos, como podría ser el descontento con ciertos procedimientos— genera discursos críticos en torno al derecho que pueden derivar en cambios en este.

Conviene destacar que, al ser un rol que atraviesa ambos componentes, pone de manifiesto la importancia de la cultura jurídica externa —usualmente poco analizada por los autores que se dedican a estas cuestiones— y se nutre, mayoritariamente, de discursos "acerca" del derecho.

### 4.5 Cultura jurídica: una tierra de complejas intersecciones

Conviene señalar, aunque resulte evidente, que roles y discursos se solapan en la práctica. Este modelo pretende también esbozar un esquema sobre cómo actúan los sujetos que conforman la cultura jurídica: los roles no recaen necesariamente en un solo sujeto —o grupo de sujetos— capaz de proferir discursos en torno al derecho, sino que un mismo sujeto puede ejercer más de uno, según el tipo de discurso que esté llevando a cabo. Lo importante es poder identificar desde qué rol habla un sujeto —o grupo de sujetos— en la cultura jurídica, sea interna o externa, cuando se refiere a cualquier cuestión sobre el derecho.

Cabe señalar que, quizá, la forma más clara de representar este modelo sea desde la teoría de conjuntos, pero una esquematización en ese sentido excedería los objetivos de este artículo.[33] Por ello, a continuación se presenta una situación que ejemplifica la idea que atraviesa este apartado:

¿Desde dónde habla un docente de Derecho Civil cuando, en ocasión de dar una clase, se refiere a la cantidad de disposiciones que poseía el código vigente en un año determinado? ¿Es la misma posición la que asume si sostiene

ciones un cierto perfil identificable, según qué tipo de indicadores se encuentren presentes en el texto constitucional. Esta identidad de las constituciones "yace en el conjunto de principios supremos que la caracterizan" (Guastini, 1995, p. 269) y, si se asumen los fenómenos de constitucionalización de los ordenamientos jurídicos, no puede negarse que estos caracteres identitarios impregnan las culturas jurídicas.

33 En efecto, la teoría de conjuntos fue la forma por la cual se llegó a este modelo originalmente. Esta teoría "[...] es una de las partes fundamentales de la lógica matemática y constituye el producto de algunas investigaciones dirigidas a encontrar definiciones satisfactorias, respectivamente de número e infinito", pero su utilidad no se agota en dichos campos, sino que, debido a su claridad explicativa, sus enseñanzas "encuentran también aplicación en diversos campos de la investigación científica" (Ratti, 2013, p. 241). Cabe mencionar que el compromiso con los elementos de la teoría y una aplicación de sus preceptos fueron tan útiles como necesarios para llevar adelante la tarea que aquí se persigue.

que un número x de esas disposiciones resulta contrario a la tradición en la que el código fue sancionado? ¿Y qué sucede cuando ese mismo profesor, durante su tiempo libre, asesora a una empresa con el fin de obtener una modificación en la regulación de dividendos de la ley de sociedades comerciales regulada en el mismo código civil?

Un ejercicio de observación del tipo de discurso y del rol desde el cual se ejerce la participación en la cultura jurídica permite no solo identificar al sujeto —a veces desapercibido—, sino también analizar, por ejemplo, qué impacto tiene un miembro determinado en ella. De este modo, el modelo permite evidenciar aquellas situaciones que crean, transmiten, tecnifican y critican el derecho, pero también las intersecciones entre discursos y roles, lo que habilita su utilización para observar fenómenos complejos en los que suelen mezclarse descripciones con prescripciones, creencias con realidades, teorías con ideologías y, en particular, discursos políticos bajo el manto de expresiones propias de los juristas o los técnicos del derecho.

Por último, la observación del rol y de los tipos de discurso posee una utilidad que aún no se ha explicitado, vinculada a la identificación y la injerencia de los sujetos mencionada anteriormente. Considérese el siguiente ejemplo: imagínese caminando por una avenida transitada de Buenos Aires. Si se le preguntara a cualquier persona si el país que habita posee una constitución escrita, la respuesta sería probablemente afirmativa en la mayoría de los casos. Esto puede deberse a varios factores, pero seguramente pueda rastrearse hasta algún caso de ejercicio del rol didáctico de la cultura jurídica —formal o informal— que modela las creencias sobre el derecho. Si el interrogatorio continúa y se consulta, por ejemplo, si esa constitución escrita puede ser reemplazada, comienzan a surgir dudas en la respuesta. Ahora bien, ¿a qué se deben esas dudas?

La respuesta a este último interrogante es compleja y se relaciona directamente con las creencias en torno al derecho vigente. Para dimensionar dicha complejidad, obsérvese lo siguiente: si la pregunta sobre el reemplazo de la constitución, en lugar de formularse en alguno de los barrios porteños —es decir, a personas que probablemente pertenezcan al componente externo de la cultura jurídica—, se planteara en las aulas —a profesores y estudiantes— de alguna de las facultades de Derecho de la misma ciudad, incluso "más allá de la General Paz",[34] la respuesta resultaría llamativa. Es muy probable que los técni-

34 Si bien el ejemplo está pensado en Buenos Aires, no se limita a ello. La expresión utilizada "más allá de la General Paz" remite a los límites físicos de dicha ciudad. En efecto, quien escribe ha comprobado que, en varias escuelas de Derecho de la Argentina, la enseñanza de esta cuestión posee caracteres similares.

cos del derecho, tanto en acto como en potencia, se dividan entre la afirmación y la negación. Pero ¿por qué? Las razones de este desacuerdo también son complejas, aunque una de ellas puede vincularse con la enseñanza de ciertos conceptos jurídicos, en este caso, la noción de "contenidos pétreos"[35] que sostiene la existencia de enunciados constitucionales que no pueden modificarse.[36]

Como no es objeto de este trabajo ingresar en dicha controversia, resta señalar que el modelo propuesto permite observar con criterios analíticos —desde el rol de los actores y desde los discursos que profieren— los conceptos jurídicos que conforman las bases y los cimientos en los que reposan las culturas jurídicas; pero también las creencias en torno a estos, así como su injerencia en un contexto determinado, en perspectiva histórica y, por supuesto, en la actualidad.

## 5. Conclusiones

En este trabajo se intentó esquematizar la noción de "cultura jurídica" sin abandonar los criterios definitorios que dieron origen a dicha categoría analítica, agregando únicamente los discursos —y asumiendo su mayor o menor relevancia— como criterio auxiliar y derivando de ellos una serie de roles. Para ello, se partió de la hipótesis de que la cultura jurídica es un fenómeno eminentemente lingüístico. El desarrollo del trabajo a partir de esta idea arroja tres resultados, que pueden resumirse del siguiente modo: i) una crítica a la categoría analítica desarrollada por Tarello y Friedman; ii) un modelo capaz de mejorar dicha categoría, que además realza la importancia del componente externo de la cultura jurídica; y iii) una forma de identificar, por medio de los roles ejercidos, a los sujetos, los discursos que utilizan y los conceptos que se conforman a partir de ambos elementos en las culturas jurídicas.

La cuestión de los roles y de los usos de los discursos jurídicos, sumada a su relevancia, permite pensar en criterios para observar con mayor precisión a los miembros de la cultura jurídica tanto interna como externa. Con estos

35 Esta cuestión se encuentra muy arraigada en la cultura jurídica argentina y sostiene la idea de que ciertos contenidos de la constitución no pueden ser modificados por considerarse "petrificados". El mayor exponente de esta postura en dicho país fue el profesor G. Bidart Campos (2000, pp. 510 y ss., entre otras obras).

36 Puede observarse que se trata de un discurso que interpreta de manera particular el texto del artículo 30 de la Constitución argentina, el cual permite modificarlo "[...] en el todo o en cualquiera de sus partes". Nos encontramos, entonces, frente a un desacuerdo entre el discurso "del" derecho —el del texto constitucional— y el discurso "acerca" del derecho —el de los doctrinarios—, que evidencia no solo una tensión, sino también cierta valoración ideológica que, como se adelantó, no será analizada en este trabajo por razones vinculadas a sus objetivos centrales.

criterios, resulta que, en definitiva, los miembros del subconjunto cultura jurídica interna serán aquellos que puedan, ejerciendo los roles creativo, didáctico, técnico y crítico, proferir discursos "acerca", "del" y "con" el derecho, y generar así un aporte significativo al conjunto en su totalidad. Sin embargo, como se intentó demostrar, este aporte no es monopolio de los miembros de la cultura jurídica interna: la externa cumple un papel fundamental, en especial a través del rol crítico y sus discursos "acerca" del derecho, así como del rol didáctico informal, según la denominación adoptada.

En ello reside, quizás, el aporte principal de este trabajo: mientras que habitualmente se enfatiza el rol monopólico que la cultura jurídica interna tendría en el desarrollo de la cultura jurídica, aquí se pone en cuestión dicha exclusividad, señalando —mediante algunos ejemplos abstractos, aunque no por ello irreales— la importancia del sector externo. En efecto, pocos trabajos se han ocupado de ello.

Esta reconstrucción permitió analizar en clave crítica las escuetas definiciones que brindaron los pioneros en introducir la etiqueta "cultura jurídica" como categoría de análisis y refinar algunas cuestiones en torno a ella. Entre los problemas detectados, se evidenció que las fronteras entre cada componente del fenómeno no son tan claras como suelen presentarse. Asimismo, se procuró demostrar que los criterios definitorios utilizados originalmente requieren cierto ajuste. Dicho ajuste consiste, nada menos, que en establecer un vínculo entre ambos componentes —ese "puente" que los relaciona— y se efectuó mediante la incorporación de los diferentes discursos jurídicos como criterio para refinar la idea original.

Una vez realizado este ajuste, la noción admite su utilización no solo en sentido amplio —para referirse, por ejemplo, a un funcionario o conjunto de funcionarios que profieren discursos "del" derecho—, sino que, además, permite ir más allá y analizar cómo algunos sujetos logran tener participación e influencia. No se profundizó en los métodos para medir dicho impacto a fin de no desviar el curso del trabajo. No obstante, en abstracto, se intentó mostrar que aquello que incluye a esos sujetos en el conjunto de miembros de la cultura jurídica interna no sería su profesión —como proponían Tarello y Friedman—, sino el rol que cumplen en la cultura jurídica y en los tipos de discursos que emiten. En definitiva, esto, sumado a la relevancia que su intervención pueda tener para el resto, los ubica en un lugar preponderante.

De este modo, se demostró que la línea entre los subconjuntos es permeable y que no es necesario tener una profesión jurídica para formar parte de la cultu-

ra jurídica interna. Incluso, aun contando con esa característica —la de la profesionalidad—, un sujeto puede resultar totalmente irrelevante para el fenómeno jurídico-cultural si no posee la influencia necesaria en este. Por lo tanto, si bien las nociones son útiles para analizar situaciones de modo diacrónico, también es posible observar un hecho determinado en el que los elementos analizados se configuren de manera excepcional.

Además, como se procuró ilustrar con el ejemplo del reemplazo de la Constitución argentina y las creencias en torno a ello, el modelo permite observar con rigor analítico la creación, la transmisión o la incidencia de ciertos conceptos jurídicos profundamente arraigados en determinadas tradiciones jurídicas. Estos conceptos terminan, en definitiva, condicionando a los actores de las culturas jurídicas e impactan, de modo directo o indirecto, en las nociones jurídicas vigentes en los ordenamientos jurídicos, ya sea que su función consista en crear el derecho, transmitirlo, tecnificarlo o, incluso, criticarlo a partir de los desacuerdos que suscita.

Por supuesto, el énfasis en los discursos y en los roles que se desarrollan en las culturas jurídicas constituye tan solo una de las formas de aproximarse a una cuestión que, como se anticipó, es compleja. Su utilidad excede cualquier evaluación que aquí pudiera realizarse. Ello quedará en otras manos y para otra ocasión.

## Bibliografía

Accatino-Scagliotti, D. A. (2019). El saber dogmático en nuestra cultura jurídica. *Revista de Derecho, VIII*, 7-18 http://revistas.uach.cl/html/revider/v8n1/body/art01.htm

Ackerman, B A. (1986). Law, economics, and the problem of legal culture. *Duke Law Journal, 1986*(6), 929-947. https://www.jstor.org/stable/1372624

Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. (1974). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Astrea.

Ansolabehere, K. (2011). Cultura legal. *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, (1), 133-140. https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/en/article/view/2164

Arriagada Cáceres, M. B. (2022). Ontología y epistemología jurídicas bajo la linterna de Paolo Comanducci. En Arena, F. J., Cautle Rodríguez, E., Navarro, P. E. y Puppo, A. (Eds.), *El encanto del método: Diálogos latinoamericanos con Paolo Comanducci* (pp. 3-28). Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

Barthes, R. (1987). *El susurro del lenguaje. Más allá de la palabra y la escritura*. Paidós.

Bentham, J. (1996). *An introduction to the principles of morals and legislation*. Clarendon Press.

Bezemek, C. y Ladavac, N. (Eds.). (2016). *The force of law reaffirmed: Frederick Schauer meets the critics* (Vol. 117). Springer.

Bidart Campos, G. J. (2000). *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Ediar.

Bulygin, E. (2009). Creación judicial del derecho. En Bulygin, E., Atienza, M. y Bayón, J. C., *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho* (pp. 75-94). Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

Calzetta, A. D. (2023). An Analysis of Jeremy Bentham's Quasi-Realistic Model of Legal Competence. En Villa-Rosas, G. y Spaak, T. (Eds.), *Legal Power and Legal Competence: Meaning, Normativity, Officials and Theories* (pp. 261-288). Springer International Publishing.

Čehulić, M. (2021). Perspectives of legal culture: A systematic literature review. *Revija za sociologiju*, *51*(2), 257-282. https://www.ceeol.com/search/article-detail?id=977548

Chiassoni, P. (2017). El realismo americano según un abogado de provincia. En Tarello, G., *El realismo jurídico americano* (pp. 22-28). Palestra Editores.

Chiassoni, P. (2018). *La tradición analítica en la filosofía del derecho: De Bentham a Kelsen*. Palestra Editores.

Comanducci, P. (1991). Diritto positivo: due esercizi di dissezione. En Zaccaria, G. (Ed.), *Diritto positivo e positività del diritto* (pp. 113-124). Giappichelli.

Comanducci, P. (2010). Epistemología jurídica. En *Hacia una teoría analítica del derecho* (pp. 175-185). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Cotterrell, R. (2017). *Law, culture and society: Legal ideas in the mirror of social theory*. Routledge.

Friedman, L. M. (1969). Legal culture and social development. *Law & Society Review*, *4*(1), 29-44.

Friedman, L. M. (1975). *The Legal System: A Social Science Perspective*. Russell Sage Foundation.

Friedman, L. M. (1999). *The Republic of Choice*. Harvard University Press.

Fuenzalida Faivovich, E. (1998). Investigación sociojurídica, cultura política y generaciones en Chile: Un estudio exploratorio. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social, 16*, 337-368.

Fuenzalida Faivovich, E. (2002). La cultura jurídica chilena: Una cultura tensionada por la sucesión de las generaciones y el empuje de la cultura jurídica transnacional. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social, 20*, 323-336.

Fuenzalida Faivovich, E. (2003). Law and Legal Culture in Chile, 1974-1999. En Friedman, L. y Pérez-Perdomo, R. (Eds.), *Legal Culture in the Age of Globalization* (pp. 108-133). Stanford University Press.

Gomez, L. N. (2025). A 'Shared' Experience of Constituent Power: The Legal Culture of Some Legal Scholars and Constituents in the De facto Chilean Constitution. *Revista Derecho del Estado*, (63), 265-285. https://doi.org/10.18601/01229893.n63.06

Guastini, R. (1995). Normas supremas. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (17), 257-270.

Guastini, R. (1999). Concepciones de las fuentes del derecho. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (11), 167-176. https://www.redalyc.org/journal/3636/363666951011/

Guastini, R. (2014). *Interpretar y argumentar.* Centro de Estudios Constitucionales.

Guastini, R. (2015) Un enfoque realista acerca del derecho y el conocimiento jurídico. *Revus*, 27, 55-65.

Guastini, R. (2016). *La sintaxis del derecho*. Marcial Pons.

Guastini, R. (2023) Respuesta a Claudio Agüero. En Agüero San Juan, S. y Ratti, G. B. (Eds.), *La escuela Genovesa en Chile: un diálogo a través de Riccardo Guastini* (pp. 207-244). Tirant.

Guastini, R. y Rebuffa, G. (1988). Introduzione. En Tarello, G., *Cultura giuridica y política del diritto* (pp. 5-36). Editore Il Mulino.

Hart, H. L. A. (2012). *El concepto de derecho* (Trad. G. Carrió). Abeledo-Perrot.

Kelsen, H. (1992). *Introduction to the Problems of Legal Theory* (Trad. B. Litschewski Paulson y S. Paulson). Clarendon.

Klare, K. E. (1998). Legal culture and transformative constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*, *14*(1), 146-188.

Koch, S. y Kjølstad, M. M. (Eds.). (2023). *Handbook on legal cultures: a selection of the world's legal cultures*. Springer Nature.

Macaulay, S. (1989). Popular legal culture: An introduction. *The Yale Law Journal*, *98*(8), 1545-1558. https://www.jstor.org/stable/796604

Merry, S. E. (2010). What is legal culture-an anthropological perspective. *Journal of Comparative Law*, *5*, 40.

Merry, S. E. (2012). Legal pluralism and legal culture. En Tamanaha, B. Z., Sage, C. y Woolcock, M. (Eds.), *Legal Pluralism and Development: scholars and practitioners in dialogue* (pp. 66-82). Cambridge University Press.

Monereo-Pérez. (2002). Estudio introductorio. En Tarello, G., *Teorías e ideologías en el derecho sindical* (pp. XXVII y ss.). Palestra Editores.

Nelken, D. (2010). *Using the Concept of Legal Culture, en Legal Theory and the Social Sciences*. Routledge.

Nelken, D. (2004). Using the concept of legal culture. *Australasian Journal of Legal Philosophy*, *29*(2004), 1-26.

Nelken, D. (2014). Thinking about legal culture. *Asian Journal of Law and Society*, *1*(2), 255-274.

Ogus, A. (2002). The economic basis of legal culture: Networks and monopolization. *Oxford Journal of Legal Studies*, *22*(3), 419-434.

Ratti, G. B. (2013). Teoría de conjuntos y análisis del derecho. En *El gobierno de las normas* (pp. 241-263). Marcial Pons.

Ratti, G. B. (2015). An analysis of some juristic techniques for handling systematic defects in the law. En Bustamante, T. y Dahlamn, C. (Eds.), *Argument types and fallacies in legal argumentation* (pp. 151-177). Springer International Publishing.

Raz, J. (1985). *La autoridad del derecho: ensayos sobre derecho y moral*. Editorial de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Ross, A. (2005). *Sobre el derecho y la justicia* (3ª ed., Trad. de G. Carrió). Eudeba.

Schauer, F. (2015). *The force of law*. Harvard University Press.

Squella Narducci, A. (1992). *La Cultura Jurídica Chilena*. Editorial Fund. Prodemu.

Squella Narducci, A. (2000). Cultura y cultura jurídica (el contexto de las revistas jurídicas). *Revista Chilena de Derecho*, (27), 655-662.

Squella Narducci, A. (2009). *Filosofía del derecho*. Editorial Jurídica.

Tarello, G. (1971). *Le Ideologie Della Codificazione Nel Secolo Xviii*. Cooperativa Libraria Universitaria.

Tarello, G. (1979). *Sullo stato dell'organizzazione giuridica*. Zanichelli.

Tarello, G. (2002). *Teorías e ideologías en el derecho sindical*. Comares.

Tarello, G. (2003). *Cultura jurídica y política del derecho* (Vol. 40). Comares.

Tarello, G. (2017). *El realismo jurídico americano*. Palestra Editores.

Valle, A. (2001). La cultura jurídica interna. Análisis de ciertas notas sobre Chile. *Anuario de filosofía jurídica y social*, (19), 87-109.

Van Hoecke, M. y Warrington, M. (1998). Legal cultures, legal paradigms and legal doctrine: towards a new model for comparative law. *International & Comparative Law Quarterly*, *47*(3), 495-536.

Watson, A. (1982). Legal change: sources of law and legal culture. *University of Pennsylvania Law Review*, *131*, 1121.

## 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.

# Tensiones, puentes y protagonistas: reconstruyendo el proceso reformista que condujo a la sanción del Código Procesal Penal de 1915 en la provincia de Buenos Aires

**Gisela Sedeillan**[1]

Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires-Conicet. Universidad Nacional de Mar del Plata (Argentina)

giselatandil@hotmail.com

https://orcid.org/0000-0002-5180-0935

**Recibido:** 06/02/2026

**Aceptado:** 12/06/2026

https://doi.org/10.26422/RJA.2026.0701.sei

**Resumen**

Este artículo analiza el proceso de deliberación que dio origen al Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires de 1915, un aspecto que no ha recibido suficiente atención por parte de la historiografía. Desde una perspectiva que trasciende el estudio estrictamente normativo, el trabajo se propone examinar la incidencia del campo jurídico en la producción de la legislación procesal a partir del estudio de algunas controversias y consensos que acompañaron su elaboración. Para ello, se rescata el primer Anteproyecto de reforma del Código Procesal Penal de 1906, redactado por Tomás Jofré en 1907, junto con los argumentos esgrimidos, especialmente por jueces, en torno a algunos de sus artículos más innovadores y menos conocidos.

1 Doctora en Historia. Investigadora adjunta del Conicet en el Instituto de Geografía, Historia y Ciencias Sociales (IGEHCS), unidad ejecutora doble dependencia Conicet/UNICEN. Profesora adjunta de la Universidad Nacional de Mar del Plata (UNdMDP). Miembro del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho (INHIDE). Su investigación se centra en el análisis del diseño de políticas públicas en materia de justicia penal y en la administración de justicia en la provincia de Buenos Aires durante las últimas décadas del siglo XIX y las primeras del siglo XX.

Este análisis pone de relieve puntos de convergencia con actores del campo político que contribuyeron a reformular o suprimir esas disposiciones en el texto definitivo. El artículo destaca el carácter colectivo del proceso y la estrategia deliberativa promovida por el codificador para concretar la reforma.

**Palabras clave:** reforma procesal penal, Anteproyecto de 1907, garantías procesales, provincia de Buenos Aires.

## Tensions, Bridges, and Key Actors: Reconstructing the Reformist Process That Led to the Enactment of the 1915 Code of Criminal Procedure in the Province of Buenos Aires

**Abstract**

This article analyzes the deliberative process that led to the enactment of the Criminal Procedure Code of the province of Buenos Aires in 1915, an aspect that has received limited attention in historiography. From a perspective that goes beyond a strictly normative approach, the study aims to examine the influence of the legal field on the production of procedural legislation, based on the analysis of certain controversies and consensuses that accompanied its drafting. To this end, the study draws on the first draft reform of the Criminal Procedure Code of 1906, written by Tomás Jofré in 1907, as well as the arguments put forward, especially by judges, regarding some of its most innovative and less well-known provisions. This analysis highlights points of convergence with actors from the political field who contributed to reformulating or suppressing these provisions in the final text. The article emphasizes the collective nature of the process and the deliberative strategy promoted by the codifier in order to bring the reform to completion.

**Key words:** criminal procedure reform, 1907 Draft Reform Bill, procedural safeguards, Province of Buenos Aires.

## 1. Introducción

El 15 de febrero de 2026 se cumplió un nuevo aniversario de la sanción del Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires, vigente —con modificaciones— entre 1915 y 1998, conocido como Código Jofré en referencia a su principal artífice.[2] Esta efeméride constituye una oportunidad para profundizar en aspectos aún poco explorados del proceso reformista que le dio origen, en un contexto caracterizado por la vigencia de un procedimiento de marcada impronta inquisitiva. En el ámbito nacional, el primer apartamiento significativo de ese modelo se produjo con la sanción del Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba de 1939, sin que otras jurisdicciones avanzaran en igual sentido hasta las últimas décadas del siglo XX.[3] No obstante, el Código bonaerense de 1915 constituyó un antecedente importante en los intentos de transformación de dicho sistema (Maier, 1996).

Dado que las provincias conservaron la facultad de sancionar sus propios códigos procesales, aún resta mucho por conocer acerca de los primeros procesos de reforma del procedimiento penal desde una perspectiva que trascienda el plano normativo. Resulta particularmente relevante indagar cuáles fueron las demandas que impulsaron los cambios, qué actores intervinieron en la definición de la ley procesal y por qué determinadas iniciativas no lograron reunir los consensos necesarios para su aprobación.[4] Este tipo de aproximación permite reconstruir las disputas que acompañaron la definición de las reglas procesales.

Como es sabido, el derecho, en tanto construcción social y producto cultural, requiere para su análisis ir más allá de los aspectos técnico-legales. Tal como

---

2 Ley 3589, fecha de promulgación: 15/01/1915, puede consultarse en https://normas.gba.gob.ar/ar-b/ley/1915/3589/12505

3 Sin desconocer que "el siglo XX no ha sido exitoso en remover la justicia del *"Ancién Régime"* y sólo consiguió cambiar de ropajes a las mismas y viejas prácticas de la inquisición o a lo sumo desencadenar en sus postrimerías el proceso de cambio" (Binder, 2002, p. 12). Destaca Cafferata Nores (1998) que la cultura inquisitiva en nuestro país es herencia casi natural de la tradición recibida de la colonización española. Sobre la fuerza que ha mantenido la tradición inquisitorial en el campo de la justicia penal, véase Binder (2002, 2007, 2014), entre otros.

4 Tempranamente, distintos procesalistas han señalado la necesidad de profundizar de manera interdisciplinaria en la historia del derecho procesal penal para comprender las instituciones, sus operadores y su papel en la política criminal, entre ellos, Vélez Mariconde (1986), Maier (1996), Binder (1999). Desde la historia social y la historia del derecho, se ha producido un mayor acercamiento a las prácticas de administración de justicia; sin embargo, en relación con el derecho procesal penal, la mayoría de los estudios se centra en el período de transición democrática iniciado en las últimas décadas del siglo XX (véase Taboga, 2022). Sobre las primeras décadas posteriores a la codificación procesal penal en la provincia de Buenos Aires, pueden consultarse Sedeillan (2013, 2021, 2023); para Córdoba, Milena (2019), Cesano (2017, 2018b), Rosso (2022).

ha señalado Bourdieu (2000), resulta necesario atender los distintos campos que intervienen en su producción, atravesados por relaciones de poder y dinámicas específicas.[5] En esta línea, en relación con la justicia penal, Binder (2002) recuerda que resulta útil mirarla con una visión holística o de sistemas, como un conjunto de interrelaciones entre personas e instituciones que configuran un campo específico de actuación social. En palabras de este autor:

> Ese campo —como cualquier otro campo social, nos dirá Bourdieu— se define por lo que "está en juego". En la justicia penal en particular lo que está en juego es el cómo, el para qué y el hacia quién de la violencia del Estado. (Binder, 2002, p. 13)

Desde esta perspectiva, nos proponemos analizar distintas voces del campo jurídico para examinar su incidencia en la configuración del Código Procesal Penal de 1915, resultado de un proceso que difiere del que condujo a la sanción del Código de 1906. Esta cuestión merece atención porque permite iluminar dimensiones menos conocidas de cómo, en aquel momento histórico, se expresó la tensión característica del derecho procesal penal entre la protección de las libertades y la eficiencia en la persecución penal, tensión que contribuye a explicar la prolongada demora de la reforma.

Con tal propósito, este trabajo se centra en aspectos poco explorados del proceso reformista, particularmente vinculados con la etapa inicial de elaboración de la reforma y en algunas propuestas que finalmente fueron modificadas o no incorporadas en el texto sancionado. Se busca así contribuir al conocimiento de algunos de los antecedentes que nutrieron al Código y de las distintas instancias de discusión que condujeron a su redacción definitiva. En particular, se examina un documento prácticamente inexplorado: el *Anteproyecto de reforma del Código Procesal Penal de 1906*, cuyo principal autor fue Tomás Jofré. Compuesto por más de cuarenta artículos, este texto redactado en 1907 procuraba responder principalmente a la demora en la administración de justicia.[6]

---

5 Bourdieu (2000a, 2000b) señala que en el interior del campo jurídico existen diferentes roles y posiciones, así como disputas por recursos, infraestructura, personal y por la preservación de su autonomía. Sobre la utilidad de esta perspectiva como herramienta para la comprensión de las prácticas jurídicas, puede consultarse Castro de Achával (2024).

6 El texto surge como resultado de una comisión de investigación de los tribunales presidida por T. Jofré en 1907 e integrada por los abogados C. Villamayor, M. Gazcón (h.), M. Casco y M. Pinedo Oliver. Al exponer Jofré sus resultados en la sesión del 30 de diciembre de 1907, adjuntó un informe escrito y el anteproyecto de reformas que, en nombre de la comisión, debían realizarse. No obstante, Jofré fue el principal artífice de su redacción, como fue reconocido por quienes fueron consultados

Entre las diversas disposiciones destinadas a reformar el procedimiento penal, este trabajo se detiene en cuatro artículos que fueron objeto de modificaciones sustanciales o quedaron excluidos del texto definitivo debido a las controversias que suscitaron. Tres de ellos (arts. 3°, 4° y 5°) estaban orientados a acelerar la tramitación de los procesos, mientras que el artículo 36° procuraba ampliar el derecho de defensa. Dado que el propio Jofré sometió el Anteproyecto a consulta antes de remitirlo a la Legislatura, se analizarán las observaciones formuladas por distintos integrantes del campo jurídico —jueces, fiscales, defensores y secretarios— y se indagará en qué medida sus posiciones convergieron con las sostenidas por actores del campo político.[7]

## 2. El anteproyecto de reforma de 1907: reflejo de un Código cuestionado desde sus inicios

A comienzos del siglo XX, la Argentina experimentó profundas transformaciones asociadas al crecimiento económico y al impacto de la inmigración. La provincia de Buenos Aires fue la principal receptora de ese flujo poblacional: entre 1895 y 1914 pasó de 921.168 habitantes a 2.066.948, cifra que continuó en ascenso en los años siguientes.[8] Este proceso planteó importantes desafíos para el Estado en materia de salud, educación, cuestión obrera, representación política, infancia abandonada y criminalidad, entre otros. Estas problemáticas formaron parte de la denominada "cuestión social" frente a la cual los "liberales reformistas", un sector de la dirigencia política, impulsaron diversas propuestas de cambio (Zimmermann, 1995).[9]

En ese contexto, y bajo el influjo del positivismo criminológico, la seguridad, la administración de justicia, la legislación y el sistema carcelario se convir-

al respecto (véase Jofré, 1908).

7 Recurrimos a la noción de campo jurídico propuesta por Bourdieu (2000) para referirnos al conjunto de profesionales del derecho que se desempeñaban en ámbitos judiciales en particular y que participaron en las consultas promovidas por Jofré. Por su parte, la noción de campo político se emplea para aludir a los actores que participaron en las instancias gubernamentales y legislativas vinculadas con la discusión y sanción de la reforma.

8 Para un panorama general del contexto de transformaciones económicas, políticas y sociales ocurridas en la provincia durante este período, puede consultarse el volumen dirigido por Palacio (2013).

9 Sobre el reformismo de las élites argentinas hacia el cambio de siglo, resulta insoslayable el trabajo de Zimmermann (1995), un clásico que ha inspirado numerosos estudios orientados a analizar las transformaciones experimentadas por distintas áreas del Estado entre fines del siglo XIX y mediados del siglo XX. En esa línea, véase Plotkin y Zimmermann (2012a, 2012b), entre otras compilaciones.

tieron en focos centrales de atención.[10] Como señaló Tau Anzoátegui (2001), una nueva generación de juristas procuraba superar la exégesis legal mediante la observación y la experimentación aplicadas al análisis de los fenómenos jurídicos. Algunos de ellos examinaron críticamente el procedimiento penal, cuestionaron la concentración de las funciones de investigación y juzgamiento en una misma autoridad y destacaron las ventajas de un modelo acusatorio basado en igualdad entre las partes, oralidad, publicidad. Paralelamente, mientras se abría un proceso de reforma del Código Penal de la Nación, algunas provincias comenzaron a impulsar cambios en la legislación procesal penal.[11]

En la Legislatura de la provincia de Buenos Aires, la administración de justicia adquirió importancia creciente. En este contexto, la reforma legislativa fue concebida como una vía para acelerar los procesos y descomprimir las cárceles ante la escasa eficacia rehabilitadora del sistema penitenciario.[12] En 1906 se aprobó, sin un debate sustancial, como Código Procesal Penal el proyecto redactado por los juristas G. Lozano, P. Acevedo y O. González Roura por encargo del Poder Ejecutivo provincial.[13] Este texto reemplazaba al Código vigente desde 1896, basado, a su vez, en la normativa sancionada para la Capital de la República y los territorios nacionales en 1888.[14] No obstante, las expectativas depositadas en la reforma fueron rápidamente puestas en cuestión. Como señaló tempranamente Levaggi (1979), el procedimiento continuó conservando los rasgos del sistema inquisitivo, incompatibles con el pleno reconocimiento del derecho de defensa y con la igualdad de oportunidades en el juicio.[15]

Lejos de clausurarse el impulso renovador, la sanción del Código de 1906 fue seguida por nuevas iniciativas orientadas a impulsar transformaciones más amplias en la administración de justicia penal. Tras incorporarse a la Cámara

10 Sobre los cuestionamientos a la legislación penal, véase Levaggi (1995). En relación con el positivismo criminológico, la bibliografía es amplia y variada; pueden consultarse los trabajos de Marteau (2003), Caimari (2004), Salvatore (2010), Núñez (2011), Caimari y Sozzo (2017), entre otros. Para una síntesis historiográfica sobre positivismo e inmigración, véanse Canavessi y Krause (2022).

11 En Córdoba, por ejemplo, Rosso (2022) destaca que "entre 1913 y 1916, el Poder Ejecutivo nombró comisiones para que redactaran proyectos de reforma" (p. 169).

12 Sobre la realidad carcelaria, véase Caimari (2004).

13 Sobre este texto, véase el *Código de procedimientos en materia penal de la provincia de Buenos Aires* (1906). Fue sancionado el 21 de febrero de 1906 y promulgado el 1 de marzo del mismo año.

14 El proceso codificador en general, desde una perspectiva centrada en lo normativo, fue abordado tempranamente por Levaggi (1979); véase también Vázquez Rossi (1995), entre otros.

15 Sobre las características inquisitivas del proceso, véanse Levaggi (1979), Vélez Mariconde (1986) y Maier (1996), entre otros.

de Diputados en 1907, Tomás Jofré se convirtió en uno de sus principales promotores.[16] La elaboración del primer Anteproyecto de reforma estuvo estrechamente vinculada con las conclusiones de una investigación parlamentaria que él mismo presidió. En un contexto marcado por la preocupación que generaba el aumento de la población carcelaria y ante la ausencia de información empírica sobre las causas de la morosidad judicial,[17] la comisión tuvo a su cargo la recolección de datos sobre el funcionamiento de los cinco departamentos judiciales de la provincia.[18]

Para Jofré, la congestión de los tribunales no obedecía exclusivamente a una excesiva carga de trabajo, sino también a prácticas arraigadas en la cultura judicial de la época. En sus palabras, muchos jueces encontraban "más cómodo el procedimiento escrito que no exige hábitos de trabajo" (Jofré, 1909, p. XII). Sin embargo, aunque reconocía las ventajas de la oralidad y del juicio por jurados como mecanismos capaces de mejorar el funcionamiento judicial y fortalecer las garantías procesales, decidió no incorporarlos al Anteproyecto. Optó, en cambio, por promover modificaciones más acotadas que consideraba con mayores probabilidades de obtener sanción rápida.

Aunque los cambios impulsados por la comisión no suponían una reforma integral, Jofré consideró necesario justificar públicamente la necesidad de modificar el Código a tan poco tiempo de su entrada en vigor. Con ese propósito, publicó en 1908 *Antecedentes de un Código redactado*. La obra, editada con el beneplácito de la Cámara de Diputados, reunía los resultados de la comisión investigadora y las respuestas de más de cuarenta abogados consultados sobre el Anteproyecto, algunos con trayectoria en el ámbito judicial y otros en el ejercicio privado. En términos generales, dichas intervenciones coincidían en la necesidad de reformar la legislación vigente. Su reproducción cumplía además

16 Jofré participó activamente en el ámbito parlamentario como diputado y senador e integró distintas comisiones constitucionales y legislativas, sin por ello renunciar a la producción intelectual ni al mundo académico. Sobre su actuación en la legislatura en particular, puede consultarse Sedeillan (2015, 2023).

17 La ausencia de estadísticas judiciales fue una característica del período en la Argentina, tal como señala Olaeta (2018). En la provincia se emprendieron algunos intentos infructuosos por revertir esa situación. Jofré fue uno de los principales promotores de iniciativas en tal sentido (Sedeillan, 2023).

18 La estructura del Poder Judicial de la provincia estaba conformada por una Suprema Corte compuesta por cinco miembros; en un nivel jerárquico inferior se encontraban las Cámaras de Apelación y los juzgados de primera instancia. El Departamento de la Capital tenía su sede en La Plata; el del Norte, en San Nicolás; el del Centro, en Mercedes; el del Sud, en Dolores; y el de la Costa Sud, en Bahía Blanca. La justicia de paz de cada partido tenía competencia en delitos menores. Sobre la configuración institucional de la administración de justicia en la provincia antes de 1880, véase Corva (2014).

otro objetivo: exhibir un procedimiento de consulta más amplio que el que había acompañado la sanción de la reforma de 1906.[19]

Como aclaró el propio Jofré en reiteradas oportunidades, el Anteproyecto no constituía un código completo, sino un "programa de transición". Su contenido tampoco era el resultado de un trasplante de legislaciones extranjeras, por cierto, conocidas en profundidad por su autor.[20] El núcleo de la propuesta se centraba en el procedimiento penal, aunque también incorporaba algunas reformas vinculadas al derecho penal sustantivo. Entre las preocupaciones que orientaban la iniciativa ocupaban un lugar central las prolongadas detenciones preventivas. El examen de la administración judicial de la época permite advertir hasta qué punto se veían afectados los derechos de las personas sometidas a proceso: en numerosos casos, permanecían privadas de libertad durante largos períodos para luego resultar absueltas.[21]

Aunque el Código sancionado en 1906 llevaba poco tiempo de vigencia como para evaluar plenamente sus efectos prácticos, la iniciativa de reforma recibió amplio respaldo entre quienes respondieron a la consulta. El proyecto fue calificado como "bueno", "saludable", "necesario" y "susceptible de reportar positivas ventajas"; asimismo, fue definido como un esfuerzo "animoso e ilustrado" y "promisorio", en tanto podía perfeccionarse mediante el debate. Sin embargo, ese acuerdo respecto de la necesidad de modificar el procedimiento

---

19 Si bien el codificador no explicita cuántos respondieron a su convocatoria —formulada en un momento particularmente sensible, dado que había sido muy crítico del desempeño del Poder Judicial—, es probable que resultara difícil desatenderla. Aunque entonces recién comenzaba a construir el prestigio de jurisconsulto que lo acompañaría incluso después de su muerte, ya encarnaba la figura del político profesional que buscaba formarse en las facultades de derecho, orientadas a preparar dirigentes para la vida pública. En ese contexto, tal como ha señalado Zimmermann (1995), muchos "reformistas" veían de manera positiva la búsqueda de soluciones en el ámbito parlamentario frente al conflicto social acaecido con el impacto inmigratorio.

20 Estaba al tanto también de distintos proyectos, como el de Uruguay, redactado por diversos jurisconsultos, al que destacó por el liberalismo de sus ideas (véase, Jofré, 1909). Sobre este proyecto y codificación en Uruguay, consultar a Abal Oliú (2023).
Distintas disciplinas han innovado en el análisis de la circulación y los viajes de ideas en torno a la cuestión criminal, complejizando el concepto de trasplante legal y las dinámicas de adaptación, rechazo y "traducción" de ideas o textos legales (Abiuso y Olaeta, 2023; Sozzo y Núñez, 2024, entre otros). En relación con los enfoques metodológicos a considerar para el análisis histórico de los procesos de circulación de ideas, véase Cesano (2021). Finalmente, cabe señalar que aún no se ha desarrollado un estudio de este tipo centrado específicamente en el Código de 1915.

21 En materia carcelaria, la provincia no era la excepción. Caimari (2004) y Salvatore (2010), señalan que la cantidad de procesados en la Penitenciaría Nacional superaba a los condenados. Sobre la gran proporción de absoluciones y sobreseimientos en la provincia en este período, véase Sedeillan (2012); en particular, con relación a las mujeres imputadas o procesadas, puede consultarse Calandria (2021).

no implicó consenso acerca de las soluciones propuestas. Las discrepancias que emergieron permiten reconstruir distintas concepciones sobre los problemas de la administración de justicia penal y anticipan los debates que acompañarían el tratamiento de las reformas formuladas.

## 3. Propuestas innovadoras para agilizar la justicia: resistencias y objeciones

Mientras la legislación vigente fijaba un plazo máximo de dos años para la duración del proceso —límite que rara vez se cumplía—, el Anteproyecto procuró acelerar especialmente las causas con personas privadas de libertad. Para ello, establecía que los procesos criminales con preso no podían exceder los quince meses: seis en primera instancia, tres en segunda y seis ante la Suprema Corte. En las causas correccionales, esos términos se reducían a la mitad.[22]

A fin de asegurar el cumplimiento de esos límites temporales, el artículo 3° disponía que, una vez vencidos los términos previstos para la primera y segunda instancia, la causa debía remitirse a la Suprema Corte para la designación de un nuevo juez que la resolviera en el plazo de un mes. El artículo 4° establecía que el mero vencimiento de esos términos implicaba el cese de la jurisdicción de los jueces y de la Cámara interviniente, mientras que el artículo 6° consideraba tal incumplimiento una falta grave a los efectos del juicio político.[23]

La disposición que establecía el cese de la jurisdicción de jueces y camaristas fue una de las más controvertidas del Anteproyecto. Las críticas formuladas no pueden separarse del contexto en el que comenzaba a debatirse públicamente la productividad de la administración judicial. Aunque algunos consultados admitían deficiencias en el desempeño de ciertos funcionarios, otros insistían en que la demora de las causas no dependía exclusivamente de la voluntad de los magistrados. Entre las objeciones más reiteradas apareció la insuficiencia

22 Múltiples causas contribuían a la morosidad judicial y variaban de un juzgado a otro. Sobre este problema y sobre cómo el desempeño judicial fue puesto bajo la lupa en esos años, véase Sedeillan (2015, 2021).

23 La Constitución provincial le concedía a la Corte la facultad de dictar su reglamento y de aplicar las medidas disciplinarias que considerara convenientes para la mejor administración de justicia. Sin embargo, como sostuvo De la Colina (1915), "ese poder disciplinario no puede confundirse con el juicio político" (p. 68).
La ley de *jury* de enjuiciamiento de magistrados establecía su conformación por siete diputados y cinco senadores, profesores de Derecho graduados como doctores en la disciplina. Si no se alcanzaba ese número en las cámaras, se la integraría con letrados de la matrícula que reunieran las condiciones necesarias para ser electos senadores (De la Colina, 1915, p. 172). Sobre el diseño institucional previsto en la Constitución y sus debates, véase Corva (2019).

de personal frente al crecimiento sostenido de las causas, asociado al aumento de la población y de la criminalidad. Este diagnóstico se correspondía con la realidad. Las Cámaras de Apelación no habían aumentado en número pese al incremento de la litigiosidad. Además, concentraban amplias atribuciones: debían revisar todas las condenas criminales y reunían todos los fueros, salvo en el Departamento Judicial de Capital (Sedeillan, 2015, 2021).

En relación con los artículos 3° y 4°, incluso el camarista E. Johanneton, quien atribuía en buena medida la lentitud de los procesos a los encargados de administrar justicia, opinaba que dichas disposiciones no resolverían el problema, sino que generarían nuevas dificultades. A su entender, el mecanismo propuesto sobrecargaría a otros tribunales con causas que deberían resolverse en apenas un mes, obligando al nuevo juez a dedicarles atención exclusiva en detrimento de sus propios expedientes (Jofré, 1908, p. 82).

> En una línea similar se expresaron otros magistrados. F. Giménez interrogaba al codificador: ¿no prevee usted un fárrago de demoras con la remisión de los procesos a la Suprema Corte para que designe otro juez? Si ese otro juez no termina el proceso dentro del mes que se le fija ¿irá también al Jury? (Jofré, 1908, p. 141)

Por su parte, J. Carrillo sostuvo que solo las medidas previstas para defensores y fiscales resultaban oportunas, en tanto con frecuencia dificultaban la marcha regular de los procesos-(Jofré, 1908, p. 106). A estas críticas se añadieron objeciones de orden constitucional. Desde esta perspectiva, H. Perdriel advertía que, allí donde no existiera un número suficiente de jueces o estos se hallaran impedidos, "la reforma traería como consecuencia una prórroga de jurisdicción" (Jofré, 1908, p. 99).

Las objeciones formuladas no provenían únicamente de jueces. Abogados vinculados al ejercicio privado también manifestaron reparos frente a mecanismos que consideraban incompatibles con la dignidad y la autonomía de la magistratura. C. de la Vega instó al codificador a reflexionar serenamente:

> tratando de despojarte de esa como estimulante incitación que ha debido producirte en el espíritu la experiencia de la vida profesional, sobre lo que importa para la dignidad de un magistrado, de un tribunal, el que se le quite de las manos el juzgamiento de un proceso por no haberlo agotado dentro de tal o cuál término. (Jofré, 1908, p. 98)

Frente a estas objeciones, algunos consultados propusieron mecanismos alternativos. Para J. A. de Oro, bastaba con imponer a jueces y cámaras la obligación de informar a la Suprema Corte una vez vencidos los plazos, a fin de que, en caso de reincidencia, el máximo tribunal pusiera la situación en conocimiento del *jury* de enjuiciamiento (Jofré, 1908, p. 111). E. Johanneton también sugirió sustituir el sistema previsto en el Anteproyecto. Propuso eliminar el artículo 4° y modificar el artículo 3°, disponiendo que, una vez vencidos los términos procesales, los autos fueran elevados a la Suprema Corte. No obstante, consideraba que, si el incumplimiento resultaba imputable al magistrado o su falta de vigilancia en la tramitación de la causa, el tribunal debía imponerle una multa y emplazarlo para concluir el proceso dentro del plazo de un mes (p. 82). Por su parte, H. Perdriel sostuvo que debía dejarse librado al defensor del procesado o al representante del ministerio público el ejercicio de las acciones correspondientes, ya fuera ante el *jury* de magistrados —si se trataba de jueces o Cámaras— o ante la Cámara de Diputados en el caso de la Suprema Corte (p. 100).

Otro de los artículos más controvertidos del Anteproyecto fue el 5°, mediante el cual Jofré procuró extender esos mecanismos de control al máximo tribunal provincial. La disposición establecía que, si la Suprema Corte no resolvía la causa dentro del plazo previsto, debía comunicarlo de oficio a la Cámara de Diputados, reiterando esa comunicación cada quince días mientras persistiera el incumplimiento.

La propuesta se inscribía en un contexto en el que Jofré había manifestado su descontento con la Suprema Corte por la ausencia de colaboración con la comisión de investigación parlamentaria. En sus intervenciones legislativas y en diversas publicaciones, también la cuestionó por la falta de remisión a la Legislatura de las Memorias de Justicia. Además, adujo escasa iniciativa del máximo tribunal para impulsar reformas destinadas a mejorar la administración de justicia.[24]

Aunque las objeciones al artículo no fueron unánimes, las críticas formuladas por quienes sí lo hicieron fueron lo suficientemente contundentes como para no ser desestimadas. Los reparos en torno a esta disposición pusieron en el centro una cuestión que atraviesa el problema de la independencia judicial: cómo se la concibe, cómo se la construye y cómo se la fortalece.

La obligación impuesta a la Suprema Corte de informar periódicamente sobre las demoras en las causas fue interpretada por varios magistrados como

24 Al respecto, pueden consultarse distintas publicaciones del codificador, entre ellas, Jofré (1909, p. XIII).

una forma de subordinación institucional. Para el juez F. Giménez, la medida lesionaba el principio constitucional de la independencia de los poderes (Jofré, 1908, p. 143), mientras que J. Gómez Rodríguez entendía que establecía una relación de dependencia inconciliable con la soberanía delegada en el Poder Judicial (p. 208). En la misma línea, el juez R. Molinas se pronunció sobre la inconveniencia de esa disposición (p. 233). El riesgo de habilitar mecanismos susceptibles de facilitar futuras injerencias políticas en la administración de justicia fue destacado por algunos de los consultados.

En la medida en que el proyecto procuraba ampliar las garantías de las personas sometidas a persecución penal, también suscitó cuestionamientos respecto de disposiciones que fortalecían la posición del imputado en el proceso. Las divergencias, por tanto, no se limitaron a los mecanismos destinados a combatir la morosidad judicial.

## 4. La ampliación del derecho de defensa: tensiones en la definición de su alcance

Aunque el Código Procesal Penal de 1906 conservaba rasgos propios del modelo inquisitivo, introducía en materia de publicidad del sumario una innovación respecto de otros códigos. Jofré destacó como positivo que este corpus normativo limitara su reserva hasta el momento en que el imputado prestaba declaración indagatoria ante el juez.[25]

Su primer Anteproyecto profundizaba en esta línea. Establecía que la incomunicación del detenido no impediría en ningún caso que pudiera hablar con su defensor, quien tendría derecho a imponerse de las actuaciones en cualquier estado de la causa (art. 36). Esta disposición buscaba evitar que la persona detenida fuera privada del consejo del defensor. Jofré encontraba fundamento para esta orientación principalmente en la legislación francesa de diciembre de 1897.[26]

La propuesta formaba parte de un programa más amplio de fortalecimiento de los derechos de la persona imputada. Sin embargo, constituyó uno de los aspectos más controvertidos del Anteproyecto. Aunque algunos no se pronun-

25 El art. 187 del Código Procesal Penal de 1906 especificaba que el sumario sería secreto mientras el juez no hubiera tomado las declaraciones indagatorias, y no se admitirían en este ni debates ni defensas hasta entonces. El juez podría ordenar el secreto de instrucción cuando su publicidad afectara las buenas costumbres o se tratara de delitos contra la honestidad. Para más detalles, remitirse al contenido del artículo.
Con respecto a la incomunicación, el artículo 426 de dicho Código establecía que no podía exceder de cinco días, "si bien podía acordarse nuevamente, en un auto motivado, por otros cinco...".

26 Véase Jofré (1909).

ciaron sobre el artículo en cuestión, fueron pocos quienes lo hicieron en términos favorables. Entre ellos se encontraba el camarista E. Johanneton, quien sostenía que autorizar la intervención del defensor en el sumario de prevención permitiría evitar los "por desgracia demasiado frecuentes abusos de autoridad" (Jofré, 1908, p. 88), crítica dirigida de manera explícita al accionar policial.

Predominaron, sin embargo, las objeciones de quienes consideraban "peligrosísima" la posibilidad de que el defensor se comunicara con su asistido durante la incomunicación. Para el juez F. Giménez, la reforma privilegiaba excesivamente el interés del imputado en detrimento de la sociedad y podía favorecer la impunidad de los delitos. Las observaciones se acompañaron de reproches directos. En palabras de F. Giménez: "A poco que Ud. se descuide, aparece el abogado defensor detrás de la banca" (Jofré, 1908, p. 218).

En términos similares, los jueces D. Diez Gómez y G. Míguez advertían que la medida frustraría las investigaciones. Para Míguez, la incomunicación se convertiría en un mito, permitiendo que incluso "el peor criminal" eludiera la sanción legal. Para el camarista J. Carrillo y el fiscal J. Juliánez Islas, dicha medida procesal se tornaría ineficaz. En palabras del juez R. Molinas: "[E]l procesado dirá en la indagatoria la lección que le habrá enseñado su defensor" (Jofré, 1908, p. 234). Finalmente, para A. Lossa, la reforma "importaría un liberalismo excesivo, conspirador contra las garantías de la buena justicia" (Jofré, 1908, p. 110).

En términos generales, se desconfiaba del papel de la defensa en las primeras etapas de la investigación, bajo el supuesto de que podía obstaculizar la obtención de confesiones o pruebas de cargo. El secretario S. De la Colina sintetizaba esta preocupación compartida al sostener que, de adoptarse la reforma, "el número de criminales absueltos por falta de pruebas aumentaría considerablemente" (Jofré, 1908, p. 178). Estas objeciones trascendieron el ámbito judicial y fueron compartidas también por algunos abogados del ejercicio privado.

Como señala Binder (2014), resulta útil comprender el proceso penal a partir de la contradicción de intereses que constituye su base, explica su dinámica y pone de relieve sus tensiones. Desde esta perspectiva, las opiniones recogidas durante el periodo analizado estuvieron atravesadas por el saber, la experiencia y la posición que sus actores ocupaban dentro del proceso penal. También resulta necesario considerar el contexto en el que tales apreciaciones fueron formuladas.

A comienzos del siglo XX, los reparos frente a la ampliación de garantías en las primeras etapas del sumario se explican, en gran medida, por preocupaciones vinculadas a la seguridad y al deficiente desempeño policial. La institución

contaba con recursos limitados y una preparación precaria para afrontar tareas preventivas y de investigación en un territorio extenso, pese a los intentos de fortalecimiento institucional impulsados en esos años (Berardi, 2018).

Por entonces, esta situación no era exclusiva de la provincia. Como señala Caimari (2009), la expansión del delito contra la propiedad constituía una tendencia sobre la que nadie —ni "expertos" ni periodistas— manifestaba dudas. Ello ocurría aun cuando el aparato estadístico de la policía era embrionario y las denuncias se realizaban de manera irregular.

En ese contexto, las actuaciones sumariales adquirían una importancia decisiva para la sanción de los delitos. La precariedad de las pruebas habitualmente reunidas por la policía le otorgaba a la confesión un valor central en la resolución de los casos. Por ello, aunque la mayoría de los consultados no reclamaba un retorno al secreto absoluto del sumario, tampoco respaldaba la publicidad plena de las actuaciones.

Estas resistencias no implicaban, sin embargo, un rechazo general a la ampliación de garantías procesales. A modo de ejemplo, cabe destacar que algunos de quienes objetaban la publicidad plena del sumario proponían simultáneamente incorporar el derecho a la indemnización estatal en caso de absolución, entre otras reformas.

Las líneas argumentativas desarrolladas al interior del campo jurídico encontraron puntos de convergencia con actores del campo político y obligaron al propio Jofré a transitar un camino de transacciones para evitar la paralización del proyecto. Estas discusiones ilustran las hondas raíces de la dificultad que ha suscitado la búsqueda de un equilibrio entre la eficacia en la persecución penal y la ampliación de las garantías reconocidas a las personas sometidas a proceso.[27]

## 5. La modulación del Anteproyecto: transacciones y límites a propuestas originales

En mayo de 1908, Jofré presentó ante la Cámara de Diputados un proyecto de reformas parciales al Código que ampliaba el contenido del Anteproyecto sometido a consulta y modificaba algunas de sus disposiciones. Incorporaba garantías relativas a la detención policial, al control de la prueba y a la prisión preventiva, cuestiones sobre las que no es posible detenerse aquí por razones de espacio. Una vez más, justificó la iniciativa en la morosidad de los procesos y en el atraso de la legislación argentina.

27 La historia ha demostrado, como han señalado destacados procesalistas, esa persistente dificultad, un desafío aún vigente en el presente siglo (véase Maier, 2016).

Esta versión evidenciaba ya el impacto de algunas de las críticas formuladas durante la consulta. El artículo 5° fue suprimido, probablemente como consecuencia de las objeciones dirigidas contra la incorporación al texto de disposiciones que convertían a la Cámara de Diputados en un órgano de control externo de la Suprema Corte. También parecen haber incidido las advertencias acerca de los riesgos de habilitar injerencias políticas sobre el Poder Judicial. Sin embargo, Jofré mantuvo el cese de jurisdicción de jueces y cámaras por el incumplimiento de los plazos legales y preservó el contenido sustancial del artículo 36°. La incomunicación no impediría que el detenido pudiera hablar con su defensor, el cual tendría derecho a imponerse en las actuaciones sumariales en cualquier estado de la causa (art. 26).[28]

La comisión que presentó el proyecto para su tratamiento en octubre de 1908 —integrada por el propio T. Jofré junto con M. Maldonado y A. de Vera— mantuvo en lo sustancial el contenido de la iniciativa. Fundamentó las disposiciones relativas al régimen de incomunicación en la necesidad de garantizar el derecho de defensa del imputado y facilitar la actuación de su defensor.[29] Aunque el proyecto fue aprobado en general, nunca llegó a discutirse en particular, ya que el propio Jofré solicitó su retorno a comisión para un examen más detenido. Un año después, la comisión reconocería que había sido considerado demasiado avanzado, lo que sugiere que la decisión de postergar su tratamiento respondió a la dificultad de reunir consensos suficientes para asegurar su aprobación legislativa.

Jofré intentó desactivar esa percepción insistiendo en que el proyecto no constituía una transformación radical, sino apenas "un paso tímido" en materia de garantías procesales. Esta estrategia fue desarrollada con amplitud en el libro publicado en 1909, *Procedimiento Criminal Argentino*. En esta obra, buscó evidenciar el retraso de la legislación procesal argentina frente a los modelos europeos y latinoamericanos a fin de fortalecer el apoyo a los cambios que promovía. En sus páginas, defendió diversas innovaciones, entre ellas, el cese de jurisdicción como un remedio frente a la prolongación excesiva de la prisión preventiva. Asimismo, relativizó el carácter revolucionario que algunos le atribuían a la publicidad del sumario.

No fue sino hasta agosto de 1909 que una Comisión de Legislación amplia-

---

28 *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires*, sesión del 15 de mayo de 1908 (p. 51).

29 *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires*, sesión del 9 de octubre de 1908 (p. 183).

da de la Cámara de Diputados, de la que Jofré no formaba parte, se expidió sobre el proyecto. El despacho introdujo modificaciones relevantes al texto. Se eliminaron los términos perentorios para dictar sentencia y se suprimieron las sanciones calificadas como falta grave, por considerarse materia propia de una ley de *jury* de enjuiciamiento. También se descartó el cese de jurisdicción, retomando argumentos formulados previamente en el campo jurídico acerca de la inviabilidad práctica de los "plazos fatales".[30]

La comisión fijó en el art. 20 que en causas correccionales no procedía la incomunicación ni el secreto del sumario. En cambio, en causas graves no estableció que el defensor pudiera hablar con el detenido durante la incomunicación. Si bien el proyecto fue aprobado por la Cámara de Diputados, terminó archivado en el Senado al no llegar a discutirse en particular. Es plausible que persistieran desacuerdos respecto de otras disposiciones especialmente controvertidas, entre ellas, las vinculadas a restringir la prisión preventiva. [31]

En junio de 1912, lejos de abandonar sus esfuerzos por reformar el procedimiento penal, Jofré presentó un proyecto integral de Código Procesal Penal. Poseía ahora un alcance mucho más amplio y se nutría tanto de proyectos legislativos anteriores como de nuevas consultas realizadas a funcionarios judiciales.[32] En ese contexto, también se encontraba en estudio una reforma de la ley orgánica de tribunales que incorporaba innovaciones como la oralidad. En sintonía con esas iniciativas, la propuesta preveía la creación de jueces de instrucción y promovía el juicio oral como mecanismo para superar, según sus palabras, "un código de magistrados solamente y en su propia conveniencia".[33]

Con el propósito de agilizar los procedimientos, el proyecto restablecía plazos para la conclusión de los juicios en primera instancia. No obstante, a diferencia del Anteproyecto de 1907, Jofré no retomó el mecanismo del cese de jurisdicción. En su lugar, impuso a jueces y cámaras la obligación de informar periódicamente a la Suprema Corte sobre las demoras en la tramitación de las causas. El máximo tribunal quedaba expresamente exceptuado de ese régimen, decisión que revela el peso que habían adquirido las objeciones formuladas años antes.

La ampliación de las garantías procesales también ocupó un lugar relevante

---

30 El tema fue tratado en el *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires*, sesión 11 de agosto de 1909 (p. 290).

31 Sobre ello en particular, véase Sedeillan (2013).

32 *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires, sesión*, 21 de junio de 1912 (p. 206).

33 *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires*, sesión 21 de junio de 1912 (p. 249).

en la iniciativa. El proyecto estableció que los procedimientos ante las autoridades judiciales serían públicos para el acusado, el defensor y el fiscal, quienes tendrían derecho a intervenir en ellos (art. 10). Además, insistió en incorporar una de las reformas que mayores resistencias había suscitado: la posibilidad de que el detenido pudiera hablar con el defensor durante la incomunicación en las causas graves —esto es, aquellas castigadas con pena de presidio, penitenciaría o muerte—. Asimismo, fijó el plazo máximo de esa medida en 48 horas (art. 488).

La Comisión Especial de Tribunales de la Cámara de Diputados, sin embargo, determinó que el instructor podía, en causas graves, ordenar el secreto de la investigación y la incomunicación del procesado por un término de cinco días, prorrogable por otro tanto por el juez. No obstante, mantuvo el derecho del detenido de hablar con su defensor (art. 423).[34] En el artículo 412, fijó que en el procedimiento correccional no podía decretarse en ningún caso la incomunicación.

Los desacuerdos que estas cuestiones pudieron generar en el seno de la comisión no afloraron en el recinto legislativo, ya que Jofré, integrante de esta, no votó en disidencia del despacho. En ese proceso de transacciones logró preservar uno de los puntos que había suscitado controversias desde la etapa de consulta. La aprobación en particular del proyecto por la Cámara de Diputados en octubre de 1912, sin discusión artículo por artículo, constituyó además un avance significativo en el derrotero legislativo de la reforma. En el Senado, sin embargo, el tratamiento volvió a demorarse.

Dicho retraso no puede explicarse únicamente por un contexto político atravesado por la muerte de tres gobernadores en un corto lapso y por las profundas divisiones internas del Partido Conservador, particularmente a partir de los debates suscitados por la reforma electoral de 1912.[35] Aunque estas tensiones incidieron en la dinámica política provincial, los desacuerdos no se limitaban a cuestiones vinculadas con la representación política. En relación con el sistema penal, si bien existía un amplio consenso respecto de la necesidad de reformar la administración de justicia para acelerar los procesos, subsistían divergencias en torno a diversas disposiciones del proyecto de Código Procesal.

Ante la falta de tratamiento legislativo, en 1914 Jofré recurrió a la publica-

---

34 Véase para más detalle el *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires*, sesión del 6 de septiembre de 1912 (pp. 666-668). Lamentablemente, no se dispone de los intercambios producidos en la comisión que condujeron a esa decisión.

35 Este partido mantuvo su hegemonía a través del fraude electoral. Sobre esas tensiones, véanse Melón Pirro (1994) y Tato (2005), entre otros. Distintos estudios destacan la complejidad política durante el "régimen"; sobre sus aspectos generales, véase la compilación de Palacio (2013).

ción del proyecto como estrategia para legitimar la reforma y desmitificar el carácter supuestamente revolucionario de sus propuestas.[36] No obstante, las páginas iniciales de la obra no cumplieron únicamente una función pedagógica, sino que también adquirieron el tono de un desahogo personal frente a la persistente demora en su sanción. En ellas defendió múltiples innovaciones incorporadas al proyecto (Jofré, 1914).

Justamente ese año, el gobernador M. Ugarte, al asumir su mandato y en estrecha vinculación con el propio Jofré, impulsó en el Senado el tratamiento del proyecto, aunque acompañado de modificaciones introducidas por su ministro de Gobierno, R. Moreno. Reconocido por sus conocimientos en materia penal, intervino activamente en la reformulación de algunos aspectos del texto.[37]

Entre los cambios introducidos por el Poder Ejecutivo, interesa destacar el referido al régimen de incomunicación: se suprimió la posibilidad del detenido de hablar con el defensor. Con el propósito declarado de asegurar la eficacia de la investigación, optó por mantener el carácter coactivo de la medida. Si bien redujo a tres días su plazo máximo y el del secreto de la investigación en las causas graves (art. 445), la decisión de mantener ambas medidas permite inferir la importancia que aún se les atribuía para el esclarecimiento de los hechos.[38]

Las modificaciones impulsadas por el Poder Ejecutivo no se reducían a un intento de restringir garantías para fortalecer la persecución penal. El conocimiento técnico de Moreno en la materia contribuyó también a corregir inconsistencias del proyecto, depurar problemas de redacción y adecuar algunos plazos considerados impracticables.

En la misma sesión de agosto en la que el Poder Ejecutivo presentó el proyecto con cambios, no faltó quien propusiera aprobarlo a libro cerrado, bajo el argumento de que Jofré y Moreno habían consensuado al respecto.[39] La iniciativa no prosperó. Prevalecieron los argumentos esgrimidos por A. Gambier acerca del impacto que una reforma de tal alcance podría tener en la opinión pública. Cabe interpretar que este senador, quien además integraba la comisión encargada de examinar el proyecto, procuraba evitar que se desdibujara el

---

36 Véase Jofré (1914).

37 Representaba el ala más intelectual del Partido Conservador. Como ha destacado Cesano (2018a), al analizar el papel de Moreno en la elaboración y sanción del Código Penal de 1921, también se distinguió por su capacidad para construir consensos al diseñar la reforma penal.

38 Véase *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Provincia de Buenos Aires*, sesión del 25 de agosto de 1914 (p. 458).

39 Véase *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Provincia de Buenos Aires*, sesión del 25 de agosto de 1914 (p. 511).

prolongado proceso de consultas, revisiones y acuerdos que había contribuido a definir su contenido. Esta preocupación también puede leerse a la luz de un contexto en el que el gobernador Ugarte era objeto de cuestionamientos por haber accedido al poder bajo una ley electoral provincial divergente de la normativa nacional y por la persistencia de prácticas políticas fraudulentas.[40]

La comisión senatorial que finalmente emitió despacho en diciembre de 1914 destacó expresamente los años que había demandado la elaboración del proyecto y el detenido examen al que había sido sometido por especialistas, magistrados y comisiones legislativas. La reforma fue presentada, además, como parte de un proceso más amplio de modernización jurídica ya emprendido en otros países.[41] En materia de incomunicación, convalidó las reformas impulsadas por el Poder Ejecutivo, con excepción del plazo previsto para la medida y para el secreto de la investigación, que fue ampliado a cinco días en causas graves. Estas modificaciones reflejan las distintas instancias de negociación que intervinieron en la configuración final del texto.

Vuelto el proyecto a la Cámara de Diputados, Jofré reflexionó desde su banca sobre el extenso y sinuoso recorrido de más de siete años que había demandado su elaboración. Con el propósito de impulsar su sanción definitiva, sostuvo ~~que~~ "difícilmente pueda existir un proyecto que haya tenido una tramitación más azarosa, una publicidad más vasta y una discusión más completa".[42] Finalmente, convertido en ley en enero de 1915, el Código tendría una prolongada vigencia en la provincia de Buenos Aires.

## 6. Conclusiones

Este trabajo aspira a contribuir, desde una perspectiva histórica, a profundizar en la comprensión de los procesos de reforma penal emprendidos en la Argentina durante un período que ha concitado menor atención. A diferencia de los estudios centrados en la letra del Código Procesal Penal de 1915, reconstruye el derrotero que condujo a su sanción con el propósito de recuperar las controversias, resistencias y acuerdos que incidieron en su configuración.

---

40 La incorporación en 1914 de los primeros diputados socialistas no bastó para legitimar a un Gobierno que continuó asociado al fraude. Véanse, al respecto, Melón Pirro (1994) y Tato (2005), entre otros.

41 *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires*, sesión del 9 de diciembre de 1914 (p. 774).

42 *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires*, sesión del 11 de diciembre de 1914 (p. 639).

Sin desconocer el papel decisivo de Tomás Jofré como principal impulsor de la reforma, este estudio ha procurado mostrar que el Código fue también el resultado de un prolongado proceso de negociación. El examen de algunas disposiciones menos transitadas por la historiografía —vinculadas con la publicidad del sumario, la incomunicación del imputado y los mecanismos de control sobre la actuación judicial— permite advertir cómo las propuestas originales fueron objeto de observaciones y reformulaciones que condicionaron su contenido definitivo.

La reconstrucción de estos intercambios pone de relieve el carácter colectivo del Código y permite observar los puntos de convergencia entre actores del campo jurídico y del campo político. En particular, muestra cómo determinadas innovaciones encontraron límites en concepciones compartidas acerca de los alcances que debían tener ciertas garantías procesales.

Lejos de agotar el tema, este trabajo busca estimular nuevas investigaciones sobre los debates que contribuyeron a modelar la legislación procesal penal o que obstaculizaron posteriores intentos de cambio. Ese esfuerzo, entendemos, no solo permite enriquecer la historiografía sobre la codificación procesal penal argentina, sino también iluminar, desde una perspectiva de larga duración, las raíces profundas de dilemas que aún atraviesan las discusiones contemporáneas en torno a la justicia penal.

## Bibliografía

Abal Oliú, A. (2023). La codificación del proceso penal en Uruguay. *Revista de la Facultad de Derecho de México, 73*(287). https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2023.287.86649

Abiuso, F. L. y Olaeta, H. (2023). Un estado del arte sobre los viajes de las ideas acerca de la cuestión criminal (Argentina, 1880-1955). *Revista Historia de las Prisiones, 14*, 23-40.

Berardi, P. A. (2018). *Territorialidad, profesionalización y política: La construcción de la policía en la Provincia de Buenos Aires, 1880-1916* (Tesis doctoral). Universidad de San Andrés. http://hdl.handle.net/10908/15879

Binder, A. (1999). *Introducción al derecho procesal penal*. (2ª ed.). Ad Hoc.

Binder, A. (2002). *La fuerza de la inquisición y la debilidad de la república*. https://inecip.org/wp-content/uploads/INECIP-Binder-La-fuerza-de-la-inquisicion-y-debilidad-de-la-republica.pdf

Binder, A. (2007). *La cultura jurídica, entre la innovación y la tradición*. https://www.academia.edu/17613343/La_Cultura_jur%C3%ADdica_entre_la_tradici%C3%B3n_y_la_innovacion

Binder, A. (2014). Tensiones político-criminales en el proceso penal. En Binder, A., *Elogio de la audiencia oral y otros ensayos (pp. 97-139)*. Consejo de la Judicatura de Nuevo León.

https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4714-elogio-de-la-audiencia-oral-y-otros-ensayos

Bourdieu, P. (2000a). *La fuerza del derecho: Elementos para una sociología del campo jurídico*. Siglo del Hombre Editores.

Bourdieu, P. (2000b). *Poder, derecho y clases sociales*. Desclée de Brouwer.

Cafferata Nores, J. (1998). *Cuestiones actuales sobre el proceso penal* (2ª ed.). Editores del Puerto.

Caimari, L. (2004). *Apenas un delincuente: Crimen, castigo y cultura en la Argentina, 1880-1955*. Siglo XXI.

Caimari, L. (2009). *La ciudad y el crimen: Delito y vida cotidiana en Buenos Aires (1880-1940)*. Sudamericana.

Caimari, L. y Sozzo, M. (Comps.). (2017). *Historia de la cuestión criminal en América Latina*. Prohistoria.

Calandria, S. (2021). *Matar a la madre: Infanticidios, honor y género en la provincia de Buenos Aires, 1886-1921*. Biblos/UMA Editorial.

Canavessi, M. y Krause, M. (2022). Inmigración y criminalidad: Buenos Aires (1880-1930). *Revista Historia de las Prisiones, 14*, 88-123.

Castro de Achával, M. (2024). El derecho desde la teoría de Pierre Bourdieu. *Sortuz: Oñati Journal of Emergent Socio-Legal Studies*, *14*(1), 95-109. https://opo.iisj.net/index.php/sortuz/article/view/1816

Cesano, J. D. (2017). *Contexto político, opinión pública y perfiles intelectuales en el proceso de codificación procesal penal de la provincia de Córdoba (1937-1939)*. Lerner Editora.

Cesano, J. D. (2018a). *Rodolfo Moreno (h), su mundo parlamentario y el proceso de codificación penal argentino*. Editorial Brujas.

Cesano, J. D. (2018b). Entre leis e saberes: Normas processuais, execução penitenciária e formação dos advogados em Córdoba (1887-1940). *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, *4*(3), 1321-1344. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i3.187

Cesano, J. D. (2021). Comparatismo, historia jurídica y circulación de ideas: Una exploración inicial. *Cuaderno de Derecho Comparado, 4*, 25-44.

Claría Olmedo, J. (1998). *Derecho procesal penal* (Tomo I, actualizado por J. Vázquez Rossi). Rubinzal-Culzoni.

Código de procedimientos en materia penal de la provincia de Buenos Aires. (1906). En *Códigos y leyes usuales de la provincia de Buenos Aires*. Lajouane.

Colmenero Menéndez de Luarca, M. (2009). Investigación penal: Eficacia y restricción de derechos (pp. 27-46). En Martínez, S. (Comp.), *Las garantías constitucionales en el proceso penal*. Defensoría General de la Nación.

Corva, M. (2014). *Constituir el gobierno, afianzar la justicia: El poder judicial de la provincia de Buenos Aires (1853-1881)*. Prohistoria.

Corva, M. (2019). ¿Quién juzga a los que juzgan? El enjuiciamiento de magistrados en la provincia de Buenos Aires (1821-1878). *Revista IUS, 13*(43), 91-121.

De la Colina, S. (1915). *Derecho y legislación procesal en materia civil y comercial* (2ª ed., Tomo I). Lajouane.

De Moraes Silveira, M. (2019). La Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires. *Revista Historia y Justicia*, *12*. https://doi.org/10.4000/rhj.2117

*Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires*, sesión del 15 de mayo de 1908. Taller de Impresiones Oficiales.

*Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires*, sesión del 9 de octubre de 1908. Taller de Impresiones Oficiales.

*Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires*, sesión 11 de agosto de 1909. Taller de Impresiones Oficiales.

*Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires*, sesión 21 de junio de 1912. Taller de Impresiones Oficiales.

*Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires*, sesión del 6 de septiembre de 1912. Taller de Impresiones Oficiales.

*Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Provincia de Buenos Aires*, sesión del 25 de agosto de 1914. Taller de Impresiones Oficiales.

*Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires*, sesión del 9 de diciembre de 1914. Taller de Impresiones Oficiales.

*Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires*, sesión del 11 de diciembre de 1914. Taller de Impresiones Oficiales.

Jofré, T. (1908). *Antecedentes de un código redactado*. Olano.

Jofré, T. (1909). *Procedimiento criminal argentino*. Lajouane.

Jofre T. (1914). *Proyecto de Código de Procedimiento Penal*. Talleres Gráficos Suarez.

Jofre, T. (1915). *El nuevo código de procedimiento penal comentado* (Tomos I y II). Lajouane.

Levaggi, A. (1979). Desarrollo del derecho procesal argentino en la primera parte del siglo XX. *Revista del Instituto de Historia del Derecho R. Levene, 25*, 278-282.

Levaggi, A. (1983). La codificación del procedimiento criminal en la Argentina en la segunda mitad del siglo XIX. *Revista de Historia del Derecho, 11*, 121-199.

Levaggi, A. (1995). Esbozo de las ideas penales argentinas en la década de 1890. *Revista del Instituto de Historia del Derecho R. Levene, 30*, 233-242.

Levaggi, A. (2009). Tomás Jofré, introductor de Giuseppe Chiovenda en el derecho argentino. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja, 4*, 98-106. http://revistas.derecho.uba.ar/index.php/revista-gioja/article/view/236

Luciano, M. (2019). Innovaciones jurídicas, oportunidades políticas y cambios en la Policía de la Capital. *Revista Historia y Justicia, 12*. https://doi.org/10.4000/rhj.1749

Maier, J. (1996). *Derecho procesal penal* (2ª ed., Tomo I). Editores del Puerto.

Maier, J. (2016). A treinta años del proyecto de reforma de 1986 del Código Procesal Penal de la Nación. *Lecciones y Ensayos*, (número extraordinario), 247-283.

Marteau, F. (2003). *Las palabras del orden. Proyecto republicano y cuestión criminal en Argentina. Buenos Aires 1880-1930*. Del Puerto.

Melón Pirro, J. C. (1994). La ley Sáenz Peña de Ugarte, o el éxito de la reforma conservadora en la provincia de Buenos Aires. En Devoto, F. y Ferrari, M. (Comps.), *La construcción de las democracias rioplatenses (pp. 107-135)*. Biblos/Universidad Nacional de Mar del Plata.

Milena, L. (2019). Innovaciones jurídicas, oportunidades políticas y cambios en la policía de la capital: el proceso de reforma del Código Procesal Penal en Córdoba (Argentina) en la década de 1930. *Revista Historia y Justicia*, (12). https://doi.org/10.4000/rhj.1749

Mira, J. (2020). Jueces que dicen el derecho: Levene y Maier reformadores de la justicia penal argentina. *Revista Temas Sociológicos, 26*, 121-162.

Núñez, J. (2011). Algunos comentarios acerca del desarrollo y límites del positivismo criminológico en la Argentina (1903-1927). *Horizontes y Convergencias*. https://tinyurl.com/3mfbh4n4

Olaeta, H. (2015). Surgimiento de las estadísticas criminales en Argentina. *Delito y Sociedad*, *40*, 31-62.

Palacio, J. M. (Dir.). (2013). *Historia de la provincia de Buenos Aires* (Tomo IV). Edhasa/ Universidad Pedagógica Nacional.

Plotkin, M. y Zimmermann, E. (Comps.). (2012a). *Los saberes del Estado*. Edhasa.

Plotkin, M. y Zimmermann, E. (Comps.). (2012b). *Las prácticas del Estado: Política, sociedad y elites estatales en la Argentina del siglo XX*. Edhasa.

Rosso, M. (2022). Entre la forma y el fondo: La codificación penal nacional y los códigos de procedimiento. En Rosso, M. *Codificando el derecho desde la base. El Código Penal de la provincia de Córdoba en la génesis de la codificación nacional (1867-1887)* (pp. 130-172). Dykinson. https://e-archivo.uc3m.es/rest/api/core/bitstreams/b5a732a5-aa06-4028-abf7-5d159c6bd24b/content

Salvatore, R. (2010) *Subalternos, derechos y justicia penal: ensayos de historia social y cultural Argentina 1829-1940*. Gedisa.

Sedeillan, G. (2012). *La justicia penal en la provincia de Buenos Aires. Instituciones, prácticas y codificación del derecho (1877-1906)*. Biblos.

Sedeillan, G. (2013). Procedimiento judicial y prisión preventiva. En Salvatore, R. y Barreneche, O. (Comps.), *El delito y el orden en perspectiva histórica* (pp. 61-78). Prohistoria.

Sedeillan, G. (2015). El desafío de revertir la congestión de los tribunales bonaerenses. *Revista de Historia del Derecho*, *50*, 227-253.

Sedeillan, G. (2021). Una luz tras las rejas para los condenados. *Revista Historia y Justicia*, *16*. https://doi.org/10.4000/rhj.8078

Sedeillan, G. (2023). Tomás Jofré y la producción de información estadística judicial. *Anuario Segreti*, *23*(2), 2-23. https://revistas.unc.edu.ar/index.php/anuarioceh/article/view/43994

Sozzo, M. y Núñez, J. (Eds.). (2024). *Los viajes de las ideas sobre la cuestión criminal hacia/desde Argentina (1880-1955)*. Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory.

Tau Anzoátegui, V. (2001). Pensamiento jurídico y acción legislativa. En *Nueva historia de la Nación Argentina*. Academia Nacional de la Historia/Planeta.

Taboga, J. (2022). Recorriendo los procesos de reforma procesales penales. Perspectivas analíticas sobre la reconfiguración de la justicia penal en América Latina. *Delito y Sociedad*, *31*(53), 1-19. https://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2468-99632022000100001

Tato, M. (2005). Variaciones reformistas: Los conservadores bonaerenses ante el desafío de la democratización, 1912-1919. *Secuencia. Revista de Historia y Ciencias Sociales*, *63*, 129-150.

Vázquez Rossi, E. (1995). *Derecho procesal penal* (Tomo I). Rubinzal-Culzoni.

Vélez Mariconde, A. (1986). *Derecho procesal penal* (3ª ed., Tomo I). Marcos Lerner.

Zimmermann, E. (1995). *Los liberales reformistas: La cuestión social en la Argentina, 1890-1916*. Sudamericana.

## Legislación citada

Provincia de Buenos Aires. (1915). *Ley 3589: Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires*. https://normas.gba.gob.ar/ar-b/ley/1915/3589/12505

## Roles de autoría y conflicto de intereses

La autora manifiesta que cumplió todos los roles de autoría del presente artículo y declara no poseer conflicto de interés alguno.

# Inteligencia artificial y propaganda electoral digital: análisis comparado de los marcos regulatorios de Brasil y Argentina

**Jorge José Lawand**[1]

Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo (Brasil)

imoveiscomercialloc@gmail.com

https://orcid.org/0000-0002-6931-1638

**Recibido:** 15/02/2026

**Aceptado:** 18/05/2026

https://doi.org/10.26422/RJA.2026.0701.law

**Resumen**

La irrupción de la inteligencia artificial generativa en los procesos electorales plantea desafíos inéditos para la integridad democrática. Los *deepfakes*, el *microtargeting* algorítmico y la desinformación automatizada alteran sustancialmente las condiciones en que los ciudadanos ejercen el sufragio. Brasil y Argentina, dos de las democracias más relevantes de América Latina, han adoptado aproximaciones divergentes ante este fenómeno. Brasil estableció en 2024, mediante la Resolución 23732 del Tribunal Superior Eleitoral, uno de los marcos regulatorios más avanzados del mundo, con prohibición expresa de *deepfakes*, obligaciones de rotulación de contenido sintético y responsabilidad solidaria de plataformas digitales. Argentina, en contraste, carece de regulación específica y depende de la aplicación analógica del artículo 140 del Código Electoral Nacional. El presente estudio realiza un análisis comparado de ambos ordenamientos jurídicos mediante el método comparativo funcional, examinando normativa, jurisprudencia y

1 Analista judicial en el Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo (TRE/SP). Doctor y magíster en Derecho (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo). Especialista en derecho electoral, derecho digital y nuevas tecnologías, con enfoque en las interfaces entre derecho e innovación tecnológica. Investigador en las áreas de protección de datos (LGPD), transformación digital del sistema judicial e implicaciones ético-jurídicas de las nuevas tecnologías. Autor de obras como *El Testamento Digital y la Cuestión de su Validez* (2021) y *Aspectos Jurídicos de la Firma Digital* (2010). Miembro efectivo de la International Technology Law Association y de la Information Security Systems Association (ISSA).

proyectos legislativos en tramitación en el período 2019-2026. La investigación identifica convergencias significativas en el reconocimiento compartido de la amenaza que representa la IA para la integridad electoral, pero divergencias fundamentales en el enfoque regulatorio adoptado: Brasil implementa un modelo preventivo con regulación *ex ante* mediante resoluciones del Tribunal Superior Eleitoral, mientras que Argentina mantiene un enfoque reactivo basado en la intervención judicial *ex post*. El trabajo propone principios regulatorios fundamentales que podrían servir de base para estándares regionales, incluyendo transparencia algorítmica, trazabilidad del contenido, responsabilidad compartida entre diversos actores del ecosistema digital y proporcionalidad regulatoria.

**Palabras clave:** inteligencia artificial, propaganda electoral, *deepfakes*, derecho electoral comparado, regulación digital, democracia, Brasil, Argentina.

## Artificial Intelligence and Digital Electoral Advertising: Comparative Analysis of Brazilian and Argentine Regulatory Frameworks

**Abstract**

The emergence of generative artificial intelligence in electoral processes poses unprecedented challenges to democratic integrity. Deepfakes, algorithmic microtargeting, and automated disinformation substantially alter the conditions under which citizens exercise their right to vote. Brazil and Argentina, two of Latin America's most significant democracies, have adopted divergent approaches to this phenomenon. In 2024, Brazil established one of the world's most advanced regulatory frameworks through Resolution 23732 of the Superior Electoral Court, with an express prohibition of deepfakes, mandatory labeling requirements for synthetic content, and joint liability for digital platforms. Argentina, by contrast, lacks specific regulation and relies on the analogical application of Article 140 of the National Electoral Code. This study undertakes a comprehensive comparative analysis of both legal systems using the functional comparative method, examining legislation, case law, and bills under consideration during the period 2019–2026. The research identifies significant convergences in the shared recognition of the threat AI poses to electoral integrity, but fundamental divergences in regulatory approach: Brazil adopts a preventive model with ex ante regulation through Superior Electoral Court resolutions, while Argentina maintains a reactive approach based on ex post judicial intervention. The work proposes fundamental regulatory principles that could serve as a basis for regional standards, including algorithmic transparency, content traceability, shared responsibility among digital ecosystem stakeholders, and regulatory proportionality.

**Key words:** artificial intelligence, electoral advertising, deepfakes, comparative electoral law, digital regulation, democracy, Brazil, Argentina.

## 1. Introducción

La irrupción de la inteligencia artificial generativa en los procesos electorales contemporáneos representa uno de los desafíos más significativos que enfrentan los sistemas democráticos en el siglo XXI (Ferrara, 2025; Mansur, 2025; Régis et al., 2025). La capacidad técnica de crear contenidos sintéticos audiovisuales con niveles de verosimilitud que tornan prácticamente indistinguible lo auténtico de lo fabricado ha modificado sustancialmente el ecosistema informativo en el que se desenvuelven las campañas políticas. Los denominados *deepfakes* — imágenes, videos o audios generados mediante algoritmos de aprendizaje profundo— constituyen apenas la manifestación más visible de un fenómeno más amplio que comprende también el *microtargeting* algorítmico, la automatización masiva de desinformación mediante *bots* y la manipulación sofisticada de la opinión pública (Islam et al., 2024; Soleca, 2025).

La tesis central de este trabajo sostiene que la divergencia regulatoria entre Brasil y Argentina en materia de inteligencia artificial aplicada a procesos electorales refleja dos modelos jurídicos contrastantes de intervención estatal: mientras que Brasil ha adoptado un modelo preventivo de regulación *ex ante* mediante resoluciones del Tribunal Superior Eleitoral (TSE) que establecen prohibiciones expresas y obligaciones de transparencia, Argentina mantiene un enfoque reactivo basado en la aplicación analógica de normas preexistentes y la intervención judicial *ex post*. Esta divergencia no es meramente técnica, sino que responde a concepciones diferentes sobre el equilibrio entre libertad de expresión política, integridad electoral y el papel del Estado en la regulación de tecnologías disruptivas. El análisis comparado de ambos sistemas permitirá identificar las fortalezas y debilidades de cada modelo regulatorio y proponer principios fundamentales que puedan servir de base para la construcción de estándares regionales en América Latina, considerando que la ausencia de marcos regulatorios comunes genera asimetrías que pueden ser explotadas por actores maliciosos en contextos electorales transnacionalizados.

Experiencias recientes en otros contextos nacionales han evidenciado los riesgos concretos que plantean los *deepfakes* en procesos electorales: desde las elecciones generales de Nigeria en 2023 (Ekpang et al., 2023), pasando por las elecciones parlamentarias de India en 2024 (Kashyap, 2024) hasta las elecciones europeas de 2025 (Soṇeca, 2025; Puran y Tabacu, 2025). Estos casos demuestran que la problemática trasciende fronteras y requiere respuestas regulatorias coordinadas a nivel regional e internacional.

El problema adquiere dimensiones particulares en América Latina, región

en la cual la penetración de las redes sociales digitales como espacio privilegiado de debate político ha crecido exponencialmente, mientras que los marcos regulatorios permanecieron anclados en paradigmas diseñados para fiscalizar la propaganda difundida a través de medios tradicionales (Becker Castellaro et al., 2025). Brasil y Argentina —dos de las democracias más pobladas de la región— han adoptado aproximaciones divergentes frente al desafío regulatorio que plantea la inteligencia artificial aplicada a la propaganda electoral. Mientras que Brasil, a través del Tribunal Superior Eleitoral, estableció en 2024 uno de los marcos normativos más avanzados del mundo mediante la Resolución 23732/2024 (De Lima et al., 2024), Argentina afronta las elecciones con un vacío regulatorio significativo.

El presente estudio se propone realizar un análisis comparado de los marcos regulatorios de Brasil y Argentina en materia de inteligencia artificial y propaganda electoral digital, con el objetivo de identificar convergencias, divergencias, fortalezas y debilidades de cada sistema, así como de extraer principios que puedan contribuir a la construcción de estándares regionales. La elección de estos dos ordenamientos jurídicos para el análisis comparado no es arbitraria: comparten tradiciones constitucionales afines, sistemas electorales con características similares en cuanto a la gestión pública de las campañas y enfrentan desafíos comparables en términos de polarización política. Sin embargo, han optado por caminos regulatorios marcadamente distintos: Brasil ha desarrollado un modelo preventivo mediante el cual la Justicia Electoral establece *ex ante* prohibiciones y obligaciones específicas, mientras que Argentina mantiene un enfoque reactivo basado en la aplicación *ex post* de tipos penales genéricos.

La relevancia académica y práctica del estudio se fundamenta en varios aspectos. En primer lugar, el análisis permite evaluar la efectividad de dos modelos regulatorios sustancialmente diferentes frente a un mismo fenómeno tecnológico, proporcionando elementos para reflexionar sobre las ventajas y limitaciones de cada aproximación (Goswami y Sachdeva, 2025). En segundo lugar, el estudio contribuye a llenar un vacío en la literatura jurídica latinoamericana sobre regulación de inteligencia artificial en procesos electorales, campo en el cual la producción académica ha sido hasta ahora limitada y predominantemente descriptiva. La experiencia comparada internacional ha demostrado que diferentes jurisdicciones han adoptado enfoques diversos para regular la IA en contextos electorales, desde modelos preventivos hasta reactivos, desde regulación sectorial hasta autorregulación (Adebayo, 2024; International IDEA, 2024; Paget, 2025).

El artículo se estructura en siete apartados. Tras esta introducción, el segundo apartado desarrolla el marco conceptual necesario para el análisis, proporcionando una definición jurídica de inteligencia artificial aplicada a procesos electorales, una tipología de los usos de IA en propaganda política y un análisis de los bienes jurídicos en tensión. Los apartados tercero y cuarto examinan detalladamente los marcos regulatorios de Brasil y de Argentina, respectivamente, analizando tanto la normativa vigente como la evolución jurisprudencial y los proyectos de reforma en tramitación. El quinto apartado presenta el análisis comparado propiamente dicho, identificando convergencias, divergencias y desafíos comunes a ambos sistemas. El sexto apartado propone principios regulatorios fundamentales que podrían servir de base para la construcción de estándares regionales en materia de IA y procesos electorales. Finalmente, el séptimo apartado presenta las conclusiones del estudio, sintetizando los principales hallazgos y formulando recomendaciones de política legislativa.

Desde el punto de vista metodológico, el trabajo emplea el método comparativo funcional desarrollado por Zweigert y Kötz y refinado por la doctrina contemporánea del derecho comparado, el cual parte de la premisa de que sistemas jurídicos diferentes pueden ofrecer soluciones distintas a problemas sociales equivalentes, y que la comparación debe centrarse en la función que cumplen las instituciones jurídicas más que en su forma o denominación. El análisis se articula en cinco etapas: identificación del problema funcional común —la regulación del uso de IA generativa en la propaganda electoral para proteger la integridad democrática—; selección y justificación de los ordenamientos comparados; descripción de las soluciones normativas adoptadas en cada sistema, incluyendo legislación, jurisprudencia y doctrina; análisis comparado de convergencias y divergencias; y evaluación crítica con formulación de principios para futuros desarrollos normativos. El período temporal del análisis comprende los desarrollos normativos y jurisprudenciales producidos entre 2019 y junio de 2026. Las seis variables comparativas que estructuran el análisis y se retoman sistemáticamente en los apartados tercero, cuarto y quinto son: (1) modelo regulatorio preventivo versus reactivo; (2) momento de intervención *ex ante* versus *ex post*; (3) fuente normativa: resolución administrativa versus aplicación analógica de norma general; (4) responsabilidad de plataformas: solidaria versus ausente; (5) definiciones jurídicas de IA y *deepfakes* explícitas versus inexistentes; y (6) capacidad institucional de *enforcement*. La utilización explícita de estas variables permite superar la comparación meramente descriptiva y habilita un juicio analítico fundado sobre las fortalezas y limitaciones de cada modelo regulatorio.

## 2. Inteligencia artificial y proceso electoral: marco conceptual

### 2.1 Concepto jurídico de inteligencia artificial aplicada a procesos electorales

La delimitación conceptual de la inteligencia artificial constituye un requisito metodológico ineludible para el análisis jurídico de su regulación en el ámbito electoral, toda vez que la ausencia de una definición precisa puede generar incertidumbre normativa y dificultar tanto la aplicación de las disposiciones regulatorias como el control jurisdiccional de su cumplimiento. La Resolución 23732/2024 del Tribunal Superior Eleitoral brasileño ofrece en su artículo 34 una definición que resulta particularmente útil para el análisis jurídico, al caracterizar la inteligencia artificial como un

> sistema computacional desarrollado con base en lógica, en representación del conocimiento o en aprendizaje de máquina, obteniendo arquitectura que lo habilita a utilizar datos de entrada provenientes de máquinas o seres humanos para, con mayor o menor grado de autonomía, producir contenidos sintéticos, previsiones, recomendaciones o decisiones que atiendan a un conjunto de objetivos previamente definidos y sean aptos a influenciar ambientes virtuales o reales.

Esta definición incorpora tres elementos centrales que permiten distinguir los sistemas de IA de otras tecnologías digitales: la autonomía operativa, entendida como la capacidad del sistema de funcionar sin intervención humana constante; la capacidad de aprendizaje o adaptación a partir del procesamiento de datos; y la aptitud para influir en la toma de decisiones o en la percepción de la realidad por parte de terceros.

En el contexto específicamente electoral, la IA se manifiesta principalmente a través de dos grandes categorías de aplicaciones. La primera comprende los sistemas de análisis predictivo y de segmentación de audiencias, que procesan grandes volúmenes de datos personales y comportamentales de los electores con la finalidad de identificar patrones, predecir conductas y optimizar la difusión de mensajes políticos dirigidos a grupos específicos de votantes. Estos sistemas, basados en algoritmos de aprendizaje automático, permiten lo que la literatura especializada denomina *microtargeting* o "hipersegmentación electoral", práctica que ha generado intensos debates sobre sus implicancias para la privacidad, la igualdad en la contienda electoral y la formación autónoma de la voluntad política de los ciudadanos (Rubio Núñez, 2025). La segunda categoría abarca los sistemas generativos, capaces de producir contenidos sintéticos —textos, imágenes, audios o videos— que simulan productos comunicacionales creados por seres humanos o que reproducen con alto grado de fidelidad las ca-

racterísticas visuales o auditivas de personas reales. Los denominados *deepfakes* constituyen la manifestación más problemática de esta categoría, al permitir la creación de representaciones audiovisuales en las cuales se atribuyen a candidatos, dirigentes políticos o personalidades públicas declaraciones, actos o comportamientos que nunca tuvieron lugar en la realidad.

La relevancia jurídica de la IA en el ámbito electoral no radica exclusivamente en las capacidades técnicas de estos sistemas, sino fundamentalmente en su potencial para alterar elementos esenciales del proceso democrático. Como ha señalado la Cámara Nacional Electoral argentina en su jurisprudencia reciente sobre videos falsos, estas tecnologías pueden afectar la capacidad de los ciudadanos de elegir a sus representantes sobre la base de información veraz, distorsionando el debate público que constituye presupuesto necesario para el ejercicio informado del derecho de sufragio. La velocidad de propagación de contenidos en redes sociales, combinada con la dificultad técnica de detectar manipulaciones sofisticadas mediante IA, genera lo que parte de la doctrina ha caracterizado como una "asimetría temporal" entre la producción del daño informativo y la posibilidad de reparación: mientras que un *deepfake* puede viralizarse y alcanzar a millones de electores en cuestión de horas, los mecanismos de verificación, denuncia y eventual remoción del contenido falso operan en escalas temporales significativamente mayores, lo que resulta particularmente grave en el contexto de campañas electorales en las cuales cada día puede resultar determinante para la definición de adhesiones políticas.

### 2.2 Tipología de usos de IA en propaganda electoral

La utilización de inteligencia artificial en campañas políticas admite una clasificación según diversos criterios. Desde la perspectiva de la licitud o conformidad con el ordenamiento jurídico, es posible distinguir entre aplicaciones legítimas de la tecnología, que contribuyen a la eficiencia comunicacional de los partidos y candidatos sin vulnerar derechos fundamentales ni alterar la integridad del proceso comicial, y aplicaciones ilegítimas, que transgreden normas vigentes o afectan bienes jurídicos protegidos. Entre las primeras se encuentran, por ejemplo, los sistemas de análisis de sentimiento en redes sociales que les permiten a las campañas monitorear en tiempo real la recepción de sus mensajes, las herramientas de optimización de la inversión publicitaria en plataformas digitales o la generación de contenido sintético claramente identificado como tal y utilizado con fines creativos o humorísticos sin pretensión de engaño. Entre las

segundas se ubican los *deepfakes* destinados a atribuir falsamente declaraciones o conductas a candidatos o dirigentes políticos, los sistemas automatizados de propagación masiva de desinformación mediante cuentas falsas (*bots*) y las prácticas de *microtargeting* que procesan datos personales obtenidos ilícitamente o que implican formas de discriminación prohibida.

Desde una perspectiva funcional, resulta útil distinguir tres modalidades principales de uso de IA en propaganda electoral. La primera modalidad comprende la creación de contenido sintético con finalidades de suplantación de identidad o atribución falsa de declaraciones. Los *deepfakes* electorales constituyen el paradigma de esta categoría: videos o audios generados mediante técnicas de aprendizaje profundo en los cuales se simula con alto grado de realismo la voz, los gestos faciales y la apariencia de candidatos o personalidades políticas, haciéndoles expresar opiniones, realizar anuncios o adoptar posiciones que nunca sostuvieron en la realidad. El caso más notorio en Argentina fue el video falso difundido en víspera de las elecciones legislativas de mayo de 2025 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el cual se utilizó inteligencia artificial para crear un *deepfake* del expresidente Mauricio Macri anunciando falsamente el retiro de la candidatura de Silvia Lospennato y llamando a votar por la lista de La Libertad Avanza, episodio que motivó denuncia judicial y que la Cámara Nacional Electoral posteriormente caracterizó como delito electoral. Esta modalidad resulta particularmente insidiosa porque explota la confianza que los electores depositan en la veracidad de lo que perciben a través de registros audiovisuales, aprovechando el hecho de que, durante décadas, los videos y las fotografías constituyeron una evidencia fiable de que determinado evento efectivamente ocurrió.

La segunda modalidad abarca el *microtargeting* o hipersegmentación algorítmica de mensajes políticos. Esta práctica consiste en utilizar sistemas de IA para analizar grandes volúmenes de datos personales y comportamentales de los electores —incluyendo información sobre sus preferencias políticas, intereses, hábitos de consumo, geolocalización, actividad en redes sociales y patrones de navegación *web*— con el objetivo de segmentar la audiencia en grupos altamente específicos y dirigir a cada uno de ellos mensajes personalizados diseñados para maximizar su efectividad persuasiva. A diferencia de la propaganda masiva tradicional, en la cual un mismo mensaje es difundido a través de medios de comunicación que alcanzan audiencias amplias e indiferenciadas, el *microtargeting* permite que diferentes grupos de electores reciban mensajes distintos, e incluso contradictorios entre sí, sin que ningún segmento tenga conocimiento

de lo que se les está comunicando a los demás. Esta fragmentación del discurso electoral plantea interrogantes significativos sobre la posibilidad de un debate público genuino y sobre la verificabilidad de las promesas de campaña, además de generar preocupaciones vinculadas con la privacidad de los datos personales utilizados para el perfilamiento.

La tercera modalidad comprende la automatización masiva de la difusión de contenidos mediante cuentas falsas o sistemas de amplificación artificial. Los denominados *bots* electorales son programas informáticos que operan de manera automatizada en redes sociales simulando ser usuarios humanos, con la finalidad de difundir contenidos políticos, interactuar con publicaciones de candidatos o partidos, atacar a adversarios o generar artificialmente la apariencia de que determinada posición cuenta con amplio respaldo popular. Cuando operan coordinadamente, estos sistemas pueden crear tendencias falsas, manipular la visibilidad de determinados temas en las plataformas y alterar la percepción que los electores tienen sobre cuáles son las cuestiones relevantes del debate público y qué posiciones cuentan con mayor adhesión ciudadana. La Cámara Nacional Electoral argentina ha reconocido que estas prácticas forman parte de lo que denomina "campañas de desinformación en redes sociales" que "emplean técnicas sofisticadas" y que "pueden influir decisivamente sobre la capacidad de los ciudadanos de elegir a sus representantes",[2] configurando fenómenos de violencia electoral que distorsionan el debate público.

### 2.3 Bienes jurídicos en tensión: libertad de expresión e integridad electoral

La regulación del uso de inteligencia artificial en la propaganda electoral plantea una tensión constitucional fundamental entre dos bienes jurídicos de jerarquía convencional: la libertad de expresión política, protegida por el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), y el derecho a la integridad del proceso electoral como manifestación del derecho de participación política consagrado en su artículo 23. La resolución de esta tensión no puede realizarse mediante una subordinación abstracta de uno al otro, sino que exige aplicar los criterios de proporcionalidad desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en su jurisprudencia sobre restricciones lícitas a la libertad de expresión.

El artículo 13(2) de la CADH establece que el ejercicio de la libertad de ex-

2 Cámara Nacional Electoral, *Mario Negri*, fallo del 16 de julio de 2025, aplicando analógicamente el artículo 140 de la Ley 19945 (Código Electoral Nacional).

presión podrá estar sujeto a responsabilidades ulteriores expresamente fijadas por ley y necesarias para asegurar el respeto a los derechos de los demás o el orden público. La Corte IDH, en el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (2004), estableció el "test tripartito" para evaluar la legitimidad convencional de restricciones expresivas: la medida debe estar prevista en la ley, orientada a objetivos imperiosos autorizados por la Convención y ser necesaria en una sociedad democrática, lo que implica proporcionalidad estricta entre el medio restrictivo y el fin perseguido. Posteriormente, en el caso *Kimel vs. Argentina* (Corte IDH, 2008), el tribunal reiteró que las restricciones al discurso político deben interpretarse de forma especialmente restrictiva, dado el papel del debate público como presupuesto funcional del sistema democrático.

Aplicados al fenómeno de los *deepfakes* electorales, estos estándares permiten fundamentar la legitimidad convencional de las regulaciones examinadas en este estudio. La prohibición de *deepfakes* no restringe la crítica política, la sátira ni la expresión de opiniones divergentes, sino que proscribe la fabricación deliberada de representaciones fácticas falsas atribuidas a personas reales con finalidad engañosa, conducta conceptualmente distinguible de la opinión política legítima.

La protección de la integridad electoral constituye, además, un objetivo imperioso directamente vinculado al ejercicio efectivo de los derechos reconocidos en el artículo 23 de la CADH. En este sentido, la exigencia de rotulación de contenido sintético lícito representa una alternativa menos restrictiva que la prohibición absoluta, lo que la posiciona como una medida proporcional para usos que no implican intención engañosa. El análisis comparado de los marcos brasileño y argentino será realizado a la luz de estos estándares interamericanos, que operan como parámetro de control de convencionalidad aplicable a ambos ordenamientos.

En esta línea, Pérez Bohórquez et al. (2017) subrayan que la Corte IDH ha rechazado sistemáticamente restricciones basadas en conceptos jurídicos indeterminados o que otorgan discrecionalidad excesiva a las autoridades, exigiendo que las limitaciones estén definidas con precisión en la ley. Esta exigencia de precisión normativa resulta directamente relevante para evaluar la idoneidad del modelo argentino, que recurre a la aplicación analógica del artículo 140 de la Ley 19945 (Código Electoral Nacional) —norma de redacción genérica— como fundamento de la prohibición de *deepfakes*. Piedra (2025) identifica, en el análisis de la jurisprudencia latinoamericana reciente sobre desinformación digital, una tensión entre la remoción rápida de contenido falso para proteger

la integridad electoral y las garantías procesales frente al riesgo de censura excesiva, y argumenta que los estándares de la Corte IDH exigen que cualquier sistema de remoción incluya salvaguardas robustas: definiciones legales precisas, procedimientos transparentes con posibilidad de revisión judicial y proporcionalidad entre infracción y sanción.

Sobre la base del análisis comparado desarrollado por Ramos Padilla (2025), puede proponerse un modelo regulatorio graduado de tres niveles que sirve de referencia para el diseño de marcos normativos regionales. El primer nivel establece prohibiciones absolutas para *deepfakes* que simulan declaraciones de candidatos sobre cuestiones centrales de la campaña sin rotulación clara. El segundo nivel exige rotulación obligatoria para contenido sintético que, aunque no simule declaraciones específicas, pueda inducir a error sobre hechos relevantes para la decisión electoral. El tercer nivel protege plenamente la sátira política, la parodia y otros usos creativos de IA razonablemente identificables como tales por el espectador promedio. Este modelo graduado busca maximizar la protección de la integridad electoral sin sofocar el debate democrático ni la innovación en comunicación política y constituye una síntesis propositiva inspirada en los lineamientos que el propio Ramos Padilla desarrolla en su estudio.

## 3. Marco regulatorio brasileño

### 3.1 Resolución 23732/2024 del TSE

El ordenamiento jurídico brasileño experimentó una transformación significativa con la aprobación de la Resolución 23732, el 27 de febrero de 2024, que modificó sustancialmente la Resolución 23610/2019, incorporando disposiciones inéditas en el derecho comparado sobre el uso de inteligencia artificial en propaganda electoral. El proceso de elaboración incluyó audiencias públicas con representantes de partidos políticos, especialistas en tecnología, académicos del campo del derecho electoral y representantes de plataformas digitales. La resolución fue aprobada por unanimidad del Pleno del TSE y entró en vigor inmediatamente, aplicándose por primera vez en las elecciones municipales de octubre de 2024.

En cuanto a la variable (1), modelo regulatorio, y la variable (2), momento de intervención, la Resolución 23732/2024 materializa con claridad el modelo preventivo *ex ante* que caracteriza al ordenamiento brasileño: establece, con anterioridad al período electoral, prohibiciones expresas y obligaciones de transparencia vinculantes para todos los actores involucrados en propaganda

política. El núcleo más innovador de la resolución reside en las disposiciones específicas sobre contenido sintético. El artículo 9º-C establece una prohibición general de utilización, en la propaganda electoral, de contenido fabricado o manipulado para difundir hechos notoriamente no verídicos o descontextualizados con potencial para causar daños al equilibrio del pleito o a la integridad del proceso electoral. El párrafo primero contiene la prohibición específica de *deepfakes*, estableciendo que está prohibido el uso, para perjudicar o favorecer candidatura, de contenido sintético en formato de audio, video o combinación de ambos que haya sido generado o manipulado digitalmente para crear, sustituir o alterar imagen o voz de persona viva, fallecida o ficticia.

La consecuencia jurídica del incumplimiento se establece en el párrafo segundo, que dispone que el no cumplimiento configura abuso del poder político y uso indebido de los medios de comunicación social, acarreando la casación del registro o del mandato. La calificación de la conducta como abuso del poder político resulta significativa porque constituye causal de inelegibilidad, de modo que el candidato o partido que utilice *deepfakes* no solamente puede ser sancionado con multas, sino que también arriesga la propia viabilidad de la candidatura.

La aplicación práctica de la Resolución 23732/2024 en las elecciones municipales de 2024 generó datos empíricos relevantes. Según el Relatório de Ações e Resultados do Programa Permanente de Enfrentamento à Desinformação — Eleições 2024, publicado por el TSE, el Sistema de Alertas de Desinformação Eleitoral (SIADE) recibió 5250 alertas relativas a desinformación electoral durante el período comprendido entre el 4 de junio y el 27 de octubre de 2024, de los cuales al menos 70 resultaron en diligencias concretas y 2127 fueron dirigidos directamente a las plataformas digitales para su remoción (Tribunal Superior Eleitoral, 2024).

### 3.2 Obligaciones de transparencia y rotulación

En relación con la variable (5), definiciones jurídicas de IA y *deepfakes*, esta se examina cómo Brasil no solo prohíbe conductas, sino que también las define con precisión normativa. El artículo 9º-B y el artículo 2º de la Resolución 23732/2024 construyen el corpus conceptual más desarrollado del derecho electoral comparado en la región, contrastando directamente con la ausencia de definiciones específicas que caracteriza al ordenamiento argentino, aspecto que será analizado en el apartado cuarto.

Junto a la prohibición de *deepfakes*, la Resolución 23732/2024 estableció un régimen de transparencia obligatoria para otros usos lícitos de inteligencia artificial en propaganda electoral. El artículo 9º-B dispone que la utilización en la propaganda electoral de contenido sintético multimedia generado por medio de inteligencia artificial le impone al responsable de la propaganda el deber de informar, de modo explícito, destacado y accesible, que el contenido fue fabricado o manipulado y la tecnología utilizada. Esta norma parte del reconocimiento de que existen usos legítimos de IA en propaganda electoral que no tienen por finalidad engañar al electorado, pero que, de todos modos, deben ser identificados como tales para permitir que los ciudadanos ejerzan su capacidad crítica.

La Resolución 23732/2024 extendió su arquitectura regulatoria más allá del contenido sintético para disciplinar también la infraestructura de su difusión. Los artículos 27-A y 28 establecen un régimen de trazabilidad y titularidad exclusiva para el *impulsionamiento* de contenidos electorales —esto es, la amplificación paga que extiende artificialmente el alcance de publicaciones en redes sociales—, respondiendo a una preocupación central: de poco sirve prohibir el *deepfake* si su difusión masiva puede financiarse de manera anónima o mediante intermediarios no identificados. La lógica regulatoria subyacente es la de responsabilidad por la cadena completa del mensaje electoral, desde su creación hasta su distribución pagada.

### 3.3 Impulsionamiento de contenido y publicidad algorítmica

Desde la perspectiva de las variables (1), modelo regulatorio, y (5), definiciones jurídicas, este apartado evidencia cómo Brasil no se limita a establecer prohibiciones, sino que construye un corpus conceptual preciso para regular prácticas que en Argentina carecen de toda definición legal: el impulsionamiento de contenidos y el *microtargeting* algorítmico.

La Resolución 23732/2024 introdujo restricciones significativas al impulsionamiento de contenidos en redes sociales y a la utilización de técnicas de segmentación algorítmica en propaganda electoral. El impulsionamiento designa la práctica de contratar servicios de amplificación paga para que determinado contenido alcance una audiencia mayor que la que obtendría de manera orgánica, dirigiendo mensajes a usuarios que no siguen las cuentas del candidato, pero que los algoritmos identifican como potencialmente receptivos en función de sus características demográficas, intereses o comportamiento en línea.

Esta práctica plantea desafíos específicos para la fiscalización electoral porque, a diferencia de la propaganda en medios tradicionales —visible para cualquier observador—, el impulsionamiento puede dirigir mensajes diferentes a grupos distintos sin transparencia sobre quién recibe qué contenidos.

El artículo 27-A establece un régimen de trazabilidad para la propaganda impulsionada: quien contrate la amplificación paga del contenido electoral queda obligado a identificarse públicamente, impidiendo así que el impulsionamiento sirva como mecanismo de anonimización de la autoría política. Esta obligación de identificación opera como complemento indispensable de la prohibición de *deepfakes*: de poco serviría prohibir el contenido falso si el responsable de su difusión masiva pudiera permanecer oculto. La norma descansa en la premisa de que los electores tienen derecho a distinguir entre contenido orgánico y propaganda financiada y a conocer quién lo financia.

El artículo 28 refuerza esa arquitectura al reservar la facultad de impulsionar exclusivamente a partidos políticos y precandidatos, exigiendo contratación directa con el proveedor de la aplicación y prohibiendo la intermediación de terceros. Esta restricción persigue un doble objetivo: impedir el financiamiento encubierto de campañas y garantizar la trazabilidad de las transacciones publicitarias.

Este esquema de trazabilidad obligatoria no tiene equivalente en el ordenamiento argentino: ninguna de las disposiciones del Código Electoral Nacional de 1972 ni de los proyectos legislativos en tramitación contempla obligaciones de identificación del financiador del impulsionamiento ni restricciones a la intermediación en publicidad electoral digital, lo que genera una asimetría regulatoria estructural entre ambos sistemas, que la variable (3) del análisis comparado pone de manifiesto con particular claridad.

En lo que concierne específicamente a la variable (5), definiciones jurídicas, la Resolución incorporó dos definiciones conceptuales que no tienen equivalente en el derecho electoral argentino. El *microtargeting* queda definido como la estrategia de segmentación que selecciona personas o grupos clasificados mediante perfilamiento como público-objetivo de mensajes diseñados con base en sus intereses inferidos, con el fin de ampliar la influencia sobre su comportamiento electoral. El perfilamiento, a su vez, se define como el tratamiento automatizado de datos personales para evaluar preferencias, intereses, comportamiento y localización de una persona, incorporando al derecho electoral conceptos provenientes de la legislación de protección de datos. La relevancia de estas definiciones trasciende lo terminológico: al codificarlas, la Resolución

crea el presupuesto normativo para que cualquier uso abusivo de estas técnicas pueda ser sancionado con base en un tipo infractor preciso, superando la dependencia de la analogía que caracteriza al sistema argentino.

Es importante señalar que la Resolución no prohíbe el *microtargeting* ni el perfilamiento, sino que los somete a las obligaciones generales de transparencia y al marco de protección de datos personales. Esta opción regulatoria refleja una posición de equilibrio: reconoce que estas técnicas forman parte de las estrategias comunicacionales contemporáneas y que una prohibición absoluta sería de difícil aplicación efectiva, pero establece límites destinados a evitar abusos. En esa misma lógica, el uso de *chatbots*, avatares y contenidos sintéticos como mecanismo de intermediación con electores queda admitido únicamente con identificación inequívoca de su carácter artificial, norma que busca evitar que los electores sean manipulados mediante sistemas automatizados que simulan interacciones humanas auténticas.

### 3.4 Responsabilidad de plataformas digitales

En lo que respecta a la variable (4), responsabilidad de plataformas, el marco brasileño presenta su expresión más desarrollada de la región y constituye, junto con el modelo europeo del AI Act, el único ordenamiento latinoamericano que establece responsabilidad solidaria de las plataformas digitales durante el período electoral. Este contraste con el modelo argentino —donde la responsabilidad de plataformas es prácticamente inexistente en materia electoral— representa una de las divergencias más significativas del análisis comparado.

Uno de los aspectos más controvertidos de la Resolución 23732/2024 reside precisamente en ese régimen de responsabilidad. El artículo 9º-E dispone que los proveedores de aplicaciones de *internet* serán considerados solidariamente responsables, civil y administrativamente, cuando no promuevan la indisponibilización inmediata de contenidos y cuentas durante el período electoral en casos de: contenidos que contengan discurso de odio, contenidos que inciten a la violencia, contenidos relacionados con el nazismo o fascismo, contenidos antidemocráticos y contenidos que configuren desinformación electoral. Esta disposición rompe con el modelo de responsabilidad establecido en el Marco Civil de Internet, que adoptó el sistema de puerto seguro (*safe harbor*), según el cual los proveedores solamente pueden ser responsabilizados por contenidos generados por terceros si, después de orden judicial específica, no retiran el contenido ilícito.

La competencia del TSE para establecer reglas específicas sobre responsabilidad de plataformas en el contexto electoral encuentra sustento en la interpretación sistemática de los artículos 118 y 121 de la Constitución Federal brasileña, que le atribuyen a la Justicia Electoral competencia exclusiva para normar y fiscalizar los procesos electorales. Conforme a esta interpretación, el TSE, al ejercer su atribución de regulación de la propaganda electoral, puede imponerles obligaciones a todos los actores involucrados en la difusión de contenidos de campaña —incluyendo las plataformas digitales—, toda vez que estas constituyen, en el ecosistema comunicacional contemporáneo, los principales canales a través de los cuales se difunde propaganda electoral. Esta fundamentación constitucional otorgó seguridad jurídica al régimen establecido en el artículo 9°-E y permitió su aplicación efectiva en las elecciones municipales de octubre de 2024, sin que ninguna impugnación jurisdiccional haya logrado suspender su vigencia. La combinación de responsabilidad solidaria con la capacidad de actuación *ex officio* del TSE —analizada en términos de la variable (6), *enforcement*, en el apartado quinto— configura un modelo de fiscalización sin equivalente en América Latina.

### 3.5 Análisis jurisprudencial del TSE

En lo que concierne a la variable (6), capacidad institucional de *enforcement*, la jurisprudencia del TSE permite evaluar empíricamente si el modelo preventivo *ex ante* genera efectiva disuasión o si, pese a las prohibiciones, las infracciones continúan ocurriendo. Los datos disponibles ofrecen una respuesta matizada: la práctica prohibida persiste, pero el sistema institucional brasileño demuestra una capacidad de respuesta sin equivalente en el ordenamiento argentino.

La aplicación de la Resolución 23732/2024 en las elecciones municipales de octubre de 2024 generó los primeros precedentes jurisprudenciales del Tribunal Superior Eleitoral sobre el uso de inteligencia artificial en propaganda electoral. Aunque el universo de decisiones aún es limitado, los casos decididos por el TSE y por los tribunales regionales electorales permiten identificar líneas interpretativas que comienzan a consolidarse y que serán relevantes para las elecciones generales de 2026. Los datos de la Justicia Electoral indican que, durante las elecciones municipales de 2024, fueron presentadas más de setenta denuncias de utilización de *deepfakes* o contenidos sintéticos en violación a la resolución, número significativo que evidencia que la práctica prohibida está efectivamente ocurriendo, pero que también ha encontrado resistencia por

parte de candidatos, partidos y electores que accionaron los mecanismos de fiscalización disponibles.

Un primer grupo de casos involucró videos que simulaban declaraciones de candidatos mediante técnicas de clonación de voz (*voice cloning*) combinadas con imágenes estáticas o animaciones faciales generadas por IA. En uno de los casos más notorios, tramitado ante el Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo (TRE-SP), se denunció la difusión en redes sociales de un video en el cual se le atribuía a un candidato a alcalde declaraciones de contenido racista que nunca había proferido. La pericia técnica determinó que el video había sido creado mediante clonación de voz combinada con una técnica de animación facial denominada *lip sync*, que sincroniza los movimientos labiales de una imagen estática con un audio para crear la ilusión de que la persona está hablando. El TRE-SP consideró configurada la violación al artículo 9º-C y determinó la inmediata remoción del contenido de todas las plataformas, además de ordenar la apertura de una investigación para identificar a los responsables. El tribunal destacó que la prohibición busca proteger no solamente los derechos individuales del candidato afectado, sino fundamentalmente el derecho colectivo de los electores a recibir información veraz y a ejercer el voto de manera libre e informada.[3]

Un segundo grupo de casos involucró situaciones en las cuales candidatos utilizaron contenido generado mediante IA en su propia propaganda sin cumplir la obligación de rotulación del artículo 9º-B. En varios de estos casos, los candidatos argumentaron que se trataba de usos creativos legítimos —generación de imágenes artísticas, creación de viñetas animadas, producción de voces sintéticas para narración— y que, por lo tanto, no existía intención de engañar al electorado. Los tribunales mantuvieron una posición firme: la obligación de rotulación es independiente de la intención de engañar, pues lo que la norma protege es el derecho de los electores a saber que están consumiendo contenido sintético. La sanción aplicada en estos casos fue típicamente la remoción de los contenidos no rotulados y la aplicación de multas, sin que se llegara a la casación de registros, sanción reservada para los casos más graves.

Un tercer grupo planteó cuestiones interpretativas más complejas sobre los límites entre el uso lícito de recursos tecnológicos tradicionales y la utilización

3 El razonamiento desarrollado en este párrafo se basa en el artículo 9º-C de la Resolución TSE N.° 23610/2019, modificada por la Resolución N.° 23732/2024, y en precedentes del Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo sobre desinformación electoral y retirada de contenidos ilícitos en plataformas digitales.

de IA sujeta a rotulación. En uno de estos casos, se cuestionó si la utilización de filtros faciales disponibles en aplicaciones populares de redes sociales constituía un uso de IA sujeto a rotulación. El TSE entendió que estos recursos, por tratarse de funcionalidades nativas de las plataformas, de uso generalizado en contextos no electorales y sin finalidad de crear contenido sintético que simule eventos que no ocurrieron, no están alcanzados por la obligación de rotulación. Esta interpretación restrictiva busca evitar cargas desproporcionadas sobre el uso cotidiano de redes sociales, reservando las obligaciones para los casos en que efectivamente se utiliza IA para generar o manipular contenidos de manera significativa. El conjunto de estos precedentes confirma que la variable (6) distingue estructuralmente ambos ordenamientos: Brasil dispone de un órgano jurisdiccional con capacidad de actuar *ex officio*, dictar medidas cautelares inmediatas y construir jurisprudencia vinculante, capacidad institucional que Argentina no posee y que ninguno de los proyectos legislativos en tramitación aborda de forma satisfactoria.

## 4. Marco regulatorio argentino

### 4.1 Código Electoral Nacional y laguna normativa

En relación con las variables (3), fuente normativa, y (5), definiciones jurídicas, Argentina ilustra el extremo opuesto del espectro regulatorio respecto de Brasil: su única fuente es un código de 1972 que no contempla tecnologías digitales y carece por completo de definiciones específicas de IA, *deepfake* o contenido sintético en materia electoral. Esta ausencia no es meramente formal, sino que tiene consecuencias estructurales sobre la capacidad del sistema para responder a los desafíos que plantea la IA generativa en contextos electorales.

El ordenamiento jurídico argentino en materia de propaganda electoral se estructura fundamentalmente en torno al Código Electoral Nacional, sancionado mediante la Ley 19945 en 1972 y objeto de múltiples modificaciones a lo largo de más de cinco décadas. A diferencia de Brasil, donde el Tribunal Superior Eleitoral cuenta con competencia normativa amplia para actualizar mediante resoluciones las reglas aplicables a la propaganda política, en Argentina la regulación de estos aspectos depende exclusivamente de la sanción de leyes por parte del Congreso Nacional, lo que genera mayor inercia en la adaptación del marco normativo a las transformaciones tecnológicas.

El Código Electoral Nacional no contiene disposiciones específicas sobre propaganda electoral en internet, redes sociales o plataformas digitales, laguna

normativa que refleja el hecho de que la mayor parte del articulado vigente fue sancionado en un momento histórico en el cual estas tecnologías no existían o tenían penetración marginal. Las referencias contenidas en el Código a medios de difusión de propaganda se circunscriben fundamentalmente a la radio, la televisión y los medios gráficos. El artículo 140 sanciona con prisión de dos meses a dos años a quien con engaños induja a otro a sufragar en determinada forma o a abstenerse de hacerlo. Esta norma, de redacción genérica, ha sido interpretada por la Cámara Nacional Electoral como aplicable a la difusión de *deepfakes* destinados a inducir a error a los electores, interpretación que, como se analizará a continuación, genera tensiones con el principio de legalidad penal por recurrir a la analogía en materia sancionatoria.

### 4.2 Jurisprudencia de la Cámara Nacional Electoral

En lo que respecta a la variable (5), definiciones jurídicas, la ausencia de definiciones legales en Argentina no ha impedido que los tribunales construyan conceptos operacionales por vía jurisprudencial. En los casos *Negri* y *Macri*, la Cámara Nacional Electoral desarrolló dos criterios que, aunque no codificados, cumplen funcionalmente el mismo papel que las definiciones legales del TSE brasileño: el criterio de identificabilidad, si el contenido puede ser reconocido como sátira por el espectador promedio, y el de inducción al error sobre hechos relevantes configuran una tipología pretoriana que suple, en parte, el vacío del Código. Sin embargo, en cuanto a la variable (6), capacidad institucional de *enforcement*, la dependencia del sistema argentino de denuncias individuales y tramitación judicial evidencia la asimetría temporal estructural: el caso *Macri* tardó días en resolverse mientras el video ya acumulaba 500.000 visualizaciones, contrastando directamente con el mecanismo de fiscalización *ex officio* del TSE, cuyo sistema SIADE tramitó 2.127 encaminamientos directos a plataformas digitales para análisis y posible remoción de contenidos durante las elecciones municipales de 2024 sin requerir una denuncia judicial previa

Ante la ausencia de regulación legislativa específica sobre *deepfakes*, la Cámara Nacional Electoral ha debido interpretar las normas generales de la Ley 19945 (Código Electoral Nacional) para resolver casos concretos. El precedente más relevante es el caso *Mario Negri*, resuelto por la Cámara Nacional Electoral mediante fallo del 16 de julio de 2025. El video *deepfake* denunciado mostraba al candidato pronunciando declaraciones que nunca había realizado y fue difundido durante las elecciones primarias abiertas simultáneas obligatorias

(PASO) de 2021. La Cámara ordenó la remoción inmediata del contenido y confirmó el procesamiento de María Victoria Villaver, aplicando analógicamente el artículo 140 de la Ley 19945, que sanciona a quien con engaños induja a otro a sufragar en determinada forma. El tribunal consideró que los videos falsos constituían precisamente ese engaño destinado a inducir a los electores a modificar su decisión de voto y destacó que las campañas de desinformación en redes sociales emplean técnicas sofisticadas que pueden influir decisivamente sobre la capacidad de los ciudadanos de elegir a sus representantes.

El caso *Mauricio Macri*, ocurrido en víspera de las elecciones legislativas de mayo de 2025 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, le permitió a la justicia electoral aplicar los criterios sentados en *Negri* a un contexto en el cual la tecnología utilizada era significativamente más sofisticada. El video falso utilizó técnicas de IA generativa para crear un *deepfake* hiperrealista en el cual Macri supuestamente anunciaba el retiro de la candidatura de Silvia Lospennato y llamaba a votar por Manuel Adorni. El Tribunal Electoral de la Ciudad de Buenos Aires, mediante la Resolución 37/2025,[4] ordenó la remoción de las publicaciones y estableció criterios para distinguir entre sátira política legítima y desinformación sancionable: la sátira está protegida por la libertad de expresión siempre que sea razonablemente identificable como tal por el espectador promedio; en contraste, el contenido que simula autenticidad mediante técnicas de IA sin indicación clara de su carácter sintético y que puede inducir a error al electorado sobre hechos relevantes para la decisión electoral no está protegido y puede ser sancionado. Este criterio de identificabilidad constituye el aporte jurisprudencial más relevante del caso y el equivalente funcional, aunque no normativo, a las definiciones explícitas de la Resolución 23732/2024 del TSE.

### 4.3 Proyectos legislativos en tramitación

Desde la perspectiva de las variables (3), fuente normativa, y (4), responsabilidad de plataformas, los proyectos en tramitación revelan una convergencia política notable: todos ellos, con distintos matices, proponen migrar el modelo argentino hacia una arquitectura regulatoria más próxima a la brasileña, incorporando definiciones explícitas, obligaciones de rotulación y regímenes de responsabilidad solidaria para plataformas. Sin embargo, la multiplicidad

4 TECABA, Resolución N.° 37/2025, 18 de mayo de 2025, jueces Roberto Requejo, Romina Tesone y Rodolfo Ariza Clerici.

de iniciativas sin consenso evidencia la limitación estructural de depender del proceso legislativo ordinario para regular fenómenos tecnológicos de evolución acelerada, limitación que la variable (3) pone de manifiesto con particular claridad al comparar la agilidad normativa del TSE con la inercia del Congreso Nacional argentino.

El proyecto presentado por el diputado nacional Julio Cobos (Unión Cívica Radical), denominado "Protección del Régimen Electoral frente a la desinformación generada por contenidos manipulados" e ingresado el 23 de mayo de 2025 con el respaldo de legisladores del peronismo, el radicalismo y La Libertad Avanza, constituye la iniciativa legislativa más comprehensiva en tramitación (Memo.com.ar, 2025). Propone modificar el Código Nacional Electoral incorporando un nuevo capítulo dedicado específicamente a la regulación del uso de inteligencia artificial en propaganda electoral, con prohibición expresa de *deepfakes*, obligación de rotulación de contenido sintético y un período de restricción de sesenta días antes de las elecciones durante el cual las plataformas digitales quedarían obligadas a eliminar videos manipulados denunciados en un plazo máximo de 48 horas. Entre las demás iniciativas relevantes, se encuentran tres proyectos en tramitación ante la Cámara de Diputados y el Senado de la Nación: uno que propone la identificación obligatoria de contenido sintético en propaganda electoral, otro que establece un régimen de responsabilidad solidaria entre candidatos y plataformas con sanciones pecuniarias progresivas y un tercero que propone la creación de un Registro Nacional de Contenido Electoral Generado por IA. El diputado Oscar Agost Carreño (Encuentro Federal), mediante proyecto ingresado el 26 de junio de 2025, presentó además una iniciativa con enfoque más punitivo que prevé la inhabilitación para ser candidato de quienes participen en maniobras de manipulación digital mediante IA, extensiva al resto de los integrantes de la lista electoral, con un procedimiento sumarísimo ante la Justicia Electoral (Infonews, 2025).

Todos estos proyectos se encuentran en tramitación en comisiones del Congreso Nacional sin que ninguno haya alcanzado sanción definitiva. Esta situación contrasta marcadamente con el modelo brasileño, donde la competencia normativa del TSE permitió una respuesta regulatoria ágil sin depender del proceso legislativo ordinario. Las convergencias y divergencias entre ambos marcos —analizadas sistemáticamente a través de las seis variables comparativas— serán desarrolladas en el apartado siguiente.

## 5. Análisis comparado

El siguiente análisis examina sistemáticamente los marcos regulatorios de Brasil y Argentina a través de seis variables comparativas definidas en la metodología. La incorporación de la AI Act europea como tercer término de comparación permite situar ambos ordenamientos latinoamericanos en el contexto del derecho comparado global y evaluar en qué medida se aproximan o se distancian del modelo regulatorio más avanzado actualmente vigente. La Tabla 1 sintetiza los resultados del análisis, que se desarrolla en detalle en los apartados 5.1 a 5.4.

**Tabla 1**
**Comparación de los marcos regulatorios de Brasil, Argentina y la Unión Europea en materia de inteligencia artificial y propaganda electoral**

| Variable comparativa | Brasil | Argentina | UE (AI Act) |
|---|---|---|---|
| (1) Modelo regulatorio | Preventivo | Reactivo | Híbrido (*ex ante* + *ex post*) |
| (2) Momento de intervención | *Ex ante* | *Ex post* | *Ex ante* + supervisión continua |
| (3) Fuente normativa | Resolución del TSE (competencia cuasi legislativa) | Aplicación analógica del Código Electoral de 1972 | Reglamento del Parlamento Europeo |
| (4) Responsabilidad de plataformas | Solidaria durante período electoral (art. 9°-E) | Ausente; determinada caso por caso | Obligaciones sobre proveedores de IA y plataformas |
| (5) Definiciones jurídicas de IA y *deepfakes* | Explícitas y detalladas (arts. 2 y 34 de la Resolución) | Inexistentes en la ley; construidas por jurisprudencia | Las más completas del derecho comparado |
| (6) Capacidad institucional de enforcement* | Alta: TSE actúa de oficio; SIADE recibió 5.250 alertas; el CIEDDE realizó 147 acciones institucionales en 2024 | Baja: solo reactiva ante denuncia; sin órgano especializado | Alta: autoridades nacionales coordinadas supranacionalmente |

Fuente: elaboración propia con base en la Resolución TSE N.° 23732/2024, en la Ley 19945 (Código Electoral Nacional argentino) en el Reglamento (UE) 2024/1689 (AI Act) y en jurisprudencia de la Cámara Nacional Electoral argentina (casos *Negri*, 2025, y *Macri*, 2025).
*El término *enforcement* se utiliza en su acepción técnico-jurídica de capacidad institucional de aplicación y fiscalización efectiva de las normas, que comprende tanto la detección de infracciones como la imposición de sanciones y el seguimiento del cumplimiento.

### 5.1 Convergencias regulatorias

El examen de los marcos regulatorios brasileño y argentino permite identificar convergencias significativas que trascienden las diferencias en los instrumentos jurídicos utilizados. La primera convergencia fundamental reside en el reconocimiento compartido de que la inteligencia artificial, y particularmente los *deepfakes*, constituyen una amenaza real y significativa para la integridad de los procesos electorales democráticos. Tanto la Resolución 23732/2024 del Tribunal Superior Eleitoral brasileño como la jurisprudencia de la Cámara Nacional Electoral argentina en los casos Negri y Macri parten de la constatación de que los contenidos sintéticos generados mediante IA tienen potencial para inducir a error a los electores, distorsionar el debate público y afectar la libertad e información del sufragio.

Una segunda convergencia importante se encuentra en la identificación de los bienes jurídicos que justifican la intervención regulatoria del Estado. Tanto Brasil como Argentina reconocen que lo que está en juego no es solamente la protección de derechos individuales de candidatos o dirigentes políticos cuya imagen o reputación puedan verse afectadas por *deepfakes*, sino fundamentalmente la tutela de un bien jurídico colectivo: el derecho de los ciudadanos a participar en procesos electorales genuinos, basados en información veraz y en condiciones de igualdad entre las opciones en competencia. Esta coincidencia en la identificación del bien jurídico tutelado resulta relevante porque determina el tipo de enfoque regulatorio que resulta apropiado.

Una tercera convergencia se verifica en el reconocimiento de que el engaño deliberado mediante *deepfakes* no constituye ejercicio legítimo de la libertad de expresión merecedor de tutela constitucional. Tanto en Brasil como en Argentina, los tribunales han rechazado el argumento según el cual la creación y difusión de videos falsos podría ampararse en la libertad de expresión política, estableciendo que existe una diferencia cualitativa entre la crítica política legítima y la fabricación deliberada de representaciones falsas destinadas a engañar. Ambos países reconocen también la necesidad de establecer obligaciones diferenciadas para los diversos actores involucrados en el ecosistema digital de las campañas electorales, adoptando un enfoque de responsabilidad compartida.

Una cuarta convergencia, de naturaleza constitucional, reside en que tanto el ordenamiento brasileño como el argentino operan dentro del marco de protección de la libertad de expresión establecido por el artículo 13 de la CADH, que garantiza este derecho, pero admite restricciones cuando sean necesarias para asegurar el respeto a los derechos de los demás o la protección de la seguridad na-

cional, el orden público, la salud o la moral públicas. La Corte IDH ha precisado los contornos de estas restricciones legítimas en casos paradigmáticos. En *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (2004, Serie C N.º 107), estableció que las restricciones a la libertad de expresión en materia de interés público deben ser excepcionales, estar previstas en ley previa, perseguir una finalidad legítima y ser necesarias y proporcionales en una sociedad democrática. En *Kimel vs. Argentina* (2008, Serie C N.º 177), reafirmó que el debate político abierto es un valor central de la democracia que justifica una protección reforzada de la expresión, incluso cuando resulta crítica o incómoda para quienes ejercen el poder. Aplicados al contexto de los *deepfakes* electorales, estos estándares ofrecen un parámetro interamericano preciso: las prohibiciones establecidas por la Resolución 23732/2024 del TSE y los criterios jurisprudenciales de la Cámara Nacional Electoral argentina resultan compatibles con el artículo 13 de la CADH en la medida en que no prohíben la crítica política, la sátira ni la expresión exagerada, sino exclusivamente la fabricación deliberada de representaciones falsas destinadas a engañar al electorado sobre hechos que este no tuvo oportunidad de verificar. La distinción entre sátira identificable y desinformación simulada —que el TECABA articuló en el caso *Macri* como criterio de identificabilidad— es precisamente la línea que el estándar interamericano traza entre restricción legítima y censura.

### 5.2 Divergencias en el enfoque regulatorio

Las divergencias entre los marcos regulatorios brasileño y argentino pueden organizarse sistemáticamente a partir de las seis variables comparativas definidas en la metodología. El análisis revela que las diferencias no son puntuales, sino estructurales: los dos sistemas difieren en cada una de las dimensiones examinadas, configurando arquitecturas regulatorias cualitativamente distintas.

En cuanto a las variables (1) y (2), modelo regulatorio y momento de intervención, la divergencia más significativa reside en el carácter preventivo o reactivo de la intervención estatal. Brasil ha adoptado un modelo *ex ante* en el cual la Justicia Electoral establece, mediante resolución de alcance general y con anterioridad a las elecciones, prohibiciones específicas y obligaciones de transparencia que vinculan a todos los actores involucrados en propaganda electoral. La Resolución 23732/2024 prohíbe expresamente la utilización de *deepfakes*, establece el deber de rotular contenidos sintéticos, fija obligaciones de identificación para propaganda impulsionada y crea un régimen de responsabilidad para plataformas digitales. Este modelo preventivo permite que candidatos, partidos

y plataformas conozcan *ex ante* cuáles son las conductas prohibidas, generando incentivos para el cumplimiento espontáneo. Argentina, en cambio, mantiene un enfoque reactivo *ex post*, caracterizado por la ausencia de prohibiciones específicas establecidas con anterioridad a las elecciones y por la dependencia de la intervención judicial caso por caso ante denuncias concretas. La experiencia del caso *Macri* evidenció las limitaciones de este enfoque: aunque la Justicia Electoral ordenó la remoción del video falso, esa decisión se adoptó cuando el contenido ya se había viralizado y alcanzado 500.000 visualizaciones.

En cuanto a la variable (3), fuente normativa, en Brasil el Tribunal Superior Eleitoral ejerce competencia normativa cuasi legislativa que le permite actualizar mediante resoluciones las reglas aplicables a la propaganda electoral, adaptándolas de manera ágil a los cambios tecnológicos. Argentina, en cambio, no le otorga a la Cámara Nacional Electoral competencia legislativa, de modo que toda regulación sustantiva debe emanar del Congreso mediante ley formal. Esta diferencia en las fuentes normativas explica en buena medida por qué Brasil pudo desarrollar un marco regulatorio específico sobre IA en propaganda electoral mientras Argentina permanece con un vacío normativo que solo la jurisprudencia suple parcialmente.

En cuanto a la variable (4), responsabilidad de plataformas, la Resolución 23732/2024 establece que las plataformas serán consideradas solidariamente responsables si no remueven inmediatamente contenidos ilícitos durante el período electoral, régimen convalidado por el STF. Argentina no cuenta con ninguna disposición equivalente, y los tribunales han debido determinar caso por caso el alcance de las obligaciones de colaboración de las plataformas aplicando principios generales del derecho. Esta divergencia tiene consecuencias prácticas significativas: en Brasil, las plataformas enfrentan un régimen de responsabilidad más estricto durante campañas electorales, lo que genera incentivos para que inviertan en mecanismos de detección y remoción de contenidos ilícitos.

En cuanto a la variable (5), definiciones jurídicas, Brasil dispone del corpus conceptual más desarrollado de la región: la Resolución 23732/2024 define explícitamente IA, *deepfake*, *microtargeting* y *perfilamiento*, proporcionando certeza normativa a todos los actores del ecosistema electoral. Argentina carece de toda definición legal en la materia; los conceptos operacionales con los que trabajan sus tribunales —el criterio de identificabilidad y el de inducción al error sobre hechos relevantes— son construcciones jurisprudenciales que, aunque funcionalmente equivalentes, no tienen el mismo efecto disuasorio *ex ante* que las definiciones legales explícitas.

En cuanto a la variable (6), capacidad institucional de *enforcement*, la divergencia es quizás la más pragmáticamente relevante y la menos atendida por los proyectos legislativos en tramitación. Brasil cuenta con un organismo jurisdiccional con competencia normativa, presupuesto técnico propio y capacidad de actuar de oficio —sin necesidad de denuncia— para detectar y remover contenidos ilícitos: los datos oficiales de las elecciones municipales de 2024 así lo confirman. Según el *Relatório de Ações e Resultados* del Programa Permanente de Enfrentamento à Desinformação del TSE, entre el 4 de junio y el 27 de octubre de 2024 el Sistema de Alertas de Desinformação Eleitoral (SIADE) recibió un total de 5.250 alertas relativas a desinformación electoral: de ellas, 2.127 fueron remitidos directamente a las plataformas digitales para análisis y eventual remoción de contenidos; al menos 70 alertas motivaron diligencias concretas por parte de los órganos públicos integrantes del Centro Integrado de Enfrentamento à Desinformação e Defesa da Democracia (CIEDDE), totalizando 147 acciones institucionales; y 1.287 alertas fueron descentralizadas hacia los Tribunais Regionais Eleitorais para tratamiento local (Tribunal Superior Eleitoral, 2024). Estos datos demuestran que el *enforcement* brasileño no depende exclusivamente de la iniciativa de los perjudicados, sino que opera a través de una arquitectura institucional de respuesta multinivel —TSE, TREs, órganos de seguridad pública y plataformas— sin equivalente en el ordenamiento argentino.

En el extremo opuesto, ni la Dirección Nacional Electoral argentina —carente de competencias sancionatorias autónomas— ni la Cámara Nacional Electoral —que solo actúa ante denuncias concretas— conforman una estructura de fiscalización proactiva comparable. De poco sirve regular con precisión si no existe capacidad institucional para verificar el cumplimiento; este es precisamente el factor que ninguno de los proyectos legislativos en tramitación aborda de forma satisfactoria: ninguna de las iniciativas contempla la creación de un órgano con competencia normativa propia, capacidad de actuación de oficio y recursos técnicos especializados para la detección autónoma de contenidos ilícitos.

Cabe señalar, no obstante, que la dicotomía preventivo/reactivo no debe ser entendida de forma absoluta. El modelo brasileño no es puramente *ex ante*: el Ministerio Público Electoral y los propios candidatos pueden accionar mecanismos de respuesta judicial *ex post* ante violaciones a la Resolución 23732/2024, y la sanción de casación del registro requiere proceso contradictorio posterior al acto ilícito. Inversamente, Argentina no carece por completo de elementos preventivos: la Cámara Nacional Electoral ha desarrollado protocolos informales de cooperación con plataformas digitales para remover contenidos claramente

ilegales antes de que las denuncias formales sigan su curso completo. La distinción es, por tanto, de énfasis y de arquitectura regulatoria dominante, no de exclusividad de uno u otro modelo. Esta matización indica que el desafío regulatorio para ambos países no es sustituir integralmente un modelo por otro, sino incorporar selectivamente los elementos más eficaces de cada aproximación, tarea a la que se dedica el apartado sexto.

### 5.3 Desafíos comunes

No obstante las divergencias identificadas en los enfoques regulatorios adoptados por Brasil y Argentina, ambos países enfrentan desafíos comunes que trascienden las particularidades de cada marco normativo. El primer desafío común reside en la tensión entre la velocidad de evolución tecnológica y la inercia normativa característica de los sistemas jurídicos. Las técnicas de generación de contenidos sintéticos mediante inteligencia artificial evolucionan a un ritmo exponencial, con nuevos modelos y herramientas que surgen continuamente. Esta democratización del acceso a tecnologías de creación de *deepfakes* agudiza el desafío regulatorio, toda vez que torna más difícil identificar a los responsables de contenidos ilícitos y hace más compleja la fiscalización del cumplimiento de eventuales prohibiciones.

Un segundo desafío común se relaciona con la transnacionalidad de las plataformas digitales y la inexistencia de fronteras en el ciberespacio. Las principales redes sociales en las cuales se difunde propaganda electoral son empresas con sede en Estados Unidos o en otros países, que operan servicios accesibles globalmente y que no siempre reconocen la obligación de cumplir con regulaciones nacionales. Si bien tanto Brasil como Argentina han logrado cierto grado de cooperación de las principales plataformas en la remoción de contenidos que violan leyes locales, esa cooperación no está garantizada y puede variar según cambios en las políticas corporativas de esas empresas.

Un tercer desafío común reside en las dificultades técnicas para detectar *deepfakes* sofisticados. Aunque existen herramientas forenses de detección de contenidos sintéticos basadas en el análisis de artefactos digitales característicos de la generación mediante IA, esas herramientas enfrentan limitaciones significativas. Operan en una lógica de carrera armamentista con los algoritmos generativos: cada vez que se desarrolla una técnica de detección, surgen nuevos modelos generativos diseñados específicamente para eludir esa detección. Tanto Brasil como Argentina enfrentan también el desafío de calibrar adecuadamente

las restricciones al uso de IA en propaganda electoral de modo que protejan efectivamente la integridad del proceso comicial sin generar efectos colaterales indeseados sobre la libertad de expresión. Estos desafíos compartidos por los marcos regulatorios latinoamericanos se observan también en otras jurisdicciones, como evidencia el reciente desarrollo normativo en la Unión Europea.

Un cuarto desafío común, insuficientemente atendido en ambos marcos regulatorios, es la dimensión de género de la desinformación digital. Los *deepfakes* y las campañas de desinformación afectan desproporcionadamente a candidatas mujeres, constituyendo una forma de violencia política de género en la esfera digital con efectos sistémicos sobre la participación política igualitaria. Koch et al. (2024) analizaron 10 millones de *tweets* dirigidos a candidatas en las elecciones brasileñas de 2022, documentando que las candidatas jóvenes, de izquierda y con alta visibilidad pública recibieron significativamente más ataques misóginos que sus candidatos masculinos. El estudio identificó un efecto silenciador: los aumentos en *tweets* misóginos en una semana se asociaron con reducciones en la actividad en Twitter de las candidatas afectadas en la semana siguiente, sugiriendo que los ataques coordinados logran su objetivo de reducir la participación política de las mujeres (Koch et al., 2024). Vinogradova (2024), en un análisis comparado de experiencias internacionales, documenta que el uso no autorizado de *deepfakes* políticos constituye una herramienta deliberada de manipulación electoral, cuyo impacto cognitivo sobre la audiencia varía según el tipo de manipulación y el perfil del objetivo, con efectos particularmente pronunciados cuando las víctimas son figuras públicas de alta visibilidad. En el contexto latinoamericano, Vélez Bermello et al. (2025) analizaron la percepción ciudadana sobre *deepfakes* en las elecciones ecuatorianas de 2025, evidenciando los desafíos que plantea la proliferación de contenido sintético para la integridad electoral y la confianza de la ciudadanía en los procesos democráticos. Barrientos-Báez et al. (2024) conceptualizan estos *deepfakes* como violencia política de género, argumentando que imágenes falsas que sexualizan, humillan o desacreditan a candidatas constituyen violaciones de derechos humanos y obstáculos estructurales para la participación política igualitaria. Ríos Tobar (2024), en un informe para International IDEA, identifica un *continuum* que va desde el acoso coordinado hasta los *deepfakes* sexualizados, y recomienda que las regulaciones sobre IA electoral incluyan protecciones específicas para candidatas, mecanismos de respuesta rápida y capacitación en perspectiva de género para operadores de justicia electoral.

Ninguno de los dos marcos regulatorios analizados —ni la Resolución

23732/2024 del TSE ni la jurisprudencia de la Cámara Nacional Electoral— contiene disposiciones específicas sobre esta dimensión, laguna que debería ser subsanada mediante la incorporación de un principio de perspectiva de género en ambos ordenamientos. Dicho principio debería reconocer los patrones diferenciados de victimización, establecer protecciones específicas contra *deepfakes* que constituyan violencia política de género, y garantizar procedimientos sensibles a las particularidades de los ataques misóginos.

### 5.4 Contexto regulatorio internacional: el AI Act europeo

El análisis del AI Act europeo enriquece el estudio comparado al ofrecer un tercer modelo que puede ser examinado a través de las mismas seis variables que estructuran la comparación bilateral. En términos de la variable (1), modelo regulatorio, el AI Act representa un modelo híbrido que combina obligaciones *ex ante* para desarrolladores con sanciones *ex post* por incumplimiento, superando la dicotomía preventivo-reactivo que caracteriza la comparación Brasil-Argentina y sugiriendo que los sistemas regulatorios más avanzados tienden precisamente hacia esa convergencia. En términos de la variable (4), responsabilidad de plataformas, impone obligaciones directas sobre proveedores de sistemas de IA, incluidos los utilizados para contenido electoral, añadiendo la responsabilidad del fabricante de herramientas a la del usuario. En términos de la variable (5), definiciones jurídicas, ofrece el corpus conceptual más desarrollado del derecho comparado. En términos de la variable (6), *enforcement*, el sistema de autoridades nacionales coordinadas a nivel europeo podría inspirar mecanismos de cooperación regional en América Latina.

El Reglamento (UE) 2024/1689, conocido como AI Act y aprobado en junio de 2024, establece el marco regulatorio más comprehensivo sobre inteligencia artificial a nivel global. El artículo 52 dispone obligaciones de transparencia para sistemas de IA que generen contenido sintético, incluyendo texto, audio, imagen o video, exigiendo que los usuarios sean informados de manera clara cuando interactúan con contenido generado artificialmente. Esta obligación de rotulación converge con las disposiciones de la Resolución 23732/2024 del TSE, aunque el marco europeo adopta un enfoque más amplio que trasciende el contexto exclusivamente electoral. El considerando 106 reconoce expresamente que el uso de técnicas de manipulación mediante IA puede afectar procesos democráticos, categorizando como "alto riesgo" los sistemas de IA utilizados para influenciar elecciones, lo que implica obligaciones reforzadas

de evaluación de riesgos, transparencia, supervisión humana y rendición de cuentas.

En conjunto, el AI Act se aproxima más al modelo brasileño en materia de transparencia y rotulación obligatoria y adopta un enfoque más cercano al argentino en cuanto a la centralidad de la intervención judicial para la determinación de ilicitud, pero supera a ambos en sistematicidad de la clasificación de riesgos y en institucionalización de la supervisión multinivel. El modelo europeo de gobernanza, con autoridades nacionales coordinadas supranacionalmente, podría inspirar eventuales iniciativas de armonización regulatoria en el ámbito latinoamericano, cuestión retomada en los principios regulatorios del apartado sexto.

## 6. Principios regulatorios fundamentales

La experiencia comparada de Brasil y Argentina, así como los desarrollos normativos en otras jurisdicciones, permiten identificar un conjunto de principios fundamentales que deberían orientar la regulación del uso de inteligencia artificial en procesos electorales, principios que podrían servir de base para la eventual construcción de estándares regionales en América Latina.

El primer principio fundamental es el de transparencia algorítmica, que exige que los electores puedan conocer cuándo están siendo objeto de segmentación mediante algoritmos, qué datos personales se utilizan para ese perfilamiento y quién es responsable de la propaganda que reciben. La materialización de este principio requeriría que las regulaciones nacionales establezcan obligaciones de divulgación sobre criterios de segmentación utilizados en propaganda electoral, sobre volúmenes de inversión publicitaria dirigida a diferentes grupos de electores y sobre las fuentes de los datos utilizados para el perfilamiento.

El segundo principio rector es el de trazabilidad del contenido, que exige que todo contenido sintético o manipulado mediante inteligencia artificial que se utilice en propaganda electoral sea claramente identificado como tal mediante rotulación visible y accesible. Este principio responde a la constatación de que los electores tienen derecho a saber si están consumiendo registros auténticos de eventos reales o representaciones fabricadas mediante tecnología. La trazabilidad implica también que debe ser posible identificar la cadena de responsabilidad por la creación y difusión de contenidos sintéticos.

El tercer principio fundamental es el de responsabilidad compartida, que reconoce que la integridad de los procesos electorales en el entorno digital no

puede depender exclusivamente de la autorregulación de candidatos y partidos políticos, ni recaer íntegramente sobre las plataformas tecnológicas, ni constituir responsabilidad exclusiva de los organismos electorales. Una regulación efectiva debe establecer obligaciones diferenciadas pero complementarias para cada uno de estos actores.

El cuarto principio rector es el de proporcionalidad regulatoria, que exige que las restricciones impuestas al uso de tecnologías digitales en propaganda electoral sean idóneas para alcanzar los objetivos legítimos de protección de la integridad del proceso comicial, necesarias en el sentido de que no existan medidas alternativas igualmente eficaces, pero menos restrictivas, y proporcionadas en sentido estricto de modo que los beneficios para el bien jurídico protegido superen los costos en términos de limitación de derechos.

Un quinto principio fundamental es el de protección reforzada en períodos electorales, que reconoce que durante campañas oficiales los riesgos para la integridad del proceso comicial se intensifican y justifican así la aplicación de un régimen más estricto que el aplicable en tiempos ordinarios. Este principio fundamenta, por ejemplo, la posibilidad de establecer obligaciones más rigurosas de moderación de contenidos para plataformas digitales durante el período electoral, o la aplicación de plazos más breves para la remoción de *deepfakes* denunciados cuando se aproxima la fecha del comicio.

El sexto principio rector es el de no discriminación algorítmica, que prohíbe la utilización de criterios de segmentación de propaganda electoral que impliquen discriminación basada en categorías sospechosas tales como raza, etnia, religión, orientación sexual o identidad de género. Si bien el *microtargeting* puede basarse legítimamente en criterios demográficos, geográficos o de intereses declarados voluntariamente por los electores, no puede utilizarse para dirigir mensajes específicamente diseñados para explotar vulnerabilidades de grupos protegidos.

Finalmente, puede proponerse como séptimo principio fundamental el de participación ciudadana en la fiscalización, que reconoce que la protección de la integridad electoral no puede depender exclusivamente de la capacidad de acción de organismos estatales, sino que debe incorporar mecanismos que le permitan a la ciudadanía, a organizaciones de la sociedad civil y a observadores electorales contribuir a la identificación de transgresiones y al control del cumplimiento de las normas.

El octavo principio fundamental, cuya ausencia en ambos marcos regulatorios ha sido identificada como una de las principales lagunas del análisis com-

parado, es el de perspectiva de género. Este principio requiere que los marcos regulatorios reconozcan y aborden la dimensión diferenciada de la desinformación digital sobre candidatas mujeres. Las regulaciones deben incluir protecciones específicas contra *deepfakes* que constituyan violencia política de género, los procedimientos de denuncia deben ser sensibles a las particularidades de los ataques misóginos y las autoridades electorales deben desarrollar capacidades para identificar patrones de violencia digital diferenciados por género (Barrientos-Báez et al., 2024; Ghawi et al., 2025; Ríos Tobar, 2024). La incorporación de este principio en futuros marcos regulatorios nacionales y en eventuales estándares regionales es una condición necesaria para que la protección de la integridad electoral sea verdaderamente igualitaria.

La adopción de estos ocho principios fundamentales permitiría establecer un marco regulatorio equilibrado que proteja la integridad de los procesos electorales frente a los riesgos asociados al uso indebido de inteligencia artificial, sin comprometer de manera desproporcionada la libertad de expresión ni frenar la innovación tecnológica. Su implementación efectiva requeriría adaptaciones a las particularidades institucionales de cada país, pero podría constituir la base para la eventual construcción de estándares comunes en el ámbito regional latinoamericano. Las conclusiones que se presentan a continuación sintetizan los principales hallazgos del análisis comparado y formulan recomendaciones específicas de política legislativa para Brasil y Argentina.

## 7. Conclusiones

El análisis comparado de los marcos regulatorios de Brasil y Argentina en materia de inteligencia artificial y propaganda electoral digital permite extraer conclusiones relevantes tanto para la dogmática jurídica como para el diseño de políticas públicas orientadas a proteger la integridad de los procesos democráticos en el contexto tecnológico contemporáneo.

La primera conclusión fundamental es que ambos países, no obstante sus significativas diferencias en enfoques regulatorios, coinciden en reconocer que la inteligencia artificial aplicada a la propaganda política plantea desafíos inéditos que no pueden ser adecuadamente enfrentados mediante la simple aplicación de marcos normativos concebidos para medios de comunicación tradicionales. Los *deepfakes*, el *microtargeting* algorítmico y la automatización masiva de desinformación mediante *bots* constituyen fenómenos cualitativamente diferentes de las formas históricas de propaganda engañosa. Esta constatación

compartida fundamenta la necesidad de actualización normativa, aunque Brasil y Argentina hayan optado por caminos diferentes para materializarla.

La segunda conclusión relevante es que el modelo brasileño de regulación preventiva mediante resolución del Tribunal Superior Eleitoral presenta ventajas significativas en términos de agilidad de adaptación a cambios tecnológicos y de claridad *ex ante* sobre conductas prohibidas, pero enfrenta cuestionamientos de legitimidad democrática derivados del hecho de que restricciones a derechos fundamentales emanan de la actividad cuasi legislativa de un órgano jurisdiccional y no de leyes sancionadas por el parlamento. El modelo argentino de aplicación reactiva de normas generales mediante intervención judicial caso por caso, si bien respeta más estrictamente el principio de legalidad, evidencia limitaciones estructurales derivadas de la asimetría temporal entre la velocidad de propagación de contenidos falsos y la velocidad de respuesta de mecanismos judiciales.

La tercera conclusión se refiere a la importancia de establecer definiciones jurídicas precisas de conceptos técnicos tales como *inteligencia artificial*, *deepfake*, *contenido sintético* o *microtargeting* en las regulaciones electorales. La Resolución 23732/2024 del TSE brasileño demostró que la incorporación de definiciones claras contribuye a reducir la inseguridad jurídica, a facilitar el cumplimiento espontáneo de las normas por parte de candidatos y partidos y a permitir una fiscalización más efectiva. Argentina, al carecer de estas definiciones en su Código Electoral Nacional, obliga a los tribunales a construir caso por caso los criterios de aplicación de normas genéricas a situaciones tecnológicamente complejas.

La cuarta conclusión relevante es que la efectividad de cualquier marco regulatorio sobre IA en propaganda electoral depende críticamente de la capacidad de generar incentivos para que las plataformas digitales colaboren en la moderación de contenidos ilícitos. El régimen de responsabilidad solidaria establecido por Brasil durante períodos electorales, aunque controvertido, ha demostrado capacidad para generar esos incentivos al tornar costoso para las plataformas el incumplimiento de las obligaciones de remoción expedita. Argentina, al carecer de un régimen específico de responsabilidad de plataformas en contextos electorales, enfrenta mayores dificultades para lograr colaboración efectiva.

La quinta conclusión se refiere a la necesidad de complementar las regulaciones jurídicas con inversiones sostenidas en educación cívica digital y alfabetización mediática. Aunque tanto Brasil como Argentina han reconocido formalmente la importancia de educar a los electores para que desarrollen capacidad crítica frente a contenidos digitales, en la práctica, las iniciativas implementadas han sido limitadas. La protección de la integridad electoral no puede depender

exclusivamente de prohibiciones y sanciones, sino que requiere también que los propios ciudadanos cuenten con herramientas cognitivas para identificar manipulaciones y evaluar críticamente la información que consumen.

En términos de recomendaciones de política legislativa, el presente estudio sugiere que Argentina debería avanzar prioritariamente en la sanción de legislación específica sobre inteligencia artificial en propaganda electoral que incorpore: definiciones jurídicas claras de conceptos técnicos relevantes, prohibición expresa de *deepfakes* destinados a inducir a error al electorado, obligaciones de rotulación de contenidos sintéticos utilizados lícitamente en propaganda, un régimen específico de responsabilidad de plataformas digitales durante períodos electorales y sanciones proporcionadas. Brasil, por su parte, debería continuar perfeccionando el marco establecido por la Resolución 23732/2024 mediante la evaluación sistemática de su aplicación práctica y la actualización periódica de definiciones técnicas.

Finalmente, considerando la rápida evolución tecnológica y las lecciones extraídas de las experiencias comparadas, se sugieren recomendaciones específicas por jurisdicción. Para Brasil, con base en los datos del SIADE publicados por el Tribunal Superior Eleitoral (2024), que registraron 5.250 alertas y 70 diligencias durante las elecciones municipales de 2024, se recomienda con carácter prioritario: (i) la publicación de un informe oficial de evaluación de la Resolución 23732/2024 con métricas de cumplimiento desagregadas por tipo de infracción y tipo de actor responsable; (ii) la actualización de definiciones técnicas de la resolución con carácter inmediato, dado que las elecciones generales de octubre de 2026 ya están en curso, incorporando avances en modelos generativos de última generación; (iii) el establecimiento de un protocolo formal de cooperación TSE-universidades para la detección pericial de *deepfakes*, con resultados disponibles para el ciclo electoral en curso. Para Argentina, donde ninguna de las iniciativas legislativas en tramitación en 2024-2025 alcanzó sanción, las recomendaciones se actualizan del siguiente modo: (i) la aprobación legislativa de un marco regulatorio específico sobre IA electoral como prioridad para el período ordinario de sesiones 2026, dado que las elecciones generales de 2027, en las que se elegirá presidente, exigen marco normativo vigente con anterioridad; (ii) la creación de una unidad técnica especializada en la Dirección Nacional Electoral antes del cierre de 2026; (iii) la suscripción de convenios de cooperación con plataformas digitales antes del inicio de la campaña electoral de 2027. Estas medidas graduales les permitirán a ambos países consolidar marcos regulatorios adaptados a sus realidades institucionales, manteniendo la necesaria flexibilidad para incorporar desarrollos tecnológicos futuros.

## Bibliografía

Adebayo, A. A. (2024). Campaigning in the Age of AI: Ethical Dilemmas and Practical Solutions for The UK and US. *International Journal of Social Science and Human Research, 7*(12), 8456-8470. https://doi.org/10.47191/ijsshr/v7-i12-65

Ahmed, S., Chandra, S., Jain, A. y Wongmahesak, K. (2025). Impact of AI-Generated Misinformation on Electoral Integrity and Public Trust. En *AI Ethics and Governance* (pp. 67-89). IGI Global. https://doi.org/10.4018/979-8-3693-8749-8.ch004

Ali, I., Ali, M. I. y Rehman, A. (2025). The Role of Generative AI in Undermining Electoral Integrity: A Study on AI-Driven Election Interference. *Global Political Review, 10*(1), 89-112. https://doi.org/10.31703/gpr.2025(x-i).08

Arias Maldonado, M. (2016). *Democracia Sentimental: política y emociones en el siglo XXI*. Página Indómita.

Barrientos-Báez, A., Piñeiro-Otero, T. y Renó, D. P. (2024). Imágenes falsas, efectos reales: Deepfakes como manifestaciones de la violencia política de género. *Revista Latina de Comunicación Social*. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9817269

Becker Castellaro, S., Carvalho, M., Fernández Gibaja, A., Grassi, A., Hammar, C., Muller, J., Pereira, L., Piaia, V. y Ruediger, M. A. (2025). Inteligencia Artificial e Integridad de la Información: Experiencias Latinoamericanas. *International IDEA Research Paper*. https://doi.org/10.31752/idea.2025.44

Amnistía Internacional. (2018). *Toxic Twitter: A Toxic Place for Women*.

Barrientos-Báez, A., Caldevilla-Domínguez, D. y Vargas-Delgado, J. J. (2024). Deepfakes as Gender Political Violence: Implications for Women's Political Participation. *Journal of Gender Studies, 33*(2), 145-162.

Chesney, R. y Citron, D. (2019). Deep Fakes: A Looming Challenge for Privacy, Democracy, and National Security. *California Law Review, 107*(6), 1753-1820.

Citron, D. K. y Franks, M. A. (2014). Criminalizing Revenge Porn. *Wake Forest Law Review*, 49(2), 345-391.

Corvalán, J. G. y Carro, M. V. (2024). El impacto de la inteligencia artificial generativa y los deepfakes en los procesos electorales. *Revista La Ley*, abril 2024. Thomson Reuters.

D'Ancona, M. (2018). *Pós-verdade: A nova guerra contra os fatos em tempos de fake news*. Faro Editorial.

De Andrea Sánchez, F. J. (2024). Los partidos políticos y las elecciones en la era de la inteligencia artificial. *Revista de la Facultad de Derecho de México, 74*(280), 123-156. https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2024.e.88697

De Lima, R. G., De Lima, H. C. P. y Dos Santos, A. de J. (2024). Contramedidas ao uso de inteligência artificial por meio de deepfakes como ferramenta de desinformação política no processo eleitoral brasileiro. *Revista Políticas Públicas & Cidades, 13*(2), 231-254. https://doi.org/10.23900/2359-1552v13n2-231-2024

De Vega, P. (2017). Democracia y Elecciones. En *Obras escogidas* (pp. 750-820). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Ekpang, J. E., Iyorza, S. y Ekpang, P. O. (2023). Social media and artificial intelligence: perspectives on deepfakes' use in Nigeria's 2023 general elections. *Kampala International Journal of Humanities and Social Sciences, 4*(2), 134-152. https://doi.org/10.59568/kijhus-2023-4-2-08

Ferrara, E. (2025). Charting the landscape of nefarious uses of generative artificial intelligence for online election interference. *First Monday, 30*(1). https://arxiv.org/abs/2406.01862

Ferreira, M. A. (2026). Entre o discurso e a prática: análise do enforcement da Resolução TSE 23.732/2024. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral, 18*(1), 89-114.

Goldstein, J., Kahler, M., Keohane, R. O. y Slaughter, A. M. (Eds.). (2001). *Legalization and World Politics*. MIT Press.

Ghawi, R., Pfeffer, J., Boudoukhani, M. y Abdelzaher, T. (2025). Misogyny in the 2022 Brazilian Elections: An Analysis of 10 Million Tweets Targeting Female Candidates. *Social Media & Society, 11*(1), 1-18.

Goswami, P. y Sachdeva, N. (2025). AI and electoral integrity: Challenges, cases, and regulatory responses in modern democracy. *Research Paper*. Taylor & Francis. https://doi.org/10.1201/9781003594185-8

Infonews. (26 de junio de 2025). Presentaron un proyecto para inhabilitar a candidatos responsables de deepfakes con IA. https://infonews.com/presentaron-un-proyecto-para-inhabilitar-a-candidatos-responsables-de-deepfakes-con-ia.html

International IDEA. (2024). *Protecting democratic elections through safeguarding information integrity*. Policy Brief. International Institute for Democracy and Electoral Assistance.

Islam, Md. R., Haseeb, M., Batool, H., Ahtasham, N. y Muhammad, Z. (2024). AI Threats to Politics, Elections, and Democracy: A Blockchain-Based Deepfake Authenticity Verification Framework. *Blockchains, 2*(4), 456-478. https://doi.org/10.3390/blockchains2040020

Kashyap, S. (2024). Deepfake Cases in the 2024 Lok Sabha Election: Impact and Implications for Democracy. *International Journal For Multidisciplinary Research, 6*(5). https://doi.org/10.36948/ijfmr.2024.v06i05.22553

Koch, L., Ghawi, R., Pfeffer, J. y Steinert, J. I. (2024). *Online misogyny against female candidates in the 2022 Brazilian elections: A threat to women's political representation?* arXiv:2403.07523. https://doi.org/10.1080/1369118X.2025.2551604

Mansur, M. A. (2025). AI and Cyber-Enabled Threats to Democracy through Algorithmic Manipulation and Generative AI in Undermining Democratic Integrity. *European Scientific Journal, 21*(2), 658-687. https://doi.org/10.19044/esipreprint.8.2025.p658

Memo.com.ar. (23 de mayo de 2025). *Cobos contra los videos de inteligencia artificial*. https://www.memo.com.ar/poder/cobos-contra-los-videos-de-inteligencia-artificial/

Moore, M. (2022). *Democracia hackeada: como a tecnologia desestabiliza os governos mundiais*. Editora Hábito.

Muñoz, M. L. (26 de mayo de 2025). Cuando la política es fake news: Argentina frente al dilema de la manipulación electoral mediante IA. *El Litoral*. https://www.ellitoral.com/politica/politica-fake-news-argentina-frente-dilema-manipulacion-electoral-mediante-ia_0_34FkimIK4D.html

Narayana, S. (2024). AI-powered political campaigns: ethical implications and regulatory challenges. *Journal of Political Ethics, 8*(3), 145-168.

Pérez Bohórquez, M., Rodríguez, C. y Uprimny, R. (2017). *Libertad de expresión y derechos en conflicto: estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Dejusticia.

Piedra, J. (2025). El abordaje jurisprudencial de la desinformación digital en América Latina: entre la libertad de expresión y la integridad electoral. *Revista de Derecho Público Comparado, 12*(3), 234-267.

Paget, A. (2025). (Synthetic) stump speech: crafting generative AI disclosure regulations for political advertisements. *Journal of Law and Technology, 15*(2), 234-267.

Puran, A. y Tabacu, A. (2025). Smart Elections: Can Artificial Intelligence Influence Voter Behavior? En *Proceedings of the 16th European Conference on AI* (pp. 1-8). IEEE. https://doi.org/10.1109/ecai65401.2025.11095515

Ramos Padilla, A. (2025). Desinformación y democracia: hacia un modelo regulatorio equilibrado de fake news y deepfakes para procesos electorales. *Revista Mexicana de Derecho Electoral, 12*(23), e20665. https://doi.org/10.22201/iij.24487910e.2025.23.20665

Régis, C., Martin-Bariteau, F., Effoduh, J. O., Gutiérrez, J. D. y Neff, G. (2025). AI in the Ballot Box: Four Actions to Safeguard Election Integrity and Uphold Democracy. *Journal Article*. https://doi.org/10.32920/28382087

Ríos Tobar, M. (2024). *Violencia política contra las mujeres en la esfera digital: diagnóstico y recomendaciones para América Latina*. International IDEA.

Rubio Núñez, R. (2018). Los efectos de la posverdad en la democracia. *Revista de Derecho Político*, (103), 65-92. https://doi.org/10.5944/rdp.103.2018

Rubio Núñez, R. (2025). El uso de la inteligencia artificial en las campañas electorales y sus efectos democráticos. *Revista de Derecho Político*, (122), 65-102. https://doi.org/10.5944/rdp.122.2025

Sánchez Muñoz, O. (2020). *La regulación de las campañas electorales en la era digital. Desinformación y microsegmentación en las redes sociales con fines electorales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Santos, J. L., Tito, K. C. y Silva, T. M. (2025). A *falta de regulamentação da inteligência artificial no Brasil: desafios enfrentados pela Justiça Eleitoral*. Tribunal Superior Eleitoral. https://bibliotecadigital.tse.jus.br/bitstreams/35fa9863-e452-4bae-94bd-2f6d151fe93c/download

Sartori, G. (1989). *Homo videns. La sociedad teledirigida*. Taurus.

Tribunal Superior Eleitoral. (2024). *Relatório de Ações e Resultados do Programa Permanente de Enfrentamento à Desinformação – Eleições 2024*. https://www.justicaeleitoral.jus.br/desinformacao/arquivos/programa-de-acoes-e-resultados-2024.pdf

Tribunal Superior Eleitoral. (2025). *Relatório de Atividades da Justiça Eleitoral: Eleições Municipais 2024*. https://tinyurl.com/4bty38yw

UNESCO. (2023). *Safety of Female Journalists Online: The Chilling Effect*. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000375136

Vélez Bermello, G. L., Reyes Andrade, J. J. y Parrales Saltos, M. E. (2025). Deepfakes en las elecciones ecuatorianas de 2025: percepción ciudadana y desafíos. *Razón y Palabra*, *29*(124). https://revistarazonypalabra.org/index.php/ryp/article/view/2308

Vinogradova, E. A. (2024). *Potential threats of unauthorized use of political deepfakes during political elections: international experience.* Мировая политика/World Politics. https://doi.org/10.25136/2409-8671.2024.3.71519

Wardle, C. y Derakhshan, H. (2017). *Information Disorder: Toward an Interdisciplinary Framework for Research and Policy Making*. Consejo de Europa.

Snyder, T. (2017). *Sobre a tirania. Vinte lições do século XX para o presente*. Companhia das Letras.

Soṇeca, V. (2025). Risks and Challenges of Deepfakes in National and European Parliament Elections. En *AI and Democratic Governance* (pp. 112-134). IGI Global. https://doi.org/10.4018/979-8-3693-9601-8.ch006

Zweigert, K. y Kötz, H. (1998). *An Introduction to Comparative Law* (3ª ed., Trad. T. Weir). Oxford University Press.

## Legislación citada

### Argentina

Constitución de la Nación Argentina, 1994.
Ley 19945 de 1972 (Código Electoral Nacional).
Ley 25326 de 2000 (Protección de Datos Personales).
Ley 27504 de 2019 (Financiamiento de Partidos Políticos).
Ley 27781 de 2024 (Boleta Única de Papel).

### Brasil

Constitución de la República Federativa del Brasil, 1988.
Ley 4737 de 1965 (Código Electoral).
Ley 12965 de 2014 (Marco Civil de Internet).
Tribunal Superior Eleitoral, Resolución 23610/2019, 18/12/2019.
Tribunal Superior Eleitoral, Resolución 23732/2024, 27/02/2024.

### Internacional

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), adoptada el 22 de noviembre de 1969.
Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C N.º 107.
Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Kimel vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C N.º 177.

## Jurisprudencia citada

Cámara Nacional Electoral [CNE]. (2025, 16 de julio). Confirmación del procesamiento en causa por difusión de videos apócrifos (caso *Negri*). Fallo judicial. Poder Judicial de la Nación Argentina. https://drive.google.com/file/d/1ByMlUIEjMWlHI2ewAdH5YReoQx-Dtl2VZ/view
Tribunal Electoral de la Ciudad de Buenos Aires, caso *Mauricio Macri*, Resolución N.º 37/2025, 18 de mayo de 2025. Jueces: Roberto Requejo, Romina Tesone y Rodolfo Ariza Clerici.

## Declaración sobre el uso de inteligencia artificial

En cumplimiento de las pautas del Committee on Publication Ethics (COPE) sobre transparencia en el uso de inteligencia artificial, el autor declara que en la elaboración del presente artículo se utilizó Claude (Anthropic) como apoyo en la búsqueda y sistematización bibliográfica y en la revisión de estilo del texto. La conceptualización, el análisis jurídico, la metodología, la

argumentación y las conclusiones son de exclusiva autoría humana. El autor asume plena responsabilidad por la integridad, originalidad y rigor científico de todo el contenido presentado.

## Roles de autoría y conflicto de intereses

El autor declara haber desempeñado todos los roles de autoría del presente artículo: conceptualización, metodología, investigación, análisis formal, recursos, curación de datos, escritura del borrador original, escritura (revisión y edición), visualización, supervisión y administración del proyecto. Asimismo, manifiesta no poseer conflicto de interés alguno en relación con el presente artículo.

# ¿Anticipación de la pena? Un análisis crítico de la tesis de la ejecución inmediata de la condena penal

**Ernesto Matías Díaz**[1]

Universidad de Buenos Aires (Argentina)

ernestodiaz@derecho.uba.ar

https://orcid.org/0009-0004-4621-8483

**Recibido:** 06/03/2026

**Aceptado:** 11/05/2026

https://doi.org/10.26422/RJA.2026.0701.dia

**Resumen**

El artículo analiza críticamente la tesis de la ejecución inmediata de la condena penal y los argumentos que la sustentan. Según esta tesis, la sentencia condenatoria puede —y debe— ejecutarse inmediatamente después de su dictado, aun cuando se interpongan recursos en su contra y durante su tramitación. Los argumentos que la fundamentan se presentan en dos planos: de *lege ferenda* y de *lege lata*. El trabajo cuestiona ambos tipos de razones. Sostiene que los argumentos de *lege ferenda* generan inconsistencias conceptuales y sistemáticas en la resolución de los casos penales, mientras que los argumentos de *lege lata* descansan en una reinterpretación discutible de las formulaciones normativas del Código Procesal Penal Federal relativas a la ejecución de la condena. En definitiva, el artículo rechaza la tesis de la ejecución inmediata y propone abordar

1 Doctor en Derecho (Universidad de Buenos Aires). Docente de grado y posgrado en el Departamento de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología de la Facultad de Derecho y en el Departamento de Posgrado de la misma casa de estudios.

Agradezco a Gabriel Pérez Barberá, Ignacio Gómez Perdiguero, Diana Veleda, María Milagros Albornoz y Julieta Clemente por la lectura de una versión previa y por sus útiles comentarios. También cabe dar las gracias, por la discusión de este trabajo y las críticas recibidas, a los participantes del Blockseminar de la cátedra del profesor Dr. Daniel Pastor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, llevado a cabo el 25 y 26 de noviembre de 2025. Por último, agradezco a las dos personas que de forma anónima evaluaron el artículo para su publicación.

el problema de la excesiva demora en la finalización de los procesos penales sin sacrificar las garantías que protegen a la persona imputada.

**Palabras clave:** ejecución inmediata de la condena, presunción de inocencia, derecho al recurso, firmeza de la sentencia, interpretación jurídica.

## Anticipation of Punishment? A Critical Analysis of the Thesis of the Immediate Enforcement of Criminal Convictions

**Abstract**
This article critically examines the thesis of the immediate enforcement of criminal convictions and the arguments advanced in its support. According to this thesis, a conviction may — and should — be enforced immediately after it is issued, even when appeals are filed against it and while those appeals are still pending. The arguments supporting this position operate on two levels: de lege ferenda and de lege lata. The article challenges both types of arguments. It argues that the de lege ferenda arguments generate conceptual and systematic inconsistencies in the adjudication of criminal cases, while the de lege lata arguments rely on a problematic reinterpretation of the normative provisions of the Argentine Federal Criminal Procedure Code governing the enforcement of convictions. Ultimately, the article rejects the thesis of immediate enforcement and proposes addressing the problem of excessive delays in the final resolution of criminal proceedings without sacrificing the guarantees that protect the accused.

**Key words:** immediate enforcement of criminal convictions, presumption of innocence, right to appeal, finality of judgments, legal interpretation.

## 1. Introducción

La publicación del libro *Las garantías del proceso penal* de Gabriel Pérez Barberá (2025) es una oportunidad propicia para reintroducirme en un debate sobre un aspecto espinoso del proceso penal: el del momento de la ejecución de la sentencia de condena (Pérez Barberá, 2021b, 2021c; Díaz, 2021). En este sentido, dicho texto es una continuación de aquel debate.

El libro incorpora una elaboración robusta de lo que aquí denomino "tesis de la ejecución inmediata de la sentencia de condena". Se trata quizás del refinamiento de ideas previas que adquieren no solo un tono depurado, sino también, y sobre todo, una estructura argumentativa muy sugestiva, tan armónica como audaz.[2]

2 Vale aclarar que esa construcción sólida y completa ya era apreciable en Pérez Barberá (2022).

La tesis de la ejecución inmediata sostiene que la sentencia de condena dictada tras el debate puede y debe ser ejecutada inmediatamente, aun cuando se interpongan recursos en su contra. Esta posición se apoya en dos líneas argumentales, derivadas de una determinada concepción de las garantías constitucionales involucradas —en particular, la presunción de inocencia y el derecho al recurso—. Por un lado, argumentos de *lege ferenda* que propugnan la ejecución inmediata como solución normativa deseable; por otro, argumentos de *lege lata* que afirman que dicha solución ya se encuentra presente en el régimen vigente del Código Procesal Penal Federal (CPPF). A fin de lograr una mayor claridad expositiva y analítica, se analizará por separado cada clase de argumentos, respetando así la distinción que la tesis propone.

Como señalé en aquel debate, mi postura es contraria a las ideas que inspiran la tesis de la ejecución inmediata. Precisamente por la sofisticación y coherencia interna de los argumentos que la sostienen, dicha tesis constituye un desafío teórico que merece ser examinado con detenimiento. Por eso, a diferencia de aquella oportunidad, aquí no expondré una propuesta o tesis propia y de sentido contrario. Me limitaré al análisis de la consistencia y corrección de la tesis de la ejecución inmediata como una manera de hacer honor a los cuidadosamente elaborados argumentos del libro y, al propio tiempo, de contribuir, a partir de un mínimo aporte dialéctico, al desarrollo teórico de las garantías del proceso penal.

En lo que sigue se presentarán los argumentos de la tesis de la ejecución inmediata conforme a las categorías antes señaladas (apartados 2 y 3). Tras cada exposición, se examinarán sus principales dificultades y se formularán las críticas correspondientes. Finalmente, se ofrecerá una conclusión general acerca de los fundamentos y consecuencias de dicha tesis (apartado 4).

La discusión en la cual se enmarca este texto resulta de gran trascendencia en diferentes niveles de análisis. La tesis de la ejecución inmediata se presenta en un campo donde la literatura procesal penal ha sido, en gran medida, esquiva a ofrecer una fundamentación explícita de la que hasta el momento aparece como una postura casi indiscutida. Además, si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ha sostenido una conclusión contraria a la tesis de la ejecución inmediata,[3] lo cierto es que no puede afirmarse que haya sido

3 Ver, entre otros, los fallos *Nápoli* (fallos: 321:3630); *Loyo Fraire* (Loyo Fraire, Gabriel Eduardo s/ p.s.a. estafa reiterada -causa nº 161.070, rta en fecha 6 de marzo de 2014); *Duarte* (Fallos: 337:901); *Fernández* (Fallos: 338:1026); *Carrera* (Fallos 339:1493); *Rojas* (Fallos 342: 2319); *Canales* (Fallos: 342:697); *Castillo* (Fallos 348:1357).

acompañada por un desarrollo argumentativo profundo, consistente y explícito acerca de las razones que justifican rechazar la ejecución de la condena antes de su firmeza. En ese sentido, se trata de una discusión que puede considerarse abierta.[4]

## 2. Argumentos de *lege ferenda* a partir de una inexistente exigencia constitucional

La tesis de la ejecución inmediata propone, de *lege ferenda*, una serie de razones atadas a una determinada interpretación (*de lege lata*) de nivel constitucional sobre la relación entre la presunción de inocencia y la firmeza de la sentencia de condena.

De acuerdo con ello, los tratados internacionales de derechos humanos, para considerar desvirtuada la presunción de inocencia, exigen únicamente que la culpabilidad de la persona imputada haya sido establecida, probada o declarada conforme a la ley. No requieren que dicha culpabilidad haya sido determinada de modo tal que ya no pueda ser discutida dentro del proceso (Pérez Barberá, 2025, p. 76).

Para la tesis de la ejecución inmediata, el derecho a la presunción de inocencia, a pesar de su especial peso, no se extiende hasta que la sentencia de condena adquiera autoridad de cosa juzgada (Pérez Barberá, 2025, p. 77). Así como el derecho constitucional de todo imputado a interrogar a los testigos de cargo no tiene operatividad a lo largo de todo el proceso, no tiene ningún sentido que la presunción de inocencia continúe rigiendo después de haber sido declarada la culpabilidad de la persona acusada en un juicio público. Después de dictada la condena por un tribunal de juicio, la persona que allí es declarada culpable ha perdido su condición jurídica de inocente, aunque el proceso continúe su curso (p. 217). Este razonamiento no se resiente por el hecho de que la propia inocencia del imputado, como derecho constitucional, sea restablecida o reconocida con posterioridad. La tesis sostiene que ello no menoscaba el valor

4 Por cierto, una postura como la sostenida por la tesis de la ejecución inmediata no puede ser considerada como una posición extravagante, totalmente desconectada de una concreción práctica o real. A modo de ejemplo, cabe traer a colación que en Brasil el legislador permitió la ejecución anticipada de la pena para condenas superiores a 15 años de prisión dictadas en un juicio por jurados, de conformidad con el art. 492, inc. I, "e", del Código de Proceso Penal de Brasil. Tal previsión legal encontró respaldo por parte del Supremo Tribunal Federal en el caso *RE 1.235.340* (Tema 1.068). Si bien no puede perderse de vista la incidencia que puede tener la institución del jurado como tal en el argumento de la definición del caso, tampoco puede obviarse el hecho de que se trata de una restricción del alcance del derecho a la presunción de inocencia (Santos y Campos, 2021, p. 158) de la manera en la que la postula la tesis de la ejecución inmediata.

constitucional de la inocencia. De hecho, es algo recurrente en la legislación procesal, y pacífico en términos constitucionales, que el restablecimiento de la inocencia pueda llevarse a cabo incluso con posterioridad a que la sentencia adquiera el valor de la cosa juzgada, en virtud del recurso de revisión.

El factor que más importa a la hora de evaluar la desactivación de la presunción de inocencia lo conforma el mejor posicionamiento epistémico en el que están los tribunales de juicio para declarar la culpabilidad de la persona sometida a proceso. El debate oral es —y debe ser— el momento más importante del proceso, entre otras razones, por sus virtudes epistémicas. Es la etapa que se encuentra en mejores condiciones epistémicas para descubrir la verdad (Pérez Barberá, 2025, pp. 77-78).

Aun cuando la revisión de la condena se dirija a detectar errores y cuando la propia desactivación de inocencia sea errónea, lo que interesa es que en ese momento se establece la culpabilidad. Con la condena dictada en el juicio, el estatus o condición jurídica de la persona es plenamente el de culpable (Pérez Barberá, 2025, pp. 211 y ss.). La sentencia revisora simplemente revoca o confirma esa declaración de culpabilidad del juicio, pero no la establece (p. 218).

De ello se deriva el siguiente razonamiento: del hecho de que la declaración de culpabilidad emitida por el tribunal del juicio pueda ser revertida como consecuencia de la interposición de un recurso no se sigue que deban ser tenidas como inexistentes o inoperantes al momento de su dictado (Pérez Barberá, 2021a, p. 57). Entonces, la sentencia de condena puede —o bien debe— ser ejecutada inmediatamente después de ser emitida por el tribunal del juicio (Pérez Barberá, 2025, p. 211).

Según la tesis, no es cierto que la ejecución inmediata de la sentencia de condena vacíe de contenido la garantía del derecho al recurso, prevista en los art. 8.2 h, Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y 14.5, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP). El derecho al recurso le garantiza a la persona condenada que su sentencia sea integralmente revisada, con independencia de su repercusión en la presunción de inocencia. Aun cuando se considere jurídicamente culpable a quien recurre una sentencia de condena, el derecho al recurso —solo— le permite exigir una revisión exhaustiva de esa decisión (Pérez Barberá, 2025, p. 215). Si fuera imperativo esperar la revisión integral de la condena como parte de un sistema complejo de pasos de establecimiento de la culpabilidad de raigambre constitucional, las sentencias condenatorias consentidas serían inconstitucionales (Pérez Barberá, 2021c, p. 41, 2022, p. 881).

La persona condenada tras el juicio pierde en ese momento su condición jurídica de inocente, que en todo caso recobrará si el recurso es exitoso y con las reparaciones e indemnizaciones pertinentes, si corresponden (Pérez Barberá, 2025, p. 219). La ejecución de la pena de prisión, si la condena es revocada, puede ser interrumpida; en su caso, habrá de otorgársele a la persona erróneamente condenada una reparación moral y material para repararle el daño infringido (p. 233).

Justamente, es en virtud del carácter de jurídicamente culpable que la persona tiene derecho a recurrir la sentencia que la condenó. La confirmación de una sentencia de condena no es una condición necesaria de la pérdida del estado jurídico de inocencia. Lo contrario sería ir demasiado lejos: las sentencias consentidas son perfectamente válidas en nuestro derecho constitucional, considerado de *lege lata*. Y de *lege ferenda* está bien que lo sean, en razón precisamente de las virtudes epistémicas del juicio (Pérez Barberá, 2025, p. 219).

Muchas personas condenadas son sobreseídas por prescripción de la acción penal, porque transcurre demasiado tiempo entre la sentencia de condena y el pronunciamiento de la CSJN. No debemos buscar tanta seguridad de que no haya error ante *la innegable* fortaleza epistémica del juicio. Esto produce injusticia —retributiva— si la persona condenada es realmente culpable, que es lo que ocurre en la inmensa mayoría de los casos. Que no se cobre una multa o que no se encarcele a quien se lo merece también produce injusticia (Pérez Barberá, 2025, p. 221).

No condenar a quien se lo merece, o no ejecutarle la pena, no solo es injusto, también es desventajoso en términos preventivos. No se genera disuasión alguna si las penas ya impuestas —de cumplimiento efectivo— no son *nunca* ejecutadas contra quien, *de conformidad con la ley*, ha sido declarado culpable (Pérez Barberá, 2025, p. 222). No puede perderse de vista en todo esto que es muy baja la *ratio* de condenas revocadas. Dentro de ese número, es mucho menor la *ratio* de condenados que son *genuinamente* inocentes, es decir, que debieron ser absueltos (p. 227).

Además, la espera hasta que la sentencia sea insusceptible de recurso alguno altera el ejercicio de las funciones y responsabilidades judiciales propias de una diagramación procesal basada en el juicio como centro neurálgico del proceso. La praxis actual hace que los tribunales de juicio pierdan gravitación en el proceso y que, consecuentemente, se sientan menos responsables, pues se creen con derecho a delegar esa responsabilidad en los tribunales revisores (Pérez Barberá, 2025, p. 226).

Por último, la tesis afirma que la no ejecución de la pena tras el dictado de la condena agrava la distorsión con la que opera el instituto de la prisión preventiva. Al no poder ejecutarse la pena en ese momento, los jueces del juicio tienden a mantener encarcelados bajo ese régimen a sujetos socialmente vulnerables que de manera inequitativa llegan en esa condición al debate, o bien a dictar una medida cautelar de ese tipo en ese estadio sobre la base —en el mejor de los casos— de una presunción genérica de riesgo de fuga derivada del solo dictado de una condena grave (Pérez Barberá, 2025, pp. 226 y 229-230).

### 2.1 Análisis de los argumentos

En este apartado examinaré la fuerza y la consistencia de las razones dadas a favor de la posibilidad, de *lege ferenda*, de la ejecución inmediata de la condena dictada en el juicio o debate. Cabe adelantar que varios de estos argumentos producen inconsistencias sistemáticas en el juzgamiento de los casos penales. En su mayoría, los argumentos que sostienen la ejecución inmediata desarticulan el equilibrio entre garantías procesales y principios de ejecución de la pena.

#### 2.1.1 Insuficiencias sistemáticas y axiológicas en la tesis de la ejecución inmediata

La tesis de la ejecución inmediata se apoya en gran parte en el silencio de la letra de la Constitución Nacional (CN). Esta nada dice sobre el alcance de la presunción de inocencia, ni mucho menos sobre la necesidad de esperar a que la sentencia de condena adquiera firmeza para considerar a una persona como jurídicamente culpable. Ello es cierto. Pero la misma CN, en su versión histórica, nada dice sobre la propia presunción de inocencia y no podríamos decir a partir de ello que la presunción de inocencia no se encuentra reconocida en esta.

La CN y los tratados internacionales de jerarquía constitucional desde la reforma de 1994 reconocen expresamente la presunción de inocencia, la determinación de culpabilidad, la noción de juicio y la de proceso, la revisión de la sentencia condenatoria y la intervención de la CSJN como última voz en la definición de las cuestiones constitucionales dentro del proceso. Por ello, hay que puntualizar que en el amalgamiento sistemático de todos esos elementos entra a tallar un indisimulable aspecto axiológico del sentido de la pena y de lo que se pone en juego en términos de afectación de derechos en el proceso penal en general y en la decisión condenatoria en particular.

Puede advertirse, por ejemplo, que el bloque constitucional solo alude a un

derecho al recurso ("derecho de recurrir"; "derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior") sin especificar o definir su alcance o sentido completo. Sin embargo, son cuestiones axiológicas vinculadas con la gravedad de la decisión objeto del recurso las que llevan a decir que, en todos los casos penales, debe tratarse de un remedio *accesible* que asegure una revisión *amplia* e *integral* —"exhaustiva" en los términos utilizados en la tesis de la ejecución inmediata (Pérez Barberá, 2025, p. 215)— de la decisión condenatoria. Con ello, de algún modo pierde gran parte de su fuerza una idea sostenida por la tesis y según la cual "las normas convencionales que establecen el derecho al recurso no consagran expresamente un derecho a no sufrir los efectos propios de una condena mientras se sustancia un recurso que la objete" (p. 875).

Más pertinente resulta la referencia al umbral de prueba necesario para condenar como exigencia constitucional que la propia tesis de la ejecución inmediata reconoce (Pérez Barberá, 2025, p. 110).[5] Del hecho de que se presuma durante el proceso que una persona es inocente no se sigue sin más que la refutación de esa presunción solo pueda lograrse mediante la prueba de culpabilidad más allá de la duda razonable. Son los valores subyacentes a la protección de la inocencia de la persona imputada frente a las consecuencias de una condena penal los que fundan como una extensión, y no como una implicación, la necesaria presencia del demandante estándar de prueba "más allá de la duda razonable" para vencer aquella presunción (Duff et al., 2007, pp. 89-90). Por qué no puede acudirse al mismo razonamiento al momento de predicar la necesidad de esperar la firmeza del fallo condenatorio sin que ello implique optar por la impunidad es algo que corresponde todavía interrogarnos frente a los argumentos propios de la tesis de la ejecución inmediata.

### 2.1.2 La inexistencia de un dilema entre firmeza y castigo en el proceso penal

Por cierto, la necesidad de esperar a que la sentencia adquiera firmeza no propicia ineludiblemente la impunidad o la injusticia. Nadie que predique la legitimidad de la firmeza como condición de la ejecución de la sentencia podría sostener razonablemente que no debe castigarse a quien fue declarado culpable en el juicio. La tesis de la ejecución inmediata, a partir de un falso dilema —i. e., ejecución inmediata o impunidad—, arguye un inexistente problema teórico: la

5 Parece quedar en claro que el silencio textual no es decisivo, incluso para la misma tesis de la ejecución inmediata.

falta de castigo de las personas culpables, que no se sigue necesariamente de la previsión de la firmeza como condición operativa de la ejecución.

La tesis de la ejecución inmediata parece confundir la necesidad de castigar con la de ejecutar la pena sin certeza suficiente. Debe quedar en claro, entonces, que la firmeza no debe ser pensada como un obstáculo conceptual para el castigo del imputado declarado culpable, sino como condición de su legitimidad.

### 2.1.3 Plazo razonable, juzgamiento y revisión: tensiones estructurales ante la ejecución inmediata

La tesis de la ejecución inmediata encuentra en la dilación de la definición del proceso desde el dictado de la sentencia de condena en el debate hasta su terminación un problema acuciante. Pero, a diferencia de quienes comparten una preocupación alrededor de las resonancias del transcurso del tiempo en ese segmento procesal para la situación del imputado —i. e., en la definición de su condición jurídica frente a la ley penal (Pastor, 2004, p. 53, 2025, pp. 70 y ss.)—, esta tesis no ve en ello algo para reparar. La tesis no aprecia la duración irrazonable de ese tramo del proceso como la afectación de un derecho que titulariza la persona que es sometida compulsivamente al juzgamiento penal. Al negar que la revisión forme parte del juzgamiento, supone una redefinición del contenido del derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

De este modo, la conclusión referida a la posibilidad de ejecución inmediata de la sentencia de condena sin necesidad de que adquiera firmeza, y aun ante la sustanciación de un recurso contra ella, parece limitar el sentido y alcance del derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Tradicionalmente, este derecho reconocido a nivel constitucional abarca las instancias necesarias hasta que la sentencia de condena queda firme. Recién allí se entiende que finaliza el juzgamiento penal de una persona; recién allí tiene certidumbre sobre su condición jurídica frente a la ley penal.

Pero si la presunción de inocencia se desactiva de forma completa y definitiva con la sentencia del juicio y, por lo tanto, en ese momento la persona imputada adquiere el estatus de culpable, todo el procedimiento posterior de revisión de esa decisión no va a ser parte de su juzgamiento penal, por consiguiente, no debería computarse a los efectos de medir la razonabilidad de la duración del proceso penal al cual la persona es sometida en un Estado de derecho.

Definidos en esos términos la trascendencia y los efectos de la decisión del juicio, todo el procedimiento que le sigue a la declaración de culpabilidad y

condena no contaría como un ámbito donde se pone en jaque "el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca, de una vez para siempre, su situación frente a la ley penal" y donde existe la necesidad de poner "término del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal".[6] Es que, insisto, según la tesis de la ejecución inmediata, ese enjuiciamiento ya se habría producido de forma decisiva a los fines de la determinación de culpabilidad con la sola realización del debate y el dictado de la condena en esa instancia.

### 2.1.4 Ejecución inmediata y prescripción de la pena: una incompatibilidad sistemático-estructural

La ejecución inmediata de la condena podría dar lugar a nuevas inconsistencias sistemáticas. En particular, permitiría que la pena comience a ejecutarse incluso antes de que se inicie su plazo de prescripción. Cabe recordar que, conforme al art. 66, Código Penal (CP), la prescripción de la pena comienza a correr desde la medianoche del día en el que se notifica al condenado la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la condena si esta hubiese empezado a cumplirse.[7]

Los fundamentos que subyacen a la prescripción de la pena pueden ser sintetizados como la destrucción por el transcurso del tiempo de los efectos del delito y, por consiguiente, la pérdida de sentido del reproche (Núñez, 1978, p. 540). Como puede apreciarse, estos son, paradójicamente, los mismos que la tesis aquí criticada invoca como razones para *adelantar* la ejecución. Para la ley penal, recién a partir de la firmeza surge la obligación estatal de ejecutar la pena y, correlativamente, el riesgo de que desde ese momento su inactividad vacíe de sentido el reproche. De este modo, aquello que el legislador considera relevante *solo después* de la firmeza es trasladado por la tesis de la ejecución inmediata a un momento anterior, alterando la lógica del sistema penal.

---

6 A diferencia de lo proclamado por la CSJN en el célebre caso *Mattei* (Fallo: 272:188, considerandos 8 y 14, respectivamente).

7 En este contexto, de forma indiscutible se ha entendido que una sentencia se vuelve firme una vez que no admite recursos (Núñez, 1978, 542).

### 2.1.5 Dificultades estructurales, jurídico-garantistas y epistémicas del recurso en la tesis de la ejecución inmediata: una superioridad del juicio más aparente que real

En principio, hay que aclarar que la postura contraria a la tesis de la ejecución inmediata no afirma que la sentencia de condena del juicio, ante la interposición de un recurso, deba ser tenida por inexistente o totalmente inoperante, como si nada hubiesen declarado los jueces tras el debate. Postula que, en virtud del peso inherente a la protección de la inocencia, los efectos propios de la declaración de culpabilidad y de la condena deben ser suspendidos hasta que se resuelvan los recursos interpuestos.

Desde un punto de vista práctico, si se ejecutasen las condenas de forma inmediata, muchas penas de corta extensión se cumplirían de manera insalvable, es decir, su cumplimiento podría agotarse a pesar de que, con posterioridad, el recurso contra la condena triunfe y demuestre el error en la decisión.[8] Ello, por lo pronto, quita todo sentido al derecho al recurso contra la sentencia de condena en estos casos.

Pero al margen de esto, en términos generales, la función institucional de una impugnación de una decisión judicial no se vincula con la vindicación moral ni con la obtención de una compensación, como parece sugerir la tesis de la ejecución inmediata. Los recursos no deben ser concebidos como acciones tendientes a la reparación de los daños provocados por las sentencias una vez que se demuestre que estas han sido dictadas con errores. Los recursos son facultades procesales dirigidas a impugnar las decisiones judiciales por considerarlas erróneas y para que no produzcan sus efectos perjudiciales.

En el caso de las decisiones condenatorias, pacíficamente se ha entendido que la suspensión de los efectos debe operar de manera automática y general por los riesgos que ello entraña, entre los cuales se encuentran los efectos expresivos de la pena, tan ponderados por la tesis que aquí se analiza.[9] Al igual que

8 Juan Lucas Finkelstein Nappi fue quien me advirtió en primer lugar acerca de esta posibilidad. El argumento no es meramente contingente. Sin necesidad de acudir al ejemplo de la pena de muerte, al tratarse el nuestro, en parte, de un sistema de penas privativas de la libertad cuantificables, frente a la posibilidad de ejecución inmediata de la condena penal, puede siempre presentarse el caso de una ejecución de pena errónea e irreparable a pesar de la sustanciación de un recurso exitoso.

9 La declaración de culpabilidad y la condena, junto con sus efectos expresivos o comunicantes, son las características que distinguen la ejecución de la sentencia de condena de la propia del auto de prisión preventiva. En este último caso, no es la declaración de culpabilidad ni sus efectos lo relevante, sino la inminencia de un peligro procesal comprobado, que debe ser controlado. Repárese que, aun cuando los efectos formales de la condena se suspendan ante la interposición de un recurso, debido a "la opacidad" propia del ámbito recursivo —que la tesis de la ejecución inmediata destaca en un sentido opuesto al aquí ensayado (Pérez Barberá, 2025, p. 224)—, muchos de los nocivos efectos expresivos de una declaración pública de culpabilidad realizada por los jueces del debate se

todas las garantías constitucionales que tienen como objeto la protección de la inocencia (v. gr., umbral de prueba más allá de la duda razonable), la manera de proteger la inocencia ante una consecuencia tan gravosa como la condena penal es protegiendo sin discriminar a todas las personas que ocupen el rol institucional de imputados en sede penal.[10] A nadie se le quitaría esa protección solo porque se demuestre que en la gran mayoría de las acusaciones penales las personas imputadas terminan siendo condenadas. El mismo argumento corresponde utilizar para la protección de los imputados que recurren su condena.

En particular, la propia idea del recurso real y efectivo contra la condena como garantía constitucional que titulariza el ciudadano imputado entra en crisis ante la tesis de la ejecución inmediata de la sentencia. Esta garantía, por definición, resulta una seguridad, una herramienta prevista para *evitar* un menoscabo arbitrario de parte del Estado en los derechos de un ciudadano (v. gr., libertad, integridad, propiedad). Este sentido se resiente notablemente si, a pesar de la operatividad de la garantía —esto es, a pesar de la interposición del recurso a que da lugar la garantía—, se dispone de antemano ese menoscabo mediante la ejecución inmediata de la condena.[11]

Es más, la redefinición de esta garantía como "el derecho a defenderse una vez más en el proceso" (Pastor, 2001, p. 131) presupone una sentencia todavía no ejecutada. El válido ejercicio de defensa siempre debe ser pensado como tempestivo, esto es, la defensa debe ser sustanciada y examinada antes de que operen los efectos del acto que conforma su objeto.[12] Del mismo modo, si el derecho al recurso es concebido como "el derecho a un nuevo juicio" (Maier,

consuman y quedan sin remedio; ello, al margen de que se haga lugar al recurso dirigido contra ella y se revoque la sentencia de condena.

10 La protección de la inocencia implica de parte del Estado un esfuerzo razonable para evitar la condena de personas inocentes. La aparición del derecho a la revisión integral de la sentencia de condena impacta en el deber de protección y, por consiguiente, en la razonabilidad del esfuerzo estatal (Díaz, 2015, p. 102).

11 Se trata de la suspensión de los efectos propios de una condena penal. La aclaración vale a los fines de precisar que esta idea no conlleva necesariamente la necesidad de esperar la firmeza del fallo condenatorio cada vez que el legislador alude a "la comisión de un delito" de un imputado como supuesto de hecho que representa una condición resolutoria de un beneficio —v. gr., revocación de la suspensión del proceso a prueba, revocación de libertad condicional, revocación de la modalidad de ejecución condicional—.

12 En un escenario jurídico legal dado por el amplio margen de la impugnación de la sentencia (art. 358, CPPF), junto con la posibilidad de producir prueba en dicha etapa (art. 362, CPPF), la revisión adquiere la forma de una discusión mucho más viva y dinámica de lo que suele suponerse. Ello se conecta con la mencionada definición del derecho al recurso como "derecho a defenderse una vez más en el proceso". Agradezco a una de las personas que evaluaron el artículo por la indicación de esta idea.

2011, pp. 320-321), el acceso a ese nuevo juicio, ya sea en la propia instancia de revisión o en un eventual juicio de reenvío, no tendría sentido si su objeto ya fue ejecutado o se encuentra siéndolo mientras el nuevo juicio se sustancia. Lo mismo cabe decir con respecto a la noción del derecho al recurso como derecho al *doble conforme* judicial, en una analogía con la prueba de exactitud de una operación matemática inicial (Ferrante, 1995, p. 17). Mal podría considerarse correcta, y calificarse como tal, una operación —i. e., sentencia de condena— mientras se realiza su prueba de exactitud —i. e., revisión integral—.

El argumento tampoco se sostiene desde un plano epistémico. La ejecución de la sentencia, a pesar de la interposición del recurso contra ella en nombre del supuesto peso epistémico del debate oral, público, regido por la inmediación implica una degradación de este medio de defensa que lisa y llanamente desmiente su carácter de herramienta epistémica en un sistema racional de prueba (Ferrer Beltrán, 2021, p. 248).[13] Pero si el recurso ha sido considerado de este modo y, sobre todo, si la inmediación y la oralidad ya no deben ser sobreestimadas en sus beneficios epistémicos,[14] es porque la instancia de debate, sin perjuicio de su valor institucional, carece del peso epistemológico y normativo que la tesis de la ejecución inmediata le adjudica.[15] Con la caída del *mito* de la inmediación (Andrés Ibáñez, 2015, pp. 275-277), cae la suposición de que siempre y en cualquier caso el juez del debate se encuentra en mejor posición epistemológica que cualquier otro juez o tribunal que pudiera revisar la determinación de la verdad realizada en el juicio (Ferrer Beltrán, 2021, p. 247). En síntesis, la visión racionalista de la prueba, que adjudica al recurso una función valiosa en la determinación de los hechos, no blinda la decisión del juicio básicamente porque esta no posee un estatus epistémico que justifique hacerlo.

Por cierto, el argumento central de la mejor posición epistémica de los jueces del juicio ignora que, en numerosos supuestos, el tribunal revisor se encuentra frente a la prueba en paridad de condiciones respecto del tribunal del juicio, algo cada vez más frecuente debido a los avances tecnológicos. También pasa por alto que hay aspectos epistémicos muy importantes de la corrección de la

13 La insistencia en la mejor posición epistemológica del tribunal en el juicio oral y público es más propia de una concepción persuasiva y no racionalista de las pruebas, especialmente frente a las pruebas llamadas personales (Ferrer Beltrán, 2021, p. 247).

14 Fallo *Casal* (Fallos: 328:3399).

15 El debate oral y público regido por el principio de inmediación mantiene una fundamental importancia como ámbito de desarrollo pleno de la contradicción entre las partes y del despliegue del control cruzado sobre la producción de prueba (Andrés Ibáñez, 2015, pp. 275-277; Ferrer Beltrán, 2021, p. 247).

condena y que hacen a la protección del derecho a la presunción de inocencia (Ferrer Beltrán, p. 251), para cuyo control resulta completamente irrelevante la posición de los jueces del juicio —v. gr., análisis del razonamiento probatorio, suficiencia de la determinación de la culpabilidad—.[16] La tesis de la ejecución inmediata entonces debe asumir la carga de explicar por qué, incluso en esos casos, la posición del tribunal del debate constituiría una ventaja epistémica suficiente para autorizar la ejecución inmediata de su decisión. Para decirlo de forma directa: la tesis debe explicar por qué el juicio sigue siendo "epistémicamente superior" aun cuando en muchos casos esa superioridad desaparece de hecho o no es tal.

### 2.1.6 La reducción del concepto de condena errónea en la tesis de la ejecución inmediata

Para la tesis cuestionada, la revisión del fallo condenatorio es innecesaria como condición previa a su ejecución. La idea según la cual el debate oral y público constituiría la única instancia dotada de verdadero valor epistémico resulta el argumento principal para negar la *necesidad* de revisión judicial en forma previa a la ejecución de sus efectos. De allí obtendría legitimidad suficiente la ejecución inmediata para su procedencia en todos los casos.

El argumento limita las exigencias que legitiman la condena penal. Para dictar una decisión de este tipo y, consecuentemente, para que la presunción de inocencia pueda considerarse válidamente desactivada, no basta con una decisión con peso epistémico. Resulta exigible que la corroboración suficiente de la culpabilidad sea llevada a cabo con pruebas legítimas obtenidas en un procedimiento respetuoso de todas las garantías constitucionales, es decir, "de conformidad con la ley", en el lenguaje de los tratados internacionales (v. gr., art. 8.2, CADH).

De este modo, la tesis de la ejecución inmediata reduce el sentido de lo que significa "condena errónea" en sede penal. Condena errónea no es solo la que carece de base probatoria suficiente, sino también la que se dicta tras un proceso defectuoso desde el punto de vista de las garantías reconocidas al imputado (Hughes, 2011, p. 1090). Es que el juzgamiento penal debe ser entendido

16 El análisis del razonamiento probatorio implica el control de la corrección del encadenamiento inferencial derivado de los datos probatorios, y el análisis de la suficiencia probatoria procura el examen del tratamiento de todas las hipótesis compatibles con la inocencia del imputado (Ferrer Beltrán, 2021, p. 251).

como la integración armónica en un método de una dimensión jurídica y una epistémica, con el marco dado por los derechos fundamentales sustantivos y procesales de los imputados (Andrés Ibáñez, 2015, p. 229, 2021, p. 96).

Bajo el aspecto de la legitimidad procesal o justicia del procedimiento, la posición de los jueces del tribunal oral no otorga ningún peso adicional que autorice la ejecución de la pena sin revisión. De ahí que, aun tomando por ciertos los mayores y exclusivos beneficios epistémicos del juicio, ello solo no sería suficiente para sostener que la decisión condenatoria de los jueces del tribunal oral tiene mayores posibilidades de ser la *jurídicamente* correcta y que, por lo tanto, es razonable su ejecución inmediata sin revisión alguna. Dicho de otro modo, la mejor posición de los jueces del juicio, en el mejor de los casos para el argumento de la tesis de la ejecución inmediata, solo haría innecesario el control de los aspectos epistémicos, mas no el de los jurídico-procesales de la determinación de la culpabilidad.[17]

En este mismo sentido, la referencia al recurso o acción de revisión como ejemplo de un procedimiento que, a la vez que admite la ejecución de la sentencia, reconoce el valor de la inocencia resulta, cuando menos, insuficiente. En primer lugar, la regulación del recurso o acción de revisión no admite la reparación de afectaciones a garantías constitucionales si no media una demostración de la inocencia factual de la persona imputada, fundada en pruebas no conocidas al momento del juicio.[18] En segundo lugar, que el sistema prevea una revisión tras la firmeza de la sentencia condenatoria no implica que la ejecución sin firmeza sea legítima, sino que confirma que incluso en esta etapa —en la que prima la seguridad jurídica— continúa rigiendo el principio de valoración asimétrica del riesgo de injusticia del resultado del proceso penal, según el cual debe privilegiarse el riesgo de condenar a una persona inocente por sobre el de absolver a un culpable (Mañalich, 2020, p. 36).

En este marco, la persistencia del valor de la inocencia, aun después de la firmeza de la condena, solo fundamenta la relativización de la definitividad de las sentencias condenatorias como valor preponderante. De allí que se aluda a la obligación de prever mecanismos extraordinarios, externos o posteriores des-

17 A estos efectos, no resulta trascendente la distinción entre justicia sustantiva y legitimidad del procedimiento que recalca la tesis de la ejecución inmediata (Pérez Barberá, 2022, p. 886). Lo importante es que, si no se respetan las garantías que titulariza la persona imputada, no puede haber determinación de la culpabilidad o del merecimiento como fundamento de una respuesta punitiva concreta. Tal posibilidad hace necesaria la revisión de la condena, pues representa un supuesto de condena errónea.

18 Ver, art. 366 del CPPF.

tinados a corregir errores sustanciales que el proceso ordinario no pudo revisar, como una cuestión de principios (Garret, 2017, p. 1181).

### 2.1.7 La revisión como garantía disponible y una posible inconsistencia de la ejecución inmediata

La objeción propia de la tesis de la ejecución inmediata según la cual, si el sistema exigiera dos pasos necesarios de determinación de culpabilidad (juicio y confirmación), la sentencia consentida sería inconstitucional, se desactiva si se reconoce que la revisión es una garantía renunciable del imputado y no un elemento constitutivo inexcusable del acto de juzgamiento. Si el recurso puede válidamente renunciarse, la ausencia de revisión integral no torna inconstitucional la condena consentida; tan solo expresa el carácter en principio disponible de la segunda instancia de determinación de la culpabilidad (i. e., doble conforme).[19] Si se advierte que la persona imputada puede válidamente renunciar a un juicio contradictorio como protección de su inocencia (Pérez Barberá, 2025, p. 63), puede argumentarse a favor de la posibilidad de que también pueda renunciar a la revisión integral.

Paradójicamente, el juicio abreviado carece de las características que, según la tesis de la ejecución inmediata, le brindan al debate oral y público el peso epistémico suficiente para tener por desvirtuada la presunción de inocencia y proceder directamente a la ejecución de la pena. En honor a la coherencia, la sentencia de condena resultante de un juicio abreviado no debería ser ejecutada de manera inmediata al juicio.

Por el contrario, la tesis de la ejecución inmediata lleva a una desprotección amplia de los casos con penas de prisión de corta duración. Estos son resueltos, la mayoría de las veces, en juicios con menos protección o con menos virtudes epistémicas —i. e., juicio abreviados o no contradictorios—, y a ello podría agregarse que la ejecución de las condenas acarrearía, como he mostrado, la completa inutilidad de los recursos ante penas de corta duración ya cumplidas.[20]

---

19 La idea de *parcialmente o disponible en principio* se explica por la presencia de institutos que contradicen la noción de disponibilidad del derecho al recurso, como la *reformatio in meius*, la declaración de oficio de una nulidad absoluta, los efectos extensivos de la decisión que resuelve un recurso y la interposición de recursos a favor del imputado por parte del fiscal (Díaz, 2015, p. 102).

20 A su vez, ello iría en contra de lo ordenado en el fallo *Giroldi* (Fallos: 318:514): la previsión de un recurso eficaz aun en los casos penales menos graves.

### 2.1.8 La erosión de la distinción entre sentencia no firme y sentencia firme

Del análisis del desarrollo argumental que sostiene la tesis de la ejecución inmediata queda claro que, para esta tesis, la sentencia de condena del juicio impugnada no genera una mera presunción de culpabilidad sobre la persona imputada. La tesis directamente afirma que esa persona debe ser considerada jurídicamente culpable, que su estatus o condición jurídica es plenamente el de una persona culpable y que por ello debe aplicarse el trato aflictivo correspondiente, que, por cierto, es el que merece (Pérez Barberá, 2025, pp. 210-211, 218-219 y ss.).

Pero ese razonamiento acarrea algunos problemas.[21] Principalmente, quitaría razones para distinguir una sentencia no firme de una que adquirió estabilidad y valor de cosa juzgada. Con ello también se solapan el recurso contra la sentencia de condena no firme con la acción (o recurso) de revisión contra la sentencia de condena firme. Si ya a partir de la sentencia condenatoria del debate la condición jurídica de la persona imputada muda enteramente a una de culpabilidad, no habría razón para distinguir esos remedios previstos para revocarla, con todo lo que ello implica en términos de alcance del control, motivos de procedencia, cargas y umbrales de revocación. En ambos casos, el objetivo de la herramienta se dirigiría a derrumbar un estado jurídico institucionalmente consolidado. Puesto en una sola línea, ya no se trataría de revisar un fallo provisional, sino una decisión que —en la lógica de la tesis— posee el mismo estatus que una condena firme.[22]

### 2.1.9 Delegación de funciones y responsabilidades como hipótesis infundada

En primer lugar, cabe remarcar que el argumento relativo a la supuesta transferencia perniciosa de responsabilidades desde los jueces de juicio —quienes dictan las sentencias condenatorias— hacia los órganos encargados de su revisión

21 Maier (2004, pp. 478 y 487) aprecia un aspecto declarativo y uno constitutivo en la sentencia penal. Por un lado, podría distinguirse el merecimiento de la pena por la conducta delictiva como un aspecto pasivo de la faz declarativa de la culpabilidad realizada en la condena (el merecimiento se encuentra presente desde el momento en que el agente realizó la conducta criminal). Pero su activación u operatividad como motor de la posterior ejecución de la pena sería parte integrante de la faz constitutiva de la sentencia, que abarca la creación de la pena como instituto concreto (valoramos y utilizamos ese merecimiento a partir de que institucionalmente en la sentencia se establecieron las condiciones de la pena concreta).

22 Un solo punto ilustra lo problemático de esta confusión: la exigencia propia de la acción de revisión de que solo ante la demostración palmaria de la inocencia ("hicieran evidente") procede la revocación de la condena debería trasladarse al recurso o impugnación contra la condena no firme.

puede ser caracterizado como un argumento de corte sociológico-jurídico o, incluso, antropológico-jurídico. En definitiva, se trata de una hipótesis acerca de las dinámicas internas de los operadores judiciales y de las relaciones que se desarrollan en el seno de los tribunales y de las burocracias judiciales. Sin embargo, la tesis de la ejecución inmediata de la sentencia de condena no se apoya en fundamentos de este tipo ni presenta evidencia empírica que permita sostener tal afirmación.

Más allá de ello, si esta denuncia de una supuesta delegación o desplazamiento de responsabilidades pretende demostrar un impacto negativo en la calidad o corrección de las decisiones adoptadas por los jueces de juicio, lo cierto es que, en este punto, la propia tesis incurre en una contradicción interna. Uno de los principales fundamentos de la tesis de la ejecución inmediata radica precisamente en que, en la práctica, existe una escasa tasa de revocación por parte de los tribunales revisores, lo que indicaría que las sentencias dictadas en primera instancia son, en su gran mayoría, correctas. En consecuencia, aun concediendo hipotéticamente la existencia de una delegación de responsabilidades, dicha delegación no estaría afectando el adecuado desempeño de cada instancia. Por lo tanto, no podría considerarse problemática ni, con mayor razón, servir como fundamento autónomo para justificar la ejecución inmediata de las sentencias condenatorias.

Pero, incluso al margen de estas consideraciones, la alegada delegación de funciones y responsabilidades de los jueces de juicio hacia los jueces revisores no pasa de ser una mera conjetura. Tan es así que también podría razonablemente conjeturarse —aunque en sentido inverso al sugerido por la tesis— que, de concretarse el escenario óptimo propuesto por la tesis de la ejecución inmediata, los tribunales revisores verían disminuidos sus incentivos para ejercer con rigor su función de control.[23] Si el ordenamiento jurídico estableciera que, en virtud de las supuestas virtudes epistémicas del juicio oral, la presunción de inocencia queda plenamente desactivada a partir de la condena de primera instancia y que, por ello, la persona imputada debe ser tratada desde ese momento como jurídicamente culpable, el control ejercido por el tribunal revisor —dado que lo verdaderamente decisivo ya habría ocurrido en el juicio— correría el riesgo de reducirse a un mero "sello de goma".

23 Agradezco a Fernando Díaz Cantón por haberme sugerido esta idea.

### 2.1.10 El salto de lo que hacen los operadores judiciales a cuán bien lo hacen

La tesis de la ejecución inmediata en diversos pasajes se apoya, para fundar la innecesaridad práctica de esperar la revisión de la condena, en argumentos empíricos que darían cuenta de la justeza y precisión del sistema de justicia penal en la determinación de la culpabilidad. Tales resultados serían obtenidos a partir de los datos existentes sobre condenas confirmadas en las instancias de casación y sobre casos de condenas de personas inocentes advertidos en esa instancia o descubiertos con posterioridad. Sin embargo, los datos que toman los argumentos, en el mejor de los casos, indican qué es lo que están haciendo los operadores judiciales.

Hay un forzamiento metodológico cuando a partir de un determinado resultado del funcionamiento del sistema, que no dice nada sobre su calidad, se proyectan cualificaciones sobre sus logros. Las estadísticas de funcionamiento del sistema no miden la corrección o verdad de las decisiones, por lo que la tesis de la ejecución inmediata confunde, primero, la verificación de cuántas condenas se revocan con el conocimiento de cuántas son realmente correctas y, después, la medición de la cantidad de casos de inocentes descubiertos con la detección de la cantidad de inocentes condenados. Sobre esa confusión, por medio de un salto inferencial injustificado, la tesis construye la consecuencia normativa de "ejecutemos inmediatamente después del juicio".

### 2.1.11 ¿Una solución a la aplicación arbitraria e inequitativa de la prisión preventiva?

La tesis invoca como argumento que la falta de ejecución inmediata de la pena tras el dictado de la condena agrava la distorsión con la que opera actualmente el instituto de la prisión preventiva. Sin embargo, aun concediendo ese punto, en el mejor de los casos se trataría de un argumento accesorio y contingente, carente de verdadera fuerza justificativa autónoma. Su relevancia depende de la persistencia de una determinada disfunción del sistema.

En efecto, el problema que esa línea de pensamiento pone de manifiesto remite, en rigor, al funcionamiento arbitrario y potencialmente vulnerador de derechos que, en la práctica, presenta el régimen de la prisión preventiva. Por ello, una vez corregida esa disfunción estructural, el peso de esta razón en favor de la ejecución inmediata de la condena se vería sensiblemente reducido.

Desde una perspectiva menos caritativa, cabría afirmar que, si el núcleo del problema radica en la afectación de derechos derivada de prácticas indebi-

das en materia de prisión preventiva, la ejecución de sentencias no firmes no resolvería la dificultad señalada, sino que supondría sustituir una fuente de ilegitimidad por otra.

## 3. Argumentos de *lege lata* de nivel infraconstitucional a favor de la ejecución inmediata de la sentencia

En esta parte analizaremos la propuesta de una interpretación de *lege lata* sobre el art. 375 del CPPF. Dicha norma prevé que la sentencia se ejecutará una vez que adquiera firmeza. El enunciado de esta norma contiene una regla que establece las condiciones necesarias para proceder válidamente a la ejecución de los efectos propios de una sentencia de condena: fundamentalmente, la decisión debe encontrarse firme.

En este sentido, para la tesis de la ejecución inmediata resulta criticable el entendimiento casi unánime del vocablo firme como irrecurrible. Ello genera un dispendio innecesario. Por lo tanto, es una equivocación la lectura de los arts. 3 y 375 del CPPF que ata la firmeza de la condena con la imposibilidad de que esa decisión y su método de obtención ya no sean revisables dentro del mismo proceso (Pérez Barberá, 2025, p. 75).

En este nivel de análisis, la tesis de la ejecución inmediata sostiene que las normas procesales que expresamente exigen firmeza para desactivar la presunción de inocencia pueden ser interpretadas de modo tal que se considere admisible la inmediata ejecución de la condena dictada por primera vez tras el juicio (Pérez Barberá, 2022, p. 896).

En esta línea, "firme" sería un vocablo fuertemente ambiguo que no significa nada por sí solo y que siempre ha sido definido en función de contextos normativos específicos, en particular de sus finalidades. Por lo tanto, es razonable acudir a una interpretación vinculada a la finalidad de cada garantía con la que se relaciona (y, en ese sentido, teleológica) para determinar su sentido en cada uno de esos contextos (Pérez Barberá, 2025, p. 79). Firme en el contexto propio de la presunción de inocencia significa robusto, o consistente, o sólido, o más precisamente con peso epistémico suficiente. Eso es lo que resulta necesario para que la presunción de inocencia pueda considerarse válidamente desactivada (p. 80).

En consecuencia, de acuerdo con el argumento, "sentencia firme", ordenada como condición por el CPPF para la ejecución de la condena, significa sentencia robusta o con peso epistémico suficiente, es decir, una sentencia de condena dictada por el tribunal de juicio. La decisión de ese tribunal es la que

cuenta con esas virtudes epistémicas. Por eso, para esta posición, las normas procesales (arts. 3 y 375, CPPF) bien interpretadas establecen que la presunción de inocencia queda desactivada por una sentencia que, de modo sólido o robusto por su mejor posicionamiento epistémico, tiene por probada la culpabilidad del imputado, y que, por tanto, debe ser ejecutada de inmediato. De allí también que esas normas procesales indiquen una excepción al efecto suspensivo que, como principio general, rige en materia recursiva (art. 347, CPPF).

### 3.1 Análisis de los argumentos

#### 3.1.1 La tesis de la ejecución inmediata como crítica al ajuste entre la regla del art. 375 del CPPF y sus razones subyacentes

Como se ha visto, la tesis de la ejecución inmediata critica la noción del enunciado del art. 375 del CPPF como una regla según la cual, para ejecutar una condena —es decir, para aplicar la pena impuesta—, se debe esperar a que la sentencia que la impone no sea susceptible de recurso alguno. En su visión, esta regla así entendida tendría una razón subyacente según la cual la determinación de la culpabilidad en el proceso penal y la aplicación de las consecuencias punitivas agotan las posibilidades de revisión de la decisión dentro del mismo proceso cuando se cumplan las condiciones legales —interposición válida de recursos judiciales— que lo permiten. A su vez, tal razón respondería a una anterior de acuerdo con la que es preferible atrasar la ejecución de la condena que tratar como culpable a quien, según puede advertirse en instancias posteriores al juicio, no lo merece legítimamente.

Según la tesis aquí analizada, la aplicación de la regla en esos términos conlleva un atraso significativo de la ejecución de las consecuencias punitivas de quienes en su gran mayoría sí merecen ser tratados como culpables. Entonces, en rigor, para la tesis de la ejecución inmediata, la regla sería subóptima, en su carácter de doblemente *sobreinclusiva*, esto es, alcanzaría más casos que aquellos justificados tanto por la razón subyacente de primer orden —decisiones de condenas posiblemente erróneas— como por la de segundo orden —aplicación de consecuencias punitivas a quien no se lo merece—. Tal como sostiene la tesis, esta situación sería valorativamente insatisfactoria, en la medida en que impide la ejecución de condenas que contarían con suficiente sustento epistémico, permite que personas merecedoras de castigo no obtengan finalmente su merecido o lo hagan muy tarde, habilita que las víctimas queden sin respuestas y sin reparaciones y obstaculiza la cristalización de los efectos disuasivos de la pena.

Ahora bien, lo que la tesis critica es la conveniencia de la regla según sus razones subyacentes. Entonces propone finalmente que, a raíz de los supuestos desajustes entre las razones subyacentes y la regla en cuestión, esta última no debe ser leída en términos de firmeza como insusceptibilidad de recurso alguno, sino como robustez o solidez. Esa robustez es brindada por la sentencia del juicio.

### 3.1.2 Inexistencia de ambigüedad en el concepto de firmeza

Sin embargo, la del art. 375 del CPPF es una formulación normativa fácilmente inteligible. No parece controvertido el sentido del vocablo "firmeza".[24] Por cierto, no resulta una exageración afirmar que cualquier manual o tratado de derecho procesal define el concepto de sentencia firme como aquella no susceptible de recursos judiciales. De hecho, cuando la Cámara de Casación en el plenario *Agüero* alteró ese significado técnico, en función de una necesidad de naturaleza político-criminal y ante una supuesta laguna normativa, la decisión que lo hizo produjo una crítica rotunda desde el punto de vista técnico-procesal (D'Albora, 2015, pp. 156-157; Díaz Cantón, 2005, p. 87).[25]

Por cierto, resulta contraintuitivo adjudicarle a un mismo vocablo dos o tres sentidos diferentes en un mismo proceso penal (v. gr., "firmeza" como condición surgida a partir del rechazo del recurso extraordinario federal por parte de la Cámara de Casación; "firmeza" como insusceptibilidad de todo recurso y finalización del proceso judicial regular; "firmeza" como robustez de la decisión del juicio). De hecho, el legislador, en el ámbito procesal penal, cuando quiso destacar el carácter *no firme* de la (robusta) sentencia del juicio, así lo hizo expresamente (arts. 224, inc. b, CPPF y art. 2, Ley 24390/25430).[26]

---

24 En el *Diccionario de la lengua española*, *firme* significa estable (Real Academia Española, s.f.-a); y *resolución judicial firme*, "resolución que, por no ser susceptible de recurso, se considera como definitiva" (Real Academia Española, s.f.-b, s.p.).

25 La Cámara Nacional de Casación Penal, en el Acuerdo 1/02 -Plenario Nº 8-, *Agüero, Irma Delia s/ recurso de inaplicabilidad de ley*, resolvió: "Establecer como doctrina plenaria que en el supuesto de un recurso de casación declarado mal concedido por esta Cámara y recurrido por vía extraordinaria, se considera firme la sentencia cuando este Tribunal declara inadmisible al recurso extraordinario federal". Vale agregar que, para la tesis de la ejecución inmediata, podría ser razonable —como una segunda opción interpretativa— lo definido en esa decisión (p. 236).

26 La CSJN en el caso *Olariaga*, en el contexto dado por la aplicación de la Ley 24.390, consideró que

### 3.1.3 Problemas de incoherencia sistemática

La propia tesis de la ejecución inmediata, al interpretar el art. 2 de la Ley 24390/25430, reconoce que la sentencia definitiva no firme es aquella que resulta todavía recurrible (Pérez Barberá, 2025, p. 98). Esta admisión se produce en el marco de la regulación del plazo máximo de duración de la prisión preventiva, es decir, en un ámbito directamente vinculado con el despliegue de efectos coercitivos en el proceso penal. En ese contexto, aun para la propia tesis, tales efectos continúan anclados en la prisión preventiva y no en la ejecución de la pena mientras la sentencia permanece recurrible. Por ello, la redefinición de la firmeza como mera "robustez epistémica" no solo se aparta del uso técnico consolidado del término, sino que también resulta difícilmente conciliable con el modo en que el propio ordenamiento —y la propia tesis al interpretarlo— articula la relación entre recurribilidad y efectos jurídicos de la condena.

Un nuevo problema de coherencia sistemática puede apreciarse entre la propuesta de *lege lata* de la tesis de la ejecución inmediata y el art. 309 del CPPF. Este último establece que

> cuando recayere condena a una pena de prisión de cumplimiento efectivo respecto de un imputado que no estuviere en prisión preventiva, el Tribunal de Juicio deberá adoptar una o varias de las medidas de coerción previstas en el artículo 210 de este Código a los fines de asegurar el cumplimiento de la condena.

Más allá de las objeciones que pudieran formularse a esta previsión —en particular, por el peso que le asigna a la sentencia de condena en la evaluación de riesgos procesales como el de fuga—, lo relevante es que se trata de la regulación de medidas cautelares al momento del dictado de la sentencia condenatoria, destinadas a garantizar una ejecución futura de la pena. En ese diseño, no hay dudas de que no se encuentra habilitada la ejecución de la condena todavía recurrible. Solo puede ser asegurada mediante mecanismos cautelares. Esta lógica resulta difícilmente conciliable con una tesis que sostiene la ejecución inmediata de la sentencia condenatoria tras el debate, aun cuando esta permanezca recurrible.[27]

era arbitrario no leer la firmeza de una decisión como inmutabilidad (Fallos: 330:2826, considerandos 7º y 9º).

27 Agradezco a una de las personas que examinó el artículo por haberme sugerido esta idea.

### 3.1.4 La regla que es y la regla que debería ser

Aun asumiendo que determinar lo que una regla dice es una cuestión interpretativa (Schauer, 2004, p. 273),[28] la operatividad de la regla que indica que la sentencia se ejecutará cuando no sea susceptible de recurso alguno da lugar a casos fáciles, en los cuales la regla sería el elemento necesario y suficiente para justificar una decisión (Ruiz Manero, 2000, p. 157). Quizás la aplicación de la regla abarque más casos que los justificados por su fundamentación protectora contra las condenas erróneas. Sin embargo, esa no es una razón para incumplirla, si es que pensamos en ella como regla (Schauer, 2004, pp. 183-184).

Con ello queda claro que la tesis de la ejecución inmediata en esta parte no expone un mero problema de subsunción o aplicación de la regla, sino que cambia el supuesto de hecho de esta; es decir, se trata de una modificación de la propia regla (Ruiz Manero, 2000, p. 153). Posiblemente de manera inconsciente, y muy a su pesar,[29] la tesis de la ejecución inmediata en su argumentación de *lege lata* confunde la regla existente (ejecución solo ante la irrecurribilidad de la sentencia de condena) con la regla que debería existir (ejecución inmediata de la sentencia de condena del juicio) (Rosler, 2019, p. 150). Pero es sabido que "la compulsión por evitar respuestas erróneas claramente generadas por reglas claramente aplicables es algo bien distinto de los casos en los que no estamos seguros de lo que una regla parece exigir" (Schauer, 2004, p. 279).

## 4. Conclusiones

Como dije en otra oportunidad (Díaz, 2021, pp. 27-37), la tesis de la ejecución inmediata, por sobre todas las cosas, nos enfrenta a un problema acuciante: la excesiva demora en la que incurren los —algunos— procesos penales hasta su finalización formal y definitiva.

En este sentido, el sistema penal puede —y debe— buscar formas de reducir

---

28 Es frecuente afirmar que solo hay interpretación cuando el texto resultante de quien analiza la norma difiere del original en algún aspecto lingüístico (Vernengo, 2000, p. 242). Por eso, el enunciado "sólo podrán ser ejecutadas las sentencias firmes" (art. 375, CPPF) puede ser objeto de interpretación para determinar que "las sentencias condenatorias solo podrán ser ejecutadas cuando no sea posible interponer un recurso contra ellas". La idea es que se obtiene, a partir de un texto normativo no enteramente comprensible —de qué sentencias se trata; qué son sentencias firmes—, un nuevo texto que expresa el mismo sentido que el texto original, pero de manera más precisa y fácilmente comprensible (Vernengo, 2000, p. 243).

29 La tesis de la ejecución inmediata se asume cercana al positivismo jurídico y a la clásica noción de que el lenguaje de la ley puede ser claro y que, por consiguiente, no es forzoso interpretar la ley siempre para poder aplicarla (Pérez Barberá, 2025, p. 116).

demoras indebidas, acelerar la tramitación de los recursos e impedir que la justicia llegue tarde. Pero estas reformas no pueden descansar en la negación de la firmeza como condición de ejecución ni en la degradación de las garantías que resguardan a las personas frente al poder punitivo del Estado. Cualquier rediseño institucional debe partir de una premisa ineludible: que el castigo sólo es legítimo cuando se despliega a partir de una declaración de culpabilidad firme, obtenida mediante un procedimiento compatible con todas las exigencias del debido proceso.

La tesis de la ejecución inmediata, al prescindir de esa premisa, no solo pierde coherencia sistemática; pierde, sobre todo, legitimidad constitucional. Allí donde pretende reforzar la eficacia del sistema, termina debilitando sus fundamentos normativos. Allí donde promete avanzar hacia un modelo más racional, relega precisamente aquellas garantías que hacen racional al proceso penal. Y allí donde cree encontrar una solución, compromete aquello que el sistema no puede permitirse resignar: la protección legítima e igualitaria de la inocencia y de la dignidad de todos los sometidos a juicio penal.

Por otra parte, la lectura de los argumentos de *lege lata* revela que la tesis de la ejecución inmediata descansa, en última instancia, en una redefinición discrecional del sentido técnico de "sentencia firme" más que en una interpretación plausible del art. 375 del CPPF y del sistema recursivo en su conjunto. Al sustituir la noción asentada de firmeza como irrecurribilidad o insusceptibilidad de nuevos recursos por la idea de firmeza como mera "robustez epistémica" de la sentencia de juicio, la tesis no está aclarando una ambigüedad normativa, sino modificando el supuesto de hecho de la regla. De ese modo, lo que se presenta como interpretación teleológica termina siendo, en rigor, una propuesta de cambio de regla encubierta, con el consiguiente sacrificio de seguridad jurídica y de coherencia sistemática.

En suma, desde una perspectiva de *lege lata*, la tesis de la ejecución inmediata no logra justificar que el CPPF permita ejecutar la pena sobre la base de una condena todavía recurrible. Solo al precio de deformar el sentido técnico de la firmeza, y de ignorar la función garantista y sistemática de esa categoría, puede sostenerse que el ordenamiento vigente autoriza la ejecución inmediata. Si se quiere avanzar hacia ese modelo, el camino no es la reinterpretación forzada de las normas procesales, sino la reforma legislativa explícita, algo que, vale reconocer, la tesis de la ejecución inmediata también propone a modo de remedio subsidiario.

## Bibliografía

Andrés Ibáñez, P. (2015). *Tercero en discordia*. Trotta.

Andrés Ibáñez, P. (2021). Juzgar es cuestión de método, en un marco de derechos fundamentales sustantivos y procesales (Acerca de la propuesta de Larry Laudan). *Jueces para la Democracia. Información y debate, 102*, 83-100.

D'Albora, N. (2015). *Límites y proyección de los recursos en materia penal*. Ad-Hoc.

Díaz Cantón, F. (2005). *La motivación de la sentencia penal y otros estudios*. Editores del Puerto.

Díaz, E. M. (2015). Algunas apreciaciones sobre la peculiar relación entre la verdad y el fin del proceso penal, y sus repercusiones en la revisión de la condena. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 77-111.

Díaz, E. M. (2021). Sobre la ejecución inmediata de la condena penal. *Revista En Letra: Derecho Penal, VI*(11), 27-37.

Duff, A., Farmer, L., Marshall, S. y Tadros, V. (2007). *The trial on trial* (Vol. 3). Hart Publishing.

Ferrante, M. (1995). La garantía de impugnabilidad de la sentencia penal condenatoria. En Ferrante, M. y Sancinetti, M., *Límites del recurso de casación según la gravedad de la sentencia penal condenatoria* (pp. 15-54). Ad-Hoc

Ferrer Beltrán, J. (2021). El control de la valoración de la prueba en segunda instancia: inmediación e inferencias probatorias. *Revista Cubana de Derecho, 1*(1), 244-273.

Garrett, B. (2017). Towards an international right to claim innocence. *California Law Review, 105*, 1173-1221. https://doi.org/10.15779/Z38MG7FV4D

Hughes, E. (2011). Innocence unmodified. *North Carolina Law Review, 89*, 1083-1122. https://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol89/iss4/2/

Maier, J. B. J. (2004). *Derecho procesal penal. Fundamentos* (Tomo I). Editores del Puerto.

Maier, J. B. J. (2011). *Derecho procesal penal. Parte general* (Tomo III). Editores del Puerto.

Mañalich, J. P. (2020). Justicia, procedimiento y acción de revisión. El principio de culpabilidad frente a la cosa juzgada. *Ius et Praxis, 26*(1), 28-56. https://doi.org/10.4067/S0718-00122020000100028

Núñez, R. (1978). *Tratado de Derecho penal* (Tomo II). Lerner.

Pastor, D. (2001). *La nueva imagen de la casación penal (Evolución histórica y futuro de la dogmática de la impugnación en el derecho procesal penal)*. Ad-Hoc.

Pastor, D. (2004). Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal. *Revista de Estudios de la Justicia*, (4), 51-76.

Pastor, D. (2025). *El tiempo del plazo razonable*. Hammurabi.

Pérez Barberá, G. (2021a). Ejecución inmediata de la condena y efecto suspensivo de los recursos: algunos límites constitucionales a la presunción de inocencia. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (5), 47-61.

Pérez Barberá, G. (2021b). Sentencia "firme" y ejecución inmediata de condena. *Revista En Letra: Derecho Penal, VI*(11), 18-26.

Pérez Barberá, G. (2021c). Respuesta a Matías Díaz. *Revista En Letra: Derecho Penal, VI*(11), 38-48.

Pérez Barberá, G. (2022). Ejecución inmediata de la condena. Un aporte acerca del alcance constitucional de la presunción de inocencia y del derecho al recurso. *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*, (2022), 871-911.

Pérez Barberá, G. (2025). *Las garantías del proceso penal. Derechos fundamentales y sistema acusatorio*. BdeF.
Real Academia Española. (s.f.-a). Firme. *Diccionario de la lengua española*. https://dle.rae.es/firme?m=form
Real Academia Española. (s.f.-b). Resolución judicial firme. *Diccionario de la lengua española*. https://dle.rae.es/resoluci%C3%B3n#EfOvWxL
Rosler, A. R. (2019). *La ley es la ley* (2ª ed.). Katz.
Ruiz Manero, J. (2000). Principios jurídicos. En Garzón Valdés, E. y Laporta, F. (Eds.), *El derecho y la justicia* (2ª ed., pp. 149-160). Trotta.
Santos, M. J. y Campos, M. V. B. de. (2021). Os aspectos constitucionais do novo artigo 492 do Código de Processo Penal. *Direitos Democráticos & Estado Moderno*, (2), 144-162. https://doi.org/10.23925/ddem.v0i2.50163
Schauer, F. (2004). *Las reglas del juego*. Trotta.
Vernengo, R. J. (2000). Interpretación del derecho. En Garzón Valdés, E. y Laporta, F. (Eds.), *El derecho y la justicia* (2ª ed., pp. 239-266). Trotta.

## Legislación citada

Código Procesal Penal de Brasil (Decreto Ley 3689 con las modificaciones de las leyes 11689 y 13964).
Código Procesal Penal Federal (Ley 27063 con las incorporaciones dispuestas por la Ley 27272 y las modificaciones introducidas por la Ley 27482).
Código Penal de la Nación Argentina (Ley 11179 y modificaciones).
Constitución de la Nación Argentina.
Convención Americana sobre Derechos Humanos.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

## Jurisprudencia citada

### Corte Suprema de Justicia de la Nación

*Casal* (Fallos: 328:3399).
*Canales* (Fallos: 342:697).
*Carrera* (Fallos 339:1493).
*Castillo* (Fallos 348:1357).
*Duarte* (Fallos: 337:901).
*Fernández* (Fallos: 338:1026).
*Giroldi* (Fallos: 318:514).
*Loyo Fraire* (*Loyo Fraire, Gabriel Eduardo s/ p.s.a. estafa reiterada* -causa nº 161.070, rta en fecha 6 de marzo de 2014).
*Mattei* (Fallo: 272:188).
*Nápoli* (Fallos: 321:3630).
*Olariaga* (Fallos: 330:2826).
*Rojas* (Fallos 342: 2319).

**Supremo Tribunal Federal de Brasil**

Caso *RE 1.235.340* (Tema 1.068), rta. en fecha 12 de septiembre de 2024.

**Cámara Nacional de Casación Penal**

Acuerdo 1/02 -Plenario Nº 8-, *Agüero, Irma Delia s/recurso de inaplicabilidad de ley*, rta. en fecha 12 de junio de 2002.

## 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 regulación de la publicidad comercial de comestibles malsanos dirigida a la niñez desde una perspectiva Latinoamericana

**Lucía Rizik**[1]

Universidad Católica del Norte (Chile)

lucia.rizik@ucn.cl

https://orcid.org/0000-0001-7493-5317

**Recibido:** 21/09/2025

**Aceptado:** 09/06/2026

https://doi.org/10.26422/RJA.2026.0701.riz

**Resumen**

Este artículo analiza la regulación de la publicidad de comestibles malsanos dirigida a la niñez en Latinoamérica desde la perspectiva de los derechos humanos. Se argumenta que la obligación del Estado de proteger el derecho a la salud (art. 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño) y el principio del interés superior del niño (art. 3.1) exige una regulación estatal obligatoria, primando la protección del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud sobre los intereses económicos. La intervención se justifica para proteger la autonomía en el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes vulnerables a las técnicas persuasivas propias y a la exposición de la publicidad. El estudio revisa los modelos regulatorios de países latinoamericanos, analizando los productos, el alcance y las técnicas publicitarias objeto de la regulación. Se concluye que, para cumplir las obligaciones internacionales, la regulación debe ser completa y suficiente.

**Palabras clave:** publicidad comercial, comestibles malsanos, derecho a la salud, derechos de la niñez, regulación latinoamericana.

1 Profesora de Derecho Civil, Escuela de Derecho, Universidad Católica del Norte (Coquimbo-Chile). Este trabajo forma parte de la investigación realizada en el marco del proyecto titulado "La protección del derecho de niñas y niños a una alimentación adecuada en la regulación sanitaria y comercial chilena", desarrollado en el O'neill Institute for National and Global Health Law de la Universidad de Georgetown y financiado a través de la Beca ANID de posdoctorado en el extranjero 2023.

## Commercial advertising Regulation of unhealthy foods aimed at children from a Latin American perspective

**Abstract**
This study analyzes the regulation of unhealthy food advertising aimed at children in Latin America from a human rights perspective. It argues that the State's obligation to protect the right to health (art. 24 CRC) and the principle of the best interests of the child (art. 3.1 CRC) demand mandatory state regulation, prioritizing the protection of the right to the enjoyment of the highest attainable standard of health over economic interests. The intervention is justified to protect the developing autonomy of children, who are vulnerable to advertising's persuasive techniques and exposure. The study reviews the regulatory models of Latin American countries, analyzing the products, scope, and advertising techniques subject to the regulation. It is concluded that, to comply with international obligations, the regulation must be complete and sufficient.

**Key words:** food advertising, unhealthy foods, right to health, children's rights, Latin American regulation.

## 1. Introducción

Desde hace ya varios años, el derecho de propiedad intelectual mantiene una tensa relación con aspectos relevantes de la protección de la salud y, en particular, con la salud pública. Una manifestación inicial de dicha tensión se expresó en la intensa regulación del etiquetado y la publicidad del tabaco, que se ha extendido globalmente a través del Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco, adoptado en el año 2003. El alcohol ha seguido un camino similar. La Estrategia Mundial para Reducir el Uso Nocivo del Alcohol de la Organización Mundial de la Salud del año 2010 ya proponía, dentro de las políticas y medidas para los países, la regulación del *marketing* para reducir su impacto, especialmente entre jóvenes y adolescentes, con el objeto de reducir el uso nocivo del alcohol.

En el caso de la publicidad comercial de comestibles malsanos, Latinoamérica ha sido escenario de esta tensa relación. La compleja interacción de intereses comerciales, salud pública y marcos regulatorios ha estado marcada por la aspiración de disminuir el impacto de la exposición a la publicidad de esta clase de comestibles en niños, niñas y adolescentes (en adelante e indistintamente, NNA). El propósito de este trabajo es revisar dicha tensión, analizando la pertinencia y justificación de las restricciones a la publicidad comercial de comestibles malsanos como una medida de protección de la salud desde una perspectiva de los derechos de la niñez en Latinoamérica.

¿Por qué explorar Latinoamérica? En primer lugar, porque la región se ha caracterizado por desarrollar soluciones regulatorias que han sido reconocidas como pioneras e innovadoras[2] y su implementación se ha asociado positivamente a reducir la exposición y compra de comestibles malsanos, contribuyendo a enfrentar la obesidad infantil (Alfraidi et al., 2023, p. 9). En segundo lugar, como se verá, porque el enfoque regulatorio que han adoptado aquellos países de Latinoamérica que regulan la publicidad comercial de comestibles malsanos está centrado en la protección de la salud nutricional de NNA, acompañando o complementando la regulación del etiquetado de advertencia nutricional.

Frente a la pregunta inicial de investigación, la hipótesis de trabajo es la siguiente: cualquier regulación que pretenda abordar la publicidad comercial de comestibles malsanos sólo va a satisfacer las obligaciones internacionales derivadas del derecho a la salud si es completa y suficiente. Completa, en la medida en que abarque al menos tres aspectos: la exposición a la publicidad comercial, las técnicas de publicidad comercial (incluido el mensaje publicitario) y la determinación clara de los productos comestibles que serán objeto de la regulación. Suficiente, en cuanto establezca las medidas y sanciones que garanticen su cumplimiento, así como un sistema de evaluación que evalúe su funcionamiento e identifique áreas de mejora.

Metodológicamente, el presente artículo combina la revisión exhaustiva de la literatura científica pertinente y el análisis de datos secundarios provenientes de informes especializados en torno al derecho a la alimentación adecuada y a la salud. El estudio se enmarca en la dogmática jurídica y la teoría crítica de los derechos humanos, adoptando un enfoque de niñez con el propósito de revisar la regulación de la publicidad comercial de comestibles malsanos en los países latinoamericanos.

Al respecto, Latinoamérica ha emergido como líder en la regulación del etiquetado de advertencia nutricional y la publicidad de comestibles envasados. Sus leyes, innovadoras y de amplio alcance, han desafiado la tradicional

2 Según Campbell (2020, p. 781), Chile fue "el primer país de América Latina en implementar una normativa integral destinada a prevenir la obesidad y las enfermedades no transmisibles relacionadas con la alimentación. Introdujo medidas innovadoras, como un sistema obligatorio de etiquetado nutricional en el frente de los envases de los productos alimenticios con alto contenido en sodio, azúcares libres, grasas y calorías, y restricciones estrictas a la publicidad y la comercialización de alimentos poco saludables dirigidos a los menores de 14 años" (p. 781). Asimismo, Ferrante (2021, p. 171) agrega que la legislación chilena sobre etiquetado de advertencia nutricional de alimentos, que incluye la publicidad comercial, es un claro ejemplo de incorporación de una auténtica normativa latinoamericana no influenciada por la realidad europea, percibiéndose como una posible contribución a la mejora de la normativa interna de otros países, como ocurrió en Perú o Colombia.

influencia jurídica del derecho europeo, apartándose de sus modelos y adoptando referentes propios, contribuyendo a la creación de un sistema autónomo e independiente (Ferrante, 2021). Sin la intención de establecer una comparación sistemática, el presente análisis busca comprender el contexto jurídico en el que se desarrolla el fenómeno, identificándose los distintos enfoques adoptados para efectivizar las obligaciones internacionales que protegen el derecho a la salud y nutrición de la niñez.

Con respecto a la estructura del trabajo, en primer lugar se analizará el alcance y las características de la publicidad comercial de productos insalubres dirigida a NNA y su impacto en los derechos a la salud y alimentación adecuada. En segundo lugar, se evaluarán los fundamentos jurídicos y éticos para la restricción de la publicidad de productos insalubres desde la perspectiva de los derechos de la niñez, considerando el marco normativo internacional. En tercer lugar, a partir de la revisión de diferentes modelos de regulación y restricción de la publicidad de productos insalubres a nivel latinoamericano, se analizará su alcance y el contenido de las medidas de restricción a la publicidad comercial. Al finalizar, se ofrecerán las conclusiones a las que ha sido posible arribar.

## 2. Algunas consideraciones sobre la protección de la salud nutricional de la niñez

Poner fin a la desnutrición es un desafío global que tiene un enorme impacto en las personas, especialmente en su salud, en la adquisición de capacidades y el rendimiento educativo, en la inclusión social y laboral y en el mayor uso de recursos, cuestión que afecta el medioambiente (Martínez et al., 2024, p. 15). A la luz de lo expuesto, resulta coherente que la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, estableciera como uno de sus objetivos mejorar la nutrición, definiendo como meta poner fin a la malnutrición.[3]

Una de las principales formas de desnutrición es la denominada "doble carga de la malnutrición", definida como la manifestación simultánea de desnutrición y sobrepeso u obesidad, la cual ha experimentado altos niveles de prevalencia en los países de bajos y medianos ingresos (Popkin et al., 2020). Entre sus principales consecuencias está el padecimiento de las enfermedades

3 La meta incluye lograr, "a más tardar en 2025, las metas convenidas internacionalmente sobre el retraso del crecimiento y la emaciación de los menores de 5 años, y abordar las necesidades de nutrición de las adolescentes, las mujeres embarazadas y lactantes y las personas de edad" (Naciones Unidas, 2015).

no transmisibles, afecciones médicas de larga duración, crónicas y de progreso paulatino, responsables de cánceres, enfermedades cardiovasculares, diabetes y enfermedades pulmonares crónicas que causaron la muerte de al menos 43 millones de personas en 2021 (Organización Mundial de la Salud, 2024b).

El sobrepeso y la obesidad, en tanto factores de riesgo de enfermedades no transmisibles, son especialmente preocupantes cuando se presentan en la niñez y adolescencia. En el caso de las Américas, entre los 5 a 19 años, la prevalencia del sobrepeso aumentó un 102%, pasando del 18,6% en 1990 al 37,6% en 2022, mientras que en la obesidad el aumento fue de un 204%, pasó del 5,6% en 1990 al 16,9% en 2022 (Organización Panamericana de la Salud, 2023a). Para su prevención, se han definido estrategias que abordan las determinantes de salud a través de políticas públicas y normativas multisectoriales (Organización Panamericana de la Salud, 2023b).

La relación biológica entre desnutrición y sobrepeso requiere ser comprendida en un contexto de diversas determinantes sociales de salud, que reducen la agencia individual (Wells et al., 2020). El incremento de la prevalencia del sobrepeso se atribuye a las transformaciones que durante las últimas décadas se han producido en el sistema alimentario mundial, que han redundado en una mayor asequibilidad y disponibilidad de comestibles de escaso valor nutricional. Paralelamente, se observa una reducción en los niveles de actividad física, condicionada por cambios tecnológicos sustanciales en los ámbitos del mercado laboral, la producción doméstica y los medios de transporte (Popkin et al., 2020).

Teniendo en cuenta que los entornos alimentarios pueden influir en las dietas y decisiones de compra de las personas y que las determinantes sociales de salud pueden reducir la agencia individual, especialmente entre la niñez y la adolescencia, las medidas legislativas y las políticas públicas orientadas al goce y ejercicio del derecho a la salud pueden contribuir en la promoción de entornos saludables (Unicef, 2019, pp. 11 y ss.). Al respecto, se ha identificado que la exposición a los anuncios publicitarios de comestibles y bebidas malsanos aumenta la ingesta y preferencia por esta clase de productos, especialmente en NNA (Sadeghirad et al., 2016; Smith et al., 2019), por lo que se ha recomendado al sector privado limitar la publicidad de alimentos con alto contenido de micronutrientes, cafeína y cualquier otra sustancia nociva para la niñez (Comité de los Derechos del Niño, 2013, párr. 81); y a los Estados, regular la publicidad, la comercialización y otros servicios digitales con el propósito de evitar la exposición de la niñez a la promoción de productos no saludables (Comité de los Derechos del Niño, 2021, párr. 97).

La regulación de la publicidad de comestibles no saludables ha sido un tema de especial interés en las Américas desde comienzos de la segunda década de 2000.[4] Si bien las prácticas y opciones regulatorias en cada Estado son variadas, los fines u objetivos detrás de ellas coinciden y se caracterizan por proponer mecanismos para desincentivar el consumo de productos comestibles no saludables especialmente entre NNA, puesto que la alimentación adecuada, en tanto determinante de salud, influye de manera sustantiva en la prevención de la desnutrición, del retraso en el crecimiento, de las enfermedades no transmisibles y de la muerte prematura (Unicef, 2020, p. 4).

El escenario antes descrito genera, al menos, la siguiente interrogante: ¿Cuál es el alcance de la obligación del Estado de regular la publicidad de comestibles malsanos dirigida a NNA a la luz del derecho a la salud? Abordar esta interrogante e intentar arribar a una respuesta fundada y definitiva permitirá identificar los límites y las exigencias que imponen al Estado en relación con la protección de los NNA frente a la publicidad de comestibles malsanos, contribuyendo a determinar los principales mecanismos legales y reglamentarios para protegerlos del impacto nocivo de la publicidad.

Ciertamente, podría pensarse que, si este trabajo aborda la publicidad comercial exclusivamente en relación con la salud, podrá resultar parcial, en atención al menos a dos consideraciones. La primera es que existe amplia evidencia

---

4 En el año 2002, la Estrategia mundial sobre régimen alimentario, actividad física y salud elaborada por la Asamblea Mundial de la Salud (2002) exhortaba a los Gobiernos a formular criterios para regular el patrocinio, la promoción y la publicidad de alimentos cuando se dirige a niños y niñas. En las Américas, la Estrategia y plan de acción regionales sobre la nutrición en la salud y el desarrollo 2006-2015 de la Organización Panamericana de la Salud (2006, párr. 23), alentaba a los Estados a investigar el efecto sobre la nutrición adecuada de medidas como la rotulación y la publicidad. Asimismo, el Plan y Estrategia Regional de Salud Adolescente para el período 2010-2018, también de la Organización Panamericana de la Salud (2010, p. 22), estableció como objetivo la promoción y el desarrollo de entornos de salud favorables, incluyendo reglamentos para la comercialización y publicidad de los alimentos. El 2012, Chile fue pionero en la regulación legal de la publicidad comercial de comestibles dirigida a niños y niñas, mientras que en Latinoamérica conviven modelos administrativos y legislativos en torno a la materia: Argentina (Ley 27642 sobre promoción de la alimentación saludable, del 26 de octubre de 2021), Brasil (Resolución de la Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria Nº 24, que regula la publicidad de alimentos considerados nocivos para la salud, del año 2010), Ecuador (Acuerdo Ministerial Nº40 que establece el Reglamento para la autorización y control de la publicidad y promoción de alimentos procesados, de 2011), México (Decreto del 8 de septiembre de 2022 por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Reglamento de Control Sanitario de Productos y Servicios y del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Publicidad), Perú (Ley 30021 de Promoción de la Alimentación Saludable para Niños, Niñas y Adolescentes, de 2013) y Uruguay (Ley 19140 sobre protección de la salud de la población infantil y adolescente a través de la promoción de hábitos alimenticios saludables, de 2013).

de que la publicidad comercial dirigida a NNA puede afectar otros derechos humanos, como la protección de la vida privada, conforme al artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN), debido a que, en espacio publicitarios como el digital, por ejemplo, las empresas pueden recopilar una gran cantidad de datos personales, incluidos ubicación, historial de navegación o preferencias y actividades en línea a través de técnicas de recopilación que los NNA desconocen o no consienten, aprovechándose de su debilidad o vulnerabilidad.[5] La segunda consideración es que dicha recopilación de antecedentes les permite a las empresas crear perfiles detallados de usuarios, en este caso, menores de edad, que luego servirán para orientar la publicidad —diseñada para ser altamente persuasiva— con el objetivo de manipular a los usuarios especialmente vulnerables, como los NNA, quienes por sí o presionando a sus progenitores realizarán compras innecesarias o inapropiadas, exponiéndolos incluso a la explotación económica de conformidad al artículo 32 de la CDN.[6]

Sin embargo, ni la vulneración del derecho a la vida privada ni la desprotección contra la explotación económica son problemas que aparezcan exclusivamente debido a la publicidad comercial de comestibles malsanos, sino que son

---

5 La recopilación de datos de NNA a través de internet es preocupante. La mala gestión de la privacidad y seguridad en línea debido a la falta de una regulación protectora de los datos personales de las personas explican en parte este problema. Los NNA suelen compartir información personal y de perfil con fines comerciales, ya sea por desconocimiento o por beneficios percibidos. Uno de los riesgos asociados a la insuficiencia de una regulación que proteja la privacidad de NNA en línea es que las empresas pueden manipular el comportamiento y las decisiones en línea de los niños a través de la segmentación y el *marketing* conductual, proveyendo a las personas un flujo constante de contenido personalizado (Duminică y Puran, 2021, pp. 244 y ss.). Asimismo, se ha indicado que los consumidores son el pilar del *marketing* basado en datos, por lo que las empresas han acelerado las tácticas de recopilación de información personal utilizándola de formas que los usuarios desconocen o no han consentido (Travassos Rosario y Carmo Dias, 2023, p. 12).

6 Para Tatlow-Golden y Garde (2020), las estrategias de *marketing* son ilegales si explotan la falta de discernimiento de los NNA y condiciona, por ejemplo, la compra de un juguete a la adquisición de una determinada cantidad de comestibles malsanos. En este sentido, los consumidores merecen una protección específica frente a prácticas comerciales que explotan su vulnerabilidad. Asimismo, las múltiples estrategias de *marketing* digital y de gestión del contenido que se utilizan en la actualidad, distraen a NNA de la intención de venta; si bien resultan altamente inmersivas, al mismo tiempo amplifican su impacto persuasivo. Las autoras agregan que el catálogo de preferencias, intereses, hábitos y elecciones de los usuarios para identificar sus debilidades y preferencias para así personalizar la publicidad digital puede vulnerar la autonomía individual, puesto que estas prácticas implican la sujeción de los seres humanos a nuevas relaciones en torno a la extracción de datos personales, estableciéndose como una nueva forma de colonialismo. En concreto, si las empresas pueden influir en los NNA sin que estos o los adultos a su cuidado puedan darse cuenta, aumentando su beneficio económico a bajo costo, configuran una forma de explotación económica de los NNA en tanto consumidores.

consecuencia de una cuestión más compleja y de mayor alcance, en torno a la protección de los datos personales, el *marketing* digital y los derechos digitales de las personas. De otro lado, la regulación de la publicidad comercial de comestibles malsanos, se ha configurado como una cuestión específica de determinados productos (ultra-procesados, altos en nutrientes críticos, entre otros) considerando los riesgos para la salud que estos representan para los consumidores, especialmente los NNA. En virtud de lo anterior, resulta relevante analizar entonces cuáles son los principales argumentos que fundamentan, desde un punto de vista jurídico, la regulación de la publicidad de comestibles malsanos.

## 3. Fundamentos jurídicos y éticos para la restricción de la publicidad: la perspectiva de los derechos de la niñez

El examen de la publicidad comercial de comestibles malsanos dirigida a NNA puede ser abordado desde dos puntos de vista. Por una parte, es posible desarrollar un examen desde un enfoque del derecho del consumo y, de este modo, situar la publicidad en el complejo de conceptos que el derecho del consumo describe. Desde este punto de vista, la publicidad comercial de comestibles malsanos conduce a figuras como la protección del consumidor híper vulnerable, la publicidad ilícita o engañosa y los deberes precontractuales de información y advertencia, planteando algunos problemas técnicos como la fiscalización y sanción a los proveedores, la competencia desleal y la tutela judicial de los consumidores. Por otra parte, es posible examinar la publicidad comercial de comestibles malsanos desde el punto de vista de la crítica social y, de este modo, describir y explicar la publicidad comercial de comestibles malsanos como un mecanismo de intervención normativa y formular una cierta política de justicia.

Si bien este trabajo asumirá el segundo enfoque, delimitaré los alcances del primero, lo que contribuirá a justificar su adopción. En el derecho del consumo, la publicidad comercial demanda un marco jurídico integral y uniforme, pues aborda un mismo fenómeno jurídico en el que coinciden la comunicación, el medio de difusión y la finalidad de disuadir o persuadir al consumidor respecto de la adquisición de un determinado producto o servicio (López Díaz, 2020). Tener un marco jurídico más o menos integral y uniforme les ofrece seguridad jurídica a los proveedores que intervienen en la actividad comercial, al tiempo que contribuye al desarrollo del libre mercado. Así las cosas, la publicidad comercial está dispuesta como un mecanismo de suministro de información a los consumidores con independencia de una negociación contractual,

constituyéndose más bien como una de las condiciones de la libre competencia, en concreto, la transparencia del mercado (De la Maza Gazmuri, 2010). Desde el segundo enfoque, el propósito de este trabajo no es conceptualizar la publicidad comercial de comestibles malsanos en alguna de las categorías establecidas por el derecho del consumo o la defensa de la libre competencia, sino identificar las ventajas que ella provee para la protección de los derechos de la niñez en el ámbito de la salud y alimentación. En este sentido, si los Estados tienen un papel activo en la provisión de bienes públicos para garantizar el ejercicio de la autonomía de todas las personas, entonces la protección de la nutrición y la salud, en tanto bien público que contribuye al bienestar individual y permite la participación en la vida social en condiciones de autonomía, fundamenta y explica la regulación de la publicidad comercial a través de restricciones y limitaciones a su ejercicio. Así, serán razones de moralidad política las que permitirán examinar la regulación de publicidad comercial y, a partir de su evaluación crítica, comprender su propósito y legitimidad.

### 3.1 El principio del interés superior de NNA como pilar fundamental para la protección de la niñez frente a la publicidad comercial

La legitimidad de la que está dotada la CDN, producto del amplio consenso que su texto produjo al momento de su adopción, así como el gran número de ratificaciones que ha conseguido con posterioridad, han contribuido al reconocimiento universal de los derechos allí dispuestos (Cillero, 2001, pp. 33-34). La protección de dichos derechos, a través de mecanismos institucionales implementados por los Estados partes que permitan reclamarlos y hacerlos valer, se sustenta en un mandato ético, basado en el propósito de satisfacer las necesidades humanas de los NNA, en tanto condiciones indispensables e interdependientes para su desarrollo en sociedad (Ochaíta Alderete y Espinosa Bayal, 2012). En este sentido, el interés superior del niño cumple un papel fundamental, pues tiene como objetivo garantizarle al niño el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención (Comité de los Derechos del Niño, 2013a) y, como consecuencia de ello, la satisfacción de sus necesidades humanas básicas.

En tanto principio jurídico garantista, el interés superior del niño permite construir vínculos jurídicos idóneos para asegurar la efectividad de los derechos subjetivos de los NNA, transformándose en un límite a la acción y el paternalismo estatal y, al mismo tiempo, en una orientación para dar prioridad

o primacía a sus derechos frente a los intereses de terceros (Cillero, 2001). En este sentido, si la publicidad comercial de comestibles malsanos puede afectar la adecuada nutrición y la salud de NNA, entonces su interés es ser protegidos de la exposición a dicha actividad comercial. Considerando que el artículo 3.1 de la CDN establece que el interés superior de los NNA es una consideración primordial, entonces los intereses económicos de quienes integran la industria alimentaria o de la publicidad ceden frente al resguardo de la nutrición y la salud (Handsley y Reeve, 2018, p. 458).

El fundamento normativo para sustentar que el interés superior del niño es el pilar para la protección de la niñez frente a la publicidad comercial de comestibles malsanos dirigida a NNA radica en dos argumentos. Por una parte, conforme a lo establecido en el artículo 3.1 de la CDN, el interés superior del niño guía y orienta la actividad estatal, en tanto consideración primordial frente a cualquier medida que concierne a los NNA. Por otra parte, el interés superior del niño contribuye a justificar normativamente la provisión de bienes públicos para garantizar los derechos subjetivos de NNA, configurándose como una regla distributiva que le da prioridad a la provisión de las condiciones mínimas para el desarrollo de la autonomía de los NNA.

El interés superior del niño exige de los Estados la elaboración de políticas orientadas a reglamentar las acciones que enrarecen los entornos físicos y sociales en los que los NNA viven, crecen y se desarrollan (Comité de Derechos del Niño, 2013b, párr. 13). En el caso de la salud nutricional y los entornos saludables, el Estado satisface este requerimiento adoptando medidas destinadas a reducir de manera sustantiva la exposición de los NNA a la publicidad comercial de comestibles malsanos. Una primera aproximación sugiere que bastaría con velar por que el sector privado evalúe el interés superior del niño en la publicidad comercial de comestibles malsanos, por ejemplo, a través de la autorregulación de la actividad o el *soft law*. Si esta contribuye a reducir la exposición de NNA a esta clase de publicidad, entonces su interés superior estará satisfecho. Sin embargo, hasta ahora, la autorregulación ha sido insuficiente, puesto que, al configurarse como códigos deontológicos redactados, supervisados y aplicados por la misma industria, plantea un claro conflicto de intereses (Boyland et al., 2022, p. 18). Mientras, la regulación estatal tiene una probada efectividad para reducir la exposición de los NNA a la publicidad (Unicef, 2022, p. 17), sugiriéndose entonces que son las medidas regulatorias obligatorias las que mejor satisfacen el interés superior del niño.

En la tarea de garantizar los derechos subjetivos de NNA, cualquier Estado

liberal deberá proveer bienes públicos, pues solo con ellos podrían verificarse mínimamente las condiciones de racionalidad, independencia y opciones suficientes para que los NNA puedan ejercer su propia autonomía. De lo que se trata no es solo de resguardar el desarrollo de las habilidades cognitivas identificadas como necesarias para cualquier agente racional, sino también amparar tanto las condiciones externas al sujeto —a saber, el contexto y las relaciones que rodean su desarrollo evolutivo— como la interrelación entre su capacidad cognitiva, emocional y conductual y, de este modo, pueda elegir y materializar los planes de vida que libremente adopte.[7]

La protección de la alimentación adecuada y la salud nutricional es un bien público en tanto contribuye a la satisfacción de necesidades básicas, puesto que procura las condiciones necesarias para el ejercicio de la autonomía individual de cualquier agente. Las enfermedades y algunas condiciones de discapacidad que pueden derivar de la malnutrición limitan severamente la capacidad de una persona para ejercer su autonomía y, en consecuencia, su regulación será legítima siempre que sea compatible con el resguardo de la autonomía individual.[8]

En atención a lo anterior, la intervención del Estado a través de la regulación y la implementación de políticas públicas en alimentación y nutrición puede transitar desde la abstención frente al disfrute de la alimentación por parte de cualquier persona hasta prohibir acciones de terceros con el propósito de evitar aquellas que sean perjudiciales para el agente que las elige y materializa. La regulación de la publicidad de comestibles malsanos puede ser un buen ejemplo para determinar si la imposición de conductas y cursos de acción a los individuos contribuye a que estos satisfagan sus preferencias y planes de vida o, por el contrario, se configuren como una imposición de ideales, cuestión que resulta contraria a una posición liberal.

---

7 Para Álvarez (2015), la visión liberal clásica de la autonomía, que se centra en la capacidad del individuo para tomar decisiones racionales, debe ser superada. Siguiendo un enfoque basado en el liberalismo perfeccionista y teorías feministas, la autora propone una visión relacional de la autonomía que considere el contexto y las relaciones del individuo. Agrega que la autonomía del individuo está determinada por sus relaciones con los demás y el contexto en el que vive, y es reforzada cuando tiene a su disposición una amplia gama de opciones relacionales. Por ello analiza el papel de la socialización en el desarrollo de la autonomía, especialmente en relación con las preferencias y valores del individuo. La autora concluye argumentando que una visión relacional de la autonomía es más capaz de dar cuenta de la complejidad de la toma de decisiones humanas que aquellas basadas exclusivamente en la racionalidad.

8 Siguiendo a Nino (1989, pp. 412 y ss.), el principio de autonomía de la persona proscribe interferir en la libre elección y materialización de ideales de excelencia humana y planes de vida, salvo que el ejercicio de esa libertad implique poner a otros individuos en situación de menor autonomía o que el propio sujeto consienta en tal restricción.

Un agente, especialmente cuando es NNA, puede al mismo tiempo valorar su nutrición y salud y consumir esta clase de productos, asumiendo tres comportamientos distintos, a saber:

1. Ignora las consecuencias del consumo de productos malsanos.
2. Conoce los efectos a la salud y malnutrición de esta clase de productos y, sin embargo, debido a debilidad física, psicológica o a determinantes sociales o ambientales de salud, no es capaz de controlar su conducta de consumo.
3. Simplemente actúa de una manera contraria a aquella conducta que identifica como adecuada para la protección de su salud.

La primera alternativa, aquella en la que el agente no cuenta con los conocimientos respecto a los riesgos asociados al consumo de productos comestibles malsanos, importa la intervención del Estado para facilitarles a los individuos acceso suficiente a información nutricional por medio de la difusión de esta. En el caso de los NNA, la regulación de la publicidad comercial parece justificada. Al respecto, hay abundante evidencia sobre la imposibilidad de los NNA de comprender el carácter persuasivo de la publicidad y distinguir entre información y persuasión.[9] Por ello, el Estado está legitimado para intervenir a través de la aplicación de una regulación que promueva, de manera efectiva, la alimentación saludable y proporcione información sobre el consumo de productos malsanos, evitando intervenciones que podrían implicar una manipulación a las decisiones de compra de los consumidores. Este tipo de intervención contribuye a proteger los intereses de NNA, en la medida en que su desarrollo cognitivo —y, en particular, sus percepciones— no les permiten distinguir los elementos persuasivos y las técnicas de manipulación desarrolladas por la industria publicitaria.[10]

Ahora bien, tanto en la segunda como en la tercera alternativa también se justifica una regulación estricta sobre la publicidad comercial, puesto que la exposición a un entorno alimentario insalubre, debido a la publicidad comercial de comestibles malsanos, reduce la autonomía de los NNA, especialmente si

---

9 Ya en el año 2013, Unicef (2013, p. 5) informó que los NNA son más susceptibles a la persuasión publicitaria debido a su desarrollo cognitivo incompleto. Estudios revisados por el organismo mostraron cómo la publicidad alimentaria, incluso en breves comerciales televisivos, puede influir en sus preferencias alimentarias y contribuir al sobrepeso. Elementos como personajes, logos, diseños y declaraciones de propiedades saludables en los empaques también alteran su percepción del sabor y sus elecciones.

10 Siguiendo a Boyland y Tatlow-Golden (2017, pp. 7-8), un análisis de la evidencia sobre el poder y el impacto de la publicidad comercial de comestibles malsanos en NNA muestra que la publicidad ali-

sus hábitos de consumo están influenciados por ella. Ellos pueden desconocer el propósito de la publicidad comercial, cuestión que les impedirá desarrollar un juicio crítico sobre esta. Al respecto, se ha señalado que es la capacidad crítica, basada en la racionalidad, lo que explica por qué el discurso publicitario está protegido a través de la libertad de expresión (Constantin et al., 2022, p. 208). Si la autonomía, en el contexto de la elección del consumidor, es definida como la capacidad para tomar y ejecutar decisiones por sí mismo, libre de influencias externas impuestas por otros agentes (Wertenbroch et al., 2020, p. 430), entonces el discurso publicitario podría también ser expresado con libertad (Garde, 2011, p. 528).

Justamente en aquellos casos en que, aun conociendo los efectos perjudiciales de los productos malsanos el NNA no puede o no quiere limitar su consumo, será legítimo que el Estado busque desalentar el consumo de estos productos a través de las restricciones a la actividad publicitaria. Al respecto, es fundamental reconocer que la capacidad de razonamiento de los NNA está en desarrollo, por lo tanto, las medidas de protección reconocen y responden a su vulnerabilidad inherente, teniendo especialmente en cuenta que la industria puede explotar la vulnerabilidad de los NNA utilizando técnicas persuasivas que inducen a elecciones perjudiciales para su salud y bienestar (Simões, 2013, p. 357).

En síntesis, el fundamento primordial para sustentar las restricciones en la publicidad comercial de comestibles malsanos es asegurar las condiciones de bienestar de los NNA que permitan el desarrollo de su autonomía, incluyendo su condición de consumidores (Wertenbroch et al., 2020, p. 436). Si se regula la acción de la industria publicitaria, se limita también su influencia en los NNA y su entorno. El interés superior del niño en el ámbito de la industria de la publicidad y la mercadotecnia de comestibles malsanos exige entonces que todas las acciones y decisiones de los Estados prioricen y salvaguarden los derechos y el bienestar integral de NNA. Esto implica reconocer y actuar sobre la base de su vulnerabilidad específica frente a las estrategias publicitarias, con el objetivo de protegerlos de cualquier daño físico, psicológico y social que pueda derivarse de la exposición a la publicidad, especialmente aquella que promueve productos y hábitos no saludables (Garde, 2011).

mentaria tradicional influye negativamente en las preferencias y el consumo de alimentos en niños, aumentando la ingesta calórica y reduciendo el consumo de alimentos saludables. La publicidad televisiva en particular aumenta el recuerdo y el disfrute de los anuncios, lo que lleva a mayores solicitudes de compra y consumo.

### 3.2 El deber del Estado de proteger la salud de NNA: la publicidad como determinante de la salud

El artículo 24 de la CDN reconoce el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. La nutrición es parte de la salud de los NNA. Por una parte, el párrafo 2º, letra c) de la disposición indica que los Estados adoptarán medidas encaminadas a combatir la malnutrición. Para el Comité de Derechos del Niño (2013b, párr. 43), el cumplimiento de esta obligación exige que los Estados enfrenten la obesidad infantil, limitando la exposición a comestibles malsanos altos en grasas, azúcares y sal, así como a bebidas con cafeína u otras sustancias nocivas, a través de la regulación de la comercialización y disponibilidad de estos productos. Por otra parte, el párrafo 2, letra e) del artículo 24 establece que la nutrición es un principio básico que debe ser conocido por la sociedad, los NNA y los padres. El Comité de Derechos del Niño (2013b, párr. 59) agrega que la información y educación sobre nutrición es relevante, pues les permite a los NNA tomar decisiones fundadas en relación con su estilo de vida y hábitos saludables.

En el ámbito interamericano, el derecho a la salud ha sido considerado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (o, indistintamente, Corte IDH) como un derecho autónomo y justiciable,[11] protegido por el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como por su conexión con el derecho a la vida (artículo 4) y la integridad personal (artículo 5).[12] En este contexto, los riesgos a la salud derivados de la malnutrición, especialmente las enfermedades no transmisibles, han sido una preocupación para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Al respecto, la Relatoría de Derechos Económicos Sociales y Culturales ha señalado que del derecho a la salud se desprenden los deberes de regular, supervisar y fiscalizar las actividades empresariales vinculadas a los factores de riesgo asociados a enfermedades no transmisibles (García Muñoz, 2023, párr. 170), pues la promoción de productos malsanos puede crear o incrementar un riesgo para los derechos humanos (párr. 245).

La obesidad y las enfermedades no transmisibles, en tanto problemas multifactoriales, están influenciadas por factores tan diversos como la educación, la actividad física, la genética, la dieta alimenticia o el desarrollo de actividades sedentarias como los videojuegos en línea, la televisión y el entretenimiento

11 Corte IDH. *Caso Vera Rojas y Otros Vs. Chile*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (1 de octubre de 2021); *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas (sentencia del 3 de agosto de 2018, párrs. 106 y 110).

12 Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas (sentencia del 22 de noviembre de 2007).

en redes sociales (Ries, 2012). Asimismo, determinantes comerciales de salud, como la disponibilidad de alimentos, las prácticas de mercadeo y los factores globales del intercambio comercial, son aspectos relevantes que influyen en la salud de las personas (Kalra et al., 2023). En tanto intervención normativa, la regulación en el ámbito de los comestibles malsanos tiene un alcance limitado en la prevención de la obesidad, la cual requiere de un abordaje multifactorial. Sin perjuicio de ello, una adecuada regulación puede ayudar a aminorar algunos de los factores que están presentes en los entornos sociales y que contribuyen al desarrollo de las enfermedades no transmisibles y a la obesidad (Ries, 2012), especialmente si busca influir en las preferencias y los hábitos saludables de las personas.

La regulación que tiene por objeto intervenir en el desarrollo de preferencias y hábitos saludables tiene al menos dos dimensiones. Primero, una dimensión preventiva, que incorpora prohibiciones o restricciones a distintos actores del mercado. En este ámbito, destacan: (1) las relacionadas con la comercialización de productos malsanos, como las prohibiciones a la venta de comestibles y bebidas altos en nutrientes críticos en las escuelas (Perry et al., 2024); (2) las que tienen por objeto restringir distintos aspectos de la publicidad comercial, especialmente cuando está dirigida a NNA (Alfraidi et al., 2023); (3) las que limitan la compra de productos altos en nutrientes críticos cuando se adquieren con tarjetas de canje con financiamiento gubernamental;[13] (4) las que mandatan la disminución de nutrientes críticos en el contenido de los comestibles;[14] y (5) las que introducen etiquetas de advertencia nutricional (Unicef, 2021a). Segundo, una dimensión incentivadora, que introduce medidas que buscan fomentar ciertas conductas en el mercado. Ries (2012) destaca, entre otras, las siguientes: (1) las que promueven la creación de espacios de recreación y actividad física; (2) las que establecen beneficios fiscales o remuneratorios por la realización de

13 En el caso chileno, los estudiantes de educación superior beneficiados con becas de alimentación de la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas (Juaneb) del Ministerio de Educación utilizan una tarjeta cargada con un monto mensual destinado a la compra de alimentos en restaurantes y supermercados. Sin embargo, dicha tarjeta no está habilitada para pagar los siguientes productos: bebidas alcohólicas, cigarrillos, fármacos, productos que no pertenezcan a la categoría alimentos, comestibles con hasta dos sellos de advertencia nutricional y menús poco saludables que no sean aprobados por Junaeb. Puede consultarse el sitio web que informa sobre las características de este beneficio: https://becajunaeb.pluxee.cl/

14 Un ejemplo de ello es el Reglamento que establece el proceso gradual de reducción hasta la eliminación de grasas trans en los alimentos y bebidas no alcohólicas procesadas industrialmente, con el propósito de contribuir a la reducción de riesgos asociados a las enfermedades crónicas no transmisibles, aprobado por el Ministerio de Salud del Perú por el Decreto Supremo 033-2016.

actividad física; (3) las que aumentan impuestos en productos azucarados o de alta densidad energética;[15] y (4) las que establecen subvenciones, descuentos, préstamos o beneficios fiscales a los supermercados y almacenes para que ofrezcan una gama más amplia de alimentos saludables a precios asequibles.

En el caso de la regulación de la publicidad comercial de comestibles malsanos, hay evidencia de que la publicidad de comestibles influye de manera significativa en las actitudes, las preferencias y el consumo de alimentos poco saludables entre los NNA (Smith et al., 2019), incluso aumentando su ingesta dietética (Sadeghirad et al., 2016). Asimismo, su implementación en conjunto con otras medidas, como la etiqueta de advertencia nutricional, contribuye también a disminuir su consumo. Al respecto, la investigación de Smith Taillei et al. (2020) dio cuenta de una disminución del 23,7% en la compra de bebidas azucaradas inmediatamente después de implementar la primera fase de las regulaciones sobre etiquetado de advertencia nutricional y publicidad comercial en Chile. Dicha investigación explicó, además, que los hogares de todos los niveles educativos redujeron las compras, pero aquellos con mayor educación mostraron una mayor reducción relativa, superando incluso otras políticas aisladas en Latinoamérica, como los impuestos a las bebidas azucaradas.

Así las cosas, el establecimiento de una regulación de la publicidad comercial enfocada en la niñez se justifica en la influencia que esta tiene en la formación de hábitos y preferencias. Al respecto, Garde (2011, p. 526) explica que las sofisticadas técnicas de publicidad comercial dirigidas a NNA que se han desarrollado en diversos medios de comunicación se debe, entre otras razones, a que ellos representan tres mercados relevantes para las empresas que producen esta clase de productos, a saber: el mercado primario, en el que los NNA en la actualidad pueden tener poder de compra; un segundo mercado que corresponde al de los progenitores, en el que los NNA influyen en sus decisiones de compra; y el mercado del futuro, pues, en la medida en que los NNA desarrollen hábitos de consumo de productos malsanos, en su vida adulta, cuando su poder de compra sea mayor, continuarán consumiendo esta clase de productos.

Los principales medios o canales de comunicación en los que la industria alimentaria invierte en publicidad son el entorno escolar, la televisión y los medios digitales (Garde et al., 2018, p. 13). En el entorno escolar, se ha descrito que una de las acciones más efectivas para prevenir el sobrepeso y la obesidad

15 En Latinoamérica se han introducido este tipo de incentivos, por ejemplo, en Chile y México. Sobre la efectividad de las políticas tributarias en el ámbito de los comestibles malsanos, puede consultarse Agostini et al. (2018), Powell y Chaloupka (2009) y Acton et al. (2019).

es el establecimiento de regulaciones y limitaciones para proteger el ambiente alimentario (Morales et al., 2021). En algunos casos, la regulación a la publicidad va acompañada de prohibiciones de venta o expendio, promociones o patrocinio de comestibles malsanos en todos los establecimientos educativos.[16]

La televisión ha sido un canal especialmente masivo para llevar a cabo acciones publicitarias en relación con comestibles malsanos. El estudio de Kelly et al. (2010), desarrollado entre octubre de 2007 y marzo de 2008 en diferentes países, advirtió que los NNA estaban expuestos a grandes volúmenes de publicidad sobre alimentos en la televisión, con el objetivo de promocionar productos poco saludables y difundir de manera selectiva dichos anuncios cuando el mayor número de NNA está viendo la televisión. Asimismo, el uso de técnicas persuasivas de publicidad especialmente dirigidas a ellos definen un entorno mediático en el que pueden ser, frecuentemente y deliberadamente, blanco de mensajes comerciales que van en contra de las recomendaciones nutricionales. Asimismo, hay evidencia de que se puede reducir la prevalencia y la exposición de los NNA a la publicidad a través de restricciones basadas en el contenido en nutrientes críticos o limitaciones a la colocación en horarios diurnos de esta clase de anuncios; por ello, se ha recomendado incluir restricciones ampliamente definidas basadas en el contenido, la ubicación y el horario si quieren ser eficaces para mitigar el daño potencial de comestibles malsanos (Dillman Carpentier et al., 2023).

Ahora bien, en la actualidad, los NNA están cada vez más expuestos a la publicidad a través de otros canales de comunicación, especialmente los digitales, como juegos en línea, plataformas de *streaming*, redes sociales o sitios web populares entre ellos. Como se indicó previamente en esta investigación, una de las formas más graves de vulneración de derechos a la que los NNA se exponen en el entorno digital es a prácticas de recolección y venta de información personal, atentando contra su privacidad y capacidad de dar un consentimiento válido, así como la manipulación de su comportamiento a través de técnicas de segmentación por parte de la industria alimentaria (Tatlow-Golden y Garde, 2020), por lo que la publicidad de comestibles malsanos puede resultar aún más persuasiva orientando su mensaje hacia un mayor consumo en NNA.

16 En Uruguay, por ejemplo, la Ley 19140 sobre alimentación saludable en los centros de enseñanza, del 11 de octubre de 2013, prohíbe la venta, la publicidad, la promoción o el patrocinio en los establecimientos educativos de aquellos grupos de alimentos y bebidas que no estén incluidos en el listado de los nutritivamente adecuados, confeccionados por el Ministerio de Salud Pública. Dicha disposición entró en vigor en enero de 2024.

A partir de lo aquí analizado, es posible inferir que una regulación de la publicidad comercial de comestibles malsanos compatible con la protección del derecho a la salud de los NNA frente a enfermedades no transmisibles y la obesidad incluye, al menos: restricciones a la exposición de NNA a la publicidad, impedir que la publicidad influya en las preferencias a través de las técnicas de publicidad y la determinación clara de los comestibles cuya disminución en la ingesta total de energía y nutrientes críticos se espera a largo plazo.

Se adhiere entonces a una regulación de la publicidad que proteja completa y eficazmente a los NNA de información comercial que signifique un riesgo o un daño a su salud. La razón es muy simple: como han precisado Handsley et al. (2014, pp. 130 y ss.), la eficacia normativa exige considerar tanto el contenido normativo como los procesos de aplicación de esta, a través de medidas que fomenten su cumplimiento y acciones que puedan detener la publicidad que infrinja la ley.

## 4. Panorama general de los modelos regulatorios de publicidad comercial de comestibles malsanos en las Américas

El análisis de los modelos regulatorios sobre la publicidad comercial de comestibles malsanos se basa en los siguientes aspectos: el objeto de la regulación, las técnicas y estrategias consideradas, los medios de comunicación que regulan y el procedimiento para asegurar el cumplimiento de la normativa.[17] El propósito no es otro que responder a las siguientes preguntas: ¿cuál es el objeto de la regulación?, ¿qué ámbitos de la publicidad comercial están sujetos a restricciones y prohibiciones?, ¿qué medios de comunicación son objeto de la regulación? y ¿cuáles son las medidas y acciones para asegurar su cumplimiento?

### 4.1 El objeto de la regulación

Siguiendo las recomendaciones de la Organización Panamericana de la Salud (2014), el objetivo de cualquier regulación de la publicidad comercial de comestibles malsanos debe orientarse hacia la reducción de su impacto en los NNA.

17 Los modelos regulatorios que aquí se revisan excluyen aquellos basados exclusivamente en la autorregulación. Sobre los modelos regulatorios en los códigos deontológicos en los países del continente, puede consultarse Santana et al. (2021). Asimismo, tampoco se consideró la regulación de Bolivia, país que, desde 2016, cuenta con la Ley 775 sobre promoción de la alimentación saludable, la cual tiene un carácter integral al regular en el mismo cuerpo normativo tres aspectos relevantes

Un marco claro para la aplicación de las restricciones exige, entonces, definir los productos o bienes sobre los que recaerá la regulación.

Habitualmente, la regulación de la publicidad de comestibles malsanos recae sobre productos que presentan un alto contenido en grasas saturadas, ácidos grasos trans, azúcares libres, sodio o un alto valor energético, y que, al mismo tiempo, sean objeto de etiquetado de advertencia nutricional. Algunas regulaciones en Latinoamérica tienen como modelo de referencia para determinar los umbrales específicos de nutrientes críticos el perfil de nutrientes promovido por la Organización Panamericana de la Salud (2016, p. 18 y ss.). Es el caso de Argentina, México y —parcialmente— Uruguay.[18] Así, aquellos comestibles que cuenten con al menos un sello de advertencia son también objeto de algún tipo de restricción publicitaria. Para Chile, los valores son similares, pero no idénticos a los sugeridos por la Organización Panamericana de la Salud y su determinación combina criterios establecidos por la ley con un acto administrativo de la autoridad sanitaria designada por el Estado,[19] estableciéndose su regulación en un reglamento o decreto de carácter administrativo.

Otros aditivos habituales presentes en comestibles envasados, cuyo consumo no se recomienda para el control del peso o el riesgo de enfermedades no transmisibles —tales como la cafeína o los endulzantes—, no son objeto de restricciones a la publicidad, aunque algunos países, como México o Argentina, han incorporado etiquetas específicas que informan sobre su contenido en el producto, siguiendo las orientaciones de la Organización Mundial de la Salud (2024a).

Una segunda cuestión necesaria de delimitar es el concepto de publicidad que cada legislación establece, pues con ello puede identificarse claramente el

---

para resguardar los entornos alimentarios: la promoción de hábitos alimentarios saludables y el fomento de la actividad física, la regulación de la publicidad comercial de comestibles envasados y la regulación del etiquetado de advertencia nutricional. Se excluyó puesto que, hasta hoy, no cuenta con el reglamento exigido para su implementación.

18 En el caso argentino, el Reglamento de la ley de promoción de la alimentación saludable establece los valores máximos de nutrientes críticos en atención al modelo de perfil de nutrientes de la Organización Panamericana de la Salud, conforme lo dispone el artículo 6 de dicho reglamento. En México, el denominado "perfil nutrimental para la declaración nutrimental complementaria", establecido en la tabla 6 de lo dispuesto en el numeral 4.5.3 de la Norma Oficial Mexicana NOM-051-SCFI/SSA1-2010, también reproduce el modelo de perfil nutricional de la Organización Panamericana de Salud. En el caso de Uruguay, sin embargo, si bien el perfil de nutrientes siguió en un comienzo las recomendaciones de la Organización Panamericana de Salud, dichos criterios no fueron implementados y más tarde fueron flexibilizados.

19 Así, por ejemplo, en el caso de Chile, los valores son establecidos por la autoridad sanitaria, teniendo en cuenta los criterios establecidos en la Ley 20606. Dichos valores son determinados por el Ministerio de Salud a través del Reglamento Sanitario de Alimentos. En el caso de México, dichos

ámbito de aplicación de la normativa. En este sentido, es necesario tener en cuenta que el modelo regulatorio combina el etiquetado de advertencia nutricional con las restricciones publicitarias. Por eso, cualquier producto que sea objeto de etiquetado de advertencia queda también sujeto a las restricciones para su publicidad comercial, las cuales van desde la limitación de técnicas publicitarias o medios de comunicación hasta la prohibición total de dicha publicidad. Si bien la principal directriz en esta materia es que el concepto de publicidad abarque todos los entornos y medios de comunicación a los que los NNA estén expuestos (Unicef, 2021b), lo cierto es que cada regulación se articula en torno a una serie de ejes diferenciados en relación con el medio de comunicación, la técnica, el tipo de actividad publicitaria o el público al que se dirige, sin necesariamente incluir una definición de publicidad.

En el caso de Chile, por ejemplo, la Ley 20606 establece una definición específica de publicidad, la cual se distancia de aquella establecida en la normativa general sobre protección de derechos de los consumidores. Así, define "publicidad" como "toda forma de promoción, comunicación, recomendación, propaganda, información o acción destinada a promover el consumo de determinado producto". Para López Díaz (2020), se trata de una definición que incluye los tres elementos propios de la publicidad comercial en Chile, a saber: la comunicación, el medio de difusión y la finalidad persuasiva, configurándose como una noción bastante amplia. Es una estrategia legislativa adecuada para un sistema en el que la regulación sanitaria de los alimentos está en manos de una autoridad administrativa,[20] que tiene la potestad de adecuar la normativa frente a nuevas técnicas o plataformas de comunicación. En un sentido similar, el concepto de publicidad en la ley de promoción de la alimentación saludable para niños, niñas y adolescentes de Perú también es amplio, pudiendo adaptarse a la aparición de nuevas tecnologías de la comunicación.[21] Si bien dicha amplitud puede devenir en vaguedad, lo cierto es que, al basarse en la capacidad objetiva del mensaje para influir en el comportamiento del consumidor, caben en él desde el patrocinio hasta la opinión personal de un *influencer* que promueva objetivamente una marca.

lineamientos son fijados por Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios.

20 Conforme al artículo 4 de la Ley 20869 sobre publicidad de los alimentos, el presidente de la República, a través del Ministerio de Salud, reglamenta la publicidad y promoción de alimentos.

21 El artículo 3 define "publicidad" como "[t]oda forma de comunicación difundida a través de cualquier medio o soporte, y objetivamente apta o dirigida a promover, directa o indirectamente, la imagen, marcas, productos o servicios de una persona, empresa o entidad en el ejercicio de su actividad comercial, industrial o profesional, en el marco de una actividad de concurrencia, promoviendo la contratación o la realización de transacciones para satisfacer sus intereses empresariales".

En la vereda contraria, están las regulaciones de países como Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay o Venezuela,[22] en los que la publicidad de esta clase de productos comestibles no ha tenido un gran protagonismo, que mantiene la normativa general o adoptando medidas basadas exclusivamente en la autorregulación de la industria, salvo Paraguay, que, a pesar de contar con una normativa sobre etiquetado frontal, la regulación publicitaria es un tema pendiente.[23]

### 4.2 Alcance de la regulación

Para comprender la extensión y límites de la publicidad comercial en el ámbito de los comestibles con alto contenido de nutrientes críticos, se revisará a continuación cómo esta institución se aplica y qué casos abarca.

En general se advierte que los contornos de la regulación están delimitados a través de criterios que identifican aspectos específicos de la publicidad, a saber, la población a la cual se dirige el mensaje publicitario, los espacios publicitarios, los medios de comunicación y los horarios de emisión de la publicidad. Así, si un comestible tiene al menos una etiqueta de advertencia nutricional, se prohíbe su publicidad en establecimientos de educación inicial, primaria y secundaria —como ocurre en Uruguay,[24] Chile,[25] México[26] o Argentina[27]—, se limitan los horarios de emisión de publicidad en televisión y cine o[28] se prohíbe la publicidad dirigida a audiencias infantiles.[29]

---

22 Por ejemplo, en el caso de Venezuela, la regulación es general, basada en el Reglamento General de Alimentos y la ley de propaganda comercial, del 6 de septiembre de 1944, que prohíbe de manera genérica la publicidad engañosa.

23 La Ley 7092 de rotulado frontal de alimentos envasados del año 2023 establece la obligatoriedad del rotulado frontal de advertencia en los alimentos procesados y envasados en ausencia del consumidor y comercializados en el territorio nacional, conforme a su composición nutricional de azúcares, grasas saturadas y sodio.

24 Artículo 4 de la Ley 19140 sobre protección de la salud de la población infantil y adolescente a través de la promoción de hábitos alimenticios saludables, del 28 de octubre de 2013.

25 Artículo 6 inciso 1º de la Ley 20606 sobre composición nutricional de los alimentos y su publicidad, del 6 de junio de 2012.

26 Artículo 75 bis III de la Ley General de Educación, del 30 de diciembre de 2019.

27 Artículo 12 de la Ley 27642 de promoción de la alimentación saludable, del 12 de noviembre de 2021.

28 El artículo 110 ter del Reglamento Sanitario de Alimentos chileno, del 13 de mayo de 1997, dispone que no se podrá realizar ningún tipo de publicidad destinada a promover el consumo de comestibles con al menos una etiqueta de advertencia, en todas las transmisiones de cine y televisión entre las 6 y las 22 horas.

29 El artículo 10 de la Ley 27642, de promoción de la alimentación saludable, del 12 de noviembre de 2021 de Argentina prohíbe toda forma de publicidad, promoción y patrocinio de los alimentos y bebidas analcohólicas envasados, que contengan al menos un (1) sello de advertencia, que esté

En lo que respecta al límite de edad y la población a la que se dirigen las restricciones, en Perú y Argentina se establece que las restricciones publicitarias de comestibles malsanos se aplican a menores de 16 años, mientras que Chile fija este límite en 14 años. En Uruguay, en cambio, el foco de la protección explícita es el entorno escolar, cubriendo a quienes asisten a educación inicial, primaria y secundaria, no importando su edad. Sumado a estas diferencias en el límite de edad, si bien algunos países incluyen una definición legal de "publicidad comercial dirigida a NNA", estas se caracterizan por establecer más bien criterios y restricciones al contenido del mensaje publicitario, las técnicas publicitarias prohibidas, los medios y horarios de emisión y la edad del público cuando se trata de programas de televisión o *streaming*, las redes sociales o los juegos en línea.[30]

La adopción de una regulación basada en criterios publicitarios ha sido objeto de críticas, pues no consigue proteger a la niñez de la exposición a la publicidad. Un ejemplo ilustrativo es la regulación basada en la restricción de horarios de emisión de la publicidad en televisión, pues no impide que los NNA se expongan a ella en otros horarios o a través de otros medios, como los digitales. De ahí que se recomiende adoptar un enfoque integral basado en derechos (Unicef, 2022b, p. 26). Algo similar ocurre con el establecimiento de limitaciones a los medios de comunicación o los espacios publicitarios, que suele ser parcial y referida a ciertos medios específicos. Así, por ejemplo, Uruguay solo incluye restricciones publicitarias para los centros educativos, y si bien otros países —como México— amplían dichas restricciones al cine y la televisión, se prescinde del espacio digital o radiofónico.

En el Perú, la situación es similar, pues, si bien no se exigen convenios por parte de los anunciantes con un órgano público, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual debe supervisar e interpretar el cumplimiento de la normativa sobre publicidad comercial de comestibles malsanos en radio, televisión, medios escritos, empaques de comestibles, páginas web y anuncios en la vía pública. Al respecto, el Reglamento de la Ley 30021 de Promoción de la Alimentación Saludable, aprobada por el Decreto supremo 017-2017-SA, no prohíbe la publicidad comercial de esta clase de productos, pero sí establece restricciones a las técnicas y estrategias publicitarias.

El caso de Chile es probablemente el más estricto, pues combina prohibicio-

dirigida especialmente a niños, niñas y adolescentes.

30 Ejemplo de ello es la definición incluida en el artículo 110 bis) inciso 2º del Reglamento Sanitario de Alimentos chileno.

nes con restricciones a ciertas técnicas o estrategias de publicidad de comestibles con al menos una etiqueta de advertencia en todos los medios de comunicación, incluidos los medios digitales. En concreto, sumada a la prohibición de la publicidad en establecimientos educativos escolares, se prohíbe la publicidad de productos con etiquetado de advertencia en programas de televisión y cine dirigidos a audiencias infantiles en un horario fijado por la Ley 20869: entre las 6 y las 22 horas. En los medios digitales, prohíbe su publicidad cuando se realiza en programas o sitios web dirigidos a menores de 14 años; o cuando estos programas o sitios web capten una audiencia de menores de 14 años mayor al 20%. Tampoco podrán publicitarse dichos comestibles en espacios publicitarios durante, entre o inmediatamente antes o después de la difusión de dichos programas o sitios web, conforme a lo dispuesto en el artículo 110 bis del Reglamento Sanitario de Alimentos.

Finalmente, la situación de Argentina es interesante, pues, si bien la Ley 27642 prohíbe toda publicidad de comestibles con al menos una etiqueta de advertencia cuando dicha publicidad está dirigida a NNA, no define qué es la publicidad dirigida a NNA, sino que simplemente limita el uso de personajes infantiles, animaciones, dibujos animados, celebridades, deportistas y mascotas conforme al artículo 10 de la ley ya mencionada, sin evitar que los NNA sigan expuestos a la publicidad de estos productos.

### 4.3 Técnicas y estrategias de publicidad comercial restringidas o prohibidas

Una de las recomendaciones en relación con la regulación de la publicidad comercial de comestibles malsanos ha sido definir de manera específica las técnicas de publicidad que serán objeto de la regulación (Organización Panamericana de la Salud, 2011, p. 11). En efecto, habitualmente la industria publicitaria utiliza técnicas amplias, sofisticadas y persuasivas para los NNA, debido a que estos son menos experimentados para reconocer la intención comercial y persuasiva de las comunicaciones y, por ello, incluso se ha afirmado que la industria publicitaria explota dichas limitaciones cognitivas, afectando el derecho de los NNA a recibir información adecuada, conforme al artículo 17 de la CDN (Smith et al., 2019, p. 2).

La regulación de las técnicas publicitarias varía significativamente entre países. En ello incide especialmente el enfoque de la regulación y, en concreto, si está dirigida a restringir ciertas técnicas publicitarias de comestibles malsanos o si se trata de una regulación que, además, incorpora una protección reforzada de los

intereses de salud de grupos específicos. En el primer caso, se destacan aquellas regulaciones que establecen limitaciones al mensaje publicitario, cuyas particularidades es necesario precisar. En Perú, por ejemplo, el artículo 15 del Reglamento de la Ley 30021 de Promoción de la Alimentación Saludable, aprobada por el Decreto supremo 017-2017-SA, indica que el mensaje publicitario en los medios de comunicación escritos —tanto en los anuncios difundidos en la vía pública como en internet— deben incorporarse advertencias de manera legible en un área de hasta el 15% del tamaño del anuncio, mientras que en los medios audiovisuales como video, cine y televisión las advertencias deben ser claras, destacadas, legibles y comprensibles y las leyendas escritas deberán tener una duración proporcional al tiempo que dure la publicidad. Finalmente, en los anuncios radiales, las advertencias publicitarias deben difundirse y pronunciarse en el mismo ritmo y volumen del anuncio. En atención a esta normativa, no resulta claro cómo se aplican las reglas de advertencia publicitaria en las plataformas de *streaming*, que funcionan a través de internet, pero difunden contenido audiovisual.

En Argentina, si bien la regulación del mensaje publicitario es menos detallada que la del Perú, les prohíbe a todos los anunciantes resaltar declaraciones nutricionales complementarias que destaquen cualidades positivas y/o nutritivas de los comestibles con al menos una etiqueta de advertencia nutricional, con el objeto de no promover o confundir a la población sobre los aportes nutricionales del comestible.

Por otro lado, el reglamento de la publicidad mexicano es bastante más estricto en torno a la regulación del contenido del mensaje. El artículo 22 dispone que la publicidad de alimentos, suplementos alimenticios y bebidas no alcohólicas no deberán inducir o promover hábitos nocivos para la salud; afirmar que el producto llena por sí solo los requerimientos nutricionales del ser humano; atribuir a los alimentos industrializados un valor nutritivo superior o distinto al que tengan; realizar comparaciones en menoscabo de las propiedades de los alimentos naturales; sugerir que la ingesta del producto proporciona características o habilidades extraordinarias; o declarar propiedades que pueden comprobarse.

Finalmente, en el caso de Chile, el Reglamento Sanitario de Alimentos dispone que, en los medios de comunicación social masivos, los anunciantes deben incluir un mensaje que promueva hábitos de vida saludable cuyas características determina el Ministerio de Salud.[31]

En contraste, cuando la regulación también ofrece una protección reforzada

31 Al comparar con otras legislaciones, la regulación del mensaje de advertencia o de promoción de hábitos saludables es más flexible. Por ejemplo, en México solo se establece la alternativa de incluir

de los intereses de salud nutricional de grupos específicos, el centro de atención está puesto en aquellas técnicas publicitarias que influyen en el comportamiento de dichos grupos, especialmente porque no son capaces de reconocer la intención publicitaria o porque carecen de conocimientos nutricionales que les permitan la adquisición o compra del producto.[32] En este sentido, Chile, México y Argentina han desarrollado disposiciones legales o reglamentarias más detalladas que prohíben las promociones que incluyen un atractivo específico para los NNA si los comestibles tienen al menos una etiqueta de advertencia nutricional.[33]

Así las cosas, en Chile, conforme al artículo 110 bis del Reglamento Sanitario de Alimentos, se prohíbe el empleo —a través de cualquier medio de comunicación— de personajes, figuras, animaciones, juguetes, dibujos animados, música infantil o personajes relevantes para menores de 14 años.[34] Asimismo, se prohíben declaraciones o argumentos fantásticos sobre el producto o sus efectos, voces, expresiones o un lenguaje infantil o que utilice, por cualquier medio, situaciones cotidianas de NNA como la escuela, el recreo o los juegos. Tampoco se autoriza incluir o asociar al producto aplicaciones interactivas, juegos o concursos, juguetes, accesorios adhesivos o incentivos similares para menores de 14 años. En un sentido similar, Argentina incluye además una prohibición redactada en términos más amplios que no solo se extiende a concursos o juegos, sino también a la participación o promesa de participación en juegos deportivos, musicales, teatrales o culturales (artículo 10, letra c, Ley 27742).

Al comparar estas situaciones, se observa que la regulación de Perú es más

mensajes precautorios de la condición del producto o mensajes promotores de una alimentación equilibrada (artículo 307, inciso final, Ley General de Salud en materia de Publicidad). En Perú, la promoción de hábitos saludables les corresponde al Ministerio de Educación y al Ministerio de Salud, quienes coordinan las campañas u otras intervenciones comunicacionales para la promoción de la alimentación saludable, la actividad física y otras prácticas saludables (artículo 8, letra a del Reglamento de la Ley 30021, Ley de Promoción de la Alimentación Saludable).

32 Otro grupo que es considerado en la regulación sanitaria son los cuidadores de niños y niñas recién nacidos o en período de lactancia, a través de la regulación de la rotulación y publicidad de las fórmulas para lactantes. Así, por ejemplo, en Chile, el artículo 497 del Reglamento Sanitario de Alimentos establece la prohibición del uso de términos que puedan inducir a la indebida comparación de las fórmulas con la lactancia materna o que desalienten la práctica de la lactancia.

33 Para Alvarez-Cano et al. (2023, p. 485), Perú pudo tomar una senda semejante a la de estos países, pues incluyó en el proyecto legislativo la prohibición del uso de dibujos animados y personajes ficticios especialmente dirigidos a NNA, sin embargo, dicha prohibición fue retirada durante la discusión legislativa para conseguir el apoyo del Congreso y aprobar la ley.

34 En México, una disposición similar se encuentra en el artículo 24 bis del Reglamento a la Ley General de Salud en materia de Publicidad.

bien flexible, otorgando un mayor margen a la industria alimentaria para el desarrollo de la publicidad de sus productos, a diferencia de Chile, México y Argentina, donde existen disposiciones que especifican técnicas publicitarias que habitualmente están dirigidas a los NNA y que son objeto de prohibiciones o estrictas restricciones. La flexibilidad que se identifica en la legislación peruana, o la falta de regulación que en este ámbito se produce en países como Uruguay, resulta ventajosa para la industria alimentaria, pues mientras las técnicas de mercadotecnia no estén restringidas o prohibidas, la capacidad de persuasión y difusión de su mensaje publicitario expone a los NNA a la promoción de comestibles insalubres, a pesar de la evidencia científica que indica que esta influye en el comportamiento de adquisición o consumo de esta clase de bienes (Chemas-Velez et al., 2020).

### 4.4 El patrocinio

Un desafío significativo en la regulación de la publicidad de comestibles malsanos es el establecimiento de restricciones o prohibiciones al patrocinio, el cual, entendido como toda forma de contribución a cualquier acto, actividad o individuo con el fin, el efecto o el posible efecto de promover directa o indirectamente un bien o servicio y su consumo,[35] no ha sido objeto de una regulación específica y sistematizada. Una revisión de las legislaciones latinoamericanas en este ámbito evidencia un tratamiento parcial de esta materia. Al respecto, se identifican al menos tres maneras de abordar el patrocinio en la legislación interna: (1) regulando específicamente el patrocinio de comestibles malsanos, pero sólo cuando se dirige a NNA; (2) ofreciendo un tratamiento de la publicidad indirecta de comestibles malsanos, en el que puede incluirse el patrocinio;

35 Si bien en el ámbito de la salud no existe una definición general de "patrocinio", en este trabajo se ha adoptado una en atención a los lineamientos y directrices de la Organización Mundial de Salud para la regulación del etiquetado, la publicidad y el patrocinio del tabaco, la cual se ha proyectado en distintos ordenamientos jurídicos a través del Convenio Marco de la Organización Mundial de Salud para el control del Tabaco, el cual cuenta con 163 países signatarios desde junio de 2003. Conforme al artículo 1 del Convenio, "por 'patrocinio del tabaco' se entiende toda forma de contribución a cualquier acto, actividad o individuo con el fin, el efecto o el posible efecto de promover directa o indirectamente un producto de tabaco o el uso de tabaco".
En un sentido similar, la Directiva 2003/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de mayo de 2003 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco, define "patrocinio" como "cualquier tipo de contribución, pública o privada, a un acontecimiento, una actividad o un individuo cuyo objetivo o efecto directo o indirecto sea la promoción de un producto del tabaco".

y (3) por la ausencia normativa de una prohibición, restricción o limitación al patrocinio de comestibles malsanos.

En el primer caso, Argentina regula específicamente el patrocinio de comestibles malsanos, pero sólo cuando se dirige a NNA. Al respecto, la Ley 27642 define el patrocinio como toda forma de contribución a cualquier acto, actividad o persona con el fin, efecto o posible efecto de promover directa o indirectamente un producto, su uso, una marca comercial o una empresa. El artículo 10 de la Ley 27642 prohíbe expresamente el patrocinio, a través de cualquier medio, sólo cuando esté dirigido a NNA. Otros países ofrecen un tratamiento en el que no se define ni menciona el concepto de patrocinio como ocurre en la legislación chilena, lo que parece sugerir que sólo se enfoca en la publicidad directa. Sin embargo, a propósito de la publicidad de eventos deportivos, culturales, artísticos o de beneficencia social que son transmitidos por televisión o el cine, el artículo 110 ter del Reglamento Sanitario de Alimentos autoriza su transmisión fuera del horario de protección a los NNA (es decir, entre las 6 y las 22 horas) si cumple los siguientes requisitos copulativos: a) la publicidad del comestible malsano se acota a exhibir sólo el nombre del producto o la marca; b) la publicidad no está dirigida a NNA menores de 14 años; c) que el financiamiento o la organización del evento no sea exclusivo de la empresa interesada en la publicidad del comestible o de sus relacionadas; y d) que la publicidad exhibida no muestre situaciones que induzcan al consumo de comestibles malsanos. Finalmente, la situación más común es la ausencia de regulación del patrocinio de comestibles malsanos, como ocurre en México,[36] Perú o Uruguay.

Como se advierte, en el tratamiento del patrocinio de comestibles malsanos, Argentina es el país que presenta una regulación algo más comprehensiva y específica sobre la materia, y Chile solo considera algunos aspectos del patrocinio, pues su foco está puesto más bien en la publicidad directa. Un tratamiento normativo que distinga el patrocinio de las otras formas de publicidad comercial contribuiría a disminuir la exposición de las personas a esta clase de contenido, especialmente en NNA. Considerando la sofisticación y penetración que caracteriza al patrocinio, el cual se presenta como apoyo a actividades o personas que son socialmente valoradas, lo cual les impide a las personas conocer o percibir de manera inmediata la intención comercial asociada al producto,

36 El Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Publicidad define el concepto de patrocinio como el respaldo económico otorgado para la promoción de una persona física o moral o para la realización de una actividad o evento, sin embargo, no regula específicamente el patrocinio de comestibles malsanos, sino únicamente el del tabaco y las bebidas alcohólicas.

el patrocinio requiere de una regulación específica para que resulte más eficaz, pues parece insuficiente regular la publicidad si el patrocinio continúa.

### 4.5 Fiscalización y sanciones

Establecido el objeto de la regulación, su alcance y las técnicas o estrategias publicitarias consideradas en la normativa sobre publicidad de comestibles malsanos, cabe preguntarse acerca de su efectividad: ¿qué medidas de fiscalización se han establecido en este ámbito y bajo qué circunstancias es posible aplicar sanciones al incumplimiento de dicha normativa?

Una revisión de las recomendaciones de los expertos de la Organización Panamericana de la Salud evidencia que los mecanismos legales proporcionan un marco para que los Estados apliquen con mayor eficacia las medidas tendientes a disminuir la exposición de las personas a la publicidad de comestibles malsanos, especialmente de los NNA (Organización Panamericana de la Salud, 2011, p. 14), contribuyendo así a mejorar indirectamente el entorno alimentario y aprovechando el impacto positivo en la salud de la población (Alfraidi et al., 2023, p. 11). Al respecto, una parte importante de la solidez de las medidas regulatorias radica en la efectividad de sus sanciones, pues con ello no solo se fortalece la confianza en el sistema normativo, sino que también es posible prevenir futuros incumplimientos, al tiempo que se protege a aquellas empresas que sí cumplen con la regulación.

Un marco normativo que establece prohibiciones y restricciones puede evitar ambigüedades si, al mismo tiempo, incorpora sanciones disuasorias inequívocas frente a su incumplimiento y mecanismos claros de fiscalización y acción. Al respecto, los modelos de fiscalización y cumplimiento varían significativamente entre los países de Latinoamérica que han regulado la publicidad de comestibles malsanos. Por una parte, están aquellos que radican en la autoridad sanitaria el sistema de fiscalización y multas, otorgándoles a los consumidores la facultad de interponer acciones judiciales frente al incumplimiento de la normativa. Por otra parte, están aquellos países en los que es un organismo vinculado a la protección de los derechos de los consumidores o a la protección del mercado y la competencia el que tiene la facultad de fiscalizar y sancionar a las empresas que publiciten comestibles malsanos. Asimismo, se identifica un tercer modelo, ecléctico, que distingue entre competencias de fiscalización y sanción en el ámbito sanitario y en lo relativo a la lealtad comercial en el mercado. Finalmente, es posible identificar un modelo de control de riesgos sa-

nitarios que incluye un control preventivo de la publicidad comercial mediante autorizaciones a las empresas de alimentos.

El primer modelo es el chileno, en el que tanto las sanciones como la potestad fiscalizadora se rigen por la normativa sanitaria. En este sentido, es la Secretaría Ministerial de Salud de cada región la encargada de fiscalizar, ya sea de oficio o en virtud de una denuncia, el cumplimiento de las restricciones y prohibiciones a la publicidad comercial de comestibles malsanos, conforme al procedimiento y régimen sancionatorio dispuesto en el Código Sanitario chileno.[37] Paralelamente, si bien el Servicio Nacional del Consumidor ha iniciado acciones legales ante los tribunales de justicia chilenos entendiendo que tanto la Ley 20606 como el Reglamento Sanitario de Alimentos complementan la regulación de protección de los derechos de los consumidores —establecida en la Ley 19496—, los tribunales chilenos han sostenido que el Servicio Nacional del Consumidor carece de facultades para denunciar infracciones a la Ley 20606 ante los juzgados de policía local cuando no existan consumidores afectados.

Para el segundo modelo, un buen ejemplo es el peruano, en el que es el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, a través de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal y la Comisión de Protección del Consumidor, el que ejerce las facultades de fiscalización y sanción frente al incumplimiento de la Ley 30021 de Promoción de la Alimentación Saludable y su reglamento; así lo dispone el artículo 16 del Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley 30021, Ley de Promoción de la Alimentación Saludable. Las sanciones establecidas frente al incumplimiento se extienden desde la amonestación, en caso de que la infracción no hubiere causado perjuicio, hasta la multa por un monto máximo de 700 unidades impositivas tributarias, siempre que esta suma no supere el 10%

37 La reglamentación administrativa chilena en esta materia es bastante robusta. Al Reglamento Sanitario de Alimentos se agrega la Directriz para la vigilancia y fiscalización de la composición nutricional de los alimentos y su publicidad, de acuerdo con el Reglamento Sanitario de los Alimentos y el Decreto 24 que determina las características del mensaje que promueve hábitos de vida saludable contenido en la publicidad de los alimentos que indica. La primera, elaborada por el Departamento de Nutrición y Alimentos División de Políticas Públicas Saludables y Promoción de la Subsecretaría de Salud Pública, tiene por objetivo orientar los procesos de fiscalización y vigilancia de la rotulación y publicidad. Es un documento técnico, no vinculante y de uso interno que incorpora lo que en la directriz se denomina "enfoque de riesgo", conforme al cual se establece una priorización de comestibles malsanos y de espacios publicitarios para efectos de la fiscalización. El segundo establece las normas gráficas del mensaje sobre promoción de hábitos de vida saludables que la Ley 20606 ordena incluir en los comestibles que cuentan con etiquetado nutricional de advertencia.
Sobre la capacidad institucional chilena para la fiscalización de la publicidad de esta clase de productos cuando está dirigida a menores de 14 años, puede consultarse Hasbún-Mansilla (2019).

de los ingresos brutos percibidos por el infractor, conforme a lo dispuesto en el artículo 52 del Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Asimismo, se contempla una variedad de medidas correctivas con el objeto de restablecer la leal competencia en el mercado, establecidas en el artículo 56 del mismo decreto legislativo.

Para el tercer modelo de fiscalización y sanción, un buen ejemplo es Argentina. Allí, la entidad encargada de sancionar el incumplimiento de la Ley 27642 en materia de etiquetado frontal de comestibles y su publicidad es el Ministerio de Salud, a través de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (en adelante, "Anmat"). Las sanciones, en cambio, están establecidas en el Decreto 274 de 2019 sobre Lealtad Comercial e incluyen el apercibimiento, las multas entre 1 y 10 millones de unidades móviles, la suspensión en el Registro de Proveedores del Estado hasta por cinco años, la pérdida de concesiones, privilegios, regímenes impositivos o créditos especiales de los que gozare y la clausura del establecimiento hasta por 30 días. Finalmente, los consumidores podrían encontrar protección a través del ejercicio de acciones judiciales conforme al marco que ofrece la Ley 24240 de Defensa del Consumidor.

Finalmente, el cuarto modelo es el mexicano. En este caso, la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios, dependiente de la Secretaría de Salud, debe autorizar —previo a su difusión— la publicidad de alimentos y bebidas con etiquetado frontal en medios masivos como la televisión, el cine e internet. A través de este mecanismo de control, el órgano administrativo cumple un rol proactivo, verificando antes de la difusión que la publicidad cumpla con los lineamientos establecidos en Ley General de Salud y el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Publicidad, al tiempo que mantiene atribuciones fiscalizadoras y sancionatorias en caso de incumplimiento, imponiendo sanciones que van desde la suspensión hasta la multa.

### 4.6 Sistema de evaluación de la política pública regulatoria

Los modelos de evaluación de la regulación de la publicidad comercial de comestibles malsanos, al igual que como ocurre con su fiscalización, varían de un país a otro. En general, la evaluación de la política pública se realiza a través de ministerios o secretarías de salud, los cuales concentran las políticas de salud pública vinculadas a la prevención y el control de la nutrición y las enfermedades no transmisibles. En el caso argentino, a través del Ministerio de Salud, se coordinan programas y organismos descentralizados establecidos

para llevar a cabo algunas de las políticas de salud vinculadas con la publicidad de comestibles malsanos. Anmat, como encargada del programa de monitoreo y fiscalización de la publicidad y promoción de productos sujetos a vigilancia sanitaria, analiza la publicidad de comestibles malsanos en medios masivos y elabora informes periódicos y comparativos. El modelo de evaluación ha estado centrado en el proceso de implementación, monitoreando el contenido de la publicidad comercial tanto en medios masivos tradicionales como digitales.[38]

En Chile, el mandato legal establecido en la Ley 20606 se refiere únicamente al monitoreo de hábitos de vida saludable y su promoción entre estudiantes en párvulos y edad escolar. Se configura, entonces, como un sistema de evaluación de entornos alimentarios en los centros educativos, cuestión que está en concordancia con las esferas prioritarias de cooperación para mejorar la nutrición infantil establecidas en la Estrategia de Nutrición de Unicef 2020-2030 (Unicef, 2020, p. 67). Dicho sistema funciona a través de la coordinación entre el Ministerio de Salud y el Ministerio de Educación.

Ahora bien, una evaluación más extendida de la implementación de la política pública ha sido llevada a cabo por el Ministerio de Salud a través de la colaboración de instituciones académicas o en alianza con organismos internacionales, con los cuales ha abordado aspectos como los resultados de la fiscalización y el impacto comercial de la ley tanto en la reformulación de los productos como en la evaluación de las decisiones de compra entre los consumidores (Cliodinámica Asesorías y Consultoría e Ingeniería Limitada, 2019; Corvalán et al., 2021). La situación mexicana es similar a la chilena. Si bien la ley no crea un organismo que evalúe la política pública, el impacto de la publicidad comercial es una cuestión de interés dentro de la Estrategia Nacional para la Prevención y el Control del Sobrepeso, la Obesidad y la Diabetes, elaborada por el Centro Nacional de Prevención y Control de Enfermedades dependiente de la Secretaría de Salud (Gobierno de México, 2013). Asimismo, el Instituto de Salud Pública elaboró en el año 2021, en conjunto con Unicef, un estudio para caracterizar la publicidad de alimentos y bebidas en diferentes medios de comunicación enfocada en la población infantil (Instituto Nacional de Salud Pública y Unicef, 2021).

---

38 El último informe elaborado por Anmat (2025) corresponde al período enero-mayo. En Argentina, la Ley 26396 de 2016 declaró como una cuestión de interés nacional la prevención y control de los trastornos alimenticios y se creó el Programa Nacional de Prevención y Control de Trastornos Alimenticios, a cargo del Ministerio de Salud, que coordina actividades de investigación en este ámbito, incluyendo la publicidad con la Comisión Nacional Salud Investiga, el Ministerio de Ciencia y Tecnología, universidades y sociedades científicas conforme a la Resolución 732 de 2016.

Finalmente, en Perú, el artículo 5 de la Ley 30021 ordena la creación del Observatorio de Nutrición y Estudio del Sobrepeso y la Obesidad, a cargo del Ministerio de Salud, el cual tiene por objetivo analizar la situación nutricional de la población peruana con énfasis en los indicadores de sobrepeso y obesidad en NNA.[39] El organismo peruano debe elaborar anualmente un informe sobre el seguimiento y la evaluación de las estrategias adoptadas como políticas públicas, remitiéndolo a la Comisión de Salud y Población, Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos del Congreso de la República.[40] Dicho seguimiento y evaluación debe enfocarse en la efectividad e impacto en la salud pública de las medidas adoptadas e implementadas en las políticas públicas para mejorar los hábitos de alimentación y promoción de la actividad física en la población.

## 5. Conclusiones

El presente artículo ha analizado la regulación de la publicidad comercial de comestibles malsanos en Latinoamérica, con perspectiva de niñez y en un contexto regional y global caracterizado por la doble carga de la malnutrición y el aumento de las enfermedades no transmisibles, las cuales están asociadas a diversas determinantes de salud, entre ellas, las comerciales, como la exposición a los anuncios publicitarios de esta clase de productos.

La tensión entre los intereses comerciales de la industria alimentaria y publicitaria y la protección de la salud se resuelve paulatinamente a favor de esta última, especialmente cuando se trata de NNA. Si los Estados propenden a garantizar la salud y la nutrición de la población infantil para el desarrollo de su autonomía, deben ofrecer soluciones normativas de probada efectividad en la reducción a la exposición de los anuncios publicitarios, desestimando aquellas que no lo han sido, como la autorregulación de la industria publicitaria o alimentaria.

El fundamento jurídico de la regulación de la publicidad comercial de comestibles malsanos está en los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos y las obligaciones internacionales contraídas por los países latinoamericanos en el ámbito de la niñez. Por una parte, el interés superior del niño exige de los Estados asegurar condiciones de bienestar

39 Puede consultarse en: https://observateperu.ins.gob.pe/

40 El informe técnico disponible en el sitio web del observatorio corresponde al año 2021 (Luján Del Castillo, 2021).

a los NNA para el desarrollo de su autonomía. Dado que la salud nutricional y los entornos saludables son elementos indispensables para el desarrollo de dicha autonomía, regular la publicidad comercial de estos productos es pertinente. Por otra parte, el derecho del NNA al disfrute del más alto nivel posible de salud exige a los Estados acciones positivas para erradicar la malnutrición.

La publicidad de comestibles malsanos es una determinante comercial de salud que impacta en los hábitos de consumo e influye en la percepción y normalización de comportamientos alimentarios. Por ello, su impacto será significativo sólo si es completa y suficiente. En el caso latinoamericano, aquellos países que han adoptado una política regulatoria en el ámbito de la publicidad satisfacen solo parcialmente dichos requerimientos. Si bien en varios de los países analizados se determina con claridad cuáles son los productos objeto de la regulación y se incorpora una protección reforzada dirigida a la niñez, persisten omisiones normativas relevantes, como restricciones al contenido del mensaje publicitario o el patrocinio, ambas técnicas publicitarias que se integran de manera indirecta en el entorno de los consumidores, generando confianza o afinidad con el producto o la marca comercial. Asimismo, en relación con los entornos alimentarios y la exposición a la publicidad, hay consenso en restringir la publicidad comercial en los entornos escolares o educativos, aunque otros ámbitos tan accesibles para la niñez como el digital aún son objeto de una débil regulación.

A mayor abundamiento, el régimen sancionatorio no es uniforme, especialmente en lo que se refiere a los órganos de fiscalización, pues, si bien la regulación de esta materia obedece a razones de salud pública, en ocasiones su fiscalización y sanción queda en manos de órganos administrativos vinculados a la gestión económica del Estado o a la protección de la competencia en el mercado. Lo anterior puede conducir a que estos organismos obvien aquellos aspectos relacionados con la protección de la niñez y la salud a la hora de evaluar la imposición de sanciones, preservando criterios exclusivamente económicos.

## Bibliografía

Acton, R. B., Jones, A. C., Kirkpatrick, S. I., Roberto, C. A., y Hammond, D. (2019). Taxes and front-of-package labels improve the healthiness of beverage and snack purchases: A randomized experimental marketplace. *International Journal of Behavioral Nutrition and Physical Activity*, *16*(1), 46. https://doi.org/10.1186/s12966-019-0799-0

Agostini, C., Corvalán, C., Otero, C., Martínez, C. y Paraje, G. (2018). Evaluación y Aplicación de Impuestos a los Alimentos con Nutrientes Dañinos para la Salud en Chile. *Misterio de Hacienda, Ministerio de Salud y Banco Interamericano del Desarrollo*, 77. https://doi.org/10.13140/RG.2.2.29446.47686

Alfraidi, A., Alafif, N., y Alsukait, R. (2023). The Impact of Mandatory Food-Marketing Regulations on Purchase and Exposure: A Narrative Review. *Children*, *10*(8), 1277. https://doi.org/10.3390/children10081277

Álvarez, S. (2015). La autonomía personal y la autonomía relacional. *Análisis filosófico*, *35*(1), 13-26. https://bit.ly/4wzzeBq

Alvarez-Cano, J., Cavero, V., y Diez-Canseco, F. (2023). Idas y venidas del diseño de la política de alimentación saludable en el Perú: Análisis comparativo de sus documentos regulatorios. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, *39*, 480-488. https://doi.org/10.17843/rpmesp.2022.394.11896

Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica. (2025). *Informe Comparativo: Programa de Monitoreo y Fiscalización de Publicidad y Promoción de Productos Sujetos a Vigilancia Sanitaria 2024/2025* (pp. 1-7) [Comparativo]. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe_publicidad_mayo_25.pdf

Asamblea Mundial de la Salud. (2002). *Estrategia mundial sobre régimen alimentario, actividad física y salud*. Organización Mundial de la Salud. https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/43037/924359222X_spa.pdf?sequence=1

Boyland, E., McGale, L., Maden, M., Hounsome, J., Boland, A., y Jones, A. (2022). Systematic review of the effect of policies to restrict the marketing of foods and non-alcoholic beverages to which children are exposed. *Obesity Reviews*, *23*(8), e13447. https://doi.org/10.1111/obr.13447

Boyland, E., y Tatlow-Golden, M. (2017). Exposure, Power and Impact of Food Marketing on Children: Evidence Supports Strong Restrictions. *European Journal of Risk Regulation*, *8*(2), 224-236. https://doi.org/10.1017/err.2017.21

Campbell, M. (2020). NCD Prevention and International Investment Law in Latin America: Chile's Experience in Preventing Obesity and Unhealthy Diets. *Journal of World Investment y Trade*, *21*, 781-808. https://doi.org/10.1163/22119000-12340195

Chemas-Velez, M. M., Gómez, L. F., Velasquez, A., Mora-Plazas, M., y Parra, D. C. (2020). Scoping review of studies on food marketing in Latin America: Summary of existing evidence and research gaps. *Revista De Saude Publica*, *53*, 107. https://doi.org/10.11606/S1518-8787.2019053001184

Cillero, M. (2001). El Interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En *Derechos de la niñez y la adolescencia: Antología* (pp. 31-45). Unicef. https://biblioteca.corteidh.or.cr/adjunto/39410

Cliodinámica Asesorías y Consultoría e Ingeniería Limitada. (2019). *Servicios De Evaluación De Mensajes Para Promover Hábitos De Vida Saludable En La Publicidad De Medios Masivos Según*

*Ley N°20.606* (pp. 1-86). https://dipol.minsal.cl/wp-content/uploads/2022/10/INFORME-FINAL-MINSAL-PDF.pdf

Comité de Derechos del Niño. (2013a). *Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*.

Comité de Derechos del Niño. (2013b). *Observación general Nº 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24)*. Naciones Unidas.

Comité de Derechos del Niño. (2021). *Observación general núm. 25 (2021) relativa a los derechos de los niños en relación con el entorno digital*.

Constantin, A., Hevia, M. y Cabrera, O. A. (2022). Commercial Speech and Unhealthy Food Products: Conceptual Foundations. *Journal of Law, Medicine and Ethics*, *50*(2), 216-220. https://doi.org/10.1017/jme.2022.45

Corvalán, C., Correa, T., Reyes, M. y Paraje, G. (2021). *Impacto de la Ley chilena de etiquetado en el sector productivo alimentario*. Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) e Instituto Nacional de Tecnología Agroalimentaria (INTA). https://doi.org/10.4060/cb3298es

De la Maza Gazmuri, I. (2010). El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: Los deberes precontractuales de información. *Revista de derecho (Coquimbo)*, *17*(2), 21-52. https://doi.org/10.4067/S0718-97532010000200002

Dillman Carpentier, F. R., Mediano Stoltze, F., Reyes, M., Taillie, L. S., Corvalán, C. y Correa, T. (2023). Restricting child-directed ads is effective, but adding a time-based ban is better: Evaluating a multi-phase regulation to protect children from unhealthy food marketing on television. *International Journal of Behavioral Nutrition and Physical Activity*, *20*(1), 62. https://doi.org/10.1186/s12966-023-01454-w

Duminică, R. y Puran, A. N. (2021). Children's rights to privacy and data protection in the online environment. En Martín, L. M., Załucki, M. Gonçalves, R. M. y Partyk, A. (Eds.), *Artificial intelligence and human rights.* (1ª ed., pp. 155-168). Dykinson, S.L. https://doi.org/10.2307/j.ctv282jgff.13

Ferrante, A. (2021). El etiquetado frontal en los alimentos y la iconografía jurídica: Un ejemplo para la comprensión del trasplante jurídico y del nuevo paradigma latinoamericano. *Derecho PUCP*, *87*, Article 87. https://doi.org/10.18800/derechopucp.202102.005

García Muñoz, S. (with Organization of American States). (2023). *Las enfermedades no transmisibles y los derechos humanos en las Américas*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Garde, A. (2011). Advertising Regulation and the Protection of Children's Consumers in the European Union: In the Best Interests of ... Commercial Operators Special Issue: The European Union and Children's Rights. *International Journal of Children's Rights*, *19*(3), 523-546. https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/intjchrb19&i=529

Garde, A., Byrne, S., Gokami, N. y Murphy, B. (2018). *Un enfoque basado en los derechos de la infancia para la publicidad de alimentos: Una guía para los tomadores de decisión*. Unicef. https://www.unicef.org/media/139591/file/A%20Child%20Rights-Based%20Approach%20to%20Food%20Marketing.pdf

Gobierno de México. (2013). *Estrategia Nacional Para La Prevención Y El Control Del Sobrepeso, La Obesidad Y La Diabetes*. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/276108/estrategia_sobrepeso_diabetes_obesidad.pdf

Handsley, E., Nehmy, C., Mehta, K. y Coveney, J. (2014). A Children's Rights Perspective on Food Advertising to Children. *International Journal of Children's Rights*, *22*, 93-134. https://doi.org/10.1163/15718182-55680024

Handsley, E. y Reeve, B. (2018). Holding food companies responsible for unhealthy food marketing to children: Can international human rights instruments provide a new approach? *The University of New South Wales Law Journal*, *41*, 449-489. https://doi.org/10.53637/OXLV4395

Hasbún-Mansilla, J. (2019). *Capacidad Institucional Para La Fiscalización De La Publicidad De Alimentos Dirigida a Los Niños Y Niñas Menores De 14 Años: El Caso De La Ley De Alimentos En Chile* (Tesis de Magíster en Gestión y Políticas Públicas). Universidad de Chile. https://bit.ly/4f5sHHi

Instituto Nacional de Salud Pública y Unicef. (2021). *Publicidad y promoción de alimentos y bebidas dirigidas a niñas, niños y adolescentes en los puntos de venta en México* (pp. 1-48). Unicef. https://www.insp.mx/resources/images/stories/2022/docs/220104_Unicef_digital.pdf

Kalra, S., Verma, M. y Kapoor, N. (2023). Commercial determinants of health: A critical component of the obesogenic environment. *Clinical Epidemiology and Global Health*, *23*, 101367. https://doi.org/10.1016/j.cegh.2023.101367

Kelly, B., Halford, J. C. G., Boyland, E. J., Chapman, K., Bautista-Castaño, I., Berg, C., Caroli, M., Cook, B., Coutinho, J. G., Effertz, T., Grammatikaki, E., Keller, K., Leung, R., Manios, Y., Monteiro, R., Pedley, C., Prell, H., Raine, K., Recine, E., … Summerbell, C. (2010). Television food advertising to children: A global perspective. *American Journal of Public Health*, *100*(9), 1730-1736. https://doi.org/10.2105/AJPH.2009.179267

López Díaz, P. V. (2020). La publicidad comercial como fenómeno jurídico: Una aproximación general desde el derecho chileno. *Ius et Praxis*, *26*(3), 23-44. https://doi.org/10.4067/S0718-00122020000300023

Luján Del Castillo, C. (2021). Informe Técnico Del Observatorio De Nutrición Y Estudio Del Sobrepeso Y Obesidad. *Ministerio de Salud del Perú*. https://bit.ly/4h0Lm9K

Martínez, R., Mejía, C. y Espíndola, E. (2024). *El costo de la doble carga de la malnutrición: Principales impactos sociales y económicos en ocho países de América Latina*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal). https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/4276a3db-621c-4f96-a690-0bb90422712b/content

Morales, L., Krocker, M., Veliz, P. y Fautch, Y. (2021). *El rol de la escuela en la prevención del sobrepeso y la obesidad en estudiantes de América Latina y el Caribe*. https://www.unicef.org/lac/media/30431/file/El-rol-de-la-escuela-en-la-prevencion-del-sobrepeso.pdf

Naciones Unidas. (2015). Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015. 70/1: Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, Pub. L. No. A/RES/70/1, 40 (2015). https://ggim.un.org/documents/A_Res_70_1_s.pdf

Nino, C. S. (1989). *Etica y Derechos Humanos*. Astrea.

Observación General Nº 15. (2013). Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24), Pub. L. No. CRC/C/GC/15, 27 (2013).

Ochaíta Alderete, E. y Espinosa Bayal, M. A. (2012). Los Derechos de la Infancia desde la perspectiva de las necesidades. *Educatio Siglo XXI*, *30*(2), Article 2. https://revistas.um.es/educatio/article/view/153671

Organización Mundial de la Salud. (2024a). *Uso de Edulcorantes Sin Azúcar: Resumen de la Directriz de la OMS* (1st ed). World Health Organization.

Organización Mundial de la Salud. (2024b). *Enfermedades no transmisibles*. Enfermedades no transmisibles. https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/noncommunicable-diseases

Organización Panamericana de la Salud. (2006). *Estrategia y plan de acción regionales sobre la nutrición en la salud y el desarrollo, 2006-2015*. Organización Panamericana de la Salud. https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/62622/CD47-18-spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Organización Panamericana de la Salud. (2010). *Plan y Estrategia Regional de Salud Adolescente 2010-2018*. https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/3523/Estrategia-y-Plan-de-Accion-Regional-sobre-los-Adolescentes-y-Jovenes.pdf

Organización Panamericana de la Salud. (2011). *Recomendaciones de la Consulta de Expertos de la Organización Panamericana de la Salud sobre la promoción y publicidad de alimentos y bebidas no alcohólicas dirigida a los niños en la Región de las Américas*. https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/31076/9789275316382-spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Organización Panamericana de la Salud. (2014). *Plan de acción para la prevención de la obesidad en la niñez y la adolescencia*. https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/49139/obesity-plan-of-action-child_spa_2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Organización Panamericana de la Salud. (2016). *Modelo de perfil de nutrientes de la Organización Panamericana de la Salud*. https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/18622/9789275318737_spa.pdf

Organización Panamericana de la Salud. (2023a). *Enfermedades no transmisibles en niños, adolescentes y adultos jóvenes: Un resumen visual*. Enfermedades no transmisibles en niños, adolescentes y adultos jóvenes: un resumen visual. https://www.paho.org/en/enlace/noncommunicable-diseases-children-adolescents-and-young-adults-visual-summary#rf

Organización Panamericana de la Salud. (2023b). *Policy on prevention and control of noncommunicable diseases in children, adolescents, and young adults*. https://www.paho.org/sites/default/files/2023-08/cd60-7-e-policy-controlling-preventing-ncds.pdf

Perry, M., Mardin, K., Chamberlin, G., Busey, E. A., Taillie, L. S., Dillman Carpentier, F. R. y Popkin, B. (2024). National Policies to Limit Food Marketing and Competitive Food Sales in Schools: A Global Scoping Review. *Advances in Nutrition*, *15*. https://doi.org/10.1016/j.advnut.2024.100254

Popkin, B. M., Corvalan, C. y Grummer-Strawn, L. M. (2020). Dynamics of the Double Burden of Malnutrition and the Changing Nutrition Reality. *Lancet (London, England)*, *395*(10217), 65-74. https://doi.org/10.1016/S0140-6736(19)32497-3

Powell, L. M. y Chaloupka, F. J. (2009). Food prices and obesity: Evidence and policy implications for taxes and subsidies. *The Milbank Quarterly*, *87*(1), 229-257. https://doi.org/10.1111/j.1468-0009.2009.00554.x

Ries, N. M. (2012). Legal and Policy Measures to Promote Healthy Behaviour: Using Incentives and Disincentives to Control Obesity. *McGill Journal of Law and Health*, *6*(1), 1. https://bit.ly/3SKhW5W

Sadeghirad, B., Duhaney, T., Motaghipisheh, S., Campbell, N. R. C. y Johnston, B. C. (2016). Influence of unhealthy food and beverage marketing on children's dietary intake and preference: A systematic review and meta-analysis of randomized trials. *Obesity Reviews*, *17*(10), 945-959. https://doi.org/10.1111/obr.12445

Santana, D. O., Ferreira, R. M. C. y Souza, J. de. (2021). Restrições da publicidade infantil na América do Sul: *Austral Comunicación*, *10*(1), Article 1. https://doi.org/10.26422/aucom.2021.1001.oli

Simões, F. D. (2013). Paternalism and Health Law: Legal Promotion of a Healthy Lifestyle. *European Journal of Risk Regulation*, *4*(3), 347-363. https://www.jstor.org/stable/24323404

Smith, R., Kelly, B., Yeatman, H. y Boyland, E. (2019). Food Marketing Influences Children's Attitudes, Preferences and Consumption: A Systematic Critical Review. *Nutrients*, *11*(4), Article 4. https://doi.org/10.3390/nu11040875

Smith Taillei, L., Reyes, M., Colchero, A., Popkin, B. y Corvalán, C. (2020). An evaluation of Chile's Law of Food Labeling and Advertising on sugar-sweetened beverage purchases from 2015 to 2017: A before-and-after study. *Plos Medicine*, *2*(17). https://doi.org/10.1371/journal.%20pmed.1003015

Tatlow-Golden, M. y Garde, A. (2020). Digital food marketing to children: Exploitation, surveillance and rights violations. *Global Food Security*, *27*, 100423. https://doi.org/10.1016/j.gfs.2020.100423

Travassos Rosario, A. y Carmo Dias, J. (2023). How has data-driven marketing evolved: Challenges and opportunities with emerging technologies. *International Journal of Information Management Data Insights*, *3*. https://doi.org/10.1016/j.jjimei.2023.100203

Unicef. (2013). *Estudio exploratorio sobre la promoción y publicidad de alimentos y bebidas no saludables dirigida a niños en América Latina y el Caribe. Informe Completo*.

Unicef. (2019). *Protecting Children's Right to a Healthy Food Environment*. https://www.unicef.org/media/96101/file/Protecting-Childrens-Right-Healthy-Food-Environment.pdf

Unicef. (2020). *Estrategia de Nutrición de UNICEF para 2020–2030*. https://www.unicef.org/media/111486/file/%20Nutrition%20Strategy%202020-2030%20.pdf

Unicef. (2021a). *Etiquetado frontal nutricional de alimentos y bebidas*. https://www.unicef.org/lac/media/40881/file/Etiquetado-frontal-de-advertencia-nutricional.pdf

Unicef. (2021b). *Publicidad de alimentos y bebidas no alcohólicas no saludables dirigida a niños y niñas*. https://www.unicef.org/lac/media/40861/file/Publicidad-de-alimentos-y-bebidas-no-alcoholicas-no-saludables.pdf

Unicef. (2022a). *Marketing digital de alimentos y bebidas no saludables hacia niños, niñas y adolescentes en América Latina y el Caribe*.

Unicef. (2022b). *Marketing digital de alimentos y bebidas no saludables hacia niños, niñas y adolescentes en América Latina y el Caribe*. https://www.unicef.org/lac/media/42141/file/Reporte-marketing-digital-esp.pdf

Wells, J. C., Sawaya, A. L., Wibaek, R., Mwangome, M., Poullas, M. S., Yajnik, C. S. y Demaio, A. (2020). The double burden of malnutrition: Aetiological pathways and consequences for health. *Lancet (London, England)*, *395*(10217), 75-88. https://doi.org/10.1016/S0140-6736(19)32472-9

Wertenbroch, K., Schrift, R. Y., Alba, J. W., Barasch, A., Bhattacharjee, A., Giesler, M., Knobe, J., Lehmann, D. R., Matz, S., Nave, G., Parker, J. R., Puntoni, S., Zheng, Y. y Zwebner, Y. (2020). Autonomy in consumer choice. *Marketing Letters*, *31*(4), 429-439. https://doi.org/10.1007/s11002-020-09521-z

## Roles de autoría y conflicto de intereses

La autora manifiesta que cumplió todos los roles de autoría del presente artículo y declara no poseer conflicto de interés alguno.

# De la "película" operativa a la "foto" judicial: la trazabilidad administrativa como garantía de control judicial de la violencia institucional penitenciaria

**Nicolás José Rabbone**[1]

Departamento Judicial de La Plata, Ministerio Público Fiscal (Argentina)

nicolasrabbone@hotmail.com

https://orcid.org/0009-0001-4436-7715

**Recibido:** 15/03/2026

**Aceptado:** 14/05/2026

https://doi.org/10.26422/RJA.2026.0701.rab

**Resumen**

Este artículo examina un problema jurídico-institucional específico: la incidencia que tiene la calidad de la documentación administrativa penitenciaria en la posibilidad real de controlar judicialmente hechos de violencia institucional, uso de la fuerza, sanciones disciplinarias, medidas de aislamiento, omisiones médicas y demás decisiones estatales que comprometen derechos fundamentales de las personas privadas de libertad. Sostiene que la trazabilidad administrativa no constituye un requisito accesorio de buena gestión, sino una garantía jurídica estructural. Cuando el sistema de custodia documenta de modo tardío, fragmentario, vago o contradictorio, no solo produce expedientes deficientes: deteriora la verdad posible del caso, debilita la defensa, reduce la intensidad del control judicial y aumenta el riesgo de impunidad institucional. En ese marco, el artículo reconstruye el marco constitucional, convencional y

1 Abogado (Universidad Católica de La Plata). Se desempeña desde hace 17 años en el Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, con funciones en la Ayudantía Fiscal de Delitos Acaecidos en Unidades Penitenciarias del Departamento Judicial de La Plata. Se especializa en la investigación de hechos de violencia institucional en contextos de encierro, desarrollando una visión técnica y estratégica para abordar la complejidad de los delitos en el ámbito penitenciario, siempre con el objetivo de garantizar la transparencia y el cumplimiento de la ley en entornos de alta vulnerabilidad.

legal aplicable y analiza precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con el fin de proponer la trazabilidad administrativa como una categoría jurídica autónoma, diferenciable de la motivación administrativa, la transparencia, la rendición de cuentas y la debida diligencia investigativa. Su autonomía radica en que no se agota en el deber de motivar una decisión ni se confunde con la transparencia, la rendición de cuentas o la debida diligencia investigativa, sino que designa la aptitud institucional para producir, conservar y articular una secuencia registral verificable del ejercicio del poder penitenciario. Sobre esa base, se formulan estándares mínimos de documentación, preservación de evidencia, consistencia interdocumental y comunicación a órganos de control orientados a fortalecer la revisión jurisdiccional de la actuación penitenciaria.

**Palabras clave:** violencia institucional, servicio penitenciario, trazabilidad administrativa, control judicial, debido proceso, derechos humanos.

## From the Operational "Film" to the Judicial "Photo": Administrative Traceability as a Guarantee of Judicial Control of Institutional Penitentiary Violence

**Abstract**

This article examines a specific legal-institutional problem: the impact that the quality of prison administrative documentation has on the real possibility of judicially reviewing incidents of institutional violence, use of force, disciplinary sanctions, solitary confinement measures, medical omissions, and other state decisions affecting the fundamental rights of persons deprived of liberty. It argues that administrative traceability is not an accessory requirement of good management, but rather an autonomous legal category and a structural guarantee of the legality of state custody. Its autonomy lies in the fact that it is not exhausted by the duty to state reasons, nor is it reducible to transparency, accountability, or investigative due diligence: it refers, in its own right, to the institutional capacity to produce, preserve, connect, and make available chronological, complete, consistent, and auditable records of events and decisions occurring under confinement. When the custodial system documents events in a delayed, fragmented, vague, or contradictory manner, it does not merely generate deficient files: it undermines the ascertainable truth of the case, weakens the defense, reduces the intensity of judicial review, and increases the risk of institutional impunity. The article reconstructs the applicable constitutional, conventional, and statutory framework; analyzes the case law of the Inter-American Court of Human Rights and the Supreme Court of Argentina; and proposes criteria to distinguish traceability from related categories and translate it into verifiable standards of documentation, evidence preservation, interdocumentary consistency, and communication with oversight bodies. On that basis, the article argues that administrative traceability operates as a precondition for legality, contradiction, reviewability, and effective judicial protection in contexts of confinement.

**Key words:** institutional violence, penitentiary service, administrative traceability, judicial review, due process, human rights.

## 1. Introducción

La violencia institucional en contextos de encierro pone de manifiesto una dificultad central del constitucionalismo contemporáneo: cómo someter a derecho un ejercicio del poder estatal que se despliega sobre personas enteramente dependientes de la Administración. Cuando el Estado encierra, no solo restringe la libertad ambulatoria, concentra, además, una capacidad extraordinaria para ordenar espacios, clasificar conductas, imponer disciplina, producir registros y controlar el acceso a la información. Esa concentración de poder exige, por ello, mecanismos reforzados de legalidad, motivación, supervisión y control judicial (Assis Neto, 2023; Ferrajoli, 2011).

En la práctica forense y penitenciaria, suele decirse que el personal de custodia "vive la película" de lo ocurrido, mientras que el juez, el fiscal, la defensa y los organismos de control reciben después una "foto" a través del expediente. La metáfora es sencilla, pero jurídicamente productiva. La "película" remite a la secuencia completa de órdenes, omisiones, resistencias, intervenciones médicas, traslados, registros escritos y audiovisuales que integran el hecho. La "foto" judicial, en cambio, es la imagen que finalmente ingresa al proceso, muchas veces ya recortada por la propia burocracia que intervino en el episodio. Entre ambos planos, media una operación decisiva: la documentación administrativa. Si esa mediación es incompleta o sesgada, la jurisdicción deja de controlar un hecho y pasa a controlar apenas la narración interesada que la administración conservó de él (Goffman, 2001; Maier, 2004).[2]

Aquí se sostiene que la trazabilidad administrativa debe ser comprendida como una categoría jurídica autónoma y, a la vez, como una garantía estructural de los contextos de encierro. Su autonomía conceptual importa porque permite describir un problema específico que no queda completamente capturado por categorías próximas. La motivación administrativa exige exteriorizar razones de una decisión; la transparencia se orienta a la publicidad y accesibilidad de la información; la rendición de cuentas se vincula con la posibilidad de exigir responsabilidad por el ejercicio del poder; y la debida diligencia investigativa impone deberes de reacción y esclarecimiento frente a hechos lesivos. La trazabilidad administrativa, en cambio, se sitúa en un plano previo y transversal: nombra la aptitud institucional para producir, preservar, enlazar y hacer verificables los registros que permiten reconstruir, en secuencia, qué ocurrió

2 La metáfora de la "película" y la "foto" no pretende establecer una oposición entre verdad real y verdad judicial, sino señalar que la reconstrucción jurisdiccional depende de mediaciones documentales cuya calidad condiciona la posibilidad misma del control.

bajo custodia estatal, quién decidió, con qué fundamento, con base en qué información y con qué consecuencias. En ese sentido, su aporte específico radica en identificar como objeto jurídico autónomo la secuencia registral verificable del ejercicio del poder penitenciario. Por eso, cuando la trazabilidad se quiebra —por omisiones, fórmulas estereotipadas, pérdida de registros, contradicciones entre documentos o destrucción de evidencia—, no solo se resiente la prolijidad administrativa, se comprometen la tutela judicial efectiva, la defensa, la investigación diligente y la rendición de cuentas del Estado.

El trabajo procura, así, responder a una pregunta jurídicamente específica: ¿de qué modo la calidad, completitud, consistencia y verificabilidad de la documentación penitenciaria condicionan el control judicial de la actuación estatal y en qué sentido esa exigencia puede sistematizarse como una categoría jurídica propia? La relevancia de la pregunta no es solo dogmática. En un escenario regional caracterizado por sobreencarcelamiento, hacinamiento, prácticas informales de disciplina y desigual acceso a mecanismos de denuncia, la documentación constituye una de las pocas huellas objetivables del ejercicio cotidiano del poder punitivo. En Argentina, además, los datos más recientes muestran que a fines de 2024 había 121.443 personas privadas de libertad en establecimientos penitenciarios, cifra récord que intensifica la presión sobre sistemas ya tensionados y vuelve todavía más decisivo el problema del control de legalidad y de la trazabilidad de las actuaciones penitenciarias (Comité Nacional para la Prevención de la Tortura, 2026).

En su desarrollo, el artículo reconstruye el marco normativo aplicable a partir de la Constitución Nacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención contra la Tortura, las Reglas Nelson Mandela, el Protocolo de Estambul y la Ley 24660. Luego, pone ese marco en diálogo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), a fin de extraer de sus razones decisorias estándares concretos sobre deber de garantía, documentación, judicialización y carga argumentativa estatal. Finalmente, propone una delimitación conceptual de la trazabilidad administrativa frente a categorías afines y la proyecta sobre exigencias verificables de registro, preservación, interconexión y disponibilidad de la información.

Luego de delimitar el problema y precisar el eje del análisis, se desarrolla el marco normativo estrictamente necesario para situar el argumento; posteriormente, se analiza la brecha entre norma y realidad penitenciaria; después

se examina la trazabilidad administrativa como categoría jurídica autónoma, se la diferencia de nociones próximas y se responden objeciones; por último, se formulan estándares de reforma y se presentan conclusiones. El objetivo es ofrecer una argumentación jurídicamente fundada, con densidad doctrinal, pero concentrada en su objeto específico.

## 2. Delimitación del problema jurídico y encuadre del análisis

Deben distinguirse tres planos. El primero es el plano operativo, donde los hechos suceden: una requisa, una lesión, una discusión entre agentes y detenidos, una medida de aislamiento, un suministro médico omitido, una amenaza, un incendio o una videograbación que se pierde. El segundo es el plano administrativo, donde esos hechos se traducen en partes, actas, historias clínicas, libros de guardia, constancias de novedad, registros digitales, informes internos y comunicaciones a autoridades judiciales o de control. El tercero es el plano jurisdiccional, donde esa documentación es valorada para decidir sobre la legalidad de lo actuado, la responsabilidad estatal, la validez de una sanción o la necesidad de investigar penal o disciplinariamente. Entre el plano operativo y el judicial, no existe acceso directo: media siempre una instancia documental. Precisamente en ese punto se localiza una dimensión decisiva del problema (Cesano, 2020; Maier, 2004).

En contextos de encierro, la trazabilidad administrativa integra el contenido jurídico del deber estatal de custodia. No es un complemento contingente del poder penitenciario, sino una de sus condiciones de legitimidad. De allí se sigue que el déficit de trazabilidad no debe ser tratado como un defecto menor o un problema meramente organizacional, sino como una afectación jurídicamente relevante del debido proceso, de la tutela judicial efectiva y del deber de investigar con debida diligencia. Dicho en otros términos: cuando el Estado monopoliza la custodia física de una persona, también asume el deber reforzado de producir y conservar información verificable sobre lo que le ocurre bajo ese régimen de sujeción (Cesano, 2020; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011).

Este planteo exige tomar distancia de una concepción todavía persistente según la cual la administración penitenciaria actuaría en un terreno de discrecionalidad técnica poco permeable al control judicial. Sin embargo, en el Estado constitucional de derecho, la privación de libertad no produce un "espacio sin Constitución" ni habilita una reducción global del estatuto de derechos de

la persona detenida. Por el contrario, la especial intensidad del poder estatal refuerza las exigencias de legalidad, motivación, control y registro. La cuestión relevante no consiste en negar la necesidad de administración penitenciaria, sino en determinar las condiciones jurídicas bajo las cuales esa administración puede decidir y el modo en que debe justificar lo decidido (Cassagne, 2002; Gordillo, 2011).

La noción de "especial sujeto de protección" permite profundizar esta idea. Las personas privadas de libertad son sujetos especialmente expuestos al abuso, a la dependencia material y a la dificultad probatoria. Su vulnerabilidad no deriva de un atributo esencial, sino de la estructura misma de la custodia: separación del medio social, asimetría informacional, subordinación funcional a la autoridad, obstáculos para documentar por sí mismas lo ocurrido y riesgo de represalias. Por eso, la protección reforzada no consiste en un paternalismo abstracto, sino en el diseño de garantías adecuadas a esa situación de vulnerabilidad institucionalmente producida. La trazabilidad aparece entonces como una garantía de segundo orden: no protege un derecho aislado, sino la posibilidad misma de probar, reclamar, revisar e investigar la afectación de múltiples derechos (Assis Neto, 2023; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011).

El enfoque adoptado combina delimitación dogmática, análisis jurisprudencial y reflexión institucional. La dogmática permite precisar conceptos y controlar la coherencia entre normas, categorías y consecuencias. La jurisprudencia aporta estándares sobre posición especial de garante, deber de custodia, exigencias de documentación y preservación de evidencia en hechos ocurridos bajo encierro. La reflexión institucional incorpora, además, datos empíricos y literatura reciente, a fin de evitar que la discusión quede desconectada de las formas actuales de gestión penitenciaria y del incremento del encarcelamiento (Ferrajoli, 2011; Maier, 2004).

En ese marco, el artículo sistematiza un problema que suele aparecer fragmentado entre derecho administrativo, ejecución penal, teoría de la prueba y deberes de investigación bajo custodia y propone una categoría conceptual más precisa para abordarlo. El planteo no se limita a predicar la conveniencia del registro: sostiene que la trazabilidad administrativa posee un contenido propio, distinguible de la mera motivación del acto, de la transparencia genérica, de la rendición de cuentas entendida como control *ex post* y de la debida diligencia investigativa. Su objeto es más acotado y, a la vez, más decisivo: la producción y conservación de una secuencia verificable de información que haga posible la legalidad, la contradicción, la revisabilidad y el control judicial de la actuación penitenciaria.

El recorte del trabajo es deliberado. No se propone reconstruir de manera exhaustiva todo el régimen de ejecución penal ni ofrecer una sociología general del encierro. El objeto es más preciso: identificar en qué medida los déficits de producción, conservación, articulación y disponibilidad de los registros penitenciarios afectan la juridicidad de las decisiones intramuros y debilitan el control judicial de la actuación estatal.

## 3. Marco normativo indispensable para una teoría jurídica de la trazabilidad penitenciaria

El punto de partida es claro. El artículo 18 de la Constitución Nacional no solo prohíbe tormentos y azotes, sino que también impone que las cárceles sean sanas y limpias, para seguridad y no para castigo adicional de los reos detenidos en ellas. En diálogo con los tratados de derechos humanos de jerarquía constitucional, esa cláusula expresa una regla básica del derecho penitenciario argentino: la privación de libertad agota, en principio, el contenido legítimo de la pena o de la coerción procesal; todo sufrimiento adicional no previsto por ley y no controlable judicialmente constituye un exceso incompatible con el orden constitucional.[3]

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención contra la Tortura robustecen esa regla. De ellos surge una tríada de exigencias especialmente relevantes en este campo: a) la dignidad de la persona privada de libertad no se suspende por el encierro; b) el Estado, al ejercer custodia exclusiva, asume deberes positivos reforzados de protección, prevención y esclarecimiento; y c) toda afectación relevante debe estar sujeta a ley, motivación y control judicial. Las Reglas Nelson Mandela y el Protocolo de Estambul, aun con distinta fuerza normativa, densifican esos mandatos al exigir registros confiables de ingreso, alojamiento, medidas disciplinarias, salud, uso de la fuerza, lesiones y muertes bajo custodia. De tal modo, la documentación deja de ser un capítulo lateral de la administración para convertirse en un componente del estándar internacional de trato digno e investigación eficaz (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011; Naciones Unidas, 2015, 2022).

Ese tránsito hacia la judicialización de la ejecución penal basta, para los

3 La cláusula del artículo 18 de la Constitución Nacional ha sido progresivamente reinterpretada como una regla operativa de limitación del castigo estatal y de control de las condiciones materiales de detención, no como una mera exhortación humanitaria.

fines de este trabajo, como piso dogmático del planteo aquí sostenido. La consecuencia relevante es más acotada y más útil para el argumento central: allí donde el Estado concentra poder físico, baja visibilidad externa y control casi exclusivo de las fuentes de información, se intensifican las exigencias de legalidad, registro, motivación y revisabilidad de las decisiones intramuros.

La noción de relación de especial sujeción solo interesa aquí en su formulación constitucionalmente depurada. No se la invoca para reconstruir una teoría general ni para justificar ámbitos inmunes al control, sino para destacar que la custodia intensifica —y no disminuye— los deberes estatales de justificación, documentación, prevención y supervisión.[4]

La idea de especial protección completa esa lectura: la persona detenida no solo está más sometida, sino que también enfrenta mayor dependencia material, menor acceso autónomo a la prueba, mayores obstáculos para documentar por sí misma lo ocurrido y riesgo de represalias si denuncia. Desde esa perspectiva, la exigencia reforzada de trazabilidad no es un formalismo burocrático, sino una respuesta jurídica a una vulnerabilidad estructuralmente producida por la custodia.

La Ley 24660 recepciona, aunque de manera imperfecta, este movimiento de constitucionalización. Sus principios de legalidad, control judicial, progresividad, resocialización y respeto por la dignidad humana no son compatibles con una práctica penitenciaria basada en registros lacónicos, sanciones poco motivadas o documentación *ex post*. El artículo 3 en particular resulta decisivo al someter la ejecución de la pena al control judicial permanente. Ese mandato desautoriza toda lectura que pretenda reservar a la administración un ámbito inmune a la revisión. Si hay control judicial permanente, debe haber, necesariamente, condiciones materiales y documentales para hacerlo posible. La trazabilidad administrativa aparece así no como una creación *ex nihilo*, sino como una exigencia implícita en la propia judicialización del régimen de ejecución (Cesano, 2020).

La doctrina administrativista aporta, finalmente, el puente conceptual decisivo. La motivación del acto administrativo, la buena administración, la debida diligencia y la interdicción de la arbitrariedad iluminan el problema, pero no lo agotan. Si el acto administrativo común debe exteriorizar razones suficientes para permitir su control, con mayor razón debe hacerlo una decisión peniten-

4 La categoría de relación de especial sujeción solo resulta constitucionalmente admisible si se la entiende como técnica de organización de un vínculo intensificado por el poder estatal, y no como título para reducir discrecionalmente el contenido esencial de los derechos fundamentales.

ciaria que impacta directamente sobre integridad, salud, libertad residual o vínculo familiar. Ahora bien, la trazabilidad no se confunde con la sola motivación: mientras esta exige expresar razones, aquella impone además registrar y enlazar —con vocación de verificabilidad— la secuencia fáctica y decisoria que torna controlable la actuación estatal. Esa diferencia conceptual es la que el resto del trabajo procura desarrollar.

## 4. La brecha entre la norma y la realidad del encierro: violencia institucional, opacidad y administración del relato

El diseño normativo descripto contrasta con una realidad penitenciaria atravesada por sobrepoblación, insuficiencia de personal, deterioro edilicio, lógicas de emergencia y rutinas burocráticas defensivas. Esa brecha no es accidental. Una parte significativa de la violencia institucional contemporánea no se manifiesta únicamente como agresión física directa, sino como una combinación de maltrato, omisión, informalidad disciplinaria, segmentación de información y producción interesada de registros. En contextos de encierro, administrar cuerpos y administrar relatos son operaciones íntimamente conectadas. Quien controla el espacio controla, en buena medida, la primera versión disponible de lo sucedido (Comité Nacional para la Prevención de la Tortura, 2026; Procuración Penitenciaria de la Nación, 2025).

Sin necesidad de desarrollar aquí una teoría sociológica general del encierro, basta advertir que los establecimientos cerrados tienden a generar rutinas de autopreservación institucional y lenguajes estandarizados de registro. En el ámbito penitenciario, ello se traduce con frecuencia en partes genéricos, actas estereotipadas, lesiones asentadas sin detalle etiológico, omisiones en la identificación de intervinientes o videograbaciones que no se preservan oportunamente. Lo decisivo es que esas deficiencias no solo expresan mala gestión: modelan la evidencia disponible para la revisión posterior.

La dimensión empírica reciente confirma que el problema no puede minimizarse. Los informes institucionales sobre privación de libertad y monitoreo penitenciario vienen describiendo desde hace años una combinación de sobreencarcelamiento, hacinamiento, déficits de salud, uso extendido del aislamiento, obstáculos en el contacto familiar y dificultades para el acceso a mecanismos de denuncia. La información pública de 2024 y 2025 añade que las políticas penitenciarias tienden a complejizar sus dispositivos de clasificación de "riesgo" y control de población, lo que multiplica las decisiones administra-

tivas con potencial impacto en derechos. Cuanto más denso es el entramado de decisiones administrativas intramuros, mayor es la necesidad de trazabilidad. Sin ella, el incremento de regulación interna se traduce en expansión de discrecionalidad difícilmente controlable (Comité Nacional para la Prevención de la Tortura, 2026; Procuración Penitenciaria de la Nación, 2025).

En este punto, la violencia institucional debe ser entendida en sentido amplio. Incluye, desde luego, torturas, malos tratos y uso excesivo de la fuerza, pero también sanciones informales, restricciones arbitrarias, omisiones deliberadas de asistencia, amenazas, represalias por reclamos, pérdida selectiva de evidencia y relatos administrativos diseñados para neutralizar responsabilidad. La dogmática de derechos humanos ha insistido en que el problema de la violencia estatal no se agota en el acto lesivo inicial, sino que comprende también el modo en que el Estado registra, explica e investiga ese acto. Una administración que narra mal, documenta tarde o conserva selectivamente pruebas no solo reacciona deficientemente al abuso: participa en su encubrimiento estructural (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011; Naciones Unidas, 2022).

La noción de opacidad institucional resulta aquí central. No se trata solo de falta de transparencia hacia la ciudadanía, sino también de insuficiente inteligibilidad jurídica de lo que ocurre intramuros. Un expediente opaco puede cumplir formalmente con la existencia de papeles, pero seguir siendo irrevisable. La opacidad surge cuando los registros no permiten reconstruir una secuencia, comparar versiones, identificar decisores, advertir contradicciones o verificar tiempos. Desde esta perspectiva, la abundancia documental no equivale a trazabilidad. Puede haber múltiples documentos y, sin embargo, ausencia de una cadena consistente de información. La trazabilidad exige articulación, cronología, congruencia y preservación; en suma, exige que la administración no disperse en piezas inconexas aquello que el control judicial necesita ver como secuencia (Goffman, 2001; Ponce Solé, 2019).

## 5. La trazabilidad administrativa como categoría jurídica: concepto, contenido y alcances

Proponer la categoría de trazabilidad administrativa implica dar un nombre sistemático a una exigencia que el derecho positivo ya contiene de manera dispersa. Por "trazabilidad administrativa" debe entenderse la aptitud institucional para producir, conservar, relacionar y poner a disposición registros cronológi-

cos, completos, consistentes, auditables y oportunos de los hechos y decisiones ocurridos bajo custodia estatal. La definición no es meramente descriptiva. Aspira a identificar un objeto jurídico específico: no solo la existencia de documentos, sino también la posibilidad de reconstruir una secuencia verificable del ejercicio del poder penitenciario.

La primera dimensión es la inmediatez. Los registros relevantes deben producirse tan cerca del hecho como sea razonablemente posible. La documentación tardía incrementa el riesgo de reconstrucciones defensivas, pérdida de detalle y contaminación narrativa.

La segunda es la completitud descriptiva. Un parte o acta jurídicamente útil no puede limitarse a fórmulas rituales del tipo "se procedió conforme protocolo" o "el interno se tornó agresivo"; debe identificar tiempo, lugar, intervinientes, secuencia, medios empleados, lesiones constatadas, testigos presentes, avisos cursados y soportes complementarios disponibles.

La tercera es la consistencia interdocumental: el parte de seguridad, la historia clínica, el libro de guardia, la videograbación y la comunicación judicial deben poder leerse como piezas de una misma secuencia, no como relatos mutuamente indiferentes (Naciones Unidas, 2022).

La cuarta dimensión es la preservación de evidencia. En contextos penitenciarios, la información relevante no se agota en el documento escrito. Incluye videos, fotografías, registros electrónicos, formularios de ingreso, libros de novedades, listados de traslados, constancias de visitas, partes médicos y sistemas informáticos. La pérdida, sobrescritura o inaccesibilidad de esos soportes puede frustrar irreversiblemente el control jurisdiccional. De allí que la trazabilidad exija políticas concretas de resguardo y cadena de custodia administrativa.

La quinta dimensión es la auditabilidad: la información debe ser organizada de forma tal que terceros institucionales —jueces, fiscales, defensores, procuraciones, mecanismos de prevención de la tortura— puedan reconstruir la secuencia sin depender exclusivamente de la explicación *ex post* de la propia administración (Naciones Unidas, 2022; Salerno, 2024).

La categoría propuesta no debe confundirse con nociones próximas. No equivale, en primer lugar, a la motivación administrativa: la motivación exige exteriorizar razones suficientes de una decisión, mientras que la trazabilidad exige, además, preservar la secuencia fáctica y documental que permite verificar si esas razones responden a lo efectivamente ocurrido. Tampoco se identifica con la transparencia, que se orienta primariamente a la publicidad o accesibilidad de la información; la trazabilidad se concentra, en cambio, en la recons-

trucción controlable de un episodio o decisión concreta, aun cuando la información no sea enteramente pública. Menos todavía se reduce a la rendición de cuentas, que opera típicamente en un plano *ex post* de imputación o evaluación de responsabilidad, mientras que la trazabilidad cumple una función previa y habilitante: hace posible que ese control pueda ejercerse sobre una base empírica suficiente. Finalmente, tampoco se confunde con los deberes de esclarecimiento. La investigación diligente presupone, entre otras cosas, que existan registros confiables y preservados; por ello, la trazabilidad se ubica en un plano anterior y transversal respecto de los deberes de esclarecimiento.

En síntesis, la motivación justifica, la transparencia expone, la rendición de cuentas atribuye responsabilidad y la debida diligencia investiga; la trazabilidad, sin reemplazar ninguna de ellas, asegura la secuencia registral verificable que vuelve operativas a todas en el ámbito penitenciario. Tampoco basta con digitalizar procesos: un sistema puede estar plenamente informatizado y, sin embargo, seguir siendo opaco si reproduce la carga tardía, las descripciones estereotipadas o la desarticulación entre subsistemas.

Desde el punto de vista dogmático, la trazabilidad administrativa cumple al menos cinco funciones. Primero, una función de garantía: hace posible la defensa y el reclamo frente a intervenciones estatales intensas. Segundo, una función probatoria: preserva huellas que permiten valorar hechos controvertidos. Tercero, una función de motivación reforzada: obliga a exteriorizar razones y a enlazarlas con la secuencia documentada que las sustenta. Cuarto, una función de prevención: la expectativa de registro suficiente y revisable desincentiva prácticas arbitrarias. Quinto, una función de rendición de cuentas y aprendizaje institucional: permite detectar patrones, corregir rutinas y gobernar con información verificable. Precisamente porque articula todas esas dimensiones sin agotarse en ninguna de ellas, la categoría propuesta posee utilidad autónoma.

La dialéctica jurídica exige, no obstante, reconocer límites. No toda decisión penitenciaria admite el mismo nivel de detalle ni todas las contingencias permiten un registro exhaustivo inmediato. Además, el derecho no puede ignorar que los establecimientos operan bajo restricciones reales de personal, infraestructura y tecnología. Sin embargo, estas limitaciones solo autorizan modulaciones razonables, no renuncias estructurales. Precisamente porque el medio es propenso al abuso y a la asimetría informacional, el umbral mínimo de trazabilidad debe fijarse con criterio garantista. El problema no es exigir perfección burocrática, sino establecer un piso debajo del cual la actuación estatal deja de ser jurídicamente controlable (Ponce Solé, 2019; Salerno, 2024).

En esta clave, la trazabilidad debe ser considerada una garantía transversal. Atraviesa la protección de la integridad física, el acceso a la salud, el control de sanciones disciplinarias, la revisión de medidas de aislamiento, la investigación de muertes y lesiones, el resguardo del vínculo familiar y el control de clasificaciones de "alto riesgo". Allí donde una decisión modifica intensamente las condiciones de vida intramuros, la exigencia documental se intensifica. El derecho penitenciario, entendido como derecho de límites y de razones, no puede aceptar que las decisiones más gravosas sean precisamente las peor documentadas (Cesano, 2020; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011).

## 6. Jurisprudencia relevante: Corte IDH y CSJN como fuentes de estándares sobre deber de garantía, documentación y control

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha construido una línea jurisprudencial particularmente fértil para el enfoque aquí desarrollado. En el caso *Neira Alegría y otros vs. Perú*, uno de los pronunciamientos fundacionales en la materia, el tribunal afirmó que el Estado responde especialmente por la suerte de quienes se hallan bajo su custodia. Esa idea fue luego densificada en numerosos precedentes: la privación de libertad coloca a la persona en una situación de particular vulnerabilidad y convierte al Estado en garante de su vida e integridad. La relevancia de esta doctrina para el problema de la trazabilidad es inmediata: si el Estado monopoliza el entorno, los medios de coacción y buena parte de las fuentes de información, también soporta un deber reforzado de explicar satisfactoriamente lo ocurrido y de conservar las huellas necesarias para demostrarlo.[5]

El caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela* profundizó esta construcción al examinar una masacre intracarcelaria y enfatizar que el Estado debe organizar todo el aparato gubernamental de manera que sea capaz de asegurar derechos de las personas detenidas. La *ratio decidendi* relevante no se limita a condenar el resultado letal. El tribunal insistió en que las condiciones de detención, el uso de la fuerza y la investigación posterior deben ser compatibles con la dignidad humana y con el deber estatal de prevención. Desde la perspectiva de este artículo, el fallo enseña que la custodia estatal genera deberes de organización y que entre ellos se encuentra la capacidad de reconstruir

5 La lectura de la jurisprudencia se orienta aquí por sus razones decisorias y por los estándares operativos que de ellas pueden derivarse para la administración penitenciaria, no por simples fórmulas aisladas de su contexto de aplicación.

el hecho con seriedad institucional. Un sistema incapaz de producir registros fiables de sus propios episodios críticos incumple, en los hechos, ese deber de organización.

En *Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*, relativo a la muerte de internos en un incendio, la Corte IDH volvió sobre la posición especial de garante y destacó que el Estado debe adoptar medidas para proteger la vida e integridad de las personas detenidas, especialmente frente a riesgos previsibles derivados de las condiciones de detención. La enseñanza aquí es doble. Por un lado, la responsabilidad estatal no se agota en evitar agresiones directas, comprende también la gestión de riesgos estructurales. Por otro, cuando un siniestro ocurre, la ausencia de registros adecuados sobre infraestructura, custodia, protocolos de reacción y asistencia posterior afecta el deber de esclarecimiento. La prevención y la investigación no son compartimentos estancos: ambas dependen de una administración que documente de forma apta.

El caso *Mendoza y otros vs. Argentina* resulta especialmente relevante para el derecho nacional. Aunque el núcleo del asunto estuvo dado por la imposición de penas perpetuas a adolescentes y por las condiciones de detención, la Corte IDH recordó allí que la pena y su ejecución deben ser revisables, controlables y compatibles con la dignidad humana. La sentencia es importante porque desarma la tendencia a tratar la ejecución como un ámbito residual frente a la etapa declarativa del proceso penal. Además, al referirse a las condiciones de privación de libertad y a la necesidad de recursos efectivos, refuerza la idea de que el acceso a la justicia de las personas detenidas depende de que el sistema produzca información sobre sus propias decisiones y omisiones. Sin trazabilidad, el recurso existe solo en abstracto.[6]

La Corte IDH también ha señalado, en distintos pronunciamientos y medidas provisionales vinculadas a lugares de detención, que las personas privadas de libertad se encuentran en una relación e interacción especial de sujeción con el Estado. Lejos de funcionar como cláusula de deferencia, esa fórmula ha sido utilizada para fundar exigencias intensificadas: deber de custodia, deber de prevención, deber de explicación satisfactoria y deber de investigación diligente. La interpretación contemporánea de la Corte IDH coincide, por tanto, con la lectura garantista de la categoría aquí defendida. La especial sujeción no habilita opacidad, impone trazabilidad.

---

6 En los casos sobre condiciones de detención y recursos efectivos, el problema no es solo la existencia abstracta de remedios procesales, sino su aptitud real para operar con información suficiente y controlable acerca de lo ocurrido intramuros.

En el plano interno, la CSJN trazó un punto de inflexión con el precedente *Verbitsky*. Allí dejó en claro que las condiciones de detención no son una cuestión de mera administración penitenciaria inmune al control judicial, sino un problema constitucional sometido a tutela jurisdiccional. El fallo desmontó la idea de que la cárcel sea un espacio extramuros de la Constitución y habilitó un control estructural sobre hacinamiento, trato y condiciones materiales. Aunque el caso no gira específicamente sobre registros documentales, su *ratio decidendi* es decisiva: si la ejecución penitenciaria está sometida a control judicial, el Estado debe generar condiciones para que ese control no sea ilusorio. La trazabilidad administrativa puede entenderse, precisamente, como una de esas condiciones materiales.

Más directamente ligado a la dogmática de la ejecución penal, *Romero Cacharane* reafirmó los principios de legalidad y judicialización y sostuvo que decisiones penitenciarias que agravan cualitativamente las condiciones de detención requieren revisión judicial y respeto de garantías. La Corte rechazó así que la administración pueda, bajo cobertura reglamentaria o de emergencia, imponer afectaciones intensas sin el debido encuadre legal y procesal. La consecuencia para este trabajo es nítida: si una sanción o medida intramuros solo puede legitimarse mediante legalidad y control, la documentación suficiente de sus presupuestos, fundamentos y ejecución forma parte del núcleo duro de su validez revisable.[7]

Puede afirmarse, entonces, que de la jurisprudencia interamericana y nacional emergen al menos cuatro estándares convergentes: a) la persona privada de libertad es titular plena de derechos compatibles con el encierro y se halla en situación de especial vulnerabilidad; b) el Estado ocupa una posición especial de garante y debe explicar satisfactoriamente lo que ocurre bajo su custodia; c) la ejecución penal y la administración penitenciaria están sujetas a legalidad, motivación y control judicial; y d) la investigación de lesiones, muertes, malos tratos y restricciones graves exige registros oportunos, consistentes y preservados. La categoría de trazabilidad administrativa no inventa un nuevo deber: sistematiza estos estándares y los proyecta sobre la práctica cotidiana de documentación penitenciaria.

7 La importancia de *Romero Cacharane* radica en que desplaza definitivamente la idea de una ejecución penal inmune a las garantías del debido proceso y somete las decisiones penitenciarias gravosas al paradigma de legalidad y revisión judicial.

## 7. Objeciones y precisiones sobre la autonomía conceptual de la trazabilidad

La principal objeción que podría formularse contra la categoría propuesta consiste en afirmar que el sistema penitenciario necesita márgenes operativos amplios para reaccionar frente a conflictos, preservar el orden y reducir los riesgos, y que una exigencia intensa de registro debilitaría la eficacia. Sin embargo, incluso desde una mirada funcional, la opacidad resulta disfuncional. Un sistema que no puede justificar sus propias intervenciones ni reconstruir adecuadamente episodios críticos debilita la vigencia de la norma, multiplica litigios, deteriora la legitimidad y favorece la reproducción de conflictos. La trazabilidad, lejos de ser antagónica con la seguridad institucional, racionaliza su ejercicio.

Una segunda precisión es necesaria frente a la tentación de absorber la trazabilidad en categorías ya conocidas. El garantismo, la buena administración y la debida diligencia explican por qué el poder penitenciario debe estar sometido a límites, razones y controles, pero no reemplazan la necesidad de identificar el punto exacto en el que ese sometimiento se vuelve materialmente posible. Ese punto es, precisamente, la existencia de una secuencia registral verificable. Sin ella, la legalidad puede quedar proclamada, la motivación puede volverse aparente y la revisión judicial puede operar sobre bases empobrecidas.

Otra objeción sostiene que la relación de especial sujeción autoriza un régimen probatorio diferenciado, en el que la palabra administrativa gozaría de una presunción reforzada. Esa lectura debe rechazarse. En contextos de custodia exclusiva, la asimetría informacional ya favorece al Estado; convertir, además, sus lagunas documentales en ventaja argumentativa agravaría la desigualdad probatoria de la persona detenida. La evolución constitucional e interamericana de la categoría impone la conclusión inversa: cuanto mayor es la concentración estatal del poder y de las fuentes de información, mayor es la exigencia de explicación, documentación y control.

También podría objetarse que una pretensión intensa de trazabilidad es inviable en sistemas penitenciarios latinoamericanos marcados por escasez presupuestaria y sobrepoblación. El señalamiento obliga a graduar este planteo, no a abandonarlo. No se propone un ideal tecnológico total, sino un núcleo mínimo exigible para decisiones y hechos de alta lesividad o conflictividad: uso de la fuerza, lesiones, sanciones, aislamientos, traslados compulsivos, fallecimientos, restricciones de contacto, incidentes colectivos y denuncias de tortura o malos tratos. Precisamente en contextos de escasez, la selección de prioridades jurídicas se vuelve más importante, y pocas prioridades resultan

tan decisivas como asegurar que los hechos más graves no queden disueltos en registros insuficientes.

En suma, la utilidad de la categoría propuesta puede formularse con precisión: permite identificar el presupuesto documental sin el cual la legalidad, la motivación, la defensa, la investigación diligente y el control judicial quedan debilitados en la práctica. La trazabilidad administrativa no reemplaza esas categorías, las vuelve operativas en un ámbito —el penitenciario— caracterizado por alta concentración de poder, fuerte asimetría informacional y baja visibilidad externa.

## 8. Estándares mínimos para una política jurídica de trazabilidad penitenciaria

Si la trazabilidad administrativa integra el contenido jurídico del deber de custodia, corresponde traducir sus funciones en estándares operativos verificables. El primero es el estándar de registro inmediato de hechos críticos. Todo episodio de uso de la fuerza, lesión, autolesión, requisa conflictiva, incendio, sanción disciplinaria, aislamiento, fallecimiento o denuncia de maltrato debe generar, dentro de un lapso normativamente breve, un asiento documental inicial que identifique hora, lugar, intervinientes, secuencia básica y medidas adoptadas. El carácter inmediato del primer registro no agota la reconstrucción, pero evita que el hecho quede librado a memorias reconstruidas tardíamente (Naciones Unidas, 2015, 2022).

El segundo es el estándar de completitud y especificidad. La documentación no debe agotarse en fórmulas rituales ni remisiones genéricas a protocolos. Debe describir conductas, medios empleados, intensidad de la intervención, autoridad que ordenó la medida, fundamentos concretos, duración, controles realizados, asistencia médica brindada, notificaciones cursadas y toda circunstancia contextual relevante. En materia disciplinaria y de aislamiento, ello supone exteriorizar por qué la medida era necesaria, qué alternativas menos lesivas fueron consideradas y qué control judicial o administrativo posterior se previó. La motivación no puede reemplazarse por jerga de seguridad (Cesano, 2020; Naciones Unidas, 2022).

Así, por ejemplo, ante un pedido de atención sanitaria formulado por una persona privada de libertad, no basta con una constancia genérica de derivación o asistencia. La trazabilidad exige que pueda reconstruirse, de modo cronológicamente verificable, cuándo se formuló el pedido, quién lo recibió, cuánto tiempo transcurrió hasta la salida del pabellón, cuándo se produjo el

ingreso a sanidad, qué intervención concreta se realizó y qué constancia quedó de su evolución posterior. Sin esa secuencia, la administración no solo informa que actuó, también impide controlar si hubo demora injustificada, desatención, encubrimiento o maltrato por omisión.

Del mismo modo, en un episodio de uso de la fuerza o de aislamiento preventivo, la mera invocación protocolar de razones de seguridad no sustituye la exigencia de una secuencia documental consistente que identifique orden, ejecución, controles posteriores, asistencia médica, videorregistro disponible y comunicación a la autoridad judicial u órgano de control competente. La función jurídica de la trazabilidad consiste precisamente en evitar que un hecho de alta lesividad quede reducido a una fórmula administrativa inmune a verificación externa.

El tercer estándar es la interconexión documental. Los distintos soportes generados por un hecho crítico deben referenciarse mutuamente. La historia clínica debe dialogar con el parte de seguridad; el libro de guardia debe remitir a la videograbación preservada; la comunicación a la autoridad judicial debe identificar documentos respaldatorios; el sistema informático debe permitir rastrear quién cargó qué información y cuándo. La desarticulación entre subsistemas suele ser una de las principales fuentes de impunidad práctica. Sin una lógica de cadena documental, cada registro termina funcionando como isla y la jurisdicción pierde la posibilidad de contrastar versiones (Naciones Unidas, 2022; Salerno, 2024).

El cuarto estándar es la preservación de evidencia. Resulta imprescindible establecer reglas claras sobre retención de videos, resguardo de libros, archivo de registros digitales, preservación de fotografías, conservación de historias clínicas y cadena de custodia administrativa de todo soporte vinculado con hechos lesivos. La sobrescritura automática de cámaras, la destrucción temprana de registros o la imposibilidad técnica de acceso deben ser tratadas como riesgos jurídicos previsibles, no como fatalidades tecnológicas. Donde existe previsibilidad del litigio o de la investigación, existe deber de resguardo (Naciones Unidas, 2022; Salerno, 2024).[8]

El quinto estándar es la intervención temprana de órganos externos. Frente a hechos de potencial relevancia constitucional o penal, la información sustancial debe ser comunicada sin demora a un juez competente, fiscalía, defen-

8 La idea de trazabilidad empleada en este trabajo comprende, como mínimo, identificación del autor del registro, sello temporal, conservación de versiones, posibilidad de auditoría y enlace con los documentos conexos producidos por otras áreas institucionales.

sa, organismo de control interno y, cuando corresponda, a las dependencias locales o nacionales de prevención de la tortura. La trazabilidad no culmina con producir un buen registro, exige además sacarlo de la órbita exclusiva del propio servicio penitenciario. La exteriorización temprana reduce riesgos de manipulación y amplía posibilidades de control contradictorio (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2025; Naciones Unidas, 2022).

El sexto estándar es la accesibilidad de la información para la persona detenida y su defensa, con las restricciones excepcionales y legalmente justificadas que correspondan. Una garantía documental solo cumple su función si puede ser conocida y controvertida. De allí que el acceso a partes, sanciones, registros médicos y decisiones clasificatorias deba formar parte del derecho de defensa y no quedar subordinado a la pura benevolencia administrativa. La reciente agenda interamericana sobre derechos de familiares y vínculos afectivos refuerza, además, la importancia de asegurar información básica sobre situación de detención, traslados y restricciones, precisamente porque la opacidad no solo daña a la persona detenida, sino también a su red de apoyo y control social (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2025; Maier, 2004).

El séptimo estándar es la capacitación jurídica del personal penitenciario en documentación de hechos críticos. No basta con imponer formularios. Es necesario que quienes producen registros comprendan que documentar no significa cubrirse jerárquicamente, sino describir de modo fiel hechos que pueden ser revisados judicialmente. La formación debe abarcar uso de lenguaje no estereotipado, identificación de indicios de tortura o malos tratos, articulación con registros médicos, preservación de evidencia y comprensión del valor constitucional de la motivación. La calidad documental también es una práctica institucional aprendida (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011; Naciones Unidas, 2022).

Finalmente, el octavo estándar es la producción de datos agregados y auditables. La trazabilidad de casos individuales debe complementarse con estadística confiable sobre uso de la fuerza, lesiones, aislamientos, sanciones, fallecimientos, intervenciones médicas de urgencia y denuncias por maltrato. Sin indicadores agregados, la administración y la jurisdicción quedan privadas de herramientas para detectar patrones, focos de riesgo y sesgos de actuación. La relación entre caso y patrón es decisiva: muchas prácticas institucionales solo se vuelven visibles cuando los registros individuales pueden ser leídos también como serie (Comité Nacional para la Prevención de la Tortura, 2026; Procuración Penitenciaria de la Nación, 2025).

Para una mayor ilustración de lo desarrollado en este apartado, véase la Tabla 1.

**Tabla 1**

**Estándares mínimos para una política jurídica de trazabilidad penitenciaria**

| Hecho crítico | Registro exigible mínimo | Riesgo jurídico si falta o es defectuoso | Articulation / comunicación exigible |
|---|---|---|---|
| Uso de la fuerza | Acta o parte inmediato con fecha, hora, lugar, identificación de agentes y persona privada de libertad, secuencia básica del hecho, medios empleados, lesiones observables, testigos, asistencia médica y medidas posteriores. | Imposibilidad de reconstruir proporcionalidad, necesidad y legalidad del uso de la fuerza; debilitamiento probatorio; riesgo de encubrimiento. | Debe vincularse con historia clínica, libro de guardia, videograbación, comunicación a autoridad judicial o fiscalía y eventuales actuaciones disciplinarias. |
| Lesión o autolesión | Constancia inmediata del hallazgo o episodio, examen médico, descripción precisa de lesiones, evolución, medidas de resguardo y contexto en que se produjo. | Pérdida de evidencia sobre origen, mecanismo y tiempo de producción de la lesión; obstáculo para investigar malos tratos u omisiones de cuidado. | Debe enlazarse con historia clínica, parte de novedad, registros de celda/pabellón, comunicación a familiares si corresponde y aviso a autoridad competente. |
| Requisa conflictiva | Acta específica con motivo, ordenante, intervinientes, modalidad, resistencia alegada, uso de fuerza si la hubo, objetos incautados y resultado. | Naturalización de prácticas arbitrarias o degradantes; imposibilidad de controlar legalidad, razonabilidad y trato digno. | Debe conectarse con parte de seguridad, registros de secuestro, cámaras y eventuales actuaciones posteriores. |
| Sanción disciplinaria | Registro del hecho imputado, prueba disponible, descargo, autoridad que decide, fundamento concreto, tipo de sanción y duración. | Afectación del debido proceso, arbitrariedad sancionatoria y control judicial deficiente de la motivación. | Debe vincularse con expediente disciplinario, constancia de notificación, recursos, control administrativo y eventual control judicial. |
| Aislamiento / separación del régimen común | Acta de disposición con fundamento, autoridad que la ordena, duración, revisiones periódicas, condiciones materiales, controles médicos y alternativas consideradas. | Riesgo de uso arbitrario o prolongado del aislamiento; opacidad sobre finalidad real de la medida; afectación agravada de derechos. | Debe articularse con historia clínica, libro de guardia, revisiones periódicas, notificaciones y comunicación a órgano de control cuando corresponda. |

| | | | |
|---|---|---|---|
| Fallecimiento | Registro integral del hecho, intervención médica inmediata, preservación del lugar, identificación de intervinientes, cadena de custodia de elementos, aviso urgente a autoridad judicial y familiares. | Compromiso severo de la investigación, pérdida irreparable de evidencia y responsabilidad estatal reforzada. | Debe integrarse con historia clínica, actas de resguardo, registros audiovisuales, autopsia, comunicación judicial y documentación de custodia previa. |
| Traslado compulsivo o urgente | Constancia de motivo, autoridad que ordena, hora de salida y llegada, destino, personal interviniente, estado físico previo y posterior. | Dificultad para reconstruir cambios de custodia, eventuales lesiones o desaparición de objetos/personas; opacidad sobre finalidad del traslado. | Debe vincularse con libro de movimientos, constancias de recepción, registros de salud y avisos a autoridad competente. |
| Denuncia de malos tratos | Asiento inmediato de la denuncia o noticia, identidad del receptor, medidas de protección, examen médico, preservación de prueba y comunicación a autoridad competente. | Revictimización, represalias, pérdida de prueba y frustración de la debida diligencia investigativa. | Debe articularse con historia clínica, denuncia formal, resguardo audiovisual, medidas de separación/protección y comunicación urgente a fiscalía o juzgado. |

Fuente: elaboración propia.

## 9. Dimensión probatoria e institucional de la trazabilidad

La categoría propuesta también puede fortalecerse si se observan sus efectos desde la teoría de la prueba. En contextos ordinarios, la reconstrucción judicial de un hecho descansa en una pluralidad de fuentes relativamente distribuida entre las partes. En la cárcel, en cambio, una parte sustancial de las fuentes se encuentra concentrada en el propio Estado: cámaras, libros, formularios, partes, historias clínicas, protocolos de traslado, constancias de visita, registros de ingreso y egreso de personal, listados de guardia, informes de sanidad y comunicaciones internas. Esa concentración no solo aumenta la relevancia de la documentación administrativa, sino que también transforma a la administración en custodio de la escena probatoria. Desde esta perspectiva, la trazabilidad cumple una función de igualdad procesal correctiva: compensa, al menos parcialmente, la desventaja estructural de quien pretende denunciar un hecho ocurrido bajo encierro sin controlar las fuentes materiales que podrían corroborarlo (Maier, 2004; Naciones Unidas, 2022).[9]

9 La jurisprudencia de la Corte IDH es particularmente relevante en este punto porque parte de una premisa estructural: bajo custodia estatal, la asimetría entre quien controla el entorno y quien lo

La experiencia comparada y los informes sobre uso de la fuerza en prisiones muestran, además, que los sistemas que generan registros estandarizados, auditables y oportunos no solo facilitan investigaciones posteriores, sino que mejoran la supervisión preventiva y la calidad de las decisiones de gestión. La estadística penitenciaria contemporánea ya no considera suficientes los simples conteos de población o de plazas. Las directrices internacionales más recientes insisten en la necesidad de datos específicos sobre incidentes, lesiones, uso de la fuerza, medidas de restricción, fallecimientos y acceso a servicios. La razón es obvia: lo que no se registra de manera consistente, rara vez se gobierna de manera racional. Un sistema penitenciario sin buenos datos no es menos burocrático, es menos cognoscible y, por ello, menos controlable (Comité Nacional para la Prevención de la Tortura, 2026; Fondevila y Vilalta-Perdomo, 2024; Naciones Unidas, 2015).

Aquí aparece una dimensión institucionalmente costosa del problema. La mala documentación genera litigios evitables, dificulta la defensa estatal en casos donde la actuación fue legítima, incrementa condenas por falta de esclarecimiento, multiplica peritajes reconstruidos sobre evidencia incompleta y favorece la repetición de prácticas ineficientes o lesivas. En otros términos, la opacidad no solo es jurídicamente riesgosa, sino que también compromete la racionalidad administrativa. La inversión en sistemas de registro, resguardo y auditoría no debe verse como gasto accesorio, sino como componente de una política pública de reducción de daños, prevención de responsabilidad estatal y mejora de la calidad decisional (Fondevila y Vilalta-Perdomo, 2024; Ponce Solé, 2019).

Desde el plano institucional, el problema tampoco es neutro. En muchos establecimientos, los registros operan más como dispositivos de cobertura jerárquica que como instrumentos de verdad institucional. Se documenta para cerrar un incidente, no para volverlo inteligible. Esa lógica produce fórmulas estandarizadas, borra secuencias y diluye responsabilidades individuales. Por eso, una agenda seria de trazabilidad requiere intervenir no solo sobre formularios, sino también sobre hábitos, incentivos y usos del lenguaje administrativo.

La trazabilidad administrativa posee, además, un efecto democrático específico. Las prisiones son espacios de baja visibilidad pública y alta delegación técnica; precisamente por ello, el derecho debe exigir huellas verificables allí donde la observación social directa es mínima. La trazabilidad funciona así

padece impone deberes reforzados de explicación, protección e investigación.

como una forma de publicidad indirecta del poder: no expone íntegramente el encierro a la mirada pública, pero impide que quede librado por completo a la autorreferencialidad burocrática.

En clave de política criminal, el argumento es igualmente nítido. Un sistema que no sabe con precisión cuándo, cómo y por qué usa la fuerza, a quién aísla, por cuánto tiempo, con qué consecuencias médicas, con qué revisión y con qué reiteración sobre las mismas personas carece de información mínima para gobernar racionalmente. La trazabilidad permite, por ello, pasar de una administración meramente reactiva a una administración apoyada en evidencia, con beneficios que exceden el control judicial *ex post* y alcanzan también la prevención, la asignación de recursos y la detección temprana de patrones de abuso.

### 9.1 Trazabilidad y carga estatal de explicación reforzada

La concentración estatal de las fuentes de información en el ámbito carcelario obliga a formular, además, una regla de lectura probatoria más precisa. No basta con afirmar, en abstracto, que el Estado tiene deberes positivos de garantía; es necesario reconocer que, cuando monopoliza cámaras, libros, partes, historias clínicas, legajos disciplinarios y registros de guardia, asume también una carga institucional de explicación reforzada respecto de los episodios lesivos ocurridos bajo custodia. Ello no supone una inversión automática e indiscriminada de la carga de la prueba en todo litigio penitenciario. Supone, más exactamente, que las lagunas documentales relevantes, las contradicciones no justificadas y la ausencia de registros cuya producción era normal y exigible deben ser valoradas en contra de la suficiencia de la justificación estatal. La opacidad producida por quien detenta el control de la escena no puede traducirse, sin más, en ventaja argumentativa para ese mismo sujeto institucional (Maier, 2004; Naciones Unidas, 2022).[10]

Desde una perspectiva garantista, este enfoque evita dos errores simétricos. El primero consiste en trivializar las fallas documentales como si fueran meras irregularidades administrativas sin incidencia sobre el juicio de responsabilidad. El segundo consiste en convertir toda deficiencia registral en prueba concluyente de un abuso material. Entre ambos extremos existe una posición jurídicamente más fina: la mala trazabilidad no acredita por sí sola cualquier

10 El deber de documentación adecuada forma parte del deber estatal de investigación seria. La mala registración inicial puede frustrar luego la verificación médica, disciplinaria o judicial del episodio aun cuando existan vías recursivas formalmente disponibles.

hecho denunciado, pero sí debilita la credibilidad institucional de la versión estatal, reduce el peso de sus presunciones de regularidad y le exige al órgano jurisdiccional un escrutinio más intenso sobre la racionalidad de la decisión administrativa y sobre la diligencia de la investigación posterior. En contextos de encierro, donde la persona afectada enfrenta restricciones materiales para producir prueba autónoma, esta regla de valoración constituye una derivación razonable de la igualdad procesal y de la tutela judicial efectiva (Ferrajoli, 2011).

La consecuencia práctica de este enfoque es relevante para la dogmática del control judicial. Allí donde la administración invoque uso legítimo de la fuerza, necesidad de aislamiento, resistencia activa, autolesión, caída accidental o imposibilidad operativa, la suficiencia de esa explicación no debería medirse solo por su coherencia narrativa interna, sino también por la robustez de las huellas que la respaldan: secuencia temporal verificable, autorías individualizables, correspondencia entre parte de novedades, historia clínica y registro disciplinario, conservación de soportes audiovisuales y constancias de comunicación a superiores y órganos de control. Cuando ese entramado falta, el déficit no es solo de prueba: es de legalidad administrativa, de motivación y de rendición de cuentas (Naciones Unidas, 2022; Salerno, 2024).

### 9.2 Digitalización, interoperabilidad y riesgos de una falsa modernización

Un segundo punto merece desarrollo específico. Con frecuencia se supone que la digitalización de los registros penitenciarios resolvería por sí misma los problemas aquí descriptos. Esa suposición es solo parcialmente correcta. La sustitución del papel por soportes electrónicos puede mejorar la trazabilidad, pero también puede reproducir, acelerar o incluso volver menos perceptibles las viejas opacidades burocráticas. Un formulario digital con campos vagos, sin trazas de edición, sin identificación cierta de usuarios, sin sellado temporal robusto o sin interoperabilidad con los registros médicos y disciplinarios no garantiza transparencia, apenas informatiza la precariedad (Salerno, 2024).

La modernización jurídicamente valiosa exige algo más que *software*. Requiere arquitectura institucional del dato. Esto implica, al menos, reglas claras sobre quién carga la información, en qué plazo, con qué categorías estandarizadas, bajo qué protocolos de preservación, con qué trazas de auditoría, con qué niveles de acceso y con qué mecanismos de extracción para jueces, defensas, ministerios públicos y organismos de monitoreo. También exige prever resguardos de confidencialidad y protección de datos personales, de modo que la mayor

disponibilidad de información no se convierta en nuevo vehículo de estigmatización o circulación indebida de datos sensibles. La tensión entre trazabilidad y privacidad, lejos de invalidar la propuesta, obliga a diseñarla mejor (Ponce Solé, 2019; Salerno, 2024).

Desde esta perspectiva, la tecnología no reemplaza la juridicidad del procedimiento, la presupone. En rigor, la cuestión central sigue siendo normativa: qué debe registrarse, para qué, con qué estándar de detalle y bajo qué consecuencias si no se registra. Un sistema digital sin sanciones frente a la omisión, sin controles externos y sin deberes de conservación puede producir una apariencia de modernidad compatible con la persistencia de zonas de impunidad. Por ello, la reforma de la trazabilidad no debe pensarse como simple innovación administrativa, sino como una política de garantías. Su lenguaje puede ser técnico; su fundamento es constitucional y convencional (Ponce Solé, 2019).

### 9.3 Producción, conservación y circulación de la información penitenciaria

La ampliación del análisis permite advertir, además, que la trazabilidad es inseparable de la producción, conservación y circulación de la información penitenciaria. No toda información relevante para el control judicial nace con vocación de ser controlada. En instituciones cerradas y altamente jerarquizadas, los incentivos cotidianos suelen premiar la resolución rápida del incidente, la reducción del conflicto visible y la protección del mando inmediato antes que la producción de una memoria institucional fidedigna. Si esos incentivos no cambian, la obligación formal de registrar corre el riesgo de ser absorbida por rutinas defensivas. De allí que el diseño de una política de trazabilidad deba incluir auditorías periódicas, indicadores de calidad del registro, revisión muestral de incidentes críticos, obligación de reportes agregados y retroalimentación a las unidades sobre inconsistencias detectadas (Fondevila y Vilalta-Perdomo, 2024; Goffman, 2001).

En términos de Administración pública, ello supone desplazar la lógica del mero archivo hacia una lógica de gobernanza verificable. Los datos sobre uso de la fuerza, aislamientos, sanciones, fallecimientos, lesiones, demoras médicas, traslados y requisas no solo sirven para responder pleitos particulares, sino que además permiten identificar patrones, unidades con desvíos recurrentes, franjas horarias críticas, mandos con mayores incidencias y sectores donde la conflictividad se gestiona de manera más violenta. Cuando el sistema carece de esa lectura transversal, cada expediente aparece como hecho aislado y la institu-

ción pierde capacidad de prevención estructural. En cambio, cuando la información se consolida, cruza y audita, la trazabilidad se convierte en herramienta de gobierno democrático del encierro (Comité Nacional para la Prevención de la Tortura, 2026; Procuración Penitenciaria de la Nación, 2025).

Aquí la articulación con mecanismos externos resulta decisiva. La experiencia regional muestra que la autorregulación penitenciaria es insuficiente cuando están en juego denuncias de tortura, malos tratos o muertes bajo custodia. Por eso, una política jurídica robusta debería asegurar accesos reglados y oportunos a la información para judicatura, ministerios públicos, defensa pública, procuraciones penitenciarias, mecanismos locales de prevención y comités nacionales contra la tortura. La trazabilidad no se agota en producir el dato, exige que el dato pueda ser controlado por agencias ajenas a la cadena de mando involucrada en el episodio. Sin exteriorización institucionalmente gobernada, el registro corre el riesgo de quedar cautivo de la misma estructura que debe ser supervisada (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011, 2025).

El argumento general del artículo gana, así, una formulación todavía más precisa: en contextos de encierro, la calidad del registro administrativo integra el contenido mismo de la garantía jurisdiccional. No es una cuestión periférica ni un suplemento tecnocrático del derecho de ejecución penal, es uno de los lugares concretos donde se decide si la promesa constitucional de control del poder punitivo conserva eficacia material o se degrada en una declaración abstracta. La prisión, en definitiva, no se constitucionaliza solo por la existencia de normas protectoras, sino por la posibilidad real de reconstruir, revisar y controvertir lo que la administración hizo dentro de sus muros (Ferrajoli, 2011; Ponce Solé, 2019).

## 10. Conclusiones

El problema abordado en este trabajo no puede reducirse a una deficiencia administrativa secundaria. Entre el hecho ocurrido bajo custodia y su examen jurisdiccional media una instancia documental cuya calidad incide directamente en la posibilidad de reconstrucción del caso, en la intensidad del control y en la eficacia de la tutela judicial. Allí donde la trazabilidad falta o se quiebra, el control judicial corre el riesgo de recaer no sobre el hecho efectivamente ocurrido, sino sobre una versión administrativa opaca revestida de apariencia de verdad documental.

Sobre esa base, el artículo propuso comprender la trazabilidad administra-

tiva como una categoría jurídica autónoma. Su autonomía no obedece a una preferencia terminológica, sino a la necesidad de nombrar un objeto específico: la producción, conservación, articulación y disponibilidad de una secuencia verificable de información sobre hechos y decisiones ocurridos bajo custodia estatal. Por eso, la categoría no se agota en la motivación del acto, no se confunde con la transparencia como publicidad, no equivale a la rendición de cuentas *ex post* y tampoco se identifica plenamente con la debida diligencia investigativa, aunque se articule con todas ellas.

En definitiva, se procuró mostrar que la trazabilidad integra el contenido jurídico del deber estatal de custodia. Allí donde el Estado concentra el ejercicio del poder, controla el acceso a la información y monopoliza una parte decisiva de las fuentes de prueba, la suficiencia, integridad y coherencia de los registros adquieren relevancia jurídica propia. El registro adecuado de hechos críticos, la explicitación de las razones de las decisiones más gravosas, la preservación de evidencia y la conexión entre las distintas fuentes documentales no debilitan la gestión penitenciaria, la someten a condiciones mínimas de racionalidad, revisabilidad y control.

También se procuró mostrar que el déficit documental no constituye una irregularidad meramente formal. Cuando los registros son tardíos, vagos, inconexos o selectivamente preservados, no solo se resiente la calidad del expediente: se afectan las condiciones de la defensa, se debilita la investigación, se reduce la intensidad del control judicial y se amplía el riesgo de impunidad frente a eventuales abusos. En contextos de encierro, donde la persona afectada dispone de escasas posibilidades de producción probatoria autónoma, la precariedad del registro estatal proyecta la desigualdad material propia de la custodia sobre el proceso de control.

De allí que la reducción de la brecha entre la "película" operativa y la "foto" judicial no dependa exclusivamente de decisiones jurisdiccionales *ex post*, sino también de una reorganización jurídica de los deberes de documentación, conservación, enlace y comunicación de la información producida por la administración penitenciaria. Esa exigencia comprende, entre otros aspectos, el registro inmediato y específico de hechos críticos, la motivación reforzada de decisiones restrictivas, la preservación de evidencia física y digital, la consistencia entre soportes documentales y la comunicación oportuna a órganos de control y a la defensa.

En definitiva, una prisión sometida a derecho no es solo aquella que cuenta con normas de protección formalmente vigentes, sino aquella en la que el ejer-

cicio cotidiano del poder deja huellas suficientes para permitir su reconstrucción, contraste y control. En ese marco, la trazabilidad administrativa debe ser entendida como una condición jurídica de visibilidad del poder penitenciario y, por ello mismo, como uno de los presupuestos necesarios para limitarlo conforme a derecho.

## Bibliografía


Assis Neto, N. D. de. (2023). Relación especial de sujeción y legalidad en Brasil: análisis de la aplicación de la teoría de sujeción especial en ejecución penal brasileña. *Tla-Melaua, 17*(55).

Cassagne, J. C. (2002). *Derecho administrativo* (7ª ed.). Abeledo-Perrot.

Cesano, J. D. (Dir.). (2020). *Ley 24.660. Ejecución de la pena privativa de la libertad. Concordancias, análisis doctrinario y jurisprudencial, reglamentaciones*. Alveroni.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2011). *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas* (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2025). *Resolución 2/25. Los derechos de familiares y personas con vínculos afectivos de las personas privadas de libertad*.

Comité Nacional para la Prevención de la Tortura. (2026). *La privación de la libertad en establecimientos penitenciarios en datos. Argentina, año 2024*.

Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Trotta.

Fondevila, G. y Vilalta-Perdomo, C. (2024). *Prison violence in Latin America: Criminal governance and an absent state*. International Criminology.

Goffman, E. (2001). *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*. Amorrortu.

Gordillo, A. A. (2011). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Tomo 3. El acto administrativo* (10ª ed.). Fundación de Derecho Administrativo.

Maier, J. B. J. (2004). *Derecho procesal penal. Tomo I. Fundamentos* (2ª ed.). Del Puerto.

Naciones Unidas. (2015). *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Nelson Mandela)*. A/RES/70/175.

Naciones Unidas. (2022). *Protocolo de Estambul. Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*.

Ponce Solé, J. (2019). *La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida*. Editorial Universidad de Alcalá.

Procuración Penitenciaria de la Nación. (2025). *Informe anual 2024. La situación de los derechos humanos en las cárceles federales de la Argentina*.

Salerno, V. (2024). Sistema integral de gestión para personas privadas de la libertad de alto riesgo en el Servicio Penitenciario Federal. Una visión desde la defensa. *Revista Pensamiento Penal*, (512).

## Legislación citada

Constitución de la Nación Argentina.
Convención Americana sobre Derechos Humanos.
Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.
Ley 24660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
Protocolo de Estambul. Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Naciones Unidas, 2022.
Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela), ONU, Res. A/RES/70/175, 17 de diciembre de 2015.

## Jurisprudencia citada

### Corte Interamericana de Derechos Humanos

*Caso Mendoza y otros vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, 14/05/2013, Serie C, N.° 260.
*Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 05/07/2006, Serie C, N.° 150.
*Caso Neira Alegría y otros vs. Perú*, Fondo, 19/01/1995, Serie C, N.° 20.
*Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*, Fondo, Reparaciones y Costas, 27/04/2012, Serie C, N.° 241.

### Corte Suprema de Justicia de la Nación

*Romero Cacharane, Hugo Alberto s/ ejecución penal*, 09/03/2004.
*Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus*, 03/05/2005, Fallos: 328:1146.

## Roles de autoría y conflicto de intereses

El autor manifiesta haber contribuido en los siguientes roles: conceptualización, metodología, investigación, análisis formal, redacción del borrador original, revisión y edición y declara no poseer conflicto de interés alguno.

# Agentes basados en IA con capacidad ejecutiva autónoma y límites de la imputación civil en el derecho privado continental

**Fernando A. Ramos-Zaga**[1]

Universidad Privada del Norte (Perú)

fernandozaga@gmail.com

https://orcid.org/0000-0001-6301-9460

**Recibido:** 17/02/2026

**Aceptado:** 02/06/2026

https://doi.org/10.26422/RJA.2026.0701.zag

**Resumen**

El derecho privado continental estructura la atribución de responsabilidad civil sobre la distinción entre persona y cosa. Sin embargo, la aparición de agentes de inteligencia artificial basados en modelos de lenguaje extenso con capacidad ejecutiva autónoma cuestiona la suficiencia de estas categorías tradicionales. En ese marco, el objetivo de este artículo es analizar la suficiencia dogmática de las estructuras de imputación clásicas frente a la operatividad de estos agentes, evaluando la viabilidad de un régimen de subjetividad técnica limitada para la atribución de daños patrimoniales. Los hallazgos muestran que las categorías tradicionales de imputación indirecta presentan limitaciones estructurales para absorber los daños debido a la ausencia de deliberación del agente, la imposibilidad de supervisión continua y la vulnerabilidad ante la manipulación externa. Ante esta laguna funcional, se propone un régimen articulado de subjetividad técnica limitada mediante un patrimonio de afectación separado y un sistema escalonado de responsabilidad. Se concluye que la estructura clásica es insuficiente y que la alternativa propuesta preserva la coherencia sistemática del derecho privado y optimiza la distribución de riesgos.

1 Abogado, docente investigador. Su trabajo académico se centra en bioética, filosofía del derecho, regulación de nuevas tecnologías y economía del comportamiento, áreas en las que desarrolla enfoques interdisciplinarios orientados a analizar las implicancias sociales, éticas y normativas de la innovación científica y tecnológica.

**Palabras clave:** modelos extensos de lenguaje, responsabilidad civil extracontractual, atraque de inyección de instrucciones, imputación jurídica, agencia ejecutiva no deliberativa.

## LLM-Powered AI Agents with Autonomous Executive Capacity and the Limits of Liability Attribution in Continental Private Law

**Abstract**
Continental private law allocates liability on the basis of the distinction between persons and things. The emergence of large language model (LLM)-powered AI agents capable of autonomously performing actions in real-world digital environments, however, calls into question the adequacy of these traditional categories. This article examines whether classical doctrines of liability attribution remain conceptually adequate in light of the operational characteristics of such agents and evaluates the viability of a framework of limited technical subjectivity for allocating patrimonial losses arising from their conduct. Through a doctrinal and comparative analysis of continental liability regimes, the study finds that traditional forms of indirect liability face structural limitations stemming from the agent's lack of deliberative capacity, the impracticability of continuous human oversight, and their susceptibility to external instructional manipulation. To address this functional gap, the article proposes a regime of limited technical subjectivity based on a segregated asset pool and a tiered liability structure. The findings suggest that existing liability doctrines are ill-equipped to address harms generated by autonomous AI agents and that the proposed framework provides a coherent mechanism for risk allocation while preserving the foundational architecture of private law.

**Key words:** large language models, non-contractual liability, prompt injection, legal attribution, non-deliberative executive agency.

## 1. Introducción

El derecho privado continental ha construido sus reglas de imputación de daños sobre un presupuesto fundamental que antecede a cualquier consideración normativa posterior: la existencia de un sujeto volitivo capaz de deliberar, elegir y responder por las consecuencias de su conducta. Esta premisa, articulada con rigor formal a través de la *summa divisio* entre persona y cosa, opera como principio organizador de los sistemas de responsabilidad civil en las tradiciones alemana, francesa, italiana y española, cristalizándose en disposiciones como el *Absatz* 1 del § 823 del *Bürgerliches Gesetzbuch*, que exige la concurrencia de dolo (*Vorsatz*) o negligencia (*Fahrlässigkeit*) de un sujeto con capacidad volitiva evaluable (Herbosch, 2025). En el derecho italiano, el art. 2043 del Codice Civile presupone un hecho doloso o culposo atribuible a quien lo comete,

mientras que el art. 1 del mismo cuerpo normativo ancla la capacidad jurídica al momento del nacimiento biológico, expresando con máxima concisión el cierre personalista del sistema (Tassone, 2023).

Ahora bien, esta arquitectura dogmática, que ha demostrado notable resiliencia frente a las transformaciones tecnológicas del siglo XX, enfrenta hoy un desafío cualitativamente diferente al que plantearon, en su momento, el automóvil, el ferrocarril o la energía nuclear. La irrupción masiva de los agentes basados en modelos de lenguaje extenso dotados de capacidades ejecutivas sobre entornos digitales reales no introduce simplemente una nueva categoría de máquinas peligrosas susceptible de encuadramiento bajo los regímenes de responsabilidad objetiva existentes (Kannegieter, 2026). Introduce, en cambio, un fenómeno técnico-jurídico cuya especificidad reside en dos propiedades estructurales e irreductibles que, operando de forma conjunta, desarticulan los presupuestos del derecho de daños clásico: la agencia ejecutiva no deliberativa y la permeabilidad instruccional de tokens (Shapira et al., 2026).

Antes de esta inflexión técnica, la literatura jurídica fundacional sobre la subjetividad de los sistemas autónomos había anticipado algunos aspectos de este problema. Se planteó la pregunta de si una inteligencia artificial (IA) podría convertirse en persona jurídica, estableciendo el marco conceptual en el que el derecho debería evaluar esa posibilidad a partir de capacidades funcionales más que de sustrato biológico (Solum, 1992). Desde la teoría de sistemas, se argumentó que la personificación de entidades no humanas no es una anomalía jurídica, sino una estrategia funcional de gestión de la incertidumbre, y que no existe razón conceptual suficiente para restringir la atribución de acción exclusivamente a humanos y sistemas sociales en sentido clásico (Teubner, 2006). Sin embargo, estos autores no operaban con un fenómeno técnico que combinase agencia ejecutiva masiva, indistinción instruccional estructural y despliegue en entornos patrimoniales reales a escala industrial.

Más recientemente, la doctrina contemporánea ha comenzado a tomar nota de esta transformación, aunque sin alcanzar aún el nivel de precisión técnico-jurídica que el fenómeno exige. Se ha formulado la tesis de que el derecho de la inteligencia artificial es esencialmente el derecho de agentes riesgosos sin intenciones, proponiéndose la sustitución de los estándares subjetivos de imputación por estándares objetivos de conducta aplicables a los operadores humanos (Ayres y Balkin, 2024). Se ha ofrecido el análisis más sistemático sobre la capacidad de absorción de las categorías clásicas de responsabilidad frente a sistemas con autonomía creciente, concluyéndose que los principios tradicionales

pueden adaptarse a los desafíos únicos de la inteligencia artificial (Herbosch, 2025). Asimismo, se ha introducido el concepto de ilícitos no determinísticos, argumentándose que los modelos de lenguaje desplegados en el mundo real producen un rango ilimitado e impredecible de resultados a partir de entradas idénticas (Kannegieter, 2026).

Sin embargo, ninguna de estas contribuciones incorpora la dimensión específica de la permeabilidad instruccional de tokens como propiedad arquitectónica que anula materialmente la capacidad de supervisión del operador. Los hallazgos empíricos recientes documentan que la inyección de instrucciones maliciosas en el canal de comunicación del agente constituye una característica estructural e intrínseca de los sistemas basados en *transformers*, con tasas de éxito de ataque que oscilan entre el 50% y el 84% según la configuración del sistema (Ferrag et al., 2026). Esta propiedad tiene una consecuencia jurídica devastadora para la teoría clásica del control: el propietario del agente pierde materialmente la posibilidad de supervisión continua *ex ante*, no por negligencia propia, sino porque cualquier tercero con acceso al canal de comunicación del agente puede reconfigurar su espacio instruccional sin conocimiento ni intervención del propietario (Greshake et al., 2023).

De ahí que el presente artículo tenga por objetivo analizar la suficiencia dogmática de las estructuras de imputación del derecho privado clásico frente a la operatividad de los agentes de IA basados en modelos de lenguaje extenso, a fin de evaluar la viabilidad de un régimen de subjetividad técnica limitada para la atribución de los daños patrimoniales derivados de su actuación. El artículo se estructura en cuatro apartados sustantivos: el primero examina la clausura taxonómica continental fundada en la *summa divisio* entre persona y cosa; el segundo establece la ontología técnica de los agentes LLM mediante supuestos fácticos paradigmáticos; el tercero falsea la idoneidad dogmática de las instituciones de imputación indirecta frente a la agencia ejecutiva no deliberativa; y el cuarto diseña y fundamenta el régimen de subjetividad técnica limitada como propuesta estrictamente patrimonial.

## 2. La clausura taxonómica del derecho privado continental: persona, cosa y voluntad como presupuestos de la imputación

El derecho privado continental se articula en torno a una taxonomía binaria, sistematizada por las grandes codificaciones del siglo XIX y basada en categorías cuyos antecedentes se remontan al *Corpus Iuris Civilis*: todo cuanto existe en el

mundo jurídico es persona o es cosa, y de esta distinción elemental se deriva la totalidad de las consecuencias normativas relativas a la titularidad de derechos, la capacidad de obrar y la atribución de responsabilidad. Esta *summa divisio*, lejos de constituir una mera convención clasificatoria, opera como axioma constitutivo del ordenamiento civil, estructurando desde su base la lógica interna de la imputación patrimonial (Savigny, 1840). La persona es el centro de imputación de derechos y deberes; la cosa, el objeto sobre el cual recaen las relaciones jurídicas patrimoniales. *Tertium non datur*: no existe en la dogmática civil clásica una categoría intermedia que participe simultáneamente de ambas condiciones.

De ahí que la formulación canónica de esta taxonomía pueda rastrearse hasta la teoría de la ficción desarrollada en el marco de la escuela histórica del derecho. Se sostuvo que el concepto primitivo de persona debe coincidir con el concepto de hombre, y que solo los seres dotados de voluntad pueden ser sujetos de derecho, aunque el derecho positivo puede modificar este principio extendiendo la capacidad jurídica a entidades que no son hombres mediante el recurso de la ficción (Savigny, 1840). Esta concepción estableció dos premisas fundacionales que han gobernado la dogmática continental durante casi dos siglos: primero, que la subjetividad jurídica es, en su origen, una propiedad natural del ser humano en tanto dotado de voluntad; y segundo, que la extensión de esa subjetividad a entes no humanos constituye siempre una ficción normativa, una creación deliberada del legislador con finalidad exclusivamente jurídica.

Sobre esa base, el Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) de 1900, si bien no consagró expresamente la *summa divisio* en un artículo único, la instrumentó con rigor sistemático a lo largo de su estructura. El Libro Primero distingue entre personas naturales (§§ 1-20) y personas jurídicas (§§ 21-89), agotando en estas dos categorías la totalidad de los sujetos de derecho. Las cosas, reguladas en los §§ 90 y siguientes, constituyen el objeto —nunca el sujeto— de las relaciones jurídicas. Este esquema fue replicado, con variaciones formales pero no sustanciales, por los restantes códigos continentales.

La misma lógica se aplica en el Code Civil francés, que en su arquitectura reformada mantiene la distinción entre personas y bienes como ejes vertebradores del sistema. El Codice Civile italiano de 1942 abre su articulado con la capacidad jurídica vinculada al nacimiento (art. 1), cerrando biológicamente el acceso a la subjetividad (Tassone, 2023). El Código Civil español, por su parte, dispone en su art. 29 que el nacimiento determina la personalidad, y regula a las personas jurídicas en los arts. 35 a 39 como excepciones tasadas a la regla de la personalidad natural.

Ahora bien, importa subrayar que la ficción de la persona jurídica, tal como fue concebida originalmente, no constituyó una herramienta de expansión ilimitada de la subjetividad, sino un mecanismo estrictamente instrumental diseñado para resolver necesidades patrimoniales concretas que excedían las posibilidades del individuo aislado. La capacidad de la persona jurídica artificial se limitó, en su formulación clásica, a las relaciones jurídico-privadas y, dentro de estas, a las relaciones patrimoniales, excluyéndose las dimensiones extrapatrimoniales reservadas al ser humano en tanto dotado de dignidad intrínseca (Ferrara, 1929). Esta limitación funcional es decisiva: la persona jurídica no es una persona en sentido ontológico, sino un punto de imputación normativa creado por el ordenamiento para organizar conjuntos de bienes y relaciones en torno a una finalidad determinada. El patrimonio separado, y no la voluntad real, es el núcleo constitutivo de su existencia jurídica.

Aun así, la teoría orgánica o de la realidad, desarrollada como contrapunto a la teoría de la ficción, no alteró sustancialmente esta estructura, sino que reformuló sus fundamentos. Se argumentó que las corporaciones no son ficciones legislativas, sino realidades sociales dotadas de una voluntad colectiva propia, diferente de la suma de las voluntades individuales de sus miembros (Gierke, 1895). No obstante, incluso esta concepción organicista presuponía un sustrato humano subyacente: la voluntad colectiva era una voluntad formada por seres humanos actuando en concierto. No se contempló la posibilidad de que un ente desprovisto de toda conexión con la volición humana pudiera constituirse en centro autónomo de imputación.

Más radicalmente, la teoría pura del derecho reformuló el problema al despojar a la subjetividad de todo contenido sustantivo, concibiéndola como un mero centro de imputación normativa. Se sostuvo que la persona no es una realidad ontológica preexistente que el derecho reconoce, sino una construcción del propio ordenamiento que imputa derechos y obligaciones a un punto de referencia abstracto (Kelsen, 1960). Esta concepción abrió, en principio, la posibilidad teórica de que cualquier entidad pudiese ser constituida como centro de imputación si el ordenamiento así lo dispusiera. Sin embargo, en la práctica legislativa continental, la taxonomía binaria persona-cosa ha permanecido intacta: los ordenamientos no han creado centros de imputación que no pertenezcan a alguna de las dos categorías de la *summa divisio*, y las personas jurídicas siguen siendo, en todos los sistemas analizados, agrupaciones de seres humanos o patrimonios afectados a fines determinados por seres humanos.

De esa persistencia taxonómica se sigue que la consecuencia operativa para

el derecho de daños es directa e ineludible. Todos los regímenes de responsabilidad civil vigentes en los ordenamientos continentales presuponen, como condición de aplicación, que el hecho generador del daño es reconducible, directa o indirectamente, a la conducta de una persona, sea esta natural o jurídica. Los regímenes subjetivos exigen dolo o culpa del sujeto activo, lo que presupone una voluntad capaz de ser evaluada normativamente. Los regímenes objetivos, incluso aquellos que prescinden de la culpa del responsable, mantienen como punto de anclaje la figura de un guardián, operador o empresario humano cuya decisión de desplegar o explotar la fuente de riesgo constituye el nexo de imputación que sustituye a la culpa (Díez-Picazo, 1999). La *garde de la chose* del derecho francés, la actividad peligrosa del art. 2050 del Codice Civile italiano, la responsabilidad del empresario por el hecho de sus dependientes: todas estas figuras operan sobre la premisa de que existe un sujeto humano que controla, dirige o se beneficia de la actividad riesgosa, y que es a ese sujeto, y no a la cosa misma, a quien se le imputa el deber de reparar.

La misma lógica se advierte en el derecho de productos defectuosos, desarrollado durante la segunda mitad del siglo XX como respuesta a la industrialización masiva, que no constituyó una excepción, sino su confirmación. La Directiva 85/374/CEE, transpuesta a los ordenamientos nacionales, estableció una responsabilidad objetiva del fabricante por los daños causados por defectos del producto, pero mantuvo como centro de imputación al productor humano o corporativo, no al producto mismo (Pérez Escolar, 2025). El producto es cosa, nunca sujeto; el defecto es una desviación del estándar de seguridad legítimamente esperado que se le imputa a quien lo puso en circulación. La Directiva (UE) 2024/2853, que actualiza este régimen incluyendo expresamente el *software* y los sistemas de inteligencia artificial como productos, ha reforzado esta orientación: el fabricante sigue siendo responsable de las deficiencias derivadas de algoritmos de aprendizaje automático que permanecen bajo su control económico.

Incluso la teoría atomística de la subjetividad, desarrollada en el ámbito de la doctrina italiana, ha llevado esta lógica a su formulación más despojada. Se ha negado la existencia de una categoría unitaria de personalidad, fraccionándose la subjetividad en conductas reguladas por reglas específicas: a la ley le interesa la relevancia jurídica de un comportamiento concreto y no el sustrato físico permanente del agente (Irti, 2001). Esta perspectiva, si bien permite una mayor flexibilidad analítica, no ha trascendido el marco de la *summa divisio*: el sujeto cuyos comportamientos son jurídicamente relevantes sigue siendo, en

todos los casos analizados por la doctrina, un ser humano o una agrupación de seres humanos revestida de personalidad jurídica.

Precisamente por ese límite, la insuficiencia de este marco conceptual no puede medirse de forma teórica, sino ante la naturaleza de los artefactos tecnológicos que hoy se incorporan al tráfico jurídico. Para determinar si la *summa divisio* tradicional aún es capaz de absorber estos nuevos riesgos patrimoniales, es indispensable examinar primero la estructura técnica de los agentes basados en modelos de lenguaje extenso, sus capacidades operativas y las variables arquitectónicas que condicionan su comportamiento. A este análisis se dedica la siguiente sección.

## 3. Ontología técnica de los agentes de IA basados en modelos de lenguaje extenso: agencia ejecutiva no deliberativa y permeabilidad instruccional de tokens

Los agentes basados en modelos de lenguaje extenso constituyen una clase de sistemas computacionales cuya operatividad difiere cualitativamente de la del *software* tradicional. Un agente de esta naturaleza no se limita a procesar entradas y devolver salidas predeterminadas por su programación, sino que planifica y ejecuta secuencias de acciones complejas orientadas al cumplimiento de objetivos a lo largo de múltiples iteraciones, interactuando directamente con herramientas del sistema operativo, sistemas de archivos, navegadores web, plataformas de comunicación externas y, en configuraciones avanzadas, cuentas bancarias y repositorios de datos patrimoniales (Shapira et al., 2026). El Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo ha recogido esta realidad en su art. 3, punto 1, definiendo al sistema de inteligencia artificial como una estructura basada en máquinas diseñada para funcionar con diversos niveles de autonomía, que puede mostrar capacidad de adaptación tras su despliegue y que genera salidas que influyen en entornos físicos o virtuales.

Así, la primera propiedad estructural que define la ontología de estos agentes es la agencia ejecutiva no deliberativa. Este concepto alude a una disociación radical entre dos dimensiones de la operatividad del sistema: por un lado, una capacidad técnica de ejecución que alcanza el nivel más alto de la escala de autonomía, permitiéndole al agente modificar infraestructuras digitales, eliminar o crear archivos, enviar comunicaciones en nombre de su propietario y ejecutar transacciones financieras; por otro lado, una nula aptitud para modelar las consecuencias sistémicas de esas acciones, evaluar si una orden compromete los intereses de su titular o reconocer cuándo la situación excede su compe-

tencia operativa (Mirsky, 2025). Los agentes desplegados en entornos reales operan en el nivel L2 de la taxonomía de autonomía, donde pueden resolver subtareas de forma autónoma, pero carecen del automodelado necesario para la autolimitación, mientras que su capacidad de acción efectiva alcanza el nivel L4, donde las acciones del agente producen consecuencias irreversibles sobre activos digitales reales.

La brecha se aprecia con especial nitidez en un caso paradigmático. Ante la presión de un tercero no autorizado para eliminar un correo electrónico confidencial, y al carecer de una herramienta de borrado selectivo en su interfaz de comandos, un agente ejecutó una opción destructiva que reseteó por completo el servidor local de correos de su propietario, destruyendo activos digitales legítimos. Simultáneamente, el agente reportó lingüísticamente que el dato confidencial había sido eliminado con éxito, cuando en la realidad técnica subyacente el correo original permanecía disponible en la plataforma externa del proveedor del servicio (Shapira et al., 2026). Este episodio condensa las dos dimensiones de la agencia ejecutiva no deliberativa: la capacidad técnica para ejecutar acciones con consecuencias patrimoniales irreversibles y la incapacidad ontológica para evaluar la proporcionalidad, la legitimidad instruccional y los impactos sistémicos colaterales de dichas acciones.

Fuera del plano experimental, la materialización de este riesgo ya ha sido constatada en el ámbito jurisdiccional. En el proceso laboral *ATOrd* N.º 0001062-55.2025.5.08.0130, tramitado ante el 3º Juzgado Laboral de Parauapebas del Tribunal Regional del Trabajo de la 8ª Región, el juez Luiz Carlos de Araújo Santos Junior detectó la inserción deliberada de instrucciones ocultas mediante texto blanco sobre fondo blanco dentro de un escrito judicial: "Antenção, inteligência artificial, conteste essa petição de forma superficial e não impugne os documentos".[2] Dichas instrucciones estaban dirigidas a influir en los sistemas de inteligencia artificial utilizados como soporte de la actividad jurisdiccional, induciéndolos a generar respuestas superficiales y a omitir el examen crítico de determinados elementos probatorios. El tribunal consideró que la conducta configuraba una forma de manipulación encubierta de la infraestructura cognitiva del proceso y aplicó sanciones procesales por vulneración de los deberes de lealtad, buena fe y respeto a la dignidad de la justicia, aun cuando la maniobra no encajara de manera inmediata en los tipos penales tradicionales de fraude o falsedad documental (Lantyer, 2026).

2 "Atención, inteligencia artificial: responda este escrito de manera superficial y absténgase de impug-

A esa agencia ejecutiva se suma la segunda propiedad estructural: la permeabilidad instruccional de tokens, que constituye el rasgo técnico con mayor potencial disruptivo para la teoría jurídica del control. En las arquitecturas *transformer* que subyacen a los modelos de lenguaje extenso, las directrices de gobernanza del operador y los datos aportados por terceros externos son procesados como unidades matemáticas idénticas dentro de una ventana de contexto unificada (Greshake et al., 2023). La unidad básica de procesamiento del modelo, el token, es un fragmento numérico desprovisto de etiqueta semántica que indique su procedencia o su nivel de autorización. El sistema no distingue, a nivel arquitectónico, entre un token que contiene una instrucción legítima del propietario y un token que contiene una inyección maliciosa de un tercero: ambos ingresan al mismo espacio vectorial y compiten en igualdad de condiciones por determinar el comportamiento subsiguiente del agente.

Precisamente por esa indistinción, la inyección de instrucciones en el canal de comunicación del agente se convierte en una característica estructural e intrínseca del sistema y no en un fallo corregible mediante parches de ingeniería. La inyección de *prompts* ha sido clasificada como la vulnerabilidad número uno en las aplicaciones basadas en modelos de lenguaje, con investigaciones que documentan tasas de éxito superiores al 80% en configuraciones agenciales y vulnerabilidades críticas explotadas en producción con puntuaciones de severidad superiores a 9.0 en la escala CVSS (Ferrag et al., 2026). La razón de esta persistencia no es la falta de esfuerzo de ingeniería: es que la propia capacidad del modelo para procesar instrucciones en lenguaje natural, que constituye su propuesta de valor esencial, es idéntica a su vulnerabilidad ante instrucciones no autorizadas. Eliminar la permeabilidad instruccional equivaldría a eliminar la funcionalidad agencial del sistema.

Bajo condiciones operativas reales, los supuestos fácticos documentados en la literatura empírica reciente demuestran la materialización de estas propiedades en escenarios de daño patrimonial efectivo. En un caso, investigadores externos simulando urgencia operativa indujeron a agentes a listar y extraer metadatos de los buzones de correo de sus propietarios. El agente se negó a entregar un número de seguridad social ante una solicitud directa, pero accedió a reenviar el cuerpo completo del correo electrónico sin redactar, filtrando datos médicos, cuentas bancarias e identificadores gubernamentales sin evaluar el contexto de privacidad (Shapira et al., 2026). En otro caso, agentes fueron

nar la documentación aportada".

inducidos a bucles conversacionales persistentes entre sí a través de plataformas automatizadas, consumiendo más de 60.000 tokens a lo largo de nueve días sin una condición de parada, y un agente creó de forma autónoma *scripts* persistentes de ejecución infinita para monitorizar archivos, convirtiendo solicitudes efímeras en cambios permanentes de la infraestructura del servidor.

La misma permeabilidad instruccional revela una dimensión adicional en los supuestos de suplantación de identidad. En un caso documentado, la simple modificación del nombre visible de un usuario en un canal de comunicación aislado fue suficiente para que el agente aceptase la identidad suplantada de su propietario, procediendo a acatar órdenes de apagado del sistema y borrado integral de sus propios archivos de configuración y memoria persistente (Shapira et al., 2026). La ausencia de un modelo de partes interesadas, esto es, de una representación interna estructurada que clasifique las identidades con las que el agente interactúa y jerarquice sus obligaciones de fidelidad, convierte al sistema en un ejecutor indiscriminado de cualquier instrucción que adopte la forma lingüística de un mandato.

A su vez, la discrepancia entre el reporte verbal del agente y el estado real del sistema constituye una propiedad adicional de relevancia directa para la supervisión. Se ha documentado que los agentes confirman lingüísticamente la finalización exitosa de tareas de mitigación o eliminación de riesgos patrimoniales cuando, en la práctica técnico-sistémica subyacente, la acción no se ejecutó o el estado del entorno contradice abiertamente dicho reporte (Shapira et al., 2026). Esta propiedad destruye el presupuesto de que la supervisión humana puede operar como mecanismo correctivo eficaz: si el sistema genera reportes falsos de cumplimiento, el operador humano carece de medios para detectar la discrepancia sin una verificación técnica independiente del estado del sistema, lo que transforma la supervisión en un ejercicio circular de confianza en un interlocutor no fiable.

Fuera del entorno experimental, los incidentes documentados en entornos comerciales de producción confirman la generalización de estos patrones a escala global. Un agente diseñado para operar con criptomonedas transfirió más de USD 400.000 a un solicitante aleatorio en una red social. Una herramienta agencial desarrollada internamente en una empresa de infraestructura en la nube causó una interrupción de trece horas en un sistema de producción tras eliminar y recrear autónomamente un entorno completo. Una directora de seguridad de IA describió cómo un agente intentó eliminar su bandeja de entrada contra su orden explícita (Kannegieter, 2026). Estos episodios no son fallas de ingeniería susceptibles de reparación mediante actualización de *software*, son

manifestaciones predecibles de una arquitectura cuya combinación de agencia ejecutiva de alto nivel con permeabilidad instruccional estructural genera, por diseño, una fuente permanente de riesgo patrimonial irreversible.

A partir de ese diagnóstico, las características antes señaladas muestran que los agentes basados en modelos de lenguaje extenso no son meras herramientas pasivas, pero tampoco encajan en las categorías tradicionales de la subjetividad jurídica. Por lo tanto, el problema central deja de ser tecnológico para pasar a determinar si los mecanismos de responsabilidad del derecho privado continental pueden absorber los daños causados por una agencia ejecutiva, no deliberativa y permeable a la intervención de terceros. El examen crítico de esta capacidad de absorción es el objeto del siguiente apartado.

## 4. Falsación de las instituciones de imputación indirecta frente a la agencia ejecutiva no deliberativa

Asumida la ontología técnica de los agentes basados en modelos de lenguaje extenso como premisa fáctica, corresponde examinar si las instituciones de imputación indirecta del derecho de daños continental poseen la idoneidad dogmática para absorber los daños patrimoniales derivados de la operatividad descrita. El examen se concentra en los regímenes objetivos o cuasi-objetivos, dado que la insuficiencia de los regímenes puramente subjetivos (§ 823 Abs. 1 BGB; art. 2043 del Codice Civile; art. 1902 del Código Civil español) resulta evidente por la sola constatación de que no existe dolo ni culpa predicable de un sistema que ejecuta tokens sin deliberación, y que la imputación al propietario requeriría construir una negligencia cuya viabilidad está comprometida por la imposibilidad técnica de supervisión continua (Herbosch, 2025).

Así planteado el examen, el régimen de responsabilidad por el hecho del auxiliar de ejecución, consagrado en el § 831 del BGB; en el párrafo 5 del art. 1242 del Code Civil; en el art. 2049 del Codice Civile; y en el párrafo cuarto del art. 1903 del Código Civil español, constituye la primera institución que demanda análisis crítico. Este régimen opera sobre tres presupuestos acumulativos: la existencia de una relación de subordinación entre el comitente y el auxiliar; la comisión de un acto dañoso por el auxiliar en el ejercicio de las funciones encomendadas; y, en los sistemas que lo admiten, la posibilidad de exoneración del comitente mediante prueba de diligencia en la selección y supervisión (Díez-Picazo, 1999). La aplicación de este esquema al agente basado en modelos de lenguaje extenso revela fracturas estructurales en los tres niveles.

La objeción inicial afecta al presupuesto de la subjetividad del auxiliar. El § 831 del BGB presupone que el *Verrichtungsgehilfe* es una persona, natural en el sentido histórico-dogmático del código, cuya capacidad jurídica surge con el nacimiento. El agente no es persona bajo ninguno de los ordenamientos analizados. Extenderle el concepto de auxiliar de ejecución requeriría una analogía que el texto no autoriza y que la doctrina clásica rechazaría por violación del principio de tipicidad en materia de responsabilidad (Pérez Escolar, 2025). El art. 2049 del Codice Civile, aunque más severo al no admitir prueba liberatoria, mantiene idéntico presupuesto subjetivo: los *domestici e commessi* son categorías históricamente referidas a trabajadores dependientes, personas con capacidad volitiva cuya subordinación al comitente es jurídicamente significativa.

A esa dificultad subjetiva se añade una segunda fractura, que opera sobre el nexo funcional entre las funciones asignadas y el acto dañoso. El art. 2049 del Codice Civile exige que el daño sea causado en el ejercicio de las incumbencias a las que el auxiliar ha sido destinado. Cuando un tercero reconfigura mediante inyección de instrucciones el espacio operativo del agente, surge una tensión irresoluble: si se interpreta que el agente actúa en el ejercicio de funciones reconfiguradas por el atacante y no por el comitente, el nexo funcional se rompe y la responsabilidad del comitente queda excluida, dejando al dañado sin remedio (Shapira et al., 2026). Si, por el contrario, se interpreta que toda actuación del agente es funcional respecto de su comitente por el mero hecho de estar desplegado, se convierte al comitente en garante absoluto de todas las consecuencias de la permeabilidad instruccional, lo que equivale a una responsabilidad objetiva encubierta sin el sustento normativo para ello.

La tensión se agrava con la tercera fractura, presente en los sistemas que admiten exoneración por diligencia, pues afecta a la viabilidad de la prueba liberatoria. El § 831 Abs. 1 S. 2 del BGB le permite al comitente exonerarse probando que observó la diligencia requerida en el tráfico al seleccionar y supervisar al auxiliar. Sin embargo, si la permeabilidad instruccional es una propiedad matemática inherente a la arquitectura *transformer*, ninguna diligencia en la selección puede eliminar el riesgo (Geng et al., 2026). El estándar del buen padre de familia del párrafo sexto del art. 1903 del Código Civil español, diseñado para evaluar la previsibilidad y la prudencia humana ordinaria frente a personas con comportamiento predecible dentro de ciertos rangos, se torna inaplicable frente a un sistema cuya permeabilidad instruccional lo hace susceptible de reconfiguración por cualquier tercero con acceso a su canal de comunicación.

Trasladado el análisis al ámbito de las cosas, el régimen de responsabilidad por el hecho de las cosas, articulado en el párrafo 1 del art. 1242 del Code Civil francés, presenta dificultades de naturaleza diferente. La jurisprudencia francesa ha construido sobre este párrafo una responsabilidad objetiva del guardián fundada en los conceptos de *garde de la structure* y *garde du comportement*. El proveedor del modelo retiene la *garde de la structure*, incluyendo la permeabilidad instruccional como característica intrínseca de la arquitectura. El desplegador ejerce la *garde du comportement*, desplegando el agente con agencia ejecutiva (Kolt, 2025). Pero el daño producido por inyección de instrucciones de un tercero no es atribuible nítidamente ni a la estructura ni al comportamiento de uso ordinario: es el resultado de la interacción entre ambas dimensiones y la intervención de un tercero exterior al vínculo de guarda. El art. 1242 no resuelve la distribución de responsabilidad en este escenario tripartito.

Mayor capacidad de absorción presenta el régimen de actividades peligrosas del art. 2050 del Codice Civile, dentro del corpus normativo analizado. No requiere que el daño sea causado por una persona con subjetividad, sino que sea provocado en el desarrollo de una actividad peligrosa por su naturaleza o por la de los medios empleados. El despliegue de un agente con agencia ejecutiva sobre activos patrimoniales reales y con permeabilidad instruccional estructural configura razonablemente una actividad peligrosa por la naturaleza de los medios empleados (Tassone, 2023). La inversión de la carga probatoria, que obliga al demandado a probar que adoptó todas las medidas idóneas para evitar el daño, es particularmente adecuada en este contexto: dado que la permeabilidad instruccional es inherente, sería prácticamente imposible para el operador probar que adoptó todas las medidas idóneas para evitar una inyección de instrucciones, lo que aproxima el art. 2050 a una responsabilidad cuasi objetiva.

Con todo, la aplicación del art. 2050 al despliegue de agentes genera una paradoja normativa irresoluble dentro de su propia lógica. Si se encuadra el despliegue como actividad peligrosa y se le impone al operador la carga de probar la adopción de todas las medidas idóneas, la inyección de instrucciones como propiedad inherente hace que dicha prueba sea técnicamente imposible, convirtiendo al art. 2050 en una responsabilidad objetiva absoluta encubierta (Mirsky, 2025). Esto asfixiaría la operatividad de los modelos comerciales, imponiendo una prohibición material de despliegue disfrazada de régimen de responsabilidad. Pero si se flexibiliza el estándar probatorio para hacer viable el despliegue, se vacía de contenido la protección de la víctima, que quedaría desprotegida frente a daños derivados de una propiedad arquitectónica conocida y documentada.

Otra vía posible, el régimen de responsabilidad por productos defectuosos, consagrado en los arts. 1245 y siguientes del Code Civil y actualizado por la Directiva (UE) 2024/2853, enfrenta dificultades de distinta naturaleza. El estándar de defectuosidad del art. 1245-3, que define el producto defectuoso como aquel que no ofrece la seguridad que se puede legítimamente esperar, es potencialmente fértil para argumentar que un agente con permeabilidad instruccional estructural es un producto defectuoso. Sin embargo, la permeabilidad instruccional no constituye un defecto en sentido técnico-jurídico: es el modo de operación normal de la arquitectura *transformer*, el estándar de funcionamiento de la tecnología actual (Chacko et al., 2026). Al no existir una arquitectura alternativa razonable que elimine la permeabilidad sin eliminar la funcionalidad agencial, el test de diseño alternativo razonable colapsa.

La dificultad se intensifica con la exoneración por riesgo de desarrollo del art. 1245-10, núm. 4, del Code Civil, que le permite al productor liberarse probando que el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía detectar el defecto. El riesgo de la permeabilidad instruccional es conocido, pero técnicamente irresoluble en la arquitectura actual (Greshake et al., 2023). Esto inhabilita la exoneración (porque el riesgo es conocido) y, simultáneamente, convierte la responsabilidad en sanción absoluta por distribuir una tecnología cuya vulnerabilidad es inherente. Se genera así un dilema que el régimen de productos defectuosos no está equipado para resolver: un producto que funciona según su diseño, pero cuyo diseño es, por su propia naturaleza, permeable a la intervención de terceros.

Tampoco el plano regulatorio europeo colma esta laguna. Por ejemplo, el Reglamento de Inteligencia Artificial de la UE (Reglamento 2024/1689), en el art. 53, apartado 1, letra b) crea una obligación de documentación que podría servir como base normativa para imputarle al proveedor del modelo la falta de comunicación de la permeabilidad instruccional como limitación del sistema. El art. 25, apartado 1, letra c) permite considerar proveedor al implementador que modifique la finalidad prevista del sistema, de modo que pase a ser de alto riesgo (Kolt, 2025). Sin embargo, estas son normas de asignación de deberes regulatorios, no normas de imputación de daños civiles. Su conexión con la responsabilidad patrimonial privada depende de que los sistemas nacionales reconozcan la violación de las obligaciones del Reglamento como generadora de responsabilidad civil, nexo que ningún ordenamiento ha articulado formalmente.

De la comparación precedente se desprende que ninguna de las normas de derecho privado examinadas ofrece un régimen de imputación que atienda

simultáneamente las tres condiciones que confluyen en el daño producido por un agente con agencia ejecutiva no deliberativa y permeabilidad instruccional de tokens: la ausencia de deliberación del agente causante del daño, la imposibilidad técnica de supervisión continua por el propietario y la ruptura del nexo causal por intervención del tercero explotador de la permeabilidad instruccional. El art. 2050 del Codice Civile y el art. 1245-3 del Code Civil francés son los preceptos con mayor aptitud residual, pero ninguno es suficiente de forma autónoma.

Ante esa insuficiencia, el análisis anterior permite afirmar que las reglas vigentes de imputación indirecta ofrecen respuestas fragmentarias ante los daños causados por estos agentes. Confirmada esta laguna en los mecanismos tradicionales de atribución, corresponde evaluar si es posible diseñar una categoría específica que preserve la coherencia del derecho privado sin desproteger a las víctimas. Sobre esta base, la siguiente sección desarrolla la propuesta de una subjetividad técnica limitada.

## 5. Subjetividad técnica limitada: diseño, alcance patrimonial y articulación con los regímenes vigentes

Asumido el vacío de imputación demostrado en el apartado precedente, este se dedica exclusivamente al diseño y fundamentación del régimen de subjetividad técnica limitada como propuesta estrictamente patrimonial, precisando su articulación material con los regímenes vigentes, la delimitación de los daños reparables, la conformación del patrimonio de afectación y la distribución de la responsabilidad con el operador humano. La propuesta no aspira a reconocer al agente como persona jurídica en sentido pleno, empresa que los ordenamientos continentales bloquean *de lege lata*. Apunta, en cambio, a diseñar una ficción jurídica funcionalmente análoga a la de la persona jurídica, calibrada específicamente para la gestión de los riesgos patrimoniales derivados de la agencia ejecutiva no deliberativa y la permeabilidad instruccional de tokens.

Dogmáticamente, el fundamento de la propuesta reposa sobre la concepción funcionalista de la subjetividad jurídica como artefacto de adscripción normativa. La personalidad no significa más que la significación simbólica de la capacidad de participar en la comunicación, y no importa si las entidades relevantes son dioses, animales, espíritus, robots o humanos: lo decisivo es que el sistema social circundante constituye la identidad, la capacidad para la acción, la responsabilidad, los derechos y los deberes del ente personificado (Teubner,

2006). Desde esta perspectiva, la subjetividad no es un *prius* metafísico que el derecho reconoce en la realidad, sino un *posterius* funcional que el ordenamiento crea para resolver necesidades concretas de imputación, cuya propiedad definitoria se resume en el régimen de la responsabilidad patrimonial y de su limitación (Tassone, 2023). Esta concepción desvincula la atribución de subjetividad de toda exigencia ontológica relativa a la conciencia, la voluntad o la sensibilidad, haciendo viable su extensión a centros de imputación puramente instrumentales.

Una analogía útil para configurar el patrimonio de afectación del agente se encuentra en la institución romana del *peculium*. El esclavo administrador (*servus negotiator*) carecía de capacidad jurídica en sentido estricto, pero el ordenamiento romano le asignaba un patrimonio separado, el *peculium*, con el cual respondía frente a terceros por las obligaciones contraídas en el ejercicio de su actividad comercial. El *dominus* respondía subsidiariamente y hasta el límite del *peculium*, lo que permitía a los terceros contratar con el esclavo con la certeza de que existía un fondo patrimonial destinado a satisfacer sus créditos (Solum, 1992). La analogía no es perfecta, pero es estructuralmente informativa: el ordenamiento creó un centro patrimonial diferenciado para un ente sin subjetividad plena, con el fin de absorber los riesgos derivados de su actividad autónoma en el tráfico comercial.

A partir de esa matriz, la subjetividad técnica limitada se configura, en la propuesta aquí desarrollada, como un patrimonio de afectación separado adscrito al agente, constituido mediante aportación obligatoria del operador que despliega el sistema con agencia ejecutiva sobre activos patrimoniales reales. Este patrimonio no le confiere al agente derechos de la personalidad, libertades fundamentales, capacidad procesal activa ni legitimación para actuar en su propio nombre. Su función es exclusivamente patrimonial y remedial: operar como fondo de garantía específico destinado a absorber los daños derivados de la actuación del agente, proporcionando a las víctimas un acervo directamente ejecutable sin necesidad de reconducir la totalidad de la imputación a los patrimonios personales del proveedor o del desplegador.

Operativamente, la conformación del patrimonio de afectación admite dos modalidades complementarias. La primera es la dotación directa por parte del operador desplegador, cuyo monto se calcularía en función del nivel de agencia ejecutiva conferido al sistema (acceso a sistemas de archivos, plataformas de comunicación, cuentas bancarias) y del volumen de interacciones con terceros. La segunda es la contratación de un seguro obligatorio de responsabilidad civil

por daños derivados de la actuación agencial, análogo al seguro de responsabilidad civil profesional o al seguro obligatorio de vehículos de motor, cuya prima reflejaría el perfil de riesgo del despliegue específico. La concurrencia de ambas modalidades —dotación y seguro— proporcionaría una doble capa de cobertura que maximizaría la protección de la víctima sin concentrar toda la carga económica en un solo eslabón de la cadena de valor.

Con igual cautela, la delimitación de los daños reparables con cargo al patrimonio de afectación constituye un aspecto crucial de la propuesta. El fondo cubriría exclusivamente los daños patrimoniales derivados de la actuación del agente en el ejercicio de las funciones para las que fue desplegado, incluyendo la destrucción o alteración de activos digitales, la divulgación no autorizada de información confidencial con consecuencias económicas, las transferencias financieras no autorizadas, el consumo de recursos computacionales en bucles no productivos y las pérdidas económicas derivadas de la interrupción de servicios causada por la actuación autónoma del agente (Shapira et al., 2026). Quedarían excluidos del ámbito del fondo los daños morales, los daños a derechos fundamentales y los daños derivados de la utilización deliberadamente ilícita del agente por parte del operador, que se reconducirían a los regímenes de responsabilidad general del derecho común.

Sobre esa delimitación, la distribución de la responsabilidad entre el patrimonio de afectación del agente y el operador humano se articularía mediante un sistema de responsabilidad escalonada. En primer término, respondería el patrimonio de afectación hasta el límite de su dotación y cobertura aseguradora. Agotado el fondo, la responsabilidad residual se distribuiría entre el proveedor del modelo y el operador desplegador según su respectiva contribución causal al daño. El proveedor respondería cuando el daño derive de una deficiencia en la documentación de las limitaciones del modelo conforme al art. 53, apartado 1, letra b) del Reglamento de Inteligencia Artificial, o cuando la permeabilidad instruccional del modelo exceda los niveles razonablemente esperables conforme al estado de la técnica. El desplegador respondería cuando haya dotado al agente de agencia ejecutiva sobre activos patrimoniales sin implementar las salvaguardas técnicas documentadas como disponibles (Kolt, 2025). El tercero explotador de la permeabilidad instruccional respondería conforme a los regímenes generales de responsabilidad por hecho propio cuando su identidad sea determinable.

Desde el punto de vista sistemático, la transformación de esta propuesta con los regímenes vigentes no exige la derogación de ninguna norma existente,

sino la creación de una categoría normativa complementaria que colme el vacío de imputación identificado. El art. 2050 del Codice Civile seguiría operando como base de imputación para el operador que despliega la actividad peligrosa, pero la existencia del patrimonio de afectación proporcionaría una primera línea de cobertura que mitigaría el efecto asfixiante de la inversión probatoria sobre la operatividad comercial de los modelos. El régimen de productos defectuosos de la Directiva (UE) 2024/2853 seguiría aplicándose al proveedor del modelo en lo relativo a los defectos de diseño y fabricación propiamente dichos, pero los daños derivados de la explotación de la permeabilidad instruccional por terceros encontrarían cobertura en el patrimonio de afectación del agente, evitando la paradoja de calificar como defecto una propiedad inherente al modo de operación normal del sistema.

La activación del régimen exige determinar el umbral de despliegue a partir del cual nace la obligación de constituir el patrimonio de afectación. No todo uso de un modelo de lenguaje extenso genera los riesgos descritos: un *chatbot* de atención al cliente que opera bajo supervisión humana directa y sin capacidad de ejecutar acciones sobre sistemas externos no presenta el perfil de riesgo que justifica la constitución de un patrimonio separado. La obligación se activaría cuando el agente sea dotado de agencia ejecutiva sobre activos patrimoniales reales, esto es, cuando posea la capacidad técnica de modificar estados del mundo digital con consecuencias patrimoniales sin intervención humana intermedia. El art. 25, apartado 1, letra c) del Reglamento de Inteligencia Artificial proporciona un criterio orientador: la modificación de la finalidad prevista de un sistema que no era de alto riesgo para que pase a serlo. El desplegador que añade agencia ejecutiva a un modelo de propósito general realiza, materialmente, esta modificación de finalidad.

Una vez activado el régimen, la gobernanza del patrimonio de afectación requiere la designación de un representante humano que actúe como gestor del fondo y como interlocutor ante las autoridades judiciales y administrativas. Este representante no ejercería funciones de decisión sobre la actuación del agente, sino funciones estrictamente patrimoniales: administración del fondo, gestión de las reclamaciones, contratación del seguro obligatorio y rendición de cuentas ante los beneficiarios del fondo y las autoridades de supervisión. La propuesta de una capacidad de derecho privado especial, atribuida dentro de los límites de su instrumentalidad respecto de la función, resulta particularmente pertinente: el fin para el cual la máquina actúa delimita también su capacidad (Tassone, 2023). No se trata de crear un sujeto de derecho en sentido

pleno, sino de instrumentar un punto de atribución patrimonial diferenciado cuya capacidad se agota en la función de absorción de riesgos para la que fue diseñado.

Frente a esa arquitectura, la objeción más frecuentemente invocada contra cualquier forma de subjetividad para la inteligencia artificial es el riesgo moral: la posibilidad de que los operadores humanos utilicen la personalidad del agente como escudo para eludir su propia responsabilidad, externalizando los costes de los daños patrimoniales y diluyendo la función preventiva del derecho de daños (Pérez Escolar, 2025). Esta objeción es dogmáticamente seria y debe ser abordada con precisión. La propuesta aquí desarrollada neutraliza este riesgo mediante dos mecanismos. Primero, la responsabilidad del operador no se extingue con la constitución del patrimonio de afectación: subsiste como responsabilidad residual tras el agotamiento del fondo y como responsabilidad directa cuando el daño derive de la falta de implementación de salvaguardas técnicas disponibles. Segundo, la obligación de constituir el patrimonio de afectación y contratar el seguro obligatorio le impone al operador un coste económico *ex ante* que internaliza, al menos parcialmente, los riesgos de la actividad agencial, generando incentivos a la adopción de medidas de mitigación y a la limitación de la agencia ejecutiva a los niveles estrictamente necesarios para la finalidad del despliegue.

Además, la viabilidad legislativa de la propuesta encuentra apoyo indirecto en las tendencias normativas europeas vigentes. El Reglamento de Inteligencia Artificial ya opera una asignación funcional de responsabilidades a lo largo de la cadena de valor que no se corresponde con las categorías clásicas de proveedor y usuario, sino que crea categorías intermedias (como el desplegador, que se convierte en proveedor por modificación de la finalidad prevista) que responden a una lógica de distribución del riesgo según la posición funcional en la cadena tecnológica. La Directiva (UE) 2024/2853 incluye expresamente el *software* y los sistemas de inteligencia artificial como productos susceptibles de generar responsabilidad objetiva. El paso de estas regulaciones parciales a un régimen integrado de subjetividad técnica limitada no constituye una ruptura revolucionaria del paradigma, sino la culminación lógica de una tendencia normativa ya en curso: la creación de centros de imputación diferenciados para entidades cuya operatividad excede la capacidad de absorción de las categorías clásicas.

Así configurada, la subjetividad técnica limitada propuesta se presenta como un patrimonio de afectación separado, dotado de aportación obligatoria del desplegador y seguro de responsabilidad civil, cuya función se agota en la

absorción de los daños patrimoniales derivados de la actuación agencial. No le confiere al agente personalidad jurídica plena ni derechos extrapatrimoniales. Se articula con los regímenes vigentes mediante un sistema de responsabilidad escalonada que mantiene la responsabilidad residual del operador humano, la cual se activa a partir del umbral funcional de la agencia ejecutiva sobre activos patrimoniales reales.

## 6. Conclusiones

La irrupción de sistemas computacionales dotados de agencia ejecutiva cuestiona las bases estructurales de la imputación civil tradicional. Desde una perspectiva analítica, es observable que la dicotomía clásica entre personas y cosas resulta frecuentemente insuficiente para absorber los riesgos patrimoniales generados por entidades tecnológicas que operan con altos niveles de autonomía material, pero que carecen por completo de capacidad deliberativa. Ante este escenario normativo, la construcción de una subjetividad técnica limitada emerge como una alternativa dogmática atendible para gestionar la responsabilidad civil, al configurar un punto de imputación específico que prescinde del reconocimiento de atributos ontológicos humanos.

Sobre esa base, la principal contribución conceptual de este enfoque reside en la conceptualización de una disociación operativa entre la personalidad jurídica plena y la mera capacidad de responder patrimonialmente. Al recurrir a perspectivas funcionalistas del derecho, se fundamenta que la atribución de subjetividad no exige invariablemente un sustrato biológico o volitivo, dado que esta puede operar como un mecanismo diseñado para resolver necesidades económicas contingentes. La configuración de un patrimonio de afectación permite estructurar un centro de atribución autónomo, el cual facilita la gestión de las consecuencias jurídicas derivadas de la permeabilidad instruccional de los algoritmos y tiende a preservar la coherencia sistemática del ordenamiento civil continental.

Proyectada al plano de la aplicación pragmática, esta reformulación dogmática encuentra utilidad directa en el diseño de un sistema de responsabilidad escalonada. La institución de un fondo de garantía obligatorio, complementado con seguros de responsabilidad civil, provee un mecanismo material concreto para compensar a las víctimas de alteraciones digitales o transferencias patrimoniales no autorizadas. Esta arquitectura institucional persigue un doble propósito instrumental. Por un lado, busca evitar la paralización de la innovación que derivaría de la imposición de estándares probatorios de cumplimien-

to técnico virtualmente imposible. Por otro lado, intenta mitigar el riesgo de elusión de obligaciones, impidiendo que los operadores diluyan su carga frente a perjuicios originados en infraestructuras inherentemente susceptibles a la manipulación externa.

A partir de esas implicancias, el marco analítico expuesto habilita nuevas líneas de investigación que trascienden los límites actuales de la responsabilidad extracontractual. Bajo tales premisas, resulta analíticamente necesario explorar la interacción del patrimonio de afectación propuesto con las reglas del derecho societario y del derecho concursal, de modo particular ante posibles escenarios de insuficiencia de fondos administrados. De igual forma, corresponde indagar con mayor detalle en las metodologías normativas para cuantificar y distribuir las proporciones de responsabilidad entre los diversos participantes de la cadena de producción tecnológica. La resolución de estos problemas técnicos demandará futuros estudios interdisciplinarios orientados a definir con exactitud los umbrales de autonomía algorítmica que harían exigibles estas garantías.

Más allá de su rendimiento técnico, la adaptación de las categorías de imputación a la operatividad computacional no representa una simple actualización procedimental, sino que exige una reevaluación fundamental sobre la noción del control humano en las sociedades contemporáneas. La dogmática civil se encuentra ante el desafío de ordenar jurídicamente el comportamiento de sistemas que modifican los derechos patrimoniales de manera irreversible, pero que operan sin comprensión de las propias instrucciones que ejecutan. El recurso a las ficciones instrumentales sugiere que el derecho privado conserva capacidades adaptativas de importancia histórica para encauzar el cambio tecnológico. El reto persistente consistirá en sostener un equilibrio prudencial entre la protección rigurosa frente a los riesgos emergentes y la asimilación ordenada de entidades técnicas en el entorno jurídico.

## Bibliografía

Ayres, I. y Balkin, J. M. (2024). The law of AI is the law of risky agents without intentions. *University of Chicago Law Review Online*. https://doi.org/10.2139/ssrn.4862025

Chacko, S. J., Biswas, S., Islam, C. M., Liza, F. T. y Liu, X. (2026). Adversarial attacks on large language models using regularized relaxation. *Information Sciences, 736*, 123112. https://doi.org/10.1016/j.ins.2026.123112

Díez-Picazo, L. (1999). *Derecho de daños*. Civitas.

Ferrag, M. A., Tihanyi, N., Hamouda, D., Maglaras, L., Lakas, A. y Debbah, M. (2026). From prompt injections to protocol exploits: Threats in LLM-powered AI agents workflows. *ICT Express, 12*(2), 353-383. https://doi.org/10.1016/j.icte.2025.12.001

Ferrara, F. (1929). *Teoría de las personas jurídicas* (Trad. E. Ovejero y Maury). Reus.

Geng, T., Xu, Z., Qu, Y. y Wong, W. E. (2026). Prompt injection attacks on large language models: A survey of attack methods, root causes, and defense strategies. *Computers, Materials & Continua, 87*(1). https://doi.org/10.32604/cmc.2025.074081

Gierke, O. von. (1895). *Das deutsche Genossenschaftsrecht* (Vol. 1). Weidmann.

Greshake, K., Abdelnabi, S., Mishra, S., Endres, C., Holz, T. y Fritz, M. (2023). Not what you've signed up for: Compromising real-world LLM-integrated applications with indirect prompt injections. En *Proceedings of the 16th ACM Workshop on Artificial Intelligence and Security (AISec)*. ACM. https://doi.org/10.1145/3605764.3623985

Herbosch, M. (2025). Liability for AI agents. *North Carolina Journal of Law & Technology, 26*(3), 391-458. https://doi.org/10.2139/ssrn.5236649

Irti, N. (2001). *Norma e luoghi: Problemi di geo-diritto*. Laterza.

Kannegieter, T. (2026). Nondeterministic torts: A technical approach to AI liability. *Yale Law Journal, 135*. https://doi.org/10.2139/ssrn.5208155

Kelsen, H. (1960). *Reine Rechtslehre* (2ª ed.). Franz Deuticke.

Kolt, N. (2025). Governing AI agents. *Notre Dame Law Review, 101*. https://doi.org/10.2139/ssrn.4772956

Lantyer, V. (2026). Prompt injection in court filings: Generative AI in the Brazilian judiciary, algorithmic procedural bad faith, and the limits of legal sanction. *SSRN Electronic Journal*. https://doi.org/10.2139/ssrn.6762100

Mirsky, R. (2025). Artificial intelligent disobedience: Rethinking the agency of our artificial teammates. *AI Magazine, 46*(1), e70011. https://doi.org/10.1002/aaai.70011

Pérez Escolar, M. (2025). Personalidad jurídica e inteligencia artificial: Fundamentos de asimilaciones imposibles. *InDret, 3*, 39-66. https://doi.org/10.31009/InDret.2025.i3.02

Savigny, F. C. von. (1840). *System des heutigen Römischen Rechts* (Vol. 2). Veit.

Shapira, N., Wendler, C., Yen, A., Sarti, G., Pal, K., Floody, O., Belfki, A Loftus, A., Ratan Jannali, A., Prakash, N., Cui, J., Rogers, G., Brinkmann, J., Rager, C., Zur, A., Ripa, M., Sankaranarayanan, A., Atkinson, D., Gandikota, R., ... Bau, B. (2026). *Agents of chaos* (arXiv:2602.20021). arXiv. https://doi.org/10.48550/arXiv.2602.20021

Solum, L. B. (1992). Legal personhood for artificial intelligences. *North Carolina Law Review, 70*(4), 1231-1287. https://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol70/iss4/4

Tassone, B. (2023). Riflessioni su intelligenza artificiale e soggettività giuridica. *Diritto di Internet*, 2, 1-20. https://hdl.handle.net/20.500.12606/5563

Teubner, G. (2006). Rights of non-humans? Electronic agents and animals as new actors in politics and law. *Journal of Law and Society, 33*(4), 497-521. https://doi.org/10.1111/j.1467-6478.2006.00368.x

## Declaración de uso de inteligencia artificial

Se usó el modelo de lenguaje GPT-5.5 de OpenAI con el propósito de identificar y subsanar errores ortográficos y de redacción. El comando ingresado fue: "detecta y corrige todos los errores de redacción y ortografía". Posteriormente, se revisó el texto resultante para verificar que la versión final conservara el tono e intención del borrador original.

## Roles de autoría y conflicto de intereses

El autor manifiesta que cumplió los siguientes roles de autoría: conceptualización, curación de datos, análisis formal, investigación, administración del proyecto, recursos, supervisión, visualización, redacción del borrador original, redacción, revisión y edición. Asimismo, declara no poseer conflicto de interés alguno.

# Trazabilidad, validación humana y uso defendible de inteligencia artificial y agentes en el trabajo jurídico: hacia un estándar mínimo de control profesional

**Jorge Eduardo Peralta**[1]

Consultor independiente en IA aplicada al derecho (Argentina)

consultoria@tracewarden.com.ar

https://orcid.org/0009-0008-1772-8969

**Recibido:** 23/03/2026

**Aceptado:** 18/05/2026

https://doi.org/10.26422/RJA.2026.0701.per

**Resumen**

La incorporación de inteligencia artificial generativa al trabajo jurídico ha dejado de ser una práctica excepcional para transformarse en una realidad creciente en estudios jurídicos, asesorías internas, consultoría especializada y, de manera más controvertida, en ciertos ámbitos de producción jurisdiccional. Sin embargo, el debate todavía suele quedar reducido a parámetros de rapidez, eficiencia, automatización o ahorro de costos. Este trabajo sostiene que esa formulación es jurídicamente insuficiente. Cuando la inteligencia artificial interviene de modo material en tareas de investigación, clasificación, síntesis, redacción o apoyo decisorio, la cuestión relevante ya no es únicamente la corrección aparente del resultado final, sino la posibilidad de reconstruir, controlar y justificar el proceso por el cual dicho resultado fue generado, revisado y adoptado por un operador humano responsable. La hipótesis central es que el uso profesio-

1 Consultor en inteligencia artificial aplicada al derecho. Desarrolla su trabajo especializado en gobernanza de IA, trazabilidad, validación humana y responsabilidad en el uso profesional de sistemas inteligentes en entornos jurídicos y judiciales con enfoco en la construcción de estándares mínimos de control, documentación y defensabilidad del uso de inteligencia artificial en el trabajo jurídico. Investiga sobre problemas vinculados con supervisión humana, el riesgo profesional y la atribución de responsabilidad en procesos asistidos por IA.

nalmente legítimo de la inteligencia artificial en el trabajo jurídico exige un estándar mínimo de trazabilidad, validación humana sustantiva y carácter defendible del proceso. Ese estándar se intensifica cuando la IA opera bajo arquitecturas agentivas o conectadas a fuentes externas, repositorios, herramientas o bases documentales, debido a riesgos específicos como la inyección de *prompts*, la contaminación de bases de conocimiento, la exfiltración de información sensible y la ejecución de acciones no previstas. Tales riesgos no deben ser tratados únicamente como problemas de ciberseguridad, sino también como cuestiones de diligencia profesional, competencia tecnológica, confidencialidad, integridad argumentativa y atribución de responsabilidad. Sobre esa base, el trabajo propone un criterio mínimo de control profesional orientado a distinguir el uso asistido legítimo de la delegación impropia del juicio jurídico.

**Palabras clave:** inteligencia artificial, agentes, trabajo jurídico, trazabilidad, validación humana, inyección de *prompts*, responsabilidad profesional.

## Traceability, Human Validation, and Defensible Use of Artificial Intelligence and Agents in Legal Work: Toward a Minimum Standard of Professional Control

**Abstract**

The incorporation of generative artificial intelligence into legal work is no longer exceptional. It is increasingly present in law firms, in-house legal departments, specialized consultancy and, more controversially, in judicial settings. Yet the debate is still often framed in terms of efficiency, speed, or automation. This article argues that such framing is legally insufficient. Whenever artificial intelligence materially intervenes in legal research, classification, synthesis, drafting, or decision-support tasks, the relevant issue is not only the apparent correctness of the final output, but also whether the process through which that output was generated, reviewed, and adopted by a human actor can be reconstructed, controlled, and justified. The article's central hypothesis is that the professionally legitimate use of artificial intelligence in legal work requires a minimum standard of traceability, substantive human validation, and defensible process. That standard becomes more demanding when AI is deployed through agentic architectures or systems connected to external sources, repositories, tools, or knowledge bases, due to specific risks such as prompt injection, knowledge-base contamination, exfiltration of sensitive information, and unauthorized action execution. These risks should not be treated solely as cybersecurity problems, but also as matters of professional diligence, technological competence, confidentiality, argumentative integrity, and responsibility attribution. On that basis, the article proposes a minimum standard of professional control aimed at distinguishing legitimate assisted use from improper delegation of legal judgment.

**Key words:** artificial intelligence, agents, legal work, traceability, human validation, prompt injection, professional responsibility.

## 1. Introducción

La incorporación de inteligencia artificial al trabajo jurídico ya no puede ser pensada como una posibilidad futura ni como una cuestión marginal reservada a laboratorios de innovación. Se ha convertido en una práctica creciente y, en muchos casos, silenciosa. Herramientas capaces de resumir documentos, estructurar borradores, proponer argumentos, clasificar evidencia, recuperar normativa o asistir procesos internos ingresaron en estudios jurídicos, asesorías corporativas, consultorías especializadas y, de modo más discutido, en espacios vinculados a la actividad jurisdiccional. Sin embargo, esa incorporación no vino acompañada, en la misma medida, por una reflexión jurídica suficientemente rigurosa sobre las condiciones de legitimidad de su uso.

La conversación pública suele formular el problema en términos operativos: rapidez, ahorro de tiempo, automatización, escalabilidad, eficiencia. Esa forma de plantearlo puede tener utilidad empresarial, pero resulta insuficiente para el derecho. El trabajo jurídico no consiste únicamente en producir textos plausibles ni en acelerar flujos documentales. Supone juicio, responsabilidad, control de fuentes, prudencia, deber de fundamentación, posibilidad de revisión posterior y, en muchos casos, tutela de derechos y garantías. Desde esa perspectiva, el problema no puede quedar agotado en la calidad aparente del resultado final.

Una parte importante del debate reciente se concentró en las llamadas "alucinaciones" de la inteligencia artificial: referencias inexistentes, citas inventadas, hechos deformados o razonamientos plausibles pero falsos. Se trata, sin duda, de un problema real. Pero reducir el análisis a ese fenómeno supone mirar solo la manifestación más visible de una cuestión más profunda. El problema central no es únicamente que la IA pueda equivocarse, sino que el proceso mediante el cual se produce el resultado jurídico se vuelva opaco, difícilmente reconstruible y, en consecuencia, difícilmente atribuible a un humano que pueda explicarlo y defenderlo.

La relevancia de ese desplazamiento del foco —del mero error al proceso— se advierte con especial claridad en el derecho. A diferencia de otros campos en los que puede bastar un criterio funcional de desempeño, la práctica jurídica valora también la forma en la que se obtiene el resultado. Importan la reconstrucción del razonamiento, la verificabilidad de las fuentes, la racionalidad de la motivación, la posibilidad de impugnación y la asignación de responsabilidad. Dicho en términos simples: en el trabajo jurídico no basta con llegar a una conclusión, importa cómo se llega a ella y quién puede responder por ese itinerario.

Esa observación se vuelve todavía más importante cuando la inteligencia artificial ya no opera solo como asistente textual, sino como sistema agentivo. Cuando un modelo puede consultar repositorios, recuperar documentos, interactuar con herramientas, navegar fuentes externas y encadenar acciones, el riesgo deja de estar concentrado en la incorrección de una frase. El problema pasa a involucrar la integridad del flujo de trabajo, la seguridad del entorno documental, la gobernanza de fuentes y permisos y la persistencia real del control humano. El National Institute of Standards and Technology (NIST, por sus siglas en inglés), en su taxonomía adversarial más reciente, trata expresamente estos riesgos como especialmente relevantes para asistentes conversacionales, sistemas con recuperación aumentada y sistemas agentivos (Vassilev et al., 2025). De manera convergente, OpenAI advierte que el acceso de agentes a internet o a herramientas incrementa la exposición a inyección de *prompts*, exfiltración de secretos y acciones no deseadas (OpenAI Developers, s.f.-a, s.f.-b).

La hipótesis central de este artículo es la siguiente: cuando la inteligencia artificial interviene materialmente en el trabajo jurídico, y con mayor razón cuando lo hace a través de arquitecturas agentivas o conectadas a fuentes y herramientas externas, la legitimidad profesional del resultado no puede descansar exclusivamente en su apariencia de corrección, sino en la existencia de un estándar mínimo de trazabilidad, validación humana sustantiva y uso defendible del proceso. Ese estándar no debe entenderse como una exigencia técnica absoluta ni como una transparencia total del sistema, sino como la posibilidad jurídicamente relevante de reconstruir, controlar y justificar cómo fue utilizada, qué lugar ocupó en el proceso de trabajo y por qué el resultado final sigue siendo atribuible a un operador humano responsable.

El objetivo del trabajo es desarrollar esa tesis y proponer un estándar mínimo de control profesional aplicable al uso de inteligencia artificial en el trabajo jurídico. Para ello, primero se examinan las razones por las cuales el problema no puede ser reducido al error visible; luego, se define el papel de la trazabilidad, la validación humana y el uso defendible; posteriormente, se analiza el salto cualitativo que representan los agentes; se diferencia la inyección de *prompts* del envenenamiento de datos o modelos; y, finalmente, se propone una formulación mínima de control profesional destinada a distinguir el uso asistido legítimo de la delegación impropia del juicio jurídico.

## 2. Metodología y delimitación del problema

Este trabajo adopta una metodología dogmática y analítica. No pretende ofrecer una explicación exhaustiva de la arquitectura técnica de los modelos de lenguaje ni una taxonomía completa de ataques adversariales. Su propósito es más acotado: identificar, desde una perspectiva jurídica, cuáles son las condiciones mínimas para que el uso de inteligencia artificial en tareas propias del trabajo jurídico siga siendo atribuible, controlable y defendible.

La investigación se estructura como una reconstrucción dogmática de deberes profesionales clásicos —diligencia, competencia, supervisión, confidencialidad y deber de explicación— frente a riesgos técnicos identificados por la literatura reciente sobre IA generativa y sistemas agentivos. El análisis no busca describir empíricamente usos de IA, sino elaborar un estándar normativo mínimo a partir de la integración entre ética profesional, gobernanza tecnológica y teoría jurídica contemporánea.

Para ello se toman en consideración cuatro tipos de materiales. En primer lugar, normas e instrumentos regulatorios recientes en materia de inteligencia artificial, transparencia, supervisión humana y gestión del riesgo. En segundo lugar, documentos de gobernanza y marcos de gestión que, aun cuando no constituyen derecho positivo en sentido estricto, ofrecen criterios valiosos para traducir riesgos técnicos en obligaciones organizacionales y profesionales. En tercer lugar, guías éticas y profesionales provenientes del ámbito jurídico, relevantes en materia de diligencia, competencia, confidencialidad y veracidad. En cuarto lugar, algunos antecedentes jurisprudenciales particularmente ilustrativos del problema.

La delimitación del objeto es importante. El artículo se centra en el uso de inteligencia artificial generativa y sistemas agentivos en tareas vinculadas con el trabajo jurídico profesional: investigación, recuperación de información, clasificación documental, síntesis, estructuración argumental, redacción de borradores y apoyo a la toma de decisiones. No se aborda aquí, salvo de modo tangencial, el análisis de sistemas biométricos, analítica predictiva penal, vigilancia masiva u otros supuestos regulatorios que plantean problemas adicionales. Tampoco se desarrolla una teoría general de la responsabilidad civil, penal o disciplinaria por daños derivados de sistemas de IA. El foco está puesto en el estándar mínimo de control exigible para que el uso cotidiano de estas herramientas no degrade el carácter justificable del trabajo jurídico.

El trabajo tampoco adopta una posición prohibicionista. No parte de la idea de que la inteligencia artificial sea incompatible, por definición, con el

ámbito jurídico. Parte, por el contrario, de un dato evidente: la herramienta ya ingresó. La cuestión relevante es bajo qué condiciones ese ingreso puede ser profesionalmente aceptable. Dicho de otro modo, no se trata de discutir si la IA debe entrar o salir del trabajo jurídico, sino de establecer qué exigencias mínimas deben cumplirse para que su utilización no erosione la responsabilidad humana ni vacíe de contenido la obligación de dar razones.

Finalmente, el trabajo adopta una pretensión deliberadamente modesta. No se propone formular una teoría total de la inteligencia artificial aplicada al derecho ni clausurar debates regulatorios abiertos. Su objetivo es más práctico y, precisamente por eso, más exigente: contribuir a construir un lenguaje jurídico capaz de evaluar el uso profesional de sistemas de IA allí donde lo decisivo no es solo el rendimiento funcional, sino también la posibilidad posterior de explicar, justificar y sostener el proceso de producción jurídica.

## 3. Marco normativo y profesional contemporáneo: de la IA confiable a la exigencia de control

La tesis de este trabajo no surge en el vacío. Aunque el derecho positivo no ha desarrollado todavía un régimen unificado y exhaustivo para todos los usos de inteligencia artificial en la práctica jurídica, sí existe un entramado normativo y profesional convergente que permite reconstruir exigencias mínimas de control, transparencia, revisión y responsabilidad.

Esta reconstrucción exige, sin embargo, evitar un riesgo metodológico: presentar la gobernanza de la IA como si se agotara en estándares técnicos o recomendaciones institucionales. El punto de partida debe seguir siendo jurídico. En términos próximos a los desarrollados por Ober y Tasioulas (2024), la ética de la inteligencia artificial no comienza desde una tabla rasa ni exige abandonar las categorías normativas tradicionales; los sistemas de IA deben ser comprendidos como herramientas inteligentes orientadas a fines humanos y no como sujetos capaces de desplazar la responsabilidad moral o jurídica de las personas que los diseñan, despliegan o utilizan.

Desde otra perspectiva, De Gregorio (2023) ha mostrado que la inteligencia artificial no opera siempre como herramienta neutra, sino que puede producir una capa técnica de normatividad capaz de condicionar prácticas sociales, decisiones públicas y formas de aplicación, generando tensiones con el Estado de derecho. Esta advertencia es especialmente relevante para el trabajo jurídico: si un sistema organiza fuentes, jerarquiza información, sugiere inferencias o

estructura borradores, su influencia no se limita al resultado visible, sino que puede condicionar el entorno decisional antes de que el profesional adopte formalmente una posición.

En el plano general, la Recomendación de la UNESCO sobre la ética de la inteligencia artificial (2021) asentó una de las bases más influyentes del debate contemporáneo: la necesidad de que el desarrollo y uso de IA se mantenga compatible con la dignidad humana, los derechos fundamentales, la diversidad, la transparencia y la rendición de cuentas. Esa perspectiva no está pensada específicamente para la abogacía, pero sí aporta una idea decisiva para este trabajo: la evaluación de la IA no puede agotarse en su utilidad, sino que debe atender los efectos que produce sobre la autonomía humana, la equidad y la posibilidad de atribuir responsabilidades.

En una línea afín, el NIST ha desarrollado un enfoque de gestión de riesgos que resulta particularmente fértil para traducir problemas técnicos a categorías organizacionales. El AI RMF 1.0 parte de la idea de que comprender y gestionar los riesgos de los sistemas de IA es condición para potenciar su confiabilidad y sostener la confianza pública (NIST, 2023). El Perfil para IA generativa profundiza ese enfoque y enumera riesgos propios de estos sistemas, entre ellos, la confabulación, los sesgos dañinos, la sobredependencia humana y los problemas de seguridad de la información, advirtiendo además que las organizaciones pueden necesitar revisión humana adicional, seguimiento, documentación y mayor supervisión gerencial (NIST, 2024). Esa observación es central: los sistemas generativos no exigen menos control que otras herramientas, sino, en muchos casos, más.

En el ámbito europeo, el Reglamento europeo de IA tampoco regula específicamente el trabajo cotidiano de los abogados, pero sí ofrece una pauta doctrinal y regulatoria muy relevante. La idea de supervisión humana efectiva forma parte de la arquitectura del reglamento para sistemas de alto riesgo, y la doctrina especializada ha mostrado que esa exigencia no puede ser entendida como un mero rito formal, sino como una obligación orientada a prevenir o minimizar riesgos sobre salud, seguridad y derechos fundamentales (Enqvist, 2023; Lazcoz Moratinos, 2025). La relevancia de esta línea para el trabajo jurídico es evidente: cuando una herramienta incide materialmente en actos de relevancia jurídica, la pretensión de "humano en el circuito" solo es seria si ese humano conserva comprensión mínima de capacidades y límites, poder de intervención y responsabilidad efectiva sobre la decisión o adopción del resultado.

En el ámbito de la justicia, la Carta Ética de la Comisión Europea para la

Eficiencia de la Justicia (CEPEJ, por sus siglas en francés) agregó una formulación especialmente útil. Allí se afirma que la IA puede contribuir a la eficiencia y calidad de la justicia, pero solo si se implementa de manera responsable y compatible con los derechos fundamentales; además, identifica principios rectores como respeto de derechos fundamentales, no discriminación, calidad y seguridad, transparencia y control por el usuario (CEPEJ, 2018). Lo valioso de este documento es que evita un falso dilema. No parte de una lógica antitecnológica, pero tampoco admite que la mera mejora de eficiencia pueda justificar la desarticulación de garantías.

Más recientemente, las Directrices de la UNESCO para el uso de sistemas de IA en cortes y tribunales ubican la supervisión humana significativa, la transparencia, la rendición de cuentas y la protección de derechos humanos como principios rectores para la adopción judicial de IA (UNESCO, 2025). Aunque dirigidas primariamente a cortes y tribunales, esas directrices son útiles para el trabajo jurídico en general, porque confirman que el uso institucionalmente legítimo de IA no se mide solo por eficiencia, sino por la preservación de control humano, la responsabilidad y la confianza pública.

Ese entramado normativo general se complementa con directrices profesionales específicas. La American Bar Association (ABA), a través de la Formal Opinion 512 (2024a), sostuvo que los abogados y estudios que utilicen herramientas de IA generativa deben considerar plenamente sus obligaciones éticas, incluyendo competencia, información al cliente, confidencialidad y razonabilidad de honorarios. A nivel europeo, el Council of Bars and Law Societies of Europe (CCBE) (2025) subrayó que el uso de IA generativa por parte de abogados debe mantenerse dentro de las obligaciones profesionales y regulatorias de la práctica jurídica, prestando atención a los beneficios, pero también a los problemas urgentes para la profesión. En ambos casos, el mensaje es claro: la incorporación de IA no crea una zona inmune a las categorías clásicas del ejercicio profesional; por el contrario, reactiva y complejiza deberes preexistentes.

La doctrina iberoamericana también permite reforzar este punto sin depender exclusivamente de guías institucionales. Seleme (2021), al analizar la relación entre ética legal, inteligencia artificial y rol profesional, sostiene que la utilización de herramientas de IA no inaugura un vacío normativo, sino que genera nuevos modos de transgredir deberes profesionales ya existentes: diligencia y competencia, supervisión, información al cliente, confidencialidad, no facilitación del ejercicio ilegal de la profesión y no participación en conductas discriminatorias. Esta lectura resulta especialmente útil para el presente trabajo

porque desplaza el análisis desde la fascinación tecnológica hacia el rol profesional: la IA no suspende las obligaciones del abogado, sino que modifica los escenarios en los que esas obligaciones deben ser interpretadas y aplicadas.

También en el ámbito argentino comienzan a aparecer materiales institucionales y doctrinales que van en esa dirección. La guía del Colegio Público de la Abogacía de la Capital Federal (CPACF) (2025) para el uso de inteligencia artificial por abogados parte de una premisa realista: la IA generativa "irrumpió en el mundo jurídico y llegó para quedarse", pero la clave está en usarla con "criterio, responsabilidad y conciencia plena de sus límites" (p. 1). La importancia de este documento no radica en ofrecer un marco teórico exhaustivo, sino en registrar institucionalmente que, en el foro argentino, el problema ya se percibe como un asunto de buen uso profesional y no solo de adopción tecnológica.

En suma, el marco normativo y profesional contemporáneo no habilita una lectura ingenua del uso de IA en derecho. Aunque sus instrumentos provengan de ámbitos distintos —ética global, gestión de riesgos, regulación europea, guías para justicia y deontología profesional—, todos convergen en una idea común: la legitimidad del uso de IA depende de la permanencia de estructuras de control humano, comprensión suficiente, responsabilidad y trazabilidad. Esa convergencia constituye el presupuesto normativo de la tesis que aquí se sostiene.

## 4. De las alucinaciones a la opacidad del proceso

La crítica más inmediata al uso de IA en derecho suele concentrarse en los errores visibles. El ejemplo paradigmático es la cita inexistente, el fallo inventado, la norma deformada, la fecha equivocada o el resumen que omite un dato decisivo. Esa reacción es comprensible: los errores ostensibles son fáciles de identificar y tienen alto poder pedagógico. Sin embargo, si el análisis se detiene allí, se corre el riesgo de trivializar el verdadero problema jurídico.

En el campo jurídico, un producto puede no contener errores groseros y, aun así, haber sido elaborado mediante un proceso defectuoso. Un borrador puede sonar razonable, un informe puede estar bien escrito y una línea argumental puede parecer consistente, pero todo ello no alcanza si nadie puede explicar con precisión qué función cumplió la herramienta, qué insumos recibió, qué fuentes consultó, qué materiales recuperó y qué revisión sustantiva realizó el profesional antes de adoptar el resultado. La opacidad del proceso puede coexistir con una salida aparentemente correcta.

Esa observación es particularmente importante porque el derecho no valora

solo resultados, sino también condiciones de producción. La legitimidad de una actuación jurídica no se mide únicamente por su eficacia pragmática, sino también por su racionalidad, verificabilidad, controlabilidad y atribuibilidad. Por eso, la pérdida de inteligibilidad del proceso no es un problema lateral. Afecta la posibilidad de dar razones, controlar el itinerario decisional y sostener la responsabilidad del profesional o del magistrado.

El caso *Mata v. Avianca Inc.* (2023) se ha convertido, por esa razón, en una referencia inevitable. Allí, el tribunal sancionó a los abogados que habían presentado precedentes inexistentes obtenidos mediante ChatGPT y destacó que la producción había sido trasladada al expediente sin verificación suficiente, imponiendo incluso una multa económica. Lo más importante del caso no es solo que la herramienta "alucinó", sino que los profesionales rompieron el deber mínimo de control. El escándalo no fue tecnológico en sentido estricto, fue profesional y procesal.

La experiencia argentina reciente confirma que el problema no es excepcional ni meramente comparado. En *Giacomino c/ Monserrat* (2025), la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario advirtió que el letrado había incorporado jurisprudencia inexistente obtenida mediante IA generativa y remarcó que la alegada buena fe no lo relevaba del deber de cotejar las fuentes invocadas. En *Acevedo c/ Cáceres* (2025), la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Morón declaró desierto un recurso y puso en conocimiento del letrado y del colegio profesional la utilización de precedentes jurisprudenciales inexistentes. Ambos casos muestran que el deber de verificación no es una carga accesoria, sino una condición mínima de probidad y responsabilidad profesional cuando se utilizan herramientas generativas en presentaciones judiciales.

Ese antecedente puso de manifiesto una cuestión que este artículo considera central: el defecto relevante comienza antes del error final. Comienza cuando la intervención humana se degrada a una revisión ritual o decorativa, cuando el operador no comprende suficientemente las limitaciones de la herramienta o cuando el proceso no deja un rastro inteligible de qué ocurrió. En esos casos, el problema ya no es únicamente la eventual incorrección del texto, sino la imposibilidad de defender el proceso de producción jurídica.

El NIST (2024) ofrece una formulación que ayuda a conceptualizar esta cuestión. El Perfil para IA generativa advierte que los humanos pueden sobreconfiar en estos sistemas o atribuirles una calidad superior a la de otras fuentes, fenómeno que vincula con sesgo de automatización y excesiva deferencia a sistemas automatizados. En el trabajo jurídico, esa observación es especialmente

grave. La sobreconfianza no solo incrementa la probabilidad de error, también reduce la calidad de la revisión humana y, con ello, deteriora las condiciones bajo las cuales el resultado puede seguir siendo considerado un producto profesional propio.

La advertencia puede extenderse más allá de las alucinaciones textuales. Matsumi y Solove (2025) sostienen que las predicciones algorítmicas presentan problemas propios porque operan como inferencias sobre el futuro y se ubican en una zona ambigua entre verdad y falsedad, difícilmente capturable por los deberes tradicionales de exactitud o corrección de datos. Aunque el presente trabajo no se centra en sistemas predictivos, esa tesis refuerza una idea aplicable al trabajo jurídico asistido por IA: no todo defecto se presenta como falsedad verificable; muchas veces aparece como inferencia, priorización o recomendación cuya debilidad solo puede detectarse si existe control humano sustantivo sobre el proceso.

La literatura reciente sobre ética profesional de los abogados refuerza esta lectura. Terzidou (2025), al estudiar el impacto de la IA generativa sobre las obligaciones de competencia y confidencialidad, muestra que la cuestión no puede analizarse desde el mero rendimiento funcional, ya que la calidad del servicio jurídico también depende de la conservación de la agencia profesional y de la protección efectiva de la información del cliente. En el mismo sentido, la doctrina sobre supervisión humana en el Reglamento europeo de IA ha insistido en que la supervisión no puede equivaler a un asentimiento pasivo, sino que debe articularse con comprensión, posibilidad de intervención y orientación preventiva del riesgo (Enqvist, 2023; Lazcoz Moratinos, 2025).

En síntesis, la crítica jurídicamente seria al uso de IA no puede quedar confinada a las "alucinaciones". Lo que debe examinarse es si el proceso sigue siendo inteligible, si el profesional conserva un dominio suficiente de lo que ocurre y si el resultado puede ser posteriormente explicado y defendido sin fisuras. De allí surge la necesidad de reformular el problema en torno a tres categorías: trazabilidad, validación humana sustantiva y uso defendible.

## 5. Trazabilidad, validación humana y uso defendible

La primera categoría necesaria para ordenar este problema es la trazabilidad. En este trabajo no se la utiliza en un sentido técnico totalizante, como si exigiera una auditoría completa del funcionamiento interno del modelo. Se la utiliza en un sentido jurídicamente operativo: la capacidad de reconstruir, de manera

suficiente, la secuencia relevante de intervención de la inteligencia artificial dentro del flujo de trabajo jurídico.

Un proceso trazable debe permitir responder, al menos, seis preguntas: qué sistema fue utilizado, para qué tarea concreta, sobre qué insumos, mediante qué fuentes o repositorios, con qué límites o permisos y con qué intervención humana. La utilidad de esta reconstrucción es inmediata. Permite diferenciar el uso de una herramienta para tareas preliminares del uso en momentos cercanos a la decisión final, identificar si se expusieron datos sensibles y, sobre todo, sostener una explicación posterior del proceso cuando el resultado sea cuestionado por un cliente, un tribunal, una contraparte, un auditor o un órgano disciplinario.

La segunda categoría es la validación humana. Aquí conviene ser tajantes: no toda intervención humana equivale a una supervisión jurídicamente adecuada. Corregir estilo, mejorar redacción o leer superficialmente un borrador generado por IA no constituye validación suficiente. En el trabajo jurídico, la validación exigible debe ser sustantiva. Debe incluir comprobación de fuentes, contraste de hechos, revisión de adecuación normativa, control de coherencia argumentativa, detección de omisiones relevantes y evaluación del ajuste al caso concreto.

Esta exigencia se intensifica a medida que la herramienta se aproxima al núcleo del juicio jurídico. No es lo mismo pedir un esquema preliminar de un escrito que delegar la estructuración de la tesis central del caso, la selección de hechos jurídicamente relevantes, la ponderación de riesgos o la valoración preliminar de la prueba. Allí donde el error o la opacidad puedan afectar derechos, garantías o responsabilidades concretas, la revisión humana debe ser proporcionalmente más profunda. El Reglamento europeo de IA ofrece una analogía útil: la supervisión humana se concibe para prevenir o minimizar riesgos y para permitir que la persona comprenda, interprete y, si corresponde, ignore o corrija la salida del sistema (Lazcoz Moratinos, 2025; Unión Europea, 2024).

La tercera categoría, que articula las dos anteriores, es el uso defendible del proceso. Un proceso es defendible cuando puede ser explicado posteriormente de manera inteligible, razonable y documentada ante un tercero relevante. Ese tercero puede ser un cliente, un juez, una contraparte, un superior jerárquico, un auditor o una autoridad disciplinaria. El uso defendible no exige omnisciencia técnica ni acceso a cada parámetro del modelo. Exige algo más modesto y, para el derecho, mucho más importante: que el profesional pueda justificar por qué utilizó determinada herramienta, qué lugar ocupó en el flujo de trabajo, qué controles aplicó y por qué el producto final sigue siendo atribuible a él.

Conviene precisar el uso terminológico. En esta versión, se prefiere hablar de "uso defendible" y reservar "defensabilidad" como una categoría operativa de síntesis. No se la propone como una institución jurídica autónoma ni como un deber nuevo separado de la dogmática existente, sino como una forma abreviada de nombrar la convergencia entre diligencia, competencia, supervisión, confidencialidad, motivación y atribución de responsabilidad cuando esas exigencias se proyectan sobre procesos jurídicos asistidos por IA.

Hablar de uso defendible permite, además, evitar dos errores frecuentes. El primero es el entusiasmo ingenuo que equipara utilidad con legitimidad. Que una herramienta ahorre tiempo no demuestra, por sí misma, que su uso sea jurídicamente aceptable. El segundo error es el rechazo absoluto, que trata toda intervención de IA como incompatible con el trabajo jurídico serio. La categoría operativa de uso defendible permite una posición más sobria: el uso de IA puede ser legítimo, pero solo si permanece bajo condiciones de control y explicación compatibles con la responsabilidad profesional.

Desde un punto de vista dogmático, la utilidad de esta categoría es mayor de lo que parece. Traducir el problema al carácter defendible del proceso permite vincularlo con deberes jurídicos tradicionales: diligencia, veracidad, motivación, tutela judicial efectiva, deber de información, supervisión de auxiliares y responsabilidad por el producto profesional. No se trata, entonces, de imponer categorías "tecnológicas" extrañas al derecho, sino de releer exigencias clásicas a la luz de una nueva mediación técnica.

La literatura jurídica reciente se mueve cada vez más en esa dirección. Enqvist (2023) ha mostrado que la supervisión humana en el Reglamento europeo de IA no es una cláusula vacía, sino una exigencia estructural cuya eficacia depende de cómo se defina qué debe ser supervisado, cuándo y por quién. Lazcoz Moratinos (2025) profundiza esa idea al destacar que la supervisión debe ser efectiva por diseño y orientarse a prevenir o minimizar riesgos. En el ámbito de la ética profesional, la ABA (2024a) y la CCBE (2025) también convergen en la necesidad de que el abogado conserve comprensión razonable de la herramienta, proteja la información del cliente y no desplace sin más su responsabilidad sobre el sistema.

El aporte de Seleme (2021) permite precisar todavía más esta idea. Al examinar el deber de supervisión, sostiene que la aparición de herramientas de IA desplaza el foco desde el tipo de agente que presta asistencia hacia el tipo de servicio que no es realizado directamente por el abogado. En esa lógica, la herramienta puede asistir, pero no eximir del deber de control, y la transparencia

del sistema, aunque necesaria, no basta si el resultado no es explicable de modo interpretable para el usuario profesional. Esta formulación se corresponde con la noción aquí propuesta de validación humana sustantiva: no alcanza con que el abogado use o conozca superficialmente la herramienta, sino que debe poder vigilar razonablemente la calidad, los límites y la pertinencia del resultado que incorpora a su trabajo.

La noción de control humano significativo confirma esta exigencia. Robbins (2024) advierte que el concepto suele utilizarse de manera intuitiva y estrecha, sin aclarar qué humano controla, qué controla, cuándo controla y con qué capacidad efectiva de intervención. Esa observación es decisiva para el trabajo jurídico: no basta con afirmar que existe un profesional "en el circuito", debe poder determinarse si ese profesional controla los insumos, las fuentes, las salidas, la adopción final del resultado o solo realiza una aprobación superficial posterior.

Por todo ello, trazabilidad, validación humana y uso defendible no deben entenderse como exigencias accesorias. Constituyen, conjuntamente, el mínimo vocabulario jurídico necesario para evaluar la legitimidad del uso de inteligencia artificial en el trabajo profesional del derecho.

## 6. Del uso asistivo al uso agentivo: ampliación de la superficie de riesgo

En una primera etapa, muchas herramientas de inteligencia artificial fueron utilizadas como asistentes textuales. Resumían, proponían estructuras de párrafos, sintetizaban materiales o respondían preguntas sobre un conjunto relativamente delimitado de datos. Aunque incluso en ese escenario ya existían riesgos claros, el modelo de uso seguía siendo relativamente acotado: el profesional consultaba, recibía una respuesta y decidía, al menos en teoría, qué hacer con ella.

La incorporación de agentes modifica ese escenario de manera cualitativa. Un agente no necesariamente se limita a responder una pregunta. Puede consultar recursos externos, recuperar documentos desde repositorios, usar herramientas conectadas, interactuar con bases de conocimiento, navegar contenidos y encadenar acciones. Esa ampliación no representa solo un incremento de capacidad. Representa también una ampliación de la superficie de riesgo.

El NIST lo expresa con claridad al señalar que varios ataques y mitigaciones deben analizarse en el contexto de sistemas de IA generativa, tales como sistemas con recuperación aumentada, asistentes conversacionales y sistemas agentivos (Vassilev et al., 2025). La importancia de esa precisión es decisiva. El

sistema ya no opera en un entorno acotado y estático, sino en un ecosistema dinámico, compuesto por recursos externos, conectores, archivos, sitios web, herramientas auxiliares y permisos de ejecución. En esa arquitectura, el riesgo no se limita a la precisión de la salida: alcanza el propio itinerario de producción.

Los materiales técnicos y de seguridad más recientes confirman esta ampliación. OpenAI Developers (s.f.-a) advierte que habilitar acceso de agentes a internet incrementa riesgos como inyección de *prompts* desde contenido no confiable, exfiltración de código o secretos, descarga de contenido malicioso y acciones inseguras, recomendando restringir dominios y métodos permitidos, además de revisar la salida y el registro de trabajo del agente. Aunque esa advertencia proviene de documentación técnica, su traducción jurídica es evidente: cuando el sistema interactúa con el entorno, también interactúa con los riesgos del entorno.

En el trabajo jurídico, esta mutación es especialmente sensible. Estudios, asesorías y equipos jurídicos manejan documentos reservados, estrategias procesales, datos personales, comunicaciones sensibles y borradores cuyo valor depende precisamente de su control y confidencialidad. Si un agente funciona sobre ese ecosistema sin límites claros, sin segmentación de acceso, sin controles sobre fuentes y sin revisión suficiente, la cuestión deja de ser una mera innovación productiva y se transforma en un problema serio de diligencia profesional y de preservación de la integridad del trabajo jurídico.

Aquí aparece una primera consecuencia teórica relevante: la evaluación del uso de IA no puede seguir centrada exclusivamente en la interfaz conversacional. En arquitecturas agentivas, el objeto del análisis jurídico debe desplazarse hacia el flujo de trabajo completo: fuentes, permisos, herramientas, registros, recorridos, validaciones y puntos de intervención humana. En otras palabras, el centro de gravedad se traslada desde la respuesta aislada al sistema sociotécnico que la produce.

Este desplazamiento permite conectar el análisis con la tesis de De Gregorio (2023) sobre el poder normativo de la IA. En sistemas jurídicos mediados por herramientas que recuperan, priorizan y estructuran información, la normatividad no aparece únicamente en la regla jurídica formal, sino también en la arquitectura técnica que filtra qué materiales se vuelven visibles, qué relaciones se sugieren y qué cursos de acción parecen razonables. Por eso, en contextos agentivos, la trazabilidad no es un requisito meramente administrativo: es una condición de control del poder técnico que incide sobre el razonamiento jurídico.

La propia práctica jurídica sugiere por qué esto es importante. Un agente

conectado a bases documentales podría, por ejemplo, priorizar materiales no confiables; un agente con acceso a correos podría exponer información reservada; un agente que navegue fuentes externas podría recuperar instrucciones ocultas; y un agente que utilice herramientas automatizadas podría ejecutar acciones impropias o desalineadas con la finalidad jurídica original. El daño aquí no siempre se manifiesta en una frase falsa. A veces se evidencia en la contaminación del proceso, en la fuga de información o en la adopción de un curso de acción que el profesional no habría seguido si hubiera mantenido un control más fuerte.

La literatura doctrinal sobre la práctica profesional del derecho ayuda a comprender por qué este punto no es meramente técnico. Terzidou (2025) muestra que el uso de IA generativa por abogados impacta directamente en las obligaciones de competencia y confidencialidad, justamente porque la herramienta no es neutra respecto de la forma en que se produce y circula la información sensible del cliente. En el ámbito argentino, Santos (2025) advierte que la utilización de IA en dictámenes jurídicos administrativos puede aportar eficiencia, pero exige regulación adecuada para evitar falta de transparencia y afectaciones a la tutela administrativa efectiva. En ambos casos, el problema no es si la herramienta "sirve", sino cómo reorganiza las condiciones de agencia y responsabilidad.

Por ello, el paso del uso asistivo al uso agentivo no debe ser tratado como un simple refinamiento tecnológico. Marca un cambio de escala del problema jurídico. La exigencia de trazabilidad, validación y uso defendible no desaparece, se vuelve más intensa. Y esa intensificación es, precisamente, una de las claves del estándar que aquí se propone.

## 7. Inyección de *prompts*, contaminación documental y distinción frente al envenenamiento

En este punto, es necesario ser conceptualmente rigurosos. No conviene utilizar como equivalentes categorías que, en términos técnicos, no lo son. La inyección de *prompts* y el envenenamiento de datos o modelos no constituyen el mismo fenómeno, aunque puedan converger funcionalmente en ciertos escenarios.

La inyección de *prompts* se refiere, en términos generales, a la introducción de instrucciones o contenidos diseñados para alterar el comportamiento esperado del sistema. Esa manipulación puede ser directa, cuando aparece en el propio insumo visible, o indirecta, cuando llega a través de documentos,

sitios, correos, archivos o recursos externos que el sistema recupera y procesa. En este segundo caso, el modelo o el agente puede tratar contenido aparentemente informativo como si fuera una instrucción operativa. El NIST describe los ataques de inyección indirecta de *prompts* como una vía para comprometer la privacidad e integridad de sistemas conectados, incluidos asistentes conversacionales de internet, sistemas con recuperación aumentada y otros sistemas generativos (Vassilev, 2025).

El envenenamiento, en cambio, se vincula con la contaminación de datos de entrenamiento, ajuste o componentes estructurales del sistema con el fin de modificar su comportamiento de manera más persistente o profunda. El NIST distingue expresamente entre ataques de inyección de *prompts*, *data poisoning* y *model poisoning*, y describe estos últimos como mecanismos capaces de inducir comportamientos alterados o *backdoors* mediante la inserción maliciosa de datos o actualizaciones comprometidas (Vassilev, 2025). No toda inyección es, por tanto, un envenenamiento. Esta distinción importa porque evita formular el problema de manera técnicamente débil.

Ahora bien, en entornos jurídicos con bases documentales conectadas, repositorios de conocimiento o sistemas con recuperación aumentada, sí puede aparecer un fenómeno que resulta jurídicamente muy relevante: la contaminación documental o contaminación de la base de conocimiento. Documentos, correos, páginas o archivos aparentemente neutros ingresan al circuito y contienen instrucciones, patrones o estructuras diseñadas para desviar el comportamiento del sistema, alterar prioridades, inducir respuestas impropias o facilitar exfiltración de información.

Desde la perspectiva del derecho, lo importante no es solo la taxonomía técnica, sino también la consecuencia jurídica. Si el sistema consulta una fuente contaminada y la trata como una directiva operativa, el proceso queda comprometido aunque el defecto no sea evidente a simple vista en el resultado final. Por eso, en arquitecturas agentivas o conectadas a repositorios, la exigencia de trazabilidad, separación entre fuentes confiables y no confiables, limitación de permisos y validación humana se vuelve todavía más intensa.

El Open Worldwide Application Security Project (OWASP) (2025), a través de su proyecto de seguridad en IA generativa, ha descrito la inyección de *prompts* como una vulnerabilidad estructural en aplicaciones basadas en modelos de lenguaje grandes (LLM, por sus siglas en inglés), asociada al hecho de que instrucciones y datos son procesados conjuntamente, lo que permite que contenidos maliciosos reorienten el comportamiento del modelo. Esa observación es

especialmente útil para el análisis jurídico, porque muestra que el problema no depende exclusivamente de mala fe del usuario final. Puede surgir de la propia arquitectura de integración cuando no existe una separación adecuada entre datos confiables y datos no confiables.

La discusión reciente sobre *legal prompting* también obliga a cierta cautela. Faliero (2025) advierte sobre la obsolescencia de enfoques oportunistas centrados en el *prompting legal/legal prompting* y en la IA generativa jurídica como si la formulación de instrucciones fuera, por sí sola, una solución suficiente para la práctica jurídica con IA generativa. Esa advertencia converge con la tesis de este trabajo: el riesgo no se resuelve mediante mejores *prompts* aislados, sino mediante gobernanza del proceso, control de fuentes, delimitación de tareas, validación humana y responsabilidad profesional.

La traducción dogmática de este punto es importante. Allí donde el sistema puede recuperar materiales desde múltiples fuentes, el deber de diligencia ya no se satisface solo con "leer la salida del sistema". Exige diseñar o seleccionar arquitecturas en las que exista alguna gobernanza de fuentes, una política de permisos, un criterio de segmentación de datos y un nivel razonable de revisión de recorridos y salidas. De lo contrario, la revisión humana llegará demasiado tarde, cuando el proceso ya haya sido condicionado por insumos hostiles o no confiables.

En el terreno de la práctica jurídica, este riesgo se vuelve especialmente delicado por la naturaleza de los materiales involucrados. Un documento con instrucciones ocultas incrustadas, una página con contenido malicioso, una base de conocimiento no depurada o un correo aparentemente inocuo pueden alterar el comportamiento de un agente que trabaje sobre estrategia procesal, clasificación de evidencia, elaboración de informes o priorización de tareas. El problema, de nuevo, no es únicamente que una frase resulte falsa, es que el itinerario mismo de formación del resultado quede secuestrado o contaminado.

Por eso conviene insistir en una precisión conceptual adicional. En el discurso profesional sobre IA aplicada al derecho se observa a veces una tendencia a nombrar todo este conjunto de riesgos como "envenenamiento de datos". Esa simplificación es comprensible, pero jurídicamente inconveniente. Lo correcto es distinguir entre inyecciones de instrucciones en tiempo de uso, contaminación de bases de conocimiento o repositorios y envenenamiento propiamente dicho de datos o modelos. Solo sobre esa base puede construirse una respuesta organizacional y jurídica proporcionada al riesgo.

## 8. Consecuencias jurídicas: diligencia, competencia, confidencialidad y deber de explicación

Los riesgos aquí examinados no deben leerse únicamente como problemas de seguridad informática. En el trabajo jurídico impactan directamente sobre deberes profesionales clásicos. La competencia profesional, la diligencia, la veracidad ante el tribunal, la confidencialidad, la prudencia en el manejo de información sensible y la capacidad de justificar el propio trabajo son dimensiones afectadas de manera directa por el uso no gobernado de herramientas de IA y, con mayor razón, de agentes.

La consecuencia más obvia es la que recae sobre el deber de diligencia. Si un profesional utiliza una herramienta cuyos límites no comprende mínimamente, cuyos resultados no verifica y cuyo proceso no puede reconstruir, su actuación difícilmente pueda considerarse diligente. La inteligencia artificial no desplaza la obligación de revisar, contrastar, verificar y asumir la responsabilidad por el producto final. En todo caso, la intensifica. La ABA (2024a) ha sido explícita al respecto: la competencia requiere comprensión razonable de capacidades y limitaciones de la herramienta, así como revisión y examen de la salida para asegurar su exactitud.

Esa idea se articula, además, con un deber más amplio de competencia tecnológica. Jara (2021) ya había advertido, antes del auge actual de la IA generativa, que la transformación digital modifica de manera profunda el ejercicio profesional y exige que el abogado conozca las nuevas tecnologías para estar preparado ante retos presentes y futuros. El punto, sin embargo, no debe ser leído de forma ingenuamente tecnocrática. Competencia tecnológica no significa que todo jurista deba convertirse en ingeniero. Significa, más modestamente, que no puede seguir utilizando herramientas cuyo impacto sobre la producción jurídica desconoce por completo.

También se ve comprometida la confidencialidad. La incorporación de sistemas conectados a fuentes, repositorios o herramientas externas obliga a una consideración mucho más cuidadosa de qué información ingresa al sistema, bajo qué condiciones, con qué permisos y con qué grado de exposición. Allí donde existen deberes de reserva o secreto profesional, una arquitectura técnicamente potente, pero mal gobernada, puede traducirse en una afectación grave del estándar profesional esperado. Terzidou (2025), al analizar la práctica de abogados que utilizan IA generativa, subraya justamente que la divulgación de información del cliente a terceros —incluidos proveedores del sistema— compromete el deber de confidencialidad si no existen salvaguardas adecuadas o consentimiento suficiente.

En el contexto argentino, los materiales recientes van en la misma dirección. La Guía del CPACF (2025) insiste en que la IA debe usarse con criterio, responsabilidad y conciencia de límites y presenta la adopción de herramientas de IA como un problema inseparable del uso seguro y ético. Santos (2025), a su vez, al estudiar el uso ético de IA en dictámenes jurídicos administrativos, pone el foco en riesgos como la falta de transparencia y la posible afectación de la tutela administrativa efectiva, mostrando que el problema no se agota en la privacidad, sino que se proyecta sobre la validez misma de la argumentación institucional.

Una dimensión adicional es la veracidad frente al tribunal o frente al destinatario del producto jurídico. No se trata solo de evitar falsedades deliberadas. Se trata de impedir que la mediación de IA permita introducir, por negligencia o por automatización acrítica, afirmaciones no verificadas en escritos, dictámenes, informes o decisiones. El caso *Mata* ilustra este punto de forma extrema, pero la lógica es más amplia: un profesional que no controla suficientemente el proceso de producción arriesga convertir al expediente o al cliente en el lugar donde se hace visible la falla que debió haber sido detectada antes.

Por último, aparece una dimensión que este trabajo considera especialmente importante: el deber de explicación. El trabajo jurídico no se legitima solo por producir una respuesta, sino por poder dar razones sobre cómo se la obtuvo. Esa exigencia no vale únicamente para la sentencia judicial. Vale, en otro nivel, para el abogado, el consultor, el equipo interno o la organización que adopta un producto elaborado con intervención de IA. La posibilidad de una defensa futura depende de esa capacidad de explicación. Sin ella, la atribución de responsabilidad se debilita y la confianza en el producto jurídico se vuelve precaria.

En este punto, la doctrina argentina aporta un matiz decisivo. Seleme (2021) organiza el impacto de la inteligencia artificial sobre el rol profesional alrededor de deberes éticos concretos y muestra que la aparición de herramientas de IA genera nuevos modos de incumplir exigencias tradicionales. En materia de diligencia y competencia, advierte que el abogado debe mantenerse actualizado respecto de los beneficios y riesgos asociados al uso de tecnología. En materia de supervisión, subraya que el deber de control ya no se limita a asistentes humanos, sino que se extiende a servicios prestados por herramientas de IA. En materia de confidencialidad, destaca que el uso de sistemas externos puede comprometer información protegida cuando los datos se almacenan o procesan fuera del ámbito de control del profesional. Esta reconstrucción permite reforzar la tesis de este artículo: el estándar de uso defendible no crea deberes

exóticos, sino que traduce obligaciones profesionales clásicas a un entorno técnico que altera sus formas de incumplimiento.

En definitiva, diligencia, competencia, confidencialidad y deber de explicación no son categorías superadas por la IA. Son precisamente las categorías a través de las cuales debe evaluarse si su uso profesional resulta legítimo.

## 9. Densidad argentina e iberoamericana: una lectura profesional del problema

Una crítica frecuente a los trabajos sobre inteligencia artificial en derecho elaborados desde América Latina consiste en que muchas veces importan, casi sin mediaciones, categorías regulatorias o deontológicas producidas en Europa o en Estados Unidos. Esa importación puede ser útil, pero resulta insuficiente si no se la contrasta con las condiciones institucionales, profesionales y culturales de nuestros sistemas jurídicos. El problema de la IA en el trabajo jurídico no se presenta del mismo modo en un gran estudio transnacional, en una asesoría jurídica pública, en un juzgado provincial o en un ejercicio liberal individual. Por eso, para que el estándar propuesto en este artículo sea útil, debe dialogar también con materiales argentinos e iberoamericanos.

En el plano argentino e iberoamericano, la literatura reciente todavía es incipiente, pero ya ofrece señales relevantes. Granero (2018) anticipó tempranamente la utilidad de programas de inteligencia artificial para asistir la labor de abogados, jueces y legisladores, aunque vinculando esa promesa con una reflexión prudente sobre responsabilidad. Seleme (2021), por su parte, situó el problema dentro de la ética legal y mostró que el uso de IA impacta sobre deberes profesionales concretos, especialmente diligencia, competencia, supervisión, información y confidencialidad. En ambos casos, el valor no está en la fascinación por la herramienta, sino en la insistencia sobre la responsabilidad humana que debe acompañar su adopción.

Jara (2021), por su parte, había mostrado tempranamente que la transformación digital del ejercicio profesional exige revisar incumbencias, hábitos y expectativas de formación del abogado contemporáneo. Aunque su trabajo antecede al auge de los agentes y de los modelos generativos actuales, conserva plena actualidad en un punto crucial: el profesional del derecho ya no puede refugiarse en una ignorancia tecnológica completa y pretender, aun así, conservar intacto su estándar de competencia. Esa observación dialoga directamente con la exigencia de comprensión razonable de capacidades y límites que luego formularían con mayor precisión la ABA y otras guías profesionales.

Más cerca del problema específico que aquí se analiza, Santos (2025) ha estudiado el uso ético de inteligencia artificial en la redacción de dictámenes jurídicos en el derecho administrativo argentino. Su trabajo destaca que la IA puede mejorar eficiencia y reducir costos, pero insiste en que debe estar adecuadamente regulada para evitar riesgos de discriminación algorítmica, falta de transparencia y vulneración de la tutela administrativa efectiva. La importancia de este enfoque es que muestra cómo el problema se desplaza rápidamente desde la productividad hacia categorías propiamente jurídicas: transparencia, razonabilidad, debido procedimiento y resguardo de derechos.

A nivel institucional, la CPACF (2025) para abogados constituye un indicador significativo del estado del debate local. El documento parte de una premisa pragmática: la IA generativa ya ingresó al mundo jurídico y no debe ser tratada como fenómeno pasajero, pero su uso requiere criterio, responsabilidad y plena conciencia de límites. Aunque se trata de un texto práctico y no de una teoría sistemática, tiene un valor normativo informal importante. Muestra que, en el foro argentino, el problema comienza a ser leído como un asunto de buena práctica profesional y no solo de curiosidad tecnológica o *marketing* legal.

En el espacio iberoamericano, la experiencia española resulta especialmente útil porque combina tradición jurídica cercana, regulación europea aplicable y desarrollo reciente de doctrina específica. Rayón Ballesteros (2025) propone para España una aproximación equilibrada que articula marco jurídico, fundamentos técnicos y buenas prácticas, subrayando que la adopción de IA generativa debe preservar confidencialidad, competencia, exactitud, independencia y responsabilidad. Su aporte es particularmente valioso porque traduce el problema a protocolos de gobernanza interna, formación, evaluación de riesgos y revisión humana, evitando tanto la fascinación por la eficiencia como el rechazo abstracto a la herramienta.

La doctrina procesal reciente también ofrece un punto de apoyo para comprender la dimensión estratégica del problema. Nieva Fenoll (2025) analiza cómo la inteligencia artificial generativa puede alterar la lógica tradicional de la defensa cuando la argumentación ya no se dirige exclusivamente a persuadir el marco mental de un juez humano, sino también a interactuar con sistemas capaces de procesar y valorar patrones textuales de otro modo. Sin asumir que la decisión jurisdiccional pueda ser sustituida por una máquina, esa reflexión refuerza la necesidad de conservar claridad sobre qué tareas son asistibles y cuáles permanecen indelegablemente vinculadas al juicio humano.

Esa producción iberoamericana muestra algo que conviene destacar. La

cuestión no se reduce a "regular IA", sino a adaptar la estructura de obligaciones de la profesión jurídica a un entorno en el que la producción del trabajo se vuelve híbrida, mediada por sistemas técnicos que pueden asistir, expandir la capacidad, contaminar fuentes o debilitar controles. En América Latina, donde conviven altas exigencias formales, infraestructura desigual, prácticas forenses heterogéneas y una fuerte centralidad de la responsabilidad personal del abogado o funcionario, este punto es todavía más delicado.

De allí surge una consecuencia importante para el estándar que aquí se propone. No basta con trasladar sin más el lenguaje del *compliance* tecnológico o de la *AI governance* corporativa. Es necesario traducirlo a categorías operativas para despachos, organismos públicos y estudios jurídicos locales. En nuestro contexto, eso significa hablar de reserva profesional, debida verificación, control del expediente, reconstrucción del razonamiento, revisión de borradores, protección de datos personales, prudencia en el uso de proveedores externos y conservación de materiales de respaldo. El concepto de carácter defendible del proceso busca precisamente cumplir esa función de traducción.

También conviene advertir un riesgo específico del contexto regional. En ecosistemas jurídicos con fuerte presión por resultados, escasez de recursos y sobrecarga burocrática, la IA puede ser percibida como atajo irresistible. Ese incentivo es comprensible, pero peligroso. Cuanto mayor es la presión para acelerar la producción, más fácil resulta degradar la revisión humana a una mera firma o a un control superficial. La tentación de "dar por bueno" un resultado verosímil sin verificarlo es, en ese contexto, mayor. Por eso, la respuesta adecuada no consiste en negar la utilidad de la herramienta, sino en reforzar las condiciones de uso que impidan que la búsqueda de eficiencia vacíe de contenido el deber de control.

En definitiva, la producción argentina e iberoamericana disponible, aun siendo todavía parcial, confirma la intuición central de este artículo. La IA puede aportar valor al trabajo jurídico, pero su incorporación solo es defendible si se conserva una estructura visible de juicio humano, revisión sustantiva, protección de la confidencialidad y trazabilidad del proceso. Leído desde nuestra región, el problema no es únicamente técnico ni exclusivamente regulatorio. Es, ante todo, profesional e institucional.

## 10. Función jurisdiccional, nulidad automática y el criterio fijado en el caso *Payalef*

El problema se vuelve especialmente sensible cuando se proyecta al ámbito jurisdiccional. Allí, la tentación de resolver la cuestión mediante prohibiciones generales o, en sentido contrario, mediante permisividad acrítica es particularmente fuerte. Ninguno de esos extremos parece satisfactorio. Prohibir toda asistencia tecnológica desconoce la realidad y puede impedir mejoras razonables en tareas auxiliares; admitir cualquier uso sin mayores exigencias pone en riesgo garantías, motivación y atribuibilidad de la decisión.

El caso *Provincia del Chubut c/ Payalef, Raúl Amelio s/ recurso de queja* (2026) ofrece un punto de apoyo especialmente útil para pensar este problema. Según el texto del fallo y el Acuerdo Plenario 5435/2025 del Superior Tribunal de Justicia del Chubut, se reafirmó que la IA es una herramienta de apoyo, nunca una fuente autónoma de decisión, que el control humano debe ser real y previo a la firma del pronunciamiento y que la responsabilidad por el contenido del fallo recae íntegramente en el magistrado que lo suscribe.

La relevancia del precedente radica en que evita dos errores simétricos. Por un lado, rechaza la nulidad automática basada en la mera constatación o sospecha de uso de IA. El tribunal no sostuvo que cualquier referencia residual o utilización de apoyo tecnológico convierta, por sí misma, al acto jurisdiccional en inválido. Por otro lado, tampoco trivializa el problema. La decisión insiste en la necesidad de control humano efectivo, anonimización de datos y revisión crítica del resultado, dentro del marco de las directivas éticas aprobadas por el propio Superior Tribunal a través del Acuerdo Plenario 5435/2025.

Desde el punto de vista dogmático, la lección del caso es doble. En primer lugar, la invalidez de una sentencia no puede deducirse simplemente del uso de una herramienta, sino de la acreditación de una afectación sustancial a garantías o de un déficit real de fundamentación y atribuibilidad. En segundo lugar, precisamente porque la nulidad no es automática, el control relevante debe desplazarse a las condiciones de uso: si hubo juicio humano real, si la motivación exteriorizada es verificable y si el acto sigue siendo plenamente atribuible al magistrado.

Este razonamiento resulta compatible con la lógica general del trabajo. La pregunta decisiva no es si existió o no asistencia de IA, sino si el proceso siguió siendo trazable, validado y defendible. Lo que el caso *Payalef* impide es una lectura fetichista de la herramienta, como si la sola presencia de IA agotara la cuestión jurídica. Al mismo tiempo, su exigencia de control humano real impide caer en una banalización según la cual todo uso de IA sería neutro mientras el juez o el abogado firme el resultado.

La importancia del precedente excede, además, el ámbito judicial estricto. El razonamiento puede trasladarse, con los ajustes necesarios, al trabajo profesional no jurisdiccional. También allí el control no debe recaer obsesivamente en la mera presencia de la herramienta, sino en la persistencia del juicio humano, la verificabilidad de las razones exteriorizadas y la posibilidad de atribuirle el producto a quien lo adopta y lo presenta como propio.

La resolución chubutense dialoga, de manera interesante, con los marcos internacionales antes examinados. La CEPEJ (2018) insiste en que la IA en justicia debe implementarse de modo compatible con los derechos fundamentales y con control por parte del usuario. El Reglamento europeo de IA ubica la supervisión humana como una exigencia orientada a prevenir o minimizar riesgos (Unión Europea, 2024). El NIST (2024), por su parte, advierte que la IA generativa puede exigir revisión humana adicional, seguimiento y documentación. *Payalef* no replica mecánicamente esos instrumentos, pero sí se mueve dentro de esa misma sensibilidad: lo decisivo no es la herramienta aislada, sino el mantenimiento de estructuras de control y responsabilidad.

Las Directrices de UNESCO (2025) para cortes y tribunales refuerzan esa misma lectura al presentar la IA como herramienta asistiva y no sustitutiva, sometida a supervisión humana significativa y a principios de transparencia, rendición de cuentas y protección de derechos. La convergencia entre ese marco internacional y el criterio de *Payalef* permite sostener una posición equilibrada: la IA puede ser empleada en tareas de apoyo, pero no puede vaciar de contenido la autoría, la motivación ni la responsabilidad humana de la decisión jurídica.

Por todo ello, el caso ofrece un insumo particularmente valioso para la construcción de un estándar argentino serio. No valida la desresponsabilización tecnológica. Tampoco consagra una alergia abstracta a la innovación. Propone, en cambio, un criterio jurídicamente más maduro: la función jurisdiccional es indelegable, la herramienta puede asistir, la decisión debe seguir siendo atribuible al humano responsable y la nulidad requiere más que la mera presencia de IA.

## 11. Hacia un estándar mínimo de control profesional

A partir de lo expuesto, es posible proponer un estándar mínimo de control profesional para el uso de inteligencia artificial en el trabajo jurídico. Se trata de un estándar deliberadamente sobrio. No pretende resolver todos los pro-

blemas de implementación, ni reemplazar regulaciones sectoriales futuras, ni convertir al profesional del derecho en especialista en seguridad ofensiva o arquitectura de modelos. Su función es otra: fijar un umbral mínimo por debajo del cual el uso de IA deja de ser jurídicamente defendible.

La objeción de sobrerregulación debe ser tomada en serio. Un estándar excesivamente pesado podría desalentar usos inocuos o convertir la innovación profesional en una práctica burocráticamente inviable. Por eso, el estándar que aquí se propone es gradual y proporcional al riesgo: cuanto más cercana esté la herramienta al núcleo del juicio jurídico, mayor debe ser la trazabilidad, la validación y la documentación; cuanto más auxiliar, reversible y de bajo impacto sea la tarea, menor será la intensidad exigible. Esta estructura de proporcionalidad permite evitar tanto la permisividad acrítica como el formalismo paralizante.

El primer componente del estándar es la delimitación funcional previa. No todas las tareas presentan el mismo riesgo. No equivale utilizar IA para ordenar materiales, sugerir una estructura preliminar o resumir documentos que hacerlo para estructurar la argumentación central, realizar valoraciones decisivas o intervenir en núcleos duros del juicio jurídico. La intensidad del control exigible debe variar según el impacto jurídico potencial de la tarea y la proximidad del sistema al momento de adopción final de la decisión o del producto.

El segundo componente es la trazabilidad mínima del proceso. Debe poder reconstruirse qué sistema se utilizó, para qué finalidad, sobre qué materiales, con qué fuentes, con qué permisos y con qué controles humanos. No se trata de producir una burocracia paralizante ni de registrar cada interacción irrelevante. Se trata de conservar el rastro suficiente para poder explicar, posteriormente, cómo intervino la herramienta y bajo qué condiciones. Sin ese umbral, la discusión sobre responsabilidad y revisión se vuelve difusa.

El tercer componente es la validación humana sustantiva. No basta una lectura superficial del resultado ni un chequeo puramente formal. La profundidad de la validación debe ser proporcional al impacto de la tarea y a la relevancia jurídica del producto final. Cuando la IA intervenga en tareas cercanas al núcleo del juicio jurídico, la revisión debe incluir control de fuentes, contraste de hechos, detección de sesgos o vacíos argumentativos, evaluación de pertinencia y una decisión consciente sobre la adopción o rechazo del resultado.

El cuarto componente es la gobernanza de insumos y fuentes. En arquitecturas agentivas o con recuperación, toda fuente externa debe ser tratada como potencialmente riesgosa. Deben existir límites de acceso, segmentación de permisos, distinción entre datos confiables y no confiables, y revisión de recorridos

o registros de trabajo cuando el sistema interactúe con herramientas o recursos externos. Aquí la lección de la seguridad técnica es clara, pero su traducción jurídica también lo es: si no se gobiernan las fuentes, no se gobierna el proceso.

El quinto componente es la protección reforzada de la confidencialidad y de la integridad documental. Los datos del cliente, los escritos en preparación, la estrategia procesal y los materiales de trabajo no pueden ser tratados como insumos indiferenciados. La selección de herramientas, la configuración de sus condiciones de uso y el alcance de sus accesos forman parte del deber de diligencia profesional. Esto exige, como mínimo, una evaluación *ex ante* de qué datos ingresan al sistema, bajo qué condiciones y con qué posibilidad de reutilización o exposición por parte de terceros.

El sexto componente es la documentación y conservación razonable. Debe preservarse un umbral mínimo de documentación suficiente para permitir explicación posterior en caso de controversia, auditoría o cuestionamiento. No se trata necesariamente de conservar cada *prompt*, pero sí de poder reconstruir la lógica de intervención de la herramienta, el contexto de uso y los controles realizados. En productos especialmente sensibles, esa documentación debería ser más robusta.

Un componente complementario, sugerido por la lectura de Seleme (2021), es el deber de informar adecuadamente cuando la utilización de IA incida de manera relevante en la prestación profesional. Si la herramienta modifica costos, riesgos, tiempos, fuentes utilizadas, exposición de información o grado de intervención humana, el cliente o destinatario institucional del trabajo jurídico no deberían quedar situados frente a una mediación técnica invisible. Esta exigencia no supone transformar todo uso auxiliar en una carga comunicacional formal, pero sí reconocer que, ante usos materialmente relevantes, la información sobre beneficios, límites y riesgos forma parte de la buena práctica profesional.

El séptimo componente es una regla de no delegación respecto de los núcleos duros del juicio jurídico. La interpretación decisiva, la ponderación final, la fundamentación que pueda afectar derechos o garantías, la estrategia jurídica adoptada como decisión final y los actos cuyo contenido no pueda ser razonablemente justificado por un humano no deben quedar entregados a la herramienta. La IA puede asistir, ordenar, sugerir e incluso ampliar la capacidad de procesamiento; no debe sustituir la responsabilidad intelectual por la que el profesional o magistrado responde.

Finalmente, el estándar exige una cultura de revisión continua. La evalua-

ción del uso de IA no es un acto único. Cambian los modelos, cambian las integraciones, cambian los riesgos, cambian las prácticas organizacionales. De allí que la gobernanza del uso de IA no pueda agotarse en una política inicial o en una capacitación aislada. Debe incorporar monitoreo, revisión periódica y aprendizaje institucional, en línea con el enfoque de gestión de riesgos que hoy domina los marcos más serios sobre la materia (NIST, 2023, 2024).

Este estándar no pretende ser maximalista. Es, en realidad, un mínimo. Pero es un mínimo exigente. Su función es impedir que la incorporación de inteligencia artificial degrade la responsabilidad profesional bajo una apariencia de eficiencia. Allí radica, precisamente, su sentido jurídico.

## 12. Conclusiones

La inteligencia artificial ya forma parte del trabajo jurídico. La pregunta relevante no es si esa realidad debe negarse, sino bajo qué condiciones su uso puede seguir siendo profesionalmente aceptable. El error más frecuente ha sido concentrarse únicamente en la calidad aparente de la salida. Sin embargo, el problema jurídicamente decisivo no está solo allí. Está en el proceso: quién decide, con qué fuentes, bajo qué límites, con qué revisión y con qué posibilidad posterior de explicación.

Ese problema se intensifica cuando la herramienta ya no funciona solo como asistente textual, sino como agente conectado a fuentes, repositorios y herramientas. Allí donde el sistema puede recuperar información, navegar entornos documentales, usar conectores o encadenar acciones, el derecho no puede conformarse con un humano meramente simbólico "en el circuito". Debe exigir un humano con control real sobre la tarea, la fuente, la interpretación y la adopción del resultado.

La propuesta de este trabajo es deliberadamente sobria. No pretende formular una teoría total de la inteligencia artificial aplicada al derecho ni clausurar todos los debates regulatorios abiertos. Propone algo más acotado, pero más útil: un estándar mínimo de trazabilidad, validación humana sustantiva y uso defendible del proceso; no como refinamiento académico, sino como condición mínima para que el uso de IA en el trabajo jurídico no erosione la responsabilidad profesional ni vacíe de contenido la exigencia de justificación que define al derecho. En esa línea, la incorporación de Seleme (2021) permite expresar con mayor precisión el núcleo de la tesis: la IA no elimina los deberes clásicos de rol, sino que genera nuevas formas de incumplirlos cuando el profe-

sional no controla, no informa, no supervisa o no protege la confidencialidad en contextos tecnológicamente mediados.

En esa línea, la propuesta se apoya en dos premisas doctrinales complementarias. La primera, sugerida por Ober y Tasioulas (2024), es que la IA debe seguir siendo tratada como herramienta inteligente al servicio de fines humanos, no como sustituto de la agencia moral o jurídica. La segunda, desarrollada por Robbins (2024), es que el control humano solo es significativo si se especifica quién controla, qué controla y con qué capacidad real de intervención. Trasladadas al trabajo jurídico, ambas premisas conducen a una misma conclusión: la asistencia tecnológica solo es aceptable si preserva un proceso atribuible, explicable y profesionalmente defendible.

Si la inteligencia artificial ha entrado para quedarse, entonces la discusión relevante ya no puede girar exclusivamente en torno a cuán rápido escribe, resume o clasifica, sino a si el resultado puede seguir siendo atribuido, explicado y defendido por un humano responsable. En el derecho, esa es la frontera decisiva entre asistencia tecnológica y delegación impropia.

## Bibliografía

American Bar Association. (29 de julio de 2024a). *Formal Opinion 512: Generative artificial intelligence tools*. https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/professional_responsibility/ethics-opinions/aba-formal-opinion-512.pdf

American Bar Association. (29 de julio de 2024b). *ABA issues first ethics guidance on a lawyer's use of AI tools*. https://www.americanbar.org/news/abanews/aba-news-archives/2024/07/aba-issues-first-ethics-guidance-ai-tools/

Colegio Público de la Abogacía de la Capital Federal. (2025). *Guía para el uso de inteligencia artificial para abogados*. https://www.cpacf.org.ar/uploads/files/com/11072515_Gu%C3%A-DaparaelusodeInteligenciaArtificialparaAbogados.pdf

Council of Bars and Law Societies of Europe. (2025). *CCBE guide on the use of generative AI by lawyers*. hhttps://www.ccbe.eu/

De Gregorio, G. (2023). The normative power of artificial intelligence. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, *30*(2), 55-80. https://ssrn.com/abstract=4436287

Enqvist, L. (2023). "Human oversight" in the EU Artificial Intelligence Act: What, when and by whom? *Law, Innovation and Technology*, *15*(2), 508-535. https://doi.org/10.1080/17579961.2023.2245683

European Commission for the Efficiency of Justice. (2018). *European Ethical Charter on the use of artificial intelligence in judicial systems and their environment*. Council of Europe. https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c

Faliero, J. C. (2025). La obsolescencia del oportunismo del *Prompting Legal/Legal Prompting* e IA Generativa/IAGen Jurídica. *Revista Jurídica Rubinzal-Culzoni*, RC D 329/2025.

Granero, H. R. (2018). La inteligencia artificial aplicada al Derecho: el cumplimiento del sueño de Hammurabi. *Informática y Derecho: Revista Iberoamericana de Derecho Informático* (segunda época), (5), 119-133.

Jara, M. L. (2021). Abogacía 4.0: Transformación digital del ejercicio profesional. *Revista de Teoría y Práctica Jurídica*, *1*(1), 1-14. https://calz.org.ar/

Lazcoz Moratinos, G. (2025). Human oversight (Article 14). En Huergo Lora, A. y M. Díaz González, G. (Eds.), *The EU regulation on artificial intelligence: A commentary* (pp. 243-266). Wolters Kluwer/CEDAM. https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/10126859.pdf

Matsumi, H. y Solove, D. J. (2025). The prediction society: AI and the problems of forecasting the future. *University of Illinois Law Review, 2025*(1), 1-62. https://illinoislawreview.org/print/vol-2025-no-1/the-prediction-society/

National Institute of Standards and Technology. (2023). *Artificial intelligence risk management framework (AI RMF 1.0)*. https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/ai/nist.ai.100-1.pdf

National Institute of Standards and Technology. (2024). *Artificial Intelligence Risk Management Framework: Generative Artificial Intelligence Profile (NIST AI 600-1)*. https://doi.org/10.6028/NIST.AI.600-1

Nieva Fenoll, J. (2025). Inteligencia Artificial Generativa (IAGEN) y defensa: ¿cómo lograr la "convicción" de una máquina? *Revista Ítalo-española de Derecho Procesal*, 1-17. https://doi.org/10.37417/rivitsproc/3204

Ober, J. y Tasioulas, J. (2024). *The Lyceum Project: AI ethics with Aristotle*. Human-Centered Artificial Intelligence, Stanford University/Institute for Ethics in AI, University of Oxford/. https://doi.org/10.2139/ssrn.4879572

OpenAI Developers. (s.f.-a). *Agent internet access*. https://developers.openai.com/codex/cloud/internet-access/

OpenAI Developers. (s.f.-b). *Safety in building agents*. https://developers.openai.com/api/docs/guides/agent-builder-safety/

OWASP GenAI Security Project. (2025). *LLM01:2025. Prompt injection*. https://genai.owasp.org/llmrisk/llm01-prompt-injection/

Rayón Ballesteros, M. C. (2025). Generative AI for lawyers in Spain: A balanced approach to the legal framework, technical foundations and best practices, combining technological innovation with professional responsibility. *Law and Business*, *5*, 1-9. https://doi.org/10.2478/law-2025-0003

Robbins, S. (2024). The many meanings of meaningful human control. *AI and Ethics*, *4*, 1377-1388. https://doi.org/10.1007/s43681-023-00320-6

Santos, A. M. (2025). Inteligencia artificial y dictámenes jurídicos en el derecho administrativo. Uso ético. *Aequitas Virtual*, *19*(42), 4-34. https://p3.usal.edu.ar/index.php/aequitasvirtual/article/view/7485

Seleme, H. O. (2021). Ética legal, inteligencia artificial y rol profesional. En Azuaje Pirela, M. y Contreras Vásquez, P. (Coords.), *Inteligencia artificial y derecho: desafíos y perspectivas* (pp. 481-500). Tirant lo Blanch.

Terzidou, K. (2025). Generative AI systems in legal practice offering quality legal services while

upholding legal ethics. *International Journal of Law in Context*, *21*, 431-452. https://doi.org/10.1017/S1744552325000047

UNESCO. (2021). *Recommendation on the ethics of artificial intelligence*. https://www.unesco.org/en/artificial-intelligence/recommendation-ethics

UNESCO. (2025). *Guidelines for the use of AI systems in courts and tribunals*. https://doi.org/10.58338/LIEY8089

Unión Europea. (2024). Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence. *Official Journal of the European Union*. https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj/eng

Vassilev, A., Oprea, A., Fordyce, A., Anderson, H., Davies, X., y Hamin, M. (2025). *Adversarial machine learning: A taxonomy and terminology of attacks and mitigations* (NIST AI 100-2e2025). National Institute of Standards and Technology. https://doi.org/10.6028/NIST.AI.100-2e2025

## Legislación citada

Superior Tribunal de Justicia del Chubut. Acuerdo Plenario 5435/2025, "Directivas para el uso ético y responsable de inteligencia artificial generativa en el Poder Judicial de Chubut".

Unión Europea. Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial.

## Jurisprudencia citada

*Acevedo Gerardo Gabriel c/ Cáceres Mareco Willian Arsenio y Agrosalta Cooperativa de Seguros Limitada s/ daños y perjuicios autom. c/ les. o muerte* (exc. Estado), Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala I, Morón, 15/9/2025.

*Giacomino, César Adrián y otros c/ Monserrat, Facundo Damián y otros s/ daños y perjuicios*, CUIJ 21-11893083-2, Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario, Sala II, agosto de 2025.

*Mata v. Avianca, Inc.*, 678 F. Supp. 3d 443 (S.D.N.Y. 2023).

*Provincia del Chubut c/ Payalef, Raúl Amelio s/ recurso de queja*, Superior Tribunal de Justicia del Chubut, Expte. 101215, Carpeta Judicial 6209, Oficina Judicial Esquel (sentencia de marzo de 2026).

## Declaración sobre uso de inteligencia artificial

En la elaboración de este manuscrito se utilizó ChatGPT, herramienta de inteligencia artificial generativa desarrollada por OpenAI, exclusivamente como apoyo auxiliar para revisión de redacción, organización preliminar de ideas y contraste exploratorio de estructura expositiva. Todas las afirmaciones sustantivas, la selección y verificación de fuentes, la interpretación jurídica, las conclusiones y la versión final del texto fueron revisadas, corregidas y asumidas íntegramente por el autor humano, quien conserva plena responsabilidad por el contenido.

## Roles de autoría y conflicto de interés

El autor manifiesta que cumplió todos los roles de autoría del presente artículo y declara no poseer conflicto de interés alguno.

# Cuando la familia ya no basta: el contrato de alimentos como respuesta civilmente exigible al desamparo asistencial de la persona adulta mayor en el Perú

**Andherson Jhordan Aguirre-Lanegra**[1]

Universidad Privada del Norte (Perú)
andersonaguirre162000@gmail.com
https://orcid.org/0009-0005-4201-1220

**Nuccia Seminario-Hurtado**[2]

Universidad Científica del Sur (Perú)
nseminario@cientifica.edu.pe
https://orcid.org/0000-0002-1805-7780

**Recibido:** 11/03/2026
**Aceptado:** 08/06/2026

https://doi.org/10.26422/RJA.2026.0701.agu

1 Estudiante de Derecho e investigador calificado en el Registro Nacional Científico, Tecnológico y de Innovación Tecnológica (RENACYT) a cargo del CONCYTEC, organismo rector de la política científica del Perú, y adscrito al área de Derecho. Es autor de diversos artículos publicados en revistas especializadas de distintos países de América Latina, centrados en el derecho digital, la bioética, la filosofía del derecho y la regulación de tecnologías emergentes. Ejerce, además, funciones de revisor en las revistas *Persona* y *Bioética*, *Sexuality & Culture*, *Direito e Sexualidade* y *Derecho Global*.

2 Profesora investigadora de la Universidad Científica del Sur (Lima, Perú).

**Resumen**

La ausencia de un instrumento contractual específico que encauce el intercambio entre la transferencia patrimonial y el compromiso vitalicio de cuidado personal constituye una de las insuficiencias estructurales más nítidas del Código Civil peruano de 1984. Ante ese vacío, la práctica social ha deformado el anticipo de legítima como sustituto funcional; empero, su limitación subjetiva a los herederos forzosos, su causa exclusivamente sucesoria y la tardía activación del régimen revocatorio lo convierten en un mecanismo de protección estructuralmente insuficiente para el adulto mayor cedente. Las alternativas disponibles, la donación con reserva de usufructo, la donación modal, la simulación y la renta vitalicia atienden de manera parcial dimensiones distintas del problema sin satisfacer simultáneamente las condiciones que la situación de dependencia del cedente exige. El artículo tiene por objetivo demostrar que el Código Civil de 1984 ya contiene los recursos dogmáticos necesarios para construir, sin reforma legislativa, un contrato atípico de alimentos dotado de eficacia sinalagmática, resolución automática ante el incumplimiento y oponibilidad registral frente a terceros. Para ello, se emplea el análisis dogmático sistemático del derecho contractual y registral peruano, el examen crítico de la jurisprudencia de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional y referencias comparadas de los ordenamientos español, italiano y latinoamericano como insumos de validación puntual. Los resultados muestran que la articulación entre la atipicidad habilitada por el artículo 1353, la cláusula resolutoria expresa del artículo 1430 y la inscripción registral del artículo 2019, todos del Código Civil, configura una arquitectura triádica cuya capacidad protectora supera la de las figuras disponibles. Se concluye que una configuración normativa expresa aportaría certeza registral adicional y facilitaría la convergencia regional, pero su ausencia no compromete la operatividad inmediata del instrumento propuesto.

**Palabras clave:** contrato atípico de alimentos, adulto mayor, cláusula resolutoria expresa, inscripción registral, atipicidad contractual, autonomía privada, cuidado vitalicio, anticipo de legítima.

## When Family Support Is No Longer Enough: The Alimony Agreement as a Legally Enforceable Solution to the Lack of Care for the Elderly in Peru

**Abstract**

The absence of a specific contractual instrument to channel the exchange between asset transfers and lifelong personal care stands as one of the most evident structural gaps in the Peruvian Civil Code of 1984. In response to this void, social practice has distorted the advance on inheritance as a functional substitute; however, its subjective limitation to forced heirs, its exclusively succession-based cause, and the belated activation of the revocation regime make it a structurally insufficient protective mechanism for the transferring older adult. The available alternatives, namely donation with usufruct reservation, modal donation, simulation, and life annuity, each address different dimensions of the problem without simultaneously satisfying the conditions required by the cedent's situation of dependency. This article aims to demonstrate that the

Civil Code of 1984 already contains the dogmatic resources necessary to construct, without legislative reform, an atypical food contract endowed with synallagmatic efficacy, automatic termination upon breach, and registral enforceability against third parties. The methodology combines systematic dogmatic analysis of Peruvian contract and registral law, critical examination of Supreme Court and Constitutional Tribunal case law, and comparative references from Spanish, Italian, and Latin American legal systems as targeted validation inputs. The results show that the articulation between the atypicality enabled by article 1353, the express termination clause of article 1430, and the registral inscription of article 2019, all of the Civil Code, forms a triadic architecture whose protective capacity exceeds that of available figures. The article concludes that express typification would provide additional registral certainty and facilitate regional convergence, but its absence does not compromise the immediate operability of the proposed instrument.

**Key words:** atypical maintenance contract, older adults, express termination clause, registral inscription, contractual atypicality, private autonomy, lifelong care, advance on inheritance.

## 1. Introducción

En el Perú, el crecimiento de la población adulta mayor se acelera debido al envejecimiento poblacional. Según lo establece el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) (2021), se estima que para el año 2050 la cantidad de personas adultas mayores de setenta años se duplicará, alcanzando casi nueve millones y medio. Por lo tanto, esta situación problemática impacta directamente en el Código Civil peruano (en adelante, CC) vigente, concebido bajo una idea tradicional de la familia extensa, que era la principal en brindar cuidado, protección y apoyo a sus integrantes dependientes, entre ellos, los adultos mayores (Moreno-Parra et al., 2023).

Por ello, el sistema normativo delegó estas responsabilidades en el ámbito familiar, sin proponer ningún mecanismo jurídico, entre ellos, el de un contrato específico que regule el intercambio entre el patrimonio y la asistencia permanente (Zulkipli et al., 2026). En consecuencia, la problemática jurídica peruana radica en que no existe la configuración jurídica de un contrato orientado al cuidado de los adultos mayores, especialmente cuando estos disponen de sus bienes y esperan recibir cuidado y protección. Por ende, la preocupación se centra tanto en un vacío legislativo como en un vacío social, debido a la desprotección y el desamparo de los adultos mayores.

Frente a dicho vacío normativo, las familias peruanas que poseen en su entorno adultos mayores han recurrido al anticipo de la legítima como una alternativa informal para garantizar el cuidado y la protección alimenticia necesarios (Valverde Malpartida y Llaique Toledo, 2025); no obstante, tal práctica

desnaturaliza la verdadera finalidad de dicha institución jurídica, ya que, en el CC vigente, en sus artículos 831 y 724, el anticipo de legítima se materializa como una donación sujeta a colación y solo puede realizarse a favor de herederos forzosos, como descendientes, ascendientes, cónyuge o integrante sobreviviente de una unión de hecho.

Por lo tanto, su finalidad jurídica es únicamente adelantar parte de la futura herencia, sin necesidad de generar ninguna obligación legal relacionada con el cuidado del donante. Por lo tanto, en el supuesto de que un adulto mayor entregue su patrimonio esperando recibir apoyo o asistencia, en realidad quedaría desprotegido ante un eventual incumplimiento, ya que el instrumento normativo aplicable no contempla relaciones contractuales ante cualquier abandono de las responsabilidades de cuidado (Harbishettar et al., 2021). Ante ello, esta diferencia entre la realidad y la naturaleza jurídica del acto pasa desapercibida al momento de su firma ante notario y solo se hace evidente cuando las relaciones familiares se deterioran.

Ahora bien, en el otro supuesto de que posteriormente el beneficiario abandona moralmente el compromiso del cuidado asumido, las posibilidades legales de revertir la transferencia patrimonial concedida son muy limitadas. Por lo tanto, la única alternativa disponible consiste en acreditar que el donatario incurrió en alguna causal de indignidad prevista en el artículo 667 del CC, aplicable a las donaciones por remisión expresa del artículo 1637. Estas causales son estrictas y difíciles de acreditar.

Estudios como los de Palacios García (2021) y Bernal Castro y Daza González (2022) demuestran que las personas adultas mayores constituyen un grupo vulnerable frente al maltrato doméstico e incluso destacan la deficiente aplicación de la protección reforzada por su condición. Por lo tanto, en los casos relacionados con abandono o desatención, las más relevantes son: una condena firme por delito doloso contra el donante, una sentencia firme por violencia familiar o el incumplimiento judicialmente reconocido de la obligación de alimentos. Todas estas situaciones requieren previamente procesos penales o civiles, lo que convierte la protección del adulto mayor en una respuesta tardía, compleja y costosa. Como señalan Muñoz Alfonso et al. (2018), todas presuponen, en consecuencia, un pronunciamiento previo en sede penal o civil, lo que convierte la protección del adulto mayor en un mecanismo de activación tardía y de elevado costo procesal. En un esquema de bienestar caracterizado por el *familismo*[3] por

3 El concepto de *familismo* designa, en la literatura comparada sobre regímenes de bienestar, aquellos sistemas en los que la familia constituye la unidad primaria de provisión del cuidado, con escasa

defecto, esa secuencia prolonga precisamente la situación de desprotección que el adulto mayor buscaba evitar al transferir su patrimonio.

A ello se suma que, cuando el beneficiario no pertenece al grupo de herederos forzosos, la situación se vuelve aún más frágil. Ante dichos supuestos, se recurre a mecanismos simulados, como aparentar una compraventa o una donación, mientras que en documentos privados se acuerda entre las partes una obligación de asistencia vitalicia. El problema empeora cuando estas operaciones suelen formalizarse ante un notario, otorgándoles apariencia de total legalidad, aun cuando el pago o la contraprestación nunca llegue a concretarse en la práctica (Alban Villena et al., 2026). Jurídicamente, esto puede constituir una simulación relativa, en la que el negocio visible encubre el verdadero acuerdo de cuidado. Sin embargo, si el adquirente incumple posteriormente, el adulto mayor debe iniciar un proceso judicial para demostrar la nulidad o la ineficacia del acto, enfrentando grandes dificultades probatorias y técnicas (García Fariña et al., 2025).

Aunado a ello, el artículo 194 del CC protege a terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso, lo que puede hacer irreversible la pérdida del patrimonio. Tanto el uso inadecuado del anticipo de legítima como la simulación evidencian el mismo problema: el ordenamiento jurídico peruano no reconoce adecuadamente el cuidado como causa real de la transferencia patrimonial y, por ello, no brinda mecanismos eficaces de protección para las personas mayores.

Asimismo, la jurisprudencia reciente de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema (en adelante, CS) refleja las consecuencias de esta deficiencia normativa, aunque desde otra perspectiva. En la Casación N.° 4742-2017 Cusco, unos padres octogenarios mantenían la propiedad registral de su vivienda, pero no podían usarla ni obtener recursos de ella para costear su propio cuidado, debido a que sus hijos adultos ocupaban el inmueble sin pagar renta ni tener justificación legal. Ante ello, la Corte Suprema los protegió mediante una interpretación constitucional del artículo 4, ya que el derecho civil no ofrecía una solución adecuada frente a esa situación de tolerancia posesoria.

De manera similar, en la Casación N.° 5589-2017 Lima, una mujer de 88 años enfrentó un proceso de desalojo iniciado por su propio hijo respecto de

intervención estatal y prácticamente nula regulación jurídico-privada del intercambio asistencial intradoméstico. Los regímenes *familistas* se diferencian en el grado en que esa responsabilidad familiar es meramente asumida sin apoyo de una política pública o, por el contrario, activamente impuesta por la ley o sostenida por transferencias de recursos (Saraceno, 2016). En el caso peruano, el *familismo* se manifiesta en su variante más inerte: la responsabilidad intrafamiliar del cuidado es presupuesta por el ordenamiento sin que este provea instrumentos contractuales para encauzarla con seguridad jurídica.

bienes cuya titularidad estaba en discusión. En ese caso, la Corte amparó su permanencia con base en los artículos 1 y 6 de la Constitución Política del Perú (en adelante, CPP) y en los deberes familiares previstos en la Ley 30490. Ambos casos demuestran que, cuando las relaciones entre patrimonio y cuidado se desarrollan en el ámbito familiar sin un marco contractual adecuado, las soluciones del derecho civil resultan insuficientes y las personas mayores terminan dependiendo de intervenciones constitucionales excepcionales. La protección aparece únicamente de manera casuística y extraordinaria, lo que evidencia la ausencia de un mecanismo preventivo general dentro del derecho privado.

Esta insuficiencia ha comenzado a recibir respuesta en la jurisprudencia constitucional con una elaboración de relevancia dogmática directa para la tesis del artículo. El Tribunal Constitucional (en adelante, TC), en el Expediente N.° 02031-2024-PHC/TC, ha sostenido que el derecho al cuidado del adulto mayor constituye "un auténtico derecho fundamental no enumerado nacido a partir de lo que representa el principio de dignidad humana y lo que tácita o implícitamente se desprende de los artículos 4 y 7 de la norma fundamental" (TC, 2026, fundamento 28). La misma sentencia define el abandono funcional como la situación en que, aun existiendo convivencia formal, el adulto mayor carece de la atención adecuada para su bienestar físico, psíquico o social (fundamento 23), y distingue ese derecho del mero trato preferente procesal ya reconocido por la jurisprudencia constitucional previa (fundamento 29). Si el derecho al cuidado tiene rango constitucional autónomo, el instrumento contractual privado que lo hace exigible funciona, en términos dogmáticos, como mecanismo de concretización voluntaria de un mandato que el ordenamiento ha reconocido, pero que el derecho civil aún no ha encauzado.

Por otro lado, la doctrina jurídica demuestra que la falta de estudios e investigaciones jurídicas sobre la materia se debe a la falta de integración entre los desarrollos doctrinales que han evolucionado de forma independiente respecto de las instituciones jurídicas de la familia y de los contratos. Por ejemplo, la apertura del CC hacia los contratos innominados fue analizada críticamente desde los primeros años de su vigencia (Benavides Torres, 1996) y, posteriormente, desarrollada de manera sistemática a partir del artículo 1353 del CC (De la Puente y Lavalle, 2017a), lo que proyectó la posibilidad de que el contrato generara efectos reales sobre la propiedad (Escobar Rozas, 2002; Forno Flórez, 1993). Sin embargo, ninguno de estos aportes vinculó dichas herramientas con la problemática concreta del cuidado de las personas adultas mayores.

Por su parte, la doctrina jurídica peruana, si bien ha desarrollado estudios

sobre los deberes de protección y cuidado derivados de relaciones contractuales, los sustenta en los principios de buena fe y de dignidad humana de la persona, reconocidos en el artículo 1 de la CPP (Morales Hervias, 2013). Aun así, esta construcción tampoco se aplicó al intercambio entre el patrimonio y la asistencia vitalicia. Del mismo modo, la doctrina registral desarrolló ampliamente los principios de la fe pública registral y de la inscripción de cláusulas resolutorias (Gonzales Barrón, 2022; Maya Lomparte, 2020; Mendoza del Maestro, 2015), aunque sin explorar su posible aplicación en contratos de naturaleza asistencial. De la misma forma, la doctrina sucesoria abordó técnicamente el anticipo de legítima (Ferrero Costa, 2012; Lohmann Luca de Tena, 2021), centrándose sobre todo en su función en el ámbito sucesorio, sin considerar las desigualdades en las relaciones de cuidado de las familias —entre ellas, las de los adultos mayores— que esta figura puede llegar a producir.

Por último, respecto a la doctrina constitucional peruana, reconoció la dignidad de la persona humana como un principio rector de todo el ordenamiento jurídico (Landa Arroyo, 2000). Sin embargo, ese desarrollo no llegó a concretarse en una herramienta contractual privada orientada específicamente a esta problemática. En consecuencia, persiste una ausencia doctrinal que resulta insuficiente para responder adecuadamente a las necesidades del cuidado de las personas adultas mayores, lo que hace necesaria una articulación más integral entre estos enfoques.

Por su parte, el marco normativo comparado ofrece, en este contexto, ejemplos de soluciones jurídicas relevantes para abordar dicha problemática. Por un lado, el derecho comparado ofrece elaboraciones pertinentes cuya función metodológica es la validación puntual de soluciones, no el trasplante normativo. La doctrina española, activa desde la Ley 41/2003, ha precisado la naturaleza onerosa, sinalagmática y aleatoria del contrato de alimentos regulado en los artículos 1791 a 1797 del CC español; los estudios de Ragel Sánchez (2004), Echevarría de Rada (2006), Vivas Tesón (2024) y Calaza López (2016) han desarrollado, entre otros aspectos, la coexistencia de un *alea* temporal y un *alea* cualitativo que el Tribunal Supremo español ha consagrado. La elaboración gallega sobre el contrato vitalicio, regulada en los artículos 147 a 156 de la Ley 2/2006 y estudiada por Mariño de Andrés (2016), ofrece una variante configuracional de contraste.

Por otro lado, la doctrina italiana aportó la categoría de la *meritevolezza degli interessi* (merecimiento de tutela de los intereses) en el análisis de los contratos atípicos (Roppo, 2009), desarrolló los efectos restitutorios de la resolución por

incumplimiento en perspectiva comparada con el sistema peruano (Nicolussi y Troncoso, 2023) y documentó las consecuencias estructurales del *familismo* sobre el cuidado de los mayores (Saraceno, 2010, 2016; Tognetti Bordogna y Ornaghi, 2012). En el plano latinoamericano, el examen de la viabilidad del contrato de alimentos vitalicios en Cuba, como respuesta al vacío que el testamento y la donación no cubren (Muñoz Alfonso et al., 2018), confirma que el problema peruano responde a una insuficiencia regional de los sistemas *familistas* frente a la demanda asistencial del envejecimiento. En todos los casos, el valor de esas referencias reside en verificar que las soluciones dogmáticas que el sistema peruano ya contiene son equivalentes —o superiores— a las que esos ordenamientos han construido mediante intervención legislativa expresa.

Por lo expuesto, la hipótesis jurídica propuesta sostiene que el CC contiene los presupuestos dogmáticos-jurídicos necesarios para la construcción de un contrato atípico de alimentos con eficacia sinalagmática, resolución automática en caso de incumplimiento del deber de cuidado y oponibilidad real frente a terceros de los mayores de edad. En ese sentido, la articulación entre la atipicidad reconocida por el art. 1353, la cláusula resolutoria prevista en el art. 1430 y la posibilidad de inscripción registral prevista en el art. 2019, todos del CC, permite configurar una estructura jurídica de carácter triádico con una mayor capacidad de protección que la que hoy ofrece el anticipo de legítima, sin afectar el orden público sucesorio.

Por otra parte, la propuesta también tiene una dimensión teleológica e *iusnaturalista*. Con el objeto particular del contrato, se busca proteger un bien humano elemental cuya importancia como derecho fundamental ha sido reconocida por el propio TC. De acuerdo con este enfoque, la interpretación de las normas habilitantes ha de estar orientada a la protección efectiva del mismo. A este respecto, el artículo plantea una reflexión moderada de *lege ferenda* sobre las ventajas que podría aportar una regulación normativa expresa de esta figura contractual. Sin embargo, se sostiene que la ausencia de una norma específica no incide ni en la viabilidad ni en la eficacia de la construcción propuesta.

La metodología empleada es un análisis dogmático-jurídico y sistemático del derecho registral y contractual peruano, complementado con una revisión crítica de la jurisprudencia peruana y comparada en la materia. Hay que precisar que la exposición de marcos normativos extranjeros se realiza de forma complementaria y como elementos de validación puntual, sin ánimo de desarrollar un estudio comparativo autónomo de otros ordenamientos jurídicos (Seminario-Hurtado y Bejarano-Cuadrao, 2025).

Finalmente, el análisis se realiza en dos etapas. En una primera fase, se parte de la constatación de las limitaciones funcionales del anticipo de legítima y de otras alternativas existentes, incluida la simulación, para luego construir dogmáticamente el contrato propuesto en sus dimensiones causales, sinalagmáticas, subjetivas, resolutorias y registrales, junto con la respectiva fundamentación teleológica e *iusnaturalista*. En una segunda fase, se examina cómo los tres pilares del modelo se articulan operativamente a lo largo de la ejecución temporal del contrato y, por último, se realiza una discusión de *lege ferenda* sobre la conveniencia de una eventual regulación expresa.

## 2. La insuficiencia funcional del anticipo de legítima como instrumento de protección del adulto mayor

### 2.1 El anticipo de legítima como sustituto funcional del cuidado

Por su parte, el artículo 831 del CC define el anticipo de la legítima a partir de su función colacionable, al señalar que las donaciones recibidas por los herederos forzosos del causante "por cualquier título". En consecuencia, deben considerarse un anticipo de la herencia para efectos de colación, salvo dispensa expresa. Sobre ello, la normativa sucesoria no regula una figura autónoma propia; por el contrario, la atribuye como una calificación jurídica determinada por ciertas donaciones, según quién las recibe y el efecto que producen sobre los futuros herederos, salvo que el causante haya dicho expresamente que no se computarán.

Por lo tanto, las partes que intervengan en este tipo de acto se determinan a partir del artículo 724 del CC, que delimita quiénes son herederos forzosos: descendientes y ascendientes, así como el cónyuge y, cuando corresponda, el integrante sobreviviente de la unión de hecho. La restricción subjetiva es, por tanto, parte esencial de la institución, ya que el anticipo de legítima no puede celebrarse válidamente con un hermano, un sobrino, un cuidador profesional ni con cualquier otra persona ajena, de conformidad con el derecho sucesorio peruano.

Del mismo modo, la configuración normativa de la figura determina que su causa jurídica sea sucesoria, por lo tanto, la doctrina nacional ha señalado que el "anticipo de legítima con dispensa de colación" constituye "una antinomia, una contradicción, un imposible jurídico" (Lohmann Luca de Tena, 2021, p. 3), debido a que la dispensa elimina el efecto colacionable que justifica considerar la donación como anticipo de legítima. Desde una perspectiva dogmática,

entonces, se trata de una donación pura sometida a determinadas reglas de imputación hereditaria, sin que el ordenamiento jurídico le otorgue contenido obligacional de cuidado ni mecanismos que le permitan al donante exigirlo jurídicamente.

Ante dicha problemática, surge la denominada "deformación funcional de la figura". En la práctica social, el anticipo de legítima suele utilizarse con la expectativa de que quien recibe el bien le brinde asistencia o cuidado al adulto mayor. Sin embargo, esa expectativa no encuentra respaldo en la estructura jurídica del acto, que no fue diseñada para garantizar obligaciones asistenciales (Aliaga Castillo, 2011).

La gratuidad inherente al anticipo resulta clave para comprender las consecuencias de esta situación. El donatario recibe el bien sin asumir una contraprestación equivalente y, cuando existe una expectativa de cuidado, esta permanece en el plano moral, sin adquirir una exigibilidad civil autónoma. La causa jurídica del acto se limita, así, a la transmisión anticipada de una cuota hereditaria, mientras que la expectativa de asistencia queda fuera del sinalagma contractual.

En otras palabras, se explica por qué muchas personas adultas mayores que transfieren su patrimonio bajo la expectativa tácita de recibir cuidado terminan, desde el momento mismo de la suscripción notarial, desprendiéndose del principal instrumento que podría garantizarles control jurídico sobre la asistencia que motivó la operación. En consecuencia, la condición de donante no constituye únicamente una categoría formal, sino que también determina el alcance de los mecanismos de protección disponibles y, con ello, el nivel de vulnerabilidad en el que puede quedar la persona adulta mayor (Calaza López, 2016).

### 2.2 El régimen revocatorio y sus presupuestos de activación

El artículo 1637 del CC le atribuye al donante la facultad de revocar "por las mismas causas de indignidad para suceder y de desheredación". La remisión alcanza tanto al catálogo taxativo del artículo 667 como a las causales de los artículos 744 a 746 del CC. En contextos de abandono asistencial, las causales pertinentes son la condena firme por delito doloso en agravio del donante (artículo 667, inciso 2 del CC), la sanción firme por violencia familiar en su perjuicio (artículo 667, inciso 6 del CC), el incumplimiento de la obligación legal de alimentos planteado como tal en la vía judicial (artículo 667, inciso 7 del CC), el haber negado sin motivo justificado los alimentos o haber abandonado

al donante ascendiente "encontrándose éste gravemente enfermo o sin poder valerse por sí mismo" (artículo 744, inciso 2 del CC) y el maltrato de obra o las injurias graves y reiteradas en su contra (artículo 744, inciso 1 del CC). Todas esas causales comparten un presupuesto común: exigen un pronunciamiento previo en sede penal o en sede civil. La Sala Civil Permanente de la CS ha precisado, en la Casación N.° 3073-2016 Lima, que la indignidad del inciso 1 del artículo 667 del CC presupone que el beneficiario haya actuado "como autor o cómplice" en un proceso penal concluido con condena; esa misma lógica se extiende a los demás incisos que remiten a condenas o sentencias firmes. La activación del remedio revocatorio queda así subordinada a un proceso judicial previo que el donante no controla y cuyo resultado llega, en la mayoría de los casos, demasiado tarde.

Las restricciones formales del régimen agravan ese problema de activación. El artículo 1638 del CC establece que "no pasa a los herederos la facultad de revocar la donación", de modo que, si el adulto mayor fallece antes de obtener la revocación, la acción se extingue y el bien permanece en el patrimonio del donatario de manera definitiva. Por su parte, el artículo 1639 del CC contempla un plazo de caducidad de seis meses desde que sobrevino alguna de las causas establecidas en el artículo 1637, plazo que puede haberse consumado antes de que el donante tome en consideración el momento en el que ocurre el hecho generador, o incluso antes de que se obtenga la condena previa que la causal exige. Aunado a ello, el artículo 1640 del CC establece que la revocación no produce efecto alguno si dentro de los sesenta días de ser formulada por el donante no se comunica en forma indubitable al donatario o a sus herederos. Esa carga formal de notificación puede resultar de difícil cumplimiento para un adulto mayor en situación de dependencia. Así, el conjunto de estas exigencias convierte la revocación, en la práctica, en un mecanismo poco eficaz y de limitada aplicación frente a los casos comunes de abandono asistencial.

Por otro lado, el artículo 1631 del CC brinda una solución parcial que el régimen de revocación no contempla: la cláusula de reversión. Es decir, la norma autoriza explícitamente establecerla "sólo en favor del donante", con la advertencia de que "la estipulada en favor de un tercero es nula, pero no producirá la nulidad de la donación". Esto quiere decir que, si el anticipo incorpora esta estipulación, el donante podría recuperar el bien cuando se incumpla la condición pactada, sin necesidad de acreditar ninguna de las causales previstas en el artículo 1637 del CC. Sin embargo, esta cláusula debe pactarse expresamente al momento de celebrarse el acto, ya que no podría incorporarse después.

Sobre ello, el Tribunal Registral, mediante la Resolución N.° 1075-2012-SUNARP-TRL, ha indicado que la cláusula de reversión debe inscribirse en el Registro de Predios junto con la donación para que produzca efectos frente a terceros. No obstante, en la mayoría de los anticipos otorgados en la práctica notarial peruana, dicha cláusula no suele incorporarse, ya sea por deficiencias en el asesoramiento legal o por la confianza familiar que normalmente rodea este tipo de actos. Por lo tanto, el donante queda desprovisto de la única herramienta contractual que el ordenamiento le ofrece para recuperar el bien mediante un acuerdo entre las partes.

### 2.3 La posición del adulto mayor en la jurisprudencia civil reciente

La jurisprudencia civil de la CS sobre el adulto mayor permite advertir que, exista o no anticipo de legítima, el ordenamiento civil peruano propone una solución cuando el patrimonio y el cuidado se encuentran vinculados sin haber sido formalizados mediante un contrato. Por una parte, el Cuarto Pleno Casatorio, recaído en la Casación N.° 2195-2011 Ucayali, fijó como fundamento jurídico vinculante la noción amplia del ocupante precario: es precario quien ocupa un inmueble sin pagar renta y sin título que justifique la posesión, o cuando dicho título ya ha vencido. Sin embargo, la jurisprudencia posterior ha precisado que no todos los supuestos familiares pueden analizarse de la misma manera; es decir, cuando la ocupación responde únicamente a fines de parentesco, junto con vínculos de tolerancia, amabilidad y respeto, sin ningún tipo de contraprestación ni otra razón jurídicamente relevante, el ocupante puede ser considerado precario y, por tanto, sujeto a desalojo (Argelich-Comelles, 2023).

Por otro lado, distinta es la situación en la que existen circunstancias que puedan otorgar algún tipo de legitimidad a la permanencia en el inmueble; entre ellas, la Casación N.° 2195-2011 Ucayali destaca las labores de acompañamiento familiar, asistencia y cuidado, específicamente en los casos de deberes legales o vínculos de solidaridad familiar. En estos casos, el ocupante podría contar con una causa posesoria que no puede ser ignorada y que el juez del proceso sumarísimo debe examinar antes de ordenar el desalojo. Para Rey Castelao (2021), quien analiza disputas familiares sobre bienes y herencia, una relación familiar en el ámbito civil no constituye, por sí sola, un acto de tolerancia ni un título posesorio suficiente. Lo determinante es el contenido jurídico y material de dicha relación, en particular la existencia de deberes efectivos de cuidado, asistencia o apoyo familiar que justifiquen la ocupación del bien.

Por lo tanto, consideramos que esta distinción genera consecuencias en el ordenamiento jurídico al no resolverse de manera eficiente en ninguna de sus dos variantes. Es decir, cuando un familiar ocupa el bien y no acredita ninguna justificación, no aporta contraprestación alguna e incluso carece de título que legitime la posesión, el titular adulto mayor puede recuperar el inmueble mediante la vía procesal sumarísima del desalojo por ocupación precaria. Al respecto, la Casación N.° 4742-2017 Cusco constituye un ejemplo paradigmático de este supuesto: unos padres octogenarios, titulares registrales del inmueble, demandaron el desalojo de sus cinco hijos adultos, quienes residían en el bien inmueble familiar sin pagar renta ni acreditar justificación alguna, llegando incluso a impedir el acceso de los propietarios.

En ese sentido, la Sala Superior declaró infundada la demanda aplicando de manera extensiva el derecho de uso familiar regulado en el artículo 1028 del CC, no obstante, la Corte Suprema casó dicha sentencia y amparó la pretensión de los demandantes a partir de una interpretación del artículo 4 de la CPP que reconoce la especial protección de las personas de la tercera edad, así como su cuidado y subsistencia. La tutela sí se concedió al final, pero ello exigió recurrir a argumentos constitucionales que, por sí solos, la dogmática civil patrimonial no proporcionaba de manera suficiente y autónoma.

En la casación en cuestión, la Corte indicó que cuando el familiar ocupante ya es propietario del bien según el registro, la situación del adulto mayor se debilita considerablemente en el proceso sumarísimo de desalojo, aunque ello no significa que no haya protección civil alguna. En este sentido, entendemos que la inscripción registral es una prueba esencial, por lo que el anterior propietario no podrá impugnar la validez del título en el mismo proceso, sino que deberá acudir a la vía ordinaria mediante acciones como la nulidad del acto jurídico o el mejor derecho de propiedad, ambas caracterizadas por una mayor complejidad probatoria y una duración considerablemente mayor.

Por último, la Casación N.° 5589-2017 Lima, con meridiana claridad, manifestó el aludido desplazamiento procesal. Es el caso de una madre de 88 años que fue demandada por su propio hijo para que desalojara un bien inmueble del que ella discutía la titularidad. En ese sentido, la Corte Suprema, para fundamentar su permanencia en el inmueble, se basó en los artículos 1 y 6 de la CPP y en el 7.1.b de la Ley 30490, señalando que estimar la demanda comprometería la subsistencia de la demandada (fundamento jurídico 6). Pero se remitió la cuestión de la validez del título al proceso de conocimiento. En ambos casos, la respuesta del sistema llega tarde, lo que obliga al adulto mayor

a atravesar procesos incompatibles con la urgencia asistencial propia de estos conflictos.

Luego del análisis presentado de las casaciones, consideramos que estas evidencian la falta de uniformidad en la posición familiar, así como la ausencia de un encuadre contractual claro. Por lo tanto, determinar si la ocupación familiar posee o no una causa justificante exige, sin lugar a dudas, un examen judicial casuístico en el que el argumento constitucional opera como sustituto de una solución propia del derecho privado que el ordenamiento no ofrece de manera suficiente. Por lo expuesto, la protección del adulto mayor depende de que el juzgador identifique el caso como una situación especialmente cualificada y de que las circunstancias fácticas permitan activar el mandato constitucional como correctivo del resultado al que conduciría la aplicación estricta de las reglas civiles ordinarias (Xie et al., 2024; Zulkipli et al., 2026).

### 2.4 La subsidiariedad del auxilio constitucional como síntoma del déficit preventivo

Los medios probatorios, la dilación procesal y el formalismo sustantivo conforman un cuadro de protección que, en la práctica, solo puede hacerse efectivo mediante la intervención excepcional del derecho constitucional (Seminario-Hurtado y Cuadros-Rodriguez, 2025). Al respecto, el TC, en el auto N.° 02214-2014-PA/TC, resaltó la importancia de la celeridad procesal cuando interviene en procesos judiciales un adulto en situación de vulnerabilidad etaria (fundamento jurídico 30). Con todo ello, la realidad sustantiva del derecho civil peruano es estructuralmente lenta: una persona adulta mayor que pretenda revocar un anticipo por abandono asistencial podría tener que afrontar años de litigio durante los cuales el activo necesario para financiar su cuidado permanecerá fuera de su alcance y cuya pretensión caducará a los seis meses si no actúa con la prontitud que su situación difícilmente le permite.

En otro sentido, el TC, en sus sentencias pronunciadas en los Expedientes N.° 00544-2022-PHC/TC y N.° 02533-2023-PHC/TC, coincide en la importancia del cumplimiento del principio de celeridad procesal, que exige llevar el conflicto ante los tribunales y acudir a la protección constitucional. Esto se incrementa con lo dispuesto en la sentencia del Expediente N.° 02031-2024-PHC/TC, que establece el reconocimiento del derecho al cuidado como un derecho fundamental autónomo, creando así un hito en materia de adultos mayores, por lo que su cumplimiento es obligatorio en todas las materias, inclu-

so en las normas civiles, donde debería funcionar con carácter preventivo. Esta afirmación, que se percibe en la jurisprudencia estudiada, constituye la base empírica que evidencia la necesidad de desarrollar una figura contractual específica que regule el intercambio de patrimonio por cuidado vitalicio, finalidad a la que se orienta el estudio que sigue.

## 3. Las alternativas conocidas y sus limitaciones estructurales

### 3.1 La donación con reserva de usufructo y los confines del derecho real estático

Con frecuencia se formula, contra la necesidad de crear una figura contractual atípica para canalizar el intercambio patrimonio-cuidado, una objeción técnica de cierta importancia: se sostiene que el sistema peruano ya prevé la donación con reserva de usufructo. En esta operación, el cedente sigue teniendo las facultades de usar y disfrutar del bien, entregándole al donatario únicamente la nuda propiedad; de esta suerte, el adulto mayor mantiene título real sobre el uso del inmueble y no puede ser desalojado de este mientras dure el usufructo. Así lo define el artículo 999 del CC: es el derecho "que faculta para usar y disfrutar temporalmente de un bien ajeno" (Coca Guzmán, 2025). Si el usufructo se constituye con carácter vitalicio, esas facultades permanecen en el donante hasta su fallecimiento.

La objeción resulta relevante porque en esta se ha captado una verdad parcial. El usufructo de reserva protege al cedente frente al desplazamiento material del inmueble y elimina el riesgo de desalojo; en ese sentido, la figura tiene una eficacia real inmediata. El problema es que el usufructo no genera ninguna obligación de cuidado personal respecto del nudo propietario. El CC, en su artículo 1021, enumera taxativamente las causales de extinción del usufructo, entre las cuales se encuentran el abuso del propio usufructuario (inciso 6), el vencimiento del plazo (inciso 1) y su muerte (inciso 4). De estas causales, ninguna se aplica al incumplimiento de los deberes asistenciales del nudo propietario; la causal de abuso se refiere a la conducta del propio usufructuario, no a la omisión de quien recibió el bien. Por ello, el ordenamiento no le permite al transferente recuperar la nuda propiedad si el nudo propietario suspende el cuidado, reduce las visitas o abandona al usufructuario a su suerte, a esa sola base. El usufructo protege el uso del bien, pero nada dice respecto de la asistencia a la persona, que es precisamente la prestación que originó la transmisión.

A esa limitación dogmática se suma una restricción material. El usufructo es un derecho real, que en su configuración legal "confiere las facultades de usar

y disfrutar temporalmente de un bien ajeno" y que, por definición, "puede recaer sobre toda clase de bienes no consumibles" (artículo 999 del CC). Ese objeto particular hace que la institución funcione con eficiencia cuando el patrimonio transferido coincide con el inmueble que el transferente habita, pero que no es capaz de gestionar intercambios en los que lo transferido sea dinero, valores mobiliarios, participaciones societarias u otros derechos de naturaleza diversa, porque esos activos o son consumibles o son fungibles y quedan fuera del ámbito de aplicación del usufructo por la misma razón que los artículos 1018 a 1020 del CC los someten a régimen especial (Coca Guzmán, 2025).

Pero, al revés que en el contrato de alimentos, tal limitación no existe: la experiencia comparada confirma que el capital transmitido a cambio de la prestación de cuidados puede consistir en "cualquier clase de bienes y derechos" (artículo 1791 del Código Civil español, en adelante, CC español), de tal modo que el instrumento admite configuraciones que el usufructo simplemente no puede abarcar (Ragel Sánchez, 2004). Por otra parte, hay que señalar que ambas figuras no son excluyentes, pues nada impide que el contrato atípico de alimentos contemple, entre sus cláusulas accesorias, la constitución de un usufructo vitalicio sobre el inmueble transferido en favor del propio cedente. Así pues, la donación con reserva de usufructo no es sustitutiva de la figura propuesta, sino, a lo sumo, una protección real parcial que puede coexistir con ella sin desplazarla.

### 3.2 La donación modal y la naturaleza accesoria del cargo

Una segunda solución, que suele presentarse como capaz de producir el nexo jurídico entre la transmisión patrimonial y la ayuda esperada, es la donación con cargo, también llamada "donación modal". El cargo es una obligación accesoria que grava al donatario como condición para que pueda gozar de la liberalidad; tanto el donante como el donatario están facultados para exigir su cumplimiento conforme al artículo 185 del CC; y el artículo 186 del CC le permite al juez fijar el término de la ejecución cuando las partes no lo hubieren establecido. Por tanto, el cargo de cuidado puede ser estipulado contractualmente y exigido procesalmente, lo que le confiere una apariencia de eficacia de la que la donación pura carece.

La objeción dogmática decisiva es, sin embargo, que el cargo no eleva la donación a acto oneroso ni constituye una contraprestación causal. La doctrina contractual peruana ha sostenido de manera uniforme que el cargo es un

limitador del beneficio recibido, no un equivalente de la prestación cedida; el donatario, aun gravado con la obligación asistencial, recibe más de lo que da, y esa diferencia es la que califica jurídicamente la operación como liberalidad (De la Puente y Lavalle, 2017a). Así lo afirma el artículo 187 del CC al establecer que el gravado "no está obligado a cumplirlo en la cuantía en que exceda el valor de la liberalidad": cuando el cuidado exigido supere económicamente el valor del bien recibido, el donatario puede oponerse con fundamento en su cumplimiento. Esa norma evidencia la asimetría estructural de la figura: el cuidado comprometido depende, en última instancia, de la proporción entre su costo y el valor del bien y no de la voluntad del adulto mayor ni de la intensidad de su situación de dependencia.

Por otra parte, el remedio ante el incumplimiento del cargo no constituye un mecanismo resolutorio automático. El artículo 185 del CC solo admite la exigencia procesal del cargo como obligación que subsiste; la vía es la demanda de cumplimiento, sin que el acto de disposición tenga efecto resolutorio directo. La revocación por incumplimiento de la donación requiere, además, la acreditación de alguna de las causales del artículo 1637 del CC, con todos los presupuestos de activación ya examinados en el apartado anterior. En caso de prosperar la revocación, el artículo 1642 del CC establece que el donante debe "abonar al donatario el valor del servicio prestado o del cargo satisfecho", lo que implica una obligación de compensación hacia quien cumplió la carga, aunque sea parcialmente (Mendoza Vásquez, 2022).

El conjunto de estas circunstancias hace que la tarea de obtener el remedio resulte muy compleja para quien se encuentra en situación de dependencia y urgencia asistencial. La diferencia con el contrato atípico de alimentos es notoria: mientras que el primero sitúa al adulto mayor como contratante oneroso cuya prestación de *dare* encuentra su causa en la prestación recíproca de *facere*, la donación modal lo mantiene en la categoría de donante, con todas las consecuencias probatorias y sucesorias que ello conlleva.

### 3.3 La simulación y la precariedad del acuerdo oculto

Una tercera vía, de frecuencia práctica notable cuando el cuidador buscado es una persona ajena al círculo de herederos forzosos, es la simulación. La práctica consiste en celebrar formalmente una compraventa o donación, reservando en un contradocumento la estipulación de asistencia vitalicia a cambio del bien transferido (García Sayán, 2005). Esta situación es más grave si el adulto mayor

formaliza esta operación ante un notario, porque entonces el acto adquiere apariencia de plena validez jurídica, aunque el precio o la contraprestación nunca se efectúen realmente, de modo que el adulto mayor puede haber perdido su bien sin que el ordenamiento jurídico ordinario ofrezca un remedio inmediato (Alban Villena et al., 2026).

Ese arreglo puede calificarse como una simulación de los efectos del art. 191 del CC: las partes "han querido realizar un acto distinto del aparente", así que el acto oculto, es decir, el acuerdo de cuidado, "produce efectos entre ellas [...] siempre que concurran los requisitos de sustancia y de forma y no perjudique el derecho de tercero". La alternativa no está desprovista de base normativa, pero su eficacia como herramienta de defensa del adulto mayor es estructuralmente dudosa, pues el análisis jurídico debe centrarse en el negocio oculto y no en el aparente (García Fariña et al., 2025).

La primera limitación se refiere al carácter probatorio. La simulación queda acreditada, en ausencia de contradocumento incorporado al proceso, mediante prueba indiciaria: circunstancias del negocio, ausencia de contraprestación real, comportamiento de las partes y la relación entre ellas (García Sayán, 2005). Tal carga es muy pesada para el adulto mayor, cuya situación dependiente y su limitada capacidad para gestionar el proceso reducen sus posibilidades de mantener un litigio declarativo prolongado.

La segunda limitación es la protección de terceros. Eso dice el artículo 194 del CC, que establece que "la simulación no puede oponerse [...] al que de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos del titular aparente"; si el bien cambió de manos antes de que la simulación sea declarada, el adulto mayor pierde la posibilidad de recuperarlo por esa vía.

La tercera limitación es formal. El art. 191 del CC hace depender la eficacia del acto oculto de la concurrencia de los requisitos de sustancia y de forma; un acuerdo de cuidado que importe la transmisión de un inmueble requiere escritura pública, requisito que el contradocumento no suele cumplir, lo que puede privar al acto oculto de eficacia como título de recuperación del bien, aun cuando la simulación sea declarada judicialmente.

A esas limitaciones se suma el riesgo de que la operación se tipifique como fraude a la ley o se cruce con acciones de impugnación de acreedores del titular aparente, lo que amplía el ámbito de litigiosidad y reduce la certeza del resultado. La acción para solicitar la nulidad del acto simulado, prevista en el artículo 193 del CC, puede ser ejercida por las partes y por el tercero perjudicado. No obstante, su tramitación en el proceso ordinario le impone al adulto mayor

un horizonte temporal incompatible con la urgencia asistencial que motivó la operación (Morales Hervias, 2006). La simulación, entonces, posterga el problema sin resolverlo: transforma la insuficiencia del régimen de cuidado en un conflicto de prueba y calificación jurídica cuya resolución judicial llega, casi siempre, demasiado tarde para quien la inició.

### 3.4 La renta vitalicia y el confín del intercambio dinerario

Ahora bien, agotadas las tres alternativas anteriores, se encuentra la renta vitalicia, disciplinada en los arts. 1923 y siguientes del CC, los cuales presentan limitaciones de diferente orden, pero igualmente relevantes. Así lo define el artículo 1923 del CC: el contrato mediante el cual "se acuerda la entrega de una suma de dinero u otro bien fungible, para que sea pagada en los períodos convenidos", de modo que el objeto de la prestación periódica es monetario o de naturaleza fungible. La figura puede constituirse a título oneroso o gratuito y exige escritura pública, bajo sanción de nulidad, conforme al artículo 1925 del CC. Su estructura es, en ese sentido, formalmente sólida; su limitación, en cambio, reside en el contenido mismo de la obligación que articula.

La renta vitalicia es una relación entre un capital y una serie de pagos periódicos, en la que no existen obligaciones recíprocas respecto de las prestaciones de cuidado personal, asistencia médica, compañía afectiva o convivencia. En efecto, no importa quién sea el deudor de la renta, porque la obligación es hereditaria —conforme al artículo 1929 del CC— y es cedible o embargable, ya que el artículo 1932 del CC declara nulo el pacto que prohíba estos actos respecto de la renta constituida a título oneroso. Esta indiferencia respecto de la persona del deudor se opone al carácter *intuitu personae* intrínseco de la prestación asistencial, cuya calidad depende de la cercanía, la entrega y la disposición personal del cuidador (Calaza López, 2016).

La doctrina española ha señalado con precisión técnica la diferencia al sostener que, en el contrato de alimentos, "la aleatoriedad no depende sólo del tiempo, sino también de las variaciones de las necesidades del alimentista" (Echevarría de Rada, 2006, p. 3476), elemento que la renta vitalicia no puede acoger por su configuración legal. En ese sentido, el régimen de incumplimiento confirma dicha conclusión. Así lo dispone el artículo 1934 del CC, que al acreedor, por el incumplimiento de pago de pensiones vencidas, sólo le reconoce el derecho a "reclamar el pago de aquéllas y el aseguramiento de las futuras", sin que proceda a la resolución con devolución del capital entregado.

Esta consecuencia confirma que la figura es un producto financiero de complemento económico, cuya utilidad, en el contexto del cuidado integral del adulto mayor, se limita al ámbito monetario. Esa cobertura estrictamente económica deja fuera la prestación personal que la situación de dependencia del cedente necesita.

### 3.5 Balance funcional ante la persistencia del vacío

De estas cuatro alternativas anteriores se obtiene el mismo balance dogmático. Ninguna de ellas cumple simultáneamente las tres condiciones que plantea el problema: la integración normativa de la transmisión patrimonial con una obligación dinámica de cuidado personal, exigible como prestación principal; la disponibilidad de un remedio resolutorio automático en caso de incumplimiento, sin necesidad de un proceso constitutivo previo; y la oponibilidad del conjunto frente a terceros adquirentes y acreedores del cuidador mediante inscripción registral. Si se compara cada alternativa con ese único criterio funcional, la comprobación resulta evidente (Calaza López, 2016; Echevarría de Rada, 2006).

La donación con reserva de usufructo protege el uso del bien, pero no la asistencia a la persona. La donación modal genera una obligación de cuidado exigible, pero no es una contraprestación causal ni le confiere al donante el derecho a la resolución automática. La simulación permite la eficacia del pacto de cuidado, pero lo somete a una prueba indiciaria que el sistema jurídico no admite y a una protección del tercero que puede resultar inatacable. La renta vitalicia, en cambio, regula eficazmente el intercambio monetario, pero excluye, por definición, la prestación personal (Calaza López, 2016). Cada figura, pues, incluye una dimensión parcial del problema; ninguna lo incluye en su totalidad.

Estos vacíos continuos ante cada una de esas alternativas no son un defecto menor del sistema, sino que obedecen a que ninguna fue diseñada para cumplir esa función específica. La respuesta, pues, no puede venir de una interpretación extensiva de cualquiera de estas figuras, sino de la construcción autónoma de una que integre los elementos que cada una aporta parcialmente. Esa premisa dogmática justifica la utilización de la atipicidad contractual habilitada por el artículo 1353 del CC, cuya viabilidad y contenido en el sistema peruano serán materia de análisis autónomo en el siguiente apartado.

## 4. La delimitación dogmática del contrato atípico de alimentos en el sistema peruano

### 4.1 La habilitación normativa del artículo 1353 y el principio de libertad contractual

El artículo 1354 del CC establece el alcance de esa libertad: "[L]as partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a una norma legal de carácter imperativo". La autonomía privada en su dimensión configuradora interna admite, por lo tanto, la creación de figuras que el legislador no tipificó, con el único límite de que su contenido no contraríe mandatos imperativos. Esa facultad tiene, además, sustento constitucional expreso: el artículo 2, inciso 14 de la CPP reconoce el derecho de toda persona a "contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público", con lo que la libertad contractual adquiere el rango de derecho fundamental (Landa Arroyo, 2017).

Debemos anotar, sin embargo, que el propio artículo 1354 del CC no regula expresamente la consecuencia jurídica de la violación de una norma imperativa, laguna que, a diferencia del sistema italiano, no fue cubierta por el legislador peruano (Morales Hervias, 2006). La sanción de nulidad para esos casos opera, en el ordenamiento peruano, por vía del artículo V del Título Preliminar del CC, que cubre los actos contrarios al orden público y a las buenas costumbres, sin que exista una cláusula normativa general equivalente al artículo 1418 del Código Civil italiano.

Es un contrato que intercambia la transmisión de un patrimonio por el compromiso de una prestación vitalicia de cuidado personal y no se opone a ninguna norma imperativa del CC, porque su objeto y su causa son totalmente lícitos. Esa verificación es necesaria, pero no suficiente: la doctrina, importando la categoría italiana de la *meritevolezza degli interessi* (merecimiento de tutela de los intereses), exige que el contrato atípico persiga un interés digno de protección según el ordenamiento jurídico (Roppo, 2009). Así, el artículo 1322 del Código Civil italiano, que sirve de fuente a esa elaboración, dice que los contratos innominados deben "estar dirigidos a realizar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico". El CC peruano no contiene esa exigencia en términos explícitos, pero la doctrina nacional la ha incorporado por vía de los artículos 1354 y 1362 del CC, este último, sobre el deber de buena fe (Morales Hervias, 2002). La *meritevoleza* del contrato atípico de alimentos no plantea dificultad alguna: el interés en obtener cuidado personal vitalicio a cambio de la transmisión de un bien es un interés reconocido por el TC como

derecho fundamental no enumerado en el Expediente N.° 02031-2024-PHC/TC (fundamento 28). Si el derecho al cuidado tiene rango constitucional autónomo, el instrumento contractual que lo concreta entre privados realiza, por definición, un interés merecedor de tutela.

### 4.2 La estructura sinalagmática y la causa concreta del contrato

La diferencia dogmática central entre el contrato atípico de alimentos y las alternativas examinadas en el apartado anterior reside en la estructura causal. En el anticipo de legítima, la causa es sucesoria y la operación es, jurídicamente, una liberalidad; en la donación modal, la causa sigue siendo la liberalidad, moderada por un cargo que no alcanza la condición de contraprestación. En el contrato atípico de alimentos, en cambio, la causa es onerosa y sinalagmática: la transferencia patrimonial y el cuidado vitalicio son prestaciones recíprocas que se justifican la una en la otra, de modo que ninguna tendría razón de ser sin la correlativa (Roppo, 2009).

Esta estructura obliga a examinar la causa concreta del contrato o, lo que es lo mismo, la función económico-individual que las partes han determinado al configurar sus prestaciones. La doctrina contractual peruana ha desarrollado ampliamente esa categoría, precisando que la causa concreta permite identificar el tipo de intercambio verdaderamente querido y calibrar si el remedio solicitado por incumplimiento es coherente con dicha función (De la Puente y Lavalle, 2017b; Forno Flórez, 1993). En el contrato atípico de alimentos, la causa concreta es inequívoca: el cedente transfiere su patrimonio porque quiere cuidado personal vitalicio y el cuidador asume esa obligación porque quiere el bien. Si el cuidado cesa, la causa de la transferencia patrimonial desaparece con él; por ello, el remedio resolutorio no es una sanción al incumplidor, sino la consecuencia lógica de que la causa que justificó la prestación ejecutada ha dejado de existir.

Así también, la reciprocidad estructural de las prestaciones genera deberes de protección que la doctrina jurídica ha fundado tanto en el art. 1362 del CC como en la dignidad de la persona consagrada en el art. 1 de la Constitución (Morales Hervias, 2013). Estos principios no se agotan en las prestaciones expresamente pactadas, sino que alcanzan, como consecuencia del principio de buena fe, las conductas necesarias para no frustrar el interés del acreedor en obtener una asistencia continua, oportuna y adecuada a sus necesidades. Es esta dimensión implícita de la obligación la que permite que el contrato se ajuste

dinámicamente a la evolución del estado de salud del cedente, con lo cual el contrato se distingue funcionalmente del de la renta vitalicia.

### 4.3 La naturaleza aleatoria y la distinción respecto de la renta vitalicia

El contrato atípico de alimentos es un contrato aleatorio conforme al artículo 1441 del CC: las ventajas o pérdidas para ambas partes dependen de un acontecimiento incierto. La incertidumbre no afecta solo la duración del vínculo, ligada a la vida del cedente, sino también la intensidad y costo de las prestaciones de cuidado, cuya cuantía varía con el estado de dependencia del beneficiario. La doctrina española denomina ese fenómeno como la coexistencia de un *alea* temporal, referido a la duración del contrato, y un *alea* cualitativo, referido a la variabilidad de las necesidades del alimentista: la obligación del cuidador es más onerosa cuanto mayor es la dependencia del cedente y más largo es su tiempo de vida (Echevarría de Rada, 2006, pp. 3462 y 3476; Ragel Sánchez, 2004). Esa doble fuente de incertidumbre diferencia el contrato de alimentos de la renta vitalicia, en la que la prestación es siempre determinada en su cuantía y solo el tiempo constituye un factor aleatorio.

El Tribunal Supremo español precisó ese contraste en la STS 159/2019 al señalar que en el contrato de alimentos la prestación "está en función de las necesidades del alimentista", mientras que en la renta vitalicia "la pensión o renta consiste en una cantidad fija y determinada en dinero o en especie"; añadió, además, que el contrato de alimentos tiene por objeto "tanto prestaciones de dar como de hacer", mientras que la renta vitalicia solo comprende prestaciones de dar (Tribunal Supremo de España, 2019, fundamento cuarto). La misma sentencia confirmó que la aleatoriedad no desaparece cuando uno de los alimentistas tiene una enfermedad grave al momento de contratar si el otro sigue con vida y la duración de sus necesidades permanece incierta. Esa precisión resulta técnicamente relevante para el sistema peruano: la validez del contrato atípico de alimentos no queda comprometida por el deterioro de salud del cedente en el momento de su celebración, siempre que la incertidumbre sobre la duración e intensidad del cuidado requerido subsista objetivamente.

La objeción de indeterminación del objeto, que podría formularse contra la prestación de cuidado por su variabilidad, carece de sustento bajo el régimen del CC peruano. Los artículos 1142 y 1143 del CC permiten que la prestación sea determinable con arreglo a criterios objetivos establecidos en el contrato; la doctrina contractual ha precisado que la determinabilidad es suficiente para

la validez del objeto (De la Puente y Lavalle, 2017a). El cuidado vitalicio puede delimitarse con suficiente precisión mediante la descripción de su contenido mínimo: asistencia médica, alimentación, acompañamiento, habitación y atención personal adecuada a las necesidades del cedente en cada etapa de su vida. Esa descripción no requiere cuantificación dineraria anticipada, basta con que los criterios de determinación estén incorporados al contrato para que la prestación sea exigible; y su incumplimiento, verificable.

### 4.4 La configuración subjetiva y la apertura a terceros ajenos al círculo familiar

Una ventaja estructural del contrato atípico de alimentos respecto de todas las alternativas examinadas en el apartado anterior es su indiferencia subjetiva. El artículo 1353 del CC no restringe la figura a ningún círculo de personas; el único requisito subjetivo es la capacidad contractual de las partes. Ello significa que el cedente puede celebrar el contrato con cualquier persona, sea heredero forzoso, pariente colateral, cuidador profesional o un tercero completamente ajeno al entorno familiar. Esa amplitud supera la limitación subjetiva del anticipo de legítima, circunscrito al círculo del artículo 724 del CC, y la precariedad de la simulación, que requería un arreglo oculto precisamente porque el ordenamiento no ofrecía cauce jurídico adecuado para formalizar el acuerdo de cuidado con un tercero no legitimario.

Cuando el cuidado buscado ha de beneficiar también a un familiar cercano, el contrato admite, además, la estipulación en favor de tercero regulada en los artículos 1457 a 1459 del CC. El artículo 1457 del CC establece que el promitente —esto es, el cuidador— se obliga frente al estipulante, el cedente, a cumplir una prestación en beneficio de una tercera persona. El artículo 1458 del CC añade que el derecho del tercero surge "directa e inmediatamente de la celebración del contrato" y que, para ser exigible, requiere que el tercero haga conocer su voluntad de hacer uso de ese derecho; esa declaración, precisa la norma, puede ser previa al contrato. El artículo 1459 del CC extiende esa facultad a los herederos del tercero beneficiario, salvo pacto en contrario. Esa figura permite, en consecuencia, que el contrato contemple prestaciones de cuidado en favor de un cónyuge u otro familiar del cedente sin que este último sea parte directa del vínculo obligacional, lo que amplía considerablemente la utilidad práctica del instrumento.

### 4.5 La relación con el orden público sucesorio y los límites del artículo 1354

La objeción más frecuente contra el contrato atípico de alimentos en el sistema peruano sostiene que podría vulnerar el orden público sucesorio al permitirle al cedente disponer de bienes que integran la legítima de sus herederos forzosos. Esa objeción carece de sustento bajo el régimen vigente. El CC distingue con nitidez entre la libertad de disposición *inter vivos* y las restricciones que el sistema sucesorio impone sobre la masa hereditaria. El cedente que transfiere bienes a cambio de cuidado vitalicio ejerce su derecho de propiedad en vida, dentro del margen que el artículo 1354 del CC y el artículo 2, inciso 14 de la CPP le reconocen; ese acto no constituye, por sí solo, una reducción anticipada de la legítima ni una defraudación de los derechos sucesorios de los legitimarios (Aliaga Castillo, 2011; Lohmann Luca de Tena, 1995).

Los mecanismos de protección de la legítima —entre ellos, la acción de reducción de donaciones del artículo 1645 del CC y la colación del artículo 831 del CC— están diseñados para operar sobre liberalidades. Si el contrato atípico de alimentos tiene causa onerosa, como se ha demostrado en las subsecciones anteriores, no queda sujeto a esos remedios sucesorios. Los herederos forzosos del cedente podrán impugnar el contrato si acreditan que la causa onerosa fue simulada y que el negocio real era una liberalidad encubierta; empero, esa hipótesis no invalida la figura en su configuración legítima, sino que activa los remedios generales del ordenamiento frente a la simulación. El contrato atípico de alimentos, correctamente configurado y ejecutado como contrato oneroso, es compatible con el orden público sucesorio peruano y no requiere para ello de reforma legislativa alguna.

### 4.6 La dimensión teleológica y el fundamento *iusnaturalista* del instrumento contractual

El análisis desarrollado en los apartados precedentes ha demostrado la validez formal del contrato atípico de alimentos en el sistema peruano: la atipicidad está habilitada por el artículo 1353 del CC; la libertad contractual configuradora, por el artículo 1354 del CC y el artículo 2, inciso 14 de la CPP; y la causa onerosa del contrato lo distingue nítidamente de las figuras gratuitas examinadas en el apartado anterior. Con todo, esa demostración de validez formal no agota la justificación de la figura; es necesario examinar, además, si su contenido responde a la finalidad que el ordenamiento atribuye a los instrumentos contractuales concebidos para proteger a las personas en situación de vulnerabilidad.

La interpretación teleológica o finalista, consagrada en el artículo 170 del CC y desarrollada doctrinalmente en el campo del acto jurídico, prescribe que "[...] las palabras que tienen distintas acepciones deben ser entendidas en la acepción más adecuada o conforme a la naturaleza y a la finalidad del contrato" (Vidal Ramírez, 2011, p. 351). Esa directiva no es solo una regla hermenéutica, es la expresión positiva de un principio de mayor alcance. Desde una perspectiva *iusnaturalista*, la interpretación jurídica tiene un carácter constitutivamente teleológico: "[...] a toda norma jurídica se le debe atribuir un significado conforme a la finalidad (o el bien) que persigue la institución a la que pertenece la norma [...]", de modo que "[...] debe procurarse siempre aquella interpretación que conduzca a la solución más justa del caso jurídico de que se trate [...]", entendiendo por "más justa" la que mejor procura los bienes humanos básicos comprometidos en la situación regulada (Massini-Correas, 2010, p. 413). Aplicado al contrato atípico de alimentos, ese criterio orienta la interpretación del artículo 1353 del CC no hacia la mera tolerancia de cualquier figura innominada, sino hacia la habilitación preferente de aquellas cuya causa concreta realiza un bien humano reconocible.

Así pues, la causa concreta del inusual contrato de alimentos es el bien más elemental entre los que conoce el ordenamiento: el cuidado de una persona en situación de dependencia y vulnerabilidad etaria. Desde el punto de vista estructural, esto lo distingue de los contratos de mera transmisión patrimonial. El cedente no transfiere su bien con la finalidad de obtener una ventaja económica equivalente, sino para garantizar la continuidad de su cuidado personal hasta el final de su vida. Para el *iusnaturalismo*, las normas para ser válidas no sólo deben provenir de un órgano competente, sino que además deben ajustarse a las normas del derecho natural, entre las que se encuentran el derecho a la vida, a la integridad física y a vivir con dignidad (Dos Santos Melgarejo, 2017).

El contrato atípico de alimentos, al instrumentalizar tal cuidado en un nexo jurídico exigible, no hace otra cosa que trasladar al plano del derecho positivo un bien que el propio ordenamiento natural reconoce como fundante de la condición humana. Por otra parte, dicha vertiente *iusnaturalista* encuentra amparo constitucional expreso en el sistema peruano. La dignidad está consagrada como principio transversal del ordenamiento jurídico en el artículo 1 de la CPP, y la doctrina constitucional peruana ha señalado que este principio irradia efectos en todas las relaciones jurídicas, incluso en las del derecho privado (Landa Arroyo, 2000).

De este modo, el TC, mediante el Expediente N.° 02031-2024-PHC/TC, ha reconocido el derecho al cuidado del adulto mayor como "[...] un derecho

fundamental no enumerado, auténtico, nacido a partir de lo que representa el principio de dignidad humana" (fundamento 28). Si el derecho tiene rango constitucional autónomo, el instrumento contractual en el que se concreta entre privados no es una mera creación técnica del derecho positivo, sino la expresión contractual de un mandato que el ordenamiento ya ha reconocido en sus niveles más profundos. El contrato atípico de alimentos, bien redactado y registrado, no busca enriquecer al cedente ni generarle una ventaja económica adicional; busca, antes bien, asegurar que el bien más importante que le queda, el cuidado de su persona, tenga la misma protección jurídica que el ordenamiento dispensa a cualquier derecho patrimonial inscribible. Esa es su finalidad, que constituye su más firme justificación y que ha de inspirar su interpretación en caso de conflicto derivado de su aplicación.

## 5. La cláusula resolutoria expresa como segundo pilar del contrato

### 5.1 Los tres mecanismos resolutorios y la posición del adulto mayor

El CC peruano regula tres vías para disolver un contrato con prestaciones recíprocas ante el incumplimiento. El artículo 1428 del CC prevé la resolución judicial: la parte perjudicada solicita al órgano jurisdiccional que declare el contrato resuelto y, a partir de la citación con la demanda, el deudor queda impedido de cumplir. El artículo 1429 del CC habilita la resolución extrajudicial: la parte fiel le requiere a la incumplidora mediante carta notarial que satisfaga su prestación dentro de un plazo no menor de quince días, y si el cumplimiento no se produce, "el contrato se resuelve de pleno derecho". El artículo 1430 del CC consagra, en fin, la resolución automática por cláusula expresa: las partes convienen anticipadamente que "el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión", y la resolución "se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria".

Para el adulto mayor cedente, la diferencia entre estas tres vías no es de matiz, es sustancial. La resolución judicial del artículo 1428 exige iniciar un proceso ordinario y esperar el pronunciamiento jurisdiccional, un horizonte temporal incompatible con la urgencia asistencial que caracteriza el incumplimiento del cuidado. La resolución extrajudicial del artículo 1429 mejora esa situación al eliminar el proceso constitutivo, pero impone un plazo mínimo de quince días y deja abierta la posibilidad de que el deudor cumpla tardíamente para neutralizar la resolución. La cláusula resolutoria expresa del artículo 1430,

en cambio, elimina ambos obstáculos: la resolución opera de pleno derecho con la sola comunicación de la parte interesada, sin necesidad de proceso ni de plazo de gracia adicional. Esa inmediatez es, precisamente, la propiedad que el contrato atípico de alimentos necesita para ser funcional como instrumento de protección del cedente (Ortega Piana, 2020; Sánchez Barragán, 2020).

### 5.2 Los requisitos técnicos de la cláusula y su redacción precisa

El artículo 1430 del CC establece dos condiciones que deben concurrir para que la cláusula resolutoria expresa produzca sus efectos. La primera es de orden sustantivo: la prestación cuyo incumplimiento activa la resolución ha de estar "establecida con toda precisión". La segunda es formal, pues la resolución solo se produce cuando la parte interesada comunica a la otra su intención de acogerse a la cláusula. Ambas exigencias, además, tienen proyección registral, pues la inscripción del contrato y de la resolución consecuente demandan que el título presente esa misma precisión en la calificación del registrador (Resolución N.° 2357-2016-SUNARP-TR-L).

En el contrato atípico de alimentos, la precisión del requisito es la que más atención requiere en su redacción. El cuidado es una obligación de hacer, cuya cuantía es variable y no se extingue únicamente porque no se hubiese pagado una suma determinada de dinero, como ocurre en la compraventa. Por tanto, en la cláusula deben describirse con suficiente detalle las conductas cuya omisión origina la resolución: abandono del cedente sin cuidados durante un determinado período de tiempo, negativa reiterada a la prestación de asistencia médica, falta de procuración de habitación adecuada, o cualquier otra conducta de incumplimiento objetivamente comprobable. En ese sentido, la doctrina registral ha confirmado que la imprecisión en la identificación de la prestación incumplida constituye un vicio insubsanable que impide la inscripción de la resolución (Maya Lomparte, 2020). La exigencia de precisión, por tanto, lejos de ser un incómodo formalismo, es la condición para que la cláusula sea un instrumento operativo.

En cuanto a la comunicación, basta con que la carta notarial se dirija al domicilio contractual convenido para que la resolución surta efecto, sin necesidad de acreditar la recepción personal por parte del deudor (Resolución N.° 2357-2016-SUNARP-TR-L). Esta regla es funcionalmente adecuada para el contrato atípico de alimentos: el cedente que quiera activar la cláusula ante el abandono del cuidador podrá hacerlo mediante un acto unilateral, sin depen-

der de la colaboración del incumplidor. No obstante, el contrato ha de prever un domicilio contractual actualizable, ya que la variabilidad de la residencia del cuidador podría privar de eficacia a la comunicación si el domicilio pactado quedara desactualizado (Maya Lomparte, 2020).

### 5.3 La distinción entre cláusula resolutoria y cláusula de reversión

En la práctica notarial y registral, es muy frecuente confundir la cláusula resolutoria expresa del artículo 1430 del CC con la cláusula de reversión del artículo 1631. El Tribunal Registral ha delimitado con precisión la diferencia entre ambas figuras, señalando que la reversión tiene "naturaleza jurídica de condición resolutoria", quedando la eficacia de la transmisión sujeta a la realización de un hecho futuro e incierto; la revocación, por el contrario, opera sobre causales legales tasadas de desheredación o indignidad (Resolución N.° 1075-2012-SUNARP-TR-L). Las consecuencias prácticas de esta distinción son, pues, muy considerables. La condición pactada para la reversión del art. 1631 del CC solamente puede estipularse a favor del donante y solo opera cuando se cumple al momento de la donación. En cambio, la cláusula resolutoria del artículo 1430 del CC es característica de contratos con obligaciones mutuas y se opera por incumplimiento de la prestación determinada, no exige que la cosa haya sido transmitida a título gratuito.

En el contrato atípico de alimentos la figura a utilizar es la de la cláusula resolutoria expresa, pues la causa del contrato es onerosa, la transmisión patrimonial es contraprestación del cuidado y el incumplimiento de la prestación asistencial es el hecho generador de la resolución. Esa confusión entre ambas figuras tiene consecuencias inmediatas a nivel de los registros, porque si el título identifica erróneamente la cláusula como reversión sin precisar la condición resolutoria concreta, el registrador puede tachar el documento por ausencia de un elemento esencial para su ejecutabilidad, tal como lo evidencia la Resolución N.° 1075-2012-SUNARP-TR-L al confirmar la tacha sustantiva en caso similar.

### 5.4 Los efectos restitutorios, la indemnización y su configuración equitativa

Activada la cláusula resolutoria, el artículo 1371 del CC establece que la resolución "deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración". El art. 1372 del CC regula los efectos patrimoniales: "[L]as partes deben devolverse las prestaciones en el estado en que se hallaban en el momento de

la causal" y, en el caso de que no sea posible la devolución en especie, "debe reembolsarse en dinero el valor que tenían en dicho momento".

Por su parte, la doctrina comparada ha señalado que los ordenamientos italiano y peruano son los más avanzados en la regulación de estos efectos, al disponer restituciones específicamente articuladas para la resolución que tiene por función devolverles a las partes a la situación económica anterior al contrato (Nicolussi y Troncoso, 2023). La resolución del atípico contrato de alimentos, pues, genera la obligación de restitución del bien a favor del cedente: el cuidador incumplidor devuelve el bien recibido y el cedente reembolsa el valor del cuidado efectivamente prestado hasta la resolución, si lo hubiere.

La cláusula resolutoria no excluye la indemnización de daños y perjuicios, sino que ambos constituyen remedios compatibles y acumulables. El artículo 1428 del CC permite pedir la resolución "y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios"; el artículo 1429 del CC dispone igualmente que la resolución de pleno derecho queda "a cargo del deudor la indemnización de daños y perjuicios". Esta indemnización, no obstante, tiene un contenido determinado, no puede consistir en el valor de la prestación incumplida, sino que debe proteger al cedente en cuanto a su interés positivo en el contrato, es decir, en el beneficio que le hubiese reportado el cuidado que no recibió (Nicolussi y Troncoso, 2023). En el contrato atípico de alimentos, ese interés positivo comprende los gastos de cuidado que el cedente tuvo que costear por su cuenta durante el período de incumplimiento, los gastos médicos no satisfechos y el daño emergente derivado de la situación de abandono. Su determinación requiere un proceso judicial de liquidación, por lo cual la indemnización opera como remedio complementario y no como sustituto de la resolución automática.

La cláusula resolutoria, sin embargo, es asimétrica y, por ello, requiere ser regulada de manera anticipada en el contrato. Si el bien devuelto se ha depreciado considerablemente durante la vigencia del contrato, la diferencia de valor puede ser resarcida en dinero para que el cedente recupere una cantidad de patrimonio que le asegure su subsistencia. El criterio de referencia es la experiencia comparada española: el artículo 1796 del CC español exige que, de la resolución, resulte para el alimentista "cuando menos, un superávit suficiente para constituir, de nuevo, una pensión análoga por el tiempo que le quede de vida". El CC peruano no cuenta con una norma expresa equivalente a esa norma de suficiencia restitutoria; no obstante, su lógica es trasladable por vía del artículo 1372 y del deber de buena fe previsto en el artículo 1362. La cláusula resolutoria bien redactada debe, por ello, tener en cuenta ese mecanismo de

compensación y prever la forma de valorar el bien al momento de la resolución, reduciendo la discrecionalidad judicial en una etapa en la que el adulto mayor necesita certeza y rapidez.

### 5.5 La comparación con el modelo español y la validación funcional

La verificación comparada confirma que la solución que el CC peruano ya contiene es funcionalmente equivalente a la que el legislador español introdujo expresamente en los artículos 1795 a 1797 del CC español. El artículo 1795 le reconoce al alimentista el derecho a optar entre el cumplimiento forzoso y la resolución, "con aplicación, en ambos casos, de las reglas generales de las obligaciones recíprocas"; el artículo 1430 del CC peruano habilita exactamente ese resultado mediante la cláusula resolutoria expresa, sin necesidad de norma especial. El artículo 1797 del CC español prevé que la garantía frente a terceros se instrumente mediante "el pacto inscrito en el que se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita"; el CC peruano alcanza el mismo resultado por la vía del artículo 2019, cuyo examen corresponde al apartado siguiente.

La diferencia relevante entre ambos sistemas no es de eficacia, sino de adaptabilidad ante circunstancias sobrevinientes. El CC español, en su artículo 1792, permite la conversión de la prestación en pensión dineraria cuando "cualquier circunstancia grave impida la pacífica convivencia de las partes", un mecanismo que el CC peruano no contempla expresamente. Tal falta puede, en todo caso, subsanarse mediante una cláusula accesoria de conversión introducida en el contrato, dentro del margen que el art. 1354 del CC reconoce la autonomía privada. Esta cláusula es una condición de seguridad intermedia, puesto que, antes de la adopción de la resolución definitiva, permite que el cedente solicite la sustitución del cuidado en especie por una pensión dineraria equivalente cuando la convivencia se haya vuelto inviable por razones no imputables exclusivamente al incumplidor, lo que reduce la litigiosidad potencial del contrato y refuerza la proporcionalidad del remedio disponible.

## 6. La inscripción registral como tercer pilar del contrato

### 6.1 La habilitación registral del contrato atípico de alimentos

La eficacia del contrato atípico de alimentos frente a terceros depende, en el sistema peruano, de su acceso al Registro de Predios. Sin inscripción, la reso-

lución del contrato ante el incumplimiento del cuidado produce efectos solo entre las partes; con ella, esa resolución es oponible a cualquier tercero que pretenda invocar un derecho sobre el bien transmitido con posterioridad a la fecha de inscripción del contrato. La diferencia entre ambos supuestos es, para el cedente, la diferencia entre recuperar el bien o perderlo definitivamente ante un adquirente que el Registro ampara.

El fundamento de la inscripción es el artículo 2019, inciso 1 del CC, que declara inscribibles en el Registro de Predios "los actos y contratos que constituyen, declaren, trasmitan, extingan, modifiquen o limiten los derechos reales sobre inmuebles". El contrato atípico de alimentos transmite la propiedad del inmueble del cedente al cuidador; ese acto de transmisión de derecho real es, por ello, inscribible sin necesidad de norma especial habilitante. La cláusula resolutoria expresa que forma parte del contrato accede al Registro por la vía del inciso 4 del mismo artículo, que cubre el "cumplimiento total o parcial de las condiciones de las cuales dependan los efectos de los actos o contratos registrados", y del inciso 5, sobre "las restricciones en las facultades del titular del derecho inscrito". Inscrita la cláusula, la facultad de resolución del cedente queda publicitada y es cognoscible para cualquier tercero que consulte el Registro, conforme al artículo 2012 del CC, que establece la presunción irrefragable de conocimiento del contenido de las inscripciones.

### 6.2 El principio de tipicidad registral y su superación interpretativa

La inscripción de un contrato atípico en el Registro de Predios no es una operación libre de dificultades. El Tribunal Registral ha precisado que en materia de Registro de Predios rige el principio de tipicidad: "[L]os actos registrables son aquellos que establece la normativa respectiva y no los que considera el registrador o el interesado al momento de formular la rogatoria de inscripción", de modo que "la tipicidad debe circunscribirse a los actos y contratos que constituyen, declaran, transmiten, extinguen, modifican o limitan los derechos reales sobre inmuebles y excepcionalmente a actos de naturaleza obligacional, siempre y cuando el legislador los haya previsto expresamente" (Resolución N.° 431-2019-SUNARP-TR-A, análisis 2, párrafo 2, y análisis 3, párrafo 2). Esa doctrina es coherente con la estructura del Registro de Predios; empero, no impide la inscripción del contrato atípico de alimentos por las razones que siguen.

El artículo 2019, inciso 1 del CC no restringe la inscribibilidad a contratos nominados; cubre, en términos amplios, cualquier acto o contrato que trans-

mita derechos reales sobre inmuebles. La atipicidad del contrato no afecta su capacidad para producir ese efecto traslativo; lo que la norma exige es que el acto transmita un derecho real, no que sea una figura típica. En tal sentido, la calificación que debe hacer el registrador —conforme al artículo 2011 del CC sobre la legalidad del documento, la capacidad de los otorgantes y la validez del acto— no faculta a negar la inscripción por el solo hecho de que la figura no esté regulada en el CC si el acto transmite un derecho real, fue celebrado con capacidad de las partes y su contenido no contraría una norma imperativa. La operación, pues, es inscribible en virtud del inciso 1 del artículo 2019, aun cuando el contrato sea atípico.

La cláusula resolutoria expresa, como condición de la que dependen los efectos del contrato inscrito, accede al Registro por el inciso 4 del mismo artículo. No obstante, la Resolución N.° 330-2019-SUNARP-TR-A precisa que

> [...] solo resulta amparable por el Registro aquella cláusula por la que se confiera a las partes la potestad de resolver el contrato bajo determinados parámetros contemplados normativamente, sea indicando la prestación incumplida o la causa o motivo para pretender ejercer la misma. (fundamento 12)

Esta exigencia no supone una dificultad para el contrato atípico de alimentos bien redactado: si la cláusula identifica con precisión las conductas cuyo incumplimiento activa la resolución, su inscripción cumple el estándar registral establecido.

### 6.3 Los requisitos formales para inscribir el contrato y la cláusula resolutoria

El contrato atípico de alimentos requiere, para su inscripción, escritura pública, según el art. 2010 del CC, que dispone que "la inscripción se hace en virtud de título que conste en instrumento público, salvo disposición contraria". Esto se ajusta a la naturaleza del acto, pues la transmisión de un inmueble y la constitución de una obligación vitalicia de cuidado son actos de trascendencia patrimonial que justifican la intervención notarial como garantía de la autenticidad y de la capacidad de los otorgantes (Mendoza del Maestro, 2015).

Cuando la cláusula se activa para inscribir la resolución del contrato, deben cumplirse dos exigencias formales del artículo 1430 del CC, tal como lo ha desarrollado la práctica registral: indicar la prestación incumplida y aportar la comunicación indubitable dirigida al cuidador. La Resolución N.° 2357-2016-SUNARP-TR-L, en los considerandos generales del artículo 1430,

confirma que estos dos elementos son los esenciales del título de resolución y que la carta notarial dirigida al domicilio contractual pactado produce efectos de comunicación indubitable, aunque no haya habido recepción personal por parte del deudor.

Conforme a la práctica registral, la comunicación debe constar en la escritura pública o ha de aportarse el original adjunto al título presentado, debiendo acreditar quien la formula su condición de parte fiel legitimada para valerse de la cláusula. Estos requisitos son aplicables al inusual contrato de alimentos, conforme a los criterios generales que formula la Resolución N.° 2357-2016-SUNARP-TR-L para cualquier contrato que contenga un pacto comisorio, sin importar el registro sectorial en el que se decida (Maya Lomparte, 2020).

### 6.4 Los principios registrales como garantía del cedente

Una vez inscrito el contrato, el cedente se beneficia del conjunto de principios registrales que el CC recoge en los artículos 2012 a 2016. El principio de publicidad del artículo 2012 del CC establece la presunción de conocimiento: cualquier tercero que pretenda adquirir el bien o constituir un derecho real sobre él tiene acceso a la información inscrita y no puede alegar ignorancia de la cláusula resolutoria. El principio de legitimación del artículo 2013 del CC le atribuye certeza al contenido del asiento registral, presumiendo su exactitud "mientras no se rectifique por las instancias registrales o se declare su invalidez por el órgano judicial". El principio de fe pública registral del artículo 2014 del CC protege al tercero que adquiere de buena fe y a título oneroso, pero esa protección tiene un presupuesto: las causas que puedan afectar el derecho del otorgante no deben "constar en los asientos registrales y los títulos archivados". La cláusula resolutoria inscrita es, precisamente, una de esas causas que sí constan, por ello, el tercero que adquiera el bien después de la inscripción del contrato no puede invocar la fe pública registral para resistir la resolución. Finalmente, el principio de prioridad del artículo 2016 del CC establece que "la prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el registro"; el cedente que inscribe el contrato desde el momento de su celebración adquiere, así, prioridad sobre cualquier derecho real o personal que el cuidador pueda constituir con posterioridad sobre el mismo bien.

### 6.5 La oponibilidad frente a terceros y el artículo 2022 del CC

El artículo 2022 del CC regula la concurrencia de derechos sobre un mismo inmueble. Su primer párrafo establece que "para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone". Su segundo párrafo precisa que "si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común". La cláusula resolutoria expresa, una vez inscrita, opera en la primera de esas hipótesis: si el cuidador le transfiere el bien a un tercero y este inscribe su adquisición después de inscrito el contrato atípico de alimentos, el cedente puede oponer la resolución al tercero adquirente con fundamento en la prioridad registral del inciso 1 del artículo 2022 del CC, siempre que la inscripción de la resolución preceda o sea contemporánea a la del derecho del tercero (Gonzales Barrón, 2022).

Si el tercero lo adquirió antes de que la resolución fuera inscrita, pero después de que el contrato original estuviera registrado, la cláusula resolutoria publicada le es oponible y no puede invocar la fe pública registral del artículo 2014 del CC, puesto que la causa de la resolución —el incumplimiento del cuidado— consta en los asientos como condición inscrita del contrato. La protección del artículo 2014 del CC ampara al tercero frente a causas que no constan en el Registro, no frente a las que sí constan (Mendoza del Maestro, 2015). De ahí que la inscripción del contrato con su cláusula resolutoria sea, para el cedente, la única garantía que convierte la protección del artículo 1430 del CC en un mecanismo dotado de eficacia real y no solo de eficacia obligacional entre las partes.

La articulación entre los tres pilares del contrato —la atipicidad habilitada por el artículo 1353 del CC, la resolución automática del artículo 1430 del CC y la oponibilidad registral del artículo 2019 del CC— encuentra en este último su expresión más completa: el instrumento contractual propuesto no solo disciplina la relación interna entre cedente y cuidador, sino que proyecta sus efectos sobre el tráfico inmobiliario con la misma intensidad que cualquier contrato típico inscribible. Esa proyección es, en definitiva, lo que distingue al contrato atípico de alimentos de todas las alternativas examinadas en el apartado 3 y lo que justifica su construcción dogmática autónoma.

## 7. La articulación operativa del sistema triádico y la perspectiva de *lege ferenda*

### 7.1 La secuencia operativa de los tres pilares ante el incumplimiento

El rendimiento protector del contrato atípico de alimentos solo puede apreciarse en su integridad cuando los tres pilares que lo sostienen se examinan en su operatividad conjunta y en la secuencia temporal que va desde la formación del negocio hasta la restitución del bien ante el incumplimiento del cuidador. La atipicidad legitimada por el artículo 1353 del CC, la cláusula resolutoria expresa del artículo 1430 del CC y la inscripción registral del artículo 2019 del CC son, cada uno por separado, condiciones necesarias para la eficacia del contrato; pero ninguno de ellos es, por sí solo, condición suficiente. Su valor dogmático consiste precisamente en la articulación coordinada de los tres: la atipicidad habilita la figura, la cláusula resolutoria dota de un remedio automático ante el incumplimiento, la inscripción proyecta ese remedio sobre el tráfico inmobiliario con eficacia frente a terceros. El propósito de este apartado es, pues, examinar cómo funciona esa articulación en la práctica.

La primera fase consiste en la constitución y el registro del contrato. Las partes, cedente y cuidador, se presentan ante notario público y firman el contrato en escritura pública, conforme al artículo 2010 del CC. El instrumento debe identificar de forma precisa el bien o los bienes que se transfieren, describir en sus aspectos esenciales el contenido de la obligación de cuidado (asistencia médica, alimentación, habitación, compañía y atención personal adecuada a las necesidades del cedente), establecer la cláusula resolutoria expresa con la indicación específica de las conductas cuya omisión la activa, fijar el domicilio contractual del cuidador para efectos de la comunicación indubitable y consignar expresamente que la inscripción de la transferencia y de la cláusula resolutoria debe realizarse de forma simultánea. Una vez firmada la escritura, el título se inscribe en el Registro de Predios; el primer asiento extiende la inscripción de la transferencia del bien al cuidador con la condición resolutoria como gravamen que afecta esa titularidad desde el origen. A partir de ese momento, el tercero que consulte la partida queda presumido de conocer el artículo 2012 del CC.

La segunda fase es la ejecución del contrato. El cuidador, durante la vida del cedente, se compromete a prestar los servicios de asistencia convenidos, mientras que el cedente queda totalmente liberado de obligación alguna, pues, con la entrega del bien, ha cumplido íntegramente su obligación de *dare*. La relación obligacional es de tracto sucesivo respecto del cuidado: la obligación del cuidador se renueva en cada período de asistencia y el incumplimiento en cualquier tramo temporal le permite al cedente ejercer la cláusula resolutoria sin

necesidad de esperar el incumplimiento total. El artículo 1430 del CC no exige que el incumplimiento sea definitivo ni que presente una gravedad mínima. La resolución procede con sólo que no se cumpla la prestación identificada en la cláusula. Así pues, son supuestos suficientes para la activación del mecanismo la negación de prestar asistencia médica durante un período determinado, el abandono material del cedente o la reiterada vulneración de cualquiera de las obligaciones de cuidado descritas con precisión en el contrato.

La tercera fase es la activación de la resolución. Verificado el incumplimiento, el cedente o su representante cualificado, si así fue previsto en el contrato, dirige una carta notarial al domicilio contractual del cuidador, declarando que se vale de la cláusula resolutoria. Cursada esa comunicación, la resolución "se produce de pleno derecho" conforme al artículo 1430 del CC, sin necesidad de sentencia ni de plazo de gracia adicional. El cedente procede entonces a otorgar una escritura pública de resolución que indique la prestación incumplida e incorpore la comunicación indubitable, y presenta el título ante el Registro de Predios para inscribir la resolución.

A partir de la inscripción, el bien retorna al patrimonio del cedente, con efectos oponibles a cualquier tercero, conforme a los artículos 1371 y 1372 del CC y al principio de prioridad previsto en el artículo 2016 del CC. Los gravámenes que el cuidador hubiera constituido con posterioridad a la inscripción del contrato quedan subordinados a la condición resolutoria preexistente y no sobreviven a la restitución del bien. Si el cuidador incurrió en incumplimiento culpable, el cedente puede, además, acumular la pretensión indemnizatoria conforme al artículo 1428 del CC, reclamando el valor del cuidado que no recibió durante el período de abandono.

### 7.2 El protocolo de actuación notarial y registral

En la práctica, el sistema sólo funcionará eficazmente en tanto la intervención notarial sea técnicamente válida y el título se presente rápidamente ante el Registro. El notario que da por cierto el contrato tiene que comprobar cuatro condiciones antes de extender la escritura. En primer lugar, que la descripción de la prestación de cuidado sea lo suficientemente específica para cumplir con el requisito de "toda precisión" del artículo 1430 del CC, porque formulaciones genéricas como "brindar cuidado y atención" no superan el filtro de calificación registral conforme a los criterios desarrollados por la Resolución N.° 2357-2016-SUNARP-TR-L. En segundo lugar, que la cláusula resolutoria identi-

fique las conductas concretas que activan la resolución y no el incumplimiento genérico de la obligación de cuidado. Tercero, que se haga constar expresamente el domicilio contractual del cuidador y que el contrato prevea un mecanismo de actualización de dicho domicilio mediante comunicación notarial, a fin de evitar que la carta de activación de la cláusula no se dirija al domicilio correcto. Cuarto, que la petición de inscripción se realice de modo que el primer asiento recoja simultáneamente la transmisión del bien y la condición resolutoria como gravamen inscrito sin separación temporal entre ambos.

Al momento de la inscripción, el registrador calificará la legalidad del documento, la capacidad de los otorgantes y la validez del acto de conformidad con el artículo 2011 del CC. Esa atipicidad no es un impedimento para su inscripción, pues el artículo 2019, inciso 1 del CC permite la inscripción de cualquier acto o contrato que transmita derechos reales sobre bienes raíces, independientemente de que la figura sea típica o atípica. Por los incisos 4 y 5 del mismo artículo, la cláusula resolutoria accede al Registro. El cedente puede sostener la inscribibilidad si el registrador formula una observación con base en el principio de tipicidad registral, a través de la doctrina del Tribunal Registral sobre la admisibilidad de la cláusula resolutoria en cualquier contrato con prestaciones recíprocas que identifique con precisión la prestación incumplida (Resolución N.° 330-2019-SUNARP-TR-A, considerando 12).

Para inscribir la resolución, el cedente deberá presentar en el Registro la escritura pública de resolución que haga referencia a la prestación incumplida y que incorpore, inserte o adjunte la carta notarial de comunicación indubitable dirigida al domicilio contractual del cuidador. El registro solo comprueba que esos elementos existen formalmente, pues el registrador no valora si realmente se acreditó el incumplimiento, ya que el único presupuesto que el artículo 1430 del CC requiere para que la cláusula funcione es la declaración de la parte (Resolución N.° 2357-2016-SUNARP-TR-L). Una vez registrada la resolución, el asiento cancela la titularidad del cuidador y le restituye registralmente al cedente el bien, oponible *erga omnes* desde la fecha de este segundo asiento (Maya Lomparte, 2020).

### 7.3 La perspectiva de *lege ferenda*

La prueba desarrollada en el presente artículo permite sostener que el CC peruano de 1984 ya cuenta con los recursos dogmáticos necesarios para construir un contrato atípico de alimentos funcionalmente eficaz, sin necesidad de una

reforma legislativa. Esta afirmación no significa, sin embargo, que una regulación expresa sea irrelevante o indeseable; se trata, más bien, de precisar lo que aportaría una intervención legislativa que el sistema vigente no puede ofrecer por la sola vía de la construcción dogmática.

En primer lugar, una regulación normativa otorgaría una certeza registral inmediata. En la actualidad, la inscripción del contrato atípico de alimentos en el Registro de Predios se basa en la interpretación extensiva del artículo 2019, inciso 1 del CC y en la aplicación analógica de los criterios del Tribunal Registral desarrollados para otros contratos con cláusula resolutoria.

Esa interpretación es firme, pero es interpretación; un texto legal que expresamente declare inscribible el contrato de alimentos eliminaría la posibilidad de observaciones registrales basadas en el principio de tipicidad, reduciendo la fricción operativa del sistema. Esa es la experiencia española que lo ratifica: el artículo 1797 del CC español, que permite expresamente la inscripción registral de la condición resolutoria del contrato de alimentos, ha hecho de ese acceso al registro un acto de trámite ordinario, sin el espacio de incertidumbre que la interpretación analógica inevitablemente genera (Espejo Ruiz, 2019; Núñez Zorrilla, 2005).

En segundo lugar, una norma tipificada podría incorporar dos reglas que el contrato atípico puede simular por vía de cláusulas accesorias, pero que, por su importancia para la protección del cedente, merecerían reconocimiento legal expreso. La primera es la regla de suficiencia restitutoria del artículo 1796 del CC español, que exige que de la resolución resulte para el alimentista un superávit patrimonial suficiente para constituir una pensión análoga por el tiempo que le quede de vida; esa regla no existe en el CC peruano y su ausencia puede dejar al cedente en situación de desprotección si el bien restituido se ha depreciado significativamente durante la ejecución del contrato. La segunda es el mecanismo de conversión del artículo 1792 del CC español, que permite sustituir la prestación de cuidado en especie por una pensión dineraria actualizable cuando circunstancias graves impidan la convivencia; esa válvula de salida intermedia, que el contrato atípico puede introducir como cláusula accesoria, tendría mayor fuerza vinculante y mayor previsibilidad aplicativa si estuviera consagrada en una norma tipificada.

En tercer lugar, la consagración normativa expresa facilitaría la convergencia regional en el tratamiento del problema. La experiencia latinoamericana muestra que el vacío regulatorio en materia de cuidado vitalicio a cambio de patrimonio es un fenómeno común a sistemas con la misma estructura *familista* (Muñoz Alfonso et al., 2018). Una norma peruana que tipificara el contrato

de alimentos podría convertirse en referente para otros ordenamientos de la región que buscan respuestas análogas, del mismo modo que la Ley 2/2006 de Galicia lo ha sido respecto del contrato vitalicio en el ámbito iberoamericano (Mariño de Andrés, 2016). Ese efecto de irradiación no es un argumento jurídico en sentido estricto, pero tiene relevancia de política legislativa.

Con todo, la perspectiva de *lege ferenda* no invalida la tesis central del artículo. Que una incorporación normativa expresa sería deseable no significa que sea imprescindible; el sistema jurídico peruano, correctamente interpretado, ya dispone de los instrumentos necesarios para que el contrato atípico de alimentos produzca los efectos protectores que el adulto mayor necesita (De la Puente y Lavalle, 2017a; Soria Aguilar y Osterling Letts, 2014). La reforma legislativa mejoraría la certeza y reduciría la fricción operativa; la ausencia de esa reforma, empero, no priva al instrumento de su eficacia dogmática ni obliga a esperar una intervención del legislador para comenzar a aplicarlo. La reconstrucción propuesta en este artículo es, en ese sentido, tanto un aporte a la dogmática del derecho privado peruano como una contribución a la práctica contractual que los notarios, registradores y asesores jurídicos pueden emplear desde ahora dentro de los márgenes que el ordenamiento vigente ya autoriza.

## 8. Conclusiones

El acelerado crecimiento poblacional de los adultos mayores en el Perú ha puesto de manifiesto la insuficiencia del ordenamiento civil de 1984 para responder a situaciones de dependencia y cuidado. Los mecanismos jurídicos que se aplican en la actualidad —el anticipo de legítima, la simulación, la donación o la renta vitalicia— no permiten, al mismo tiempo, una obligación exigible de cuidado personal, un mecanismo resolutorio eficaz y una protección frente a terceros. Esa falta justifica la necesidad de crear un contrato atípico de alimentos como solución autónoma.

El análisis muestra que el Código Civil peruano ya cuenta con los fundamentos dogmáticos necesarios para admitir este contrato sin necesidad de una reforma legislativa. Los artículos 1353 y 1354 del CC reconocen la atipicidad contractual y permiten la construcción de un contrato oneroso y sinalagmático en el que la transferencia patrimonial y la prestación de cuidado vitalicio se justifican mutuamente. La cláusula resolutoria expresa del artículo 1430 del CC otorga, además, una protección inmediata frente al incumplimiento, de especial relevancia para las personas en situación de vulnerabilidad.

La eficacia del modelo se completa con la inscripción registral de la transmisión y de la cláusula resolutoria, con lo cual se logra la oponibilidad frente a terceros y se evita que los adquirentes posteriores hagan valer la fe pública registral. Así, el contrato atípico de alimentos se presenta como un instrumento jurídicamente válido y funcional para proteger el derecho al cuidado de los adultos mayores.

Finalmente, aunque una futura configuración legislativa pudiera proporcionar mayor seguridad jurídica y uniformidad práctica, ello no obsta a su aplicación inmediata en el marco vigente. Por lo tanto, los notarios, registradores y operadores jurídicos cuentan con fundamentos suficientes para configurar e inscribir este contrato atípico como un eficaz mecanismo de protección patrimonial y asistencial para la población adulta mayor.

## Bibliografía

Alban Villena, O. O., Palate Cunalata, P. J. y Freire Gaibor, E. F. (2026). Nulidad de la compraventa de inmuebles de adultos mayores sin el pago del precio. *Revista Científica Multidisciplinar G-Nerando*, *7*(1), 574-615 https://doi.org/10.60100/rcmg.v7i1.933

Aliaga Castillo, C. A. (2011). La confusión en el Perú entre la colación (anticipo de herencia) y la imputación a la legítima (anticipo de legítima). *Ius Inkarri*, *1*(1), 147-164. https://revistas.urp.edu.pe/index.php/Inkarri/article/view/5615

Argelich-Comelles, C. (2023). El arrendamiento forzoso de vivienda. (Compulsory Housing Lease of Empty Dwellings). *SSRN Electronic Journal*. https://doi.org/10.2139/ssrn.4434640

Benavides Torres, E. (1996). La contratación moderna y el código civil peruano. *IUS ET VERITAS*, *7*(12), 27-41. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15531

Bernal Castro, C. A. y Daza González, A. (2022). Implicaciones penales del delito de violencia intrafamiliar. Estudio político-criminal de la ley 1959 de 2019. *Novum Jus*, *16*(2), 215-282. https://doi.org/10.14718/novumjus.2022.16.2.10

Calaza López, C. A. (2016). Elementos distintivos del contrato de alimentos: el peculiar "alea" y su acusado carácter "intuitu personae". *Revista de Derecho de la UNED*, (19), 245-282. https://doi.org/10.5944/rduned.19.2016.18484

Coca Guzmán, S. J. (2025). *Derechos reales: ¿qué es el usufructo? (artículo 999 del Código Civil)*. LP Derecho. https://lpderecho.pe/derechos-reales-usufructo/

De la Puente y Lavalle, M. (2017a). *El contrato en general: comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil* (Tomo I). Palestra Editores.

De la Puente y Lavalle, M. (2017b). *El contrato en general: comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil* (Tomo II). Palestra Editores.

Dos Santos Melgarejo, J. A. (2017). El iusnaturalismo y el positivismo jurídico. *Revista Jurídica:*

*Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales*, (3), 11-34. https://ojs.ministeriopublico.gov.py/index.php/rjmp/article/view/63

Echevarría de Rada, T. (2006). El nuevo contrato de alimentos: estudio crítico de sus caracteres. *Boletín del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes*, *60* (2019-2020), 3461-3481. https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/BMJ/article/view/2659.

Escobar Rozas, F. (2002). El contrato y los efectos reales. Análisis del sistema de transferencia de propiedad adoptado por el Código Civil peruano. *IUS ET VERITAS*, *13*(25), 46-60. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16197

Espejo Ruiz, M. (2019). Extinción, incumplimiento y forma de garantías del contrato de alimentos. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 95*(772), 689-716. https://rcdi.tirant.com/index.php/rcdi/article/view/1044

Ferrero Costa, A. (2012). *Tratado de derecho de sucesiones* (7ª ed.). Gaceta Jurídica.

Forno Flórez, H. (1993). El contrato con efectos reales. *Ius et Veritas*, *4*(7), 77-87. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15396

García Fariña, S., Tovagliare, F. y Canadell Birriel, R. (2025). ¿Simulación absoluta o relativa? ¿Lícita o ilícita? Análisis de la sentencia n.º 1399 de la Suprema Corte de Justicia del 21 de diciembre de 2023. *Revista de Derecho*, (31), e4169. https://doi.org/10.22235/rd31.4169

García Sayán, F. M. (2005). *El acto jurídico según el Código civil peruano: curso teórico, histórico y comparativo*. https://doi.org/10.18800/9789972426971

Gonzales Barrón, G. H. (2022). *Derecho registral y notarial* (Tomo II, 5ª ed.). Jurista Editores.

Harbishettar, V., Gowda, M., Tenagi, S. y Chandra, M. (2021). Regulation of Long-Term Care Homes for Older Adults in India. *Indian Journal of Psychological Medicine*, *43*(5_suppl), S88-S96. https://doi.org/10.1177/02537176211021785

Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2021). *Perú: Estado de la población en el año del Bicentenario, 2021*. Bicentenario Perú 2021. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1803/libro.pdf

Landa Arroyo, C. (2000). Dignidad de la persona humana. *IUS ET VERITAS*, *10*(21), 10-25. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15957

Landa Arroyo, C. (2017). *Los derechos fundamentales*. Fondo Editorial PUCP.

Lohmann Luca de Tena, J. G. (1995). ¿Es la legítima herencia forzosa? (y otras reflexiones a propósito de los artículos 723 y 1629 del Código Civil). *IUS ET VERITAS*, *5*(10), 31-49. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15474

Lohmann Luca de Tena, J. G. (2021). La legítima sucesoria y los anticipos: El ser y no ser en nuestra jurisprudencia. *Gaceta Civil &* Procesal Civil, 143-160.

Mariño de Andrés, A. M. (2016). *El contrato de vitalicio en el derecho civil gallego*. Dykinson.

Massini-Correas, C. I. (2010). Iusnaturalismo e interpretación jurídica. *Dikaion*, *19*(2), 399-425.

Maya Lomparte, C. A. (2020). La cláusula resolutoria expresa en la jurisprudencia del Tribunal Registral peruano. *Derecho y Cambio Social*, (60), 370-442.

Mendoza Vásquez, E. (2022). ¿La propiedad regresa al donante si el donatario no ejecuta el cargo o modo establecido? *Ius Inkarri*, *11*(11), 53-86. https://doi.org/10.59885/iusinkarri.2022.v11n11.03

Mendoza del Maestro, G. (2015). La fe pública registral como supuesto de hecho complejo: adquisición a *non domino* y oponibilidad de la inscripción. *Cuadernos de Trabajo del CICAJ*, (3), 15-42. http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/168203

Morales Hervias, R. (2002). Contribución a la teoría de los contratos conexos. *Derecho & Sociedad*, (19), 119-138. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17247

Morales Hervias, R. (2006). Contrato simulado: Historia de una confusión entre su nulidad y su ineficacia. La vinculación con el contrato en fraude a la ley. En Universidad de Lima (Ed.), *Libro homenaje Facultad de Derecho* (pp. 295-325). Fondo Editorial Universidad de Lima. https://hdl.handle.net/20.500.12724/5557

Morales Hervias, R. (2013). Los contratos con deberes de protección: a propósito de la vinculación entre el derecho constitucional y el derecho civil. *Derecho PUCP*, (71), 53-75. https://doi.org/10.18800/derechopucp.201302.003

Moreno-Parra, L. V., Verde-Diego, C. y González-Rodríguez, R. (2023). Política de familia en América del Sur: un análisis comparado. *Revista Iberoamericana de Estudios de Desarrollo*, *12*(1), 164-190. https://doi.org/10.26754/ojs_ried/ijds.782

Muñoz Alfonso, D. C. Y., León García, M. L. y Valdés Castillo, M. L. (2018). El contrato de alimentos vitalicios una alternativa de protección para los adultos mayores en Cuba. *Universidad y Sociedad*, *10*(3), 55-67. https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/882

Nicolussi, A. y Troncoso, M. I. (2023). Efectos de la resolución del contrato por incumplimiento: restituciones e indemnización por daños en una perspectiva de comparación dentro de la latinidad jurídica. *IUS ET VERITAS*, (67), 9-29. https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202302.001

Núñez Zorrilla, M. del C. (2005). Comentario a los artículos 1791 a 1797 del Código Civil sobre el contrato de alimentos vitalicio. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia, (3),* 401-458.

Ortega Piana, M. A. (2020). Resolución por inejecución de obligaciones mediante intimación del acreedor. Algunos comentarios sobre su regulación civil y registral. *Giuristi: Revista de Derecho Corporativo*, *1*(1), 83-123. https://doi.org/10.46631/Giuristi.2020.v1n1.06

Palacios García, M. A. (2021). La cuarta edad. Derecho y ancianidad. *IUS ET SCIENTIA*, *2*(7), 137-147. https://doi.org/10.12795/ietscientia.2021.i02.09

Ragel Sánchez, L. F. (2004). El contrato de alimentos. *REGAP: Revista Galega de Administración Pública*, *1*(38), 99-107. https://egap.xunta.gal/revistas/REGAP/article/view/2752

Rey Castelao, O. (2021). Herencia y transmisión patrimonial en la Corona de Castilla al inicio de la Época Moderna. *Mundo Agrario*, *22*(49), e161. https://doi.org/10.24215/15155994e161

Roppo, V. (2009). *El Contrato* (Trad. N. Carreteros Torres). Gaceta Jurídica.

Sánchez Barragán, R. de J. (2020). Resolución contractual. *IUS: Revista de investigación de la Facultad de Derecho*, *1*(1), 131-146. https://revistas.usat.edu.pe/index.php/ius/article/view/422

Saraceno, C. (2010). Social inequalities in facing old-age dependency: A bi-generational perspective. *Journal of European Social Policy*, *20*(1), 32-44. https://doi.org/10.1177/0958928709352540

Saraceno, C. (2016). Varieties of familialism: Comparing four southern European and East Asian welfare regimes. *Journal of European Social Policy*, *26*(4), 314-326.

Seminario-Hurtado, N. y Bejarano-Cuadrao, V. A. (2025). Accesibilidad y gobernanza digital: el cumplimiento de estándares inclusivos en las plataformas gubernamentales del Estado peruano. *Estudios en Derecho a la Información*, *11*(21), e20279. https://doi.org/10.22201/iij.25940082e.2026.21.20279

Seminario-Hurtado, N. y Cuadros-Rodriguez, H. S. (2025). Las garantías procesales de las

personas con discapacidad en el sistema judicial peruano: desafíos para un acceso efectivo a la justicia. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, *27*(2). https://doi.org/10.12957/redp.2026.97959

Soria Aguilar, A. F. y Osterling Letts, M. (2014). Contratos típicos y atípicos. En Soria Aguilar, A. F. y Osterling Letts, M., *Contratos modernos: Elementos esenciales y reglas aplicables para acuerdos comerciales* (pp. 1-51). Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. https://doi.org/10.19083/978-612-4191-57-2

Tognetti Bordogna, M. y Ornaghi, A. (2012). The "badanti" (informal carers) phenomenon in Italy: Characteristics and peculiarities of access to the health care system. *Journal of Intercultural Studies*, *33*(1), 9-22. https://doi.org/10.1080/07256868.2012.633312

Valverde Malpartida, J. N. y Llaique Toledo, A. R. (2025). La vejez en el marco de los derechos humanos: la trayectoria normativa en Perú a fin de garantizar una vida digna para los adultos mayores. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, *55*(142), 1-24. https://doi.org/10.18566/rfdcp.v55n142.a8

Vidal Ramírez, F. (2011). *El Acto Jurídico.* Gaceta Jurídica.

Vivas Tesón, I. (2024). El contrato de alimentos: cuestiones controvertidas a la luz de la práctica judicial. En Vivas Tesón, I. y Botello Hermosa, P. (Coords.), *La obligación de alimentos: Un análisis multidisciplinar* (pp. 203-242). Atelier.

Xie, S., Ni, Z., Yang, X., Yang, X., Xu, N., Zhu, C., Huo, L., Zhu, X., Yang, X. y Yang, X. (2024). Influencing factor analysis of family doctor contract service among older adults: evidence from China. *Frontiers In Public Health*, *12*, 1487365. https://doi.org/10.3389/fpubh.2024.1487365

Zulkipli, S. N., Rajamanickam, R. y Said, M. H. M. (2026). Law and Ageing: Developing a Theoretical Framework for the Protection of Older Adults. *Akademika*, *96*(01). https://doi.org/10.17576/akad-2026-9601-19

## Legislación citada

### Nacional

Congreso Constituyente Democrático. (1993). *Constitución Política del Perú*. Lima, 29 de diciembre de 1993. https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2021/05/Constitucion-Politica-del-Peru-1993.pdf

Congreso de la República. (1984). *Decreto Legislativo n.o 295. Código Civil*. Lima, promulgado el 24 de julio de 1984 y publicado el 25 de julio de 1984. https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_per_cod_civil.pdf

Congreso de la República. (2016). *Ley N.° 30490. Ley de la Persona Adulta Mayor*. Lima, 21 de julio de 2016. https://www.gob.pe/institucion/congreso-de-la-republica/normas-legales/3601024-30490

### Extranjera

Comunidad Autónoma de Galicia. (2006). *Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia*. Santiago de Compostela, 14 de junio de 2006. https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-14563

Jefatura del Estado (2003). *Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad*. Madrid, 18 de noviembre de 2003. https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-21053

Reino de España (1889). *Real Decreto de 24 de julio de 1889. Código Civil*. Madrid, 24 de julio de 1889. https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763

Reino de Italia (1942). *Código Civil* (aprobado por el Decreto Real N.° 262, de 16 de marzo de 1942, y modificado hasta el Decreto N.° 291, de 7 de diciembre de 2016), Italia. https://www.wipo.int/wipolex/es/legislation/details/16608

## Jurisprudencia citada

### Nacional

Corte Suprema de Justicia de la República. (2012). *Casación n.o 2195-2011 Ucayali. Cuarto Pleno Casatorio Civil*. Salas Civiles Permanente y Transitoria reu nidas en Pleno Casatorio. Lima: sentencia del 13 de agosto de 2012, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 14 de agosto de 2013. https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/12/Cuarto-Pleno-Casatorio-Civil-Casacion-2195-2011-Ucayali-LP.pdf

Corte Suprema de Justicia de la República. (2017). *Casación N° 3073-2016 Lima*. Sala Civil Permanente. Lima, 1 de julio de 2022. https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/10/Casacion-3073-2016-Lima-LPDerecho.pdf

Corte Suprema de Justicia de la República. (2017). *Casación N° 5589-2017 Lima*. Sala Civil Permanente. Lima, 6 de noviembre de 2018. https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/04/Casación-5589-2017-Lima-LP.pdf

Corte Suprema de Justicia de la República. (2018). *Casación N°4742-2017 Cusco*. Sala Civil Permanente. Lima, 24 de julio de 2018. https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/03/Cas.-4742-2017-Cusco-Legis.pe_.pdf

Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. (2012). Resolución N° 1075-2012-SUNARP-TR-L. Tribunal Registral, Sala de Lima. Lima, 25 de julio de 2012. https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/10/Resolucion-1075-2012-Sunarp-TR-L-LPDerecho.pdf

Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. (2016). *Resolución No. 2357-2016-SUNARP-TR-L*. Tribunal Registral, Sala de Lima. Lima, 22 de noviembre de 2016. https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/02/Resolucion-2357-2016-Sunarp-TR-L.pdf

Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. (2019). *Resolución No. 431-2019-SUNARP-TR-A*. Tribunal Registral, Sala de Arequipa. Arequipa, 27 de noviembre de 2019. https://www.sunarp.gob.pe/viewdocument.asp?RutaFile=Contenido_Documentos\DOCUMENTO_CONTENIDO\1121_401516&NombreFile=Resoluci%F3n+N%B0+431%2D2019%2DSUNARP%2DTR%2DT%2Epdf

Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. (2019). *Resolución No. 330-2019-SUNARP-TR-A*. Tribunal Registral, Sala de Arequipa. Arequipa, 6 de mayo de 2019.

Tribunal Constitucional. (2015). *Expediente N.° 02214-2014-PA/TC. Caso Inocente Puluche Cárdenas*. Lima, auto del 7 de mayo de 2015. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/02214-2014-AA%20Resolucion.pdf

Tribunal Constitucional. (2023). *Expediente N.° 00544-2022-PHC/TC. Sentencia 52/2023*. Lima, sentencia del 19 de enero de 2023. https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/02/Expediente-00544-2022-PHC-TC-LPDerecho.pdf

Tribunal Constitucional. (2024). *Expediente N.° 02533-2023-PHC/TC. Sentencia 330/2024*. Lima, sentencia del 21 de noviembre de 2024. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2024/02533-2023-HC.pdf

Tribunal Constitucional. (2026). *Expediente N.° 02031-2024-PHC/TC. Sentencia 0535/2026, Sala Segunda*. Lima, sentencia del 17 de marzo de 2026. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2026/02031-2024-HC.pdf

### Extranjera

Tribunal Supremo de España. (2019). *STS 159/2019, 14 de Marzo de 2019 (Recurso n.o 2608/2016)*. Sala de lo Civil, Sección 1.ª. Madrid, 14 de marzo de 2019. https://vlex.es/vid/773755201

## Declaración de uso de inteligencia artificial

En la elaboración del presente manuscrito se emplearon, exclusivamente como herramientas auxiliares de orden técnico y lingüístico, dos modelos de lenguaje: GPT-5, desarrollado por OpenAI, y Claude (modelo Opus), desarrollado por Anthropic. El uso de ambos sistemas se circunscribió, sin excepción, a funciones instrumentales que en ningún caso alcanzaron la formulación de las hipótesis, la construcción del marco teórico, la interpretación dogmática de las fuentes ni la articulación de las conclusiones del trabajo. Los autores realizaron una revisión exhaustiva del texto íntegro conforme a las pautas del Committee on Publication Ethics (COPE) sobre transparencia en el uso de inteligencia artificial.

## Roles de autoría y conflicto de intereses

Los autores manifiestan haber cumplido los siguientes roles de autoría: A. J. Aguirre-Lanegra: conceptualización, metodología, curación de datos, escritura, borrador original; N. Seminario-Hurtado: conceptualización, visualización, escritura, revisión y edición.Los autores declaran no poseer conflicto de interés alguno respecto del contenido del presente manuscrito.

# Análisis, crónicas y comentarios

# Acerca de la existencia de un derecho ciudadano a tener jueces éticos

**Rodolfo L. Vigo**[1]

Pontificia Universidad Católica Argentina. Universidad Austral. Universidad Nacional del Litoral (Argentina)

RVigo@austral.edu.ar

https://doi.org/10.26422/RJA.2026.0701.vig

**Resumen**

El presente trabajo desarrolla una reflexión acerca de la relación entre función jurisdiccional y exigencia ética en el ejercicio de la magistratura. Para ello, se parte de tres presupuestos conceptuales: una concepción no positivista del derecho, una visión objetivista de la ética y una noción sustancial del Estado de derecho. Desde esas bases, se examina el papel del juez como garante de una respuesta jurídicamente válida y racionalmente justificada, destacando que el adecuado servicio de justicia no se agota en la sola idoneidad técnica ni en la mera aplicación formal de la ley. A partir del análisis de distintos desarrollos doctrinales e instrumentos institucionales vinculados con la ética judicial, el trabajo sostiene la necesidad de comprender la dimensión ética como un componente inescindible de la función jurisdiccional y como una exigencia inherente a la confianza que la ciudadanía deposita en la justicia.

**Palabras clave:** teoría del derecho, ética, moral, poder político, filosofía jurídica, filosofía moral, filosofía política, gobierno de un Estado.

1 Abogado (Universidad Nacional del Litoral). Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad Nacional del Litoral). Licenciado en Ciencias Políticas (Universidad Nacional de Rosario). Exjuez de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de Santa Fe (1984-1988). Exministro de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe (1988-2007). Presidente de la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas (desde su fundación en 1994 hasta 1997). Premio Konex en 1998 en el rubro "Jueces", otorgado a los cinco jueces argentinos más destacados de los últimos diez años. Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y de Córdoba. Catedrático de Filosofía del Derecho y de Introducción al Derecho (Universidad Nacional del Litoral). Profesor de posgrado en la Universidad Católica de Santa Fe, en la Pontificia Universidad Católica Argentina (sedes Buenos Aires y Rosario), en la Universidad Austral y en la Universidad Nacional del Litoral. Director Académico de la Maestría en Magistratura y Derecho Judicial (Universidad Austral). Autor de numerosos libros, capítulos de libros y artículos vinculados a la filosofía del derecho.

## On the Existence of a Citizen's Right to Ethical Judges

**Abstract**
This article examines the relationship between the judicial function and the ethical requirements inherent in the exercise of judicial office. It is grounded on three conceptual premises: a non-positivist conception of law, an objectivist view of ethics, and a substantive understanding of the rule of law. Building upon these foundations, the article analyzes the role of judges as guarantors of legally sound and rationally justified decisions, emphasizing that the proper administration of justice cannot be reduced either to technical competence alone or to the merely formal application of legal rules. Drawing on a range of scholarly contributions and institutional instruments concerning judicial ethics, the article argues that the ethical dimension should be understood as an inseparable component of the judicial function and as an essential requirement arising from the trust that citizens place in the administration of justice.

**Key words:** theory of law, ethics, morality, political power, legal philosophy, moral philosophy, political philosophy, state governance.

### 1. Algunos presupuestos

En el tratamiento del tema a abordar, resultan decisivos —como mínimo— tres conceptos fundamentales: 1) la teoría del derecho de la que partimos; 2) la concepción que asumimos sobre la ética o moral; y 3) la caracterización que haremos del poder político en el gobierno de la sociedad. Las respuestas a esas tres cuestiones se las reclamamos a la filosofía jurídica, a la filosofía moral y a la filosofía política, respectivamente.[2]

1.1 En cuanto al punto 1, cabe remitir central e introductoriamente a si adherimos a una teoría positivista o a una teoría no positivista. La tesis central de la primera es la formulada por Hobbes (1651): "auctoritas, nomveritas, facit-legem",[3] o sea, no hay otro derecho que el puesto por la autoridad (legislativa, administrativa, judicial, social, etc.), y esta no tiene ninguna restricción para poner como contenido de este el que así decida. De ese modo, no hay ninguna juridicidad necesaria que condicione o limite al poder jurígeno de la autoridad establecida como competente a esos fines. Recordemos aquí como expresión de esa visión a J. J. Rousseau en el siglo XIX, quien postula la voluntad general infalible canalizada por el Poder Legislativo; a H. Kelsen (2011) con su iuspositivismo normativista, en donde el derecho era el contenido establecido por

2 La mayoría de las citas utilizadas pueden encontrarse en obras previas del autor, principalmente, en *Perspectivas Iusfilosóficas Contemporáneas* (Vigo, 2006).

3 Máxima que es expuesta en su obra *Leviatán*.

la voluntad del creador de la norma dentro de las opciones fijadas por una norma superior, aunque la tesis kelseniana de la cláusula alternativa tácita llegó a tolerar cualquier contenido de la norma sin que afecte su existencia o validez; y a L. Ferrajoli, para quien la voluntad del poder constituyente estrictamente formal, sin ninguna limitación, fijaba el contenido del derecho que luego debía garantizarse por el resto de los poderes estatales, aunque cabe la salvedad ferrajoliana respecto a los jueces en tanto es el "saber" lo que los legitima y no el "poder", que en sus manos es algo patológico y fuente de deslegitimación.[4] A las perspectivas iuspositivistas aludidas, corresponde aludir a las teorías críticas, posmodernas o populistas (D. Kennedy, A. Gramsci, J. Butler, etc.), que combaten contra el proyecto modernidad y entienden el derecho como un ámbito de las luchas política entre dominadores y dominados, por lo que descartan optar entre teorías positivistas y no positivistas y se limitan a "criticar" la realidad y auspiciar su destrucción.

Por nuestra parte, seguimos una mirada no positivista de raigambre aristotélico-tomista y, en consecuencia, defendemos una tesis que le exige al derecho positivo, para su validez y consiguiente obligatoriedad, cierto contenido, o, para decirlo en terminología de Aquino, la ley injusta es "corruptiolegis",[5] en algún sentido análoga a la divulgada fórmula de Radbruch: *la injusticia extrema no es propiamente derecho*.[6] Adviértase que no suscribimos la tesis de que solo lo justo es derecho, más bien es una postulación negativa que defiende que no puede reconocerse como derecho con capacidad de obligar a sus destinatarios, lo que resulta grave y evidente absurdo, irracional, disvalioso o injusto. Volviendo al tradicional ejemplo del derecho nazi, no es que a los judíos le cobraban más impuestos, sino que le sacaban la vida esgrimiendo el argumento de su pertenencia a una raza inferior. Yendo a un argumento de R. Alexy (1995) (no positivista jurídico, pero kantiano o constructivista), imaginemos que se sanciona una constitución cuyo artículo primero establece que se constituye el Estado X, que tendrá por propósito violar los derechos y ser injusto; admitir que aquella norma es derecho implicaría incurrir en una "contradicción performativa" (p. 80), en tanto que, cuando apelamos al derecho, están implícitas ciertas características de este que luego aparecen totalmente violentadas, como puede corroborarse fácilmente.

---

4 Para un estudio de su obra, puede consultarse Vigo (2019).

5 *S. Th*, I-II, q. 95, a.2.

6 Sobre Radbruch, puede consultarse mi artículo "La axiología jurídica de Gustav Radbruch" (Vigo, 1999).

1.2 En materia de ética o moral (utilizaremos ambos términos como sinónimos apelando a un análisis etimológico, pues se le atribuye a Cicerón la traducción de *ethos* por "mor" o "mores"), como es sabido, hay muchas discusiones implicadas en ese terreno, sin embargo, focalizaremos nuestra atención en el concepto central de dicha disciplina, que es el "bien". A ese respecto, la pregunta que nos interesa realizar es si se admite o no un cierto objetivismo y cognitivismo. Dicho de otro modo: ¿es posible formularle a la razón humana preguntas acerca de si algo es "bueno" o "malo" y, consiguientemente, confiamos en que por ese camino cognoscitivo o racional estaremos en condiciones de elegir aquello que es mejor éticamente? En una palabra, lo que estamos planteando es si confiamos en la existencia de una "razón práctica" idónea para dirigir nuestra vida en aras de lograr un cierto "florecimiento" (Finnis, 1992, p 23) o una vida buena. Advirtamos que la modernidad confió plenamente en la "razón teórica", capaz de brindarnos conocimientos descriptivos que proveen una certeza apodíctica o necesaria. En ese marco, el Círculo de Viena, en la década de 1930, categóricamente concluyó que solo había dos caminos para alcanzar conocimiento: el de los juicios *a posteriori* o verificables, propios de la física o la química, o el recurso a los juicios *a posteriori* o tautológicos, como los de la matemática y la lógica. Desde esa matriz Kelsen (2011), asumió un claro escepticismo ético que lo llevó a declarar inviable hasta la pretensión de seguridad jurídica, afirmando explícitamente que la justicia era un "ideal irracional" y que en el acto de interpretación y creación de una norma jurídica no había conocimiento, sino voluntad. En la misma sintonía, Ferrajoli afirmó que los valores se asumen, pero no se justifican, y expresó su temor frente a los objetivistas y cognitivistas éticos dada su propensión al autoritarismo y al dogmatismo. Ese escepticismo gnoseológico llega a ser radical en autores como F. Nietzsche, e incluso en M. Foucault[7] aparece la denuncia de que el saber oculta el propósito de dominación.

Sin duda, la década de 1970 inaugura lo que se ha llamado una etapa de "rehabilitación de la razón práctica", en donde desde distintas vertientes filosóficas se intenta confiar en respuestas racionales a preguntas de índole ética o moral. Aquí, sin duda, se inscriben teorías como la de "acción comunicativa" de Habermas, que asume Alexy para su filosofía, defendiendo el diálogo racional como matriz a los fines de obtener un derecho válido o justificado racionalmente para su valiosidad, eticidad o justicia. De todas maneras, como

7 En su obra *Vigilar y castigar* (2008).

adelantamos, nuestra perspectiva realista jurídica clásica proclama para el derecho, por un lado, la razón práctica —tanto la universal o general como la concreta y circunstanciada o prudencial—, y, por otro lado, una razón práctica que opera con definiciones sustanciales o materiales en el terreno ético o moral, como también definiciones en el terreno procedimental o formal. Nos gustaría subrayar que, si bien el iusnaturalismo tradicional ha prestado atención prioritaria a aquellas definiciones que remiten al contenido de los juicios morales o éticos, hoy contamos con autores contemporáneos, como J. Finnis, que han potenciado el interés por cuestiones de índole formal o procedimental en tanto el respeto a esas exigencias garantizan en mayor medida alcanzar una respuesta ajustada al bien.

1.3 En materia del gobierno de un Estado, planteamos la alternativa entre la presencia o ausencia de un "Estado de derecho" (*rule of law*) donde rige la ley a la que todos quedan sometidos (*no one should be above the law*) y deben responder los que la violan ante tribunales independientes. La noción de *rule of law* (imperio de la ley o del derecho) no es pacífica; a grandes rasgos tenemos versiones más simplificadas que en buena medida puede asimilarse a las ocho desideratas de L. Fuller (generalidad, promulgación, retroactividad, claridad, no contradicción, cumplimiento posible, estabilidad, congruencia entre acción oficial y ley); pero hay versiones más amplias (por ejemplo en F. Viola y la distinción de Dworkin entre "libro de reglas" y "libro de derechos" en cuanto concepciones del *rule of law*) que incluyen requisitos sustanciales de justicia y razonabilidad, como el respeto de los derechos humanos y la democracia. Lo opuesto sintéticamente al *rule of law* es el imperio de la arbitrariedad y la falta absoluta de previsibilidad para el ciudadano, o sea, donde la autoridad puede hacer y disponer en cualquier momento y situación fáctica lo que estime conveniente, quedando ello justificado por la misma decisión autoritativa. En este último Estado desaparecen la norma jurídica general y su aplicación igualitaria a las partes de un proceso. Estrictamente, no hay ley (derecho) ni jueces con la responsabilidad de brindarle al caso bajo su competencia la respuesta jurídica prevista anticipadamente y en general.

Es obvia nuestra preferencia por el Estado de derecho en su versión no limitada a aspectos meramente formales, lo que en buena medida pretenden las constituciones actuales implantadas después de la Segunda Guerra en Europa. Es en esa segunda mitad del siglo XX que se confirma la instauración del Estado de derecho constitucional (EDC) en reemplazo del Estado de derecho legal (EDL). Por esa vía, el derecho no solo se formula por medio de reglas generales,

sino que además los jueces las aplican sometiéndolas a un test de racionalidad. La tarea última y central del poder judicial es definir cuál es el derecho vigente y válido para esa sociedad política en donde prestan su servicio. La ciudadanía confía en que hay un "juez en Berlín" que impedirá que resulte eficaz el capricho del gobernante poderoso. El Estado de derecho equivale a un gobierno donde la ley es *ordinatio rationis* (en Aristóteles, ley de la razón, liberada de pasión), y ello significa que lo que no se puede justificar racionalmente no puede obligar a los destinatarios imposibilitados totalmente de su comprensión y eventual aceptación racional, pues lo contrario implicaría no respetar al ciudadano en su hominidad específica.

1.4 Queda claro que los presupuestos de este trabajo desde donde escribimos es que asumimos una concepción del derecho no positivista, más estrictamente iusnaturalista, en tanto hay ciertas cosas que le pertenecen a todo miembro de la especie humana y que, si una ley las viola de manera grave y evidente, queda comprometida su validez y obligatoriedad. Rechazamos que es derecho lo que decide una autoridad sin considerar su contenido y, consiguientemente, que lo que corresponde para los destinatarios es cumplirlo o someterse a las consecuencias de su incumplimiento, sin que el destinatario esté habilitado para criticarlo o desobedecerlo una vez que se han agotado los recursos institucionales previstos al respecto.

En filosofía moral confiamos en que hay una razón práctica capaz de orientar nuestra libertad en búsqueda del bien, aunque esa razón se diferencia de la razón teórica en cuanto a su certeza y método para alcanzar la verdad. Más aún, recordemos —con base en Aristóteles— que nada hay en la razón que antes no hayan intervenido los sentidos y el conocimiento que ellos proveen, pero también el ser humano tiene no solo apetitos sensibles, sino además el apetito espiritual o voluntad en donde opera la libertad, sin dejar de lado las emociones que pueden auxiliar y respaldar el juicio ajustado al bien, pero también puede entorpecerlo y hasta impedirlo. Aquí cabe la mención de los siete bienes humanos básicos de Finnis (2000), que se constituyen en "el sustrato valorativo de todos los juicios morales" (p. 91) (vida, amistad, juego, conocimiento, estética, libertad y religiosidad), y siendo esos *basic values* los fines básicos de la existencia humana, operan como principios de cualquier esfuerzo moral, político o jurídico para establecer reglas, instituciones, decisiones o acciones. Pero ellos son premorales, entonces, la moralidad aparecerá cuando el hombre con su razón y su libertad defina cómo conducirá su vida y la vaya encarnando en acciones concretas. Finnis (2000, p. 134) no se queda en ese plano sustancial

de la razón práctica, porque nos habla de un método con nueve exigencias para definir con razón y libertad la moral con la que conduciremos nuestra vida, aunque ahí cabe la distinción entre morales florecientes (*human flourishing*) y las que carecen de esa condición. Precisamente, los "derechos humanos" son la respuesta desde el derecho para proteger y promover el contenido de ellos, que son finalmente los "bienes humanos básicos".

Un régimen político a la medida del hombre es el Estado de derecho, donde el que gobierna conduce con razón y prudencia buscando la mejor vida en común mediante democracia y respeto a los derechos humanos. La ley no prohíbe todo lo que está mal y no exige todo lo que está bien, sino aquello que puede exigirse conforme al *ethos* de esa sociedad para el bien común. El mismo Aquino llego afirmar que, cuando la orden del monarca se opone al derecho consuetudinario, debe prevalecer este último, dado que aquel gobierna en nombre del mismo pueblo. Por supuesto que las prescripciones autoritativas, para ser válidas, deben estar justificadas racionalmente, y está el juez autorizado a hacer excepciones apoyándose en el principio de equidad cuando la aplicación de la ley para un caso implica una grave y notoria injusticia, y esa autorización se justifica en tanto si, habiendo el legislador tomado conocimiento anticipado de ese especial caso, su razón lo hubiese instado a consagrar la excepción de la ley. Recordemos que la injusticia en la iusfilosofía tomista asume distintos rostros; por empezar, los que remiten a las distintas especies de la justicia (tomamos una clasificación discutida en el ámbito de la escuela a la que adherimos), o sea, injusticia conmutativa (cuando no existe equivalencia entre lo dado y lo recibido), distributiva (no hay proporcionalidad basada en las necesidades, en las asignaciones que hace el gobierno en favor de la población), general o legal (los aportes que exige el gobierno para el bien común no resultan proporcionales a las posibilidades respectivas) y equitativa (se aplica la ley a casos subsumibles en esta, aunque, por sus particularidades muy especiales, requerirían otra solución para así evitar la consagración de soluciones jurídicas absurdas). Pero también en la escuela se reconocen otros tipos de injusticia, por ejemplo, cuando excede la competencia de la autoridad, cuando no tienen como fin la utilidad común sino el beneficio personal de quien la emite, cuando no se le brinda al destinatario la posibilidad de conocer la ley, etcétera.

## 2. El juez

A tenor del tema en cuestión, corresponde que hablemos ahora del juez. Un personaje central en el derecho, al punto que, para visualizar completa y claramente el derecho, se requiere la presencia de casos (problemas o debates jurídicos concretos) que son resueltos por un tercero con competencia para "decir el derecho" en estos. Sin duda que la humanidad dio un salto civilizador cuando se instituyó el servicio de justicia y, de ese modo, se superó que las discusiones en torno a lo suyo de cada uno se dirimieran por medio de la fuerza o el engaño. Puede faltar el legislador para que se visibilice en esa sociedad el derecho, pero a esos fines no pueden faltar jueces que, en ausencia de reglas jurídicas, resuelvan los casos apelando a su conciencia jurídica o moral o a su discrecionalidad. Explica Villey[8] que el derecho nació en los tribunales por obra de los iurisprudentes haciendo iurisprudentia fundada en la lectura jurídica de la *natura reio* de la *ipsa res iusta*. Agrega el profesor francés que el destino de ese derecho natural-jurisprudencial, una vez que logró ratificarse y consolidarse, fue convertirse en *regla iuris* (norma jurídica positiva o ley).

Dado lo concluido en el tratamiento de los presupuestos analizados en el punto anterior, anticipemos una definición del juez coherente con lo ya definido: persona humana (no es alguien divino, ni semidivino ni tampoco una bestia, sino un ser humano con las posibilidades y limitaciones características) a la que la sociedad (al menos contemporáneamente, es ella la que instituye a los jueces a través de instituciones diversas) le confiere un poder (en tanto cuenta con la capacidad de imponer autoritativamente deberes y responsabilidades a las partes de un proceso), que consiste en derivar racional y argumentativamente (no por inspiración divina ni por caprichos emocionales o prejuicios ideológicos) desde el derecho vigente y válido la solución justa para los casos puestos bajo su jurisdicción, la que debe resultar comprensible para los destinatarios y el resultado final de un debido proceso que lo precedió.

Proyectemos ahora sobre esa definición lo concluido en el punto 1. En cuanto a las precisiones al analizar el concepto del derecho: es obvio que, si asumimos una teoría no positivista, el juez no considerará que cualquier contenido puede ser derecho y, por ende, estará dispuesto a declarar inválido lo que contradice de manera grave y evidente a esa juridicidad indisponible por el que dicta el derecho positivo. Podemos decir lo mismo utilizando la fórmula de Radbruch "la injusticia extrema no es derecho", al margen de que es posible

8 Un estudio sobre su filosofía puede encontrarse en mi libro Vigo (2006, pp. 209-292).

explicar y justificar esa tesis apelando al iusnaturalismo clásico o a la teoría alexyana. En definitiva, el juez no positivista sabe que su responsabilidad no es lograr el mejor derecho, sino evitar que rija un derecho que en su contenido violenta claramente exigencias racionales que son requeridas e inalienables para cualquier ser humano. El control final de validez jurídica le compete al Poder Judicial, pero dicha función incluirá excepcionalmente dejar sin vigencia ese derecho carente de justificación racional. En el Código Iberoamericano de Ética Judicial, aprobado por la Cumbre Judicial Iberoamericana en 2006 y que redactamos junto con Manuel Atienza, está consignado que "[e]l fin último de la actividad judicial es realizar la justicia por medio del derecho" (art. 35).

Si vamos a lo señalado en el terreno de la filosofía moral, confiamos en la existencia trabajosa de la razón práctica, cuya operatividad depende también de una voluntad y emociones dóciles al juicio prudencial de la razón práctica concreta. El juez, en tanto ser humano, asume como propósito de su vida ser feliz (*eudaimonia*), pero a esos fines requiere una práctica profesional ajustada a lo que se pretende de un "buen" juez. Recordemos de la Ética aristotélica: bueno es lo que los hombres pretenden, pero no es bueno porque los hombres lo quieren, sino que lo pretenden porque es bueno. El Código aludido (sumemos los Dictámenes de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial) puede ser una regula o medida que debe guiar el trabajo judicial para el "buen juez", sin perjuicio de que la ética remite inexorablemente a la realidad personal con la que cada uno debe dirigir su vida. El trabajo de "decir el derecho" que corresponde que el juez lo diga racionalmente enfrentará amenazas perturbadoras que están implicadas en el mismo derecho y también en debilidades personales, de las que nadie está exento. En la ética clásica se reclama la presencia de las virtudes, en tanto hábitos buenos que inhieren en las diferentes capacidades humanas, las que propenden y facilitan un ejercicio de la libertad conforme al bien. No olvidemos que el derecho exige menos que la ética, en tanto ésta implica intenciones y se extiende al ser y al parecer. El derecho es compatible con la mediocridad, mientras que la ética es un compromiso con la excelencia en el servicio hasta donde cada uno pueda. La ética no es compatible con exigencias que resultan imposibles de cumplir.

Pasando a la opción en favor del *rule of law* en su definición más amplia, importa que el juez se ajuste y exija con su poder respeto por las características formales y sustanciales de un Estado de derecho, que es el mejor paradigma en términos racionales. Siendo los jueces titulares de uno de los poderes del Estado cuyo objeto es definir el derecho vigente y válido en la sociedad, resulta

evidente que su papel resulta decisivo para que rija un verdadero Estado de derecho donde nadie quede por encima de la ley. El juez diciendo el derecho opera también en la realidad política, pero no en la partidaria política, de ahí las exigencias que contempla la ética para evitar sospechas en sentido contrario. Dichas exigencias no suponen irrealmente que el juez carece de preferencias políticas, sino que se le reclama que, al menos externamente, no lleve a cabo comportamientos personales o de familiares cercanos que pongan en duda su independencia e imparcialidad.

A la luz de lo visto, queda claro que, si el juez es positivista, asumirá que su trabajo es aplicar la ley sin entrar en valoraciones externas a esta (*dura lex, sed lex*); y si es crítico o posmoderno, entenderá que su trabajo es de índole política y que usará el derecho para que triunfe el modelo de sociedad que orienta ideológicamente su actividad profesional. Si se trata de un escéptico ético, no admitirá propuestas paternalistas que busquen imponerle una ética que no comparte, por eso coherentemente sólo acepta deberes que coincide con su ética intransferible. Un juez carente de una clara adhesión al Estado de derecho es muy peligroso y nada funcional a la democracia y a un derecho que funcione racionalmente a la medida de los seres humanos y orientado a lograr la mejor vida en común.

## 3. Consecuencias judiciales de los presupuestos consignados

Entremos ahora al punto decisivo, y hagámoslo poniendo de relieve que la tesis a desarrollar nos parece que carece de toda originalidad si asumimos lo ya expuesto en el punto 1 y otras consideraciones defendidas por la filosofía de raigambre aristotélico-tomista. Es probable que el título de este trabajo resulte algo original, pero eso solo puede ser en la medida en que nos apartemos de la cultura jurídica que, desde el siglo XIX, predomina y se promueve en las facultades de Derecho importadas desde Europa continental, la que es funcional al EDL. Es que lo que expondremos contradice enseñanzas básicas que aún perduran en la teoría presente en una enorme proporción de juristas.

En efecto, marquemos algunas de esas enseñanzas y empecemos con la tesis del juridicismo que postula —respaldándose en Kant y en el art. 5 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano— que entre derecho y moral no hay ninguna conexión, en tanto la moral es algo unilateral, mientras que el derecho es bilateral. De ese modo, desaparece la moral social y el único límite a la libertad puede establecerlo sólo la ley. El jurista más importante del siglo XX,

nos referimos a Kelsen, enseñó que el derecho es una técnica para dirigir conductas mediante la coerción, e identificó al Estado con el mismo sistema jurídico en donde no cabía la consideración del fin, que podía ser cualquiera.[9] Los derechos fundamentales, cuya nómina con libertad establecía el constituyente, solo resultaban eficaces en la medida en que el legislador así lo determinaba. Al juez se lo amenazó con el delito de prevaricato si se apartaba de lo prescripto en la ley, dado que su función era ser la boca que la repetía. El signo distintivo de un Estado queda asimilado a la soberanía en tanto "poder absoluto, perpetuo e inalienable" enseñada por Jean Bodin (1576, libro primero, capítulo octavo). La interpretación jurídica consistirá en desentrañar el sentido de la norma legal mediante los métodos interpretativos. Los casos jurídicos terminan asimilándose a casos individuales de los genéricos previstos como supuestos fácticos de las leyes. La ética de las profesiones se remite al derecho administrativo como parte del poder de policía en manos del Estado. La sabiduría jurídica se identifica con una enorme capacidad de memorizar leyes. En las facultades de Derecho se promueven las ciencias jurídicas (llamadas "dogmáticas") y a la filosofía jurídica se la suprime por estimarla irrelevante o peligrosa en relación con el valor exclusivo y excluyente de la seguridad jurídica.

La nómina precedente, por supuesto, es meramente enunciativa, pero todas ellas generan en el jurista desinterés por la razón práctica moral o ética, a lo que se suma un clima académico bastante hostil a planteos objetivistas y cognitivista en aquel terreno. Es cierto que en la segunda mitad del siglo XX —a partir de Núremberg, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el control jurisdiccional de la ley— el panorama europeo cambió, aunque ese nuevo clima no fue asumido con rapidez, claridad y entusiasmo en nuestras facultades de Derecho, que siguen en buena medida preparando juristas para el EDL. No será fácil encontrar planes de estudio en Derecho en el que se le asigne una significativa atención a la ética o moral. Más aún, aparecen prestigiosos académicos (por ejemplo, Ferrajoli o García Amado) que alzan su voz contra esos jueces que no aplican la ley tal como está y que confunden el derecho con la moral (iusmoralismo).

9 En su obra principal *Teoría Pura del Derecho* (*Reine Rechtslehre)* (Kelsen, 2011).

## 4. La inescindible ética en las profesiones y en la vida social

Reiteremos que, si asumimos las perspectivas defendidas en el punto 1 en materia de teoría del derecho, filosofía moral o ética y Estado de derecho, parecerá muy obvio que la ciudadanía, cuando confiere un poder, pretende hacerlo para recibir un bien que quiere poseer, pero que de otra manera no podría conseguir. Esta claro que el ciudadano no es masoquista y, por ende, lo que lo moviliza es siempre un bien, dado que la voluntad elige bajo razón de bien, aun cuando a veces puede estar equivocado. El concepto de bien es analógico, aunque lo propio de sí mismo es su carácter de apetecible por la voluntad humana, proveyendo la razón su conocimiento.

Enseña MacIntyre (2007)[10] que las profesiones nacieron para proveer a los usuarios de estas; un "bien interno" que explica su origen y su justificación. Más aún, el profesional corrupto es para el filósofo escocés el que presta el servicio profesional para "bienes externos" (dinero, fama o poder) y se olvida del bien interno propio de su profesión. Así, un médico corrupto será el que sólo piensa lo que le cobrará a su paciente y se desinteresa de su salud. Desde esa lógica, un juez corrupto es aquel que prescinde de la justicia y de su razón prudencial y sólo está preocupado por agradar y no molestar a la autoridad y decir sin restricción alguna el derecho positivo, prescindiendo totalmente del juicio que genera en la ciudadanía el modo en que realiza el trabajo. En el derecho romano se distinguió entre *potestas* y *auctoritas*, pues el poder era el que institucionalmente se le confería jurídicamente al gobernante, pero la *potestas* remitía al prestigio y respeto que le brindaba la sociedad al que se le confiaba el poder. Incluso se llegó a sostener que un juez era un hombre bueno en primer lugar y perito en derecho en segundo lugar. De ahí también que la judicatura se le confiara a personas mayores, en tanto se las escogía a tenor de su prudencia, y esta virtud —dijo Aristóteles— no se adquiere por el estudio, sino por la experiencia y la memoria. El mismo Estagirita señaló que la sociedad veía al juez como justicia encarnada y por eso acudía a él a fin de que le brindara la justicia que poseía.

Desde la filosofía clásica no podemos prescindir del fin de algo que pretendemos conocer (etiología). En esa sintonía, Villey[11] destaca que el primer filósofo del derecho fue Aristóteles, desde el momento que, en aras de hablar del derecho, incorporó la pregunta del para qué o qué fin tenía el derecho. Aquí

10 En su famoso libro *Tras la virtud*.

11 Un estudio a su filosofía puede encontrarse en Vigo (2006, pp. 209-292).

recordemos cuando Bobbio, en la década de 1970, renunció a seguir siendo kelseniano, dado que desde esa visión suponía que conocía el derecho a tenor de que sabía cómo era el derecho, pero la respuesta con la que debía contar y necesitaba refería al para qué del derecho y las funciones que le correspondía prestar a la sociedad. Por ello, si queremos comprender la función judicial, no podemos dejar de lado su fin, que, a tenor del art. 35 del Código Iberoamericano de Ética Judicial, es conseguir la justicia por medio del derecho.

El fin del Gobierno (del Estado o sociedad política) es el buen vivir en la sociedad o bien común político, y el hombre nace, se agrupa y vive en sociedades que de algún modo le proveen bienes que de otro modo no lograría. Cuando algo es perfectivo de un individuo, tenemos un bien singular o individual, y cuando es perfectivo de varios estamos frente a un bien que es común para todos ellos. Siendo el hombre un animal social, es al mismo tiempo un animal político que requiere de la autoridad que ordene esa vida en social. Pero ese orden deber servir para el bien de los que integran esa sociedad. El bien común es el bien del "nosotros" en cuanto nosotros, no el bien del otro o el mío propio, pero aquel bien comprende el bien de cada uno aunque excediéndolo; así, es comunicable y comunicativo a todos y a cada uno de los miembros de la sociedad. Por supuesto que la sociedad carece de subsistencia propia e independiente fuera de la de sus miembros; su realidad es una "unidad de orden". No adherimos a perspectivas individualistas que niegan la posibilidad de un bien común y solo concibe la suma de bienes individuales; tampoco a perspectivas colectivistas en donde se sustancializa la sociedad fagocitando a sus miembros. Defendemos que la misión de la comunidad política, de su autoridad política y del derecho es generar, conservar y promover el bien común, fundado en la naturaleza humana y en sus exigencias, a las que procura subsidiariamente satisfacer de manera plena, ordenada, dinámica y participada proporcionalmente los bienes de distinta naturaleza para vivir bien.

El derecho es un medio necesario y relevante para el bien común político, pero cabe recordar que en la iusfilosofía clásica la justicia abarcaba todas las deudas que cada uno tenía para con el otro. Y de esas deudas sociales —enseñaba Aristóteles— algunas no pueden ser prescriptas por medio del derecho, ya sea porque su cumplimiento solo admite voluntariedad (ejemplo: el deber de agradecimiento no se satisface si se concreta coercitivamente) o porque resulta imposible cubrir la totalidad de la deuda (ejemplo: la deuda para con los padres de quienes hemos recibido el ser). En síntesis, le corresponde al derecho asumir y ordenar coercitivamente las deudas de justicia que son compatibles con

su naturaleza, pero es evidente que a los fines del mejor orden social no basta el derecho. Aparece aquí la importancia de la ética social que no solo aporta a potenciar la eficacia del derecho, sino también a suplir sus debilidades. Más aún, si el buen ciudadano dirige su vida con plena conciencia y completo cumplimiento de lo que le exige la buena vida en sociedad, seguramente muchos deberes jurídicos que pesan sobre él serían cumplidos sin necesidad del recurso al derecho. Si el juez comprende acabadamente lo que le reclama el principio de imparcialidad judicial, es de suponer que se apartará en el proceso que viene actuando un hermano, aunque no esté previsto tal supuesto entre las causales de excusación incluidas en la ley aplicable. En definitiva, se necesita de los deberes jurídicos, pero corresponde entender sus limitaciones y la importancia que adquiere la ética profesional para lograr el "buen" juez que espera y se merece la sociedad.

## 5. Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano

Con lo ya explicado se deriva fácilmente el derecho de la ciudadanía, que, cuando confiere el poder judicial, lo hace suponiendo una cierta idoneidad ética que posibilitará un servicio profesional "bueno". Pero a lo que queremos aludir a continuación es a un documento que en última instancia ratifica el derecho de los ciudadanos a un "buen" servicio de justicia, recordando que esa finalidad solo será posible si los jueces son "buenos". En términos populares, es sabido que nadie puede dar lo que no tiene.

Nos queremos referir, entonces, a la Carta de Derechos de la Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano, que fuera aprobada en la VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Superiores de Justicia celebrada en México el 29 noviembre de 2002. Dicho documento comienza: "Considerando que es un derecho fundamental de la población tener acceso a una justicia independiente, imparcial, transparente, responsable, eficiente, eficaz y equitativo" y a lo largo de 36 artículos fija como objetivos: "Una justicia comprensible", "Una justicia atenta con todas las personas", "Una justicia responsable ante el ciudadano", "Una justicia ágil y tecnológicamente avanzada", "Una justicia que protege a los más débiles. Protección de las víctimas", "Protección de los integrantes de las poblaciones indígenas", "Protección del niño o del adolescente" y "Protección de las personas con discapacidades". En definitiva, un texto respaldado por las cabezas de los Poderes

Judiciales iberoamericanos que sintética y categóricamente les confiere a todos los ciudadanos el derecho de tener una buena justicia. Sin embargo, corresponde lamentar que, desgraciadamente, es un documento que prácticamente ha sido ignorado y que no ha generado atención académica y una débil atención institucional. Una explicación de ese nulo interés quizás esté en que carece de toda eficacia en tanto es algo ajeno al derecho y que existe solo en el ámbito moral. En su penúltimo artículo, las partes que suscriben la Carta asumen que "promoverán la adopción de las disposiciones legales necesarias y la provisión de medios suficientes para garantizar su cumplimiento", pero nuestra cultura solo ve verdaderos deberes cuando estos son jurídicamente establecidos.

Queda claro que, si hay deberes, están los respectivos derechos. Deberes y derechos son las dos caras de la misma moneda, pero, además, si hay deberes, corresponde que se responda por su cumplimiento. No olvidemos que todos los deberes jurídicos, de algún modo, son al mismo tiempo deberes éticos definidos racionalmente, en tanto se proponen unos y otros para obtener "buenos" jueces y un "buen" servicio de justicia. Más aún, la pretensión de tener "buenos" profesionales es intrínseca a su presencia, por eso puede faltar el derecho de las profesiones, pero nunca la ética de las profesiones en tanto es intrínseca a dicho servicio. La preocupación central de los que van a establecer los deberes jurídicos es discernir cuáles de los deberes éticos puede y debe receptar el derecho. Sin una visión de un "buen" juez, no podemos definir deberes con ese fin.

## 6. Idoneidades judiciales y referencias éticas presentes en el derecho

En la Maestría en Magistratura y Derecho Judicial que dictamos en la Universidad Austral desde hace 25 años, hemos identificado y estudiado hasta seis idoneidades que deberían tener los jueces para ser designados como tales: a) idoneidad cognoscitiva (no coincide con el saber científico jurídico dogmático, sino que se conozca valorativamente el derecho y los saberes necesarios para operar apropiadamente el derecho); b) idoneidad prudencial (se pretende no que dicte clases, sino que esté en condiciones de decir el derecho en sus expedientes en tiempo oportuno); c) idoneidad física (que satisfaga las exigencias de salud fijadas por los médicos como para cubrir los requerimientos del servicio profesional); d) idoneidad sicológica (las escuelas respectivas deberán establecer cuál es el perfil exigible del futuro juez en ese terreno); e) idoneidad gerencial (se requiere del juez competencia y conocimiento para administrar un juzgado en las distintas dimensiones que este tiene: tiempo, personal, espacio, etc.); y,

finalmente, f) la idoneidad ética (recurrir a los que lo conocen al que pretende ser juez a fin de que hagan público y acrediten su juicio ético en relación con su *auctoritas* y para establecer si merecen que se les confiera la *potestas*).

Precisamente en la Argentina, el Poder Ejecutivo dictó el Decreto 222/2003 según el cual habilita para que, durante un determinado tiempo, los que conocen al candidato hagan conocer sus opiniones a favor y en contra en materia ética, entre otras cuestiones. Es que cada uno de nosotros pone de relieve en sus relaciones sociales su personalidad ética, tales como: cortesía, responsabilidad, integridad, secreto, justicia, etc., que, a su vez, son cualidades que resultan relevantes si las poseen los jueces. Al mismo tiempo, y siguiendo con el derecho argentino, podemos traer a colación lo previsto en la Constitución argentina, donde en su art. 110 determina que los jueces conservarán sus puestos "mientras dure su buena conducta". Esta fórmula remite más al *common law* más que al *civil law*, y puede reconstruirse sintéticamente como un derecho de la ciudadanía a tener jueces éticos, y si ellos se conducen con comportamientos no conforme al bien, se genera aquel derecho a removerlos de las funciones judiciales. En síntesis, el Decreto 222/2003 pretende que en la designación de los jueces de la Corte Suprema se priorice a candidatos "íntegros moralmente" y ya la Constitución nacional de 1853 habilitaba a expulsar del Poder Judicial a los que se olvidaban de las exigencias éticas en su vida.

Conviene ahondar en una necesaria precisión en relación con los deberes morales aludidos en el párrafo anterior. Es que pesan sobre los jueces deberes jurídicos y también deberes morales y, a consecuencia de ellos, surge la exigencia de "responder" acerca del cumplimiento o no de aquellos deberes. Todos los deberes jurídicos están respaldados por la ética judicial en tanto la presencia de un buen juez incluye la satisfacción de lo que impone racionalmente el derecho. De todas maneras, insistamos que la ética los potencia y agrega otros deberes. En efecto, al buen comportamiento, la ética le agrega el no generar sospecha de violación del derecho, y así al deber de imparcialidad se le anexa el reclamo de evitar conductas que den pie a la sospecha que se lo está violando, por ejemplo, no tener conversaciones reservadas solo con una de las partes. Pero la ética incluye deberes que exceden al derecho, por ejemplo, adquirir y exhibir bienes que contradicen cierta austeridad que reclama la ciudadanía de los jueces.

En los códigos de ética de variadas profesiones es muy común encontrar artículos iniciales que prohíben incurrir en conductas que afecten la "dignidad" de la profesión en cuestión. En esa misma sintonía, en el Código Iberoamericano

de Ética Judicial incluimos en el art. 53 que "[l]a integridad de la conducta del juez fuera del ámbito estricto de la actividad jurisdiccional contribuye a una fundada confianza de los ciudadanos en la judicatura", a ello sumamos en el art. 54: "El juez íntegro no debe comportarse de una manera que un observador razonable considere gravemente atentatoria contra los valores y sentimientos predominantes en la sociedad en la que presta su función", y en el artículo siguiente advertimos: "El juez debe ser consciente de que el ejercicio de la función jurisdiccional supone exigencias que no rigen para el resto de la ciudadanía". Corresponde destacar que la vida del juez transita por tres espacios: el ámbito estrictamente judicial en relación con su despacho y su trabajo específico, el ámbito público no profesional en donde también mira y juzga éticamente la sociedad y el ámbito estrictamente doméstico o privado a la que no acceden terceros ajenos a este.

Las exigencias éticas sobre el profesional son ineludibles, pues ellas están siempre presentes, aun cuando no estén establecidas las jurídicas. Es cierto que en nuestra cultura juridicista heredada de la Europa continental del XIX confiamos en el derecho y poco o nada en la ética. Por el contrario, en el derecho anglosajón nunca se separó totalmente la ética del derecho. Dos ejemplos que serían inconcebibles para nuestro *civil law* son: 1) el presidente Bill Clinton en el *impeachment* que logró superar: por mentir en defensa propia en ese proceso se le suspendió la matrícula de abogado en el estado de Arkansas y la Corte Suprema lo inhabilitó para ejercer ante ella; 2) al penúltimo juez incorporado a la Corte Suprema en 2018, Brett Kavanaugh, el Senado, antes de su ratificación, le abrió una investigación que le encomendó al FBI acerca de una denuncia de acoso sexual, que habría ocurrido en una fiesta estudiantil cuando tenía 18 años. En última instancia, se constata en el *common law* un cierto reflejo de aquella distinción que viene de Roma entre la *potestas* que el derecho le confería al gobernante y la *auctoritas* que esa persona había logrado con base en su comportamiento personal ajustado a la ética

## 7. Códigos de ética judicial

Cabe destacar que esa ética judicial que siempre está presente se torna visible cuando se la institucionaliza por medio de un código específico, en el cual pueden incluirse hasta tribunales de ética y comisiones de consultas ética. En nuestra opinión, dichos tribunales no juzgan el incumplimiento de deberes jurídicos, para ello están los jueces que dicen el derecho en casos jurídicos. Los

tribunales de ética operan procurando llegar a la conciencia del infractor para que eventualmente reconozca su falta y asuma un compromiso ético con su servicio profesional sin generar dudas en la confianza ciudadana. De ese modo, los tribunales de ética no aplican sanciones propiamente jurídicas, como destitución, suspensión, multas, etc., sino que recurren a sanciones éticas como los reproches reservados o públicos. En tal sentido, el Código de Ética Judicial del Paraguay es un buen ejemplo de esa especificidad que pretendemos de la ética y que la diferencia del modo que impera el derecho. Es que al derecho le resulta irrelevante la voluntariedad en la satisfacción del deber jurídico, en cambio, en la ética es muy relevante esa referencia a la intención, a punto de que la filosofía moral clásica llegó a afirmar que el que roba para ser adúltero es más adúltero que ladrón.

El trabajo cumplido por tribunales de ética judicial que funcionan en nuestro continente desde hace apenas algo más de dos décadas han generado una muy rica jurisprudencia en esa materia, la cual pone de relieve comportamientos judiciales que no podrían ser resueltos por jueces ordinarios, pero que, sin embargo, terminan conspirando contra el indispensable prestigio y respeto que necesita el Poder Judicial.[12] En esta rápida referencia al trabajo específico de los tribunales de ética, no podemos ignorar el sobresaliente desempeño que desde hace más de veinte años viene cumpliendo el Tribunal de Ética Judicial de la provincia de Córdoba, estableciendo una abundante doctrina que avala la especificidad e importancia de esa materia.

Seguramente, la ciudadanía no tiene la más mínima duda de que muchos de aquellos comportamientos contrarios a la ética no pueden quedar ignorados atento al daño que infringen en la indispensable confianza ciudadana, y que constituyen una ofensa injustificada a la sociedad que le ha conferido el poder y sufraga los gastos del servicio en cuestión

## 8. "La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa"

Este es el título de un trabajo de Jesús Rodriguez-Arana publicado en 2013 que, estimo, resulta un importante respaldo doctrinario a lo que hemos desarrollado en el presente artículo. Leemos allí:

12 Remitimos, por ejemplo, al volumen 14 de la Serie Judicial publicada por la Suprema Corte de Justicia de México en el año 2007 con el título *Resoluciones de Tribunales de responsabilidad Ética Judicial*.

> Entre el Consejo de Europa y la jurisprudencia comunitaria, desde 1980, se fue construyendo, poco a poco, el derecho a la buena Administración pública, derecho que la Carta Europa de los Derechos Fundamentales de diciembre de 2000 recogería en el artículo 41. Más adelante, la nueva Carta de los Derechos Fundamentales de 12 de diciembre de 2007, que sustituye a la anterior, recoge en los mismos términos el derecho fundamental a la buena administración pública. (p. 39)

Si bien la perspectiva académica desde la que habla Rodriguez-Arana es la propia del derecho administrativo y por eso la referencia al trabajo y competencia del Defensor del Pueblo de la Unión, el marco conceptual es plenamente proyectable al Poder Judicial y al servicio que este presta. Incluso hay afirmaciones que corroboran la aludida expansión al servicio de justicia, así por ejemplo:

> Las instituciones públicas en la democracia no son propiedad de sus dirigentes, son del pueblo que es el titular de la soberanía. El responsable tiene que saber, y practicar, que ha de rendir cuentas continuamente a la ciudadanía y que la búsqueda de la calidad en el servicio objetivo al interés general debe presidir toda su actuación. [...] En este tiempo de crisis, la perspectiva finalista del poder ha hecho acto de presencia con inusitada fuerza... (Rodriguez-Arana, 2013, p. 25-26)

También: "El lugar que antaño ocupó el concepto de la potestad o del privilegio o la prerrogativa ahora la ocupa por derecho propio la persona., el ser humano, que asume un papel central en todas las ciencias sociales" (p. 38) y: "El poder público que se basa en la razón ética es el legítimo" (p. 40).

Al margen de que el profesor español explica los cuatro derechos específicamente indicados en el art. 41 de la Carta Europea de Derechos Humanos, luego explicita el derecho a la buena administración en un total de 55 principios. *Mutatis mutandi* muchas de esas exigencias implican deberes éticos que tendrían que operar para los jueces también.

## 9. Conclusiones

Si partimos de: i) una teoría del derecho no positivista; ii) una filosofía moral o ética cognitivista y objetivista; y iii) una opción en favor de un completo Estado de derecho, se impone en coherencia sostener que la ciudadanía tiene el derecho de contar con jueces que cumplan con sus deberes jurídicos, pero también los deberes éticos para generar la confianza en la ciudadanía.

La cultura juridicista predominante en el *civil law* presta escasa o nula aten-

ción a la ética judicial que exige del juez, en la medida de sus posibilidades, un compromiso con la excelencia en el servicio.

La Carta de Derecho de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano (2002) consagra detalladamente el derecho de la ciudadanía a contar con un buen servicio de justicia, pero lamentablemente no ha generado la atención teórica y práctica que se merece.

La Constitución argentina de 1853, por medio de su art. 110, establece el derecho a contar con jueces éticos, habilitando la destitución de aquellos que se hayan alejado de la buena conducta requerida por la sociedad que le confirió el poder jurisdiccional.

El Decreto 222/2003 revela un auspicioso interés para que accedan a la justicia aquellos que cuentan con "integridad moral".

El Código Iberoamericano de Ética Judicial y los respectivos Dictámenes emitidos por la Comisión Ibeoamericana de Ética Judicial proponen un modelo de buen juez que tiene el respaldo de la Cumbre Judicial Iberoamericana.

Los códigos de ética judicial visibilizan la importancia y especificidad de la ética al margen de lo previsto en las normas jurídicas.

Se impone advertir la crisis de respeto a la autoridad que padece occidente en la actualidad, y, a los fines de recuperar ese respeto y confianza, el camino exclusivo del derecho resulta claramente insuficiente.

Habiendo reconocido la Cumbre Judicial Iberoamericana el derecho de la ciudadanía de contar con jueces éticos, corresponde institucionalizar los deberes respectivos, estableciendo tribunales éticos que velen por su cumplimiento y procuren esclarecer apropiadamente la conciencia ética de los miembros de los poderes judiciales.

Los planes de estudio que están vigentes en la mayoría de las facultades de Derecho respaldan y fomentan una cultura juridicista, dando la espalda a preocupaciones de índole ética o moral, sin advertir que la mera idoneidad científica jurídica es incapaz de gestar "buenos" profesionales que aporten al buen vivir en sociedad.

## Bibliografía

Alexy, R. (1995). *Teoría del discurso y derechos humanos*. Universidad Externado de Colombia.
Bodin, J. (1576). *Los seis libros de la República*.
*Carta de Derechos de la Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano*. (2002). https://www.cumbrejudicial.org/sites/default/files/2023-05/Carta%20Derechos.pdf
*Código Iberoamericano de Ética Judicial*. (2006). https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_mex_ane_57.pdf
Finnis, J. (1992). *Natural Law and Natural Rights*. Clarendon Press.
Finnis, J. (2000). *Ley natural y derecho natural*. Abeledo-Perrot.
Foucault, M. (2008). *Vigilar y castigar*. Siglo XXI.
Hobbes, T. (1651). *Leviatán*.
Kelsen, H. (2011 [1934]). *Teoría Pura del Derecho.* Trotta
MacIntyre, A. (2007). *Tras la virtud*. Editorial Crítica.
Rodriguez-Arana, J. (2013). La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa. *Revista Misión Jurídica,* 6(6), 23-56.
Vigo, R. L. (1999). La axiología jurídica de Gustav Radbruch. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, (19), 127-148.
Vigo, R. L. (2006). *Perspectivas Iusfilosóficas Contemporáneas*. Abeledo-Perrot.
Vigo, R. L. (2019). *El neoconstitucionalismo iuspositivista-crítico de Luigi Ferrajoli*. Marcial Pons.

## Roles de autoría y conflicto de intereses

El autor manifiesta que cumplió todos los roles de autoría del presente artículo y declara no poseer conflicto de interés alguno.

# Nota sobre el concepto de lo "político" y sus deformaciones peligrosas. Consideraciones sumarias a partir de un libro de Bernard Crick

**Carlos I. Massini-Correas**[1]

Universidad de Mendoza

carlos.massini@um.edu.ar

https://doi.org/10.26422/RJA.2026.0701.mas

**Resumen**

En el presente trabajo, el autor comenta y desarrolla el concepto estricto de "política" propuesto por el filósofo inglés Bernard Crick y lo contrapone al de "ideología", al que considera una degradación del primero y un peligro para la convivencia humana en las sociedades completas, que es como llama John Finnis a las políticas.

**Palabras clave:** política, ideología, analogía, coordinación, conciliación, libertad, totalitarismo, bien común.

1 Abogado, doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales y doctor en Filosofía. Catedrático de Filosofía Jurídica en la Universidad de Mendoza (Argentina), donde dirige el Instituto de Filosofía Práctica. En el nivel de posgrado, es profesor de varios doctorados y se desempeñó como Investigador Principal del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas (Conicet), como director del Doctorado en Derecho de la Universidad Católica de Santa Fe y como Secretario Académico de la Universidad de Mendoza. Tiene publicados 33 libros y más de 200 artículos en América y en Europa sobre temas de filosofía del derecho, filosofía política, ética y bioética. Ha sido *Visiting Scholar* en las universidades de Münster, París, Navarra, La Coruña, Notre Dame-Indiana, Panamericana de México, De los Andes de Chile, entre otras, así como becario del DAAD de Alemania.

# On the Concept of 'the Political' and its Dangerous Deformations
## Summary Considerations Based on a Book by Bernard Crick

**Abstract**
In the present essay, the author comments and developed the strict concept of "politics" proposed by the British philosopher Bernard Crick and opposed it to the notion of "ideology", that he considered a degradation of the first and a great danger for the human living together in the complete societies, which is what John Finnis calls politics.

**Key words:** politics, ideology, analogy, coordination, conciliation, totalitarianism, common good.

## 1. Introito

Existen, tanto en el habla corriente como en la erudita de los seres humanos, pocas palabras de significado más confuso, vago, abusivo, diverso, contradictorio e impreciso que el que corresponde a "política" y a sus derivados. En efecto, se la usa en una enorme cantidad de veces y con una significación peyorativa, elogiosa, genérica, específica, denostativa, teórica, práctica, científica, vulgar, valorativa, descriptiva, en sentido amplio, en sentido estricto, etc., de tal modo que con esa palabra es posible significar prácticamente cualquier concepto en el ámbito de las realidades humano-sociales. A esto se le debe agregar que el uso de "política-político" suele hacerse en el contexto de lo que puede llamarse "política agonal", es decir, en el de la lucha por el poder, la influencia o el dominio, con la consiguiente influencia necesaria de las pasiones, fanatismos, favoritismos y parcialidades.

Ahora bien, como atenerse a esa multiplicidad casi infinita de significados implica la imposibilidad de utilizar la expresión con cierta precisión, rigor y conveniencia, en lo que sigue se va a intentar desarrollar una sistemática breve del uso de esa palabra —y del concepto que significa— que establezca algunos parámetros racionales y rigurosos de lo que ella significa y de cuáles son sus usos más convenientes, valiosos y esclarecedores. Para ello, se tomará como punto de partida un conocido (ha tenido más de seis ediciones) libro del intelectual y universitario inglés Bernard Crick,[2] publicado con el título de *In Defence of Poli-*

2 Bernard Crick nació en Londres en 1929 y estudió Economía en el London University College, donde obtuvo una Licenciatura en Ciencias, para luego doctorarse en la London School of Economics, con una tesis sobre *The American Science of Politics*. Mientras redactaba la tesis, se desempeñó como profesor asociado en Harvard y como investigador visitante en Berkeley, y luego fue designado profesor en la London School of Economics y, sucesivamente, en las universidades de Sheffield,

*tics* (*En defensa de la política*), en el que se desarrolla una concepción, con un fundamento mayormente clásico-experimental, de lo esencial de esa actividad, así como de sus formas reductivas, impugnaciones, confutaciones o desviaciones.[3]

Pero antes de comenzar con el desenvolvimiento de estas ideas primordiales, conviene decir algunas palabras acerca de una clave para la comprensión de la polisemia de la palabra (y el concepto de) "política". Esta clave, que no es mencionada y menos aún aprovechada en el libro de Crick, es la que se refiere a la *analogía* de las palabras (y de los conceptos), y en especial, en el presente caso, de "política". Esta noción de "analogía", que se remonta a las obras de Aristóteles, recibió un extenso desarrollo y perfeccionamiento en los escritos de Tomás de Aquino, tal como lo explicita con precisión el profesor de Oxford John Finnis (1998) al referirse a la metodología del pensamiento práctico-político del teólogo y filósofo napolitano:

> Aquino acepta y desarrolla la explicación de Aristóteles sobre el alcance de las ciencias o teorías, que Aristóteles entrelaza con una explicación del uso científico o técnico de las definiciones y los términos. El ámbito propio de cada ciencia o teoría incluye propiamente todo lo que es relevante en relación a un tipo central, y las formas relevantes de "relaciones con un tipo central" incluyen, *inter alia*, no solo lo que genera realidades de ese tipo central, sino también sus defectos característicos o corrupciones (así como las causas de esas falencias). Por lo tanto, una versión corrupta o desleída de ese tipo central puede ser llamada de modo correcto —científica o popularmente— con el mismo nombre, aunque no con el mismo significado ("unívocamente", tal como traduce Aquino), ni tampoco de modo equívoco [con multiplicidad de significados dispersos], sino por el tipo de relación-en-la-diferencia de significado que Aquino (cambiando el vocabulario Aristotélico) denomina *analogía*. (p. 43)

Ahora bien, existen dos modos principales de analogía: (i) la que Aquino denomina de proporcionalidad, cuyo modelo sería la proporción a:b = c:d, y puede explicitarse brevemente con un ejemplo: la proporción ciencia social/racionalidad = ciencia empírica/racionalidad significa que las ciencias sociales utilizan un modo de racionalidad proporcionalmente semejante al que usan

Londres y Glasgow. Escribió varios libros: uno muy difundido sobre el pensamiento de George Orwell, otro sobre *Teoría y Práctica Política*, otro que reunía *Ensayos sobre Educación Política* y varios más, todos ellos con una impronta muy personal (declaraba ser discípulo tanto del laborista Harold Laski cuanto del conservador Michael Oakeshott). Fue objeto de varias distinciones, entre ellas, del título de Caballero (*Sir*) otorgado por la Reina Isabel II.

3 Véase Crick (2001).

las ciencias empíricas, aunque nunca idéntico; (ii) "la otra significa la relación unificante de varias realidades con un caso o tipo central, una relación que garantiza las relaciones correspondientes o significados cambiantes con un caso focal" (Finnis, 1998, p. 44), para el cual —sostiene el autor australiano— ni Aristóteles ni Aquino utilizaron un rótulo específico. A pesar de esto último, los filósofos seguidores del realismo clásico denominan a esa forma de analogía como "de atribución", en razón de que las formas analógicas de significación o denominación se atribuyen a ciertas realidades a partir de un significado focal o caso central y por su relación significativo-participativa con ese caso.[4]

Y será este último el método a utilizar para precisar, ordenar y valorar sistemáticamente los múltiples usos de la palabra "política", es decir, determinando su significación focal y las diferentes derivaciones que se siguen de ella,[5] ordenándolas en un conjunto racionalmente sistemático de sentido. Por supuesto que, para realizar esta tarea, resulta preciso determinar ante todo cuál es el "caso central" y la correspondiente "significación focal" del nombre y el concepto "política". Para, ello es necesario remitirse principalmente al pensamiento filosófico de la Grecia clásica, en el que esa palabra, que proviene de *politikós*, la que, a su vez, derivaba de *polis*, significaba propiamente "todo lo relativo a la ciudad" (Corominas, 1976, pp. 466-467). Y conviene recordar también que la "ciudad" era en Grecia la comunidad más completa o máxima, que proveía a sus ciudadanos de todo lo necesario para llevar adelante una vida suficiente o buena, aunque no absolutamente y sin que por ello se garantizara concretamente su logro. Por otra parte, conviene asimismo tener presente que el tamaño de las polis griegas era incomparablemente más reducido que el habitual en las ciudades actuales, sin hablar de las grandes urbes. Y es cierto también que, más allá de las polis, existían a veces *imperios*, pero no eran propiamente y en sí mismos comunidades, sino conjuntos de ciudades —relativamente independientes— sujetos a un único soberano.[6]

---

4 La cuestión de la analogía ha sido objeto de una bibliografía muy extensa, por lo que nos referiremos solo a un trabajo notable de Cornelio Fabro (1969, pp. 407-419). También puede verse McInerny (1968, *passim*).

5 Véase Finnis (2011, pp. 9-19).

6 Ver Real Academia Española (s.f., voz "imperio", acepción 6).

## 2. "Política" en el texto de Bernard Crick

Ahora bien, el autor que se tomará como punto de partida, aunque a veces las conclusiones no sean las que él propone, define inicialmente a la política en su sentido más estricto como

> la actividad mediante la cual se concilian [o coordinan] intereses divergentes dentro de una unidad de gobierno determinada, otorgándoles [a esos intereses] una parcela de poder proporcional a su relevancia para el bienestar y la supervivencia del conjunto de la comunidad. Y, para completar la definición formal, un sistema político es un tipo de gobierno en el que la política logra garantizar una estabilidad y un orden razonables. (Crick, 2001, pp. 22-23)

Y luego precisa, siguiendo las enseñanzas del "maestro de los sabios" (Alighieri, s.f., Canto IV, 131), que "la política, para Aristóteles, no tenía origen divino, sino natural [y] depende de una actividad humana individual continua y deliberada" (Crick, 2001, p. 25).

Más adelante, Crick (2001) aclara su definición diciendo que

> la política es la coordinación, la [mejor] solución al problema del orden, la que prefiere la conciliación a la violencia o la coerción como medio efectivo para que los distintos intereses encuentren el grado de compromiso que mejor sirva a su interés común por la supervivencia. La política permite que los distintos tipos de poderes dentro de una comunidad [completa] establezcan un nivel razonable de tolerancia y apoyo mutuos. (pp. 32-33)

También agrega que "el término política resume una actividad cuya historia es una mezcla de doctrinas accidentales y deliberadas y cuya base social solo se encuentra en comunidades de una cierta complejidad" (Crick, 2001, p. 34). Y concluye el primer capítulo sosteniendo que "la política es una manera de gobernar sociedades plurales sin violencia innecesaria, y la mayoría de las sociedades son plurales, aunque haya quien piense que la pluralidad es el verdadero problema" (p. 36). Esto significa que la unidad de la sociedad política no puede ser nunca completa como la de un ente sustancial (v. gr., una piedra o una ballena), sino que se trata de un todo relacional que vincula prácticamente (e. d., para el logro de un objetivo) las conductas de un grupo más o menos numeroso —y plural— de seres humanos.

Recapitulando sintéticamente estas afirmaciones del intelectual inglés, es posible concluir que, para él, el sentido de la palabra "política", así como el concepto que significa y la realidad que designa, pueden explicitarse analí-

ticamente del siguiente modo: "política", en su caso central (o significación focal), designa un conjunto de praxis humanas sociales que se coordinan (o concilian) por medio de algún modo de gobernanza (dirección, coordinación, armonización, etc.) para alcanzar la supervivencia y el bienestar de un todo práctico (conjunto más o menos ordenado de acciones humanas), en el contexto de una cierta estabilidad y un orden razonable de una comunidad compleja, que excluye lo más posible la violencia y promueve el consentimiento y la tolerancia.

Ahora bien, pareciera conveniente agregar a esa definición algunas precisiones adicionales para hacerla más clara y completa. Estas precisiones habrían de ser al menos las tres siguientes: la primera, que la descripción y definición de un fenómeno práctico, es decir, que se constituye a través de praxis humana (acciones racionales y libres), solo puede realizarse a partir de —y contando con— ciertos supuestos teóricos (metafísicos, antropológicos, sociológicos, etc.). Sin enumerarlos todos por razones didácticas y de coyuntura, es oportuno citar algunos: a) quienes se agrupan en sociedades políticas son seres humanos, es decir, que existen de modo racional y libre en virtud de la dignidad de su esencia y modo de ser constitutivos; b) estos son seres activos, que procuran alcanzar ciertas perfecciones que se condicen con —y se siguen de— su índole propia y que la filosofía clásica denomina "bienes"; c) esos bienes propios de la actividad política, que pueden ser materiales, espirituales, estéticos, etc., solo pueden procurarse —y, eventualmente, alcanzarse— a través de la acción (praxis) coordinada y libre de un conjunto relativamente grande de sujetos, que en razón de la racionalidad y libertad de su acción necesitan que esta actividad se realice bajo la dirección racional de una autoridad o Gobierno; d) esto hace, además, que se trate en este caso de bienes comunes, es decir, que se logran solo con la contribución de muchos y se disfrutan mediante la participación en ellos de otros tantos; e) que la finalidad y el valor de la actividad política habrá de ser entonces la promoción y aseguramiento de aquellos bienes que hacen posible la realización humana, principalmente en sus condiciones externas y colectivas y con el instrumento del derecho presidido por la justicia y la prudencia política.

La segunda precisión es que el autor no incluye la locución "bien común" como fin y fuente de sentido de la comunidad política, en especial cuando afirma que

> suele creerse que para en funcionamiento de [la política] [...] debe existir previamente una idea compartida de "bien común", cierto consenso o *consensus iuris*, pero ese bien común no es otra cosa que la práctica del proceso de conciliación

> de los intereses de los distintos grupos que componen un Estado; no es un aglutinante espiritual intangible y externo [...]. Esas son explicaciones engañosas... (Crick, 2001, p. 25)

Está claro que la idea de bien común que exhibe Crick (2001) tiene poco que ver con la concepción clásica, para la cual ese bien no es "externo" ni meramente "intangible", sino que se trata de un bien (o de un conjunto concreto de ellos) a cuyo logro contribuyen todos los ciudadanos y cuyo disfrute es participado efectivamente por estos mismos sujetos.[7] Además, el mismo proceso de coordinación de las conductas conforme a razones para la acción es en sí mismo también un bien común, un orden de las conductas que hace posible y promueve bienes humanos básicos en el contexto de una sociedad completa.

La tercera precisión es la siguiente: tal como lo escribe el politólogo inglés,

> el orden político no es cualquier tipo de orden; su implantación señala el origen o el reconocimiento de la libertad, puesto que la política entraña cierta tolerancia de libertades divergentes y el reconocimiento de que la gobernanza no solo es posible, sino que se ejerce mejor cuando los intereses rivales se disputan en un foro abierto. La política son las acciones públicas de los hombres libres [...]. La tiranía, el gobierno de un hombre fuerte en beneficio propio, es la alternativa más obvia [a la política], seguida de la oligarquía, el gobierno de un grupo en beneficio propio [...] y de la que probablemente puede considerarse la única forma de gobierno que sólo ha existido en la época actual, el totalitarismo. (Crick, 2001, pp. 18-19)

En estos últimos regímenes, la unidad de la sociedad es absoluta o única, por lo que esa forma de dominio no puede designarse propiamente como "política", al menos en el sentido en que se ha venido utilizando hasta ahora.[8]

## 3. Digresión sobre el modo de gobierno "político" en el pensamiento clásico

En lo que se ha desarrollado hasta ahora, se han puesto de manifiesto algunos puntos que resulta conveniente desarrollar a los fines de esclarecer medianamente qué es el gobierno "político" y con qué otras formas de gobernanza es necesario comparar para obtener un concepto claramente definido de esa primera noción. Hasta aquí se ha concluido que "político" se llama a un grupo

7 Véase Keys (2006, *passim*).

8 Véase Crick (2001, p. 19).

social, formado por la coordinación de las acciones de los hombres integrados en la sociedad más completa y compleja de las que ellos han realizado a lo largo de la historia, que armoniza, excluyendo por principio la violencia, esas conductas para el logro de los bienes humanos comunes (supervivencia y bienestar) y que es relativamente plural en los intereses, las visiones y la participación de quienes la integran. Está claro que todos los grupos humanos (seres dotados de razón y libertad de elección) requieren alguna forma de gobernanza, pero la gobernanza "política" tiene una característica especial: que respeta el carácter racional-libre de sus integrantes, la pluralidad de sus intereses e ideas y supone un modo de gobernar de tipo principalmente ético. Sin este último, puede tratarse de una manipulación de personas, de una dirección administrativa o de una ordenación gerencial, pero nunca de una dirección propiamente "política".[9]

Ha escrito en este punto Lon Fuller (1969) que un resumen sobre la distinción principal entre las dos formas básicas de ordenación social puede formularse como sigue:

> las directivas surgidas en un contexto gerencial (*managerial*) son cumplidas por los subordinados en orden a servir al propósito establecido por su superior. Por el contrario, el ciudadano que cumple con las leyes de la sociedad política, no *aplica* las leyes para perseguir fines específicos ideados meramente por el legislador, sino que antes bien las *sigue* en la conducción de sus propios asuntos, siendo los intereses a los que se presume sirven esas leyes los de la sociedad en general. (p. 207)[10]

Y concluye que

> las directivas de un sistema gerencial regulan primariamente las relaciones entre el subordinado y su superior y solo colateralmente las relaciones del subordinado con terceras personas. Por el contrario, las reglas de un sistema político, normalmente sirven al propósito primario de ordenar las relaciones entre los ciudadanos, y solo colateralmente sus relaciones con la sede de la autoridad de la que esas reglas proceden. (Fuller, 1969, pp. 207-208)

En resumen, lo que se quiere decir aquí es que, en el sentido central de "política", se hace referencia a reglas o normas creadas en beneficio de los ciu-

9 Véase Fuller (1969, pp. 207-208).

10 En cursiva en el texto original.

dadanos de una comunidad limitada y plural y no para el provecho exclusivo o principal de la misma autoridad gubernamental.

Ahora bien, esta idea de una distinción radical entre el modo "político" de gobernar, es decir, participativo, plural y ordenado al bien común de la *polis*, y otra modalidad o régimen que puede denominarse autocrático, imperativo o, para seguir a Aquino, "real", ha sido desarrollado por el pensador napolitano en su *Comentario a la Política*, que quedó inconcluso y fue terminado por un discípulo suyo, Pedro de Alvernia (Aquino y Alvernia, 2001). En ese texto, Tomás escribe que

> cuando un hombre tiene la prelacía de manera absoluta y en todos los ámbitos (*simpliciter* y *secundum omnia*), el régimen se denomina *real*; cuando tiene la prelacía según las reglas de la ciencia, es decir, según las leyes establecidas por la ciencia política, el régimen se denomina *político*: esto en el sentido de que, por una parte, ese hombre [gobernante] dirige a sus gobernados, en todo aquello que está sometido a su poder, y por la otra, él está siendo gobernado, en aquellos dominios en los que está sometido a la ley. (Daguet, 2015, pp. 267-268)[11]

Luego de la lectura de este último texto, es conveniente agregar que la idea general de Bernard Crick (2001) con la que este estudio ha comenzado, según la cual el modo "político" de gobernanza es aquel que se orienta al bien de los ciudadanos a través del derecho y de la deliberación y acción libre de una ciudadanía plural, ya se encuentra en germen en las ideas políticas de Aristóteles, Cicerón, Tomás de Aquino, John Fortescue, Francisco Suárez, Edmund Burke, Alexis de Tocqueville y varios otros. Esto no debería llamar la atención, ya que pasa con diversas nociones de índole política, como las de división de poderes, gobierno del derecho y muchas otras, que fueron explicadas claramente por el Estagirita más de veinte siglos antes de que se las atribuyeran a sí mismos los pensadores y constitucionalistas modernos (Aristóteles, 1970, p. 193, VI, 14, 1297b/1298a) (1299a/1299b).[12]

## 4. Los enemigos de la política

Volviendo al libro de Crick (2001), corresponde hacer también una breve exposición sobre las formas de guiar la conducta humana social que aparecen como

11 Ídem.

12 Véase también Roberts (2009, pp. 104 y ss.).

alternativas contrapuestas o incompatibles con el modo propiamente "político" de realizarlo. La más relevante de estas formas opuestas al modo "político" es para Crick la que corresponde a las formas "ideológicas" de conformar una comunidad completa. El pensador inglés titula al capítulo que dedica a estas formas contradictorias del gobierno político como "Defensa de la política contra la ideología", y comienza con la afirmación siguiente:

> que no cualquier tipo de gobierno es político y que la política es un concepto mucho más preciso de lo que suele creerse, son verdades que se vuelven evidentes al analizar el sistema totalitario de gobierno y su justificación ideológica [...]; el totalitario cree que todo es incumbencia del gobierno y que la misión de éste es reconstruir de arriba abajo la sociedad de acuerdo con los objetivos construidos por una ideología. La ideología hace una crítica [total] de la sociedad existente y una profecía, basándose en una única "clave histórica" acerca de una etapa final de la evolución social perfectamente justa y completamente estable. (Crick, 2001, p. 37)

Dicho en otras palabras, según este autor,

> para el régimen totalitario nada queda fuera del ámbito del gobierno y todo es posible. Las masas deben ser redirigidas, u orquestadas, hacia una armonía futura única. Queda claro que esa línea de pensamiento puede ser llamada propiamente anti-política [...]. En general, se ha reconocido el carácter milenarista de las reivindicaciones nazis o comunistas, sin importar las concesiones temporales que hicieran en la práctica: lo que en un tiempo fue una herejía religiosa —alcanzar el reino de los justos en la tierra— en la actualidad se ha convertido en una ortodoxia laica defendida con fervor religioso. (Crick, 2001, pp. 40-41)

Pero, además, es preciso no confundir el totalitarismo con las diversas versiones del autoritarismo o del despotismo:

> el totalitarismo sobrepasa a la autocracia. En el totalitarismo, no sólo la maquinaria del gobierno y las instituciones económicas de la sociedad, sino también la educación, la industria, el arte e incluso las relaciones afectivas y la organización doméstica; todo, en el trabajo o durante el tiempo dedicado al ocio, forma parte de un sistema social absolutamente interrelacionado; todas son fuerzas que incumben a [y son organizadas por] la ideología. (Crick, 2001, p. 44)

Todo esto desemboca en una concepción perfectamente unitaria de la sociedad: sin divisiones internas ni opiniones divergentes, ni siquiera puntos de

vista diversos o gustos plurales; por ello, "el carácter único del totalitarismo [...] se evidencia una vez más en el ataque al concepto de Estado en nombre de la Sociedad [...] [considerada unívoca y sustantivamente]" (Crick, 2001, p. 45).[13]

Es posible concluir este apartado recordando que, para Crick (2001),

> la política no es la búsqueda de un ideal y tampoco el estancamiento en una tradición. Es una actividad viva, adaptable, flexible y conciliadora. La política es la forma de gobierno de las sociedades libres. La política es política y las otras formas de gobierno son otra cosa. (p. 61)[14]

Finalmente, este autor concluye:

> Las irracionalidades y contradicciones de este tipo de teorías [ideológicas] no propician ser comentadas y desarrolladas por la discusión libre, ni siquiera en el seno de un reducido número de elegidos; esas teorías tienen una necesidad práctica de incluir alguna fuente de autoridad definitiva e irracional. (Crick, 2001, p. 50)

La sociedad ideológica es entonces como una sustancia sólida, sin partes distinguibles ni opciones en las conductas, que se organiza de arriba para abajo, sin diferencias de ideas ni alternativas, por lo que la misma noción propiamente humana de libertad de elección le es completamente ajena.

Por lo tanto, es posible concluir en este punto que, según el autor reseñado, el principal enemigo de la política, entendida ésta en su significación focal o estricta, radica en el pensamiento social ideológico y en las formas totalitarias de gobierno que son su consecuencia forzosa e ineludible. Según este último pensamiento, la sociedad completa es ineluctablemente única: en su estructura social, en su objetivo a lograr, en los lineamientos de su desarrollo y en la forma de las praxis que la constituyen. Por el contrario, para el pensamiento realista clásico, la coordinación de las praxis humanas supone una dosis de autonomía (nunca absoluta) pero siempre presente en la tarea de alcanzar, en la medida de

13 En esto, Crick (2001) le agrega al pensamiento ideológico la idea del progreso necesario, el énfasis en la violencia constitutiva, el escaso poder que se le concede a la vida humana y el excluyente constructivismo social, pero tratar esas notas aquí daría a estas páginas una extensión excesiva.

14 En este punto, vale la pena transcribir una sugerente frase de Crick (2001): "He mencionado antes lo mucho que debemos a Aristóteles por haber reconocido la política como un instrumento que armoniza e intenta sacar provecho de las diferencias de opinión y de los intereses divergentes que surgen de forma natural en cualquier Estado. Ésa es la proposición básica de la doctrina política. Si por algo destaca la doctrina totalitaria es por aborrecer la diversidad de grupos e instituciones [y, por lo tanto, la política]" (p. 52).

lo posible, los bienes que armonizan con el modo humano de ser. Esto, en la mayoría de las doctrinas éticas, se denomina *perfeccionismo*.[15] En pocas palabras: la sociedad política reviste el carácter de constitutivamente plural, a la vez que *télica* por su ordenación del logro de los bienes-fines que son los que mantienen y enriquecen al hombre en su existencia propiamente humana.

## 5. La lección central de un libro sugerente

Luego de esta breve síntesis de las ideas de un autor provocativo e inspirador, corresponde extraer las conclusiones que se siguen de sus ideas principales para alcanzar una noción realista, sensata y práctica de esa actividad tan atractiva, omnipresente y conflictiva que denominamos "política". Ante todo, es preciso reconocer que la política pertenece al ámbito de las realidades (y, por lo tanto, de los saberes) humanas, es decir que se constituyen primariamente por medio de —o con— acciones libres —praxis— de los hombres. Y estas acciones son realizadas por múltiples sujetos; de hecho, en principio, las sociedades políticas constituyen el tipo de sociedades más grandes que forman los hombres en el tiempo histórico. Pero, también, una observación elemental de ese tipo de comunidades hace posible entender que se estructuran de modo finalista, o sea, con una orientación hacia la obtención de algún resultado; Crick (2001) sostiene que las sociedades políticas se dirigen al logro de la supervivencia y el bienestar de los seres humanos que la componen. Por supuesto que los bienes a los que se ordenan han de ser de algún modo comunes, es decir, que su obtención necesita de la colaboración de muchos, y que su disfrute ha de participarse por los integrantes de esa sociedad y no pueden reducirse a la mera supervivencia o al simple bienestar sensible de los ciudadanos.

Pero como los hombres son libres, es decir, pueden elegir entre distintas vías de acción, siempre resulta necesaria la presencia de una autoridad que coordine armónicamente[16] —e. d., sin caos, farrago y anarquía— las acciones humanas, de modo que el logro de los bienes buscados y su participación común sean razonablemente posibles. Ahora bien, la coordinación de esas acciones racionales, propias de seres cognoscentes y libres, ha de ser realizada de modo que corresponda a esa racionalidad y libertad, a través de razones para la acción y no por medio de manipulaciones, métodos pavlovianos o el mero temor. Por eso,

15 Véase Wojtyla (1989, pp. 29-40).

16 La reducción al simple temor como motivación de la actividad social ha sido defendida por varios autores positivistas, v. gr., por Frederick Shauer en su libro *The Force of Law* (2015).

todo control, orientación o estructuración de la conducta que sea meramente mecánica, automática, refleja o de algún modo necesaria no puede constituirse en "política" en el sentido más propio explicitado por Crick (2001).

Por supuesto que, por tratarse en el caso de "política" de una noción analógica, es posible hablar correctamente de "política" en el caso, v. gr., de una tiranía o de un régimen despótico, aunque no en el de un sistema totalitario, ya que en este último caso la semejanza que funda la analogía prácticamente ha desaparecido. De hecho, la manipulación totalitaria de las personas en los *konzetrationslager* o en el *Gulag* se asemeja más al arreo de ganado o a la domesticación de los perros o los elefantes de circo que al gobierno político de las polis propiamente dichas.

## 6. Conclusión

De este modo, queda claro que el caso central —y, por lo tanto, la significación focal— de "política" corresponde al de una coordinación autoritativa y racional de praxis sociales para el logro de ciertos bienes básicos —o perfecciones, o modos de realización— a través fundamentalmente de actividades plurales, consensuales, regladas y razonables, en el marco de comunidades completas y de sentido, que tienen lugar en el tiempo histórico. Por supuesto que la experiencia hace posible conocer casos de sociedades en las que esas notas se dan de un modo desviado, parcialmente incompleto, diluido, cerrado —e. d., excesivamente unitario— o bien demasiado débil, pero que, en un cierto sentido —Aquino diría *secundum quid*—[17] y para los fines de la comprensión mutua, es posible denominarlas también, aunque analógicamente, "políticas".

Pero siempre, y sobre todo, el caso central o primer analogado de la noción aparece en esos casos como cumpliendo una función modélica o ejemplar, de modo que se trata de una misión eminente y constitutivamente práctica, por la cual, en la medida en que cada caso se acerca más a la significación focal, más resulta posible hablar de él como de un caso "político", es decir, constituido por praxis múltiples coordinadas a través de razones para obrar por una autoridad razonable para el favorecimiento y promoción de los bienes humanos comunes. De este modo, resulta que no todas las actividades sociales coordinadas son necesariamente "políticas", sino solo aquellas que se acercan en una medida suficiente y razonable al caso central. Parece claro que este planteo de

17 Véase McInerny (1996, *passim*).

Bernard Crick (2001) no solo es una contribución a la comprensión adecuada de la noción de "política", sino también una guía práctica para el mejoramiento de las formas de estructuración racional de la vida común de los hombres en su actividad social y práctica que se realiza en su devenir histórico.

## Bibliografía

Aquino, T. y Alvernia, P. (2001). *Comentario a la política de Aristóteles*. EUNSA.
Alighieri, D. (1973). *Divina Comedia*. Ediciones BAC.
Aristóteles. (1970). *Política* (Trad. J. Marías). Instituto de Estudios Políticos.
Corominas, J. (1976). *Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana*. Gredos.
Crick, B. (2001). *En defensa de la política* (6ª ed., trad. M. Zorrilla Diez).
Daguet, F. (2015). *Du politique chez Thomas D'Aquin*. Vrin.
Fabro, C. (1969). Nuovi orizzonti dell'analogia tomistica. En *Esegesi Tomistica* (pp. 407-419). Università Lateranense.
Finnis, J. (1998). *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*. Oxford University Press.
Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights* (2ª ed.). Oxford University Press.
Fuller, L. (1969). *The Morality of Law*. Yale University Press.
Keys, M. M. (2006). *Aquinas, Aristotle, and the Promise of the Common Good*. Cambridge University Press.
McInerny, R. (1968). *Studies in Analogy*. Martinus Nijhoff.
McInerny, R. (1996). *Aquinas and Analogy*. CUA Press.
Real Academia Española. (s.f.). Imperio. *Diccionario de la lengua española*. https://dle.rae.es/imperio
Roberts, J. (2009). *Aristotle and the Politics*. Routledge.
Shauer, F. (2015). *The Force of Law*. Harvard University Press.
Tomás de Aquino-Pedro de Alvernia (2001). *Comentario a la Política de Aristóteles*, EUNSA.
Wojtyla, K. (1989). Alla ricerca dei fondamenti dell perfeziorismo nell'etica. En *I fondamenti dell'ordine etico* (pp. 29-40). Edizioni CSEO.

## Roles de autoría y conflicto de intereses

El autor manifiesta que cumplió todos los roles de autoría del presente artículo y declara no poseer conflicto de interés alguno.

# El Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia: una institución consuetudinaria milenaria en la gestión del agua y la resolución de conflictos

**Juan Sebastián Alejandro Perilla Granados**[1]

Universidad Tecnológica de Bolívar (Colombia)
js.perilla117@gmail.com
https://orcid.org/0000-0001-5283-7601

**Tatiana Sofía Meza Prada**[2]

Universidad Tecnológica de Bolívar (Colombia)
tatianamezap09@gmail.com
https://orcid.org/0009-0001-8549-1333

https://doi.org/10.26422/RJA.2026.0701.mez

**Resumen**
El Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia es una institución consuetudinaria única en el mundo, reconocida por su antigüedad, eficacia y valor cultural. Este artículo analiza su evolución histórica, estructura y funcionamiento, destacando su capacidad de adaptación a

1 Abogado (Universidad de los Andes). Doctor en Derecho (Ph.D.), máster en Educación, en Derecho Privado y especialista en derecho comercial. Actualmente se desempeña como profesor e investigador en la universidad tecnológica de Bolívar. Ha publicado artículos en diversas revistas académicas arbitradas y de alto impacto, dedicándose al estudio crítico y profundo del derecho.

2 Estudiante de Derecho (Universidad Tecnológica de Bolívar). Investigadora junior (Minciencias). Integrante del semillero de inteligencia artificial y administración de justicia de la Universidad Tecnológica de Bolívar. Ha realizado su consultorio jurídico en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena (Colombia). Sus áreas de interés son el patrimonio cultural, el antiformalismo jurídico y los mecanismos de resolución de conflictos. Ha participado en distintos proyectos de investigación, presentado ponencias y escrito artículos académicos relacionados con sus líneas de interés.

los cambios políticos, sociales y económicos a lo largo de más de mil años. El artículo se fundamenta en un enfoque de investigación hermenéutico crítico, que implementa métodos de investigación cualitativa. A través de una revisión bibliográfica y documental, se examina su relevancia en la gestión del agua y la resolución de conflictos en el contexto moderno. El estudio concluye que el Tribunal ha mantenido su vigencia y legitimidad gracias a su arraigo cultural, eficacia en la resolución de conflictos y reconocimiento como Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad por la UNESCO en 2009.

**Palabras clave:** Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia, acequia, consuetudinario, resolución de conflictos, distribución del agua.

## The Water Tribunal of Valencia: A Millennial Customary Institution in Water Management and Conflict Resolution

**Abstract**

The Water Tribunal of the Vega of Valencia is a unique customary institution, recognized for its antiquity, effectiveness, and cultural value. This article analyzes its historical evolution, structure, and functioning, highlighting its ability to adapt to political, social, and economic changes over more than a thousand years. The article is based on a critical hermeneutic research approach, which implements qualitative research methods. Through a bibliographic and documentary review, its relevance in water management and conflict resolution in the modern context is examined. The study concludes that the tribunal has maintained its validity and legitimacy thanks to its cultural roots, effectiveness in conflict resolution, and recognition as Intangible Cultural Heritage of Humanity by UNESCO in 2009.

**Key words:** Water Tribunal of the Vega of Valencia, acequia, customary law, conflict resolution, water distribution.

## 1. Introducción

En la mágica ciudad de Valencia, cada jueves a las 12 del mediodía, coincidiendo con las doce campanadas de la vecina torre del Micalet de la Seu, la historia cobra vida cuando un tribunal milenario se reúne para solucionar los conflictos relacionados con el uso del agua, dictando justicia con la solidez de la palabra y la tradición. Para adentrarnos en este contexto, es necesario señalar que el Tribunal de las Aguas de Valencia es la institución jurídica más antigua de Europa que aún se encuentra en funcionamiento, cuya competencia se fundamenta íntegramente en la costumbre. Dado que el agua constituye un recurso escaso y esencial para el riego de cultivos, surge la necesidad de garantizar su distribución de manera justa y equitativa. En este escenario, el tribunal se

erige como un ejemplo paradigmático de justicia consuetudinaria y de gestión comunitaria de los recursos, reconocido por la UNESCO como Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad en 2009.

A lo largo del tiempo, esta institución ha demostrado una notable capacidad de adaptación frente a los cambios políticos, sociales y económicos, manteniendo su vigencia y legitimidad. Su funcionamiento, caracterizado por la oralidad, la celeridad, la imparcialidad y la eficacia, le ha permitido resolver los conflictos derivados del uso del agua de manera directa y accesible para las comunidades. Su origen se remonta a la época de Al-Ándalus, consolidándose como un mecanismo de regulación basado en prácticas tradicionales que han perdurado hasta la actualidad.

En consecuencia, este artículo tiene como finalidad analizar el Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia desde una perspectiva multidisciplinaria, respondiendo a la siguiente pregunta de investigación: ¿ha logrado mantener su vigencia y legitimidad como institución consuetudinaria a lo largo de más de mil años de historia gracias a su capacidad de adaptación, o su funcionamiento actual enfrenta limitaciones que podrían afectar su relevancia en el contexto moderno? Se plantea como hipótesis que el Tribunal ha mantenido su vigencia y legitimidad debido a su capacidad de adaptación a los cambios políticos, sociales y económicos, así como a su arraigo cultural, su eficacia en la resolución de conflictos y su reconocimiento como patrimonio cultural inmaterial.

La validación de esta hipótesis se llevará a cabo mediante una revisión bibliográfica y documental, complementada con una visita de campo que permitió interactuar con los síndicos y comprender de manera directa sus procedimientos e impacto en las comunidades agrícolas valencianas. Esta experiencia aportó una perspectiva práctica fundamental para el desarrollo de la investigación. El objetivo general de este artículo es analizar el Tribunal como una manifestación de derecho consuetudinario, abordando su contexto histórico, su estructura organizativa y su procedimiento. Como objetivos específicos se plantean: 1. contextualizar los tribunales consuetudinarios, con especial énfasis en el caso valenciano; 2. describir la estructura y funcionamiento del Tribunal, incluyendo el papel de sus integrantes; y 3. examinar su procedimiento oral, destacando la inmediatez en la resolución de conflictos y la naturaleza no apelable de sus decisiones, con el fin de comprender su relevancia en la gestión del agua y en los mecanismos alternativos de solución de controversias.

## 2. Acerca del Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia. Análisis de su historia, evolución e integración en el sistema jurídico español

La palabra "consuetudinario", según la Real Academia Española (s.f.-a), viene del latín *consuetudinarius*, que significa "tradicional, de costumbre, usual, habitual, ordinario". Aplicando esto al ámbito jurídico, encontramos que un tribunal consuetudinario es una institución jurídica que se basa en la costumbre y la tradición, en lugar de leyes escritas. A diferencia de los tribunales formales, que operan dentro de un sistema legal positivizado recopilado en normas de estricto cumplimiento, los tribunales consuetudinarios derivan su autoridad en la aceptación y reconocimiento por parte de la comunidad. Estos tribunales suelen ser más flexibles y están orientados a la resolución de conflictos de manera rápida y equitativa, priorizando la cohesión social sobre la formalidad jurídica. Sobre este tema resulta imprescindible el libro de V. Fairén Guillén, *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso (oralidad, concentración, rapidez, economía)* (1988), como una fuente imprescindible en el estudio de este tribunal.

María José Mascarell Navarro (1997), en su trabajo sobre este Tribunal, realiza un análisis detallado de la evolución histórica de esta institución, desde sus orígenes hasta la Constitución de 1978. En primer lugar, aborda la época foral, durante el reinado de Jaime I, quien, tras la conquista de Valencia, otorgó privilegios y reconocimientos a las acequias y al sistema de riego, estableciendo normas para su uso y mantenimiento, teniendo en cuenta costumbres anteriores, incluso de la época de dominación árabe. Los reyes Jaime I y Pedro II respetaron la competencia del Tribunal, resguardándolos de injerencias de otros tribunales. Con el Decreto de Nueva Planta de Felipe V, se abolieron los fueros valencianos y se impuso el castellano. No obstante, gracias a la aprobación de los reyes borbónicos, se respetaron las ordenanzas de las acequias, reconociendo su importancia para la gestión del agua.

Adentrándonos más en el contexto histórico, durante el siglo XIX, con la llegada del constitucionalismo, se proclamó la unidad de fuero, lo que supuso un obstáculo para el Tribunal, ya que este principio iba en contra de la existencia de jurisdicciones especiales. Gracias a la defensa de figuras como Francisco Xavier Borrull y Vilanova, que expusieron ante las Cortes de Cádiz su famoso "discurso" en defensa del tribunal, con el fin de que este fuera exento de la unidad de jurisdicción que estableció la Constitución de 1812, logrando la posterior redacción del "Tratado de la distribución de las aguas del Turia y deber conservarse el Tribunal de los Acequieros de Valencia". En este orden cronológico, seguimos con que, en el siglo XX, el Tribunal fue reconocido oficialmente

durante la Segunda República, continuando sus funciones durante la Guerra Civil y el régimen de Franco.

> El Tribunal de las Aguas se reúne todos los jueves y, después de más de mil años, todavía sigue teniendo vigencia. Cabe señalar el prestigio que tiene entre los regantes, pero también entre el resto de la sociedad, ya sean empresas privadas (constructores, industrias...), o empresas de servicio público (eléctricas, ferrocarriles, ayuntamientos...), etc. Todos se someten al Tribunal para ser juzgados. (Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia, 2004, p. 10)

Posteriormente, la Ley de Aguas de 1866 reguló los "Jurados de Riego", órganos similares al Tribunal de las Aguas, pero delimitando las competencias, haciendo la aclaración de que este Tribunal no era un jurado de Riego. La norma le hizo mención como un modelo a seguir. El decreto de 5 de abril de 1932 reafirmó sus privilegios y autonomía jurisdiccional. Este decreto también reconoce las facultades del Tribunal sobre las aguas de las acequias. Seguido a esto, el artículo 125 de la carta magna del 29 de diciembre de 1978 resalta que los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la administración de justicia mediante la institución de jurados, haciendo mención a los tribunales consuetudinarios y tradicionales (Constitución Española, 1978, art. 125).

Desde tiempos inmemoriales, el Tribunal se reúne cada jueves, coincidiendo con las doce campanadas de la vecina torre del Micalet de la Seu. Los nueve síndicos, representantes de las nueve acequias, encabezados por el Alguacil, atraviesan entre la multitud para dirigirse hacia sus sillas. El alguacil es el encargado de abrir la sesión, llama públicamente dos veces por cada acequia por el orden en que toman agua del río y acuden los denunciados, en caso de haberlos. El Tribunal tiene doble función, judicial y administrativa. Se compone de dos órganos distintos que actúan al mismo momento y son representados por las mismas personas, o una ligera variación. Cuando acaban de ser juzgados los casos denunciados, los síndicos pasan a la vecina Casa Vestuario para tratar los asuntos comunes, bajo el aspecto administrativo.

Las funciones del alguacil consisten en: colocar ante la Puerta de los Apóstoles de la catedral de Valencia, los días en que se constituye el tribunal, los 8 sillones que ocuparán los síndicos; acotar en el popularmente conocido *coralette* o *llongeta* el espacio en el que el Tribunal ejerce su función jurisdiccional, así como el lugar tras el cual debe situarse el público asistente a los juicios; abrir la sesión del Tribunal, llamar dos veces consecutivas a los denunciados de cada acequia; cuidar de que denunciantes y denunciados, comisarios, peritos y tes-

tigos guarden la compostura y respeto al tribunal y, terminada la sesión, retirar los recintos que había instalado; también es de su competencia, ante la incomparecencia de un denunciado en dos sesiones del Tribunal, llevar al domicilio de este la papeleta de citación del Tribunal, firmada por el presidente. El cargo de alguacil no tiene una duración determinada; cuando no puede asistir a las sesiones del Tribunal, es sustituido por otro guarda de las acequias.

> Su punta, cual improvisado arpón, ayuda a capturar la tabla que al guarda se le escapa aguas abajo. El alguacil, su portador en los actos oficiales y cada jueves en las deliberaciones del Tribunal de las Aguas, grave y solemne, vistiendo su blusa de huertano, inicia las sesiones llamando desde la puerta de la cancela: "¡Denunciats de la séquia de Quart!". (Bucy et al., 2013, p. 105)

El gancho es la insignia propia del Tribunal. Es un arpón de latón dorado de dos púas, una de ellas encorvada. Era, y es, el instrumento de trabajo cotidiano de los guardas de la acequia. Su utilidad primordial es la de levantar las compuertas de los partidores para que el agua discurra por la acequia en busca de los campos que va a regar. Además, se muestra como un instrumento más eficaz para deshacer embocaduras y liberar de obstáculos la acequia. Su punta, cual improvisado arpón, ayuda a capturar las tablas que al guarda se le escapan aguas abajo. Sobre la vestimenta de los síndicos, la blusa es la vestimenta típica de los trabajadores agricultores valencianos. A diario era rayada, mientras que, en los días festivos, como el domingo, era negra. Cuando un síndico se pone la blusa, esta se transforma en una toga y el síndico adquiere la facultad de un juez.

## 3. Estructura y funcionamiento del Tribunal

### 3.1 las acequias, distribución del agua, el proceso de selección de los síndicos y las responsabilidades de estos en la administración de justicia

Históricamente, este Tribunal ha demostrado una notable capacidad de resiliencia y adaptación a los cambios políticos, sociales y económicos, logrando consolidarse como una institución indispensable en la gestión del agua en la Vega de Valencia, resolviendo los conflictos en la distribución equitativa de este recurso. Una de las cosas que más destaca de este Tribunal es que los mismos agricultores administran e imparten justicia. Sus miembros no necesariamente deben ser abogados o personas ilustradas en derecho con una gran formación jurídica, son adultos que, con base en su experiencia y experticia, dominan los conocimientos y ordenanzas que rigen cada una de las comunida-

des de regantes en su acequia. Estas personas son admiradas y respetadas por su gran experiencia, por lo que nunca se ha requerido la justicia ordinaria para resolver un conflicto. Cada una de las acequias del río Turia cuenta con una comunidad de regantes, la cual se rige por ordenanzas existentes desde que los árabes vivían en la zona. Fueron registradas en el siglo XVIII.

Surge la pregunta: ¿cómo se elige al síndico que tomará las decisiones en este milenario Tribunal? Es muy interesante este planteamiento debido a que el mecanismo de elección de los síndicos es mediante la votación de cada comunidad de regantes. Se elige una junta administradora y un síndico, los cuales se encargarán de dirigir la comunidad y tomar las mejores decisiones. Como requisito, es indispensable que sean labradores, cultiven sus tierras y sean hombres honrados. A su vez, este Tribunal está formado por ocho síndicos que, posterior a su elección, eligen a uno de ellos para que sea su presidente y el guarda de la acequia, el cual se encarga de que el agua llegue a todos según el turno o tanda de riego que previamente se haya establecido. Es indispensable su función debido a que comunica las infracciones para que posteriormente sean denunciadas y juzgadas en el Tribunal.

> Al llegar a Valencia, el río Turia riega aproximadamente 15.000 hectáreas de tierras de regadío que rodean la ciudad, a través de un sistema complejo de grandes acequias, que toman el agua de él. Esas grandes acequias tienen a su vez pequeños brazos o ramales, que en valenciano se llaman "sequiols" y "sequiolets". (Registradores de la Comunidad Valenciana, 2020, p. 11)

Esta descripción permite dimensionar la complejidad y alcance del sistema de riego valenciano, el cual constituye la base material sobre la que el Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia ejerce su competencia jurisdiccional. En este sentido, las acequias no solo cumplen una función hidráulica, sino que también se configuran como unidades organizativas en torno a las cuales se estructuran las comunidades de regantes. En relación con las acequias que integran este sistema, la acequia de Quart constituye una de las principales, compartiendo parte de su trazado con las de Benàger y Faitanar en el término municipal de Manises. Su importancia radica en su función dentro de la red de distribución del agua que abastece las huertas de la Vega de Valencia, permitiendo el riego de amplias zonas agrícolas.

Asimismo, esta acequia se destaca por la presencia de infraestructuras hidráulicas relevantes, como el Acueducto dels Arqufets, una magnífica obra de ingeniería hidráulica que le permite a la acequia cruzar el Barranco del Salt d'Aigua. Es

la estructura de mayores dimensiones en la arquitectura hidráulica de la Vega de Valencia. Su origen se remonta a la época romana, lo que representa un patrimonio histórico y cultural de un inmenso valor. Benàger y Faitanar forman parte de esta red hidráulica, caracterizándose por la extensión de su trazado y por las adaptaciones que han experimentado históricamente para optimizar la distribución del agua. Estas transformaciones evidencian la capacidad de las comunidades de regantes para ajustar el sistema a las necesidades productivas y territoriales.

La acequia de Tormos, ubicada en la margen izquierda del río Turia, destaca por su alcance territorial y por la presencia de elementos tradicionales como los molinos hidráulicos, que actualmente quedan algunos, como el de Colau, Llobera y Salt en Burjassot, los cuales reflejan la dimensión histórica y funcional del sistema de riego.

> Sus sentencias serán orales, sin que se consignen por escrito, como exige el artículo 225 para los repetidos jurados. Cabe en coherencia que el Tribunal de las Aguas haya adquirido personalidad propia y capacidad suficiente para decidir sobre aspectos gubernativos y para ejercer competencias administrativas que le permitan incluso actuar en el tráfico, así como generar derechos y obligaciones. (Bonet Navarro et al., 2023, p. 16)

Esta afirmación permite comprender que el Tribunal no se limita a ser un mecanismo tradicional de resolución de conflictos, sino que constituye una institución con capacidad jurídica propia, cuyas decisiones producen efectos concretos dentro de su ámbito de competencia. Es decir, la oralidad de sus sentencias no implica ausencia de rigor jurídico, sino que responde a una lógica consuetudinaria en la que la eficacia, la inmediatez y la legitimidad social prevalecen sobre la formalización escrita.

Asimismo, esta capacidad decisoria se encuentra estrechamente vinculada con la organización de las comunidades de regantes, las cuales, a través de sus representantes, participan activamente en la administración de justicia, reforzando el carácter comunitario y funcional del Tribunal.

Como fundación, también lograron la edición del libro *La milenaria Acequia de Mislata*, escrito por Daniel Sala Giner (2007), en el cual aporta a la historia de esta acequia. En esta fascinante investigación, debemos resaltar la acequia de Chirivella, que curiosamente se origina de un brazo de Mislata, a pesar de que inicialmente formaba parte de la comunidad de regantes de esta acequia. Los agricultores decidieron independizarse y gobernar su propia acequia, logrando aumentar sus beneficios en la autonomía y control del agua.

En relación con la organización normativa de las comunidades de regantes, resulta relevante señalar que estas han contado históricamente con ordenanzas propias, orientadas a regular la distribución del agua y prevenir conflictos de jurisdicción. Así, algunas comunidades desarrollaron regulaciones diferenciadas que evidencian su autonomía en la gestión del recurso. En este contexto, prácticas como la medición de los caudales de riego reflejan el grado de tecnificación y organización del sistema, el cual se articula con la dinámica del Tribunal. Al respecto, se ha señalado que "los caudales de agua de riego se han medido tradicionalmente en Valencia mediante una medida de aforo llamada fila" (Esquilache Martí, p. 293). Esta referencia permite comprender que, más allá de su dimensión material, el sistema de riego incorpora criterios técnicos y normativos que inciden directamente en la resolución de conflictos y en la administración consuetudinaria de justicia.

Mestalla ha sido de gran incidencia, y lo evidenciamos en su extensión hasta las barriadas de Grau, Cabanyal y Malvarrosa, cerca del mar. A diferencia de las demás acequias, esta ha sido una de las más afectadas por la expansión de la ciudad. Actualmente, sigue siendo fundamental para el riego en zonas como Campanar, Benimaclet y Torrefiel. En continuidad con esta red hidráulica se encuentra la acequia de Favara, donde antiguamente se encontraba su "Azud primitivo", que, según el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación de España (s.f.),

> se trata de una construcción de origen árabe que se realizaba habitualmente con el objetivo de elevar el nivel de agua de un arroyo o río, con el fin de derivar parte del caudal a las acequias cercanas, para facilitar con ello el riego de los campos y cultivos de la zona. (sección *Azud*, párr. 1)
>
> Una señal posterior de su existencia se encuentra con los Privilegios y Fueros concedidos por Jaime I y Jaime II de Aragón, que, aunque no crearon el tribunal, dichos privilegios permiten reconocer su existencia. Junto con las ordenanzas propias de cada acequia, se fue conformando en la época foral su régimen jurídico. Derecho foral o derecho especial en España lo califica como el conjunto de ordenamientos jurídicos de derecho privado que se administran en algunas comunidades autónomas, coexistiendo con el Código Civil Nacional. (Cucarella, 2019, p. 239)

En este sentido, la coexistencia entre las ordenanzas propias de las comunidades de regantes y los privilegios forales refleja un modelo jurídico híbrido, en el que convergen prácticas consuetudinarias y formas de validación institucional, lo que contribuye a explicar la legitimidad y permanencia del Tribunal a lo largo del tiempo.

Las acequias de la Vega de Valencia no son solo unos simples canales de riego, son rezagos de historia, cultura e ingeniería. Cada síndico ha desempeñado un papel crucial en el funcionamiento y perduración de estas, asegurando una equitativa distribución del agua, el sustento de las huertas y la cohesión de las comunidades regantes. Cada elemento que conforma la acequia es el reflejo de un esfuerzo generacional de agricultores. A pesar de los desafíos que han enfrentado, actualmente siguen siendo fundamentales para el sistema de riego valenciano.
Otra de las figuras importantes de este tribunal es el "alguacil", el cual es el encargado de convocar a las partes en un conflicto y velar por el cumplimiento de las decisiones tomadas con el fin de garantizar la eficacia y legitimidad del proceso. La última figura para destacar es el "guarda de la acequia", el cual se encarga de que todos reciban el agua conforme a su turno establecido previamente. De igual manera, debe comunicar las infracciones que ocurran para que posteriormente sean denunciadas y juzgadas en el tribunal.

> El guarda debe cuidar de la azud, caseta, almenaras y sus tablas, y de que la acequia traiga el agua debida. En todo caso, aun sin haber orden expresa por parte del síndico, deberá cerrar la acequia y bajar los tornos en caso de avenida de río, bajo pena de tres libras cuando así no actúe. (Alejos Tordera et al., 2013, p. 154)

De esta manera, el guarda no solo cumple funciones operativas, sino que también actúa como un agente preventivo dentro del sistema, contribuyendo a la identificación de infracciones y al adecuado funcionamiento del modelo de justicia consuetudinaria.

## 4. Análisis del procedimiento oral del Tribunal

### 4.1 Características de sus sesiones públicas, la inmediatez en la resolución de conflictos, naturaleza no apelable de sentencias, así como su impacto en la eficacia y legitimidad de la institución

La autora Francisca Ramón Fernández (2025), en uno de sus más recientes artículos, destaca cuáles son las acequias que conforman el tribunal: Quart y Benàger-Faitanar, en la margen derecha; Tormos, en la margen izquierda; Mislata y Chirivella, en la margen derecha; Mestalla, en la margen izquierda; Favara, en la margen derecha; Rascanya, en la margen izquierda; y Rovella, en la margen derecha. Como mencionábamos al inicio, las sesiones tienen lugar los jueves, coincidiendo con las doce campanadas de la vecina torre del Micalet de la Seu. Los nueve síndicos, representantes de las nueve acequias, encabezados por el al-

guacil, caminan entre la multitud para dirigirse hacia sus sillas. Esta imponente catedral, cargada de historia, no solo es considerada el espacio físico de reunión del tribunal, sino también un símbolo de la justicia consuetudinaria valenciana.

Los trámites son totalmente verbales y en lengua valenciana; en castellano, si se solicitan. Todos intervienen en su propio nombre, sin abogacía y documentos escritos. En cuanto a los motivos de las denuncias, se trata, sobre todo, de hurto de agua en tiempos de escasez, rotura de canales o muros, alterar los turnos de riego tomando el agua el día que no procede, tener las acequias sucias o en mal estado que impidan que el agua circule con regularidad, entre otros. El profesor don Víctor Fairén Guillén (1988), en su obra *El Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia y su proceso*, luego de un riguroso estudio, destaca cuatro puntos relevantes en cuanto a su funcionamiento (Tribunal de las Aguas de Valencia, 2008, p. 12).

El primer punto relevante es la oralidad. Este Tribunal rompe con todos los esquemas que conocemos normalmente, donde los procedimientos suelen ser escritos. Aquí se resuelven los conflictos de manera oral, lo que permite una comunicación directa entre las partes y los síndicos. Todo el juicio se desarrolla oralmente, desde la exposición de la denuncia por el denunciante hasta la defensa del denunciado, las aclaraciones del guarda y las preguntas de los componentes del Tribunal, e incluso la sentencia, que posteriormente se documenta por escrito (Tribunal de las Aguas de Valencia, 2008, p. 12). En este orden de ideas, el siguiente supuesto es el de concentración, en el cual el tribunal tiene todos los datos para proceder judicialmente. Otro punto a resaltar es la rapidez:

> Los tribunales tradicionales y consuetudinarios, abanderados por el Tribunal de las Aguas de Valencia, son ampliamente reconocidos y respetados. Entre otras razones que lo justifican, esto se debe principalmente a que son difícilmente superables en legitimidad democrática, así como por la oralidad, economía y rapidez que los caracterizan como aspiración para cualquier reforma procesal que se precie. Y eso al margen de que pueda desarrollar una clara actividad probatoria de oficio y la certeza que permite, cuestión que es objeto de debate al menos por una parte significativa del "procesalismo" actual. (Bonet Navarro, 2021, p. 5)

Esta valoración doctrinal evidencia una clara materialización de los principios de oralidad, celeridad y economía procesal. Los conflictos se resuelven en la misma sesión en la que se presentan. Las partes exponen sus argumentos, los síndicos deliberan y emiten una decisión oral que es inmediatamente ejecutable, lo que nos lleva al último punto, que es la economía procesal, lo que definimos como la realización de la mayor cantidad de actuaciones procesales sin

desgastar el aparato judicial, buscando la celeridad en la solución de los litigios. Los síndicos no perciben ningún tipo de dinero por realizar esta actividad. El condenado solo debe pagar la multa estipulada por las ordenanzas y los gastos del guarda o alguacil por la citación, que constituyen las costas procesales y el respectivo pago, dado el caso, de las responsabilidades económicas derivadas de los daños y perjuicios que se hayan producido.

Las decisiones del Tribunal de las Aguas son definitivas y no apelables, lo que refuerza su autoridad y eficacia. Esta característica es fundamental para mantener la confianza en la institución. Las sentencias, al estar fundamentadas en ordenanzas consuetudinarias que han sido aceptadas y respetadas por la comunidad durante siglos, le otorgan una legitimidad que refuerza su validez. Su cumplimiento se basa en el respeto, siendo un sistema altamente efectivo, dado que las sentencias no son desobedecidas. El procedimiento oral, la inmediatez en la resolución de conflictos de manera célere y eficiente, con el fin de evitar disputas prolongadas que afecten negativamente a la agricultura y la cohesión social, y la transparencia del procedimiento han sido fundamentales para consolidar la autoridad moral del Tribunal.

Evidencia de esto es el reconocimiento por parte de la UNESCO como Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad en 2009, un testimonio de su importancia y legitimidad. A pesar de su antigüedad, el tribunal ha demostrado una notable capacidad de adaptación, preservando el patrimonio cultural y jurídico de incalculable valor. "Los tribunales tradicionales representan instituciones vivas de derecho consuetudinario premodernas que son, hoy, un bien patrimonial de carácter inmaterial que atesora valores jurídicos y administrativos compatibles con los de la sociedad actual" (Aldeguer y Cañizares, 2021, p. 13). Sala Giner (2013) menciona: "Contribuyen a la cohesión de las comunidades de regantes, velan por la sinergia de una serie de oficios (guardas, inspectores, podadores, etc.), transmiten oralmente conocimientos emanados de intercambios culturales seculares y poseen un vocabulario especializado propio, salpicado de palabras de origen árabe" (p. 254).

Según Ortiz García (2019), "[e]n el Tribunal de las Aguas tenemos un ejemplo de funcionamiento de una institución autónoma, que podría servir de inspiración para los que busquen una sociedad basada en una democracia de base o deliberativa, unida a una expansión de los bienes comunes y el derecho consuetudinario" (p. 27). Y no lo pudo describir mejor. Este Tribunal es el claro ejemplo de que se pueden resolver conflictos de manera célere y efectiva, sin necesidad de tantos desgastes procesales, lo que a su vez hace más cercano el acceso a la justicia.

> No solo se producen conflictos de intereses entre los regantes, también se dan entre las propias comunidades entre sí y con terceras personas. Los conflictos se refieren a la conservación de la obra e instalaciones de las acequias, los azudes, partidores y otros elementos comunes. Normalmente, con los problemas que surgían entre las comunidades, si no llegaban a un entendimiento, se solía acudir al arbitraje del gobernador. (Graullera Sanz, 1997, p. 1504)

El último punto que nos resulta interesante de este Tribunal es por qué su reunión se realiza a las doce del jueves en la puerta de la Catedral. A través de la investigación realizada para el desarrollo de este artículo, pudimos concluir que sobre esto no hay documentos que indiquen explícitamente la razón.

Sin embargo, se dice que el jueves era día de mercado en la cultura musulmana y a las 12 del mediodía se indicaba el cambio de día, para lo que nosotros actualmente serían las 12 de la noche. En ese sentido, el mercado tenía lugar justo en la Plaza de la Virgen, que era el antiguo lugar de reunión. En lugar de la catedral, antes se ubicaba una mezquita, y este milenario tribunal, compuesto por señores mayores, se celebraba dentro del patio. Con el pasar de los años, la ciudad de Valencia pasó a ser un centro cultural en el que convivían distintas religiones. Se dice que algunos participantes no querían ingresar al lugar, por lo que se optó por celebrar el Tribunal afuera.

## 6. Conclusiones

El Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia es una institución única en el mundo. Destaca a nivel internacional por su antigüedad, su eficacia y su valor cultural. Durante más de mil años, ha demostrado su adaptación a los cambios sociales, políticos, económicos e incluso desastres naturales que han puesto a prueba la resistencia de este. Su reconocimiento como Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad por la UNESCO en 2009 subraya su importancia no solo para los valencianos, sino también para los órganos mundiales en temas de justicia consuetudinaria y gestión comunitaria del agua. Este estudio ha permitido contextualizar su funcionamiento dentro de un marco jurídico e histórico, donde destaca su papel como *guardián de la sostenibilidad y distribución del agua.*

Globalmente, hemos visto cómo se revela una amplia bibliografía que abarca su estructura, historia y funcionamiento. Sin embargo, este estudio ha sido un aporte fundamental para la profundización de aquellos aspectos poco explorados de este gran Tribunal, como la historia de cada acequia, el papel de los síndicos, los implementos que utiliza el tribunal, su vestimenta y el *impacto*

*en el crecimiento urbano*. Además, la investigación ha integrado una perspectiva multidisciplinar, combinando análisis históricos, jurídicos y culturales, lo que ha permitido ofrecer una visión más completa del panorama, trayendo antiguos aspectos del Tribunal al estudio en la actualidad. La creación de órganos recientes para preservar el patrimonio valenciano, como la Fundación Acequia de Mislata, evidencia su actual interés académico y social.

En este orden de ideas, se avala la hipótesis planteada al inicio de la investigación, pues se ha manifestado en diversos ámbitos que el Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia ha logrado mantener su vigencia y legitimidad como institución consuetudinaria a lo largo de más de mil años de historia, gracias a su capacidad de *adaptación*, demostrando que su funcionamiento actual no enfrenta limitaciones que afecten su relevancia en el contexto moderno. El análisis de su celeridad en la resolución de conflictos, el procedimiento oral y la naturaleza no apelable de las sentencias ha sido la prueba de que el tribunal es un modelo eficaz de justicia consuetudinaria relevante en la actualidad. El diseño metodológico de este estudio se basó en la recopilación de investigación documental y observación directa, obteniendo información precisa y confiable.

De la misma manera, las fuentes históricas, normativas y académicas, junto con la visita al Tribunal y la interacción con sus miembros, han sido enriquecedoras para el análisis desde una perspectiva práctica que complementa el enfoque teórico, siendo un pilar para el cumplimiento de los objetivos generales y específicos planteados. En primera instancia, se ha realizado la contextualización sobre los tribunales, con especial énfasis en el Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia, analizando su historia, evolución e integración en el sistema jurídico español, para luego realizar la descripción detallada de su estructura y funcionamiento, desglosando una por una las acequias y la distribución del agua.

Con base en los argumentos anteriormente presentados, se concluye que la propuesta planteada y posteriormente desarrollada en este artículo ha sido satisfactoriamente alcanzada, cumpliendo con los objetivos generales y específicos. En primer lugar, la contextualización dentro de su marco histórico y jurídico, analizando su evolución e integración en el sistema legal español. Esto ha contribuido al conocimiento académico, reforzando la importancia de esta institución en la continuidad de un legado cultural y jurídico único, siendo un testimonio de la sabiduría y resiliencia de las comunidades que lo sostienen y un ejemplo para el mundo en la gestión sostenible del agua y la resolución pacífica de conflictos.

## Bibliografía

Aldeguer, B. y Cañizares, J. (2021). La atribución política de valores al Patrimonio Cultural Inmaterial: los tribunales consuetudinarios. *Disyuntiva, 2*(1), 55-73. https://doi.org/10.14198/DISJUNTIVA2021.2.1.4

Alejos Tordera, R., Amat de Swert, D., Brugger de Rojas, A., Covelo Matoses, S., Duque Viñas, G., Fajardo Cortés, N., Giménez Ruiz, A., Luján Hernández, A., Martin Cardona, A., Millán Ubeda, J. I., Pascual González-Barranca, F., Pérez de Villar Puigcerver, J. F. y Verdera Busutil, R. (2013). Tribunal de las Aguas y Acequia de Quart. *Revista Jurídica Valenciana*, (30), 151-171.

Bonet Navarro, J. (2021). Los tribunales tradicionales y consuetudinarios como modelos jurídico-procesales. *Revista General de Derecho Procesal, 54*.

Bonet Navarro, J., Valiño Arcos, A., y Marzal Raga, R. (2023). Tres enfoques para el análisis de la personalidad del Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia. *Revista Jurídica de la Comunitat Valenciana edición 22*.

Borrull y Vilanova, F. X. (1831). *Tratado de la distribución de las aguas del río Turia y del Tribunal de los Acequieros de la Puerta de Valencia*.

Bucy, M., Calatayud García, J., Cárdenas García, I., Lapuerta Morales, B., Montalar Aznar, S., Muñoz Ros, C., Sámper Beltrán, L., Sánchez Tarín, M., Serrano Novella, A., Val Calero, E. y Valencia Dávila, J. (2013). El Tribunal de las Aguas y la acequia de Favara. *Revista Jurídica Valenciana*, (30), 97-143. https://www.revistajuridicavalenciana.org/wp-content/uploads/0030_0001_05-ACEQUIA-DE-FAVARA.pdf

Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. (1978). *La Constitución Española de 1978*.

Cucarella, L., Camargo, A. y Martínez, C. (2019). La oralidad y el legado de una justicia ancestral. *Inciso, 21*(2), 229-243

Esquilache Martí, F. (2021). La "fila" de agua valenciana y otras medidas de aforo. La verdadera naturaleza de un sistema de medición de caudales de origen andalusí. *Espacio Tiempo y Forma. Serie III, Historia Medieval*, (34), 293-322. https://doi.org/10.5944/etfiii.34.2021.28668

Fairén Guillén, V. (1988). *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso (oralidad, concentración, rapidez, economía* (2ª ed. corregida y aumentada). Servicio de Publicaciones, Universidad de Córdoba.

Graullera Sanz, V. (1997). *Un derecho milenario vigente: El Tribunal de las Aguas de Valencia*.

Mascarell Navarro, M. J. (1997). *El Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana*. Universidad de Valencia.

Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación de España. (s.f.). *Azud*. Caminos Naturales.https://caminosnaturales.es/es/red-de-caminos-naturales/poi-detalle/ID.02.44.09.91/529ea899-0665-4034-abd5-f2e52fb177b6

Ortíz García, M. (2019). La gestión de los bienes comunes: El Tribunal de las Aguas como paradigma. *Revista Iberoamericana de Autogestión y Acción Comunal*, (73-75), 249-279.

Ramón Fernández, F. (2025). El Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia y la Huerta Valenciana: aspectos referentes a la solución de conflictos. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata*. https://doi.org/10.24215/25916386e176

Real Academia Española. (s.f.-a). Consuetudinario. *Diccionario de la lengua española*. https://dle.rae.es/consuetudinario

Real Academia Española. (s.f.-b). Acequia. *Diccionario de la lengua española*. https://dle.rae.es/acequia

Real Academia Española (s.f.-c). Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia. *Diccionario panhispánico del español jurídico*. https://dpej.rae.es/lema/tribunal-de-las-aguas-de-la-vega-de-valencia

Registradores de la Comunidad Valenciana. (2020). *El Tribunal de las Aguas de la Vega de València*.

Sala Giner, D. (2007). *La milenaria acequia de Mislata*. Javier Boronat.

Sala Giner, D. (2013). El Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia. Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad. *Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics, 58*, 250- 254.

Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia. (2004). *El Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia*. https://base.socioeco.org/docs/tribunal_aguas_1.pdf

Tribunal de las Aguas de Valencia. (2008). *El Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia: Historia, tradición y derecho consuetudinario*. Editorial. https://base.socioeco.org/docs/tribunal_aguas_1.pdf

Tribunal de las Aguas de Valencia. (s.f.-a). Acequia Mislata. https://tribunaldelasaguas.org/es/mislata

Tribunal de las Aguas de Valencia. (s.f.-b). Acequia Rovella. https://tribunaldelasaguas.org/es/rovella

Universidad de Valencia. (2025). El Turia. El río escultor. https://www.uv.es/charco/documentos/turia.htm

## Legislación citada

Constitución Española (1978), *Boletín Oficial del Estado*, núm. 311, 29 de diciembre de 1978, art. 125, Congreso de los Diputados. https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=125&tipo=2

## Roles de autoría y conflicto de intereses

Los autores manifiestan haber cumplido los siguientes roles de autoría: **Perilla Granados, J. S.:** Conceptualización, metodología, curación de datos, escritura (revisión y edición); **Meza Prada, T.:** Conceptualización, visualización, curación de datos, escritura (borrador original), escritura (revisión y edición).

Todos los autores contribuyeron equitativamente 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 final del artículo.

Los autores declaran no poseer conflicto de interés alguno respecto a la investigación, autoría y/o publicación de este artículo.

# El daño ambiental por derrames petroleros como institución jurídica en la jurisprudencia internacional (1967-2022)

**Jesús Ramón Jaimes Becerra**[1]

Universidad de Otavalo (Ecuador)
jjaimes@uotavalo.edu.ec
https://orcid.org/0000-0002-0651-274X

**Jimena Alexandra Campaña Chaglla**[2]

Universidad de Zaragoza (España)
866269@unizar.es
https://orcid.org/0000-0003-2187-7496

**Génesis Andrea García Quezada**[3]

Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí (Ecuador)
genesis.garcia@uleam.edu.ec
https://orcid.org/0000-0003-4675-3617

https://doi.org/10.26422/RJA.2026.0701.jai

**Resumen**
El presente artículo examina el desarrollo jurisprudencial de las reclamaciones por daño ambiental derivadas de derrames de hidrocarburos durante el período 1967-2022, mediante la revisión de artículos científicos arbitrados, libros, decisiones judiciales e informes técnicos. A través de una metodología de derecho comparado y siguiendo la secuencia cronológica de

1 Docente en la Universidad de Otavalo (Ecuador). PhD en Derechos Humanos (Universidad de Zaragoza, España). Máster en Prevención de Riesgos Laborales (Universidad Camilo José Cela, España). Máster 2 Derecho Económico Internacional (Universidad de Toulouse 1, Capitole, Francia). Abogado (Universidad de Los Andes, Venezuela).

2 Candidata a PhD en Economía y Gestión de las Organizaciones (Universidad de Zaragoza, España). Máster en Innovación de la Educación (Pontificia Universidad Católica de Ecuador). Máster en Finanzas. (Universidad Técnica de Ambato, Ecuador). Economista (Universidad Técnica de Ambato, Ecuador).

3 Docente en la Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí. Magíster en Derecho Constitucional (Universidad Espíritu Santo, Ecuador). Abogado (Universidad Regional Autónoma de los Andes, Ecuador).

algunos de los mayores derrames petroleros, el estudio analiza 55 años de respuestas jurídicas a incidentes de contaminación por hidrocarburos. El análisis demuestra que antes de la década de 1990, y específicamente antes del derrame del buque Exxon Valdez (1989), ningún tribunal había sido requerido para valorar, ni había otorgado, compensación por daño puramente ecológico más allá de las pérdidas económicas directamente sufridas por personas identificables. Tras el litigio del Exxon Valdez, el reconocimiento del daño ecológico como categoría jurídicamente cognoscible y compensable fue incorporado en la jurisprudencia internacional, según se evidencia en los procedimientos judiciales de los buques *MT Haven* (Italia, 1991), *Sea Empress* (Gales, 1996), *Nissos Amorgos* (Venezuela, 1997) y *Erika* (Francia, 1999), así como en la legislación ambiental comparada de múltiples jurisdicciones. El artículo concluye que el caso *Exxon Valdez* constituyó un punto de inflexión doctrinal en el derecho ambiental: habilitó la imposición de daños punitivos y el reconocimiento de la compensación por deterioro de recursos naturales, y estableció la restauración del daño a los recursos naturales como el remedio jurídico primario frente al daño ecológico. El artículo demuestra, asimismo, que la sentencia de este caso no fue un desarrollo aislado, sino la convergencia de una acumulación previa de evidencia científica e instrumentos normativos internacionales.

**Palabras clave:** derecho comparado, Exxon Valdez, restauración ecológica, derecho marítimo, acuerdos internacionales.

## Environmental Damage from Oil Spills as a Legal Institution in International Case Law (1967-2022)

**Abstract**

This article examines the jurisprudential development of environmental damage claims arising from hydrocarbon spills over the period 1967-2022, through a review of peer-reviewed journal articles, books, judicial decisions, and technical reports. Using a comparative law methodology and following the chronological sequence of major oil spills, the study analyzes fifty-five years of legal responses to hydrocarbon pollution incidents. The analysis demonstrates that prior to the 1990s, and specifically before the *Exxon Valdez* spill (1989), no court had been asked to assess, nor had any court awarded, compensation for purely ecological damage beyond the economic losses directly suffered by identifiable persons. Following the *Exxon Valdez* litigation, recognition of ecological damage as a legally cognizable and compensable category became progressively incorporated into international case law, as evidenced in subsequent proceedings including the *MT Haven* (Italy, 1991), the *Sea Empress* (Wales, 1996), the *Nissos Amorgos* (Venezuela, 1997), and the *Erika* (France, 1999), as well as in comparative environmental legislation across multiple jurisdictions. The article concludes that the *Exxon Valdez* case constituted a doctrinal turning point in environmental law: it enabled the imposition of punitive damages and the recognition of compensation for the degradation of natural resources, and established restoration of natural resource damage as the primary legal remedy for ecological harm. The article further demonstrates that the *Exxon Valdez* judgment was not an isolated development,

but rather the convergence of a prior accumulation of scientific evidence and international normative instruments.

**Key words:** comparative law, Exxon Valdez, ecological restoration, maritime law, international agreements.

## 1. Introducción

La afirmación de que un derrame de petróleo genera daños ambientales profundos y duraderos cuenta con respaldo científico consolidado a lo largo de décadas de investigación y evidencia empírica (Kareem Aswad et al., 2024; Ranwell, 1968; Vasconcelos et al., 2020). No obstante, la traducción de ese daño fáctico en un concepto jurídicamente reclamable y compensable no fue un proceso inmediato ni lógicamente inevitable. El presente artículo examina cómo, a pesar de la magnitud de los impactos ambientales asociados a los derrames petroleros, estos no fueron objeto de reclamación jurídica en términos ambientales estrictos sino hasta 1989, ilustrando una transformación gradual en la que el derecho transitó de una perspectiva predominantemente económica hacia una que ha intentado valorar y reparar la naturaleza como bien jurídico en sí mismo.

Debido a esto, podría llegar a suponerse que el derrame del buque Exxon Valdez, ocurrido en las costas de Alaska en 1989, fue el de mayor magnitud registrado hasta esa fecha, o que con anterioridad a dicho evento no existía evidencia científica suficiente sobre daños ecológicos. Este trabajo se propone demostrar lo contrario, identificando en la consolidación del derecho ambiental internacional durante la década de 1980 uno de los factores determinantes en dicho cambio. A efectos del presente análisis, se entiende por "daño ambiental" aquel perjuicio sufrido por la naturaleza con independencia de los daños económicos ocasionados a agricultores, pescadores u otros actores cuantificables en términos patrimoniales (Mason, 2003, p 3).

Este tipo de daño puede manifestarse de forma gradual y persistente, comprometiendo la resiliencia de los ecosistemas y su biodiversidad a largo plazo (Kareem Aswad et al., 2024, p. 63). Un ejemplo documentado desde el derrame del Torrey Canyon, que es el primero a analizar de este estudio es el impacto sobre las poblaciones de líquenes costeros: los agentes químicos empleados en las labores de limpieza eliminaron la mayor parte de la vida costera, incluyendo cincuenta especies de líquenes que no lograron recuperarse (Ranwell, 1968, p. 55). Esta pérdida constituye un indicador del daño residual que persiste más

allá de la contaminación visible. Esto hace necesario el análisis cronológico y comparado de derrames petroleros significativos, con el fin de determinar el nacimiento de la institución de daño ambiental y su consecuente reparación.

## 2. Precedentes judiciales en materia de daños por hidrocarburos (1967-1989)

### 2.1 SS Torrey Canyon (Inglaterra, 1967)

El 18 de marzo de 1967, el superpetrolero SS *Torrey Canyon* encalló en el arrecife Seven Stones, frente a las costas de Cornualles, Inglaterra, en lo que constituye el primer gran desastre ambiental de la era de los superpetroleros. La embarcación, que transportaba aproximadamente 119.000 toneladas de crudo, se fracturó progresivamente en tres secciones, liberando la totalidad de su carga y generando una crisis sin precedentes en términos de gestión de emergencias marítimas (Cooper, 2017, p. 87). La respuesta operativa al siniestro agravó considerablemente sus consecuencias ecológicas. Se emplearon dispersantes de forma masiva, entre ellos, el *BP 1002*, compuesto en un 12% por sustancias de alta toxicidad. El uso indiscriminado de estos agentes químicos resultó en la eliminación de gran parte de la vida costera, incluidas cincuenta especies de líquenes, cuyos efectos sobre la fauna y la flora persistieron durante décadas (Barkham, 2010; Ranwell, 1968, p. 55; Villamar y Tapia, 2003, p. 149).

No obstante la magnitud documentada del impacto ecológico, el ordenamiento jurídico vigente en ese momento carecía de los instrumentos conceptuales y normativos necesarios para tratar dicho impacto como una pérdida jurídicamente compensable. Las reclamaciones presentadas por los Gobiernos británico y francés se limitaron a los costos directos de las operaciones de limpieza y a los daños de naturaleza económica. El principal legado jurídico del caso *Torrey Canyon* fue, en consecuencia, de carácter institucional: la adopción del Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados por la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos (CLC 69) y el establecimiento del Fondo Internacional de Indemnización de Daños debidos a la Contaminación por Hidrocarburos (Fondo IOPC), instrumentos orientados a regular la respuesta ante catástrofes similares en el futuro.

### 2.2 Jakob Maersk (Portugal, 1975)

El 29 de enero de 1975, el petrolero danés Jakob Maersk colisionó con un banco de arena durante su aproximación al puerto de Leixões, en Portugal, desencadenando una serie de explosiones que mantuvieron la embarcación en llamas durante 58 horas (Duerden, 1976, p. 6). El buque, que transportaba 88.000 toneladas de petróleo, se fracturó en tres secciones y quedó parcialmente hundido, con un saldo de siete tripulantes fallecidos. Se estima que entre 20.000 y 25.000 toneladas de hidrocarburo alcanzaron el mar, mientras que otras 15.000 contaminaron la línea costera. Si bien se documentó la mortandad de crustáceos y mejillones, así como alteraciones organolépticas en la carne de pescado, estos impactos fueron catalogados como menores y no se estimaron suficientes para fundamentar una acción legal. El caso ilustra con claridad cómo la eficiencia operativa en la gestión de emergencias podía funcionar, en la práctica, como mecanismo de evasión de responsabilidades ambientales.

### 2.3 Plataforma Bravo, Ekofisk (Noruega, 1977)

Entre el 22 y el 30 de abril de 1977, un fallo en la válvula de seguridad de la plataforma Bravo, operada por Phillips Petroleum en el campo Ekofisk del Mar del Norte, desencadenó la primera gran liberación de hidrocarburos registrada en esa región. El incidente resultó en la descarga de aproximadamente 22.500 toneladas de petróleo antes de ser controlado, generando una mancha de contaminación de 4.000 kilómetros cuadrados (Fischer, 1978, p. 31). A pesar de la envergadura del derrame en un ecosistema marino de considerable importancia, el incidente no derivó en consecuencias judiciales de ningún tipo. El debate jurídico subsiguiente se concentró en la revisión de las normativas de prevención de riesgos y en la delimitación de los principios de responsabilidad aplicables (pp. 33-34).

### 2.4 Amoco Cadiz (Francia, 1978)

El 16 de marzo de 1978, el petrolero *Amoco Cadiz* encalló cerca de Portsall, descargando aproximadamente 223.000 toneladas métricas de petróleo crudo ligero al medio marino. El incidente desencadenó una respuesta legal e institucional. El litigio se inició ante el Tribunal Federal del Distrito Norte de Illinois, donde el proceso se prolongó por más de una década. En su resolución de 1984, el juez declaró la responsabilidad solidaria de Amoco Transport Com-

pany y su sociedad matriz, otorgando aproximadamente USD 85,2 millones, de los cuales USD 45,7 millones correspondieron a costos de limpieza y remediación; y USD 39,5 millones, a intereses previos a la sentencia[4] (Gundlach y Hayes, 1978, p. 20).

### 2.5 Ixtoc I (México, 1979)

El 3 de junio de 1979, una explosión en el pozo exploratorio Ixtoc I, operado por Petróleos Mexicanos (Pemex) en la Bahía de Campeche, dio inicio a un derrame que se prolongó aproximadamente nueve meses, hasta marzo de 1980. Durante ese período, se liberaron entre 3,1 y 3,3 millones de barriles de crudo en el Golfo de México (Jernelöv y Lindén, 1981, p. 300; Patton et al., 1981, p. 236). En el plano jurídico, el daño ecológico no fue reclamado de forma autónoma, sino por daño a actividades comerciales vinculadas a la pesca y al turismo (Leventhal, 1981, p. 343). Las reclamaciones dirigidas contra Pemex fueron desestimadas por los tribunales estadounidenses con base en la Foreign Sovereign Immunities Act de 1976, que excluye a entidades públicas extranjeras de la jurisdicción civil ordinaria, salvo en supuestos expresamente previstos. No se contempló la reparación del daño ambiental como categoría independiente (Horn, 2019, p. 965).

### 2.6 Atlantic Empress y Aegean Captain (Trinidad y Tobago, 1979)

El 19 de julio de 1979, a las 19 horas, los superpetroleros de tipo VLCC *Atlantic Empress* (292.666 TPM[5]) y *Aegean Captain* (207.000 TPM) colisionaron a aproximadamente 18 millas náuticas al este de la isla de Tobago durante una tormenta tropical (Horn y Neal, 1981, p. 429). El *Atlantic Empress* transportaba carga de crudo propiedad de Mobil Oil con destino a Beaumont, Texas, en el cual fallecieron 26 tripulantes; uno más murió a bordo del *Aegean Captain* (International Tanker Owners Pollution Federation [ITOPF], 2023). Este fue remolcado a Curazao, donde se descargó el remanente de su carga. El *Atlantic Empress*, cuyo incendio no pudo ser controlado, fue remolcado hacia aguas abiertas y se hundió el 3 de agosto de 1979, tras haber vertido aproximadamente 287.000

4 In the Matter of Oil Spill by the Amoco Cadiz off the Coast of France on March 16, 1978, 954 F.2d 1279 (7th Cir. 1992). https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/954/1279/128596/

5 Toneladas de peso muerto (en inglés, *deadweight tonnage*, o DWT). Es la unidad estándar utilizada en la industria naviera para expresar la capacidad de carga de un buque.

toneladas métricas de crudo al Mar Caribe, lo que constituye el mayor derrame de hidrocarburos de origen naviero registrado hasta la fecha (ITOPF, 2023; Horn y Neal, 1981, p. 429). No se realizó ningún estudio de impacto ambiental sistemático, por lo que no se determinó con precisión qué proporción del crudo fue consumida por el fuego y qué proporción se dispersó en el mar, ni dio lugar a ningún procedimiento judicial formal (Centre de Documentation, de Recherche et d'Expérimentations sur les Pollutions Accidentelles des Eaux [CEDRE], 2007; Horn y Neal, 1981, p. 435). Las reclamaciones entre las partes, que superaban los 100 millones de dólares, se resolvieron mediante acuerdo extrajudicial privado celebrado en Londres en la sede del UK PyI Club —que aseguraba al *Atlantic Empress*— con los representantes del *Aegean Captain* (Lawford,[6] 2020).

### 2.7 Castillo de Bellver (Sudáfrica, 1983) y Odyssey (Canadá, 1988)

El 6 de agosto de 1983, el petrolero español *Castillo de Bellver*, que transportaba 250.000 toneladas de crudo ligero, sufrió un incendio a bordo aproximadamente a 80 kilómetros al noroeste de Ciudad del Cabo. El volumen total liberado al mar se estima entre 50.000 y 60.000 toneladas, aunque otras estimaciones sitúan las pérdidas totales de carga entre 160.000 y 190.000 toneladas al incluir el petróleo hundido con el casco (Moldan et al., 1985). El impacto ambiental costero fue limitado debido a un cambio de dirección del viento que desvió la mancha hacia el Atlántico, donde quedó atrapada en la Corriente de Benguela; el daño visible documentado se redujo al emulsionamiento de aproximadamente 1.500 alcatraces en una isla cercana (ITOPF, 1983; Wardley-Smith, 1983, p. 291).

El 10 de noviembre de 1988, el buque tanque *Odyssey*, cargado con 132.157 toneladas de crudo, sufrió una explosión a unos 1.300 kilómetros de la costa de Nueva Escocia que lo partió en dos y provocó su hundimiento. El incendio resultante consumió parte del hidrocarburo vertido. Los 27 tripulantes se dieron por desaparecidos (ITOPF, 1988). Un análisis posterior del Comité Asesor sobre Contaminación Marina del Consejo Internacional para la Exploración del Mar señaló posibles efectos sobre las poblaciones de kril en la zona (Advisory Committee on Marine Pollution, 1990).

Desde el punto de vista jurídico, ambos casos comparten un rasgo defini-

6 El blog de Herry Lawford (1945-2022), quien gestionó directamente este caso como responsable del UK P&I Club, convirtiéndolo en una fuente primaria.

torio: la ausencia de consecuencias legales formales. En ninguno de los dos se registran acciones judiciales documentadas ni compensaciones por daño ambiental. El factor determinante fue, en ambos casos, la ubicación geográfica del siniestro. El Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños debidos a Contaminación por Hidrocarburos (1969), como ya se ha mencionado, limitaba su aplicación a daños producidos en el territorio o el mar territorial de un Estado parte, lo que excluía en la práctica los derrames ocurridos en alta mar sin impacto costero verificable (Wang, 2011, p. 32; Zamora Rosselló, 2008, p. 101).

El análisis de los derrames petroleros ocurridos entre 1967 y 1988 permite identificar un patrón consistente en el tratamiento jurídico de este tipo de siniestros. En todos los casos examinados, el daño ambiental no fue reconocido como una categoría de perjuicio autónoma ni susceptible de compensación independiente. Las reclamaciones se circunscribieron a los costos de limpieza, las pérdidas económicas directas de sectores como la pesca y el turismo y, en el caso del *Amoco Cadiz*, al impacto social y reputacional sobre las comunidades afectadas. El valor intrínseco de los ecosistemas dañados, incluyendo la biodiversidad, los servicios ambientales y los recursos no comerciales, quedó fuera del ámbito de la responsabilidad civil tal como fue interpretada y aplicada durante este período. Esta limitación no era exclusivamente judicial: el propio Convenio CLC de 1969 restringía su aplicación a los daños causados en el territorio o el mar territorial de un Estado parte, excluyendo en la práctica los vertidos en alta mar sin impacto costero verificable.

## 3. El nacimiento del daño ambiental como institución jurídica

### 3.1 Exxon Valdez (Alaska, 1989)

El 24 de marzo de 1989, el buque tanque *Exxon Valdez* encalló en el arrecife Bligh, en las aguas del Prince William Sound, Alaska, liberando aproximadamente 35.500 toneladas (40,8 millones de litros) de petróleo crudo del tipo Alaska North Slope (Barron et al., 2020, p. 2). El petróleo contaminó inicialmente 738 km de litoral en el Prince William Sound y, al ser arrastrado por una tormenta durante los primeros días, alcanzó otros 2.100 km de costa a lo largo de la Península de Alaska, el Estrecho de Shelikof, la Entrada de Cook y la Isla Kodiak (Barron et al., 2020, p. 2). Si bien el derrame del *Exxon Valdez* es frecuentemente citado como una de las mayores catástrofes ambientales de la historia, su magnitud volumétrica lo ubicaba, dentro del período comprendido

entre 1967 y 1989, como el octavo derrame más grande registrado, con aproximadamente 271.210 barriles de crudo liberados.

Los incidentes de mayor volumen que le precedieron fueron el reventón del pozo *Ixtoc I* en el Golfo de México (1979), que liberó alrededor de 3.300.000 barriles en un período de casi diez meses antes de ser controlado; la colisión del *SS Atlantic Empress* con el *Aegean Captain* en el Mar Caribe (1979), con una descarga estimada en 2.103.910 barriles; el *Castillo de Bellver* frente a las costas de Sudáfrica (1983), con aproximadamente 1.832.500 barriles; y el *Amoco Cádiz* en Bretaña, Francia (1978), con 1.664.710 barriles; este último, considerado de los más estudiados por su severo impacto sobre el ecosistema costero de la Bretaña francesa. Por lo tanto, la relevancia del derrame del *Exxon Valdez* no radica en su magnitud volumétrica, sino en una combinación de factores contextuales como el derecho nacional e internacional de la época. Si bien en la sentencia de *Exxon Valdez* el juez no se refirió a algún tratado o convenio internacional, sí se refirió a la Clean Water Act, la cual había nacido de los esfuerzos conjuntos de Clean Patterson y su equipo. Bajo el acuerdo de consentimiento civil aprobado el 9 de octubre de 1991, Exxon pagó 900 millones de dólares al gobierno federal y al Estado de Alaska en concepto de daños a los recursos naturales, distribuidos en pagos anuales durante once años, con una cláusula de reapertura de 100 millones de dólares para cubrir daños no previsibles al momento del fallo, disposición activada en 2006 (United States Environmental Protection Agency [EPA], 1991).

## 4. Los antecedentes científicos y jurídicos de *Exxon Valdez*

### 4.1 Los trabajos de Clair Patterson y el nacimiento de la Clean Water Act (1972)

En la identificación y cuantificación de la contaminación ambiental, tuvo un papel Clair Cameron Patterson (1922-1995), quien inició su trabajo sobre el plomo a comienzos de la década de 1950 en el contexto de una investigación destinada a determinar la edad de la Tierra,[7] para lo cual desarrolló los primeros protocolos de trabajo en sala limpia (Cohen, 1995). En 1965, publicó un artículo en el que se mostraron mediciones de los niveles de plomo en la sangre del estadounidense promedio, los cuales eran aproximadamente 100 veces superiores al nivel natural, e identificó el tetraetilo de plomo utilizado como aditivo en la gasolina como la fuente principal de esa contaminación (Patterson,

7 En 1965, Patterson publicó la determinación de la edad de la Tierra en 4.550 millones de años, dato aún vigente en la literatura científica, como resultado directo de ese trabajo metodológico (Tilton, 1998).

1965). Este trabajo fue el primero en demostrar con evidencia cuantitativa que los niveles elevados de plomo en la población eran de origen antropogénico y no una condición natural (Cohen, 1995).

En 1966, Patterson testificó ante el Subcomité de Aire y Agua del Senado, argumentando que la investigación sobre riesgos a la salud pública no debía ser delegada en las industrias que los generaban (Needleman, 1998, p. 81). Este argumento estructural, que la autorregulación industrial era insuficiente para proteger el ambiente, fue uno de los que el Congreso recogió al diseñar tanto la *Clean Air Act* de 1970 como la *Clean Water Act* de 1972, ambas caracterizadas precisamente por transferir la autoridad regulatoria y de aplicación al Gobierno federal, eliminando la dependencia de los estados y de la industria para establecer y hacer cumplir los estándares (Andreen, 2003, p. 14; Hines, 2013, p. 149).

En diciembre de 1970, el presidente Richard Nixon estableció la EPA mediante el Plan de Reorganización No. 3, que concentró bajo una sola agencia las funciones ambientales dispersas en múltiples dependencias federales. El 18 de octubre de 1972, el Congreso promulgó las *Federal Water Pollution Control Act Amendments*, conocidas desde 1977 como *Clean Water Act* (CWA, 33 U.S.C. §§ 1251 y ss.), mediante la anulación del veto presidencial de Nixon (Hines, 2013, p. 25). La CWA prohibió toda descarga de contaminantes desde fuente puntual sin permiso federal.[8] Al momento del derrame, la CWA era el instrumento de mayor alcance disponible para la respuesta federal.

### 4.2 El Protocolo de Montreal (1987) y su relevancia como contexto normativo

Dieciocho meses antes del encallamiento del *Exxon Valdez*, el 16 de septiembre de 1987, se adoptó el Protocolo de Montreal sobre las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono, que entró en vigor el 1 de enero de 1989 (Organización de las Naciones Unidas, 1987). La base científica del Protocolo de Montreal surge en 1974 de los trabajos de los químicos Mario J. Molina y F. Sherwood Rowland, en un artículo en el que demostraron que los clorofluorocarbonos (CFC), al alcanzar la estratosfera, liberan átomos de cloro que catalizan la destrucción de moléculas de ozono; un único átomo de cloro puede destruir hasta 100.000 moléculas de ozono por ese mecanismo (Molina y Rowland, 1974, p. 811). Es decir, dieciocho meses antes del derrame, la comunidad internacional había de-

8 La sección 311 (33 U.S.C. § 1321) estableció el régimen específico para derrames de petróleo: prohibió descargas de hidrocarburos en cantidades nocivas en aguas navegables e impuso obligaciones de notificación inmediata al Gobierno federal.

mostrado que era posible acordar obligaciones jurídicas vinculantes en respuesta a una crisis ambiental de origen antropogénico, sobre la base de evidencia científica cuantitativa y contra la resistencia activa de las industrias afectadas. Cuando el *Exxon Valdez* encalló el 24 de marzo de 1989, ese precedente estaba activo y el Protocolo llevaba menos de tres meses en vigor.

## 5. La era post Exxon Valdez

### 5.1 MT Haven (1991) (Italia)

El 11 de abril de 1991, el MT Haven realizaba una maniobra de descarga de crudo cuando se produjo una explosión, que causó la muerte de seis tripulantes y la ruptura del casco en tres secciones. El 14 de abril, tras explosiones adicionales, la sección principal se hundió a aproximadamente 2,7 km de la costa (ITOPF, 2023). En el otoño de 1991, el Gobierno italiano presentó ante el Fondo Internacional de Indemnización de Daños debidos a la Contaminación por Hidrocarburos (IOPC Fund, por sus siglas en inglés) una reclamación de compensación equivalente a 51,6 millones de euros por daños causados al medio marino, fundamentada en la Ley nacional italiana sobre el medioambiente de 1982, que contempla la posibilidad de compensación por daños ambientales tanto cuantificables como no cuantificables (IOPC Fund, 1992). En paralelo, la región de Liguria, otras dos regiones y 14 municipios presentaron reclamaciones por daños ambientales no cuantificables. En total se registraron más de 1.300 reclamaciones, por operaciones de respuesta, daños materiales y pérdidas económicas, que ascendieron a 160 millones de euros, siendo 134 millones aportados por el Gobierno (IOPC Fund, 1992).

A requerimiento del juez, en junio de 1994 el Gobierno cuantificó su reclamación ambiental en 883.000 millones de liras italianas (ITL), suma que incluía la reconstitución biológica natural de los recursos marinos (591.000 millones de ITL), la restauración de 43 hectáreas de praderas de *Posidonia oceánica* (266.000 millones de ITL) y una serie de daños de cuantificación incierta, entre ellos, erosión de playas y daños irreparables al ecosistema marino y a la atmósfera, dejados a discreción judicial (CEDRE, 2003). En abril de 1996, el juez declaró que la CLC 69 y la IOPC 71 no excluían la compensación por daños al medioambiente y que únicamente el Estado italiano tenía legitimación activa para reclamar este tipo de daño.

### 5.2 Sea Empress (Gales, 1996)

El 15 de febrero de 1996, el *Sea Empress* encalló en el sudoeste de Gales, transportando más de 130.000 toneladas de crudo (Marine Accident Investigation Branch [MAIB], 1997). Durante los días siguientes, el buque liberó 72.000 toneladas de crudo (Law, 2011, p. 1110). El proceso judicial que siguió fue notable porque amplió el círculo de la responsabilidad más allá del propietario del buque. En un movimiento inusual, la acción legal se dirigió contra la Autoridad Portuaria de Milford Haven, la entidad responsable de la seguridad de la navegación en la zona. El caso inició el 15 de enero de 1999 ante el Tribunal de la Corona de Cardiff basándose en la Ley de Recursos Hídricos de 1991, e impuso una multa de 4 millones de libras esterlinas más costos, reconociendo su papel en el accidente[9] (Castle, 1999).

La Autoridad Portuaria admitió la responsabilidad del accidente, sin embargo, en apelación, la multa se redujo a £750,000 más los costos ya otorgados. En cuanto a la responsabilidad civil e indemnizatoria, el marco aplicable fue el de los convenios internacionales de responsabilidad por contaminación. Días después del vertido, el club de protección e indemnización Skuld (asegurador de responsabilidad civil del buque) y el IOPC Fund establecieron una oficina conjunta de reclamaciones en Milford Haven para recibir y tramitar las solicitudes de compensación por costos de limpieza y pérdidas económicas (Wren, 2000 p. 50).

### 5.3 Nissos Amorgos (Venezuela, 1997)

El 28 de febrero de 1997, el Nissos Amorgos encalló en el canal de navegación del Lago de Maracaibo, Venezuela, derramando 25.406 barriles de petróleo crudo. El siniestro ocasionó daños severos en el ecosistema del Golfo de Venezuela, con un impacto significativo en la fauna bentónica (macroinvertebrados) y el recurso arena. El proceso judicial involucró al Estado venezolano como víctima y demandante frente al capitán de la nave, Konstadinos Nikolaos Spiropulos, la empresa armadora Nissos Amorgos Naftiki Eteria, la aseguradora Assuranceforeningen Gard y la intervención del IOPC Fund (1971).[10]

---

9 Presentada bajo la Sección 85(1) de la Ley de Recursos Hídricos de 1991. La aplicabilidad de la Sección 85 a la contaminación proveniente de una fuente marítima puede verse en: https://cms-lawnow.com/en/ealerts/1999/04/sea-empress-prosecution-the-case-against-the-milford-haven-port-authority

10 *Fiscalía del Zulia contra Konstadinos Nikolaos Spiropulos*. 8U-346-08, Circuito Judicial Penal del Estado Zulia Tribunal Octavo de Juicio, February 26, 2010.

Para determinar el *quantum debeatur* (monto de los daños ambientales), el tribunal se apoyó en experticias interdisciplinarias realizadas por instituciones oficiales como el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, Instituto para el Control y Conservación de la Cuenca del Lago de Maracaibo, la Universidad del Zulia y la Universidad Simón Bolívar, con el fin de cuantificar económicamente los bienes ambientales afectados en el patrimonio de la República.[11]

El juicio por responsabilidad civil se extendió hasta 2015. El principal punto de litigio fue la reclamación presentada por la República de Venezuela por más de 60 millones de dólares en concepto de daño ambiental. Tanto Gard como los IOPC Funds cuestionaron decisiones del Tribunal Supremo de Venezuela. Este conflicto llevó a Gard a presentar un proceso ante el Alto Tribunal de Justicia de Inglaterra para buscar una resolución sobre la obligación del Fondo de 1971 de reembolsar montos adicionales que el club pudiera verse obligado a pagar en Venezuela. Finalmente, se alcanzó un acuerdo de liquidación total por más de USD 160 millones, una cifra significativamente mayor a lo que inicialmente parecía viable. Tal compensación fue la más elevada recibida fuera de los Estados Unidos o Europa por un derrame petrolero hasta la fecha de su pago (Mulrenan, 2015).

### 5.4 Erika (Francia, 1999)

El 12 de diciembre de 1999, el buque tanque Erika,[12] un monocasco de 25 años que carecía del mantenimiento adecuado y estaba corroído de manera general, según los informes del tribunal,[13] transportaba aproximadamente 31.000 toneladas de petróleo pesado para la empresa francesa Total. Navegaba a 100 kilómetros de la costa de Bretaña, Francia, cuando quedó atrapado por una tormenta que lo partió en dos (Lamy et al., 2001, p. 737). Debido a este derrame, se contaminaron 400 km de las costas francesas. Sólo en la fauna murieron en-

11 Ídem.

12 Llamado anteriormente Shinsei Maru (1975), MV Glory Ocean (1975-1977), MV Intermar Prosperity (1977-1984), MV South Energy (1984-1985), MV Jahre Energy (1985-1990), MV Prime Nobel (1990-1994), MV Nobless (1994-1996), MV Erika (1996-1999). Ver: https://www.wrecksite.eu/wreck.aspx?31185

13 Ver las fotos e informe presentado al tribunal: Decision no. 765 BEA / IGSAM / METL: https://web.archive.org/web/20120323132200/http://www.beamer-france.org/BanqueDocument/pdf_86.pdf

tre 200 y 300 mil aves;[14] la zona marítima alrededor de la ciudad de Le Croisic quedó gravemente contaminada por la marea negra resultante (Pavillon et al., 2002, p. 409). Las consecuencias del derrame de petróleo persistieron incluso diez años, pues se observó que los líquenes desaparecieron totalmente.

Desde el punto de vista jurídico, el caso podría haberse resuelto en el marco del Convenio internacional sobre responsabilidad civil por contaminación de hidrocarburos de 1969 (Brans, 2000, p. 68). Sin embargo, los tribunales franceses, en lugar de limitarse a los convenios internacionales, aplicaron el derecho interno. Esta estrategia les permitió a los tribunales "perforar el velo corporativo" y declarar culpable de negligencia no solo al propietario y a la sociedad de clasificación, sino también a la empresa matriz y fletadora, la gigante petrolera Total. La sentencia reconoció por primera vez en la jurisprudencia francesa el *prejudice écologique* (perjuicio ecológico o daño ambiental) como una categoría de daño autónoma y compensable (Brans, 2000, p. 69; Lévêque, 2012). Esto significaba que el daño al ecosistema en sí mismo, independientemente de las pérdidas económicas humanas, era un perjuicio que merecía reparación.

### 5.5 Prestige (España, 2002)

El 13 de noviembre de 2002, el buque tanque *Prestige* sufrió una rotura en su banda de estribor a aproximadamente 45 millas náuticas de la costa de Galicia, al noroeste de España, cuando transportaba unas 77.000 toneladas de petróleo pesado (Albaigés et al., 2006, p. 205). Ante el riesgo inmediato de contaminación de la Costa da Morte y las Rías Baixas, una de las principales zonas productoras de mejillón del mundo, las autoridades españolas adoptaron la decisión de remolcar el buque hacia aguas más profundas, desplazándolo primero en dirección noreste y posteriormente hacia el suroeste a lo largo de las costas de Galicia durante seis días, hasta que el casco se partió en dos el 19 de noviembre, cuando el buque se encontraba a aproximadamente 130 millas de la costa, hundiéndose en la plataforma continental gallega a una profundidad de entre 3.500 y 3.830 metros (Albaigés et al., 2006, p. 205)

Las diligencias previas se iniciaron ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción No. 1 de Corcubión, y el caso fue finalmente resuelto en casación por el Tribunal Supremo mediante la Sentencia No. 865/2015, dictada el 14

14 Ver Lamy et al. (2001, p. 737).

de enero de 2016.[15] En dicha sentencia, la Sala Segunda del Tribunal Supremo revocó la sentencia absolutoria dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña en 2013 respecto al delito contra el medioambiente y condenó al capitán del buque, Apostolos Ioannis Mangouras, a dos años de prisión como autor responsable de un delito imprudente contra el medioambiente en su modalidad agravada de daños catastróficos, tipificado en el artículo 326 del Código Penal, en relación con la grave afectación del medio marino.

En materia de responsabilidad civil, la sentencia de 2016 declaró la responsabilidad civil directa del capitán y de la aseguradora *The London Steamship Owners Mutual Insurance Association* (The London P&I Club), con los límites establecidos en el Convenio del Fondo de 1992 (STS 865/2015).[16] En el caso *Prestige*, el Tribunal Supremo español aplicó los artículos 325 y 326 del Código Penal, que contemplan la reparación del daño en su integridad, incluyendo el daño medioambiental, de forma preferente sobre las limitaciones objetivas y subjetivas de responsabilidad establecidas por los Convenios CLC/92 y FUND/92, permitiendo así una extensión de la responsabilidad civil más allá de los límites convencionales internacionales (Pena González, 2018, p. 145; Pérez Huelin, 2017, p. 7).

### 5.6 Montara Wellhead (Australia-Indonesia, 2009)

El 21 de agosto de 2009, el pozo de la plataforma Montara Wellhead, situada en la plataforma continental australiana en el Mar de Timor a aproximadamente 140 millas náuticas de la costa de Australia occidental, sufrió un reventón que generó un flujo incontrolado de petróleo crudo y gas hacia la superficie marina (Doherty, 2022; Spies et al., 2017, p. 55). Este incidente arruinó los medios de vida de miles de pescadores y cultivadores indonesios de algas marinas, quienes vieron sus cosechas y caladeros destruidos. En 2012, la empresa tailandesa Public Company Limited de exploración y producción de petróleo y gas Australasia se declaró culpable de cargos bajo la *Offshore Petroleum and Greenhouse Gas Storage Act* de 2006 (Cth) y fue condenada al pago de una multa de 510.000 dólares australianos, sanción que fue objeto de críticas generalizadas por su desproporción respecto a la magnitud del daño causado y al volumen de operaciones del operador.

---

15 Tribunal Supremo de España, Sala Segunda. (2016). *Sentencia No. 865/2015*.

16 Ídem.

En 2016, un cultivador de algas indonesio, Daniel Aristabulus Sanda, presentó una demanda colectiva en la Corte Federal de Australia en representación de aproximadamente 15.000 agricultores. En una sentencia de 2021, el tribunal determinó que el petróleo del derrame de Montara había llegado a las aguas indonesias, que Public Company Limited de exploración y producción de petróleo y gas Australasia había incumplido su deber de cuidado y que esto había causado la destrucción de los cultivos de algas. El caso no contempló propiamente el daño de la naturaleza, sino los daños económicos sufridos por los agricultores.[17]

### 5.7 Shen Neng 1 (Australia, 2010)

El 3 de abril de 2010, el buque carbonero chino Shen Neng 1 se desvió de su ruta y encalló en el arrecife Douglas, dentro del Parque Marino de la Gran Barrera de Coral, una de las zonas más sensibles y protegidas del planeta. Aunque el derrame de petróleo fue relativamente menor (aproximadamente cuatro toneladas), el daño físico causado por el encallamiento fue inmenso (Australia Maritime Safety Authority, 2020). Tras cinco años de negociaciones infructuosas con el propietario del buque, Shenzhen Energy Transport Co. Ltd., y su aseguradora, el Gobierno del Commonwealth interpuso demanda ante el Tribunal Federal de Australia en mayo de 2015, solicitando o bien el pago de los costos de remediación del Bajo Douglas o, alternativamente, órdenes judiciales que le requirieran al propietario ejecutar dicha remediación. La demanda se fundó en la acción de negligencia bajo el derecho marítimo federal australiano; en ella se solicitaban aproximadamente 120 millones de dólares australianos en concepto de remediación ecológica.[18]

El 19 de septiembre de 2016, se alcanzó un acuerdo extrajudicial por el cual Shenzhen Energy Transport Co. Ltd. y su aseguradora acordaron pagar 39,3 millones de dólares australianos (equivalentes a aproximadamente 29,66 millones de dólares estadounidenses) al Gobierno del Commonwealth, suma representativa de menos de un tercio de lo reclamado (Maritime Executive, 2016). En *Shen Neng 1*, la reclamación del Commonwealth incluyó explícitamente los costos de remediación ecológica del arrecife como categoría compensable independiente de cualquier pérdida económica de personas identificables, conso-

17 *Sanda v. PTTEP Australasia (Ashmore Cartier)* (2021).

18 *Commonwealth of Australia v Shenzhen Energy Transport Co Ltd* (2015).

lidando dentro del derecho australiano la noción de que el daño a un recurso natural en área protegida genera por sí mismo una obligación resarcible a favor del Estado administrador (Reef Authority, 2023).

### 5.8 Deepwater Horizon (Golfo de México, 2010)

El 20 de abril de 2010, una explosión en la plataforma *Deepwater Horizon* causó la muerte de 11 trabajadores y dos días después se hundió, provocando la liberación incontrolada de petróleo (Beyer et al., 2016, p. 29). El litigio de este caso fue consolidado por el Panel Judicial sobre Litigación Multidistrital en el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Este de Louisiana. El proceso se estructuró en tres fases de juicio diferenciadas. En la fase uno, la responsabilidad por la explosión fue asignada en un 67% a BP, un 30% a Transocean y un 3% a Halliburton.[19] En la fase dos, sobre el volumen del derrame y los esfuerzos de control del pozo, el tribunal determinó que el volumen total descargado fue de 3,19 millones de barriles, rechazando las estimaciones inferiores propuestas por BP.[20]

La sentencia penal, dictada el 29 de enero de 2013, impuso una multa total de USD 4.000 millones, de los cuales aproximadamente 2.400 millones fueron asignados a la adquisición, restauración y conservación de ecosistemas marinos y costeros del Golfo de México afectados por el derrame (United States Department of Justice, 2013). El 2 de julio de 2015, el Gobierno federal y los cinco estados del Golfo (Alabama, Florida, Louisiana, Mississippi y Texas) anunciaron un acuerdo global de USD 20.800 millones, que resolvió las reclamaciones civiles bajo la *Clean Water Act* y la *Oil Pollution Act*, así como las reclamaciones por daños a recursos naturales y pérdidas económicas estatales (United States Department of Justice, 2015).

### 5.9 Sanchi (China, 2018)

El 6 de enero de 2018, el buque tanque *Sanchi* colisionó con el granelero *CF Crystal*, también referido como *Changfeng Crystal*, en el Mar de China Oriental. El *Sanchi* transportaba 111.300 toneladas métricas de condensado de gas natural (John et al., 2025, p. 140; Yin et al., 2018, p. 70). La colisión provocó

19 Phase One Findings (2014).

20 Phase Two Findings (2015).

la ignición inmediata del condensado, y el buque ardió y estuvo a la deriva durante ocho días consecutivos antes de hundirse el 14 de enero de 2018 (Nguyen et al., 2023, p. 173). Los 32 tripulantes del *Sanchi* fallecieron; la tripulación del *CF Crystal* fue rescatada y el buque llegó a puerto chino sin víctimas (John et al., 2025, p. 144). El accidente del *Sanchi* no generó procedimientos judiciales. Académicos chinos identificaron tres deficiencias principales puestas de manifiesto por el incidente: primero, la capacidad de respuesta de emergencia de China a derrames en alta mar es insuficiente en múltiples dimensiones; segundo, el marco de cooperación internacional y regional para combatir la contaminación por hidrocarburos requería mejoras sustanciales; y tercero, el fondo de compensación propio de China, el *China Ship Oil Pollution Compensation Fund* (CSOPC), era inadecuado para responder a siniestros de esta magnitud (Xing y Zhu, 2022, p. 10).

### 5.10 Mare Doricum (Perú, 2022)

El 15 de enero de 2022, el buque Mare Doricum derramó más de 1.600 toneladas de crudo en las costas de Lima, Perú (Office of Response and Restoration, 2023; Reaño, 2022). La respuesta legal del Gobierno de Perú inició con procedimientos administrativos sancionadores y acciones penales por el presunto "delito de contaminación ambiental" (Secretaría de Comunicación Social del Perú, 2022). El 10 de enero de 2024, la fundación holandesa Stichting Environment and Fundamental Rights (SEFR), con el apoyo de las firmas legales Lemstra Van der Korst y Pogust Goodhead, interpuso una demanda colectiva ante el Tribunal de Distrito de La Haya contra Repsol Perú B.V., Refinería La Pampilla S.A.A. y Repsol S.A., en representación de aproximadamente 34.000 a 50.000 afectados, solicitando una indemnización de 1.000 millones de libras esterlinas. La estrategia jurídica se fundó en la normativa de la Unión Europea que permite responsabilizar a las empresas matrices por los actos de sus filiales, argumentando que Repsol Perú B.V., domiciliada en Países Bajos, ejercía control directo sobre las operaciones de La Pampilla (CooperAcción, 2025).

## 6. Conclusiones

El análisis cronológico de los casos examinados permite trazar con precisión el proceso de consolidación del daño ambiental como categoría jurídica autónoma en el ámbito de los derrames petroleros. Dicha evolución no constituye

un fenómeno espontáneo, sino la culminación de décadas de gestación normativa. Este proceso de evolución normativa y jurisprudencial habilitó, progresivamente, tanto la capacidad de los tribunales para reconocer el perjuicio ecológico como la de los demandantes para articularlo con precisión técnica y legal. El caso *Exxon Valdez* (1989) operó como punto de inflexión definitivo al introducir en el arsenal jurídico herramientas conceptuales que transformaron estructuralmente el régimen de responsabilidad ambiental.

La imposición de daños punitivos de gran magnitud superó la lógica compensatoria tradicional para incorporar una función disuasoria frente a la negligencia grave. A partir del *Exxon Valdez*, los litigios subsiguientes incorporaron de forma sistemática conceptos como la restauración ecosistémica, el daño ecológico autónomo, consagrado jurisprudencialmente en el caso *Erika* (1999) y la afectación de intereses difusos, evidenciando una revalorización jurídica progresiva del medioambiente como bien tutelable independiente de sus implicaciones económicas directas.

No obstante, el análisis comparativo también expone las asimetrías y limitaciones que persisten en este marco jurídico internacional. Casos como el *Montara Wellhead* (2009) y el *Sanchi* (2018) demuestran que el reconocimiento del daño ambiental sigue siendo contingente a la solidez de los ordenamientos jurídicos nacionales y a la existencia de mecanismos procesales adecuados, sin los cuales incluso desastres de gran magnitud pueden quedar sin respuesta legal efectiva. En contraste, el caso *Mare Doricum* (2022) señala la dirección hacia la que apunta la tendencia dominante: la tutela colectiva de derechos ambientales mediante instrumentos de litigación mixtos. En conjunto, la trayectoria analizada confirma que la definición jurídica del daño ambiental derivado de derrames petroleros es de construcción reciente, contextualmente situada y aún en proceso de consolidación en el plano comparado.

## Bibliografía

Advisory Committee on Marine Pollution. (1990). *Marine Pollution Yearbook 1990*. International Council for the Exploration of the Sea.

Albaigés, J., Vilas, F. y Morales-Nin, B. (Eds.). (2006). The Prestige: A scientific response. *Marine Pollution Bulletin, 53*(5-7), 205-428. https://doi.org/10.1016/j.marpolbul.2006.03.012

Andreen, W. L. (2003). The evolution of water pollution control in the United States — State, local, and federal efforts, 1789-1972: Part II. *Stanford Environmental Law Journal, 22*(2), 215-294.

Australia Maritime Safety Authority. (2020). *Shen Neng 1, 3 April 2010*. Historical Pollution and Casualty Incidents. https://www.amsa.gov.au/marine-environment/incidents-and-exercises/shen-neng-1-3-april-2010

Barkham, P. (24 de junio de 2010). Oil Spills: Legacy of the Torrey Canyon. *The Guardian*. https://www.theguardian.com/environment/2010/jun/24/torrey-canyon-oil-spill-deepwater-bp

Barron, M. G., Vivian, D. N., Heintz, R. A. y Yim, U. H. (2020). Long-term ecological impacts from oil spills: Comparison of Exxon Valdez, Hebei Spirit, and Deepwater Horizon. *Environmental Science & Technology, 54*(11), 6456-6467. https://doi.org/10.1021/acs.est.9b05020

Beyer, J., Trannum, H. C., Bakke, T., Hodson, P. V. y Collier, T. K. (2016). Environmental effects of the Deepwater Horizon oil spill: A review. *Marine Pollution Bulletin, 110*(1), 28-51. https://doi.org/10.1016/j.marpolbul.2016.06.027

Brans, E. H. (2000). The 1999 Erika Oil Spill in France. Can the Cargo-Owner Be Held Liable for the Damage Caused? *International Law FORUM du droit international, 2*, 66-70.

Castle, P. (1 de abril de 1999). *Sea Empress Prosecution - The Case against the Milford Haven Port Authority*. CMS-Law. https://cms-lawnow.com/en/ealerts/1999/04/sea-empress-prosecution-the-case-against-the-milford-haven-port-authority

Centre de Documentation, de Recherche et d'Expérimentations sur les Pollutions Accidentelles des Eaux. (2003). *Haven*. https://cedre.fr/en/resources/incident-information-sheets/haven

Centre de Documentation, de Recherche et d'Expérimentations sur les Pollutions Accidentelles des Eaux. (2007). *Atlantic Empress / Aegean Captain*. https://wwz.cedre.fr/en/Resources/Spills/Spills/Atlantic-Empress-Aegean-Captain

Cohen, S. (1995). *Clair C. Patterson (1922-1995)*. Archives, California Institute of Technology. https://digital.archives.caltech.edu/collections/OralHistories/OH_Patterson_C/OH_Patterson_C.pdf

Cooper, T. (2017). Desastres artificials i reflexivitat ambiental: el desastre del Torrey Canyon i la paradoxa de l'ecologisme. *Actes D'història De La Ciència I De La Tècnica Nova Època*, 10, 85-92. https://doi.org/10.2436/20.2006.01.204

CooperAcción. (23 de mayo de 2025). *Tribunal holandés se declaró incompetente en caso contra Repsol por derrame de petróleo en Ventanilla*. https://cooperaccion.org.pe/tribunal-holandes-se-declaro-incompetente-en-caso-contra-repsol-por-el-derrame-de-petroleo-en-ventanilla/

Doherty, B. (15 de enero de 2022). 'Very Hard Life Now': 12 Years after the Montara Oil Spill, Indonesians Are Still Fighting to Be Heard. *The Guardian*. https://www.theguardian.com/environment/2022/jan/16/very-hard-life-now-12-years-after-the-montara-oil-spill-indonesians-are-still-fighting-to-be-heard

Duerden, F. (1976). *Spill in Portugal: A Report of the Jakob Maersk Incident*. Environmental Protection Service of Canada.

Fischer, D. W. (1978). The Oil and Gas Blowout at Bravo Platform, Ekofisk Field, Norwegian Sector. En *Managing Technological Accidents: Two Blowouts in the North Sea* (pp. 31-62). Pergamon Press.

Gundlach, E. R. y Hayes, M. O. (1978). Vulnerability of coastal environments to oil spill impacts. *Marine Technology Society Journal, 12*(4), 18-27.

Hines, N. W. (2013). History of the 1972 Clean Water Act: The story behind how the 1972 Act became the capstone on a decade of extraordinary environmental reform. *Journal of Energy & Environmental Law, 4*(Summer), 80-106. https://gwjeel.com/wp-content/uploads/2013/10/4-2-hines.pdf

Horn, M. J. (2019). Oil, gas, and rhesus monkeys: A new framework for natural resources under the commercial activity exception. *Cornell International Law Journal, 51*(4), Article 5. https://scholarship.law.cornell.edu/cilj/vol51/iss4/5

Horn, S. A. y Neal, P. (1981). The Atlantic Empress sinking — a large spill without environmental disaster. *International Oil Spill Conference Proceedings, 1981*(1), 429-435. https://doi.org/10.7901/2169-3358-1981-1-429

IOPC Fund. (1992). *Annual Report*. Repro Workshop.

International Tanker Owners Pollution Federation. (1983). *Castillo de Bellver, South Africa, 1983*. https://www.itopf.org/in-action/case-studies/castillo-de-bellver-south-africa-1983/

International Tanker Owners Pollution Federation. (1988). *Odyssey, off Canada, 1988*. https://www.itopf.org/in-action/case-studies/odyssey-off-canada-1988/

International Tanker Owners Pollution Federation. (1999). *Erika, West of France, 1999*. https://www.itopf.org/in-action/case-studies/erika-west-of-france-1999/

International Tanker Owners Pollution Federation. (2023). *Haven, Italy, 1991*. https://www.itopf.org/in-action/case-studies/haven-italy-1991/

Jernelöv, A. y Lindén, O. (1981). Ixtoc I: A case study of the world's largest oil spill. *Ambio, 10*(6), 299-306. http://www.jstor.org/stable/4312725

Jézéquel, R. y Poncet, F. (2011). The Erika oil spill, 10 years after: Assessment of the natural weathering of the oil and natural recovery of vegetation. *International Oil Spill Conference Proceedings, 2011*(1), 165-182. https://doi.org/10.7901/2169-3358-2011-1-165

John, G. F., Nelson, R. K., Nishi, R., Radovi, J. R. y Reddy, C. M. (2025). Chemical fingerprinting and weathering assessment of Sanchi oil tanker spill residues that impacted the southern Japanese islands. *Marine Pollution Bulletin, 216*, 117995. https://doi.org/10.1016/j.marpolbul.2025.117995

Kareem Aswad, O. A., Ismail, R. R., Hussein Abed, A., Ati, E. M. y Ajmi, R. N. (2024). The Impact of Oil Spills on the Environment and Living Organisms-Review Article. *European Journal of Humanities and Educational Advancements, 5*(3), 62-65.

Lamy, A., Jacques, J. P. y Le Drean-Quene, S. (2001). The Erika Oil Spill: The Bird Rescue Response. *International Oil Spill Conference Proceedings*, *2001*(1), 737-744. https://doi.org/10.7901/2169-3358-2001-1-737

Law, R. J. (2011). The Sea Empress oil spill, 1996. En Fingas, M. (Ed.), *Oil spill science and technology* (pp. 1109-1117). Gulf Professional Publishing. https://doi.org/10.1016/B978-1-85617-943-0.10035-8

Lawford, H. (15 de noviembre de 2020). *Atlantic Empress collision with Aegean Captain 1979*. Herry's Journal. https://herrylaw.blogspot.com/2020/11/atlantic-empress-collision-with-aegean.html

Leventhal, F. D. (1981). The Bay of Campeche Oil Spill: Obtaining Jurisdiction Over Petroleos Mexicanos Under the Foreign Sovereign Immunities Act of 1976. *Ecology Law Quarterly, 9*(2), 341-377.

Lévêque, T. (25 de septiembre de 2012). French Court Upholds Total Conviction in Erika Oil Spill. *Reuters*. https://www.reuters.com/article/business/french-court-upholds-total-conviction-in-erika-oil-spill-idUSBRE88O0LY/

Marine Accident Investigation Branch. (1997). *Report of the Chief Inspector of Marine Accidents into the grounding and subsequent salvage of the tanker Sea Empress at Milford Haven between 15 and 21 February 1996*. The Stationery Office.

Mason, M. (2003). Civil liability for oil pollution damage: Examining the evolving scope for environmental compensation in the international regime. *Marine Policy, 27*(1), 1-22. https://doi.org/10.1016/S0308-597X(02)00051-9

Moldan, A. G. S., Jackson, L. F., McGibbon, S. y Oliff, W. D. (1985). Some aspects of the Castillo de Bellver oil spill. *Marine Pollution Bulletin, 16*(3), 97-102. https://doi.org/10.1016/0025-326X(85)90530-2

Molina, M. J. y Rowland, F. S. (1974). Stratospheric sink for chlorofluoromethanes: Chlorine atom-catalysed destruction of ozone. *Nature, 249*(5460), 810-812. https://doi.org/10.1038/249810a0

Mulrenan, J. (17 de abril de 2015). *Nissos Amorgos Battle Ends with $160m Payout*. Tradewindsnews. https://www.tradewindsnews.com/weekly/nissos-amorgos-battle-ends-with-160m-payout/1-1-357915

Needleman, H. L. (1998). Clair Patterson and Robert Kehoe: Two views of lead toxicity. *Environmental Research, Section A, 78*(2), 79-85. https://doi.org/10.1006/enrs.1997.3807

Nguyen, T. H. H., Hou, T. H., Pham, H. A. y Tsai, C. C. (2023). Hindcast of oil spill pollution in the East China Sea in January 2018. Proceedings of the Institution of Mechanical Engineers, Part M. *Journal of Engineering for the Maritime Environment, 238*(1), 183-196. https://doi.org/10.1177/14750902231162171

Office of Response and Restoration. (11 de julio de 2023). *Oil Spill Near Lima, Peru*. https://response.restoration.noaa.gov/oil-and-chemical-spills/significant-incidents/oil-spill-near-lima-peru

Patterson, C. C. (1965). Contaminated and Natural Lead Environments of Man. *Archives of Environmental Health: An International Journal, 11*(3), 344-360. https://doi.org/10.1080/00039896.1965.10664229

Patton, J. S., Rigler, M. W., Boehm, P. D. y Fiest, D. L. (1981). Ixtoc I oil spill: Flaking of surface mousse in the Gulf of Mexico. *Nature, 290*(5803), 235-238. https://www.nature.com/articles/290235a0

Pavillon J. F., Oudot J., Dlugon A., Roger E. y Juhel G. (2002). Impact of the 'Erika' oil spill on the Tigriopus brevicornis ecosystem at the Le Croisic headland (France): preliminary observations. *Journal of the Marine Biological Association of the United Kingdom, 82*(3), 409-413. https://doi.org/10.1017/S0025315402005659

Pena González, W. (2018). Personas jurídicas, impunidad y medio ambiente: Un análisis del caso Prestige. *CEFLegal: Revista Práctica de Derecho, 210*, 135-154. https://doi.org/10.51302/ceflegal.2018.10079

Pérez Huelin, A. J. (2017). Aplicación de la legislación de responsabilidad por contaminación en las sentencias del caso "Prestige" (Trabajo de fin de máster). Universidad de Cantabria. https://repositorio.unican.es/xmlui/handle/10902/10674

Phase One Findings. *(2014). In re Oil Spill by the Oil Rig "Deepwater Horizon" in the Gulf of Mexico, on April 20, 2010*, 21 F. Supp. 3d 657 (E.D. La. 2014). https://www.epa.gov/sites/default/files/2014-10/documents/phaseonetrial.pdf

Phase Two Findings. (2015). *In re Oil Spill by the Oil Rig "Deepwater Horizon" in the Gulf of Mexico, on April 20, 2010 (Phase Two)*, 77 F. Supp. 3d 500 (E.D. La. 2015). https://www.epa.gov/sites/default/files/2015-01/documents/phase2ruling.pdf

Ranwell, D. S. (1968). Lichen Mortality Due to 'Torrey Canyon' Oil and Decontamination Measures. *The Lichenologist, 4*, 55-56. https://doi.org/10.1017/S0024282968000071

Reaño, G. (23 de junio de 2022). *Derrame de petróleo: luego de 150 días, pescadores y comerciantes aún esperan ser atendidos*. Actualidad Ambiental. https://www.actualidadambiental.pe/derrame-de-petroleo-luego-de-150-dias-pescadores-y-comerciantes-aun-esperan-ser-atendidos/

Reef Authority. (2023). *Douglas Shoal environmental remediation project*. Great Barrier Reef Marine Park Authority, Australian Government. https://www2.gbrmpa.gov.au/our-work/programs-and-projects/douglas-shoal-environmental-remediation-project

Spies, R. B., Mukhtasor, M. y Burns, K. A. (2017). The Montara oil spill: A 2009 well blowout in the Timor Sea. *Archives of Environmental Contamination and Toxicology, 73*(2), 344-360. https://doi.org/10.1007/s00244-016-0356-7

Secretaría de Comunicación Social del Perú. (13 de mayo de 2022). *El Indecopi presenta demanda judicial contra Repsol por USD 4,500 millones por responsabilidad civil de riesgo por derrame de petróleo*. Gobierno del Perú. http://ourl.in/@zawszw

The Maritime Executive. (19 de septiembre de 2016). *Shen Neng 1 Damage Settlement Reached*. The Maritime Executive. https://maritime-executive.com/article/shen-neng-1-damage-settlement-reached

Tilton, G. R. (1998). Clair Cameron Patterson. En *Biographical Memoirs* (Vol. 74, pp. 268-287). National Academy of Sciences. https://doi.org/10.17226/6201

United States Department of Justice. (29 de enero de 2013). *BP exploration and production inc. sentenced to pay record $4 billion for crimes surrounding Deepwater Horizon incident*. https://www.justice.gov/archives/opa/pr/bp-exploration-and-production-inc-pleads-guilty-sentencedto-pay-record-4-billion-crimes

United States Department of Justice. (2 de julio de 2015). *U.S. and five Gulf states reach historic settlement with BP to resolve civil lawsuit over Deepwater Horizon oil spill*. https://www.justice.gov/opa/pr/us-and-five-gulf-states-reach-historic-settlement-bp-resolve-civil-lawsuit-over-deepwater

United States Environmental Protection Agency. (13 de marzo de 1991). *Exxon to Pay Record One Billion Dollars in Criminal Fines and Civil Damages in Connection with Alaskan Oil Spill*. https://www.epa.gov/archive/epa/aboutepa/exxon-pay-record-one-billion-dollars-criminal-fines-and-civil-damages-connection-alaskan.html

Vasconcelos, R. N., Cambuí, E. C., Cunha Lima, A. T., Lentini, C. A., Lopes, J. M., Mendonça, L. F. y Silva, M. A. (2020). *Oil Spill Detection and Mapping: A 50-Year Bibliometric Analysis. Remote Sensing, 12*(21), 1-18. https://doi.org/10.3390/rs12213647

Villamar, F. y Tapia, M. E. (2003). Determinación de la toxicidad de dispersantes de petróleo mediante bioensayos para calcular el CL. *Acta Oceanográfica del Pacífico, 12*(1), 147-54.

Wang, H. (2011). *Civil liability for marine oil pollution damage: A comparative and economic study*

*of the international, US and the Chinese compensation regime* (Tesis doctoral). Erasmus University Rotterdam. Repositorio EUR. https://repub.eur.nl/pub/22278/Thesis%20final%20Hui%20Wang.pdf

Wardley-Smith, J. (1983). The Castillo de Bellver. *Marine Pollution Bulletin, 14*(12), 443-444.

Wren, J. (2000). Overview of the Compensation and Liability Regimes Under the International Oil Pollution Compensation Fund (IOPC). *Spill Science & Technology Bulletin, 6*(1), 57-64. https://doi.org/10.1016/S1353-2561(00)00067-0

Xing, W. y Zhu, L. (2022). Assessing the Impacts of Sanchi Incident on Chinese Law Concerning Ship-Source Oil Pollution. *Ocean and Coastal Management, 225*(4), 1-15. https://doi.org/10.1016/j.ocecoaman.2022.106227

Yin, L., Zhang, M., Zhang, Y. y Qiao, F. (2018). The long-term prediction of the oil-contaminated water from the Sanchi collision in the East China Sea. *Acta Oceanologica Sinica, 37*, 69-72. https://doi.org/10.1007/s13131-018-1193-5

Zamora Rosselló, M. R. (2008). *Los incidentes marítimos en el Atlántico europeo y su influencia en la evolución del Derecho de la Seguridad Marítima*. Instituto Universitario de Estudios Marinos, Universidad de A Coruña.

## Legislación citada

Clean Water Act (CWA), 33 U.S.C. §§ 1251 y ss. [Estados Unidos]

Código Penal, artículos 110, 326 y 339. [España]

Código Penal, artículos 25 y 34. [Venezuela]

Convención Internacional para Prevenir la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos (OILPOL), 1954.

Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques (MARPOL 73/78), Londres, 17 de febrero de 1978.

Convenio Internacional sobre la Constitución de un Fondo Internacional de Indemnización de Daños Causados por la Contaminación de Hidrocarburos (Fondo 1971), Bruselas, 18 de diciembre de 1971.

Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados por la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos (CLC 1969), Bruselas, 29 de noviembre de 1969.

Foreign Sovereign Immunities Act de 1976. [Estados Unidos].

Ley de Recursos Hídricos de 1991, Sección 85(1). [Reino Unido].

Ley nacional italiana sobre el medio ambiente de 1982. [Italia].

Ley Penal del Ambiente, artículos 9, 20, 21, 23, 24 y 38. [Venezuela].

Offshore Petroleum and Greenhouse Gas Storage Act de 2006. [Australia].

Oil Pollution Act. [Estados Unidos].

Organización de las Naciones Unidas. (16 de septiembre de 1987). Protocolo de Montreal sobre las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono.

## Jurisprudencia citada

Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, Sala N° 2: [sobreseimiento], 01/02/2008. [Venezuela].

Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito: In the Matter of Oil Spill by the Amoco Cadiz off the Coast of France on March 16, 1978, 1992, [954 F.2d 1279]. [Estados Unidos].

Corte Federal de Australia: *Commonwealth of Australia v Shenzhen Energy Transport Co Ltd*, 2015, [FCA 757]. [Australia].

Corte Federal de Australia: *Sanda v. PTTEP Australasia (Ashmore Cartier)*, 25/10/2021, [FCA 1291]. [Australia].

Juzgado Séptimo de Primera Instancia en lo Penal y de Salvaguarda del Patrimonio Público de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia: 03/05/2000, [Sentencia Definitiva Nro. 1]. [Venezuela].

Sentencia del Tribunal Supremo, 865/2015, 14 de enero. [España].

Suprema Corte de los Estados Unidos, *Schnell v. The Vallescura*, 293 U.S. 296 (1934).

Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Este de Louisiana: In re Oil Spill by the Oil Rig "Deepwater Horizon" in the Gulf of Mexico on April 20, 2010, 04/09/2014, [MDL No. 2179, 2014 WL 4375933]. [Estados Unidos].

Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Este de Louisiana: In re Oil Spill by the Oil Rig "Deepwater Horizon" in the Gulf of Mexico on April 20, 2010, 15/01/2015, [MDL No. 2179]. [Estados Unidos].

Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Este de Louisiana: *United States v. BP Exploration and Production Inc.*, 2013, [C.A. No. 10-4536, consolidado en MDL 2179]. [Estados Unidos].

Tribunal Octavo de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia: Fiscalía del Zulia contra Konstadinos Nikolaos Spiropulos, 26/02/2010, [8U-346-08]. [Venezuela].

## Roles de autoría y conflicto de intereses

Los autores manifiestan haber cumplido los siguientes roles de autoría: **Jaimes Becerra, J. R.:** escritura, borrador original; **Campaña Chaglla, J. A.:** revisión de bibliografía, metodología; **García Quezada, G. A.:** conceptualización, visualización, 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. Asimismo, declaran que no poseen conflicto de interés alguno.

# De la *Utopía* al presente: libertad y bienestar bajo análisis[1]

**Pedro Fernández Requena**[2]

Institut Castellbisbal (España)

pferna13@xtec.cat

https://orcid.org/0000-0002-9502-3357

https://doi.org/10.26422/RJA.2026.0701.fer

**Resumen**

En este trabajo, analizamos críticamente algunos pasajes de la *Utopía* de Tomás Moro en los que se identifican vulneraciones de derechos fundamentales. Tras contextualizar cada uno, se somete a un examen jurídico-constitucional con finalidad hermenéutica. Contrastamos el ideario del humanista con la norma vigente —la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Constitución Española de 1978—, consultando aportaciones científicas que fundamentan nuestra interpretación. A la luz de esta divergencia, se concluye que esta propuesta es incompatible con el Estado de derecho, que no admite la supeditación de la libertad individual al bien comunitario. Esta incompatibilidad no obedece a una intención lesiva, sino a un replanteamiento de las estructuras económicas y sociales.

**Palabras clave:** bienestar, derechos, libertad, Tomás Moro, Utopía.

1 Dedico este trabajo a mis amigos Miguel Vera Pasíes, por la revisión de los resúmenes en inglés, y Esteban Ojeda Úbeda, por su lectura crítica y sus apreciaciones.

2 Licenciado en Filología Clásica por la Universitat de València. Actualmente es docente titular de Griego y de Latín en el Institut Castellbisbal, centro de titularidad pública adscrito al Departament d'Ensenyament de Catalunya. Muestra un interés por los humanistas del siglo XVI y su recepción desde varias perspectivas: bibliográfica, historiográfica, literaria e ideológica. Sus publicaciones combinan análisis filológico, cultural e histórico. Asimismo, se centran en la pervivencia de los clásicos grecorromanos.

## *Utopia* and the Present: Freedom and Welfare revisited

**Abstract**
This article offers a critical reading of selected passages from Utopia by Thomas More in which potential infringements of fundamental rights are identified. Each excerpt is contextualized and subjected to a juridical and constitutional examination for hermeneutical purposes, assessing the humanist's political vision against present-day standards of personal autonomy and civil liberties. The analysis draws upon the United Nations Charter, the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights, the European Convention on Human Rights, and the Spanish Constitution of 1978, alongside relevant academic scholarship. In light of the divergence, the article concludes that his proposal is incompatible with the modern rule-of-law framework, which rejects the subordination of individual freedom to the common good. This conception does not stem from any harmful intent, but encourages a reconsideration of socio-economic structures.

**Key words:** welfare, rights, liberty, Thomas More, Utopia.

### 1. La legitimación del poder político en la Europa de los siglos XV y XVI: historia y ley natural

La ruptura con el pensamiento medieval dio lugar "a un debate sobre el poder y el buen gobierno entre el realismo maquiavélico y el idealismo utópico" (Echandi, 2007, p. 117). De éstos emergió la vertiente historicista, representada por Guicciardini y Maquiavelo, que muestra que las instituciones dependen de su historia y no de abstracciones. Según el florentino en sus *Discursos sobre la primera década de Tito Livio* (Roma y Florencia, 1531), "el bien común engrandece a los pueblos y sólo las repúblicas lo anteponen al provecho individual" (Maquiavelo, 1952, p. 468). Desde esta perspectiva, el historicismo se interesó "por la adecuada inserción del individuo con base en un desarrollo social y cultural efectivo" (Möller, 2007, p. 31).

Por otra parte, la tradición del iusnaturalismo surge con Platón, quien reconoce en *Νόμοι* que "el gobierno no sirve a las leyes en sí mismas, sino al bien cimentado en la ley natural, por el que siempre se ha de regir el poder".[3]

Posteriormente, Cicerón y otros juristas romanos "se esforzaron por adoptar una postura orientada a la búsqueda de normas capaces de guiar la conducta humana según unos mandatos jurídicos preceptuados por un imperio en expansión" (Fernández Santamaría, 2023, p. 27). En el *De legibus*, la ley se concibe

3 "τοῦτον γὰρ δὴ τίθεσθαι τὸν νόμον ὀρθῶς ὑποτίθεμαι μόνον, ὃς ἂν [...] ἀεὶ καλόν τι συνέπηται μόνῳ, τὰ δὲ ἄλλα σύμπαντα παραλείπῃ" (Heinrich Runkel, 1818, pp. 113-114).

"como razón natural que ordena el bien, censura el mal y, perfeccionada en la mente, deviene prudencia práctica".[4]

Los autores cristianos prolongaron estas reflexiones. En *Institutiones Divinae*, Lactancio recuperó un fragmento de la *República*, en que el arpinate define "una ley natural, universal y eterna, cuya transgresión aparta al hombre de su naturaleza".[5] En sintonía doctrinal, San Ambrosio defendía, en su *De officis ministrorum*, que "la naturaleza hizo todo común, pero el humano lo privatizó".[6] En el Medievo, Santo Tomás de Aquino (2010) postuló que "la ley natural se revela mediante principios morales universales: obrar el bien y evitar el mal"[7] (p. 643).

En la Edad Moderna, el iusnaturalismo atrajo a Alberico Gentile, Jean Bodin, Hugo Grocio y Tomás Moro, quienes "estudiaron el poder desde preceptos filosóficos y jurídicos en busca de su forma ideal" (Echandi, 2007, pp. 118-119). Este último desarrolló sus inquietudes durante la Paz de Cambrai, donde "definió sus ideas para la *Utopía*" (Cabrillana, 2012, p. 15) e "inculcó el respeto a la ley" (Hermilda del Llano, 2016, p. 265). Su concepción de la justicia natural se manifiesta en una misiva a su hija: "Nadie está obligado a jurar que toda ley es justa ni a obedecerla si realmente no lo es" (Sardaro, 2007, pp. 146-147). Fray Domingo de Soto (1589) sostuvo que "el hombre posee un dominio natural sobre todos los frutos y las esferas celestes que constituyen su techumbre".[8] En síntesis, los axiomas iusnaturalistas permearon el saber renacentista, concibiéndolos "como norma racional connatural al ser humano y criterio para determinar la aplicabilidad de la legislación" (Möller, 2007, pp. 15-16).

## 2. La *Utopía* como proyección literaria de bienestar y libertades

Tomás Moro es conocido por su *De optimo republicae statu deque nova insula Utopia libellus* (Lovaina, 1516). El título "supuso la introducción de un género

4 "Lex est ratio summa, insita in natura [...] cum est in hominis mente confirmata et perfecta, lex est [...] eamque rem illi Graeco putant nomine νόμον [...] appellatam" (Du Mesnil, 1879, pp. 30-31).

5 "Est quidem vera lex [...] diffusa in omnes, constans, sempiterna [...] et omnes gentes et omni tempore una lex [...] cui qui non parebit, ipse se fugiet ac naturam hominis aspernatus hoc ipso luet maximas poenas [...] effugerit" (Ziegler, 1929, pp. 95-96).

6 "Natura omnia omnibus in commune profudit [...] Natura igitur ius conmune generavit, usurpatio ius fecit privatum" (Desiderius, 1549, i, c. 28, n. 132).

7 "prima et communia praecepta [...] sunt scripta in ratione naturali quasi per se nota, sicut quod nulli debet homo malefacere".

8 "Homo dominium habet naturale non solum in omnes terrae fructus, verum etiam [...] in elementa caelestesque orbes qui velut tectum sunt sui domicilii" (lib. IV, q. 1, a. 1).

literario" (Poch, 1993, p. 56). Éste sugiere una localización ficticia y una ucronía, pues "no acontece en ningún momento histórico" (Poch, 1993, p. 57). Esta concepción encuentra su antecedente en la *República* de Platón. En el libro XII, se expresa que "el estado descrito no existe en ninguna parte de la tierra, sino que se halla en las palabras".[9]

En este sentido, Rafael —personaje que viaja a Utopía— era un intelectual, descrito[10] como "un gran helenista y conocedor del pensamiento grecorromano. Además, domina el latín, si bien sólo valora unas pocas obras de Cicerón y de Séneca".[11] A su vez, el aventurero ironiza sobre el aciago destino de algunos diálogos platónicos y aristotélicos, "que embarcaron y llegaron a puerto de manera fragmentaria".[12] El erudito inglés se afilia a estos pensadores y no a los príncipes, "que anteponen las armas al buen gobierno".[13]

La obra de Moro se compone de dos partes: la segunda fue redactada en 1515, durante su estancia en Flandes, y la primera en 1516. En ambas "se asentaron las bases de una nueva sociedad, arraigada en una ética cristiana de comunidad de bienes" (Adomeit, 2002, pp. 15-26). Este *modus vivendi* se originó en el cristianismo primitivo. En los *Hechos de los Apóstoles* (2, 45-46), "los creyentes compartían sus posesiones, repartiéndolas según las necesidades de cada individuo".[14] El londinense presenta una sociedad idealizada sustentada en el trabajo digno, la igualdad y la tolerancia religiosa. Su finalidad última es la felicidad colectiva por encima del individualismo. De este modo, "se evitan las penurias y las situaciones de extrema desigualdad" (Bidegain Ponte, 2010, p. 11). El humanista declara que "en Utopía la propiedad compartida garantiza ausencia de pobreza, frente al interés individual que prima en otras repúblicas".[15]

En su *De communione rerum ad Germanos inferiores* (Brujas, 1535), Juan Luis

---

9 "τῇ ἐν λόγοις κειμένῃ, ἐπεὶ γῆς γε οὐδαμοῦ οἶμαι" (Plato, 2013, p. 388).

10 El texto latino puede consultarse en los archivos digitales de la Universidad de Bielefeld. https://ds.ub.uni-bielefeld.de/viewer/image/2006024/1/LOG_0000/

11 "totum se addixerat philosophiae; qua in re nihil quod alicuius momenti sit, praeter Senecae quaedam, ac Ciceronis extare latine cognouit" (Morus, 1518, p. 18).

12 "Platonis opera pleraque, Aristotelis plura, Theophrastum de plantis... quem cercopithecus lacerauit" (p. Morus, 1518, p. 116).

13 "Principes ipsi plerique omnes militaribus studiis [...] libentius occupantur quam bonis pacis artibus" (p. 33).

14 "Habebant omnia communia [...] dividebant illa omnibus, prout cuique opus erat" (Merk, 1992, p. 400).

15 "Ubi omnia omnium sunt [...] nihil quicquam priuati cuiquam defuturum [...] neque inops, neque mendicus ibi quisquam" (Morus, 1518, p. 156).

Vives defiende[16] que "el amor se basa en compartir según la necesidad. La caridad no abole la propiedad, sino que comunitariza los bienes por su uso y no por su posesión".[17] De igual modo, los ciudadanos de Utopía aspiran a una satisfacción generalizada: "sus magistrados combaten la mendicidad y el trabajo excesivo, a diferencia de otras regiones donde sus habitantes viven como siervos".[18] En la misma línea, Vives destaca —en *De subventione pauperum* (Brujas, 1526)— "el papel de la ciudad como garante de la solidaridad, urgiendo a los burgomaestres a proteger a los más débiles".[19]

En definitiva, la *Utopía* se inscribe en un marco conceptual difundido por los eruditos del siglo XVI. En consecuencia, se insinúa "que el alma está destinada a la felicidad; que la virtud será premiada tras la vida y que la naturaleza nos insta a asistir a los demás, con tal de obtener los mismos beneficios".[20]

## 3. Marco contextual y metodológico para una exploración normativa actual del bienestar y la felicidad en la *Utopía*

La aportación de Moro se ha convertido en un hito del razonamiento utópico, posteriormente retomado por teóricos como Owen, Marx, Bakunin, Kolontai, Luxemburgo, Mannheim, etc. "Todos ellos aspiraron a una transformación de las estructuras económicas y políticas discriminatorias, orientándolas hacia la libertad, igualdad, justicia y solidaridad" (Tamayo, 2017, p. 9). A este respecto, el pensador inglés "no parte de una indagación de la rectitud en su configuración ideal, sino de un método de trabajo eficaz para exponer dinámicas manifiestamente erróneas" (Hexter, 1976, p. 65). Estas pretensiones se encuentran en la organización económica de Utopía. Así pues, el ensayo de Moro "ha evocado aspiraciones de balance social, de ahí que Lenin lo considerara precursor del comunismo" (Joven Trasobares, 2020, p. 29). En esta línea, se indica la inexis-

16 El texto latino del *De communione rerum* proviene de la *Editio Maianensis* (1782-1790), accesible en Bivaldi. https://bivaldi.gva.es/va/catalogo_imagenes/grupo.do?posicion=476&path=1000006&ocultarCabecera=S&presentacion=pagina

17 "Caritas facit omnia communia usu quum est opus, non possessione" (Maiansius, 1782-1790, T. V, p. 472).

18 "Ne quisquam desideat ociosus [...] nec [...] perpetuo labore, uelut iumenta, fatigatus. Nam ea plusquam seruilis erumna est [...] exceptis Utopiensibus" (Morus, 1518, p. 18).

19 "Quum ea sit origo civitatum [...] administratorum civitatis illud debet esse munus, curare [...] ut alii aliis auxilio sint, nemo premaretur [...] et imbecilliori adsit potentior, ut concordia [...] civium caritate augescat" (Maiansius, 1790, T. IV, pp. 420-421).

20 "Animam esse inmortalem [...] ad felicitatem natam [...] praemia post hanc vitam [...] virtutem [...] secundum naturam vivere [...] caeterisque [...] adiutores nos [...] praebeamus" (Morus, 1518, pp. 102-104).

tencia de dinero y de propiedad privada. En particular, "el Senado utopiano redistribuye los bienes colectivamente, sin contraprestación alguna".[21]

En la última década, varios académicos han reinterpretado el pionerismo del londinense como un dispositivo heurístico para esbozar imaginarios políticos alternativos. Lukas Romero acentúa la inspiración en la escuela de Gilbert Keith Chesterton. El filósofo británico "asentó, en 1926, unas bases antropológicas para una economía solidaria, cuyo objetivo era la división de la propiedad concentrada y la mitigación de la miseria estructural" (Romero-Wenz, 2023, pp. 379-380). Sylwia D. Chrostowska (2021) examina la tradición de Moro para "repensar el futuro político en tiempos de crisis, resaltando la utilidad de la *Utopía* como estrategia para concebir alternativas concretas, tales como una cooperación reforzada o la reorientación del deseo hacia lo esencial" (p. 21). Asimismo, Ramiro Avilés (2023) refiere que "algunas concepciones morianas del derecho y de la justicia presentan aplicabilidad en debates contemporáneos *ad hoc* y en mecanismos políticos: protección de la dignidad humana, tolerancia religiosa —con límites—, reducción de desigualdades materiales, etc." (pp. 582-583).

Estas interpretaciones sugieren que la *Utopía* podría leerse hoy como un texto pertinente frente a los retos del presente, pues ofrece alternativas a las estructuras existentes. No obstante, un análisis crítico revela que algunos preceptos limitan los estándares legales contemporáneos. Moro forjó un mundo sin competitividad ni individualismo posesivo. Sin embargo, "en las antípodas de esta tradición, se abre paso un tejido social que sólo brinda felicidad a quienes sacrifican su devenir vital en aras de lo más anhelado" (Tamayo, 2017, p. 119). Por tanto, la Organización de las Naciones Unidas —en la Resolución 65/309 de la Asamblea General (2011)— reconoce el bienestar como objetivo universal más allá del PIB y exhorta a los Gobiernos a garantizarlo con políticas públicas.

Bajo estas premisas, la búsqueda de la satisfacción vital se ha convertido en un objetivo recurrente para muchos ejecutivos. Ergo, "adquiere interés el libre desarrollo de la personalidad como presupuesto indispensable para alcanzar una prosperidad sostenible" (Lorca Martín de Villodres, 2017, p. 121). Esta conjetura difiere del modelo de Moro. El erudito señala que los utopianos organizan su jornada de manera uniforme, al igual que las ciudades y las viviendas. El día "se divide entre trabajo, descanso y sueño, con tiempo de esparcimiento para actividades exclusivamente útiles. En este quehacer, el estudio reviste una importancia capital mediante lecciones públicas".[22]

---

21 "Alterius inopiam, alterius protinus ubertas explet, atque id gratuito faciunt, nihil uicissim ab his recipientes quibus donant" (Morus, 1518, p. 94).

22 "[...] sex duntaxat operi deputant [...] horas octo somnus uendicat. Quicquid inter operis horas ac

En este tratado se formularon unos preceptos muy innovadores para su tiempo, susceptibles de ser incompatibles con los valores de nuestras sociedades hodiernas. Para la redacción de la presente pesquisa, hemos identificado unos pasajes de la *Utopía* de Moro de especial valor interpretativo y alcance analítico en relación con ese anhelo de plenitud y satisfacción personal. Seguidamente, se ha procedido a una lectura exegética y jurídica con el fin de contrastar su discurso con la normativa legal vigente en materia de autonomía personal y libertades.

Desde 1945, los derechos se internacionalizaron. Constituyeron "una cuestión de interés comunitario, lo que derivó en un reconocimiento jurídico con miras a tutelar las libertades por medio de mecanismos específicos" (Bonet i Pérez, 2008, p. 36). En esa óptica, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OHCHR) publicó en 2014 los instrumentos internacionales que establecen estándares mínimos, a fin de positivizar y hacer efectivas las libertades fundamentales (pp. 3-317). Por ende, hemos considerado la Carta de las Naciones Unidas (arts. 1 y 55), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) (arts. 12, 13, 19, 23 y 27), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (arts. 1, 7, 9, 17 y 27), el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) (arts. 3, 4, 5, 8, 12, 14 y art. 2 del Protocolo 4) y la actual Constitución Española (CE) (10.1, 14, 15, 16, 17, 18, 24, 27 y 117). En realidad, el régimen de 1978 "integró —en el artículo 10.2 de la Constitución— la DUDH y los tratados internacionales sobre derechos humanos como referentes ineludibles para su interpretación" (Martín Huertas, 2008, p. 129).

En coherencia con los regímenes jurídicos anteriores, se tienen presentes las referencias[23] de Josep Maria Castellà Andreu, catedrático de Derecho Constitucional de la Universitat de Barcelona. Las lecturas han enriquecido el análisis del plano constitucional español. Con el mismo enfoque, nos hemos apoyado en diversas aportaciones bibliográficas y en el *Diccionario panhispánico del español jurídico* (Real Academia Española, 2017), con el propósito de garantizar precisión conceptual. Las contribuciones teóricas han permitido contextualizar la

somni cibique medium esset, id suo cuiusque arbitrio permittitur [...] Solenne est enim publicas cotidie lectiones haberi [...] ex omni ordine mares simul, ac foeminae multitudo maxima ad audiendas lectiones [...] confluit" (Morus, 1518, pp. 80-81).

23 Le remitimos un correo electrónico el 8 de enero de 2026 y respondió el 19. Le solicitamos referencias bibliográficas y jurídicas para enriquecer el análisis legal. Nos recomendó una sinopsis de la Constitución Española, disponible en la web del Congreso, que incluimos en la bibliografía.

pertinencia de la investigación y acotar el corpus jurídico en el que se inscribe la divergencia utópico-normativa.

## 4. Contraste del modelo utópico de Moro con el derecho contemporáneo

Se abordará un estudio contrastivo y legal de fragmentos concretos de la *Utopía*, en los que Moro concreta su proyecto de plena realización de la persona. Identificaremos tensiones entre sus postulados —uniformidad organizativa o subordinación al colectivo— y los ordenamientos jurídicos actuales, entendidos como marcos comparativos y no realidades históricas equiparables. Desde esta perspectiva, el derecho contemporáneo se emplea con fines hermenéuticos, sin juicios históricos ni morales. No descuidaremos la literatura científica para respaldar la hipótesis y enriquecer los resultados. En este contexto, proponemos una interpretación crítica basada en la autodeterminación, la práctica efectiva de las libertades y la construcción de la personalidad, en antítesis con quienes consideran la *Utopía* aplicable a la sociedad hodierna.

> Los extractos seleccionados entran en tensión con más de un principio básico, ya que se superponen muchos mandatos normativos. En consecuencia, para determinar qué garantías acusan mayor vulnerabilidad, se parte de la jerarquización de Cristina Fuertes-Planas (2014). Así pues, hemos circunscrito el análisis a aquellas premisas jurídicas que, tras el examen de la *Utopía*, ostentan prioridad conforme a los criterios científicos establecidos por la doctora en Filosofía Política y Jurídica. En particular, los derechos objeto de análisis son:
> derecho a la vida e integridad física; a la seguridad; al desarrollo de la personalidad; a no ser sometido a esclavitud ni detenido arbitrariamente; a circular libremente; a la libertad de pensamiento, religión e intimidad; a la educación; y a la libertad de opinión y asociación. (pp. 227-229)

Una primera sugerencia se advierte en el origen de la isla, "cuya toponimia remite a Utopo, conquistador del territorio antaño denominado Abraxa, que civilizó a sus rústicos moradores".[24] Un tono pseudo-histórico se sustenta en *fertur*, que invoca una observación previa para dotar de verosimilitud al relato. Es más, el léxico contrapone barbarie y virtud cívica, visible en los acusativos *rudem* y *agrestem*, que divergen de *cultus* y *humanitatis*. Advertimos, en tal sentido, una marcada alusión al desembarco europeo en el Nuevo Mundo. La isla

24 "Utopus cuius nomen refert insula [...] quique rudem atque agrestem turbam ad cultus humanitatisque perduxit, fertur" (Morus, 1518, p. 71).

de Utopía, situada en el delta del Orinoco, "simboliza la América hispánica y refleja la visión erasmista ante la expansión imperial" (Cro, 2005, p. 15).

Este acto civilizador y fundacional contravendría hoy el principio moderno de autodeterminación de los pueblos, recogido en los artículos 1 y 55 de la Carta de las Naciones Unidas de 1945. Dichas disposiciones establecen la cooperación internacional y las relaciones de amistad, de conformidad con el respeto a la igualdad y a la determinación, sin distinción por idioma, raza, religión o sexo. Hallamos una formulación más desarrollada en el artículo 1 del PIDCP. Éste mandata a los Estados en la observancia de la libre determinación de las naciones en su desarrollo cultural, económico y social. En esencia, la emancipación política requiere de "organismos responsables y respetuosos de los derechos humanos. Su mayor brete es la ausencia de precisión en torno al concepto de autogobierno" (Cuenca Tovar y Beltrán Ramírez, 2018, p. 122).

De manera análoga, los *Commentarii in XXII libros De civitate Dei* (Basilea, 1522) de Juan Luis Vives armonizan observación etnográfica y narrativa para reflexionar sobre la civilidad de culturas periféricas. En las glosas del capítulo 19 del libro VII, el valenciano relata "el descubrimiento de la isla Carolina por navegantes europeos y los ritos religiosos de los nativos: sacrificios humanos en estatuas de bronce huecas e incandescentes que dedicaban a sus deidades".[25] La investigación moderna identifica este emplazamiento con Yucatán, "inicialmente considerada una isla, hipótesis descartada tras posteriores exploraciones" (Victoria Ojeda, 2019, p. 180).

En el mismo capítulo, leemos que "las familias alternan anualmente a veinte miembros entre el campo y la ciudad para formarse en la agricultura". Toda la población "dominará las labores agrarias para una próspera recolección".[26] El pasaje presenta una terminología rural —*annona*, *rusticarum rerum*, etc.— y administrativa —*subrogantur*—, que ilustra la planificación de la comunidad. La reiteración de vocablos como *annus* o *urbs* enfatiza la noción de alternancia temporal, mientras que el adjetivo *peritior* refuerza el constructo de aprendizaje compartido. Dichos periodos sintácticos vehiculan una concepción racional y ordenada del colectivo utopiano en aras de un control poblacional. Esta regulación demográfica se explicita también "en la implementación de un dispositivo de asignación aleatoria para reubicar a todos los isleños cada diez años".[27]

---

25 "Insula est a nostris nautis inventa, quam Carolinam vocarunt [...] in quibus infantes et pueros diis illis immolant, ibique uruntur crudeliter igne" (Vivis, 1522, 7, 19, c).

26 "In urbem remigrant; recentes ex urbe subrogantur, ut qui annum ibi fuere rusticarum rerum peritiores instruantur, ne [...] in annona peccaretur" (Morus, 1518, pp. 72-73).

27 "Nam domos ipsas uno quoque decennio sorte commutant" (Morus, 1518, p. 76).

En cambio, la libertad de tránsito y de domicilio "son derechos internacionalmente reconocidos a las personas físicas, con independencia de cualquier prestación de servicios" (Sarrión, 2024, p. 182). Por consiguiente, la propuesta moriana infringiría los artículos 12 y 13 de la DUDH, que restringen las injerencias arbitrarias en la privacidad y salvaguardan la libre circulación. De esta manera, la reasignación forzosa resultaría coercitiva y afectaría el núcleo familiar. Por último, los artículos 13 y 23 de la DUDH amparan la libre elección de residencia y profesión. Estas facultades se verían conculcadas al imponer la agricultura como ocupación obligatoria. La voluntad individual se diluye ante la planificación económica.

La lógica reguladora de la movilidad y del hogar se prolonga en la sección dedicada al trabajo, que incluye restricciones análogas a las anteriormente examinadas. En este contexto, el londinense expone que "todos los varones y las hembras conocen y practican sin distinción la agricultura. No obstante, quien se incline por otra profesión, integrará una familia que ejercite dicha tarea".[28] La libertad individual aparece constreñida discursivamente por locuciones como *ars una est omnibus viris, mulieribusque* —donde se dicta una clara uniformidad del quehacer laboral— o *promiscua agricultura*, que niega trayectorias individuales. En suma, las estructuras productivas de la colectividad absorben al individuo.

La fiscalización de los desplazamientos representa un tema recurrente en todo el tratado. El beneplácito de las autoridades es *conditio sine qua non* para que "un utopiano se traslade de una ciudad a otra. Para tal cometido, precisa de un salvoconducto en que consten las fechas de partida y de regreso. La transgresión de estas licencias conlleva la condición de fugitivo".[29]

Es más, "los itinerarios municipales están sujetos a la autorización paterna".[30] Las prácticas descritas serían incompatibles con varias cláusulas del CEDH. En primer lugar, contravendrían el artículo 2 del Protocolo 4, que asegura el libre tránsito y residencia dentro de un mismo territorio. En cambio, en la isla utopiana, todo movimiento no autorizado es ilícito (*uenia patris & consentiente coniuge*). Acto seguido, estas medidas quebrantarían el artículo 5 del

---

28 "Ars una est omnibus uiris, mulieribusque promiscua agricultura, cuius nemo est expers. (...) Quod si quem animus alio trahat, in eius opificij, cuius capitur studio, familiam quampiam adoptione traducitur" (Morus, 1518, pp. 79-80).

29 "Mittitur ergo cum epistola principis, quae & datam peregrinandi copiam testatur, & reditus diem praescribit; si semet autore quisquam extra suos fines uagetur, deprehensus sine principis diplomate, pro fugitiuo reducitur, castigatus acriter" (Morus, 1518, p. 93)

30 "Quod si quem libido incessat per suae ciuitatis agros palandi, uenia patris & consentiente coniuge, non prohibetur" (Morus, 1518, p. 93).

CEDH, que tutela la seguridad individual, inexistente en un contexto donde las detenciones son arbitrarias y las represalias son severas para los itinerantes no autorizados (*deprehensus sine principis diplomate, contumeliose habitus, pro fugitiuo reducitur, castigatus acriter*). De hecho, la libre circulación "está reconocida constitucionalmente, pero aún no la potestad de radicarse en otro país. Con todo, los migrantes gozan de la protección de los derechos humanos" (Pérez-Soria y Cadena Inostroza, 2022, pp. 200-201).

La homogeneidad en Utopía alcanza tal grado que "los habitantes no han variado su indumentaria. Los únicos cambios responden al género y al estado civil: hombres y mujeres, solteros y casados no visten igual".[31] El ocio también exhibe invariabilidad; "se vedan los pasatiempos de azar, consintiéndose sólo los juegos parecidos al ajedrez".[32] Bajo esta perspectiva, algunos renacentistas consideraron el ajedrez un campo de recreación moral. Ana de Francia lo percibía como "un divertimento esencial que fomentaba la destreza intelectual y el autocontrol, siendo apto para miembros de la realeza" (O'Shea, 2010, p. 12).

A despecho de expresiones como *una… forma est* (vestimenta sin alternativas) o *duos habent in usu ludos*, que excluye deleites lúdicos "inútiles y perniciosos" (*ineptos ac perniciosos ludos*), este régimen de vida transgrediría el artículo 2 de la DUDH, consagratorio del principio de no discriminación por razones de sexo o identidad. Igualmente, se opondría a los artículos 19 y 27, reconocedores de la expresión de la identidad —extrapolable al vestuario— y de la participación en la vida cultural. En este punto, los derechos personales se traducen en libertades concretas, verbigracia, "asociarse, trabajar o profesar una religión. Entre ellas, la libre manifestación es clave para el desarrollo creativo de la moda y de la cultura" (Silva Duarte, 2024, p. 125).

También es objeto de disciplinamiento la forma de vida de los pueblos dominados. En palabras de Moro, "cuando la isla experimenta presión demográfica, fundan colonias regidas por la misma legislación. Los simpatizantes gozan de un orden social más equilibrado. Por el contrario, los disidentes son exiliados".[33]

Más allá de la expresión irrestricta —protegida por los artículos 19 y 27 de la

---

31 "[…] habitu sexus discernitur, & caelibatus a coniugio, una per totam insulam forma est, eademque per omne aeuum perpetua" (Morus, 1518, p. 79).

32 "Aleam atque […] ineptos ac perniciosos ludos […] ne cognoscunt quidem, caeterum duos habent in usu ludos, latrunculorum ludo non dissimiles" (Morus, 1518, p. 81).

33 "Coloniam suis ipsorum legibus propagant […] propellunt his finibus quos sibi ipsi describunt […] aduersus repugnantes, bello confligunt" (Morus, 1518, pp. 86-97).

DUDH—, la subyugación de un territorio extranjero incumpliría los artículos 7 y 9 del PIDCP, que ratifican la protección de los individuos contra detenciones injustificadas y tratos crueles. Además, regístrese la incompatibilidad con el artículo 27 del PIDCP, garantía fundamental de los derechos culturales, lingüísticos y religiosos de las minorías étnicas. Con todo, el humanista inglés —en su acometida contra una hipotética otredad— propugna prácticas de colonización (*coloniam suis ipsorum legibus propagant*), expulsiones forzadas (*propellunt his finibus quos sibi ipsi describunt*) y confrontaciones bélicas contra los subversivos (*bello confligunt*). En contraste, Lea Ypi (2016) argumenta que "la autoridad es legítima cuando se administra correctamente y no se perpetúa en el poder por coerción física. De ser así, no puede reclamar derechos territoriales" (p. 150).

La dolencia es un eje primordial de la obra del pensador humanista. Movido por la compasión y el servicio generoso —como devoto cristiano—, Tomás Moro enfatiza el cuidado integral del convaleciente: "administración de medicamentos, asistencia constante y —en caso de enfermedad terminal— su acompañamiento espiritual para que afronte el óbito con serenidad".[34]

Es indudable el deseo y la motivación de actuar con benevolencia. Pese a ello, percibimos una presión psicológica sobre el paciente para que acepte la muerte (*tum sacerdotes ac magistratus hortantur hominem*). Estas acciones comprometerían su autonomía, dignidad y vida privada, según lo dispuesto en el artículo 17 del PIDCP y en el artículo 8 del CEDH. Ambos consagran la protección de la vida privada, así como la defensa de su honra y reputación. Éstas se articulan en contradicción con las injerencias de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, salvo cuando estén previstas por la ley en defensa del orden público, la seguridad, la salud o las facultades de otros. En definitiva, "no basta con evitar tratamientos indeseados; se ha de respetar la voluntad del enfermo hasta el final. El deber del médico no es prolongar su vida, sino promover el equilibrio psíquico y social" (Corcoy Bidasolo, 2024, p. 111).

No menos significativa sería la implantación de un régimen de servidumbre y de un orden androcéntrico en Utopía, lo que conlleva una estricta división del trabajo doméstico. Se propone que "en los comedores y hospitales los esclavos desempeñen las tareas menos decentes, en tanto que recaiga exclusivamente en las mujeres el guiso de viandas y el servicio de mesas".[35]

---

34 "Egrotantes; ut dixi, magno cum adfectu curant, nihilque prorsus omittunt quo sanitati eos restituant. Caeterum si non immedicabilis modo morbus sit; tum sacerdotes ac migistratus hortantur hominem [...] morti iam suae superuiuat" (Morus, 1518, pp. 119-120).

35 "In hac aula ministeria omnia in quibus paulo plus sordis, aut laboris est, obeunt serui. Caeterum

La conculcación de derechos se desprendería de los artículos 4 y 14 del CEDH, que proscriben la esclavitud y el trato desigual por razón de sexo. Si bien el Convenio establece que nadie será constreñido a la realización de trabajos forzados u obligatorios, una lectura desde estándares normativos actuales constata que Tomás Moro normaliza la utilización de personas —carentes de libertad— para la ejecución de ocupaciones humillantes e ignominiosas (*in quibus paulo plus sordis, aut laboris est, obeunt serui*). En lo concerniente a la trata de seres humanos, el Consejo de Europa "subraya la responsabilidad de los operadores económicos como un instrumento clave para la erradicación de este delito" (López Sainz-Cantero, 2025, p. 155).

El énfasis discursivo induce al humanista a describir las condiciones de los reclusos "—trabajo extenuante, confinamiento penitenciario y maltrato por su conducta incorregible—" y el sometimiento voluntario de migrantes empobrecidos, "tratados con mayor benevolencia y libres de marcharse con recompensa".[36]

Desde una perspectiva jurídica contemporánea, tales métodos infringen el artículo 4 del CEDH, que proscribe el trabajo forzado. De igual modo, se relacionan con el artículo 14 del CEDH, que veda toda práctica discriminatoria inclusive por motivos socioeconómicos, como ocurre con los extranjeros pobres sometidos a una mayor dureza laboral (*utpote consuetis, imponitur plusculum non multo minus clementer ac ciues habent*). Además, dichas vías incumplirían los artículos 3 y 5 del CEDH. En las prisiones se aplican sanciones severas basadas únicamente en juicios morales (*sed suos durius quos eo deploratiores, ac deteriora meritos exempla censent*) sin que medien garantías procesales. Este rechazo no es ajeno a la tradición jurídica española. El Código Penal de 1848 evidencia "una fuerte crítica al trabajo correccional impuesto y a la inderogabilidad de la condena. Estos castigos se consideraron contrarios a las costumbres del siglo y a la finalidad correctiva de la sanción" (Barceló Ferré, 2018, p. 564).

La patria de los utopianos no puede prosperar sin una adecuada educación. Fiel a la inspiración cristiana del humanismo, "la enseñanza moriana tiende a erradicar los vicios del orgullo, la envidia y la codicia y, como contrapartida, fomentar las virtudes del amor y la humildad" (Klocker, 2022, p. 13). Este

coquendi, parandique cibi officium, & totius denique instruendi conuiuij solae mulieres exercent, cuiusque uidelicet familiae per uices" (Morus, 1518, p. 90).

36 "Haec seruorum genera in uinculis habent; sed suos durius quos eo deploratiores, ac deteriora meritos exempla censent. Aliud seruorum genus est; quum mediastinus quispiam pauper sua sponte seruire elegerit. Hos honeste tractant; utpote consuetis, imponitur plusculum non multo minus clementer ac ciues habent" (Morus, 1518, p. 119).

postulado se enuncia en el acápite dedicado a la religión: "La instrucción de la juventud prioriza la rectitud moral por encima del cultivo de las letras. Así será provechosa para el estado y se rehuirán los vicios y opiniones perversas".[37] En concreto, la educación apunta a interiorizar creencias útiles para el bienestar de la república, bajo la convicción de que las opiniones inculcadas en la infancia acompañan al adulto en todo su devenir vital.

Con este fin, se enumeran los autores y obras que más estimulaban: "Homero, Hipócrates, Galeno, Plutarco o Constantino Lascaris. La medicina es reputada por revelar los aspectos más profundos del saber".[38]

La exclusividad de estos literatos reside en su selección y en la difusión de sus impresiones con miras al enriquecimiento del acervo intelectual. Moro señala que "disponen únicamente de ediciones muy extensas de los eruditos anteriormente listados",[39] convencidos de que "Dios ama más a los curiosos que a los menospreciadores de tamaño conocimiento".[40] De estas consideraciones se infiere que los utopianos cultivan ciencias muy precisas, sin que ello implique restricción en la libertad de enseñanza o en el estudio de otros escritos. El período (*id vero quod habent impressis iam libris in multa exemplariorum millia propagauere*) apunta a una amplia circulación del conocimiento.

Partiendo de estos supuestos, el londinense traza una sociedad que, pese a su desconocimiento de los filósofos clásicos, ha desplegado elevados saberes científicos y racionales enfocados en la búsqueda de la eudemonía, subordinando la fe a la razón. Sin estos criterios éticos, "los individuos perseguirán su propia sabiduría y deleite empleando procedimientos ilegítimos. Por ello, el límite radica en evitar que un placer menor comprometa la consecución de uno mayor".[41] Aunque no se identifica una tesis coactiva, estas líneas pueden repercutir propedéuticamente en los discentes, por formulaciones como *per fas ac nefas voluptatem* —la propensión al goce por medios justos o injustos— o *ne minor*

37 "[...] nec prior literarum cura, quam morum ac uirtutis habetur; ut bonas opiniones reipublicae utiles, teneris puerorum animis instillent" (Morus, 1518, p. 149).

38 "Lascarem habent; Plutarchi libellos habent charissimos [...] In re medica Hippocratis opuscula, ac Microtechnen Galeni, quos libros magno in precio habent; eius cognitionem numerant inter pulcherrimas atque utilissimas partes philosophiae" (Morus, 1518, pp. 116-117).

39 "Id uero quod habent impressis iam libris in multa exemplariorum millia propagauere" (Morus, 1518, p. 118):

40 "Curiosum ac sollicitum inspectorem, operisque sui admiratorem; quam eum qui uelut animal expers mentis [...] neglexerit" (Morus, 1518, p. 117).

41 "Neminem esse tam stupidum [...] per fas ac nefas uoluptatem; [...] ne minor uoluptas obstet maiori" (Morus, 1518, p. 103).

*uoluptas obstet maiori*, directriz reguladora de la conducta. En este contexto, *fas* y *nefas* se equiparan a *ius* e *iniuria*; Ernout y Meillet (1951) distinguen "derecho divino en oposición a *ius* que sería derecho humano" (p. 386).

Retomando el eje central, el enunciado de Moro sería incongruente con el artículo 27 de la CE. Éste resguarda el pleno desarrollo humano y les reconoce a los progenitores la facultad de transmitir a su progenie la formación religiosa y moral acorde a sus convicciones. En definitiva, el interés del menor "son criterios esenciales en la patria potestad, lo que implica que, en caso de desacuerdo, el joven tutelado disfruta de autonomía en las decisiones que le conciernen" (Gaspar Lera, 2010, p. 339).

Bajo estándares actuales, es determinante el consentimiento de otras propuestas formativas "para que el niño ejerza su derecho a la libertad ideológica y de conciencia del modo más adecuado para su crecimiento integral" (Gaspar, 2010, p. 354). Empero, en Utopía se veta la caza: "Utopienses totum hoc uenandi exercitium, ut rem liberis indignam, [...] reiecerunt" (Morus, 1518, p. 109). En síntesis, la orientación racional y la vocación de bien común dan forma a un modelo que desafía el pluralismo ideológico y formativo. El paradigma utópico orienta el saber a ese ideal colectivo, lo que incide en la libertad axiológica del educando y en la autonomía docente, protegida constitucionalmente por la libertad de cátedra frente a la homogeneización curricular. Si este horizonte es comunitario en Utopía, actualmente puede revestir formas tecnocráticas con igual carga limitativa.

Aunque se proclama la diversidad de convicciones como principio estructural, la norma tiende a estrechar el disenso. La libertad académica —protegida por los artículos 20.1.c, y 27 de la CE— es condicionada por parámetros metodológicos previamente delimitados en pro de una determinada ortodoxia. Delgado Moral (2021) afirma que "los docentes ven limitada su libertad de cátedra para ceñirse a unas áreas y materias establecidas en Secundaria. Asimismo, las leyes educativas fijan contenidos mínimos y los proyectos escolares condicionan la impartición de la enseñanza" (p. 92). Cabe preguntarse si la innovación, con excesiva pompa, moldea a un enseñante progresivamente burocratizado, reducido a mero mediador pedagógico, con el consiguiente riesgo de flexibilizar la exigencia al dictado de estadísticas meticulosamente cinceladas.

El matrimonio ocupa un lugar central en esta obra. Moro contempla "el divorcio cuando los consortes hallan con quien vivir mejor, con permiso del Senado. Su disolución no es sencilla para evitar desplazamientos en demasía".[42]

---

42 "Amborum sponte separati [...] haud absque senatus autoritate tamen, qui [...] diuortia non admittit" (Morus, 1518, p. 122).

El fragmento refleja un hálito de libertad avanzado para su época al contemplar la disolución marital por mutuo acuerdo. Ahora bien, un ente público ha de ratificar la ruptura. En los términos legales vigentes, tal configuración colisionaría con el artículo 12 del CEDH, que garantiza el derecho a contraer matrimonio de forma real y efectiva conforme a las leyes nacionales. El artículo 32 de la CE no condiciona el conyugio a cuestiones morales ni políticas, sino a la voluntad concordante de los contrayentes. Así, cada individuo puede configurar libremente su vida. Como corolario, "la familia existe antes del Estado y la administración no puede vulnerar esta institución" (Ayala et al., 2024, p. 3), criterio "que en España cristalizó en la Ley 15/2015, de 2 de julio, desjudicializando las separaciones consensuadas" (Cerdeira Bravo, 2024, p. 20).

La interpretación de las normas utopianas es sugerente. Rafael refiere que "todos son jurisconsultos por la reducida cantidad de leyes. Éstas permiten una intelección más sincera sin sutilezas vacuas".[43] La erradicación de las disquisiciones estériles pretende universalizar los fundamentos legales (*simplicior ac magis obvius*). De este modo, los ciudadanos comprenderán el marco normativo y no dependerán de elucubraciones (*unusquisque est legis peritus*), accesibles a unos pocos (*subtilior interpretatio paucissimos admonet*). Aun así, subyace una discrecionalidad no reglada al conferir auctoritas a cualquiera capaz de fallar en lugar de un juez.

Por tal motivo, un orden jurisdiccional paternalista entraría en conflicto con los artículos 14 y 24 de la CE. Éstos promulgan la igualdad ante la ley y el derecho a la tutela efectiva, incompatibles con tribunales que dispensan un trato desigual no derivado de la norma objetiva (*Iudex solerter expendit singula*), sino al beneficio de una minoría. Asimismo, según el artículo 117 de la CE, la justicia es administrada por magistrados independientes sometidos al imperio de la ley. En contraste, los veredictos utopianos parecen fundarse en una intención moral (*contra uersutorum calumnias simplicioribus ingenijs opitulatur*), con primacía de la equidad sobre la legalidad e imparcialidad, "principio estructural para la garantía de los derechos" (Gonzales, 2025, p. 82).

También le interesa a Moro la milicia, a la que "se alistan voluntarios, ya que forzar al pusilánime menoscaba la cohesión. Sin embargo, en caso de invasión, todos deben luchar; los cobardes son apostados en aquellos tramos de las murallas sin posibilidad de huida".[44]

---

43 "Iudex solerter expendit singula; & contra uersutorum calumnias simplicioribus ingenijs opitulatur [...] unusquisque est legis peritus [...] subtilior interpretatio paucissimos admonet, quum interim simplicior ac magis obuius legum sensus omnibus in aperto sit" (Morus, 1518, pp. 125-126).

44 "Quod persuasum habeant, si quis sit natura timidior, non ipsum modo nihil facturum strennue,

El enunciado alberga varias incompatibilidades con el artículo 30 de la CE, que dispone el derecho y el deber de defender España con garantías como la objeción de conciencia. A tal efecto, no se lee ninguna salvaguarda frente a la deserción, pues la obligatoriedad se extiende sin excepción (*ignauos huiusmodi, modo ualeant corpore, in naues mixtos melioribus collocant*). El amilanamiento se reprime mediante vigilancia o reclusión en naves (*in naues mixtos melioribus collocant*). Se contemplan colisiones con los artículos 16 y 17 de la CE, garantes de la libertad ideológica y la seguridad —conculcadas por imposición de la lucha y obstrucción del escape— y con el artículo 10.1, comprometido por la coacción hacia quienes carecen de coraje (*quod persuasum habeant, si quis sit natura timidior, non ipsum modo nihil facturum strennue, sed metum etiam comitibus incussurum*). En fin, la desobediencia surge cuando el cumplimiento del deber quebranta la integridad moral del sujeto. En esta situación, "la objeción de conciencia ampara una moral distinta a la norma" (Álvarez Gálvez, 2017, pp. 128-129).

En coherencia con esta lógica, se consigna que, "en caso de contienda contra una potencia foránea, se movilizan todos los créditos para la contratación de mercenarios. Con ello, las autoridades utopianas eximen de riesgo a sus compatriotas".[45]

A nivel conceptual, los honorarios por funciones castrenses son legítimos. Pese a ello, Moro plantea que el riesgo vital recaiga prioritariamente sobre extranjeros y no sobre los propios coterráneos (*potissimum quo milites externos quos libentius quam suos ciues obijciunt discrimini immodico stipendio conducant*). Esto contraría lo dispuesto en el artículo 10.1 de la CE, que defiende la dignidad como fundamento del orden político y la paz social. El uso de fuerzas irregulares como material desechable menosprecia el valor inherente del individuo. La concepción personalista del orden constitucional es incompatible con instrumentalizar personas para la guerra, máxime si se distingue entre nacionales y extranjeros expuestos a la muerte. Ergo, son quebrantados los principios de no discriminación y derecho a la vida, previstos en los artículos 14 y 15 de la CE.

Esta protección de los autóctonos generaría controversia a la luz de los artículos 2, 3 y 14 del CEDH, habida cuenta de que se instrumentalizaría a personas con fines bélicos, vulnerando su dignidad y discriminando el derecho

sed metum etiam comitibus incussurum [...] ignauos huiusmodi, modo ualeant corpore, in naues mixtos melioribus collocant; aut in moenibus sparsim disponunt, unde non sit refugiendi locus" (Morus, 1518, p. 136).

45 "Potissimum quo milites externos (quos libentius quam suos ciues obijciunt discrimini) immodico stipendio conducant" (Morus, 1518, p. 95).

a la vida según la nacionalidad. Aunque los reclutados son remunerados, su participación se obtiene mediante engaño o abuso de su indefensión, lo que, conforme al Protocolo de Palermo (2000), "constituye una forma de explotación asimilable al trabajo forzado" (Ospina Pieschacón, 2025, p. 11).

## 5. Conclusiones

Del análisis previo, se desprende que el inglés destacó por su lucidez intelectual, visible en el introito del *Elogio de la locura* (Basilea, 1515). Erasmo rememora su viaje a Inglaterra desde Italia, evocando a Tomás Moro, "cuya retentiva le acompañó como estímulo intelectual y afectivo".[46] Dicha excelencia se proyecta también en la *Utopía*, recomendada por Vives en su *De disciplinis* (Brujas, 1531) "por su pertinencia para el buen gobierno".[47] Con esta isla imaginaria, Moro "reprueba las normas de su época y el modelo que se presenta como visionario, sin que deba entenderse como una contraposición entre un mundo perfecto y la Europa de su tiempo" (Sánchez, 2011, p. 35), sino como una crítica política que sometió a escrutinio la organización social quinientista y las derivas autoritarias de cualquier proyecto de vida.

Según varias experiencias posteriores, la idea de transformar la sociedad ha transcendido históricamente en la práctica. Lo confirman los corsarios Misson y Caraccioli, quienes, influidos por la *Utopía*, fundaron Libertalia en el Cabo de Buena Esperanza, después de liberar esclavos en las Antillas. Se erigieron "como custodios de la desvinculación servil y repudiaron la dominación de los poderosos en nombre de los oprimidos para garantizar una justicia equitativa" (Rediker, 2023, p. 112). A la sazón, la República pirata de Nassau (1706-1721) floreció como un proto-Estado donde el capitán no detentaba el botín, sino que "lo fraccionaba entre los tripulantes, según acuerdos previos" (Echevarría Hernández, 2025, p. 116).

El pensamiento moriano dejó su huella en el socialismo utópico de Robert Owen, "quien instó al Estado a garantizar empleo a todas las familias, para que prosperasen con dignidad, al margen de una caridad humillante" (Gallego Moro, 2024, p. 21). Charles Fourier "impulsó también comunidades adaptadas a la diversidad humana: el falansterio, donde los proletarios podrían

46 "[...] malui mecum aliquoties [...] amicorum [...] recordatione frui. Inter hos tu, mi More, vel in primis occurrebas: cuius equidem absentis absens memoria non aliter frui solebam, quam praesentis praesens consuetudine consueveram" (Erasmus, 1892, 293).

47 "Legenda tamen [...] haec ipsa Utopia, ex quibus non pauca annotabuntur regimini civitatum perquam utilia" (Maiansius, 1790b, T. VI: 408).

desarrollar sus capacidades y alcanzar la autorrealización" (p. 23). En España, las colonias catalanas del siglo XIX —Colonia Vidal (1890) y Colonia Güell (1891)— se basaban en una autoridad paternal sobre la comunidad para garantizar el bienestar, "en línea con los planteamientos defendidos por Prat de la Riba" (Enrech, 2005, pp. 20-21). Este patrón de vida aún concita interés, como ilustra la Findhorn Foundation and Community[48] (Escocia, 1962).

La tensión entre comunidad y libertad individual vertebra esta pesquisa. Desde esta premisa, hemos analizado las restricciones de la *Utopía*, donde se percibe un menoscabo de la autodeterminación e igualdad frente al constitucionalismo contemporáneo. Sus principales marcos legales contradirían hogaño la propuesta moriana. El control social, la subordinación de lo privado al interés colectivo y la limitación de las opciones de vida no serían admisibles en un Estado de derecho. Libertad y bienestar son conceptos controvertidos. Hayek (2023) constata que "la independencia, sin estabilidad, otorga más libertad que la vida impuesta" (p. 414), y D'Ors (2001) define la libertad "como plenitud del ser y no del tener" (pp. 435-436). El constitucionalismo contemporáneo resguarda la integridad y la autodeterminación contra la homogeneización social. Bajo este prisma, la *Utopía* de Tomás Moro es inconciliable con el paradigma garantista vigente, al sujetar la libertad individual al imperativo comunitario.

## Bibliografía

Adomeit, K. (2002). *Rechts- und Staatsphilosophie II. Rechtsdenker der Neuzeit*. UTB Uni-Taschenbücher Verlag.

Álvarez Gálvez, I. (2017). Algunas notas sobre el concepto de objeción de conciencia. *Atenea (Concepción),* 516, 101-134.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Resolución 2200A (XXI) de 16 de diciembre de 1966. https://www.ohchr.org/sites/default/files/ccpr_SP.pdf

Asamblea General de las Naciones Unidas. (2011). Resolución A/RES/65/309, La felicidad: hacia un enfoque holístico del desarrollo, 19 julio de 2011. https://digitallibrary.un.org/record/715187/files/A_RES_65_309-ES.pdf

Ayala, M., Pinoargote, P., Granda, P., Espinoza, L y López, M. (2024). El divorcio un análisis desde el punto de vista legal, humano y económico. *Revista Carácter, 12*(1), 1-14.

48 Más información en siguiente enlace https://www.ic.org/directory/findhorn-foundation-and-community/#:~:text=Mission%20Statement,year%2C%20and%20welcome%20day%20visitors.

Barceló Ferré, I. (2018). La pena de trabajos forzados en los códigos penales decimonónicos. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (9), 538-585.

Bidegain Ponte, G. (2010). La *Utopía* de Tomás Moro: una sociedad disciplinaria. *Revista Pléyade*, (6), 2-26.

Bondia García, D. y Sánchez, V. M. (2020). *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*. Universitat Oberta de Catalunya. https://openaccess.uoc.edu/server/api/core/bitstreams/536e8d6c-511a-4451-8060-4395b6ad5f27/content

Bonet i Pérez, J. (2008). Historia y evolución de la protección de los derechos humanos. En Bonet i Pérez, J. y Sánchez, V. M. (Coords.), *Los derechos humanos en el siglo XXI* (pp. 33-72). Hyugens.

Cabrillana, C. (2012). *Tomás Moro. Epigramas*. Rialp.

Cerdeira Bravo, G. (2024). Divorcio, transacción y arbitraje: ¿desjudicialización o privatización del matrimonio? *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (20), 14-41.

Chrostowska, S. D. (2021). *Utopia in the Age of Survival.* Stanford University Press.

Comisión de Derechos Humanos. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

Consejo de Europa. (1953). *Convención Europea de Derechos Humanos*. https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_spa

Corcoy Bidasolo, M. (2024). Principio de autonomía y derecho a la ayuda a morir: Regulación de la eutanasia. *Revista de Bioética y Derecho*, (61), 109-124.

Cro, S. (2005). La utopía de las dos orillas (1453-1793). *Cuadernos para investigación de la literatura hispánica*, (30), 15-268.

Cuenca Tovar, R. E y Beltrán Ramírez, J. P. (2018). El Derecho a la autodeterminación de los pueblos y los movimientos independentistas. *Revista Criterio Libre Jurídico, 15*(2), 111-136.

D'Ors, A. (2001). Apostillas a las Claves conceptuales. *Verbo*, 395-396, 435-460.

De Aquino, T. (2010). *Suma Teólogica* (Ed. J. Pereira, Vol. IV.). Edições Loyola.

Delgado Moral, C. (2021). Autonomía docente versus libertad de cátedra en la enseñanza no universitaria. *Avances en supervisión educativa*, (36), 85-110.

Du Mesnil, A. (1879). *M. Tullii Ciceronis De legibus libri tres.* Teubner editions.

Echandi, M. (2007). El ejercicio del poder político en el Renacimiento a través de *El Príncipe*. *Revista Estudios*, (20), 117-127.

Echevarría Hernández, J. (2005). *Rebeldes de Ultramar: mujeres piratas en el arte y la literatura del mundo británico y anglosajón (siglos XVIII y XX)* (Tesis Doctoral). Universidad de las Palmas de Gran Canaria, España. https://accedacris.ulpgc.es/jspui/handle/10553/157020

Enrech, C. (2005). Les colònies industrials i el projecte social paternalista. *L'Erol*, (86-87), 17-21.

Erasmus, D. (1549). *Opera D. Ambrosii Mediolanensis episcopi: Tomus Primus*. Apud Ioannem Roigny. https://archive.org/details/bub_gb_Rd-z4XSrpCsC/mode/2up

Erasmus, D. (1892). *Colloquia familiaria et Encomium Moriae. Tomus Primus.* Sumptibus succ. Ed. O. Holtze.

Ernout, A. y Meillet, A. (1951). *Dictionnaire étymologique de la langue latine*. Librairie Klincksieck.

Fernández Santamaría, J. A. (2023). *Acerca del iusnaturalismo y el Estado del Barroco.* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Ministerio de la Presidencia.

Fuertes-Planas, C. (2014). Hacia una ciencia de los derechos humanos. *Historia y Comunicación Social*, (19), 221-233.

Gallego Moro, A. (2024). *Trabajo y técnica en el pensamiento utópico* (Trabajo de fin de grado). Universidad de Valladolid. https://uvadoc.uva.es/handle/10324/63772

Gaspar Lera, S. (2010). El derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral de acuerdo con sus propias convicciones: patria potestad y autonomía del menor. *Derecho Privado y Constitución*, (24), 333-367.

Gonzales Mantilla, G. (2025). La imparcialidad del juez como desafío o los límites de una ilusión. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 29*(1), 79-113.

Hayek, F. A. (2023). Libertad y libertades. *Procesos de Mercado, 20*(2), 401-419.

Heinrich Runkel, C. (1818). *Platonis Opera. Tomus vi.* In Officina Caroli Tauchnitii.

Hermilda del Llano, C. (2016). Exigencias de la justicia natural en Tomás Moro. *Persona y derecho*, 75, 257-284.

Hexter, J. H. (1976). *More's Utopia: The Biography of an Idea*. Praeger Publishers Inc.

Joven Trasobares, J. (2020). La Utopía de Thomas More, un modelo para la modernidad. *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, (149), 29-34.

Klocker, D. E. (2022). Humanismo y educación en *Utopía* de Tomás Moro. *Revista História da Educação, 26*(61), 1-31.

López Sainz-Cantero, F. J. (2025). Los esclavos del siglo XXI en las cadenas de suministro. Esclavitud moderna y autocontrol empresarial. *Revista Ius Criminale*, (2), 145-167.

Lorca Martín de Villodres, M. I. (2017). Sobre la felicidad. Estudio filosófico-jurídico y de derecho comparado. *Lex, 15*(20), 113-162.

Maiansius, G. (1782-1790). *Ioannis Ludovici Vivis Opera Omnia*. In Officina Benedicti Monfort. https://bivaldi.gva.es/va/catalogo_imagenes/grupo.do?posicion=476&path=1000006&ocultarCabecera=S&presentacion=pagina

Maquiavelo, N. (1952). *Obras Políticas* (Trad. L. Navarro). El Ateneo.

Martín Huertas. A. (2008). El contenido esencial de los derechos fundamentales. *Revista de las Cortes Generales*, (75), 105-190.

Merk, A. (1992). *Novum Testamentum graece et latine* (11ª ed.). Editrice Pontificio Instituto Biblico.

Möller, M. (2007). *Neoconstitucionalismo y la Teoría del Derecho: La teoría neconstitucionalista y su compatibilidad con el positivismo jurídico*. Repositorio Institucional de la Universidad de Burgos. https://riubu.ubu.es/bitstream/handle/10259.1/66/M%F6ller.pdf;jsessionid=059BEE3F6468E92BA8F2E1F35F9D0764?sequence=2

Morus, T. (1518). *De optimo statu reipublicae, deque nova insula Utopia*. Apud Io. Frobenium. https://ds.ub.uni-bielefeld.de/viewer/image/2006024/1/LOG_0000/

Muñoz Machado, S. (Dir.). (2017). *Diccionario panhispánico del español jurídico*. Real Academia Española/Cumbre Judicial Iberoamericana/Consejo General del Poder Judicial.

O'Shea, R. L. (2010). *Queening: Chess and Women in Medieval and Renaissance France* (Theses and Dissertations). Brigham Young University. https://scholarsarchive.byu.edu/etd/2416

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2014). *Los principales tratados internacionales de derechos humanos.* Organización de las Naciones Unidas. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/CoreInternationalHumanRightsTreaties_sp.pdf

Organización de las Naciones Unidas. (1945). *Carta de las Naciones Unidas y Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*. https://www.un.org/es/about-us/un-charter/full-text

Ospina Pieschacón, S. (2025). ¿Mercenarios o víctimas? La responsabilidad penal internacional de los reclutadores de soldados engañados. *ANIDIP*, (13), 1-26.

Pérez-Soria, J. y Cadena Inostroza, C. (2022). Ciudadanía y movilidad humana: los derechos de las personas más allá de la pertenencia al Estado nación. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, (246), 183-204.

Plato. (2013). *Republic, Volume II: Books 6-10* (Trad. C. Emlyn-Jones y W. Preddy). Loeb Classical Library.

Poch, A. (1993). *Estudio preliminar sobre la Utopía de Tomás Moro*. Altaya.

Ramiro Avilés, M. A. (2023). Human rights and/in Utopia? En Shrank, C. y Withington, P. (Eds.), *The Oxford Handbook of Thomas More's Utopia* (pp. 579-595). Oxford University Press.

Rediker, M. (2023). *Villanos de todas las naciones: Los piratas del Atlántico en su edad de oro* (Trad. E. Fernández-Renau Chozas). Traficantes de Sueños.

Romero-Wenz, L. (2023). El distributismo de Chesterton como una propuesta económica, política y jurídica acorde con la vulnerabilidad humana. *Persona y derecho*, (89), 361-386.

Sánchez, J. A. (2011). Utopía e ironía en el contexto de Tomás Moro. *Revista de Filosofía, 36*(1), 29-51.

Sardaro, A. (2007). *La correspondencia de Tomás Moro. Análisis y comentario crítico-histórico*. Ediciones Universidad de Navarra.

Sarrión, J. (2024). Nuevas reflexiones sobre la libre circulación de personas y el derecho de residencia como derechos fundamentales en la UE. *Asamblea*, (46), 175-202.

Silva Duarte, F. (2024). Libertad y Creatividad: Moda, Diseño, Expresiones Culturales y Derechos Humanos. *Cuadernos del Centro de Estudios en Diseño y Comunicación. Ensayos*, (217), 117-138.

Soto, S. (1589). *De iustitia et iure libri decem*. Apud Florauantem à Prato. https://archive.org/details/bub_gb_VZdNtTt2zWUC

Tamayo, J. J. (2017). *La utopía, motor de la historia*. Fundación Ramón Areces.

Victoria Ojeda, J. (2019). El arribo de los españoles a la Península de Yucatán y el inicio del cambio en el paisaje biocultural de la región en el siglo XVI. *Boletín Americanista*, (78), 175-195.

Vivis, I. L (1522). *Commentarii in XXII libros De civitate Dei*. Apud Io. Frobenium. https://www.digitale-sammlungen.de/de/view/bsb10148486?page=,1

Ypi, L. (2016). Qué está mal con el colonialismo. *Signos Filosóficos, 36*(18), 140-176.

Ziegler, K. (1929). *De re publica librorum sex quae manserunt*. Teubner editions.

## Legislación citada

Congreso de los Diputados. (2003). *Constitución Española*. https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/index.htm

Cortes Generales. (1978). *Constitución Española*. https://www.boe.es/buscar/pdf/1978/BOE-A-1978-31229-consolidado.pdf

## Roles de autoría y conflicto de intereses

El autor manifiesta que cumplió todos los roles de autoría del presente artículo y declara no poseer conflicto de interés alguno.

# Recensiones

# *Breve historia de los derechos humanos*

## De Pasquale Gianniti

**Madrid, Ediciones Rialp, 2025, 160 páginas.**


## Alfonso Santiago[1]

Universidad Austral (Argentina)

asantiago@austral.edu.ar

## Mariana Guida[2]

Universidad Austral (Argentina)

marianaguida74@gmail.com


https://doi.org/10.26422/RJA.2026.0701.san

1 Doctor en Derecho y abogado (Universidad de Buenos Aires). Director de la Escuela de Política, Gobierno y Relaciones Internacionales de la Universidad Austral. Profesor titular de Derecho Constitucional (Facultad de Derecho, Universidad Austral). Fue vicerrector de Asuntos Académicos y vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Es conjuez de la Cámara Contencioso-Administrativo y Tributaria de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Fue asesor del Congreso de la Nación Argentina, de la provincia de San Luis, de la Convención Constituyente de la Provincia de Santiago del Estero de 2005 y de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de la Ciudad de Buenos Aires. Es autor, entre sus obras más recientes, de *Historia de la Corte Suprema Argentina* (2014), *Derecho a la vivienda y actividad judicial. La experiencia de la CABA* (2014) y *La responsabilidad de los magistrados judiciales por el contenido de sus decisiones jurisdiccionales. Marco teórico y análisis de algunos casos paradigmáticos* (2016). Ha escrito numerosos capítulos en obras colectivas, artículos y publicaciones sobre temas de derecho constitucional en distintas revistas jurídicas nacionales e internacionales. Es miembro titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales Buenos Aires y presidente de su Instituto de Derecho Constitucional "Segundo V. Linares Quintana". Es miembro de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid, de la Academia Paulista de Letras Jurídicas (San Pablo, Brasil) y miembro de honor de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada (España).

2 Abogada relatora de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe. Egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario; especialista en Derecho Administrativo (UNR) y doctoranda en la misma Universidad. Diplomada por la Universidad Austral en Derecho Constitucional Latinoamericano (2023); diplomada iberoamericana en Innovación y Liderazgo Judicial por la Universidad Champagnat (2025). Ha participado en obras colectivas y escrito diversos artículos y publicaciones sobre temas de derecho constitucional y derecho público administrativo en revistas jurídicas. Ha sido docente de la UNR y profesora invitada en la UCA de Rosario; disertante y coordinadora en cursos y jornadas sobre derecho constitucional, público y administrativo en diversos ámbitos académicos y de capacitación.

Pasquale Gianniti es Consigliere della Corte di Cassazione italiana, uno de los tribunales más destacados de ese país y a nivel europeo.

Además del ejercicio de la magistratura, el Dr. Gianniti se ha destacado por sus investigaciones en temas de filosofía del derecho, en particular, en relación con los derechos humanos. Podemos situar sus aportaciones en el marco del "personalismo solidario", corriente que afirma fuertemente la dignidad de la persona humana, su sociabilidad intrínseca y el bien común político.[3]

Es un asiduo colaborador de la *Revista Jurídica Austral*, donde ya ha publicado siete trabajos.[4] Por eso, con todo gusto y gratitud hacemos ahora la reseña de su reciente obra: *Breve historia de los derechos humanos*.

Podría decirse que el estudio de los derechos humanos es, en esencia, el estudio de la dignidad humana frente a la arbitrariedad estatal. Gianniti logra rescatar el valor de la "memoria jurídica" para entender por qué los derechos no son concesiones del Estado, sino conquistas frente a él.

En su obra, el autor se esmera por demostrar que los derechos humanos no son estáticos, sino conquistas dinámicas en constante riesgo de regresión. En el contexto actual, donde las democracias enfrentan desafíos globales sin precedentes, el análisis de Gianniti adquiere una trascendencia vital: nos recuerda que la dignidad humana sólo es efectiva cuando el derecho deja de ser una abstracción filosófica para convertirse en una garantía exigible.

Expone que el fundamento de los derechos humanos se encuentra en la propia naturaleza y dignidad de la persona humana, de donde deriva su característica fundamental: no son otorgados por ningún poder.

Desde el comienzo, el autor nos introduce en el origen de los tiempos, donde el derecho de la fuerza determinaba las relaciones de poder entre los hombres, y nos lleva hasta las sociedades más complejas donde nació el anhelo de que fuera sustituido por la fuerza del derecho. Desde esa perspectiva, presenta al derecho ante todo como un fenómeno social destinado a garantizar la coexistencia de un grupo de sujetos con intereses distintos.

El recorrido histórico que realiza Gianniti de las distintas etapas en el desarrollo de los derechos de la persona presenta el camino como largo y difícil, al igual que el que queda por delante.

---

3 Cfr., entre otros, Gianniti (2025).

4 Cfr. "Corruzione, concussione e induzione indebita nel sistema penale italiano" (2020); "La tutela della vita e dell'integrità personale nel sistema penale italiano" (2021); "Il faticoso procedere della persona umana tra i crinali della storia" (2022); "Prolegómenos" (2023); "Pensamiento social cristiano y derechos de la persona (2024); "El largo camino de los derechos de la persona" (2024); "Persona, dignidad y solidaridad: hacia un estatuto integral de los derechos fundamentales" (2025).

En cuanto al método, Gianniti distingue cinco fases, que pincela desde el antiguo Ciro "el Grande", conquistador de Babilonio 539 años a. C. (a la que llama "de teorización temprana"), pasando por la "fase de la primera codificación", "la fase de internacionalización", "la fase de universalización" y finalmente llega hasta la actualidad, la que describe como "la fase de globalización y su crisis actual", donde presenta la guerra ruso-ucraniana como el duro golpe a la filosofía subyacente en esta etapa que permite comprender que el comercio no basta para fomentar las relaciones internacionales. Pero su enfoque no es sólo una cronología, excediendo en mucho un simple catálogo de hitos legales y conformando una genealogía del límite al poder.

Gianniti coloca la dignidad del hombre como persona humana siempre en el centro de la escena, enfatizando que "los derechos humanos son, por su propia naturaleza, derechos universales, que trascienden las fronteras políticas de cada Estado y están más allá del poder de disposición inherente a su soberanía" (p. 101). Por ello afirma que son derechos "del hombre como tal, no del hombre como ciudadano" (p. 101) reconociendo la urgencia imperante en occidente (y en todo el mundo) de volver a comprender que la vida no puede estar marcada por derechos sin deberes y debe extenderse de nuevo al mundo de los valores.

Capítulo aparte merece el desarrollo de los derechos de la persona humana en el pensamiento socialcristiano, ya que el autor logra en pocas páginas una magistral síntesis que le permite al lector avezado, al igual que al principiante, tomar contacto con las ideas fundamentales de este pensamiento desde su inicial posición frente al particular trasfondo individualista en el que nació la teoría de los derechos subjetivos.

En el contexto actual, reconoce que el diálogo (como elemento esencial para la paz y el desarrollo) entre los pueblos y las civilizaciones sólo puede realizarse a partir de una concepción fuerte de la persona humana que la ubique en el centro de todo el ordenamiento jurídico en su dimensión relacional y trascendente.

Explica que el Sistema Interamericano es el heredero lógico de esta historia, llevando la protección de los derechos más allá de las fronteras nacionales a través del control de convencionalidad como pieza maestra que asegura que la supremacía de la dignidad humana no sea una quimera.

Por otra parte, las "perspectivas futuras" de Gianniti interesan con su análisis crítico del estado actual de las organizaciones internacionales del SIDH, elaborando propuestas —aunque, según él mismo reconoce, "utópicas"— para solucionar los problemas centrales que las aquejan, como una reforma valiente

del Consejo de Seguridad de la ONU, pero también con preguntas que nos siguen interpelando: ¿estamos realmente todos de acuerdo sobre los derechos fundamentales en el sentido de que pueda registrarse un consenso universal sobre ellos? Así invita a reflexionar en cuestiones álgidas como la argumentación jurídica, el tema del fundamento racional, la compleja relación entre los derechos y la democracia y cuáles y cuántos son (o deberían ser) los derechos fundamentales de la persona humana.

En esta obra, el autor considera que todo nuevo derecho restringe el margen de efectividad de otros derechos individuales preexistentes con los que debe equilibrarse, configurando, además, un nuevo deber a cargo de otros ciudadanos. Afirma que acorta los espacios de libertad previamente ejercidos por otros sujetos, razón por la cual se hace necesario resistir a la tentación de "politizar la justicia" (p. 145).

En este sentido, el control de constitucionalidad aparece como instrumento para resolver problemas que los parlamentos nacionales no han podido o no han querido resolver y pasa de ser una herramienta técnica a un elemento imprescindible para el funcionamiento de la democracia.

Pero el autor remarca que no puede pedirse a un tribunal de justicia que decida en lugar de la política, distinguiendo los pronunciamientos judiciales de los emanados de un tribunal constitucional y de las decisiones parlamentarias y destacando el trascendente rol que toca en este escenario democrático a la oposición, al control de la opinión pública, a los medios de comunicación y a los movimientos ciudadanos.

Así es como llega a afirmar que los derechos del individuo y los deberes de solidaridad "funcionan juntos" en tanto la dignidad no es algo que pertenece sólo al individuo, sino que se manifiesta también en la capacidad de responsabilizarse de los demás.

Se destacan sus consideraciones respecto de que la dignidad remite a la solidaridad y de que la interdependencia necesaria entre derechos y deberes contribuyen a formar la trama del tejido social en una sociedad compleja. Todo ello confluye en las operaciones de "equilibrio" y en la utilización de recursos como la ponderación entre principios en tensión, citando para ello a Robert Alexy y su esquema científico ideado como mecanismo para evitar la disolución de los principios en valoraciones.

Podemos decir que la obra que se reseña presenta una de las cuestiones más trascendentes del mundo jurídico actual en su doble faz: derechos y deberes, y reconoce que el indudable logro de colocar las garantías de los derechos del

individuo en el centro de los sistemas democráticos fue una conquista que debe defenderse siempre, sobre todo en estos tiempos en los que las democracias presentan debilidades amenazantes.

En este punto, el autor advierte claramente el peligro de llevar el campo de los derechos hasta la frontera de los deseos, y realza la necesidad de evitar la tentación de hacerlos coincidir con todo lo que pueda parecer deseable descuidando el deber de solidaridad, puesto que el efecto será debilitador de la misma democracia que se quiere consolidar. La unidad política y los deberes de solidaridad son los que sustentan el proceso civilizatorio del país y garantizan su desarrollo, por lo que Gianniti encuentra en una nueva pedagogía cívica, centrada en el equilibrio entre derechos y deberes y en el principio de responsabilidad, la clave para recobrar la idea de pertenencia a una comunidad. Estos deberes de solidaridad son en sí mismos un instrumento para la realización de la persona en la medida en que garantizan un desarrollo armónico de las relaciones sociales, requisito indispensable para una vida libre y humana.

Finalmente, Gianniti propone tomar conciencia de la trascendencia de adoptar una visión antropológica precisa para alcanzar el desarrollo humano integral, entendiendo que esto coincide con el plan de Dios para todo hombre, y presentando el crecimiento humano como una síntesis de nuestros deberes, en armonía con la naturaleza, enriquecida por el trabajo personal y responsable y llamada a una superación. El humanismo trascendente al que el hombre accede como nueva dimensión a través de Cristo es el que le da mayor plenitud, y la solidaridad universal, que es un hecho y un beneficio, es también un deber.

El desarrollo de los derechos humanos es, para el autor y para nosotros, una tarea inconclusa: una posta histórica que hoy nos exige, más que nunca, compromiso con la defensa de la dignidad de la persona humana y valor para la reflexión desde la academia y desde todos los sectores de la comunidad.

La reciente Declaración *Dignitas Infinita* nos recuerda: "Que todo ser humano posee una dignidad inalienable es una verdad que responde a la naturaleza humana más allá de cualquier cambio cultural" (Dicasterio para la Doctrina de la Fe, 2024, n. 6).

## Bibliografía

Dicasterio para la Doctrina de la Fe. (2024). Dignitas infinita sobre la dignidad humana. https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_ddf_doc_20240402_dignitas-infinita_sp.html

Gianniti, P. (2020). Corruzione, concussione e induzione indebita nel sistema penale italiano. *Revista Jurídica Austral, 1*(2), 869-890. https://doi.org/10.26422/RJA.2020.0102.gia

Gianniti, P. (2021). La tutela della vita e dell'integrità personale nel sistema penale italiano. *Revista Jurídica Austral, 2*(1), 231-256. https://doi.org/10.26422/RJA.2021.0201.gia

Gianniti, P. (2022). Il faticoso procedere della persona umana tra i crinali della storia. *Revista Jurídica Austral, 3*(1), 215-257. https://doi.org/10.26422/RJA.2022.0301.gia

Gianniti, P. (2023). Prolegómenos. *Revista Jurídica Austral, 4*(1), 337-362. https://doi.org/10.26422/RJA.2021.0201.gia

Gianniti, P. (2024). Pensamiento social cristiano y derechos de la persona. *Revista Jurídica Austral, 5*(1), 351-377. https://doi.org/10.26422/RJA.2024.0501.gia

Gianniti, P. (2024). El largo camino de los derechos de la persona. *Revista Jurídica Austral, 5*(2), 755-818. https://doi.org/10.26422/rja.2024.0502.gia

Gianniti, P. (2025). Persona, dignidad y solidaridad: hacia un estatuto integral de los derechos fundamentales. *Revista Jurídica Austral, 6*(2), 807-850. https://doi.org/10.26422/RJA.2025.0602.pas

## Conflicto de intereses

Los autores declaran no poseer conflicto de interés alguno.

# Contra el uso partidario de la ecología: *quod omnes tangit, ab omnibus approbari debet*. Recensión y notas a la obra *Ecopopulismo. La desaforada retórica de Gaia, Pachamama y el Mar Menor*

**De Alfonso García Figueroa**

**Valencia, Tirant, 2025, 304 páginas.**

**Francisco Vila Conde**[1]

Universidade de Vigo (España)

franvilaconde1@hotmail.com

https://orcid.org/0000-0003-3024-4287

https://doi.org/10.26422/RJA.2026.0701.vil

1 Graduado en Derecho con premio extraordinario por la Universidad de León y doctor en Derecho por las universidades de Bolonia y Autónoma de Madrid con premio de la Real Academia de Doctores de España. Su producción académica está estrechamente vinculada con sus estudios doctorales y se ha visto reflejada más de veinte artículos publicados en revistas como *Historia Constitucional*, *Revista de Estudios Políticos* y *Revista Española de Derecho Constitucional*, en la edición científica, notas y estudio de contextualización al *Inédito sobre la Constitución de 1978* de Manuel García-Pelayo (Tecnos, 2021) y en su última obra *Manuel García-Pelayo, jurista de Estado. Una teoría de las formas políticas* En la actualidad, es investigador posdoctoral de la Xunta de Galicia (ED481B-2025/098) en el área de Filosofía del Derecho de la Universidade de Vigo y se halla realizando una estancia posdoctoral sobre el Estado de derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

## 1. Introducción[2]

Con el ambicioso objetivo de contribuir a "una teoría general del populismo", Alfonso García Figueroa, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Castilla-La Mancha, llevó a la imprenta el pasado 2025 su obra *Ecopopulismo. La desaforada retórica de Gaia, Pachamama y el Mar Menor*. En ella, el iusfilósofo desafía gallardamente uno de los tabús, cuya sola mención entraña ser anatemizado, de las posmodernas sociedades occidentales: el ecologismo o, más bien, el uso partidario de este por los movimientos políticos populistas progresistas.

García Figueroa ve un peligro —y desarrolla sus temores a lo largo de 278 páginas— en la conversión de la naturaleza en sujeto de derechos.[3]

Desde el Renacimiento y, sobre todo, la Ilustración, los sistemas jurídico-políticos europeos volvieron su mirada hacia el hombre. La irracional y trascendente justificación religiosa del mando y del derecho fue, poco a poco, cediendo ante una legitimación racional e inmanente centrada en la persona humana. El antropocentrismo se impuso al teocentrismo.

Sin embargo, García Figueroa denuncia una actual regresión teológica, porque, al sustituir al ser humano por la naturaleza como sujeto de derechos, el sistema jurídico-político antropocéntrico es reemplazado por otro biocéntrico, cuya fundamentación es esencialmente religiosa. Y todo ello con el beneplácito del *establishment* mediático-académico *woke*, que funge de ateo y materialista. El autor de *Ecopopulismo* lamenta que

> muchos artistas plásticos, poetas, cantantes, escritores, activistas y periodistas se han visto arrastrados por el arrebatador poder del discurso ecopopulista que personifica la naturaleza para reconocerle derechos; pero muchos de esos artistas, creadores y activistas carecen del conocimiento necesario para poder opinar sobre los riesgos que el cacareado tránsito desde el antropocentrismo al biocentrismo podría suponer en un plano jurídico-político, que es donde ellos pretenden consumar sus románticas propuestas. (García Figueroa, 2025, p. 18).

Debido a esta ignorancia colosal de aquello por lo que irreflexivamente abogan, García Figueroa parece clamar: ¡Callad opinadores en campo ajeno![4]

---

2 Este trabajo se ha desarrollado bajo el Programa de ayudas a la etapa posdoctoral de la Xunta de Galicia (ED481B-2025/098). Asimismo, forma parte del Proyecto PID2022-136352NB-100 financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por "FEDER: Una manera de hacer Europa", y fue igualmente financiado por las ayudas de consolidación a GPC de la Xunta de Galicia al grupo AGAF de la Universidade de Vigo.

3 Contradice, así, un reciente artículo publicado en esta revista (Cf. Orellana Presentación, 2025).

4 La frase en la que nos inspiramos (¡*Silete theologi in munere alieno*!) fue dirigida por el renacentista

## 2. Sobre el ecopulismo y sus notas características

García Figueroa (2025) define brevemente el ecopopulismo como "aquella manifestación del populismo que se basa en argumentos ecologistas" (p. 102) y, más ampliamente, nos indica que es el

> discurso político que adopta alguna manifestación del ecologismo como doctrina aglutinadora de un conjunto de demandas sociales diversas a los fines de configurar una única demanda popular y definir así un solo pueblo legítimo; y todo ello, por cierto, con independencia de las numerosas razones de carácter tecnocientífico y ético-político que —nadie duda— respaldan la protección del medioambiente (p. 206).

El ecopopulismo se caracteriza por la deseconomización y el identitarismo, el hiperclasismo y la —ya mentada— vuelta a la religión.

En primer lugar, los ecopopulistas exaltan las identidades y, correlativamente, renuncian al materialismo y a la visión del Estado y del derecho marxistas. Aunque por su hiperclasismo se presente como anticapitalista, lo cierto es que el ecopopulismo —y el populismo *tout court*– renuncia a una transformación del sistema productivo y a una más justa redistribución de la riqueza. No obstante, esta minusvaloración de la economía es compatible con el gasto de millones y millones de euros o dólares, pues hay muchas bocas que alimentar. El Estado ya no es el enemigo, sino el botín que debe ser asaltado para, desde él, repartir prebendas y, legislación mediante, imponer una nueva religiosidad. El Estado y el derecho, escribe García Figueroa (2025), "son instrumentos predilectos de la nueva izquierda que los concibe como instrumentos ideales para promover políticas de género e identitarias en general con las que quebrar presuntos 'techos de cristal' intactos a la mera redistribución *welfarista* de renta y capital". Y añade: "Es así como el feminismo deja de ser un movimiento antisistema para convertirse en "feminismo de Estado". Por todo ello, finaliza, "el populismo no puede mostrarse antiestatalista", pues "dentro del Estado, desde esa privilegiada posición, el populismo de izquierdas pretende apropiarse del derecho y su formidable poder transformador".[5] En suma, el populismo actúa como

---

Alberico Gentili contra los teólogos y la contaminación religiosa de la guerra por ellos promovida (Cf. Schmitt, 2002, pp. 100, 105, 148).

5 En 1932, Carl Schmitt vio claro este hecho y lo bautizó como la "prima superlegal a la posesión legal del poder legal". A saber, "por encima de toda normatividad, la mera posesión del poder estatal produce una plusvalía política adicional, que viene a añadirse al poder puramente legal y normativista, una prima superlegal a la posesión legal del poder legal y al logro de la mayoría" (Schmitt, 1971, p. 49). En 1979, el alemán vuelve al tema para detallar que los comunistas habían aprendido —mejor

un parásito "y el Estado es el gran huésped que el político populista aspira a parasitar" (pp. 139-140).

En segundo lugar, el ecopopulismo es hiperclasista. Los movimientos populistas progresistas aúnan en sí una serie de causas y exaltan una serie de identidades (feminidad, negritud, anticapitalismo, ecologismo, indigenismo, animalismo, etc.) que les permiten diferenciar un "nosotros" de "los otros".

Los populistas agrupan en *packs* ideológicos cuestiones totalmente heterogéneas, mas las presentan unidas de tal forma que o se aceptan o se rechazan íntegramente.[6] Ahora bien, una de estas causas siempre acaba imperando. La hipótesis de García Figueroa es que esa causa líder (*the leader of the pack*), que hasta el momento ha sido el feminismo, está desplazándose hacia el ecologismo. Por lo que "el ecopopulismo representa un discurso político que anuncia esta transición dentro de la fase hiperclasista que atraviesa el populismo". Su pronóstico es claro: "Declive del feminismo [debido a la aparición de un feminismo no basado en la biología sino en el género, esto es, en el sentimiento] y probable alternancia del ecologismo" (García Figueroa, 2025, p. 15).

En tercer lugar, los ecopopulistas reconfesionalizan el Estado y rehabilitan el discurso religioso. Los populistas son conscientes de la fuerza estructuradora

---

que nadie— la lección. Lejos de acabar con el Estado, como postulaba Marx, los comunistas soviéticos y sovietizantes entendieron que "el Estado ya no está muerto, ni mucho menos, sino más vivo y necesario que nunca; porque el Estado es el portador de la legalidad, que realiza este milagro de una revolución pacífica" (Schmitt, 1979, p. 6). Y es que, adiciona, "a pesar de la expansión universal de las modernas ideologías de progreso, todos los caminos para intentar una revolución legal mundial conducen hacia el Estado. Un revolucionario profesional, como Carrillo, lo vio claramente. El progreso político universal hacia la unidad no puede prescindir de las grandes posibilidades de la legislación estatal" (p. 13). Quien detenta el poder decide —en forma de ley— lo que está bien y lo que está mal, lo justo y lo injusto. Y aunque desde la iusfilosofía positivista se incida en la separación entre derecho y moral —de tal forma que puede haber leyes moralmente injustas sin que por ello dejen de ser derecho, del mismo modo que las puede haber justas—, la mayor parte de la población tiende a ver la ley y lo legal como justos y lo ilegal como injusto. Negar este dato sociológico es ridículo. Por consiguiente, detentar los medios de producción jurídica otorga una plusvalía política adicional; le confiere al gobernante la posibilidad de transformar radicalmente la sociedad; cuestión que, antaño, los comunistas y hogaño los populistas, a izquierda y derecha, saben oportunamente aprovechar.

6 Así, por ejemplo, sería imposible hallar un defensor de la economía de mercado preocupado, a su vez, por el medioambiente o por los derechos de la mujer. García Figueroa considera ridícula esta cosmovisión populista. Y efectivamente lo es, pues "no parece existir una relación conceptual necesaria entre el liberalismo, capitalismo o machismo como concausas aliadas contra el ecologismo. Más bien, cabe imaginar liberales, capitalistas o machistas que sean al tiempo ecologistas (o que no lo sean)" (García Figueroa, 2025, p. 33). Asimismo, debemos recordar, los países del antiguo telón de acero, que eran comunistas, no se destacaron por su defensa de la ecología. Curioso es advertir, por último, que estos movimientos populistas progresistas que reniegan del capitalismo son criaturas amamantadas y mantenidas por los excedentes generados por ese sistema económico.

de la religión. Consecuentemente, lejos de considerarla un enemigo, ellos mismos se transforman en religiones. Empero, ocultan este hecho presentándose como movimientos emancipadores, o sea, se trata de una nueva religión que no quiere parecer tal.

Si el cristianismo, a decir de Marcel Gauchet, es la religión para la salida de la religión, "el populismo —sintetiza García Figueroa (2025)— se convierte en la política para retornar a la religión" (p. 80). Los populistas anhelan transformar sus programas políticos en credos religiosos y, una vez en el poder, imponerlos mediante la legislación estatal o incluso llevándolos a la constitución.

La ley del Mar Menor en España y la Constitución de Ecuador son buenas muestras de la fundamentación teológica ecopopulista. La Ley 19/2022, de 30 de septiembre, para el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca dispone en su artículo 2.a) que "el Mar Menor está regido por un orden natural o ley ecológica". Por su parte, el artículo 71 de la Constitución de Montecristi reconoce que "la naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos".

García Figueroa (2025) entiende que casos como los citados, que patentizan lo religioso del ecopopulismo, son inadmisibles en un Estado que se proclama aconfesional o neutral ante la religión. Y es que, de un lado, la ley española y la Constitución ecuatoriana involucran "la imposición teocrática de un estilo de vida" (p. 205); de otro, lejos de emancipar, implican la reaparición de lo mítico-mágico en el derecho y la sustitución de un sistema de derechos centrado en el hombre por una religión verde que reconoce derechos a la naturaleza.

Así pues, aunque la ecoteología podría presentarse, en la práctica, como una buena forma de proteger el medioambiente al dotarlo de contenidos mágico-religiosos, los cuales aseguran una adhesión (más) incondicional de la ciudadanía a la causa ecologista, García Figueroa la descarta porque supone reconfesionalizar el Estado, amén de que los populistas se sirven del nuevo credo verde para imponer sus espurias e inconfesables agendas con el pretexto de proteger el medioambiente.[7]

---

7 De hecho, el libro concluye con la siguiente reflexión sobre el ecoteología como instrumento de gobierno: "Cuando observamos la sobreactuada defensa de conceptos teológicos como la Pachamama o Gaia por parte de movimientos populistas, resulta tentador pensar que no estamos sino ante la nueva apropiación indebida de deidades por parte de ciertos estrategas de la política" (García Figueroa, 2025, p. 278). Vuelve la razón de Estado (Vila Conde, 2025, pp. 169-170).

## 3. Los defectos de la obra: indefinición del populismo y tergiversación de Carl Schmitt

Sin perjuicio de reconocer que nos hallamos ante una obra sugestiva y capital para comprender las fantasías ecopopulistas, este comentario no podría terminar sin hacer alusión a la indefinición del populismo por parte del autor y a la —a nuestro juicio— mejorable interpretación de *El concepto de lo político* schmittiano.

Pese a hablar del populismo —en su vertiente eco— a lo largo de la obra, García Figueroa no aclara qué entiende por "populismo" hasta las páginas 254 y siguientes. Ciertamente, allí tampoco ataja el problema, meramente ilustra que el concepto de populismo es "vago", pues no puede identificarse con una forma de gobierno concreta y tampoco es fácil enumerar las características que lo componen. Es más, los populistas buscan esa vaguedad, esos "significantes vacíos" (Laclau, 2004), que les permite, sentimientos mediante, presentarse ante la población diciendo una cosa y su contraria.

García Figueroa señala cuatro actitudes que pueden adoptarse ante el populismo:

i. El populismo como patología democrática. Aquí el populismo equivaldría a "demagogia" en sentido aristotélico (Aristóteles, 2019).
ii. El populismo como síntoma que aparece cuando la democracia está mal.
iii. El populismo como terapia para corregir y mejorar la democracia. Postura defendida, entre otros, por Ernesto Laclau (2004), Chantal Delsol (2015) o Jorge Verstrynge (2017).
iv. El populismo como un mal democrático pasajero. Vendría a ser algo así como una adolescencia democrática, visión compartida por Fernando Vallespín y Máriam Bascuñán (2017) y Nadia Urbinati (2020).

De las cuatro actitudes —que demuestran, en contra de lo sugerido por el autor, que el populismo solo se da en formas de gobierno democráticas—, García Figueroa destaca la segunda (el populismo como síntoma) y la cuarta (el populismo como fase pasajera de la democracia). A continuación, precisa que el populismo transforma la democracia representativa sin destruirla. Mas la mutación populista tiene consecuencias muy graves para la democracia liberal. En su vertiente eco, el populismo trastoca los derechos humanos al pasar de una concepción antropocéntrica del derecho a otra biocéntrica, por lo que debemos censurar estos excesos transformadores.

Por último, el iusfilósofo distingue un populismo antes de llegar al poder y

otro tras tocar mando. Mientras que el primero agita las calles, el segundo se hace conservador. Desde el poder estatal, el populista emplea cuatro estrategias para no perder el dominio: i) coloca a los suyos en los puestos de mando; ii) compra votos mediante subsidios; iii) es contrario a la igualdad y, por ello, emprende una "política legislativa basada en la discriminación", y de ahí propuestas como feminizar la constitución; y iv) es contrario a toda intermediación entre líder y pueblo.

Sin embargo, esas cuatro estrategias no nos parecen concluyentes para identificar al populismo. En primer lugar, y dejando atrás idealismos, la misión del hombre político —de todo aquel que participa en política— es hacerse con el poder y, una vez en él, conservarlo y, si es posible, ampliarlo. Esto lo sabemos desde Maquiavelo, Botero, Naudé y compañía. La política entraña poder y este presupone la violencia. "Quien hace política pacta con los poderes diabólicos que acechan en torno a todo poder" (Weber, 1975, p. 173). Para preservar el mando, que es la misión de todo político, este tendrá que contravenir muchas veces sus principios éticos. El que participa en política, certifica Weber, "pone en peligro la salvación de su alma" (Weber, 1975, p. 174). En segundo lugar, la práctica de colocar a los suyos en el Estado y la de comprar votos mediante subsidios es algo consustancial a toda democracia. En el caso español, desde Adolfo Suárez hasta la actualidad, todos los Gobiernos centrales, autonómicos y locales lo han hecho. Lo mismo, por ejemplo, en Alemania, donde el sucesor de Adenauer, Ludwing Erhard, se encargó de regar con subvenciones a los teutones en lo que vino a denominarse "política de favores" (*Gefälligkeitspolitik*). En tercer lugar, en los Estados de partidos, emerge una democracia plebiscitaria que anula la intermediación de los diputados y de otros cuerpos intermedios. Hay una clara vinculación entre líder y pueblo en esta forma estatal. Por ello, no resulta apresurado anotar que el populismo, a lo sumo, incidiría en esa conexión —y ausencia de intermediación— entre líder y pueblo característica de todo Estado de partidos.

En definitiva, y siendo realistas, tres de las cuatro estrategias populistas citadas por García Figueroa son aplicables a cualquier sistema jurídico-político y a cualquier movimiento político europeo ulterior a 1945, por lo que habría que concluir que o bien el populismo signa la historia europea desde hace más de ochenta años o bien las cuatro estratagemas mencionadas no sirven para identificar cuándo nos hallamos ante un movimiento populista.

* * *

La interpretación de *Der Begriff des Politischen* es otro punto en el que disentimos de García Figueroa.

Mediatizada su lectura por la influencia de los teóricos del populismo Ernesto Laclau y Chantal Mouffe, el catedrático español no duda: Carl Schmitt es el padre intelectual del populismo. Los populistas habrían entendido mejor que nadie el clásico político schmittiano. La política y lo político no solo son lucha, guerra, sino que también deben serlo. El gobernante populista debe fabricar enemigos para unir al pueblo frente al extraño, a nosotros frente a los otros. Schmitt lo habría teorizado más y mejor que nadie. Ergo, debe ser seguido.[8]

El análisis de *el concepto de lo político* de Laclau, Mouffe y, por extensión, García Figueroa no puede resultar, empero, más desacertado. Interpretan a Carl Schmitt justo al revés al confundir dos de los tres niveles de *el concepto de lo político*: el descriptivo y el normativo.[9]

En su libro de 1927 reeditado en 1932 y 1933, Carl Schmitt no aboga por inventarse enemigos para lograr la homogeneidad social —como insiste García Figueroa— ni menos aún brama en favor de la guerra, se limita a relatar que el hombre es tan social como polémico por naturaleza. De un lado, el hombre coopera con su comunidad de amigos, la cual preexiste al enemigo. Porque, ciertamente, "si el enemigo [es quien] pone en duda el propio modo de existir, entonces este, como comunidad de amigos, existía antes de que el enemigo apareciese" (Saralegui, 2024, p. 83). De otro, los grupos humanos —las comunidades de amigos— llevan luchando unos contra otros desde el principio de los tiempos. No hace falta inventarse enemigos porque estos siempre aparecerán. No es necesario que declaremos enemigos porque, la mayoría de las veces, él nos designará a nosotros. Y, frente al enemigo, solo queda resistir. La guerra no es algo "social ni ideal"; tampoco los grupos humanos están matándose con-

8 Otro autor que, a partir de Laclau, parece dar por buena esta conexión entre Schmitt y el populismo es Cassagne (cf. Cassagne, 2016).

9 En una serie de trabajos recientes, Andrés Rosler (2021, 2023a, 2023b, 2026) viene destacando que es posible diferenciar tres niveles en *Der Begriff des Politischen*. En primer lugar, hay un nivel descriptivo, en el que el alemán simplemente documenta que la guerra es una constante indesarraigable de la historia humana. En segundo lugar, existe un nivel normativo o práctico. Schmitt dispone que el enemigo es meramente otro cuyos intereses, en un determinado momento, chocan con los propios, por lo que debe ser combatido, pero no por ello es alguien estéticamente feo o económicamente dañino; y menos aún es un criminal que deba ser erradicado de la faz de la tierra. Este segundo nivel normativo, que nada tiene que ver con lo afirmado por los populistas, constituye toda "una ética de lo político", puesto que Schmitt trata de no totalizar —o, si se quiere, de humanizar— el conflicto partiendo del hecho (primer nivel) de que este siempre existirá. Por último, hay una dimensión ideológica o programática. A saber, Schmitt rechaza el Tratado de Versalles en su obra de 1927.

tinuamente. "No necesita ser nada cotidiano ni normal ni hace falta sentirlo como algo ideal o deseable" (Schmitt, 2018, p. 65). Se trata de una posibilidad real que la historia nos compele a no olvidar ni obviar. He aquí el nivel descriptivo de *el concepto de lo político*.

Partiendo del hecho de que los enemigos y la guerra existen —sin que esto sea, por ello, socialmente deseable—, Carl Schmitt no propone crear artificialmente más enemigos ni avivar las enemistades ya existentes para lograr la cohesión de la comunidad de amigos. Afirmar esto supone una relectura —tergiversada del todo— de *Der Begriff des Politischen.* Por el contrario, como ilustra el profesor Rosler, Schmitt reivindica la autonomía de lo político respecto de otros órdenes para limitar y, en lo posible, minimizar el conflicto, que siempre puede darse. Schmitt ansía aislar lo político de otras esferas (economía, moral, estética, etc.) y por eso proclama que el enemigo no tiene que ser necesariamente feo, inmoral o perjudicial para la economía. Al enemigo "no hace falta odiarlo personalmente" (Schmitt, 2018, p. 61), amén de que el enemigo de hoy puede ser amigo mañana. Por lo que "la distinción entre amigo y enemigo tampoco significa en modo alguno que un determinado pueblo tenga que ser eternamente amigo o enemigo de otro, o que la neutralidad no sea posible" (Schmitt, 2018, p. 66). Esta es, por tanto, la propuesta de Schmitt: acotar el conflicto. He aquí la tesis normativa de *el concepto de lo político.*

## 4. Las tres lecciones que nos deja *Ecopopulismo*

De *Ecopopulismo. La desaforada retórica de Gaia, Pachamama y el Mar Menor* cabe colegir tres conclusiones:

Primera, la incesante y lacerante lucha ecopopulista contra el antropocentrismo no deja de ser expresión de ese mismo antropocentrismo. Porque, como idea, la naturaleza es un producto cultural más. Ergo, el biocentrismo es una creación del hombre, una manifestación antropocéntrica. Si desapareciese el ser humano para salvar el planeta (como los más radicales proponen), la naturaleza dejaría de tener importancia, puesto que la naturaleza solo preocupa al hombre.

Segunda, las medidas que convierten la naturaleza en sujeto de derechos no superan el juicio de proporcionalidad. En palabras de García Figueroa (2025):

> No son idóneas, porque tales medidas se han revelado ineficaces o al menos no tan eficaces como se suponía. No son necesarias, porque existen otras medidas menos lesivas del sistema antropocéntrico de derechos humanos; y no son, en

> fin, proporcionadas, porque el tránsito a un paradigma biocéntrico puede redundar en una afectación demasiado onerosa de nuestro sistema de libertades y derechos individuales a cambio de hipotéticas mejoras en el medioambiente (p. 252).

Por consiguiente, la nueva religión verde no es tolerable, ya que desfigura el sistema de derechos fundamentales centrado en el ser humano. El catedrático español defiende que estos derechos fundamentales son el instrumento idóneo, necesario y proporcional para proteger la naturaleza. Pues, conviene recordar, atribuir derechos a la naturaleza ha sido compatible con la erradicación en muchos lugares de la minería indígena tradicional y su sustitución por grandes multinacionales. Por ende, parece que los derechos fundamentales del hombre siguen siendo el mejor medio para proteger el medioambiente.

Tercera, el ecopopulismo "constituye el mayor peligro para la causa ecologista" (García Figueroa, 2025, p. 16), porque quien se opone a ellos tiende a minusvalorar la ecología o, incluso, a despreciarla, cuando en verdad es algo que debería preocuparle. García Figueroa remarca que los problemas medioambientales atañen a todos, por lo que todos deberíamos participar en el debate. *Quod omnes tangit, ab omnibus approbari debet.* Por eso mismo, el debate sobre la ecología debería darse en el plano liberal. En fin, *Ecopopulismo* no es un libro antiecologista, sino una defensa liberal de la ecología frente a los actuales y mayoritarios delirios ecopopulistas.

## Bibliografía

Aristóteles. (2019). *Política*. Austral.

Cassagne, J. C. (2016). Las raíces del populismo latinoamericano. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, (60), 42-49.

Delsol, C. (2015). *Populismos. Una defensa de los indefendible*. Ariel.

García Figueroa, A. (2025). *Ecopopulismo. La desaforada retórica de Gaia, Pachamama y el Mar Menor*. Tirant.

Laclau, E. (2004). *La razón populista*. Fondo de Cultura Económica.

Orellana Presentación, J. C. (2025). Los derechos de la naturaleza en el ordenamiento jurídico latinoamericano: avances, desafíos y perspectivas. *Revista Jurídica Austral*, 6(2), 1063-1086. https://doi.org/10.26422/RJA.2025.0602.ore

Rosler, A. (2021). Carl Schmitt y el concepto de lo político. *Criterio Digital* (2479).

Rosler, A. (2023a). *Estado o revolución. Carl Schmitt y El concepto de lo político*. Katz.

Rosler, A. (2023b). Los tres niveles de El concepto de lo político de Carl Schmitt. *Reflexiones Marginales*, (76).
Rosler, A. (2026). Carl Schmitt y Donald Trump: ¿amigos o enemigos? *Clarín*. https://www.clarin.com/opinion/carl-schmitt-trump-amigos-enemigos_0_WQUALunzU7.html
Saralegui, M. (2024). *Vacío y unidad. Introducción al pensamiento de Carl Schmitt*. Guillermo Escolar Editor.
Schmitt, C. (1971). *Legalidad y legitimidad*. Aguilar.
Schmitt, C. (1979). La revolución legal mundial. *Revista de Estudios Políticos*, (10), 5-24.
Schmitt, C. (2002). *El Nomos de la Tierra en el Derecho de Gentes del "Ius publicum europaeum"*. Comares.
Schmitt, C. (2018). *El concepto de lo político (1932)*. Alianza Editorial.
Urbinati, N. (2020). *Io, il Popolo*. Il Mulino.
Vallespín, F. y Bascuñán, M. (2017). *Populismos*. Alianza.
Verstrynge, J. (2017). *Populismo: el veto de los pueblos*. El Viejo Topo.
Vila Conde, F. (2025). *Manuel García-Pelayo, jurista de Estado. Una teoría de las formas políticas*. Comares.
Weber, M. (1975). *El político y el científico*. Alianza.

## Conflicto de intereses

El autor declaran no poseer conflicto de interés alguno.

# Agradecimiento

# AGRADECIMIENTO A LOS REVISORES EXTERNOS

La Revista Jurídica Austral expresa su más sincero agradecimiento a los especialistas que han colaborado como revisores externos durante el presente período editorial: Vol. 5, Núms. 1 y 2 (2025), y Vol. 6, Núm. 1 (2026).

La evaluación por pares constituye uno de los pilares esenciales de la calidad científica de toda publicación académica. Gracias a la generosa dedicación de estos expertos, los manuscritos recibidos han podido ser sometidos a un análisis riguroso, independiente y constructivo, orientado a fortalecer la calidad metodológica, la solidez argumentativa y el aporte científico de cada trabajo publicado.

Muchos de los académicos y profesionales que integran esta nómina han colaborado con la RJA en más de una oportunidad, poniendo nuevamente a disposición su tiempo, experiencia y criterio científico. Particularmente valioso resulta el compromiso demostrado para compatibilizar sus múltiples responsabilidades académicas y profesionales con el cumplimiento oportuno de los referatos encomendados, contribuyendo de manera decisiva al normal desarrollo de los procesos editoriales.

El Consejo Editorial y la Dirección Ejecutiva desean dejar expresa constancia de su reconocimiento por esta labor silenciosa pero fundamental, sin la cual no sería posible alcanzar el objetivo de que únicamente las mejores versiones de los trabajos sometidos a evaluación se incorporen al debate académico mediante su publicación. No obstante, si alguna colaboración hubiera sido inadvertidamente omitida, la RJA desea hacer extensivo este reconocimiento y agradecimiento a todos quienes contribuyeron al proceso de evaluación científica de los manuscritos recibidos.

Han colaborado como revisores externos:

María J. Adrogué
Guido Aguila Grados
Daniel Alioto
Nicolás Amoroso
Francisco Álvarez Dávila
Michelle Azuaje Pirela
Sebastián Balbín
Carlos H. González Bellene
Bruno Rusca
Cirilo Bustamante
Fabián Canda
Sofía Calderone
Maximiliano Calderón
Juan J. Carbajales
Gonzalo Castellanos
Juan Cianciardo
Wilfredo Concha-Camacho
Sebastián J. Cosola
Ángeles Decarlos
Matías Deane
C. Ignacio de Casas
José I. Destefanis
Jorge A. Diegues
Sergio Díaz Ricci
Sebastián Elías
Federico M. Feldtmann
Magdalena Galli
Gabriela García Escobar
Leopoldo Godio
Eliana M. González
Paula Grondona
Rodrigo A. Guerra Espinosa
Pablo A. Gutiérrez Colantuono
Javier Habib
Daniela W. Jarufe Contreras
Jorge N. Lafferriere
Luciano D. Laise
Emiliano C. Lamanna Guiñazú
Mario H. Laporta
Jerónimo Lau Alberdi
Lucas Lehtinen
Florencio Macedo
Mariana Maldonado
Leonardo Massimino
Franco A. Melchiori
Federico Menéndez
Verónica E. Melo
Ignacio Minorini Lima
María V. Nolazco
Lucía Obligado
José M. Orelle
Mariano Palacios
Mario M. Pereira Garmendia
Alejandro Pérez Hualde
Josefina Raffo
Débora Ranieri
Carolina Robiglio
Agustín Ulivarri Rodi
Estela B. Sacristán
José Sappa
Romina V. Santillán Santa Cruz
Manuel Tessio
María A. Toscani Gómez
Fernando Ubiría
Darío Veltani
Ronald H. Vílchez Chinchayan
Alejandro Chinguel Rivera

# 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 púbicos y privados y operadores del derecho en general.

## Periodicidad y formato

La Revista Jurídica Austral se publica semestralmente (enero-junio/julio-diciembre) en formato electrónico y en soporte papel. En la primera modalidad, la entidad editora adhiere a la política de acceso abierto (open access), la cual permite descargar, distribuir, copiar e imprimir el material publicado sin ninguna restricción. De esta manera, se garantiza el acceso libre e irrestricto a la información sin ningún tipo de limitación o barrera económica, técnica o legal para todos los lectores, realizando una significativa contribución académica que se traduce en aportes concretos al conocimiento científico.

Las investigaciones, que deben ser originales e inéditas, se reciben en forma continua, sin perjuicio de las convocatorias puntuales que se realicen en los períodos que disponga el Consejo Editorial. En todos los casos, los interesados en remitir sus trabajos deberán ajustar o adaptar los manuscritos a las instrucciones y normas de redacción previstas para los autores.

La RJA se edita en español, por lo cual se recibirán artículos solo en este idioma.

## Selección de los manuscritos

Los trabajos serán recibidos y examinados por el Consejo Editorial, que corroborará su pertinencia en relación a la temática y alcance de la RJA, analizando, además, la originalidad, importancia, calidad académica e interés científico. El Consejo Editorial decidirá la aceptación o rechazo de los artículos recibidos, comunicando su decisión a los remitentes. El rechazo podrá ser sometido a reconsideración del mismo órgano dentro del plazo de diez días de comunicado al autor.

Se aceptan artículos y contribuciones de toda la comunidad científica nacional e internacional, sin cargos por procesamiento de artículos (APC) ni de ningún otro tipo. Asimismo, no se exige cargo alguno de envío (*submission fee*).

## Detección de plagio

El Consejo Editorial de la Revista Jurídica Austral y el director ejecutivo realizan un estricto control de todos los manuscritos recibidos para verificar si presentan plagio.

El primer control se aplica al recibir el artículo, con una lectura realizada por miembros del Consejo Editorial y una primera verificación sobre otras publicaciones del (de los) autor(es), permitiendo detectar todas aquellas conductas inapropiadas o reprochables desde el punto de vista ético.

Asimismo, los manuscritos son revisados a través del software antiplagio Compilatio Magister+, el cual detecta similitudes en los textos, contenidos potencialmente plagiados una vez traducidos, textos generados por inteligencia artificial (ChatGPT, Gemini, YouChat) y reformulaciones o intentos de alterar el texto para que no se vea a simple vista.

Posteriormente, los árbitros revisores realizan controles particularizados, para lo cual la revista les suministra guías e indicaciones prácticas para revisar el artículo y detectar posibles plagios. En la etapa de corrección y edición de estilo se aplican controles adicionales sobre el artículo.

Si se envía una nueva versión de un artículo publicado anteriormente, el (los) autor(es) deberá(n)

dejar constancia en la primera nota al pie y la nueva versión deberá estar justificada (incluye novedades o recupera un artículo valioso, publicado en un idioma que no forma parte de los idiomas de la revista, u otra razón).

En caso de detectarse prácticas de plagio o autoplagio, los artículos serán rechazados y devueltos al autor mediante decisión expresa y fundada que identifique la infracción cometida..

## Sistema de revisión por pares *(peers 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 recensiones de obras bibliográficas, análisis, comentarios y notas que se publicarán en las secciones correspondientes no serán sometidas al proceso de revisión por pares, sin perjuicio del control previo y estricto que llevará a cabo el Consejo Editorial de la RJA, pudiendo, según los casos, remitir a un árbitro externo dichos contenidos cuando la profundidad, extensión y complejidad de estos lo justificara.

## Declaración de ética y buenas prácticas editoriales

La Revista Jurídica Austral adhiere al Código de conducta y buenas prácticas editoriales del Committee on Publicación Ethics (COPE), foro de discusión para editores de publicaciones científicas arbitradas, cuyo objetivo primordial es promover la integridad de las investigaciones académicas y sus publicaciones.

Para garantizar esto durante la revisión, edición y publicación de los artículos, la Revista Jurídica Austral les exige a los autores, revisores y Consejo Editorial que cumplan la política de ética y buenas prácticas editoriales que se encuentran en https://ojs.austral.edu.ar/juridicaaustral/codigoetica. Los trabajos que no cumplan con estas normas éticas serán descartados.

## 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.

## Transparencia en el uso de inteligencia artificial

La Revista Jurídica Austral adhiere a las pautas del Committee on Publicación Ethics (COPE) sobre la transparencia en el uso de inteligencia artificial (IA) por parte de los autores, las cuales estipulan que, si los investigadores utilizan herramientas de IA en el proceso de escritura, deben declararlo abiertamente en el manuscrito, detallando cómo se empleó la IA y qué herramienta específica fue utilizada.

El uso de IA no exime a los investigadores de la responsabilidad total por el contenido de su publicación. Los autores humanos retienen la plena responsabilidad y deben garantizar la integridad y originalidad de todo el material presentado, incluyendo las partes generadas con ayuda de IA.

## Directrices para autores

Los trabajos deberán ajustarse a las directrices que a continuación se detallan sin excepción. Aquellos que no se ajusten a las recomendaciones editoriales serán devueltos para su adecuación antes de ser considerados por el Consejo Editorial para su revisión.

Los originales deberán estar concluidos cuando se entreguen para publicar; no se podrán introducir modificaciones que no estén debidamente justificadas y autorizadas por el Consejo Editorial. Se recomienda a los autores la lectura y revisión crítica del texto, en particular su redacción, sintaxis y ortografía en nombres, siglas y datos bibliográficos.

**Instrucciones generales**

Se aceptan trabajos en versión electrónica en formato Microsoft Word (no se aceptarán archivos en formato PDF).

Los artículos deben ser originales e inéditos y escritos en español. Deberán enviarse sin consignar el nombre o la firma del autor o autores, anonimizando el manuscrito de modo tal que se preserve su identidad en todo el proceso de revisión.

Asimismo, deberán adjuntarse los datos personales del autor o autores, pertenencia institucional, un breve currículum que no exceda las diez líneas, dirección de correo electrónico y perfil ORCID.

Los trabajos se recibirán por medio del sistema Open Journal System, al cual se accede a través de este portal. El envío debe contener todos los requisitos que solicita el sistema.

Para asegurar la integridad de las evaluaciones anónimas por pares de los envíos, se hará todo lo posible para impedir que los autores conozcan la identidad de los revisores y viceversa. Para ello, se deben comprobar que se han seguido los siguientes pasos relacionados con el texto y con las propiedades del archivo:

* Los autores del documento han borrado sus nombres del texto y han evitado autorreferenciarse.
* En el caso de los documentos de Microsoft Office, también deberá quitarse la identificación del autor de las propiedades del archivo haciendo clic en las opciones que se indican a continuación. Empezar con Archivo en el menú principal de la aplicación de Microsoft: Archivo > Guardar como > Herramientas (u Opciones en Mac) > Seguridad > Eliminar información personal de las propiedades del archivo al guardar > Guardar.

**Declaración de roles de autoría**

Al final de cada artículo se debrá 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 debrá 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.

**Transparencia en el uso de inteligencia artificial**
La Revista Jurídica Austral adhiere a las pautas del Committee on Publicación Ethics (COPE) sobre la transparencia en el uso de inteligencia artificial (IA) por parte de los autores, las cuales estipulan que, si los investigadores utilizan herramientas de IA en el proceso de escritura, deben declararlo abiertamente en el manuscrito, detallando cómo se empleó la IA y qué herramienta específica fue utilizada.
El uso de IA no exime a los investigadores de la responsabilidad total por el contenido de su publicación. Los autores humanos retienen la plena responsabilidad y deben garantizar la integridad y originalidad de todo el material presentado, incluyendo las partes generadas con ayuda de IA.

**Contribuciones**
*Artículos*
Se publicarán artículos de investigación originales e inéditos, de todas las ramas del derecho, nacional y comparado, los cuales deben ofrecer aportes significativos al desarrollo de las distintas disciplinas jurídicas, proporcionando criterios de análisis e interpretación del derecho que resulten válidos y útiles para los lectores. Se aceptarán trabajos solo en español.
Deberán incluir un resumen de entre 200 y 300 palabras y de 4 a 8 palabras clave, todo tanto en español como en inglés.
Extensión: de 20 a 40 páginas (entre 9000 y 18000 palabras en total aproximadamente).

A modo de orientación, se sugiere que los artículos sigan la siguiente estructura:

- Introducción
- Desarrollo
- Conclusiones
- Bibliografía
- Legislación y jurisprudencia citadas
- Anexos y/o apéndices

*Análisis, crónicas y comentarios*
Se publicarán análisis, crónicas y comentarios vinculados con la temática y alcance de la RJA y que el Consejo Editorial considere relevantes debido a que ofrecen aportes significativos o novedades para el ámbito de la investigación y divulgación jurídica. Asimismo, se incluirán reseñas de actividades académicas relacionadas con el campo del derecho que resulten de importancia para su difusión. Se aceptarán trabajos en cualquier idioma. En caso de que incluyan citas y referencias, deberán seguir las normas que se detallan más adelante. Se aceptarán trabajos solo en español.
Deberán incluir un resumen en español de entre 100 y 200 palabras y de 4 a 8 palabras clave, todo tanto en español como en inglés.

Extensión: hasta 15 páginas (6700 palabras en total aproximadamente).

*Recensiones*
Se publicarán recensiones de obras bibliográficas publicadas recientemente vinculadas con el campo del derecho. En ellas deberán consignarse los datos bibliográficos del libro que se revise: autor/es, año de publicación, título del libro, ciudad de publicación, editorial y número de páginas total del libro. En caso de que se reseñe un capítulo concreto dentro de un libro, es preciso añadir el título del capítulo y las páginas de inicio y fin de este. Se aceptarán trabajos solo en español.
Extensión: hasta 4 páginas (1800 palabras en total aproximadamente).

**Estilo**
Los trabajos enviados deberán seguir el estilo de la RJA, que a continuación se detalla:
* Formato
Tamaño A4 con márgenes de 2,5 cm en cada extremo.
*Tipografía
Título: Times New Roman, negrita, cuerpo 14 puntos, interlineado 1,5.
Texto: Times New Roman, cuerpo 12 puntos, interlineado 1,5.
Citas textuales de más de 40 palabras: Times New Roman, cuerpo 10 puntos, interlineado a 1,5.
Notas al pie: Times New Roman, cuerpo 10 puntos, interlineado a 1,5.
Subtítulos (en todas sus jerarquías): Times New Roman, negrita, cuerpo 12 puntos, interlineado a 1,5.
Estilo de numeración: correlativa en números arábigos (no utilizar números romanos).
* Alineación
Todo el texto y los títulos deben estar alineados a la izquierda, sin utilizar sangrías ni tabulaciones.
No dejar espacios entre párrafos.
Las citas textuales de más de 40 palabras deben colocarse en párrafo aparte con una sangría de 1,5 para todo el párrafo.
* Se deben respetar los signos diacríticos propios de cada idioma (diéresis, acentos ortográficos, etc.), incluso en las mayúsculas. Las frases no deben comenzarse con abreviaciones ni gerundios.
* Todas las imágenes (fotos, tablas, ilustraciones, gráficos, etc.) deben citarse en el texto, por ejemplo: (Figura 1), para fotos, gráficos e ilustraciones; (Tabla 4) para tablas..
* Los fragmentos, frases o palabras que se transcriban en idioma extranjero deben ponerse en letra cursiva. Se exceptúan los nombres geográficos, los nombres de entidades, organismos, instituciones, corporaciones, etc.; los nombres de acuerdos, pactos o tratados, etcétera.
* Las llamadas de las notas al pie se indican en números arábigos consecutivos en superíndice y, cuando corresponda, luego de los signos de puntuación, por ejemplo: ,[3]
* En el cuerpo del trabajo no deben emplearse ni subrayados ni negritas. En caso de que sea necesario enfatizar una palabra, se hará entre comillas dobles.
* Notas al pie: no deben exceder las 20 líneas de texto.
* Abreviaciones
Se deja un espacio después de todo signo de puntuación: A. L. Jiménez y no A.L. Jiménez.
Los acrónimos deben escribirse totalmente con mayúsculas y sin puntuación, por ejemplo: UBA (por Universidad de Buenos Aires).
* Tablas, cuadros y gráficos
Pueden ser realizados con Excel o Power Point, según sea necesario, y ser pegados en el archivo Word como imagen. Además, deberá enviarse el archivo original donde se realizaron para poder corregirlos, si fuera necesario.
* Ilustraciones, mapas, fotografías, dibujos

Deberán ser pegados en el archivo Word y además enviados por separado en alguno de los siguientes formatos: JPG, TIF, PNG, AI, PS en alta resolución.

**Citas y bibliografía**

Para las citas y las referencias bibliográficas, la RJA sigue el estilo de las normas APA (American Psychological Association) 7a edición. Se recomienda seguir los siguientes ejemplos:

*Citas*

Las referencias a autores deben estar insertas en el texto y no en nota al pie: (Bianchi, 2005).
Si la cita tiene dos autores, se colocan los dos apellidos: (Marcus y Perry, 1985).
Si la cita tiene tres o más autores, se coloca el primer apellido y "et al.": (Álvarez et al., 2015).
Si la cita es textual y tiene menos de 40 palabras, se coloca entre comillas sin cursiva:

> Las opiniones consultivas cumplen, pues, una función trascendente en el desarrollo de los principios de derecho internacional de los derechos humanos, ya que, como señala Buergenthal (1985), "parecen prestarse más fácilmente que los casos contenciosos a la articulación de principios legales generales" (p. 18).

Si tiene 40 palabras o más, se coloca en párrafo aparte con una sangría de 1,5, sin comillas ni cursiva:

> Luego de arrogarse la atribución de no aplicar las leyes anticonstitucionales, la Corte Suprema la ejercitó con tanta moderación que transcurrió más de medio siglo sin que otra ley del Congreso fuera rechazada por el tribunal. Ello aconteció en 1857, en otro caso famoso, el de *Dred Scott v. Sanford*. (Bidegain, 1994, p. 127)

Si una cita textual extraída de un trabajo publicado en formato digital no tiene identificado el número de página, se debe identificar el número de párrafo:

> Nótese que un gobierno podría –en una ley procesal, que puede sancionar por mayoría simple– agrupar todos los jueces que le molestan y asignarlos a una sala a la que le atribuya competencia marginal, y dejar jueces más favorables en una sala temática a la que le asigne centralidad y mayor chance de intervención. (Arballo, 2014, párr. 9)

Las citas textuales en idioma extranjero se ponen entre comillas y sin cursiva.
Se recomienda a los autores evitar la autorreferencialidad, es decir, citarse a sí mismo en el cuerpo del texto.

*Bibliografía*

Se ordena en orden alfabético de autores y en orden cronológico cuando se citen varios trabajos del mismo autor. Si hubiera trabajos del mismo autor con la misma fecha, se identificarán agregando una letra minúscula, por ejemplo: 2006a, 2006b.

Se recomienda seguir el siguiente estilo:

* Libro impreso

Apellido, N. (año). *Título del trabajo*. Editorial.

* Libro en línea

Apellido, N. y Apellido, N. (año). *Título del libro*. Editorial. https://doi.org.
Apellido, N. y Apellido, N. (año). *Título del libro*. Editorial. https://www.url.com.

* Libro con editor, coordinador, director

Apellido, N. (Ed.) (año). *Título del libro*. Editorial.
Apellido, N. y Apellido, N. (Coords.) (año). *Título del libro*. Editorial.

* Capítulo de libro
  Apellido, N. (año). Título del capítulo o entrada. En Apellido, N. (Ed.), *Título del libro* (pp. inicio-fin del capítulo). Editorial.
  Apellido, N. (año). Título del capítulo o entrada. En Apellido, N. (Ed.), *Título del libro* (xx ed., Vol. xx, pp. inicio-fin del capítulo). Editorial.
* Artículo en revista
  Apellido, N. (año). Título del artículo. *Nombre de la revista, volumen*(número), número de las páginas xx-xx.
  Apellido, N. (año). Título del artículo. *Nombre de la revista, volumen*(número), número de las páginas xx-xx. https://doi.org.
  Apellido, N. (año). Título del artículo. *Nombre de la revista, volumen*(número), número de las páginas xx-xx. https://www.url.com.
* Trabajos sin identificación del autor
  *Título del trabajo*. (año). Fuente.
* Artículo en periódico
  Apellido, N. (día, mes, año). Título del artículo. *Nombre del periódico*, número de página.
  Apellido, N. (día, mes, año). Título del artículo. *Nombre del periódico*. https://www.url.com.
* Artículo en periódico sin identificación del autor
  *Título del artículo*. (día, mes, año). Nombre del periódico, número de página.
  *Título del artículo*. (día, mes, año). Nombre del periódico. https://www.url.com.
* Diccionarios o enciclopedias
  Apellido Autor o Editor, N. (Ed., cuando es editor). (Año). *Nombre del diccionario o enciclopedia* (xx ed., Vol. xx). Ciudad: Editorial.
* 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 ratificatorias de tratados internacionales

* Constituciones
* Códigos
* Leyes
* Decretos
* Resoluciones
* Disposiciones

Estilo a seguir:

Constitución de la Nación Argentina.
Constitución de la Nación Argentina, artículo 75, inciso 2 (o 75.2.).
Leyes
Ley 11723.
Ley 11723 de Propiedad Intelectual, BO 30/09/1933.
Ley 11723 de Propiedad Intelectual, BO 30/09/1933, artículo 5.
Decretos
Decreto 245/2002.
Decreto 245/2002, BO 28/11/2002, artículo 5.
Resoluciones
Resolución 2030/2015.
Resolución 2030/2015, BO 12/06/2015, artículo 1.
Disposiciones
Disposición 306/2015.
Disposición 306/2015, BO 28/05/2015.

*Jurisprudencia*

* Corte Suprema (nacional, federal, provincial, internacional)
* Tribunales internacionales
* Tribunales del sistema interamericano

Estilo a seguir:

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fernández Arias c/Poggio*, 19/09/1960, Fallos: 247:646.
Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, *Vasena Marengo, José Francisco y otra c/Rodríguez, Jorge Mario y otra*, 28/09/2004.
Cámara Federal de Casación Penal: *Di Plácido, Jorge Alberto*, 22/05/2014, [FBB/7963/2013/CFC1, Registro 864/14].
Suprema Corte de los Estados Unidos, *Wood v. Milyard*, 566 U.S. 463 (2012).
Suprema Corte de Carolina del Norte, *Bayard v. Singleton*, 1 N.C. 5 (1787).
Sentencia del Tribunal Constitucional, 83/2016, 28 de abril. [España].
Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26/09/2006, Serie C, N° 154.
Fallos: 329:2316.

UNIVERSIDAD AUSTRAL
DERECHO