

ISSN 2618-5121 (web)

FORUM

12

AÑO 2021

REVISTA
DEL CENTRO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA
ARGENTINA



FORUM

**REVISTA DEL
CENTRO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL**

**Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica Argentina**



Diciembre 2021

FORUM

REVISTA DEL CENTRO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica Argentina

Número 12

Diciembre 2021

ORLANDO JUAN GALLO

Director del Centro de Derecho Constitucional

ROBERTO ANTONIO PUNTE

Director de la revista

SOFÍA CALDERONE

Secretaria de redacción

FACUNDO MENEM

Asistente editorial



Editorial de la Pontificia Universidad Católica Argentina

Los autores de los artículos publicados en el presente número ceden sus derechos a la editorial, en forma no exclusiva, para que incorpore su versión digital al Repositorio Institucional "Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina" como así también a otras bases de datos que considere de relevancia académica.

UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA

FUNDACIÓN UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
A. M. de Justo 1400 • P.B., Contrafrente • (C1107AAZ)
Tel./Fax 4349-0200 • educa@uca.edu.ar
Buenos Aires, diciembre de 2021

ISSN: 2718-6628 (web)

Queda hecho el depósito que previene la Ley 11.723
Printed in Argentina - Impreso en la Argentina

AUTORIDADES
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
“SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES”

Rector

Dr. Miguel Ángel Schiavone

Vicerrectora de Investigación e Innovación Académica

Dra. María Clara Zamora

Vicerrector de Integración

Pbro. Gustavo Boquín

Secretario Académico

Dr. Gabriel Limodio

Administrador General

Dr. Horacio Rodríguez Penelas

FACULTAD DE DERECHO

Decano

Dr. Pablo María Garat

Director de la Carrera

Dr. Daniel A. Herrera

Secretario Académico

Dr. Carlos Muñiz

Director de Investigación Jurídica Aplicada

Dr. Jorge N. Lafferriere

Director de Posgrado
Dr. Gustavo Costa Aguilar

Director del Doctorado en Ciencias Jurídicas
Dr. Fernando Ubiría

Director de Relaciones Institucionales
Dr. Néstor Raymundo

Centro de Derecho Constitucional

Director
Orlando J. Gallo

Revista FORUM

Director de la Revista
Roberto A. Punte
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Secretaria de Redacción
Sofía Calderone
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Asistente Editorial
Facundo Menem

Comité Editorial
Ezequiel Abásolo
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Florencia S. Ratti Mendaña
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Ignacio L. Díaz Solimine
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Juan M. Clérico
(Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Germán Masserdotti
(Universidad del Salvador,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Santiago M. Castro Videla
(Universidad Austral,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Consejo Académico

Eduardo M. Quintana
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Débora Ranieri de Cechini
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Alberto Dalla Vía
(Universidad de Buenos Aires,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

María Angélica Gelli
(Universidad de Buenos Aires,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Carlos I. Salvadores de Arzuaga
(Universidad del Salvador,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Alfonso Santiago (h)
(Universidad Austral, Buenos Aires, Argentina)

Héctor H. Hernández
(Universidad Fraternidad de Agrupaciones
Santo Tomás de Aquino, Buenos Aires, Argentina)

Sergio R. Castaño
(Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino, Tucumán, Argentina)

Juan Cayón Peña
(Universidad de Nebrija, Madrid, España)

Miguel Ayuso
(Universidad Pontificia Comillas, Madrid, España)

Camilo Tale
(Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina)

Guillermo Barrera Buteler
(Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina)

Antonio María Hernández
(Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina)

Juan F. Segovia
(Universidad de Mendoza, Mendoza, Argentina)

Carlos A Egües
(Universidad de Mendoza, Mendoza, Argentina)

FORUM

FORUM es la Revista del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”, de edición semestral, y el vehículo de difusión de los estudios académicos surgidos de investigaciones realizadas por los docentes que integran el Centro de Derecho Constitucional. Incluye también textos elaborados por profesores y especialistas que participan en calidad de invitados. La verdadera Ciencia Jurídica “exige el diálogo con los hechos y con las circunstancias, la recepción de las tradiciones institucionales, de la constitución histórica, y del más amplio contexto de las fuentes para su interpretación y aplicación. Esto significa sentirse herederos de una tradición compleja, jurídica, histórica, social. Intérpretes hoy de valores éticos sostenidos en la fe cristiana según el magisterio perenne de la Iglesia y, a la vez, impulsados a su vigencia del mejor modo. En plenitud de consonancia para que la norma no solo sea respetada en verdad sino que esta verdad, al convertirse en vigencia, alimente de justicia y de paz las situaciones en que deba enseñarse o aplicarse” (*FORUM* N° 1, 2013, Editorial).

En esta línea, *FORUM* busca pensar el Derecho Público desde la concepción iusnaturalista, tomando como guía los principios fundamentales de la justicia y el orden natural, iluminados por la Fe. Su cobertura temática comprende: Derecho Constitucional, Filosofía del Derecho, Derecho Internacional Público, Derecho Administrativo, Historia del Derecho, Derecho Canónico y Eclesiástico y Derecho Comparado.

Nuestros lectores son profesores, investigadores, legisladores, jueces, abogados y estudiantes. En las últimas páginas, se incluyen las

Normas de Publicación para los autores junto con el sistema de evaluación empleado para la selección de las colaboraciones por publicar.

Los autores de los artículos publicados, además, ceden sus derechos a la editorial, en forma no exclusiva, para que se incorpore una versión digital al Repositorio Institucional de la Universidad Católica Argentina y también a otras bases de datos que considere de relevancia académica.

Todos los contenidos de la revista se encuentran disponibles en la Biblioteca Digital de la Universidad.

Datos de contacto para suscripciones, canjes, envíos de trabajos y correspondencia:

Av. Alicia Moreau de Justo 1400, CP 1107
Pontificia Universidad Católica Argentina
Buenos Aires, Argentina
Mail: forum@uca.edu.ar

FORUM

FORUM is the Journal of the Constitutional Law Center of the School of Law of the Pontifical Catholic University of Argentina "Santa María del Buenos Aires", published every semester. The journal provides coverage of the academic research carried out by teachers who integrate the Center of Constitutional Law. It also includes papers prepared by professors and specialists who participate as guests. The true legal science "(...) requires dialogue with facts and circumstances, embracing both the institutional traditions and the historical constitution, and the broader context of the sources for their interpretation and application. This means feeling heirs of a complex, legal, historical and social tradition, acting as interpreters of ethical values sustained in the Christian faith according to the perennial teaching of the [Catholic] Church and, at the same time, driven to its actual validity. In agreement with the fact that the norm not only may be respected as truth but also, when it is perceived as valid, nourishes with justice and peace the situations in which it must be taught or applied" (*FORUM* N° 1, 2013, Editorial).

In this line, *FORUM* seeks to think about Public Law from the standpoint of natural law, taking as a guide the fundamental principles of justice and natural order, illuminated by the Faith. Its thematic coverage includes: Constitutional Law, Philosophy of the Law, Public International Law, Administrative law, Law history, Canon Law and Ecclesiastical and Comparative Law. Our readers are professors, researchers, legislators, judges, lawyers and students. The last pages include the Publication Norms along with the evaluation system used for the selection of the collaborations to be published.

In addition, the authors of the published articles assign their rights to the publisher, in a non-exclusive manner, so that a digital version is incorporated into the Institutional Repository of the Argentine Catholic University as well as into other databases that are considered of academic relevance. All the contents of the journal are available in the University's Digital Library.

Contact information for subscriptions, exchanges, work submissions and correspondence:

Av. Alicia Moreau de Justo 1400, CP 1107
Pontificia Universidad Católica Argentina
Buenos Aires, Argentina.
E-mail: forum@uca.edu.ar

SUMARIO

Editorial: Instituciones y liderazgos (Institutions and Leadership), por ROBERTO A. PUNTE	17
--	----

Parte I - Artículos de investigación

LEOPOLDO M. A. GODIO La nacionalidad como derecho humano en situación de apátridas y su recepción constitucional (Nationality as a human right in a situation of stateless people and its constitutional reception).....	27
---	----

GUSTAVO A. LINDE Formación judicial en Provincia de Buenos Aires: modelos de escuela para una escuela modelo (Judiciary training in Buenos Aires province: school models for a model school)	49
---	----

MARIANA PARDO IOSA Vida digna y derecho a la salud en los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Dignified life and right to health in the rulings of the Inter-American Court of Human Rights).....	105
---	-----

MARTÍN MIGUEL MONEDERO El bien común, la Constitución Nacional y el castigo de los delitos (The common good, the National Constitution and the punishment of crimes).....	131
--	-----

MARIANO R. GUAITA
Prescripción de la acción de nulidad referente a actos administrativos irregulares en el ámbito federal: estado de situación y perspectivas de análisis para un cambio (Prescription of actions for annulment referring to irregular administrative acts at the federal level: state of the art and perspectives of change) 157

CARLOS MANUEL ROMERO BERDULLAS
Diálogos sobre el juicio por jurados (Jury Trial dialogues) 237

Parte II - Notas o comentarios

ALFONSO SANTIAGO
La OC 28/21 sobre reelecciones presidenciales y los alcances de las facultades consultivas de la Corte IDH (The OC 28/21 on presidential re-elections and the scope of the advisory powers of the Inter-American Court of Human Rights)..... 315

HORACIO M. SÁNCHEZ DE LORIA
El pensamiento político de fray Mamerto Esquiú (Political Thought of Fray Mamerto Esquiú) 343

Parte III - Ensayos, crónicas y resecciones

MARIANO PALACIOS
Recensión: Bianchi, Alberto B., *El Parlamento del Reino Unido*, 1ª edición, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2021 369

MARÍA VERÓNICA NOLAZCO
Recensión: Santiago, Alfonso (h), *La libertad de expresión como libertad preferida. La libertad de expresión de los legisladores, periodistas, ciudadanos, entidades educativas y docentes*, Ciudad de Buenos Aires, Ábaco, 2021 395

Parte IV - Documentos

LEANDRO MORFÚ	
<i>In memoriam</i> Dr. Héctor H. Hernández (h), “Predicar y morir por la Argentina” (<i>In memoriam</i> Dr. Héctor H. Hernández (h), “Preach and die for Argentina”)	407
MARTÍN CARLOS BIDEGAIN	
“Recuerdos de mi padre”	411
Normas de publicación	415

EDITORIAL

INSTITUCIONES Y LIDERAZGOS

INSTITUTIONS AND LEADERSHIP

ROBERTO A. PUNTE¹

En ciertos discursos retóricos se suele contraponer lo institucional, como garantía de buena organización y estabilidad en los gobiernos, respecto de la importancia política de los liderazgos personales. El propósito que anima esta nota editorial es poner de resalto que no se trata de conceptos contrapuestos, sino correlativos y necesitados mutuamente.

La decisión política fundamental que organizó constitucionalmente nuestra convivencia adoptó la fórmula “representativa, republicana y federal” (art. 1° de la CN). Esta definición nos remite al muy esencial concepto clásico latino de la “cosa pública” *–res publica–*, cuya característica consiste en que la comunidad ha de organizarse y gobernarse por el conjunto de los ciudadanos iguales en capacidad y dignidad para expresarse sobre las cuestiones comunes.

Ninguna forma de gobierno es pura, todas tienen elementos mixtos, con preponderancia de unos u otros, según hayan sido modeladas por la historia, las costumbres y las leyes. Las hubo con preponderancia aristocrática, al modo de las Ciudades Estado de Italia

1. Abogado (UCA). Traductor público nacional (UBA). Profesor Emérito de Derecho Constitucional (UCA). Director de FORUM y del Suplemento de Derecho Constitucional de elDial.com. Correo electrónico: punte@bscp.com.ar.

o las *polis* griegas, o asamblearias, en modelos revolucionarios como el francés o el soviético, luego de la caducidad del antiguo régimen monárquico.

En nuestro caso, después de muchos años de enfrentamientos, en 1853, se consolidó la “Unión Federal”, formulando de un modo híbrido principios en apariencia contrapuestos: la libertad e igualdad en dignidad de todos los ciudadanos y una muy amplia difusión del concepto de ciudadanía, con facilidad de incorporación a los nuevos habitantes, ya sea por nacimiento o por radicación, sin discriminación de sexo, religión, fortuna u origen. Paralelamente, se estableció, como único criterio para la selección de los gobernantes, el de la “idoneidad para el ejercicio de los cargos públicos” (art. 16 de la CN), lo que significa un requisito de mérito y capacidad probada. Esto encuentra sus orígenes en los principios clásicos de raíz griega y romana, que dan por sentado que la comunidad ha de ser integrada por ciudadanos básicamente buenos y honestos, ya que resulta imposible una convivencia organizada entre malvados e inmorales. La acreditación de idoneidad se demostraba a través del denominado *cursus honorum*, o sea, una escala de gradual acceso a las funciones de responsabilidad pública, por capacidad verificada y comprobada en distintas etapas, superando los riesgos y las dificultades de cada una de ellas.

Son varios los caracteres esenciales a la forma republicana, aunque resulta fundamental la igualdad en dignidad de todos los ciudadanos. Asimismo, y como consecuencia de esto, la rotación en el ejercicio de los cargos públicos, la división del poder único de gobierno del Estado, en funciones y competencias de colaboración, de manera que quien legisla no juzga, quien juzga no gobierna y quien gobierna ni juzga ni legisla, salvo cooperativamente, en cuanto las competencias así deslindadas pueden ejercerse de tal modo. Recientemente, se ha criticado desde lo que se autopercebe como “progresismo”, tal organización fraccionada; se ha dicho que es “antigua”, por remontarse a más de dos siglos en su desarrollo a partir de la independencia de Estados Unidos en 1776 o la Revolución Francesa de 1789.

Nada más erróneo, puesto que el desarrollo de este sistema, que bien puede calificarse de “mixto”, en cuanto conviven en él caracteres a la vez democráticos y de mérito, tiene su éxito y eficacia en la superación de las autocracias, en las cuales la figura del monarca era a la

vez jefe militar y jefe espiritual, supremo legislador, supremo juez y supremo ejecutor. Este poder concentrado unitario resultó distribuido y fraccionado en las sanas repúblicas y es el resultado de siglos de decantación doctrinaria y de experiencias prácticas.

Esta introducción, tal vez muy elemental para una publicación como la nuestra, tiene, sin embargo, un propósito definido: se procura explicar que, precisamente por el paso del tiempo y su aplicación en distintas sociedades, esta forma de organización –cuya idea central es que el poder político ha de ejercerse según un régimen denominado “de frenos y contrapesos”– ha verificado en su desarrollo una flexibilidad de adaptación; de esa manera, ha asumido los grandes cambios tecnológicos y sociales de un modo sumamente interesante y digno de análisis.

Hoy en día, dichos “contrapesos” se han desarrollado trascendiendo los meros recaudos internos de contralor y la división estructural de la función de “gobierno”, según se ha descrito, asimilando variadas posibilidades electorales sumadas a la clásica de competencia para el ejercicio rotativo de los cargos políticos, como las posibilidades de consulta, iniciativa, ratificación o revocación. En paralelo, crecen otras formas legítimas de ejercicio ciudadano, a través de los denominados poderes sociales. Como resultado, el poder de gobierno se configura desde la potestad gubernativa pero requiere como complemento indispensable el consenso y la obediencia de la sociedad, no sólo en su aspecto individual, sino también participativamente por las agrupaciones calificadas como “intermedias”, sean estas familias, empresas, sindicatos, medios formadores y movilizadores de opinión, instantánea y global, lobbies –representantes de intereses nacionales y transnacionales–, maximizado en la actualidad gracias a los enlaces y agrupaciones a través de las redes informáticas, que han demostrado un efectivo poder de contrapeso, control, reconfiguración y aún anulación de medidas de gobierno.

La presencia del pueblo titular de la soberanía puede ahora manifestarse, además del voto periódico y de la vigilancia por los partidos políticos, así como de sus representantes libremente elegidos, por un permanente ejercicio de contralor y seguimiento de los actos de gobierno, en lo que modernamente se denomina requisito de “transparencia”, que ya estuvo expresada en los actos liminares de Mayo

de 1810 por el clamor que manifestaba: “(...) el pueblo quiere saber de qué se trata”. Es que todos los ciudadanos tienen derecho a ser debida y completamente informados, no siendo válido ni suficiente para ello la publicidad de las decisiones que los obligan, sino principalmente sobre las razones, fundamentos y debates, que conforman el proceso que ha llevado a la adopción de las medidas, normas o leyes que pretenden serles aplicadas obligatoriamente. Hay en desarrollo un derecho de contralor ciudadano asistido por una telaraña de ONG, potenciada por un enérgico periodismo de investigación y crítica, orientado a verificar tales justificaciones y sus propósitos, tanto los aparentes como los ocultos o reservados, para determinar su consonancia o disonancia con el deber de promover el bienestar general, que es condición necesaria para el desarrollo libre de las vidas personales y de sus bienes propios y de sus familias.

Hay una profunda razón ética en los fundamentos de esta organización del Estado democrático. Consiste en el reconocimiento de la dignidad de cada persona, y de la libertad como el principal derecho que ha de ser ejercido, según un criterio de responsabilidad. Se es libre, pero ya no del modo individualista de liberalismo decimonónico, sino en lo que podría calificarse como una “libertad solidaria”, de categoría vinculada y en red. Ya no puede pensarse en un ejercicio caprichoso de tal libertad, sino que ha de ser de acuerdo con las leyes sanas que lo reglamenten justamente (art. 19 de la CN) y las buenas costumbres de la convivencia pacífica.

De ahí que el concepto de “ley” encierra una condición de legitimidad constitucional: el reparto de cargas y beneficios entre los ciudadanos debe ser justo. Arturo E. Sampay, en el Prólogo al libro de Maurice Hauriou, que él mismo tradujo, refiere a una frase de dicho autor que bien explicita lo que quiero decir y que aquí transcribo: “(...) el fin de la justicia es establecer la mayor igualdad posible en vista del bien”, tanto individual como común².

2. Sampay, Arturo E., en el Prólogo al libro de Hauriou, Maurice, *La teoría de la institución y la fundación*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, trad. Arturo Enrique Sampay, 1968, p. 17.

De esta manera, el derecho positivo sólo se justifica precisamente para asegurar las buenas costumbres necesarias para la convivencia democrática, la legitimación de la República, por lo tanto, se apoya indisolublemente con el concepto de bien común y éste, a su vez, en que sea efectivo, oportuno y sirva de fundamento del logro equitativo de los bienes individuales y familiares. Pues nadie nace, vive o fallece aislado, sino vinculado socialmente tanto en forma intergeneracional, esto es, con integración de las ancestrales cadenas sucesorias entre antepasados y descendientes, como horizontalmente en las relaciones de familia, amistad, ciudadanía, trabajo, vecindad, empresas, solidaridad ante las dificultades.

Ahora bien, paradójicamente, respecto del título dado a esta nota, la buena república resulta de tal modo indisolublemente ligada a los buenos líderes. En efecto, en su fundación y sustentación han existido y deben existir, como en toda comunidad organizada (y particularmente en las repúblicas como institución), líderes convocantes y cohesionantes de las voluntades individuales, movidas por la subjetividad ética de las personas, que generan en su conjunto el orden público, o sea, el complejo orgánico de las leyes, reglamentos, protocolos y costumbres, necesarias para la concordia social.

Así lo expresa sabiamente la Constitución Nacional en el artículo 19, en cuanto establece el principio de la libertad personal, circunscrita por el respeto al orden y la moral pública y el no perjuicio a terceros. Precisamente, este concepto de orden público y de moralidad pública debe entenderse como las buenas costumbres imprescindibles para la supervivencia de la Nación, según los fines sustantivos y convocantes, proclamados en el Preámbulo de convivencia en unión, justicia, paz, defendidos de agresiones, generando así un cauce seguro que nos lleve a un estado de bienestar general, siempre amparados por los beneficios de la libertad.

Estas son las ideas fuerzas que organizan el poder, pero –si volvemos al tema de los liderazgos personales– es preciso que las instituciones sean asumidas por personas que las lleven adelante, con conductas ejemplares que, a su vez, provocan conductas-seguimiento.

Puede verificarse una superación de los mitos del “buen salvaje en estado de inocente naturaleza” y el del “contrato social”, ya sea el racionalista, de Rousseau, como el de autodefensa de Hobbes.

El actual “sentido común” asume que todo acto humano está cargado de sesgos y emociones, ligados con valores de veracidad y honradez, pero también con sus sombras, los caprichos, egoísmos y traiciones. La verdad y la mentira, la honradez y el engaño, la bondad y el crimen, no formulan un sistema binario –entre principios opuestos de bien *versus* mal, en permanente pugna–, sino una compleja red de interrelaciones y grados.

Cabe insistir en que ningún grupo humano puede seguir adelante de modo coherente y sostenido en el tiempo en empresas comunes si no operan en confluencia la suma de las voluntades personales –de quienes habitan, quienes ejercen la ciudadanía, quienes llevan adelante todas las actividades necesarias para la convivencia pacífica– que permitan la proyección en el tiempo y el espacio a decisiones vitales sostenidas en una comunión de ideales compartidos.

Juan Bautista Alberdi, en el Capítulo XVII de las *Bases*, describe, para nosotros, dicha “comunión de los ciudadanos”, cuando refiere a los antecedentes de los tiempos de la revolución que justifican la unidad nacional. Entre otras, menciona la: “(...) [u]nidad de creencias políticas y de principios republicanos. La Nación ha pensado como un solo hombre en materia de democracia y de república (...)”; la “(...) [u]nidad de sacrificios en la guerra de la Independencia. Todas las provincias han unido su sangre, sus dolores y sus peligros en esa empresa (...)”; la “(...) [u]nidad de conducta, de esfuerzos y de acción en dicha guerra (...)”, también “(...) [l]os distintos pactos de unión general, celebrados e interrumpidos durante la revolución, constituyen otro antecedente unitario de la época moderna del país, que está consignado en sus leyes y en sus tratados con el extranjero (...)”; la “(...) unidad de glorias y de reputación”, “(...) de colores simbólicos de la República Argentina (...)”, “(...) de armas o de escudo”; “(...) [l]a unidad implícita, intuitiva, que se revela cada vez que se dice sin pensarlo: República Argentina, Territorio argentino, Pueblo argentino y no República San Juanina, Nación Porteña, Estado Santafesino”, y hasta “(...) [l]a misma palabra argentina es un antecedente unitario”³.

3. Alberdi, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires, Biblioteca del Congreso de la Nación, 2017, pp. 117-118.

Ahora bien, esta forma virtuosa de la convivencia no ha sido, ni podrá ser, necesariamente, siempre así. Hubo en todas las épocas y pueblos, y entre nosotros también, liderazgos tóxicos, megalomanía, desmesuras, autocráticos, corruptos, dictatoriales y tiránicos, que han conducido a sus sociedades a la ruina, el desastre, la disolución y la destrucción.

A su vez, la República no puede existir sin liderazgos. Por eso al principio mencioné la importancia que tiene el concepto de “idoneidad”, requerido constitucionalmente para el ejercicio de los cargos públicos. Cuando Aristóteles trata la cuestión en la *Política*⁴, justamente, expresa que no sólo es la funcional, sino también la idoneidad ética para el ejercicio justo del poder.

La existencia de variedad de regímenes es algo natural, ya que la ciudad no es un todo uniforme, como dice el mismo Aristóteles: “La causa de que existan diversos regímenes es que toda ciudad tiene varias partes”⁵, y “de estas partes, unas veces participan todos en el gobierno y otras un número mayor o menor”⁶. Pero lo imprescindible es que en todos ellos –independientemente del número de personas que lo compongan– se busque el bien común, sin el cual no habría convivencia pacífica. Aunque no sean todos igualmente eficaces, unos mejores y otros peores.

Los ciudadanos se diferencian entre sí por su nobleza, dinero, profesión. Pero cada uno de ellos participa de modo distinto en la ciudadanía, pues es una forma de prudencia diferente saber obedecer lo justo, que mandar con justicia y, en ambos casos, se requiere una alta dosis de prudencia para la buena convivencia. Por tanto, en la medida en que haya muchos prudentes en una ciudad será más fácil que dicha *polis* busque el bien común de los ciudadanos.

Es evidente que en la vida real la república perfecta no existe, ya que siempre se trata de algo a la vez en construcción y amenazada por la destrucción. Como toda casa que se habita y cuida, permanece

4. Aristóteles, *Política*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, trads. M., 2005.

5. *Pol.* IV 3, 1289b27-28.

6. *Pol.* IV 3, 1290a4-5.

bien, pero si se la abandona crece la maleza, entran las alimañas –hoy diríamos los okupas– y se destruye. T. S. Eliot ha escrito páginas recordables sobre que la civilización es un esfuerzo permanente contra las fuerzas que buscan destruirla⁷.

En conclusión, no basta con confiar en las instituciones, pues estas, a su vez, han sido generadas por liderazgos humanos y tienen que ser sostenidas por ciudadanos prudentes. Instituciones y liderazgos, en cualquiera de los regímenes, se necesitan mutuamente, tanto para nacer como para permanecer, frente a las amenazas de la destrucción, la desidia o la captura.

BIBLIOGRAFÍA

- Alberdi, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires, Biblioteca del Congreso de la Nación, 2017.
- Aristóteles, *Política*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, trads. M., 2005.
- Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, M., 2002.
- Aubenque, P., *La prudence chez Aristote*, París, Presses Universitaires de France, 1963.
- Eliot, T. S., *Notas para la definición de la cultura*, Buenos Aires, Emecé, 1952.
- Hauriou, Maurice, *La teoría de la institución y la fundación*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, trad. Arturo Enrique Sampay, 1968.

7. Eliot, T. S., *Notas para la definición de la cultura*, Buenos Aires, Emecé, 1952.

PARTE I

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

LA NACIONALIDAD COMO DERECHO HUMANO EN SITUACIÓN DE APÁTRIDAS Y SU RECEPCIÓN CONSTITUCIONAL

NATIONALITY AS A HUMAN RIGHT IN A SITUATION OF STATELESS PEOPLE AND ITS CONSTITUTIONAL RECEPTION

LEOPOLDO M. A. GODIO¹

Recibido: 26 de abril de 2021
Aprobado: 11 de agosto de 2021

RESUMEN

La apatridia y su reconocimiento constituyen el pilar para acceder a una correcta calificación jurídica, imprescindible para aquellos individuos necesitados de la protección derivada del reconocimiento estatal y evitar, de igual modo, que aquellas personas poseedoras de nacionalidad resulten consideradas –incorrectamente– apátridas. El

1. Abogado, Magíster en Relaciones Internacionales y Doctor, tesis Sobresaliente y recomendada al “Premio Facultad” (Universidad de Buenos Aires). Profesor de Derecho Internacional Público (Pontificia Universidad Católica Argentina). Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Miembro Consultor y Consejero del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales. Secretario del Instituto de Derecho Internacional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Correo: leopoldogodio@uca.edu.ar.

trabajo constata la relación entre ambas instituciones y su posible recepción en la Constitución Nacional de la República Argentina (1994), así como su justificación dentro del denominado “Cuerpo de Derecho Constitucional”, a partir de la última sentencia de la Corte Suprema en esta materia. En conclusión: Argentina es un país que se rige por el Estado de Derecho y su Constitución reconoce derechos a todo ser humano. Cada persona tiene derecho a la igualdad ante la ley y a la igual protección de las leyes.

PALABRAS CLAVES

Nacionalidad; Apátrida; Derechos Humanos; Dignidad; Derecho Internacional; Bloque de Constitucionalidad.

ABSTRACT

Statelessness and its recognition institutes the support to access a correct legal qualification, essential for those individuals in need of protection resulting from State recognition and to avoid, likewise, that those who possess nationality are considered –incorrectly– as stateless. This work notes the relationship between both institutions and their possible reception in the National Constitution of the Argentine Republic (1994), as well as their justification within the so-called “Constitutional Body of Law”, from the last judgment of the Supreme Court on this matter. In conclusion: Argentina is a country governed by the Rule of Law and this Constitution recognizes rights on every human. Each person is entitled to equality before the law and equal protection of the laws.

KEYWORDS

Nationality; Statelessness; Human Rights; Dignity; International Law; Constitutional Body of Law.

PARA CITAR ESTE TEXTO:

Godio, Leopoldo M. A. “La nacionalidad como derecho humano en situación de apátridas y su recepción constitucional”, *FORUM: Revista del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, N° 12, 2021, pp. 27-48.

I. INTRODUCCIÓN

Las dificultades en el acceso a la nacionalidad y la lucha contra el fenómeno de la apatridia constituyen una seria preocupación de la comunidad internacional –a pesar de los importantes progresos alcanzados, ya que aún persisten las causas que originan estos problemas– agravada por la adición de peligros que originan la aparición de nuevos Estados y las transferencias de territorio entre Estados ya existentes, para mencionar algunos².

Estos inconvenientes se incrementan especialmente en situaciones migratorias, cuyos movimientos son cada vez más numerosos³ y adquieren notoriedad cuando los individuos carentes de nacionali-

2. Por ejemplo, se estima que Costa de Marfil presenta más de medio millar de personas en condición de apátridas de ascendencia burkinés. Asimismo, con un ámbito de aplicación territorial mayor, la disolución de Estados europeos ocasionó que unos 600.000 individuos se encuentren en esta misma situación. Disponible en <https://www.acnur.org/apatridia-en-el-mundo.html> (consultado el 17/9/2019).

3. Afirmar la existencia de una “crisis migratoria” requiere, cuanto menos inicialmente, señalar la seriedad del problema. Al respecto, en junio de 2020, el ACNUR ha advertido que los desplazamientos forzados afectan a más del 1 % de la humanidad –a razón de 1 cada 97 personas–, al tiempo que cada vez menos individuos pueden retornar a sus comunidades, representado casi 80 millones de personas desplazadas a fines de 2019 (duplicando los casi 40 millones en el año 2010), la cifra más alta de la historia. Fuente: ACNUR, “Tendencias Globales del Desplazamiento Forzado en 2019”. Disponible en <https://www.acnur.org/noticias/videos/2020/6/5eeafe4b4/el-1-informe-acnur-sobre-tendencias-globales-de-desplazamiento-forzado.html> (consultado el 15/2/2021). La cifra aparece más alarmante si se advierte que, en 1980, se contaban 8,5 millones y que había crecido a 14,8 en 1989. Cfr. Cortizo Álvarez, José, “Tipología de las migraciones internacionales”, *Polígonos*, N° 3, 1993, p. 19.

dad –por no haberla adquirido en el Estado de su residencia habitual, como resultado de problemas en la elaboración y aplicación de sus leyes de nacionalidad, así como por razones de discriminación contra determinados grupos étnicos o religiosos; por razones de género⁴, entre otras posibilidades– ocasionan un cambio de su residencia independientemente de su calificación, por el Derecho Internacional, del posible carácter de “migrantes”, “refugiados” o “desplazados”, que presentan elementos comunes pero con distintos efectos jurídicos en cada caso⁵.

Es en este contexto que la propia comunidad internacional se ha preocupado por establecer acciones destinadas a la protección de aquellas personas apátridas, sin omitir las situaciones propias de los refugiados, quienes en definitiva revisten carácter de grupo vulnerable⁶.

Lo anterior constituye el punto de partida para examinar el régimen aplicable a los apátridas, el derecho a la nacionalidad y su evaluación por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el último asunto que ha llegado a su conocimiento. La propuesta resulta ideal para considerar los argumentos del tribunal y evaluar, asimismo, la existencia de un reconocimiento al derecho a la nacionalidad en el ordenamiento constitucional argentino, traduciéndose en la re-

4. Al respecto de las severas consecuencias derivadas de legislaciones que no permiten a las mujeres transmitir su nacionalidad a los hijos, se ha destacado que entre los Estados “(...) con las mayores poblaciones de personas apátridas, se encuentran aquellos en los cuales aún están en vigor leyes discriminatorias. Por ejemplo, en Kuwait, Siria y Malasia los hijos de hombres apátridas heredan su apatridia y los problemas que eso conlleva, incluso si sus madres tienen la nacionalidad; por el contrario, los que tienen madres apátridas y padres con la nacionalidad se salvan de este destino. Hay 27 países en los cuales es difícil o imposible para un niño adquirir la nacionalidad de la madre”. Cfr. Albarazi, Zahra & van Waas, Laura, “Hacia la eliminación de la discriminación de género en las leyes de nacionalidad”, *Revista Migraciones Forzadas*, N° 46, 2014, pp. 49-51. Las autoras señalan el notable progreso de Egipto en la materia, que desde el año 2004 incorporó una disposición que, con efecto retroactivo, reconoció la nacionalidad a todo hijo de madre egipcia. *Ibidem*, p. 51.

5. Cfr. Barutciski, Michael, “El conflicto entre el concepto de refugiado y el debate sobre los desplazados internos”, *Migraciones Forzadas*, N° 3, diciembre 1998, pp. 11-14.

6. Cfr. ACNUR, *Manual sobre la protección de las personas apátridas*, Ginebra, ACNUR, 2014, p. 3.

cepción de la idea de nacionalidad como parte de la dignidad de la persona y comprendida dentro de los estándares de Derechos Humanos. Finalmente, presentaremos algunas reflexiones.

II. LA APATRIDIA Y SU TUTELA LEGAL

Los esfuerzos más importantes de la comunidad internacional en los últimos setenta años se concentraron en garantizar los derechos fundamentales de las personas apátridas, la disminución de sus causas y la posibilidad de que estos individuos puedan adquirir una nacionalidad. Desde entonces, la percepción de los Estados superó, gradualmente, las resistencias que implicaban considerar a los asuntos de nacionalidad como una cuestión de exclusiva soberanía interna y permitir –especialmente desde finales del siglo XX– la concepción de la apatridia como un problema realmente internacional⁷.

Asimismo, la situación de los apátridas tuvo un enfoque esencialmente dominado por los problemas de los refugiados –que han, incluso, eclipsado las necesidades de protección de los apátridas– y ello ha dificultado la atención y el esfuerzo internacional en la materia. Adicionalmente, la apatridia fue históricamente percibida como una cuestión técnica y no como una amplia cuestión de Derechos Humanos aplicable a individuos que requieren protección⁸.

Lo anterior explica, en parte, las dificultades de conceptualización respecto de la apatridia, así como que su calificación jurídica y posterior protección no posea una sistematización legal única, ya que el Derecho Internacional presenta una arquitectura amplia –con disposiciones “atomizadas” en distintos acuerdos internacionales–, ade-

7. Entre los distintos factores que contribuyeron a una visión “revisada” del problema de la apatridia, se destaca la desintegración de la ex Unión Soviética y la República de Yugoslavia, que crearon nuevas y graves situaciones de apatridia. Cfr. Bianchini, Katia, *Protecting Stateless Persons. The Implementation of the Convention Relating to the Status of Stateless Persons across EU States*, Leiden-Boston, Brill, 2018, pp. 61-63.

8. Cfr. Foster, Michelle & Lambert, Hélène, “Statelessness as a Human Rights Issue: A Concept Whose Time Has Come”, *International Journal of Refugee Law*, Special Issue, Vol. 28, Issue 4, 2016, pp. 565 y sigs.

más de autorizar espacios de discrecionalidad estatal. Sin embargo, es posible señalar diferentes fuentes convencionales referidas a la tutela del apátrida.

II.a) La Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954

Constituye el pilar del ordenamiento jurídico internacional aplicable a las personas apátridas –y, popularmente, se la conoce como la “Convención de 1954”– y presenta, históricamente, un origen común a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. En efecto, la Convención de 1954 constituye –aún en la actualidad– el único instrumento convencional que regula y establece estándares de trato para aquellos individuos, ya que la Convención para Reducir los Casos de Apatridia, de 1961 –y que analizaremos más adelante– se refiere esencialmente a la prevención del fenómeno⁹.

El artículo 1º (1) de la Convención de 1954, que refleja la codificación de un derecho consuetudinario, define a los apátridas como el individuo que no es considerado “(...) como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación”¹⁰.

Sin embargo, aunque la Convención resulta aplicable tanto en contextos de migración internacional como en contextos sin migración, su verdadera importancia se encuentra en el objetivo de velar para que las personas accedan a una nacionalidad –o al derecho a ella– y no sean identificados erróneamente como apátridas¹¹.

9. Cfr. ACNUR, *Manual sobre la protección de las personas apátridas*, Ginebra, ACNUR, 2014, p. 3.

10. Cfr. Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, *United Nations Treaty Series*, Vol. 360, p. 117, artículo 1º. Según lo dispuesto en el artículo 39 del tratado de 1954, el texto entró en vigor el 6 de junio de 1960 y la República Argentina es parte del mismo, gracias a la adhesión del 1º de junio de 1972, junto con una reserva que no está dirigida al artículo 1º (1), sino en función a la Cuestión Malvinas, toda vez que declara que su aplicación en territorios cuya soberanía es objeto de discusión entre dos o más Estados, independientemente de si son partes en la Convención de 1954, no podrá interpretarse como una alteración, renuncia o renuncia a la posición jurídica previamente asumida por cada uno de estos Estados.

11. Ídem.

La operatividad de la norma referida exige la observancia de condiciones dispuestas expresamente en ella, razón por la cual su naturaleza no es propiamente constitutiva, sino más bien declarativa por parte de un Estado o por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). En efecto, se trata de una disposición de vital importancia en la lucha para la erradicación de la apatridia –especialmente si se tiene en cuenta que aquella aún afecta a millones de individuos en todo el mundo– y sus acciones se concentran en eliminar el germen de las políticas que pretenden excluir a individuos que, a pesar de tener lazos profundos con un Estado en particular, son considerados extranjeros y se les niega el otorgamiento de la nacionalidad¹².

II.b) La Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961. Su rol complementario al Estatuto de 1954

Se trata de un instrumento que perfecciona la Convención de 1954 para evitar los perjuicios más graves de la apatridia y sus incidencias a través del establecimiento de normas de concesión de nacionalidad e impedir el retiro de esta –mediante la pérdida, renuncia o privación del vínculo– y prevenir, de este modo, la generación de nuevos casos, especialmente en el contexto de transferencias de territorios¹³.

Asimismo, en la Convención de 1961 subyace la idea de que los Estados conserven el derecho de elaborar sus normas en materia de nacionalidad pero alienta a que, al mismo tiempo, se evite la generación de situaciones de apatridia, traduciéndose en un equilibrio de

12. Por ejemplo, más de 600.000 personas en el estado de Rakhine de Myanmar son apátridas sobre la base de la ley de ciudadanía actual, que establece que solo los miembros de ciertos grupos étnicos son elegibles para la ciudadanía. Disponible en <https://www.acnur.org/apatridia-en-el-mundo.html> (consultado el 17/9/2019).

13. Se trata de un fenómeno poco habitual en el actual escenario internacional, pero es posible que este tipo de cesión –u otra forma de dinámica del territorio autorizada por el Derecho Internacional contemporáneo vigente– se realice en la práctica.

intereses a la luz de los derechos individuales y el trato que reciben estas personas¹⁴.

Sin embargo, creemos necesario destacar que el propio Preámbulo del tratado contiene una referencia directa a la Carta de las Naciones Unidas (1945) y la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), instrumentos que reconocen expresamente el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, sin discriminación alguna. En ese sentido, parecería que la situación de los apátridas puede incluirse dentro de estas previsiones, ya que estos individuos requieren poder regularizar y mejorar su condición.

Lo anterior puede completarse con las disposiciones de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), que tutela la dignidad humana desde su primer considerando –de concepción positivista–, que reconoce que “(...) los pueblos americanos han dignificado la persona humana”, completado por su Preámbulo –de concepción iusnaturalista–, que consagra: “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Asimismo, la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) contiene claras referencias trasladables a la dignidad que conlleva la nacionalidad, por cuanto: “Nadie debe ser sometido a torturas, ni a penas o tratos cueles, inhumanos o degradantes. Toda persona (...) será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” (artículo 5°); y “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad” (artículo 11)¹⁵.

14. Convención para Reducir los Casos de Apatridia, *United Nations Treaty Series*, Vol. 989, p. 175, artículo 1°. Según lo dispuesto en el artículo 18 del tratado, el texto entró en vigor el 13 de diciembre de 1975. La República Argentina es parte del mismo al adherir con fecha 13 de noviembre de 2014.

15. El autor agradece estas aclaraciones, consecuencia de la exposición del profesor Gabriel Maino en el curso *El concepto de Dignidad según la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, organizado por el proyecto de investigación PICTO-UCA 2017-0032, “El concepto de Dignidad Humana según la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Análisis de los casos contenciosos y de las opiniones consultivas”, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, del 7 al 28 de abril de 2021.

Asimismo, la situación de la apatridia se encuentra incluida como parte del universo de derechos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y, por esta razón, cuando estos individuos se encuentran en el territorio de un Estado Parte, deben ser objeto de protección por este último, independientemente de las circunstancias¹⁶.

En efecto, el derecho a la nacionalidad y su inderogabilidad es amparada en los artículos 20 y 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos ya referida, y así lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH), al considerar que este derecho constituye una consecuencia del vínculo entre una persona y el Estado, cuestión que aparece como “pre-requisito” para el ejercicio de determinados derechos y que, por esta razón, la totalidad de los derechos políticos y civiles se sustentan en aquel¹⁷.

Sobre este último punto, especial vinculación merece la Convención sobre los Derechos del Niño que –además del principio de interés superior, consagrado en el artículo 3º, que le otorga el derecho a ser considerado primordialmente– en el artículo 7º reconoce la importancia de la inscripción del nacimiento y el consecuente derecho al nombre y la nacionalidad. En particular, el artículo 7º (2) dispone que los Estados velarán por la aplicación de estos derechos, de conformi-

16. Al respecto, ver las observaciones generales realizadas por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su Observación General N° 31 (2004).

17. Cfr. Caso *Gelman v. Uruguay*. FR. 2011, para. 128; y Caso de *personas dominicanas y haitianas expulsadas v. República Dominicana*. EPFRC. 2014, para. 265-269. En el mismo orden de ideas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) declaró que los Estados no deben negarse a registrar los nacimientos de niños y niñas de padres en situación migratoria irregular, ocurridos en su territorio, ya que ello configura una violación de derechos. Asimismo, consideró que el Estado debe garantizar la entrega de estos documentos sin incurrir en discriminación o arbitrariedad, ya que ello es necesario para el ejercicio de múltiples derechos vinculados. Cfr. Andreu-Guzmán, Federico, “Artículo 3º”, en Christian Steiner & Marie-Christine Fuchs (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, 2ª ed., Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2019, p. 121. Para un examen de análogas y graves consecuencias en el ámbito europeo de Derechos Humanos, ver CEDH. Caso *Kuri y otros v. Slovenia*, Sentencia N° 26828/06, del 26 de junio de 2012.

dad con su propia legislación local y el Derecho Internacional aplicable, especialmente cuando el niño resultase apátrida¹⁸.

Esta solución es concordante con la Convención para Reducir los Casos de Apatridia, previamente referida, cuyos artículos 1º a 4º resultan aplicables al acceso de todo niño a una nacionalidad, por razones territoriales, aplicación de presunciones, principios extraterritoriales adjudicables a buques y aeronaves para este fin, entre otros. Esta lectura es coincidente con la interpretación de la CoIDH, en oportunidad de examinar casos de apatridia infantil en la República Dominicana y advertir: “En prácticamente todos los casos de apatridia infantil, la mejor solución radica en otorgar a los niños la nacionalidad del país en el que nacen y donde han vivido todas sus vidas. Es preciso que esto se logre lo antes posible para que ningún niño crezca bajo las privaciones que causa la apatridia. No solo es congruente con el interés superior del niño, sino también con el interés del Estado, abordar la apatridia en el momento del nacimiento o lo más pronto posible después de este. Los niños apátridas deben poder disfrutar sus derechos fundamentales, incluidos los de educación y salud, hasta que adquieran una nacionalidad. Esto contribuye a la integración y la cohesión social”¹⁹.

18. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su Observación General N° 17 (1989), señaló: “La inscripción universal de los nacimientos es importante para promover el ejercicio efectivo del derecho del niño a una nacionalidad. El derecho de todo niño a ser inscrito al nacer está reconocido como derecho humano fundamental, que debe cumplirse independientemente de la cuestión de la adquisición de una nacionalidad. Al documentar la filiación y el lugar y la fecha de nacimiento de un niño, la inscripción del nacimiento también cumple la función importante de ayudar a los niños a reivindicar su derecho a la nacionalidad. En algunos casos, la falta de acceso a la inscripción del nacimiento supone un obstáculo directo para que el Estado reconozca a un niño como nacional suyo. Los grupos considerados más vulnerables en caso de no inscripción del nacimiento como consecuencia de la discriminación estructural, entre ellos los migrantes indocumentados, los grupos indígenas, minoritarios o nómadas, los refugiados, los desplazados internos y los apátridas, también corren un mayor riesgo de que se ponga en entredicho su nacionalidad cuando no se puede efectuar el registro del nacimiento”.

19. Cfr. CoIDH. Caso de *personas dominicanas y haitianas expulsadas v. República Dominicana*. EPFRC. 2014, para. 258.

A pesar de todas las legislaciones señaladas –y sin perjuicio de otros ámbitos de protección de derechos fundamentales de carácter regional o materialmente aplicables–, Beloff advierte con razón: “La ausencia de alguna referencia a la obligación del Estado respecto de la adquisición de la nacionalidad en las diferentes declaraciones (...) debilita el reconocimiento de este derecho, y otorga a los Estados una amplia discreción en cuanto a las modalidades de su incorporación al Derecho Interno”²⁰.

Coincidimos en esta apreciación, y advertimos que la autora utiliza sabiamente la expresión “amplia” y no “absoluta”, toda vez que aunque el Derecho Internacional de los Derechos Humanos reconoce la discrecionalidad de los Estados en materia de determinación y otorgamiento de la nacionalidad, aquella no es absoluta y esta facultad se encuentra limitada por la necesidad de dotar una protección igualitaria y efectiva²¹.

Distinta es la situación inversa, cuando un Estado –como es el caso de la República Argentina– prohíbe la renuncia a la nacionalidad por parte del interesado. Se trata de un supuesto que merece las mayores cautelas, en primer lugar, por tratarse la nacionalidad de aquel carácter que vincula a un individuo con una Nación²², al tiempo que “(...) permite participar en la organización política a través del ejercicio de los derechos de esa naturaleza, a la vez que les imponen deberes cívicos, tales como votar, armarse en defensa de la patria, colaborar en los procesos electorarios o en la realización de censos poblacionales”²³.

20. Cfr. Beloff, Mary A., “Artículo 20”, en Christian Steiner & Marie-Christine Fuchs (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, 2ª ed., Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2019, p. 569. La misma autora advierte que, de conformidad con el Derecho Internacional, una persona podría ser privada de su nacionalidad, ya que esta “(...) puede perderse en determinados casos por disposición del Estado de origen, con fundamento en ciertas causas que comportan la desvinculación de la persona respecto de ese país”. *Ibíd.*, p. 576.

21. Cfr. CoIDH. Caso de las niñas *Yean y Bosico v. República Dominicana*. EPFRC. 2005, para. 136-140.

22. Cfr. Bidart Campos, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo I-A, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 613.

23. Cfr. Gelli, María A., *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*, 3ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2005, pp. 677-678. Según Edwards, es posible que la

Por esta razón es que debe recordarse que sólo los Estados poseen la competencia soberana para atribuir una nacionalidad, así como el poder de elegir los criterios determinantes para su concesión o adquisición, por un lado, y la pérdida o su recuperación, por el otro. En otras palabras, parecería que la cautela debe primar para que estas situaciones se resuelvan conforme a la legislación del respectivo Estado y ello no parece ser, en principio, materia exclusiva del Estado extranjero en el cual –en hipótesis– se encuentra físicamente el solicitante de la apatridia.

Sin embargo, atento la gravedad del fenómeno relatado hasta el momento –que, sin duda, afecta a millones de personas en todo el mundo, especialmente en situaciones que involucran a menores, quienes además se encuentran en una particular vulnerabilidad y se les niegan derechos básicos como el acceso a la educación y a la salud–, exige considerar seriamente cuál es la interpretación actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación²⁴ y evaluar su eventual conformidad con la Constitución, tal como lo adelantamos al finalizar la introducción.

adquisición de una nacionalidad pueda habilitar la renuncia de la anterior u originar su pérdida, siempre que se trate de un acto voluntario y a fin de obtener otra nacionalidad. Sin embargo, algunos Estados países pueden prohibir o desconocer estas “expatriaciones”. Cfr. Edwards, Alice, “The meaning of nationality in international law in an era of human rights: procedural and substantive aspects”, en Alice Edwards & Laura van Waas (eds.), *Nationality and Statelessness*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 22.

24. A pesar del tiempo transcurrido desde el caso *Habbal, Raghda* ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación –cuyo recurso de hecho fue denegado en 1996, por aplicación del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial– y la posterior actuación de la CIDH ante la presunta violación de derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cabe señalar que la CIDH, en su informe sobre el fondo del caso, aclaró que los Estados poseen discrecionalidad para establecer las condiciones de nacionalidad, pero que ello no habilita conductas arbitrarias ni altera el deber de brindar una protección igualitaria y efectiva, cuestión que comprende la abstención de adoptar disposiciones o conductas de carácter discriminatorias. En ese sentido, resulta interesante conocer cuál sería la interpretación de la Corte Suprema argentina actualmente, especialmente si se advierte que la CIDH concluyó que el Estado argentino había violado la Convención Americana al privar arbitrariamente de la nacionalidad a la señora Raghda Habbal. Cfr. CIDH. Informe No. 140/2019. Caso 11.691. Fondo. *Raghda Habbal e hijos*. Argentina, 28 de septiembre de 2019, para. 91, 116 y 142.

III. LA APATRIDIA Y SU VALORACIÓN COMO DERECHO HUMANO, DENTRO DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD PARA LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

El último caso sobre apatridia en examen del Máximo Tribunal fue resuelto en julio de 2019 –pocos días antes de la sanción de la Ley N° 27.512, una norma general de reconocimiento y protección de las personas apátridas²⁵–, en la causa *N., L. (en representación de N.K.M.E.) s/ medida autosatisfactiva*²⁶, proveniente de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario.

A fin de presentar un orden esquematizado sobre los hechos del caso y nuestro razonamiento en consecuencia, se realizará una síntesis de él y de los argumentos jurídicos considerados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación para, posteriormente, evaluar los Derechos Humanos involucrados y la coherencia del texto constitucional argentino.

III.a) El caso examinado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina

En una apretada síntesis de los hechos, se trata de un hijo menor de edad nacido en Polonia a quien se le habría vencido el pasaporte. Esa situación hizo que el padre considerase la existencia de una

25. La norma fue sancionada con el objeto de asegurar a los apátridas –y solicitantes de tal condición– el disfrute más amplio posible de sus derechos, así como obtener acceso a la protección, la asistencia y el otorgamiento de las facilidades que le otorga el ordenamiento internacional, junto con el local, en las condiciones de su vigencia por parte de la República Argentina. Para un examen de sus principales aspectos administrativos, ver Godio, Leopoldo M. A., “El reconocimiento de los apátridas y su protección internacional. Consideraciones a partir de la reciente Ley N° 27.512”, *Revista Anales de Legislación Argentina*, Año LXXIX, N° 11, noviembre 2019, pp. 33-43 (cita digital: ADLA2019-11 33); y con un análisis más general, ver Carranza, Gonzalo G., “Breve comentario a la ley general de reconocimiento y protección de las personas apátridas de la República Argentina”, *Temas de Derecho Administrativo*, Vol. 2019-12, 2019, pp. 1109-1115.

26. *Fallos*: 342:1227.

situación de apatridia, razón por la cual inició los trámites de nacionalización argentina por opción –negada por su progenitora polaca, ciudadana de ese país donde contrajo matrimonio, nació el menor y constituye su residencia habitual–, mereciendo el rechazo en ambas instancias previas. A partir de lo que nos interesa, la Corte Suprema realizó algunas consideraciones que ameritan nuestra atención.

En primer lugar, puntualizó que la existencia física de un ser humano posee, como consecuencia natural, el derecho a contar con una nacionalidad y el vínculo que representa tanto para el individuo y el propio Estado, del que surgen derechos personalísimos y fundamentales para el sujeto reconocido, y que además poseen jerarquía constitucional, a tenor del artículo 75, incisos 12 y 22; artículos 7° (1) y 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño; el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁷.

En segundo lugar, la Corte destacó el carácter de la nacionalidad como parte del derecho a la identidad de un individuo, bien esencial y fundamental para el reconocimiento completo de la persona y su diferenciación respecto de sus pares, derecho que es merecedor de protección ante un supuesto que importe su vulneración, tal como lo consagra especialmente para los menores de edad la Convención sobre los Derechos del Niño, respecto de los cuales el Estado tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias –y adecuadas– para garantizar no solo su reconocimiento y efectivo goce, sino también su protección, ya que en definitiva son derechos que cuentan con amparo constitucional²⁸.

La breve sentencia dejó sin efecto lo resuelto en la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario y ordenó el regreso de los autos al tribunal de origen para el dictado de un nuevo pronunciamiento²⁹.

27. *Ibíd*em, considerando 4°.

28. *Ibíd*em, considerandos 5°, 6° y 8°.

29. Voto de los Magistrados Highton de Nolasco (voto separado), Maqueda, Rosatti, Lorenzetti y Rosenkrantz (disidencia conjunta, en la cual aplican correctamente los principios y disposiciones de Derecho Internacional Privado).

Sin embargo, es inevitable notar que los hechos del caso sometido al examen de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina no se ajustan –a nuestro entender– a la situación de la apatridia y su prevención, toda vez que el menor posee nacionalidad polaca y que la controversia sobre la caducidad del pasaporte y su validez no comprende la pérdida del vínculo de nacionalidad. Asimismo, cabe destacar que en el caso no es posible siquiera encuadrar una situación de privación ilegal de la identidad o nacionalidad del niño (artículos 7º y 8º de la Convención de los Derechos del Niño), ni se probó de otra manera su condición de apátrida.

Lo anterior no impide considerar –al menos teóricamente– aquellos casos de eventuales ausencias de una nacionalidad efectiva, en el supuesto de individuos que cuenten con un Estado de origen con el cual vincularse jurídica y políticamente pero que, por razones de fuerza mayor, o encontrarse la nacionalidad cuestionada, no pueda obtener asistencia o documentos de viaje. En otras palabras, podría tratarse de una situación de apatridia “de facto” que se traduce en un impedimento administrativo susceptible de vulnerar garantías fundamentales y que, en consecuencia, merecen ser calificados como apátridas.

III.b) La apatridia y el derecho a una nacionalidad en el ordenamiento constitucional argentino

En consecuencia, es posible reflexionar si, efectivamente en el caso, el derecho a la nacionalidad y la prevención de la apatridia forman parte, en una interpretación armónica, teleológica y sistemática, del ordenamiento constitucional. En efecto, advertimos que los tratados internacionales específicos sobre apatridia –es decir, las Convenciones de 1954 y 1961 previamente referidas– poseen indudable jerarquía supralegal³⁰ y deben ser observados en las condiciones de

30. Al respecto, ver Ludwikowski, Rett R., “Supreme Law or Basic Law? The Decline of the Concept of Constitutional Supremacy”, *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Vol. 9, 2001, pp. 253-296.

su vigencia, respetando los preceptos del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969³¹.

La observancia resulta aún más evidente y determinante cuando se trata de aquellos tratados receptados en los supuestos del artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, tal como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención sobre los Derechos del Niño –entre las que tienen aplicación directa a los casos de nacionalidad y apatridia, tal como señalamos–, las que poseen expresa jerarquía constitucional y deben entenderse complementarias a ella.

Se ha afirmado que su sentido radica en la dimensión que posee el Derecho Internacional en el ámbito local, toda vez que obligó a la reinterpretación de determinadas categorías jurídicas y la re-significación de derechos, principios y valores a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, teniendo en cuenta que establece claras certezas a su favor y reconoce una relación de rango “asignándoles ya no sólo carácter supralegal como cualquier tratado, sino que además les confiere *jerarquía constitucional*”, que exigen, a su vez, que los propios tratados también se vinculen recíprocamente en conformidad con los principios establecidos en la Constitución Nacional³².

Tal como afirma Badeni, citando a Bidart Campos, los tratados internacionales receptados en el artículo 75, inciso 22 de la Constitución, “(...) adquieren similar ubicación de primacía junto al texto de la Ley Fundamental, conformando un «núcleo de constitucional-

31. La norma prohíbe a los Estados alegar el Derecho Interno para justificar el incumplimiento a un tratado internacional. En palabras de Trucco y Arredondo, esta norma –y el artículo 26 de la misma convención– permite que los tribunales nacionales afirmen “(...) la primacía del Derecho Internacional, puesto que estas normas (...) incorporadas a nuestro ordenamiento echaban por tierra la falta de sustento normativo para otorgar prioridad de rango a una ley (...)”. Cfr. Trucco, Marcelo & Arredondo, Ricardo, “Relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno”, en Ricardo Arredondo (dir.), *Curso de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2020, p. 111.

32. *Ibidem*, pp. 113-114.

dad abierto» o un «bloque de constitucionalidad» (...)” complementarios, asimismo, a los derechos y garantías reconocidos en aquel y que ello “(...) significa que sus cláusulas no pueden desconocer o anular los derechos constitucionales, sino reglamentar algunos aspectos referentes a su tipificación y ejercicio” y que la interpretación y análisis de las disposiciones deben ser realizadas conjuntamente como un todo³³.

Lo anterior nos permite afirmar que los tres tratados internacionales aplicables a la situación de apatridia y el derecho a la nacionalidad, al menos los que aparecen formalmente en el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, pueden ser empleados como parámetros del control constitucional en materia de Derechos Humanos, toda vez que presentan el cumplimiento de ambos requisitos: 1) el reconocimiento de un derecho humano tutelado en un tratado vigente para la República Argentina, y 2) su inclusión en la categoría dispuesta en el artículo referido.

Asimismo, cabe notar que no existen límites ni prohibiciones en su aplicación –a excepción de las reservas o declaraciones interpretativas dispuestas en cada instrumento–, tal como lo dispone el artículo 31 (1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, que expresa: “(...) un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

En definitiva, los derechos y deberes constitucionales asumidos por la República Argentina, a la luz del derecho a la nacionalidad, la lucha contra la apatridia y el equilibrio que tienen también sus facultades discrecionales, obligan a concluir que su solución se encuentra en la conformidad teleológica y armónica de las normas en debate con los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por el Estado y la jerarquía otorgada, en su caso.

33. Cfr. Badeni, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, 2ª ed., Tomo I, Buenos Aires, La Ley, 2006, pp. 275-276 y 278.

IV. REFLEXIONES FINALES

La apatridia, su identificación y erradicación –por un lado, que ocasiona serias afectaciones a los derechos más elementales de la persona, incluyendo el acceso a la salud, educación, propiedad y la propia libertad, por ejemplo– y el derecho a la nacionalidad –por el otro, que es la materialización del vínculo entre el individuo y un Estado, aunque este último posee un ámbito discrecional para su otorgamiento y pérdida– representan las dos caras de una misma medalla que busca consagrar la dignidad humana³⁴.

Al respecto, la República Argentina no resulta ajena a esta preocupación de la comunidad internacional –que, sin dudas, excede al mero análisis jurídico– y se ha comprometido, en consecuencia, con los más profundos valores humanos como parte de una histórica política de Estado, consagrada en la última reforma constitucional y que aún se encuentra vigente.

En ese sentido, los tratados internacionales aplicables y su referencia directa al problema de la apatridia y el derecho a la nacionalidad poseen una íntima relación con la dignidad humana y así fue reconocido por la CoIDH y la CIDH. Asimismo, ambas entidades del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos des-

34. No debe perderse de vista la importancia que posee la inviolable dignidad de los individuos como “punto de partida y de llegada” para el análisis del orden jurídico nacional e internacional, tal como lo afirmado incluso la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, al reconocer una concepción personalista del Derecho. En la comprensión de Santiago, nos encontramos en una era que exige el “(...) reconocimiento de la igual e inviolable dignidad de la persona humana y de los derechos que de ella se derivan (...) [toda vez que] es un concepto jurídico suprapositivo, fundador e inspirador de todo el ordenamiento (...) que no reconoce excepción alguna y que es irrenunciable”. Cfr. Santiago, Alfonso, “La igual e inviolable dignidad de la persona humana como fundamento del orden jurídico nacional e internacional”, *Prudentia Iuris*, N° 83, 2017, pp. 101-102. En idéntico sentido, se ha afirmado que el concepto de dignidad es pasible de diversas acepciones y posibilidades de análisis aunque, en la aplicación por parte del órgano judicial, no es posible abstraerse de considerar a todos los seres humanos. Cfr. Sacristán, Estela, “El concepto de dignidad humana en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *Prudentia Iuris*, N° 84, 2017, p. 72.

tacaron la especial vulnerabilidad de los niños y esta preocupación es refrendada por la doctrina especializada.

En cuanto al bloque de constitucionalidad y su posible vinculación al problema examinado corresponde señalar que, a pesar de una ausencia manifiesta de aquellas convenciones y normas referidas a la apatridia dentro de los instrumentos receptados por el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, corresponde advertir que existen, al menos, tres convenciones internacionales que consagran el derecho humano a la nacionalidad, en una interpretación acorde y complementaria con la lucha contra la apatridia³⁵.

Esta verificación del amparo constitucional es compatible con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación³⁶ y es ratificada en su jurisprudencia más reciente en la materia, que destaca no sólo la importancia del vínculo de la nacionalidad, sino el derecho personalísimo y como parte de la identidad del individuo, atributos merecedores de protección ante eventuales situaciones de vulneración y, en especial, cuando involucra a niños.

Finalmente, tanto el legislador como el operador judicial no deben perder de vista que detrás de una norma jurídica referida a derechos fundamentales no se encuentra una simple persona a título personal, sino una familia y valores que merecen protección y contención. En tiempos en los que se reclama la humanización del Derecho, creemos que resulta necesario solicitar una humanización en la interpretación del Derecho y ello no es alentar a un apartamiento de la norma, sino resaltar la dignidad en conjunción con la equidad y lo justo al caso concreto³⁷, cuestión que en definitiva constituye el prestigio de la sociedad y el valor final de su justicia.

35. Podríamos incluir una cuarta: la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidades (2009), que posee también jerarquía constitucional en los términos del artículo 75, inciso 22 (mediante Ley N° 27.044, en 2014), por cuanto prohíbe la negativa a adquirir o cambiar una nacionalidad o privarle de aquella por razones de discapacidad, así del derecho de "(...) obtener, poseer y utilizar documentación relativa a su *nacionalidad* u otra documentación de identificación". El destacado me pertenece.

36. Fallos: 330:1436; Fallos: 327:2413 y 5210; y Fallos: 334:1691, entre otros.

37. Para un análisis reciente en este sentido, ver Lafferriere, Jorge Nicolás, "Dignidad humana, equidad y prioridad de cobro en una quiebra. Comentario a la

BIBLIOGRAFÍA

- Achiron, Marilyn, *Nacionalidad y apatridia. Manual para parlamentarios*, 2ª ed., Ginebra, ACNUR - Comité de la Unión Interparlamentaria, 2014.
- ACNUR, *Manual sobre la protección de las personas apátridas*, Ginebra, 2014.
- Álbarazi, Zahra & van Waas, Laura, "Hacia la eliminación de la discriminación de género en las leyes de nacionalidad", *Revista Migraciones Forzadas*, N° 46, 2014, pp. 49-51.
- Andreu-Guzmán, Federico, "Artículo 3º", en Christian Steiner & Marie-Christine Fuchs (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, 2ª ed., Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2019, pp. 106-121.
- Badeni, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, 2ª ed., Tomo I, Buenos Aires, La Ley, 2006, pp. 275-276 y 278.
- Barutciski, Michael, "El conflicto entre el concepto de refugiado y el debate sobre los desplazados internos", *Migraciones Forzadas*, N° 3, diciembre 1998, pp. 11-14.
- Beloff, Mary A., "Artículo 20", en Christian Steiner & Marie-Christine Fuchs (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, 2ª ed., Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2019, pp. 556-598.
- Bianchini, Katia, *Protecting Stateless Persons. The Implementation of the Convention Relating to the Status of Stateless Persons across EU States*, Leiden-Boston, Brill, 2018.
- Bidart Campos, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo I-A, Buenos Aires, Ediar, 2000.
- Carranza, Gonzalo G., "Breve comentario a la ley general de reconocimiento y protección de las personas apátridas de la República Argentina", *Temas de Derecho Administrativo*, Vol. 2019-12, 2019, pp. 1109-1115.
- Cortizo Álvarez, José, "Tipología de las migraciones internacionales", *Polígonos*, N° 3, 1993, pp. 9-23.
- Edwards, Alice, "The meaning of nationality in international law in an era of human rights: procedural and substantive aspects", en Alice Edwards & Laura van Waas (eds.), *Nationality and Statelessness*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 11-43.
- Edwards, Alice & van Waas, Laura, *Nationality and Statelessness*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

sentencia 'Institutos Médicos Antártida' de la Corte Suprema de Argentina", *Revista Internacional de Derechos Humanos*, Vol. 10, N° 2, 2002, pp. 227-262.

- Foster, Michelle & Lambert, Hélène, "Statelessness as a Human Rights Issue: A Concept Whose Time Has Come", *International Journal of Refugee Law*, Special Issue, Vol. 28, Issue 4, 2016, pp. 564-584.
- Gelli, María A., *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*, 3ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2005.
- Godio, Leopoldo M. A., "El reconocimiento de los apátridas y su protección internacional. Consideraciones a partir de la reciente Ley N° 27.512", *Revista Anales de Legislación Argentina*, Año LXXIX, N° 11, noviembre 2019, pp. 33-43 (cita digital: ADLA2019-11 33).
- Jiménez, Eduardo P., "Migrantes y refugiados. Acerca de la globalización, los límites, las fronteras y los derechos fundamentales", *El Derecho*, 243-931.
- Lafferriere, Jorge Nicolás, "Dignidad humana, equidad y prioridad de cobro en una quiebra. Comentario a la sentencia 'Institutos Médicos Antártida' de la Corte Suprema de Argentina", *Revista Internacional de Derechos Humanos*, Vol. 10, N° 2, 220, pp. 227-262.
- Ludwikowski, Rett R., "Supreme Law or Basic Law? The Decline of the Concept of Constitutional Supremacy", *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Vol. 9, 2001, pp. 253-296.
- Oyarzabal, Mario J. A., *La Nacionalidad Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2003.
- Sacristán, Estela, "El concepto de dignidad humana en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", *Prudentia Iuris*, N° 84, 2017, pp. 41-72.
- Santiago, Alfonso, "La igual e inviolable dignidad de la persona humana como fundamento del orden jurídico nacional e internacional", *Prudentia Iuris*, N° 83, 2017, pp. 95-108.
- Trucco, Marcelo & Arredondo, Ricardo, "Relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno", en Ricardo Arredondo (dir.), *Curso de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2020, pp. 105-116.

FORMACIÓN JUDICIAL EN PROVINCIA DE BUENOS AIRES: MODELOS DE ESCUELA PARA UNA ESCUELA MODELO

JUDICIARY TRAINING IN BUENOS AIRES PROVINCE: SCHOOL MODELS FOR A MODEL SCHOOL

GUSTAVO A. LINDE¹

Recibido: 2 de mayo de 2021

Aprobado: 15 de septiembre de 2021

“Una escuela es una fragua de espíritus”.
José Martí²

RESUMEN

El presente trabajo aborda una propuesta de rediseño de la Escuela Judicial bonaerense. Para ello, recoge las experiencias del autor

1. Abogado (UBA). Magíster en Magistratura y Derecho Judicial (UA). Profesor Adjunto de Derecho Internacional Público (UNLaM). Defensor General Departamental (MPBA). *Peacekeeper* UNFICYP (1999-2000, 2003). Miembro de la *International Society for Military Law and the Law of War* (2004-2006). Miembro del Departamento de Derecho Judicial (UA). Correo electrónico: glinde@unlam.edu.ar.

2. Martí, José, “Guatemala”, *Obras Completas*, Volumen 7 - Nuestra América, La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 1991, p. 156. En <http://biblioteca.clacso.edu.ar/Cuba/cem-cu/20150114042653/Vol07.pdf> (consultado el 28/1/2021).

como pasante en escuelas judiciales de Estados Unidos, España y República Dominicana, cosechadas durante viajes de estudio organizados por la Universidad Austral entre 2014 y 2016, como así también algunas experiencias del Derecho Comparado. Incluye una propuesta inspirada en modelos nacionales y extranjeros para el rediseño de dicha Escuela Judicial, basada en una matriz curricular de formación inicial, semipresencial (*b-learning*) y bienal, como instancia de selección e ingreso a la carrera judicial destinada a aspirantes a fiscales, defensores y jueces.

PALABRAS CLAVE

Federal Judicial Center (EUA); Escuela Judicial (España); Escuela Nacional de la Judicatura (República Dominicana); Buenos Aires; *b-learning*.

ABSTRACT

This paper addresses a proposal for the redesign of the Judiciary School in Buenos Aires Province, by collecting the author's experience in internships across the United States, Spain and Dominican Republic between 2014 and 2016, invited by Austral University, as well as some experiences of Comparative Law. It includes an approach to national and foreign models for the renewal of the Buenos Aires Judiciary School, based on a curricular matrix which involves an initial and blended-learning program for a biennial period, as an instance of selection and admission to the judicial career for prosecutors, defenders and judges.

KEYWORDS

Federal Judicial Center (USA); Escuela Judicial (Spain); Escuela Nacional de la Judicatura (Dominican Republic); Buenos Aires, B-learning.

PARA CITAR ESTE TEXTO:

Linde, Gustavo A. "Formación judicial en Provincia de Buenos Aires: modelos de escuela para una escuela modelo", *FORUM: Revista del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, N° 12, 2021, pp. 49-104.

INTRODUCCIÓN

Desde nuestra Constitución originaria (1853-1860) y aun antes, la idoneidad era requisito para el acceso a los cargos públicos (art. 16). Naturalmente, ello incluía a quienes se desempeñaran dentro del Poder Judicial.

No obstante, desde 1994, se ha intensificado la necesidad de que los jueces y demás empleados judiciales posean idoneidades específicas requeridas para esas tareas. Se abrieron, así, nuevas categorías desde las cuales analizar la función.

Esta nueva perspectiva vino a conmovier, primero, y actualizar, después, aquella tradicional, a partir de cambios sustantivos operados en la orgánica constitucional con la conformación de un órgano destinado a aplicar un mecanismo de selección de magistrados mediante concurso público³.

3. En esa inteligencia, nuestra Constitución Nacional reza en su artículo 114:

"El Consejo de la Magistratura, regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial (...) serán sus atribuciones:

1. Seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores.

2. Emitir propuestas en ternas vinculantes, para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores".

Otro tanto acontece en el plano infraconstitucional, desde el momento en que nuestra legislación federal alumbrara la Ley N° 26.861 de "Ingreso democrático e igualitario de personal al Poder Judicial de la Nación y al Ministerio Público de la Nación" (BO 3/6/2013), postulando al procedimiento de selección mediante concurso público

De manera concomitante, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires prevé, en su artículo 175, un mecanismo de selección para los integrantes del Poder Judicial local⁴; puntualmente establece:

“Los jueces de la Suprema Corte de Justicia, el procurador y el subprocurador general serán designados por el Poder Ejecutivo, con acuerdo del Senado, otorgado en sesión pública por mayoría absoluta de sus miembros.

Los demás jueces e integrantes del Ministerio Público serán designados por el Poder Ejecutivo, de una terna vinculante propuesta por el Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado otorgado en sesión pública.

Será función indelegable del Consejo de la Magistratura seleccionar los postulantes mediante procedimientos que garanticen adecuada publicidad y criterios objetivos predeterminados de evaluación. Se privilegiará la solvencia moral, la idoneidad y el respeto por las instituciones democráticas y los Derechos Humanos (...).”

Cabe preguntarse, llegado a este punto, si la introducción de dicho mecanismo abastece de manera integral las exigencias de formación propias de una función de tamaño relevancia y responsabilidad –como lo es la función judicial– cuyo estudio nos ocupa.

como prerequisite de acceso a la función judicial, garantizando condiciones de igualdad, transparencia, publicidad y libre concurrencia en la cobertura de vacantes.

Luego, en ejercicio de la potestad reglamentaria que le es propia, sendas ramas del Ministerio Público (siempre en el orden federal) dictarían a su turno regímenes específicos [Resolución PGN N° 507/2014 aprobatoria del “Reglamento para el Ingreso Democrático e Igualitario al Ministerio Público Fiscal de la Nación (no obran registros de su publicación en el BO) y Resolución DGN N° 75/2014 (BO 13/2/2014) aprobatoria del “Reglamento para el ingreso de personal al Ministerio Público de la Defensa”], rindiendo tributo a este nuevo estándar legal –con autoridad de principio– que implica el ingreso democrático y honrando la máxima constitucional consagradoria de la igualdad ante la ley y su subproducto, la idoneidad, como condición de acceso al empleo público.

4. Recuérdense que en nuestro sistema federal “[c]ada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia (...).” (cfr. artículo 5° de la CN).

En otras palabras, ¿acaso la función judicial exige de los magistrados y funcionarios conocimientos específicos, práctica y sentido común?; ¿basta con transitar las alternativas propias de un concurso público para tener por configurado el requisito de la idoneidad como condición legitimante, en orden al ejercicio de una función a la que se le confía la protección de los más preciados bienes jurídicos y la celosa guarda y observancia de la Constitución?; vale decir, la custodia de todo un orden legal e institucional.

La respuesta se insinúa negativa, a la luz de distintas experiencias que asoman tanto desde sistemas comparados como en la escena local, que ilustran acerca de la necesidad de subsumir a quienes son llamados a prestar el servicio de justicia, dentro de un sistema de formación integral, capaz de permear y actualizar en los futuros operadores judiciales los baluartes democráticos y republicanos propios del Estado de Derecho.

Este artículo explora un hipotético rediseño de la Escuela Judicial bonaerense, jurisdicción escogida tanto en orden a su importancia dentro de la organización federal del país, como en virtud de ser el ámbito de actuación funcional propio del autor.

Se propone, a tales fines, el siguiente recorrido: primero, se abordan los aspectos relevantes en el diseño curricular adoptado por instituciones educativas arraigadas en diferentes latitudes jurídicas, pensadas como instancias de formación inicial, presencial o semipresencial y de extensión plurianual. Para ello trataré de reflejar las experiencias vividas en los Estados Unidos, España y República Dominicana en calidad de pasante entre los años 2014 y 2016, merced a la coordinación académica del Departamento de Derecho Judicial de la Universidad Austral, que me permitió visitar dichas escuelas, como también y con idénticos fines, una prospección por sistemas de formación judicial del Derecho Comparado.

Seguidamente, se dedica un acápite al abordaje de algunas experiencias nacionales en materia de formación académica, tanto las adscriptas a la rama judicial como aquellas otras inscriptas en áreas altamente profesionalizadas dentro de la estructura del Estado: Servicio Exterior, Defensa, Ciencia y Tecnología; muestra cabal de las capacidades locales para generar programas formativos de calidad con recursos propios.

Como punto culminante se incluye una apuesta en favor de un modelo hipotético de Escuela Judicial para el principal distrito del país, el bonaerense, inspirado tanto en expresiones foráneas como locales, síntesis de las bondades y calidades técnico-académicas de unas y otras.

I. LA IMPORTANCIA DE LA FORMACIÓN JUDICIAL

Corría el año 1987, cuando el jurista argentino Néstor Sagüés enseñaba sobre las condiciones que debía reunir un Poder Judicial para reputarse idóneo. En su ensayo sobre reforma constitucional, instaba a ejercer la opción en favor de una judicatura calificada que reconociera su nacimiento en la Escuela Judicial.

“Si el constituyente opta por un Poder Judicial idóneo, esa decisión tendrá su precio. Deberá asumir, por ejemplo, el hecho de que un diploma universitario de abogado no garantiza de por sí las calidades necesarias para ser juez o miembro del Ministerio Público. Nuestros egresados de Derecho carecen, por la mera tenencia del título, de las condiciones necesarias para cumplir roles judiciales o fiscales; aquel título es por supuesto indispensable, pero debe complementarse con los cursos teórico-prácticos de formación, entrenamiento y capacitación especializados, a cargo de institutos de posgrado que en el Derecho Comparado se conocen como Escuelas Judiciales. Y así lo han hecho los países que realmente quisieron superar el nivel de sus cuadros judiciales y afirmar la idea de que a la magistratura no debe ir cualquier abogado, sino aquél específicamente preparado para el quehacer tribunalicio”⁵.

5. Sagüés, Néstor, “Reforma Constitucional: el Poder Judicial”, *La Ley* 1987-E, p. 848. AR/DOC/18453/2001.

Luego, librándose de aquella crítica alimentada por quienes veían una apología de la “oligarquía de la toga”, agregaba en apoyo de su postura:

“(…) el diploma de juez, alcanzado cumpliendo los recaudos constitucionales de igualdad de oportunidades y de selección por la idoneidad, tiene otro sabor institucional y otro tipo de legitimidad (...) La legitimidad contemporánea del Poder Judicial exige, en efecto, aceptar esquemas de reclutamiento de jueces que satisfagan principios como los de igualdad de oportunidades y de selección por la idoneidad, recaudos que difícilmente podrán cumplirse si no se implementan los concursos, la Escuela Judicial y el Consejo de la Magistratura”.

Años más tarde, de su pluma brotaría otra encendida defensa de la Escuela Judicial como instancia de formación y preselección de magistrados, imprescindible en los cimientos de una administración de justicia republicana⁶.

Si ahondamos en este aspecto, dentro de la tradición continental europea, los españoles han sabido identificar precozmente las bondades de una formación judicial institucionalizada. Uno de sus apologistas, Carlos Gómez Martínez, reflexionaba a su respecto en el ambiente europeo del nuevo milenio. Señalaba, en este sentido, el protagonismo que habían adquirido los jueces en la última década

6. “Precisamente, es este un punto que debe necesariamente subrayarse: la Escuela Judicial, como ente de perfeccionamiento, formación y preselección de magistrados, tiene que estar dispuesta a recepcionar a candidatos que ya están en el Poder Judicial, o que, en cambio, actúan en otras esferas. Es ella el órgano adecuado para impartir la información y formación especializada, y aprobar a quienes han superado las pruebas de evaluación pertinentes”. Sagüés, Néstor, “La escuela judicial en Chile. Actuales perspectivas del instituto en Argentina”, *La Ley* 1979-C, p. 867. AR/DOC/6564/2001.

del siglo XX y que, junto con ello, se había puesto de manifiesto la necesidad de una sólida formación judicial⁷.

El citado autor apuntaba:

“La conciencia de la trascendencia y, simultáneamente, de fragilidad de la formación profesional del juez (...) es la que inspira las palabras que siguen destinadas a exponer las razones de la formación del juez posterior a la oposición y previa al ingreso en la carrera, la que se denomina su «formación inicial» por contraposición a la «formación continuada», posterior a la plena incorporación a la carrera judicial”⁸.

La importancia de la formación judicial no solo goza de gran predicamento en el Viejo Continente; más aún, su acogida como estándar dentro del Derecho Comunitario europeo le confiere atributos de norma supranacional. Su relevancia, precisamente, ha quedado plasmada en la “Carta europea sobre el estatuto de los jueces”, aprobada por el Consejo de Europa en la Ciudad de Estrasburgo (1998)⁹.

Del otro lado del Atlántico, Marc Amy, ex juez de la Corte de Apelaciones de Luisiana, relataba su encuentro con un taxista en Nueva York, que supo retratar la percepción de un ciudadano co-

7. Gómez Martínez, Carlos, “Las razones de la formación inicial del juez”, *Jueces para la democracia*, N° 43, 2002, pp. 11-18. En <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=232227> (consultado el 30/1/2021).

8. *Ídem*, p. 11.

9. Allí se dedica un artículo específico a la selección, contratación y formación inicial: “2.3. El Estatuto garantiza, mediante la formación adecuada a cargo del Estado, la preparación de los candidatos elegidos para ejercer eficazmente estas funciones. El organismo señalado en el punto 1.3. velará por la adaptación de los programas de formación y de los órganos que los aplican, a las exigencias de apertura, competencia e imparcialidad propias del ejercicio de las funciones judiciales”, “Carta europea sobre el estatuto de los jueces. Actividades para el desarrollo y la consolidación de la estabilidad democrática”, Consejo de Europa, Estrasburgo, 8-10 de julio de 1998, p. 8. En <https://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/4255/carta-europea.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (consultado el 30/1/2021).

mún sobre la necesidad de una sólida formación judicial previa a la función¹⁰:

“Tiempo después de asumir en el tribunal, mientras asistía al Instituto de Administración Judicial de la Universidad de Nueva York, una noche el conductor de un taxi me preguntó qué estaba haciendo en Nueva York. Al contestarle que era juez y estaba cursando un programa de educación judicial, el taxista confesó su preocupación por no haberlo hecho con anterioridad al acceso a la magistratura.

Lo que fue obvio para un taxista aquella noche, no parece haberlo sido para la abogacía estadounidense por más de 200 años¹¹.

Seguidamente, explicaba, cual punto de apoyo de su tesis, la necesidad de dotar al sistema norteamericano de instancias de formación prejudicial, capaces de brindar a la ciudadanía garantías suficientes de solvencia e idoneidad entre sus magistrados y funcionarios. Entonces, resaltaba la necesidad de una educación judicial, no tanto a los fines de la selección de magistrados, sino mejor como una propuesta de “educación prejudicial”¹².

En el pináculo de sus meditaciones (tal como intentaré hacerlo en el título IV. b. del presente trabajo), acudía a la analogía con otras disciplinas y ramas del conocimiento, para colocar a la formación judicial en el sitio de privilegio reservado a aquellas actividades y cam-

10. Amy, Marc T., “Judiciary School: A Proposal for a Pre-Judicial LL.M. Degree”, *Journal of Legal Education*, vol. 52, no. 1/2, 2002, pp. 130-144. En www.jstor.org/stable/42893747 (consultado el 1/2/2021).

11. Ídem, p. 130. En su versión original dice: “Shortly after taking the bench, while I was attending the Institute of Judicial Administration at New York University, I hailed a taxi cab one night. The taxi driver, displaying natural curiosity, asked me what I was doing in New York. When I said that I had just recently become a judge and was in town for a judicial education program, he observed that he would have felt a whole lot better if I had received my judicial education before becoming a judge. What was obvious to the New York taxi driver that evening seems to have escaped the entire American legal profession in more than 200 years” (la traducción es propia).

12. Ibídem.

pos del saber que requieren de especiales calificaciones en quienes las practican y cultivan:

“Un programa académico para potenciales jueces es análogo a la formación médica especializada u otra formación profesional de posgrado. Esta educación avanzada es bien conocida en otros campos y considerada universalmente necesaria. Limitar la educación formal de los jueces a lo que aprendieron en la facultad de Derecho, donde la capacitación no se centra en las habilidades judiciales, obsta a la acreditación de competencias adicionales de las que depende, en buena medida, la confianza pública en el poder judicial”¹³.

Por su parte, Latinoamérica también nos aporta un singular ejemplo de la relevancia institucional y dimensión normativa que viene ganando de manera creciente la formación judicial, con la reciente constitucionalización en los Estados Unidos Mexicanos, de su instituto de formación dentro de la órbita federal¹⁴.

13. Ídem, p. 139. En su versión original dice: *“An academic program for potential judges is analogous to specialized medical training or other professional postgraduate training. Such advanced education is well known in other fields and universally regarded as necessary. Limiting formal education for judges to what they learned in law school, a place where training is not focused on judicial skills, fails to provide an opportunity to achieve evidence of the added competence on which public confidence in the judiciary, in some measure, depends”* (la traducción es propia).

14. Con la reforma parcial operada el 11 de marzo de 2021 en su Carta Magna se incorporan, en su artículo 100, cláusulas adicionales referidas a la Escuela Federal de Formación Judicial dependiente del Consejo de la Judicatura. La norma recientemente alumbrada reza, en su parte pertinente, que la Escuela en ciernes es la “(...) encargada de implementar los procesos de formación, capacitación y actualización del personal jurisdiccional y administrativo del Poder Judicial de la Federación y sus órganos auxiliares, así como de llevar a cabo los concursos de oposición para acceder a las distintas categorías de la carrera judicial en términos de las disposiciones aplicables”, previendo adicionalmente que “[l]a Escuela Federal de Formación Judicial será la encargada de capacitar a las y los defensores públicos, así como de llevar a

Para concluir estas primeras reflexiones en torno a la necesidad e importancia de una formación judicial sólida e institucionalizada diré, *a contrario sensu*, que su ausencia expone a quienes ejercen la magistratura, a un mayor margen de error y a enfrentar una potencial responsabilidad política, tal como lo prevenía Jorge Malem Seña en su estudio sobre *El error judicial y la formación de los jueces*:

“El error judicial puede suponer, y así se muestra palmariamente en algunos casos, que el juez se ha comportado con falta de pericia. Señala que el juez no habría actuado con la profesionalidad debida. Indica que su labor, desde el punto de vista técnico, no habría sido la adecuada y que dicha situación indeseable se pudo haber evitado en buena parte con una mayor y mejor formación técnica y científica del personal juzgador”¹⁵.

De vuelta en nuestro país, Alfonso Santiago se ha explayado sobre la gravedad y extensión de este fenómeno:

“En particular, las condiciones en las que los jueces argentinos desarrollan su actividad son propicias para los yerros, entre otros motivos, por la cantidad de asuntos a los que deben dar respuesta por la escasez de medios y por la existencia de otras responsabilidades superpuestas en la cabeza del juez que se suman a la jurisdiccional, como la tarea de gerenciar la oficina judicial”¹⁶.

cabo los concursos de oposición”. En https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5613325&fecha=11/03/2021 (consultado el 18/3/2021).

15. Malem Seña, Jorge F., *El error judicial y la formación de los jueces*, Barcelona, Editorial Gedisa S.A., 2008, p. 100.

16. Santiago, Alfonso, “La responsabilidad de los jueces por el contenido de sus decisiones jurisdiccionales”, *La Ley S.A.E. e I.*, Buenos Aires, 2016, p. 54.

Esta mala praxis que, en supuestos de recurrencia o errores gravísimos, estaría revelando una pérdida en las condiciones de idoneidad técnica o gerencial del magistrado interviniente, afecta de manera directa las condiciones de legitimidad de ejercicio, y da origen a una eventual indagación en torno a su responsabilidad política.

Es que el decaimiento en aquellas condiciones de idoneidad suele hundir sus raíces en una deficiente formación judicial y se evidencia cada vez que asistimos al dispendio de actividad jurisdiccional irrogado a partir del uso de las vías procesales de impugnación, con el fin de tornar inaplicables actos o resoluciones jurisdiccionales viciadas de nulidad, dominadas por el error o alcanzadas por la doctrina del absurdo y la arbitrariedad de sentencia. Mas estos remedios procesales no siempre son capaces de esterilizar los efectos adversos de una deficiente actuación jurisdiccional, a tenor del alcance limitado de la instancia revisora para abocarse a su tratamiento¹⁷.

II. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA ESCUELA JUDICIAL

Con metodología dialéctica y espíritu dialógico, se muestran a continuación algunos de los principales argumentos en pugna en torno a una supuesta necesidad y/o conveniencia de contar con Escuelas Judiciales en las ramas judiciales de los respectivos países.

a. Primera premisa: necesidad de una Escuela Judicial como motor de cambio

A favor: existe en el ideario colectivo y en gran parte de la literatura pedagógica una creencia –muy arraigada, por cierto– que valora

17. “El objeto de la doctrina de la arbitrariedad no es corregir en tercera instancia fallos equivocados, sino cubrir los defectos graves de fundamentación o razonamiento que tornen ilusorio el derecho de defensa y conduzcan a la frustración del derecho federal invocado” (CSJN Fallos: 310: 234).

a la educación formal e institucionalizada como factor vigorizante en los procesos de transformación cultural.

Esta suerte de “optimismo pedagógico” reinante¹⁸ encuentra correlato en el nuevo clima que experimenta el sistema de administración de justicia, receptivo de estrategias de modernización y de la incorporación de nuevos estándares, imbuidos de una filosofía de gobernanza judicial muy en boga en estos días.

En contra: a este postulado se lo impugna sosteniendo que la excesiva formalización de los procesos educativos suele desentenderse de aquellos más informales, convirtiendo al fenómeno pedagógico en una “empresa de bajo impacto (E. Terhart, 1987), de resultados generalmente débiles en particular como promotor de cambio en las instituciones laborales”¹⁹.

El fomento de líneas de investigación, la elaboración de *papers* y la organización de ateneos en el propio ámbito laboral serían buenos ejemplos, adscriptos a esta otra categoría de prácticas pedagógicas algo más informales e inorgánicas.

b. Segunda premisa: nadie mejor que un juez para capacitar a otro juez

A favor: la especificidad propia de la labor jurisdiccional justifica con creces la confianza depositada en los propios operadores judiciales al momento de empoderarlos como capacitadores, retroalimentando un fondo de saber cimentado a partir del cúmulo de buenas prácticas, máximas de experiencia y destrezas adquiridas en el decurso de la carrera judicial.

En el mundo anglosajón, este modo de transferencia de conocimientos es conocido como *Train-the-Trainer* (ToT) y, en nuestra región,

18. La expresión es utilizada por Inés Marensi en su artículo intitolado “Un nuevo enfoque pedagógico para la Capacitación Judicial en América Latina”, en *¿Crisis en la capacitación judicial? Sistemas Judiciales*, n° 1, Inecip y Ceja, 2002, p. 26. Disponible en <https://inecip.org/wp-content/uploads/Sistemas-Judiciales-1.pdf> (consultado el 6/9/2021).

19. Ídem, p. 28.

como “Capacitación de Capacitadores”, metodología con autoridad de principio pedagógico²⁰ adoptada de manera confesa por Chile, al cabo de una visita de su “equipo de capacitación en 2011 al Instituto de la Judicatura Canadiense en Ottawa”²¹.

En contra: el postulado inicial merece, desde la perspectiva contraria, el más severo reproche al traslucir una tendencia endogámica muy presente en las estructuras judiciales, denotando un comportamiento corporativo mal visto en particular por el justiciable y, en general, por la comunidad en su conjunto.

c. Tercera premisa: las Escuelas Judiciales vienen a suplir el déficit formativo de las Universidades

A favor: las prácticas propias del quehacer judicial no son materia de estudio en la Universidad, a partir de lo cual, las Escuelas Judiciales condensan, sistematizan y transmiten un invaluable “conjunto de saberes prácticos del cual son portadores los operadores judiciales”²².

Tal especificidad, tanto académica como metodológica, tornaría justificada la pretensión de dichas escuelas de diferenciarse de los

20. Kolb enseña que el aprendizaje es el proceso mediante el cual el conocimiento se crea a través de la transformación de la experiencia; desarrolló el “*Learning Style Inventory*”, en el que el aprendizaje ocurre en un ciclo compuesto por cuatro fases: (a) experiencia personal concreta, (b) observaciones y reflexión sobre esa experiencia reelaborada, (c) conceptos abstractos y generalizaciones (...) (d) (...) que se prueban en situaciones nuevas”. En su versión original, dice: “*Kolb argued learning is the process whereby knowledge is created through the transformation of experience; he developed a «Learning Style Inventory» where learning occurs in a cycle comprised of four spokes: (a) concrete personal experience, (b) observations and reflection on that experience reworked into (c) abstract concepts and generalization which are (d) tested in new situations*” (la traducción es propia). Armytage, Livingston, “Education judges-Where to From Here?”, en *Journal of Dispute Resolution*, Vol. 2015, Issue 1, Article 10, 2015, p. 2. Disponible en <https://scholarship.law.missouri.edu/jdr/vol2015/iss1/10/> (consultado el 6/9/2021).

21. Cooper, Jeremy y González, Leonel, “Capacitación Judicial en América Latina. Un estudio sobre las prácticas de las Escuelas Judiciales”, CEJA, 2017, p. 71. Disponible en <https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5552> (consultado el 6/9/2021).

22. Marensi, Inés, ob. cit., p. 34.

claustros universitarios, más apegados a un esquema de enseñanza tradicional eminentemente teórica.

En contra: tal como se sostuviera en la crítica esgrimida contra el postulado anterior, aun cuando sea cierto que los programas universitarios de grado carezcan de la especificidad inherente al quehacer judicial, también lo es que viene ganando espacio de manera sostenida la inclusión en los programas de especialización, de ofertas de posgrado que reconocen autonomía científica al Derecho Judicial, como disciplina cuyo espectro de análisis se centra en el ejercicio de la magistratura y la función judicial.

d. Cuarta premisa: el modelo competitivo requiere una preparación específica por parte de los operadores judiciales

A favor: la introducción de una lógica competitiva, que aporte una nueva dinámica al entramado judicial, es inescindible de una plataforma de educación que le sirva de soporte. Operadores bien preparados juegan un rol clave como agentes de cambio, dentro de los procesos de transformación cultural.

En contra: si bien la premisa es correcta, una visión más tradicional de la justicia como poder desconfía de las bondades del factor competitivo, dentro de una estructura fuertemente estamental en la que la magistratura funciona como eje de gravedad de impronta autoritativa e independencia funcional dentro y fuera de la organización.

e. Quinta premisa: las Escuelas Judiciales son el ámbito adecuado para la adquisición de las destrezas exigidas para un buen desempeño de la función

A favor: el desplazamiento de la tradicional “imagen de capacitación como instrucción hacia la imagen de capacitación como entrenamiento” solo es capaz de fecundar en un ambiente de estudio basado en la escenificación (simulación) de situaciones.

“Somos una escuela para transmitir las destrezas y habilidades que requiere la función judicial”, diría en tono asertivo Russell

Wheeler, al dejarnos su definición institucional del Federal Judicial Center²³.

En similar sentido, el catedrático de Chile, Andrés Baytelman²⁴, enseña de modo muy didáctico:

“Este modelo de enseñanza, más que a la filosofía, se parece al fútbol: para aprender a jugar, hay que jugar. Y hay que jugar mucho. Por supuesto que un jugador de fútbol debe tener cierta información: debe conocer las reglas del juego, debe conocer a sus compañeros de equipo y sus capacidades, debe conocer las instrucciones del director técnico, los acuerdos estratégicos del equipo y las jugadas practicadas en los entrenamientos. Pero nadie es realmente un jugador de fútbol por ser capaz de repetir de memoria las reglas de la FIFA”.

En contra: renunciar al conocimiento teórico, o abdicar de la dogmática afianzada en vastos espacios del territorio jurídico, equivale a navegar sin brújula por el mundo del Derecho. Desde esta óptica, es incluso visto como un fenómeno de degradación de la formación jurídica, limitada de tal suerte a la transmisión de la práctica forense.

f. Sexta premisa: las Escuelas Judiciales son caras y requieren de una enorme inversión de recursos académicos

A favor: la experiencia comparada indica que los proyectos de Escuela Judicial requieren de una significativa inversión en infraestructura y tecnología e ingentes cantidades de recursos académicos de calidad. A ello se suma el coste de solventar un plantel de alumnos (en algunos casos, becarios), que es retraído de puestos de trabajo, privando a la oficina judicial de su insumo más importante.

23. “Entrevista al Sr. Russell Wheeler Sub-Director del Federal Judicial Center. Realizada por el Dr. Juan Enrique Vargas, Director del CEJA”, en *¿Crisis en la capacitación judicial? Sistemas Judiciales*, n° 1, Inecip y Ceja, 2002, sin numerar. Disponible en <https://inecip.org/wp-content/uploads/Sistemas-Judiciales-1.pdf> (consultado el 6/9/2021).

24. Autor del artículo “Capacitación como fútbol”, en *¿Crisis en la capacitación judicial? Sistemas Judiciales*, n° 1, Inecip y Ceja, 2002, sin numerar. Disponible en <https://inecip.org/wp-content/uploads/Sistemas-Judiciales-1.pdf> (consultado el 6/9/2021).

En contra: la experiencia comparada también indica que se trata de una inversión por demás justificada, a la luz de los alentadores resultados que viene arrojando la implementación de Escuelas Judiciales; implementación que es considerada de importancia axial en los procesos de reforma judicial impulsados a lo largo de la geografía latinoamericana.

g. Séptima premisa: las instituciones judiciales deben tener un sistema permanente de formación

A favor: los procesos educativos, dado su carácter programático, requieren de una dosis de estabilidad y permanencia que solo los institutos de formación pueden garantizar.

En palabras de Wheeler, “los jueces y los empleados necesitan una organización del Poder Judicial encargada de proporcionar educación sobre todos los asuntos que ellos necesitan”, en tanto “hay muchos aspectos del papel del juez –y del papel de los restantes funcionarios– que otras fuentes no cubren. Por ejemplo, ¿cómo puedo ser un gerente efectivo de mi pequeño despacho? o ¿cómo relacionarme con los periodistas?; ¿cómo puedo –cómo debo– usar la información adquirida en el ejercicio de mi cargo judicial?”²⁵.

Así lo han entendido también países como Francia, quien destina nada menos que 31 meses a la formación de sus “auditores de justicia” en la *l’Ecole nationale de la magistrature*²⁶.

25. “Entrevista al Sr. Russell Wheeler...”, ob. cit.

26. “Cada año, la formación inicial da la bienvenida a aproximadamente 150 a 200 auditores judiciales. La escolaridad dura 31 meses, es esencialmente un año completo de pasantía en la jurisdicción”. En su versión original dice: “*Chaque année la formation initiale accueille environ 150 a 200 auditeurs de justice. La scolarité dure 31 mois, elle est essentiellement faire d’une année complète de stage en juridiction*” (la traducción es propia). “Les Enjeux De La Formation Des Juges. Entretien Avec Denis Salas, Maître Conférence a l’Ecole nationale de la magistrature”, en *¿Crisis en la capacitación judicial? Sistemas Judiciales*, n° 1, Inecip y Ceja, 2002, sin numerar. Disponible en <https://inecip.org/wp-content/uploads/Sistemas-Judiciales-1.pdf> (consultado el 6/9/2021).

En contra: las Escuelas Judiciales insertas en estructuras judiciales tradicionales entrañan el riesgo de repotenciar “la voracidad y crueldad de estas organizaciones”²⁷.

h. Algunas consideraciones propias

Podría colegirse, a partir de las razones esbozadas en los acápi-tes anteriores, que, si bien existen instancias de capacitación tanto endógenas como exógenas trabadas en aparente disputa, tal rivalidad denota en todo caso una misma preocupación por avanzar hacia una sólida formación judicial.

Empero, ha de subsistir a lo largo de aquel proceso formativo y transformativo un verdadero “duelo de prácticas”²⁸, vale decir, una tensión entre viejas y nuevas prácticas, por un lado, y entre malas y buenas prácticas por el otro, terciando aun dentro de esta última disputa una categoría emergente de “prácticas prometedoras”.

Más allá del debate en torno a cuáles debieran ser los afluentes naturales que alimenten los programas de capacitación judicial específica, una cuestión hasta ahora soslayada merecería también tratamiento: cuál es el origen de las necesidades de capacitación.

En ese orden de ideas, y apropiándome de la técnica empleada por Marensi en el artículo del cual vengo acudiendo en cita, existen, en materia de necesidades de capacitación, tres categorías: por *discrepancia*, por *cambio* y por *incorporación*.

Así, mientras la primera engloba aquellas situaciones en las que no se han alcanzado dentro de la organización los estándares de des-

27. Binder, Alberto, “Los oficios del jurista: la fragmentación de la profesión jurídica y la uniformidad de la carrera judicial”, en *¿Crisis en la capacitación judicial? Sistemas Judiciales*, n° 1, Inecip y Ceja, 2002, sin numerar. Disponible en <https://inecip.org/wp-content/uploads/Sistemas-Judiciales-1.pdf> (consultado el 6/9/2021). El autor refiere a la existencia de “familias o tribus judiciales” que constituyen un anclaje a vencer al momento de encarar procesos de reforma.

28. Expresión acuñada por el maestro Alberto Binder, en referencia a la pugna entre viejas y nuevas prácticas que tensan la estructura judicial durante el proceso de cambio. En Cooper, Jeremy y González, Leonel, ob. cit., p. 17.

empeño esperados, la segunda alude a aquellas otras necesidades que se suscitan durante los procesos de cambio (v. gr., programas de innovación o mejora organizacional impulsados dentro de la organización), mientras que la última abarca el supuesto en el que se verifica una expansión de los márgenes de actividad dentro de la organización y que involucra la necesidad de afrontar nuevas tareas²⁹.

Categorías que parecen converger cuando se examinan las necesidades que suelen campear como telón de fondo en la oficina judicial, tanto cuando se advierte la supervivencia de esquemas de trabajo tradicionales, que claman por la inoculación de una nueva cultura organizacional, como cuando ya operadas las primeras reformas, se avizoran necesidades de acciones tendientes a recapacitar al personal en tareas acordes a un nuevo diseño organizacional.

Necesidades de capacitación cuya detección e identificación es fuente de contenidos a impartir y que, a la postre, se orientarán hacia la satisfacción de las expectativas del usuario de un servicio de justicia demandante de metas de gestión que entren en equilibrio con aquellas necesidades y expectativas.

En consecuencia, la capacitación judicial debiera estar orientada tanto a forjar un nítido perfil ético en el magistrado o funcionario judicial, como al perfeccionamiento técnico y desarrollo de su aptitud gerencial, conformando los pilares formativos sobre los cuales encuentra apoyo la idoneidad legitimadora del ejercicio de la magistratura y la función judicial.

III. LA ESCUELA JUDICIAL EN EL DERECHO COMPARADO

Como he señalado, parece interesante recurrir a las Escuelas Judiciales que, con gran diversidad, conviven en el Derecho Comparado. Esas experiencias ajenas resultan un buen punto de partida para elaborar las propias. Así lo han entendido también otros autores que se han dedicado a analizar, en clave comparativa, la situación de la formación judicial.

29. Marensi, ob. cit., p. 36.

Es el caso del ya citado autor Marc Amy³⁰, que apoyó su tesis sobre las necesidades de la formación prejudicial en los sistemas vigentes en el sistema continental europeo y en el Lejano Oriente. Lo mismo Gómez Martínez³¹, que se valió del Derecho Comparado para proponer mejoras al sistema de formación judicial español.

30. El autor echa mano al Derecho Comparado en busca de puntos de apoyo, tanto en el sistema continental europeo como en el Lejano Oriente: “En Francia, los futuros magistrados, seleccionados mediante concurso, asisten a la École Nationale de la Magistrature. Al ingresar a la ENM, los graduados en Derecho comienzan su carrera dentro de la función pública. El reclutamiento de potenciales jueces en toda Francia es uniforme, muy diferente de Estados Unidos, donde cada estado puede tener un sistema separado. A través de un concurso y una formación profesional en el Centre National d’Études Judiciaires, los flamantes jueces llegan al Poder Judicial. Un curso de estudio de veintisiete meses, seguido de un examen final, preparan al candidato para la función judicial (...) En Alemania (...) Después de aprobar un primer examen, el candidato alcanza un segundo nivel de período preparatorio eminentemente práctico. En Japón, los jueces son en su mayoría de carrera. Para elegir la carrera judicial, los mejores estudiantes deben graduarse de la Facultad de Derecho para luego aprobar un examen y completar años de capacitación en un instituto nacional (...) En los Países Bajos, la formación y reclutamiento de jueces se aproxima al patrón del *common law* (...) Durante su formación judicial ayudarán a un juez en el tribunal, actuarán como jueces suplentes y cursarán programas académicos”. Amy, ob. cit., pp. 134-136.

31. También en clave comparativa, el autor español repasa el estado de la cuestión en la Europa continental: “La formación inicial del juez español (dos años a partir de la próxima convocatoria de oposiciones) se halla, en cuanto a duración, en la banda inferior en relación con la de otros países de Europa continental. Así, en Holanda, la formación inicial dura 6 años, en Francia 31 meses, en Portugal 2 años y en Italia 18 meses”. Gómez Martínez, “Las razones...”, p. 12. El mismo jurista invita en otro de sus ensayos a aproximarnos al mundo de la formación judicial en Francia: “La formación, tanto inicial como continua, de los jueces en Francia, está encomendada a la Escuela Nacional de la Magistratura (ENM) (...) Durante la fase de prácticas en órganos jurisdiccionales adquieren los conocimientos concretos necesarios para el ejercicio cotidiano de sus futuras funciones (...) Además, se considera imprescindible que la enseñanza sea impartida por magistrados ya que, en principio, solo ellos pueden transmitir la «pasión por la profesión»” y describe las fases de su formación inicial, que incluyen “(...) una semana en la sede de la ENM en Burdeos (...) Doce semanas de prácticas fuera del ámbito judicial (...) Siete meses y medio de permanencia en la ENM de Burdeos y (...) Quince meses de prácticas en órganos jurisdiccionales”. Gómez Martínez, “La selección y formación inicial de los jueces en Francia”, *Jueces para la democracia*, N° 23, 1994, pp. 79-80.

Esos trabajos han sido una buena fuente de inspiración para esta investigación, a lo cual he sumado, según adelanté, las experiencias vividas en viajes de estudio.

Me concentraré ahora en tres instituciones tan dispares como el *Federal Judicial Center* (FJC), la Escuela Judicial española y la Escuela Nacional de la Judicatura dominicana, tras la identificación de un rasgo tan común como prominente: su prestigio como institutos modelo de formación judicial, bien posicionados en el mundo y en las regiones a las cuales pertenecen.

Al haber alcanzado elevados estándares de calidad y rendido tributo a una nueva cultura organizacional y de gestión en sus respectivos sistemas de justicia, aquellos institutos formativos denotan una misma preocupación por dotar a la rama judicial de sus respectivos países de bases académicas sólidas, de cara al desempeño de la magistratura y la función judicial.

a. Federal Judicial Center (Estados Unidos)

Creado por ley del Congreso de los Estados Unidos³², sus orígenes se remontan a los tiempos del Presidente Lyndon Johnson, quien, en febrero de 1967, recomendaba la creación del Federal Judicial Center en la convicción de que “permitirá a los tribunales iniciar el tipo de autoanálisis, investigación y planificación necesarios para un sistema judicial más eficaz, y por una mejor justicia en América”³³.

32. Public Law 90-219 (16/XII/1967).

33. Wheeler, Russell, “Empirical Research and the Politics of Judicial Administration: Creating the Federal Judicial Center”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 51, no. 3, 1988, p. 39. En www.jstor.org/stable/1191818 (consultado el 28/1/2021). En su versión original dice: “(...) will enable the courts to begin the kind of self-analysis, research and planning necessary for a more effective judicial system, and for a better justice in America” (la traducción es propia). El autor se explaya acerca de los antecedentes y orígenes del Centro, haciendo *racconto* de su historia atravesada por la pulsión de intereses sectoriales que dominaban la escena política en los años de su creación e inscrita en el debate de la época en torno a la noción y los alcances de la independencia judicial.

Su primer Director, el ex Juez de la Suprema Corte norteamericana, Tom Clark, en su artículo titulado “The New Federal Judicial Center”, describía, allá por el año 1968, las bases de organización, objetivos y primeras acciones del entonces flamante Instituto³⁴, poniendo énfasis en la escasa aptitud que exhibían los jueces en aspectos administrativos de la función judicial³⁵.

Desde una dimensión normativa, al Centro se le ha impartido el mandato legal de “estimular, crear, desarrollar y conducir programas de educación y capacitación continua para el personal de la rama judicial del Gobierno y otras personas cuya participación en dichos programas mejoraría el funcionamiento del Poder Judicial; entre otros: jueces, magistrados, secretarios, funcionarios de *probation*, mediadores y árbitros de los Estados Unidos”³⁶.

En otras palabras, promueve el desarrollo de habilidades para una gestión eficiente de la oficina judicial, mediante programas multidisciplinarios de entrenamiento tanto presenciales como en formato *webcast*, con contenidos impregnados del saber práctico, deóntico y deontológico³⁷.

34. Clark, Tom C., “The New Federal Judicial Center”, *American Bar Association Journal*, vol. 54, no. 8, 1968, pp. 743-746. En www.jstor.org/stable/25724493 (consultado el 29/1/2021).

35. Ídem, pp. 744-745.

36. 28 U.S. Code § 620. Federal Judicial Center. En su versión original dice: “(...) to stimulate, create, develop, and conduct programs of continuing education and training for personnel of the judicial branch of the Government and other persons whose participation in such programs would improve the operation of the judicial branch, including, but not limited to, judges, United States magistrate judges, clerks of court, probation officers, and persons serving as mediators and arbitrators” (la traducción es propia).

37. Alberto Bianchi y Estela Sacristán nos recuerdan que uno de los caminos utilizados en el Derecho Comparado para resolver el recargo burocrático de los tribunales ha sido la creación dentro de la esfera del Poder Judicial de organismos descentralizados. En el ejemplo norteamericano, a partir de la tríada conformada por la Judicial Conference of the United States, el Federal Judicial Center y la Administrative Office of United Courts: “(...) El Federal Judicial Center es el organismo dedicado a la investigación y análisis de los temas relativos al sistema judicial y la capacitación de los jueces federales, tarea en la cual asesora a la Judicial Conference. Fue creado en 1967, tiene sede en Washington DC y está reglado actualmente en 28 USC § 620-629. Su gobierno está a cargo de un *board* presidido por el *chief justice* e integrado, además,

Su programa de estudios –del cual da testimonio el autor junto a la comitiva universitaria que visitara sus claustros³⁸– se basa en seminarios semanales y *webseminars* a cargo de magistrados versados en la

por dos jueces de circuito, tres jueces de distrito, un juez de quiebras y un «juez magistrado», elegidos por la Judicial Conference. Además, cuenta con un director ejecutivo encargado de la administración y funcionamiento cotidiano del Centro”. Bianchi, Alberto B. y Sacristán, Estela B., “Estudio comparativo de los tribunales federales en Estados Unidos y Argentina”, en Manili, Pablo Luis (dir.), *Derecho Constitucional del siglo XXI - Estudios en homenaje a Jorge Reinaldo Vanossi*, Buenos Aires, Astrea, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2020, pp. 396-397. En <https://www.estelasacristan.com.ar/publicaciones/Estudio%20comparativo%20de%20los%20tribunales%20federales%20en%20EEUU%20y%20Argentina.pdf> (consultado el 27/1/2021).

38. “(...) El segundo día del Seminario transcurrió en las instalaciones del Federal Judicial Center, donde el grupo fue recibido por Mira Gur-Arie, Directora de la Oficina de Relaciones Judiciales Internacionales, quien dio la bienvenida y explicó las características, la misión y el funcionamiento del Centro. Posteriormente, Brenda Baldwin-White, Representante Superior de Educación Judicial, brindó a los asistentes una clase sobre los diferentes programas de educación judicial, publicaciones y recursos de la Web diseñados por el Federal Judicial Center para ayudar a los jueces a manejar un mayor número de casos, manteniéndolos al corriente de los principales avances legales, científicos y tecnológicos. Por su parte, Michael Siegel, Especialista Superior en Educación, Rama de Liderazgo en los tribunales colegiados & de Programas de Aprendizaje, se refirió a la necesidad de formar a los jueces a los fines de brindarles las competencias en materia de gestión y administración que resulten necesarias para brindar un servicio de justicia efectivo. Por la tarde, Jessica Snowden, Investigadora Asociada, División de Investigación, se refirió a la evaluación de desempeño de los jueces en Estados Unidos y James Chance, Representante de Educación, Probation y Servicios Previos al Juicio, analizó con los participantes la composición de la Corte Suprema de Estados Unidos, su jurisprudencia más relevante durante el período 2012-2013, las características y alcances del caso presenciado por el grupo durante la audiencia del día anterior”. Artículo publicado en la web institucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral con el título “Intercambio Derecho Judicial Argentina y Estados Unidos”, 21 al 25 de abril de 2014, Departamento de Derecho Judicial de la Universidad Austral y el Center for Strategic and International Studies (CSIS), Washington DC. Gattinoni de Mujía, María, “Seminario de Derecho Judicial de Estados Unidos de América | Departamento de Derecho Judicial. Intercambio Derecho Judicial Argentina y Estados Unidos, realizado entre el 21 y el 25 de abril de 2014”. La nota se encuentra disponible en <https://www.austral.edu.ar/derecho/2014/05/08/seminario-de-derecho-judicial-de-estados-unidos-de-america/> (consultado el 6/2/2021).

función judicial, que introduce a los nuevos jueces federales a lo largo de una primera fase teórico-práctica, en tópicos tales como manejo de casos, ética judicial, liderazgo y rol del juez, para luego ingresar a una segunda fase eminentemente práctica.

Como parte de su programa de formación continua, ofrece también a los magistrados federales la posibilidad de participar en seminarios de actualización relativos a las neurociencias, conflictos interculturales, inteligencia emocional y nuevas tecnologías, por citar solo algunos tópicos.

Se le ha confiado, asimismo, la misión institucional de conducir investigaciones para la introducción de mejoras en el sistema de administración de justicia, a partir del análisis empírico de modelos de resolución alternativa de conflictos y del abordaje de reformas legislativas.

Se trata, pues, a decir de Fernando Cafferata, de “la unidad académica del Poder Judicial”³⁹ llamada a promover el desarrollo y la adopción de mejoras en la administración de justicia de los tribunales de los Estados Unidos, brindando educación y formación a jueces y empleados de los tribunales federales⁴⁰.

El Centro es presidido por el *Chief Justice* de la Suprema Corte de los Estados Unidos, y su organización se asienta sobre un reparto de competencias por divisiones o áreas temáticas. Intercambia también información sobre la administración de justicia con los Poderes Judiciales de otros países.

El Federal Judicial Center se dedica, a la vez, a la elaboración y edición de *handbooks* y *sourcebooks* (manuales y guías, respectivamente) para la actuación profesional de los distintos estamentos que integran la magistratura en el sistema federal de administración de justicia.

39. Cafferata, Fernando, “Consejo de la Magistratura: importante avance institucional”, Buenos Aires, 2016, p. 34. En <https://foresjusticia.org/wp-content/uploads/2016/08/consejo-de-la-magistratura-importante-avance-institucional-autor-fernando-josecc81-cafferata.pdf> (consultado el 20/10/2020).

40. Conf. *Federal Judicial Center Annual Report 2013*, p. 3. Este reporte ha llegado a mis manos durante la visita efectuada al Federal Judicial Center en el mes de abril de 2014.

Dentro de una profusa variedad de tópicos abordados en sus numerosas publicaciones⁴¹, resultan dignas de mención por su valor práctico aquellas que recorren los siguientes ejes temáticos:

- Gestión de Casos (*Case Management*);
- Resolución Alternativa de Conflictos (*Alternative Dispute Resolution*);
- Manuales prácticos (*Judicial Practice Manuals*);
- Ética (*Ethics*);
- Derecho Sustantivo (*Substantive Law*).

En síntesis, y tal como se publica en su sitio *web*:

“El Centro brinda educación y capacitación a jueces y empleados de los tribunales federales. También coordina programas educativos para defensores públicos federales, que representan a acusados penales indigentes en la corte federal (el Departamento de Justicia de EE. UU. capacita a los fiscales federales) (...) La División de Educación ofrece seminarios de orientación para jueces recién nombrados, así como programas de educación judicial continua. Los programas y los materiales escritos enfatizan las habilidades prácticas”⁴².

41. Su contenido se encuentra en dos archivos de formato digital (“*List of Selected Publications on this USB_April2014*” y “*Selected Publication Checklist with links to digital copies_April2014*”) que me proveyeron durante la visita efectuada al Instituto en el mes de abril de 2014.

42. “The Federal Judicial Center education and research for the U.S. federal courts”. En <https://www.fjc.gov/sites/default/files/2015/About-FJC-English-2014-10-07.pdf> (consultado el 8/2/2021). En su versión original dice: “*The Center provides education and training for judges and employees of the federal courts. It also coordinates educational programs for federal public defenders, who represent indigent criminal defendants in federal court. (The U.S. Department of Justice trains federal prosecutors) (...) The Education Division provides orientation seminars for newly appointed judges as well as continuing judicial education programs. Programs and written materials emphasize practical skills*” (la traducción es propia).

b. Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial (España)

El instituto de formación judicial ibérico, emplazado en el Tibidabo, se yergue cual acrópolis catalana en escuela modelo y meca de buen número de magistrados iberoamericanos que aspiran a ser incluidos en sus programas de especialización.

Se trata de un centro de formación inicial y continua, dependiente del Consejo General del Poder Judicial⁴³, concebido como instancia de ingreso a la carrera judicial y cuyo egreso es condición habilitante para el desempeño de la magistratura.

Luego de superar una exigente instancia de oposición, el candidato accede a un curso teórico-práctico presencial y de tiempo completo de dos años de duración, basado en el método del caso, la simulación de escenarios y un régimen de pasantías por órganos centrales y auxiliares del sistema de administración de justicia⁴⁴.

43. Creada por Ley del 26 de mayo de 1944 (su actual funcionamiento es regido por el Reglamento N° 2/1995 del Consejo General del Poder Judicial del Reino de España).

44. "El acceso a la Carrera Judicial por la categoría de juez requiere, de conformidad con lo dispuesto en el art. 301.3 LOPJ, la superación de dos fases: una oposición libre y un curso teórico y práctico de selección realizado en la Escuela Judicial. El curso teórico y práctico de selección se realiza en tres etapas diferenciadas, cada una de las cuales debe ser superada para que los alumnos puedan incorporarse a la siguiente.

La primera etapa es la fase presencial que se desarrolla en la sede de la Escuela Judicial sita en Barcelona. Dicha etapa tiene una duración de nueve meses y durante la misma los jueces en prácticas reciben formación ordinaria impartida por tres áreas: Área de Derecho Constitucional y de la Unión Europea, Área de Derecho Penal y Procesal Penal, Área de Derecho Civil y Procesal Civil. Asimismo, se realizan actividades multidisciplinares, formación especializada, formación en materias complementarias y estancias.

La segunda etapa es la fase de prácticas tuteladas en la que los jueces en prácticas se incorporan como jueces adjuntos en juzgados de todo el territorio nacional durante un período de cinco meses. La realización de las prácticas tuteladas es coordinada por el Área de Prácticas Tuteladas de la Escuela Judicial y en dicha etapa se pretende que los conocimientos adquiridos durante la fase de oposición y consolidados en la fase presencial de la Escuela Judicial se pongan en práctica por los alumnos bajo la supervisión directa de los tutores, que son los titulares de los órganos judiciales en que desarrollan las prácticas.

Incluye, pues, en su prólogo, un riguroso proceso de admisión. Primero, se exige la aprobación de un examen teórico sobre el conocimiento (metódico y enciclopedista) de la legislación española⁴⁵, y, en su epílogo, la asignación a destinos judiciales que permitirán completar el período de formación de los cursantes avanzados, mediante prácticas forenses en las que habrán de desempeñar tareas propias de la jurisdicción, como colaboradores de los titulares de la oficina judicial y en condición de *jueces sin firma*.

La asignación de cargos en función de vacantes creadas será la resultante de la planificación anual que le compete proyectar al Consejo General del Poder Judicial de España.

Su régimen de prácticas tuteladas le agrega valor al proceso de formación de futuros magistrados, permitiéndoles adquirir las habilidades profesionales necesarias para el ejercicio de la función judicial mediante la realización de tareas debidamente dirigidas y supervisadas (v. gr., redactar borradores o proyectos de resolución, dirigir ver-

La tercera y última etapa es la fase de sustitución y refuerzo y durante ella los jueces en prácticas se incorporan durante un período de cuatro meses en órganos judiciales del territorio nacional en los que bien realizan funciones de sustitución, asumiendo en exclusiva la llevanza del juzgado, bien funciones de refuerzo, compartiendo el desarrollo de la función jurisdiccional con el titular del juzgado.

Esta formación completa que se imparte durante el curso teórico y práctico de selección constituye una garantía suficiente de que los candidatos que han superado la fase de oposición adquieren los conocimientos suficientes para ejercer la función jurisdiccional. Desde esta perspectiva, la Escuela Judicial tiene presente que la actual formación del juez, además de requerir un excelente dominio del derecho sustantivo y del derecho procesal, debe hacer especial hincapié en la dimensión constitucional y comunitaria del juez nacional, en la formación en los valores deontológicos y éticos que aseguren que el juez responde al modelo propio de una sociedad democrática y en la necesidad de que quien ejerce la jurisdicción asuma desde un inicio que el destinatario de sus actos y resoluciones es el ciudadano, lo que requiere un hábil control tanto de la dirección de actos orales como de la redacción escrita de las resoluciones judiciales". En "Plan Docente P66 2014-2016", pp. 3-4 (material provisto al autor durante la pasantía realizada en el Instituto en el mes de mayo de 2015).

45. Los datos aquí referidos fueron obtenidos durante una entrevista con el Director de la Escuela Judicial, Dr. Jorge Jiménez Martín, el 29-5-2015, en la sede del Instituto (Barcelona, España).

balmente, y en presencia del juez titular, los actos procesales que éste considere necesarios).

Para superar la fase de prácticas tuteladas es indispensable haber adquirido las competencias que se reputan indispensables para el ejercicio de la función jurisdiccional, a saber:

- a) Competencia técnica: el juez debe tener un alto conocimiento técnico jurídico y procesal y también debe dominar la expresión escrita como herramienta principal de su producción profesional.
- b) Competencia funcional: el juez debe tener herramientas de organización y planificación de su trabajo y el de los otros. Debe saber organizar la información, tomando decisiones eficaces y eficientes para alcanzar los objetivos de gestión.
- c) Competencias analíticas: el juez aplica eficazmente las habilidades intelectuales de análisis y síntesis para realizar eficazmente las tareas y funciones encargadas, así como el razonamiento verbal para expresar sus resoluciones.
- d) Competencia relacional: el juez debe dominar las relaciones interpersonales con encausados, víctimas, ciudadanos, profesionales e instituciones. Debe tener un alto sentido ético, debe ser capaz de aprender y actualizarse y debe mantenerse integrado en la sociedad para la que trabaja.

Un ilustrativo resumen de este arduo proceso de selección y formación judicial fue expuesto por las autoridades del Instituto sobre el epílogo de nuestra visita en 2015, quienes supieron describirlo como “un pasaje desde el saber hacia el saber hacer, transitando por el saber ser”.

En consonancia con aquella afirmación, Gómez Martínez agregaba que “(...) la actuación del juez en el proceso debe ocupar un lugar central en su formación inicial. El proceso marca la forma de «hacer juez» y, también, de «ser juez». Por ello se utiliza profusamente en la Escuela Judicial la metodología de la simulación”⁴⁶.

46. Gómez Martínez, “Las razones...”, ob. cit., p. 17.

En resumen, el acceso a la Carrera Judicial en España está regulado en los artículos 301 y siguientes de la Ley Orgánica N° 6/1985 (BOE núm. 157, de 2/7/1985)⁴⁷ y se instituye sobre la base del mérito y la capacidad para el ejercicio de la función jurisdiccional, mediante la superación de una oposición libre y de un curso teórico y práctico de selección realizado en la Escuela Judicial.

c. Escuela Nacional de la Judicatura (República Dominicana)

El tercer ejemplo escogido corresponde a la Escuela Nacional de la Judicatura, Institución insigne del país caribeño y exponente singular dentro de la Red Iberoamericana de Escuelas Judiciales⁴⁸.

Sucedánea de la Escuela de la Magistratura (instituto creado por resolución del Pleno de la Suprema Corte de Justicia del 12 de febrero de 1998), alcanza su consagración normativa mediante la promulgación de la Ley de Carrera Judicial N° 327-98, del 11 de agosto del mismo año, norma que la recepta de manera expresa en su artículo 70⁴⁹.

A lo largo de dos años de formación inicial (de presencialidad mixta, teórico-práctica y obligatoria), los aspirantes a desempeñar la magistratura judicial tendrán, sobre el final de su proceso de formación, la oportunidad de colaborar en el quehacer jurisdiccional bajo la antedicha figura de *jueces sin firma*, precondition para la cobertura de vacantes a lo largo de la colorida geografía judicial dominicana.

47. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666> (consultado el 22/3/2021).

48. Para el año 2016, la Escuela se había hecho acreedora de los siguientes lauros: Medalla de Oro Premio Nacional de la Calidad Año 2013; acreditación otorgada en 2013 por la Red Iberoamericana de Escuelas Judiciales por haber cumplido con Norma de Calidad RIAEJ NCR 1000:2011; certificación expedida para el período 2014-2017 por IQNET por cumplimentar las normas ISO 9001:2008 relacionadas con *Quality Management System*, y Certificado del Sistema de Gestión de la Calidad extendido por la Asociación Española de Normalización y Certificación para el período 2016-2019.

49. Es sin autor. "Antecedentes ADP", disponible en https://www.enj.org/index.php?option=com_content&view=article&id=88&Itemid=324 (consultado el 14/3/2021).

La Escuela no solo se ha preocupado por certificar estándares internacionales de calidad⁵⁰ y cosechar reconocimientos dentro y fuera de la isla, sino que su ingeniería de gestión, que combina el factor presencial con el *e-learning*, le ha permitido, además, un uso inteligente de su infraestructura⁵¹.

Su condición de instancia de ingreso a la carrera judicial, sumada a la experiencia formativa que desarrollan los cursantes en un marco convivencial, redundan en una ecuación proceso-producto cuyos beneficios se hacen visibles.

Esto se traduce en cortes dominicanas pobladas de jóvenes magistrados, sólidamente formados en aspectos técnico-jurídicos y de gestión e inmersos en un clima de camaradería *inter pares*, fruto de aquella convivencia académica.

La Escuela luce en su sede (Sala de Directorio), cual síntesis de su ideario institucional, un atractivo isologo de aspecto piramidal con eje en la expresión “usuario”, que abarca dentro de su geometría triadas de conceptos (“recursos educativos-evaluación-acción docente y discente”; “teoría y práctica-entorno físico y virtual-intercambio con la comunidad” y, por último, “optimización del uso de los recursos-innovación-normas y principios”).

50. “República Dominicana es el único país que somete su proceso de ENC a validación externa certificada bajo ISO 9001:2008 (...) un estándar de calidad que lo hace único en la región”. Cooper, Jeremy y González, Leonel, ob. cit., p. 43. La sigla ENC significa Evaluación de Necesidades de Capacitación.

51. Sobre este punto enseña el catedrático español y Doctor en Pedagogía, Manuel Moreira: “En estos momentos, existe una denominación ya asumida internacionalmente para aquellos cursos o acciones formativas que combinan y mezclan tiempos de acción de enseñanza presencial con otros tiempos de actividades en entornos digitales que se denomina *b-learning* o *blended learning* (una traducción al español sería enseñanza semipresencial) caracterizada por la mezcla de lo presencial y lo virtual (Casamayor, 2008). En estos momentos es una modalidad formativa bastante extendida en el contexto de la educación superior española”. Moreira, Manuel, “E-learning y las competencias digitales: algunas reflexiones y propuestas para la Escuela Judicial”, *Revista de Educación y Derecho*, N° 5, octubre de 2011-marzo de 2012, pp. 4-5. En <https://revistes.ub.edu/index.php/RED/article/view/3087/3615> (consultado el 6/2/2021).

Este Instituto dominicano se precia de funcionar como instancia de formación de magistrados de fuerte impronta deontológica, en cuyos claustros habrán de internalizar los principios éticos imperantes en el Poder Judicial de aquel país y que lucen exhibidos en los pasillos de sus tribunales⁵².

Conviene a esta altura detenernos en los conceptos esbozados por su actual Directora, Gervasia Valenzuela, referidos al espíritu que inspira a los miembros del Instituto⁵³:

“Nuestra visión es ser una escuela líder; no la líder en el sector; pero sí ser una escuela líder; innovadora, plural, participativa y que sea reconocida, por su excelencia académica, como un centro de pensamiento basado en un sistema de educación abierta que contribuya a la transformación de la comunidad jurídica nacional e internacional. Esa misión y visión están basadas en valores que deben tener todas las personas que integran esa escuela como con-

52. A saber: Conciencia funcional e institucional; Credibilidad; Cortesía; Decoro; Disciplina; Diligencia; Eficacia, eficiencia y efectividad; Equidad; Excelencia; Honestidad; Humildad; Igualdad; Independencia; Imparcialidad administrativa; Imparcialidad judicial; Integridad; Lealtad; Legalidad; Motivación de las decisiones judiciales; Prudencia; Rendición de cuentas; Responsabilidad; Transparencia; Uso efectivos de los recursos; Secreto profesional; Vocación de servicio. “Código de Comportamiento Ético del Poder Judicial”, República Dominicana. Suprema Corte de Justicia. Resolución núm. 2006-2009 del 30 de julio de 2009 que aprueba el Sistema de Integridad Institucional del Poder Judicial, pp. 10-30. En https://www.enj.org/index.php?option=com_docman&view=download&alias=3700-resolucion-scj-2006-2009-sistema-de-integridad-institucional&category_slug=01base-legal&Itemid=194 (consultado el 15/4/2021).

53. Valenzuela, Gervasia, “La Escuela Nacional de la Judicatura: una experiencia en la República Dominicana”, *Centro de Altos Estudios Humanísticos y del Idioma Español*, Anuario 3, Primera sección Seminario sobre Derechos Humanos, 2004-2007, pp. 99-112. En <https://repositorio.unphu.edu.do/bitstream/handle/123456789/2239/La%20escuela%20nacional%20de%20la%20judicatura-%20una%20experiencia%20en%20la%20Rep%3%bablica%20Dominicana.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (consultado el 6/2/2021).

ciencia institucional, compromiso, entusiasmo, vocación de servicio, espíritu democrático, creatividad e integridad”⁵⁴.

d. Algunos ejemplos regionales

1. Chile

El procedimiento de selección de magistrados en Chile se encuentra regido por la Ley N° 19.346 de Creación de la Academia Judicial (publicada el 18/11/1994)⁵⁵. Dicha institución tiene por finalidad “(...) la formación de los postulantes a cargos del Escalafón Primario del Poder Judicial y el perfeccionamiento de todos los integrantes de dicho Poder del Estado” (cfr. art. 1°).

Trátase de un instituto de formación judicial de singulares perfiles, cuya quintaesencia es la formación de postulantes al “Escalafón Primario del Poder Judicial (...) en conocimientos, destrezas y criterios básicos necesarios para desempeñar sus funciones”, seleccionados a partir de sus antecedentes, con especial ponderación de los estudios y calificaciones universitarias (cfr. arts. 8° y 9°).

El dispositivo legal examinado le confiere un sesgo eminentemente práctico –diseño curricular basado en prácticas, talleres y seminarios interactivos– y carácter obligatorio a su plan de estudios –su aprobación es requisito indispensable para ingresar al Escalafón Primario del Poder Judicial, revistiendo igual carácter la participación de todos los miembros del Poder Judicial en actividades anuales de perfeccionamiento y cursos como para su permanencia–, a tenor de lo normado en los artículos 11, 12 y 15 de la Ley N° 19.346 antes citada.

En síntesis y tal como se desprende de la información obtenida en su página institucional⁵⁶, la Academia Judicial de Chile elabora y desarrolla Programas de Formación (ingresos), de Perfeccionamiento

54. Ídem, p. 101.

55. En <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=30713> (consultado el 18/3/2021).

56. Que se puede revisar en <https://www.academiajudicial.cl/> (consultado el 18/3/2021).

(capacitación continua) y de Habilitación (promociones), que se comportan como vectores de avance tras un mismo objetivo estratégico: brindar una educación de excelencia a sus cuadros judiciales.

Sus capacitadores son reclutados “desde la experticia profesional que existe fuera de la Escuela”⁵⁷, mediante un procedimiento licitatorio encargado de seleccionar a los candidatos mejor calificados, tanto del ámbito público como privado.

En palabras de Juan Stinco –al abordar el caso chileno en el marco de su investigación sobre reformas a sistemas de administración de justicia–, el Programa de Formación para Postulantes del Poder Judicial a cargo de la Academia Judicial constituye “la piedra angular de todo el proceso de selección, ya que los programas del curso de formación para jueces pretenden que el alumno sea capaz de comprender el rol de juez en la sociedad, completar su conocimiento en materias atinentes a la función judicial, dotarlos de las destrezas, habilidades y criterios necesarios para el ejercicio de esta labor”⁵⁸.

2. Colombia

Al norte del subcontinente americano, Colombia ofrece un paisaje normativo dentro del cual se prioriza la formación profesional y científica de los futuros magistrados, contenida en la Ley N° 270, Estatutaria de la Administración de Justicia⁵⁹. Allí, en el artículo 160 se indican los requisitos especiales para acceder a los cargos en la carrera judicial, para lo cual se exige haber superado las evaluaciones de la ley y, asimismo, que el primer acceso a cualquier cargo de la carrera

57. Cooper, Jeremy y González, Leonel, ob. cit., p. 59.

58. Stinco, Juan, “Las reformas del sistema de administración de justicia y los procesos de selección de magistrados”, *Revista Derechos en Acción*, Universidad de Buenos Aires, año 4, N° 12, 21 de junio-20 de septiembre de 2019, pp. 652-654. En <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/8757/7593> (consultado el 7/2/2021).

59. Ley N° 270 de 1996 (7 de marzo) Estatutaria de la Administración de Justicia (Colombia). Diario Oficial No. 42.745, del 15 de marzo de 1996. En https://normograma.info/men/docs/pdf/ley_0270_1996.pdf (consultado el 7-2-2021).

judicial requiere la previa aprobación de un “curso de formación judicial”. Al respecto, el artículo 168 indica:

“El curso tiene por objeto formar profesional y científicamente al aspirante para el adecuado desempeño de la función judicial. Puede realizarse como parte del proceso de selección, caso en el cual revestirá, con efecto eliminatorio, la modalidad de curso-concurso, o contemplarse como requisito previo para el ingreso a la función judicial. En este último caso, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura reglamentará los contenidos del curso y las condiciones y modalidades en las que el mismo podrá ser ofrecido por las instituciones de educación superior”.

La norma contiene, a su vez, expresas previsiones tendientes a asegurar, de manera transversal, un adecuado nivel de formación judicial en todos los estamentos que integran la organización de la judicatura de aquel país, mediante la labor condensada en una Escuela Judicial, constituida como Centro de formación inicial⁶⁰.

La Escuela ejerció su opción en favor de “una modalidad mixta de aprendizaje, estudio de casos y aplicación de un argumento modelo”⁶¹, desarrollada sobre el concepto de campus virtual.

Mención aparte merece su Programa de Investigación Académica aplicada, pensado como instancia de diagnóstico sobre necesidades de formación y observatorio de las distintas jurisdicciones y

60. Efectivamente, el artículo 177 de la ley ya citada establece: “(...) La Escuela Judicial «Rodrigo Lara Bonilla» hará parte del Consejo Superior de la Judicatura, junto con su planta de personal, a partir del primero de enero de 1998 y se constituirá en el centro de formación inicial y continuada de funcionarios y empleados al servicio de la Administración de Justicia. La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura reglamentará su funcionamiento. Durante el período de transición, el Director de la Escuela Judicial «Rodrigo Lara Bonilla» será designado por el Ministro de Justicia y del Derecho y actuará con sujeción a los planes y programas que se establezcan en coordinación con la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y con el concurso de los jueces y empleados de la Rama Judicial”.

61. Cooper, ob. cit., p. 70.

especialidades, a fin de identificar las problemáticas que persisten y realizar la difusión de las mejores prácticas⁶².

IV. INSTITUTOS DE FORMACIÓN EN ARGENTINA

Los institutos de formación para diversas carreras públicas no son inusuales en nuestro país, tampoco en el ámbito judicial. Repasaremos a continuación los más relevantes. A los fines expositivos, se seguirá un criterio de clasificación según se trate de institutos de formación judicial, o bien, de instituciones destinadas a la formación de empleados de otras profesiones.

a. Institutos de formación judicial

*1. Escuela Judicial de la Nación*⁶³

En la arena pública local, la Escuela Judicial de la Nación –dependiente del Consejo de la Magistratura⁶⁴– se aproxima en su diseño curricular a modelos institucionales que han madurado en el país y en el exterior y, a su vez, coexiste con correlatos provinciales, propios de una organización federal, que traslucen una preocupación común por mejorar las prestaciones del servicio de justicia a partir de la capacitación de sus operadores.

Como misión estatutaria, la Escuela Judicial de la Nación está llamada a “atender la formación y el perfeccionamiento de sus jueces, funcionarios y empleados y de los aspirantes a la magistratura. La aprobación de los cursos que dicta es considerada como un antecedente especialmente relevante en los concursos públicos para la de-

62. En <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/historia> (consultado el 18/3/2021).

63. A los fines de este acápite se ha compulsado la información contenida en el sitio *web* <https://escuelajudicial.pjn.gov.ar/> (consultado el 18/4/2021).

64. Creada por Ley Especial N° 24.937 (BO 6/1/1998).

signación de magistrados y en la promoción de quienes forman parte de la carrera judicial”⁶⁵.

Su marco regulatorio, que asigna a sus cursos el carácter de elementos valorativos a ser considerados en el marco de los procedimientos de selección de magistrados⁶⁶, dista de la impronta propia de aquellos exponentes mencionados anteriormente, tales como la Escuela Judicial en España o la Escuela Nacional de la Judicatura en República Dominicana (entre otros institutos de formación americanos y europeos), devenidos en instancias obligatorias de selección e ingreso a la carrera judicial y cuyo egreso es precondition para el desempeño de la magistratura y la asunción de funciones judiciales.

2. Escuelas provinciales

Si se recorre la dilatada geografía institucional del país, se nos presenta un auténtico mosaico de expresiones vernáculas de formación y capacitación judicial, manifestación genuina de las idiosincrasias provinciales y de sus diferentes fisonomías y matices.

Echaré mano a la nómina institucional que es facilitada, a modo de guía práctica, desde la página de Internet oficial de la Escuela de Capacitación Judicial de Jujuy, para ganar una mirada panorámica de los distintos institutos de formación judicial que se extienden a lo largo y ancho del país⁶⁷:

65. *Vid* Escuela Judicial, República Argentina, “El Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación”, noviembre de 2006, p. 9. En <http://www.riaj.com/sites/default/files/escuelanjudicial%20de%20argentina%20pag%204.pdf> (consultado el 11/2/2021).

66. *Vid* artículo 35, punto II “Antecedentes Académicos”, apartado “Valoración de los cursos de la Escuela Judicial” del Anexo a la Resolución N° 7/2014, del Consejo de la Magistratura (BO 27/3/2014), intitulado “Reglamento de Concursos Públicos de Oposición y Antecedentes para la designación de Magistrados del Poder Judicial de la Nación”. En http://escuelajudicial.pjn.gov.ar/file.php/323/Res._7-14.pdf (consultado el 15/3/2021).

67. “Centros de Capacitación Judicial”, en la página *web* de la Justicia de Jujuy, disponible en: <https://www.justiciajujuy.gov.ar/escuela-de-capacitacion/index.php/enlaces-de-interes/centros-de-capacitacion-judicial> (consultado el 4/2/2021).

FORMACIÓN JUDICIAL EN PROVINCIA DE BUENOS AIRES...

- Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Centro de Formación Judicial.
- Catamarca: Escuela de Capacitación Judicial de la Provincia de Catamarca.
- Chaco: Centro de Estudios Judiciales del Poder Judicial de la Provincia del Chaco.
- Chubut: Escuela de Capacitación Judicial Provincia de Chubut.
- Córdoba: Centro de perfeccionamiento "Ricardo C. Núñez" del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.- Corrientes: Instituto de Capacitación Judicial del Poder Judicial de Corrientes.
- Entre Ríos: Instituto de Formación y Perfeccionamiento Judicial Dr. Juan Bautista Alberdi.
- Formosa: Escuela Judicial del Poder Judicial de Formosa.
- La Pampa: Centro de Capacitación Judicial del Poder Judicial de La Pampa.
- Mendoza: Centro de Capacitación e Investigaciones Judiciales "Dr. Manuel A. Sáez".
- Misiones: Centro de Capacitación y Gestión Judicial "Dr. Mario Dei Castelli".
- Río Negro: Escuela de Capacitación Judicial del Poder Judicial de Río Negro.
- Salta: Escuela de la Magistratura del Poder Judicial de Salta.
- San Juan: Escuela de Capacitación Judicial del Poder Judicial de San Juan.
- San Luis: Instituto de Capacitación e Investigación del Poder Judicial de San Luis "Dr. Tomás Jofré".
- Santa Cruz: Escuela de Capacitación y Perfeccionamiento Judicial del Poder Judicial de Santa Cruz.
- Santiago del Estero: Centro Único de Capacitación para Magistrados, Funcionarios y Empleados del Poder Judicial de Santiago del Estero "Dr. José Benjamín Gorostiaga".
- Santa Fe: Centro de Capacitación Judicial del Poder Judicial de Santa Fe.

- Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur: Escuela Judicial de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.
- Tucumán: Centro de Especialización y Capacitación Judicial del Poder Judicial de Tucumán.

Solo se ausentan de la lista los institutos de formación de Neuquén⁶⁸ y La Rioja⁶⁹, con sus respectivas Escuelas de Capacitación Judicial provistas de programas de formación continua (el caso de la Provincia de Buenos Aires será examinado separadamente, por hacer al objeto principal de análisis de este artículo).

Por razones de brevedad, se ha optado por profundizar en algunos exponentes provinciales, los que veremos a continuación.

a) CABA

Su Centro de Formación Judicial⁷⁰, dependiente del Tribunal Superior de Justicia, desarrolla actividades de capacitación y forma-

68. Mediante Acordada N° 129 del 12 de diciembre de 1994 del Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, se constituyó el Comité de Planificación de la Escuela Judicial, con facultades de dictar su propio reglamento interno de funcionamiento y designación de sus propias autoridades. Con la Acordada N° 32 del 6 de junio de 1995 se sanciona finalmente el "Estatuto de la Escuela Judicial de Río Negro". *Vid* "Escuela de Capacitación Judicial de la Provincia de Río Negro", pp. 1-2. Disponible en http://www.jusrionegro.gov.ar/inicio/escuela/PDF/Historia_Escuela.pdf (consultado el 17/4/2021).

69. Mediante Acuerdo N° 84 del año 1986, el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de La Rioja estableció las pautas vinculadas a la organización y el temario de la Escuela de Capacitación, mientras que por Acuerdo N° 84 del año 1989 se sancionó su Reglamento. En "Historia de la Función Judicial de la Provincia de la Rioja - Normativas de la Función Judicial", Tribunal Superior de Justicia, Provincia de La Rioja, p. 7. Disponible en <https://justicialarioja.gob.ar/index.php/features/rese-na-historica?showall=&start=6> (consultado el 17/4/2021).

70. Ley N° 7 Orgánica del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (sanción: 5/3/1998; publicación: Boletín Oficial del 15/3/1998 Número: 405). "Artículo 52.- Centro de Formación Judicial. El Sistema de Formación y Capacitación Judicial se apoya en el Centro de Formación Judicial y en la actividad concertada con la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y otras instituciones uni-

ción destinadas a magistrados, funcionarios y empleados del Poder Judicial.

Desde la óptica de la formación inicial, sus cursos y seminarios constituyen elementos de juicio a ponderar por el Consejo de la Magistratura en el marco de los concursos públicos y nombramientos o ascensos del personal del Poder Judicial⁷¹.

b) Chaco

Su Centro de Estudios Judiciales, constituido de manera primigenia por Resolución del Superior Tribunal de Justicia N° 109, del 22 de marzo de 1978, alcanza su consolidación institucional mediante Decreto Ley provincial N° 2.417, dictado el 23 de agosto de 1979⁷².

Incluye, entre sus planes de estudio, programas de Formación Integral del Juez, de Capacitación Continua a Empleados del Poder Judicial y una plausible política de “formador de formadores” para el entrenamiento de capacitadores, *feedback* imprescindible en todo sistema de formación judicial⁷³.

c) Santiago del Estero

Bautizado como Centro Único de Capacitación para Magistrados, Funcionarios y Empleados “Dr. José Benjamín Gorostiaga”⁷⁴ (CUC), se destaca por alcanzar jerarquía constitucional a tenor de lo

versitarias públicas o privadas. El Centro de Formación Judicial es un órgano del Tribunal Superior de Justicia con autonomía académica, institucional y presupuestaria que tiene como finalidad la preparación y formación permanente para la excelencia en el ejercicio de las diversas funciones judiciales, teniendo en cuenta lo previsto por el artículo 58 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires”. Disponible en <https://cdh.defensoria.org.ar/normativa/ley-7/> (consultado el 17/4/2021).

71. Información obtenida de la página *web* del instituto: <http://cfj.gov.ar/marco-institucional.php> (consultado el 4/2/2021).

72. Información obtenida de la página *web* del instituto: <http://cej.justiciachaco.gov.ar/secciones/institucional> (consultado el 4/2/2021).

73. *Ibidem*.

74. El portal del Centro de formación está disponible en: <https://www.jussantiago.gov.ar/jusnueva/centrounico/institucional.php> (consultado el 4/2/2021).

normado en el artículo 181 de la Constitución de la Provincia de Santiago del Estero⁷⁵.

Amén de sus programas de formación inicial y continua, incluye entre sus productos institucionales (tal como acontece con su par chaqueño) la capacitación de los magistrados y funcionarios para que, posteriormente, puedan asumir ellos mismos el rol de capacitadores⁷⁶.

d) Tucumán

La Escuela Judicial del Consejo Asesor de la Magistratura de Tucumán, creada por Ley provincial N° 8.579 (BO Provincia de Tucumán 16/5/-2013), ofrece un programa de formación multidisciplinaria y por competencias, asentado sobre una estructura de módulos de formación, seminarios multidisciplinarios y entrenamientos por fueros y trayectos especializados con una carga horaria total de 360 horas reloj⁷⁷.

Su oferta académica propende a una formación inclusiva e integral en valores, con responsabilidad ética y social, para la futura práctica profesional de todos los aspirantes a cubrir vacantes para magistrados y funcionarios judiciales.

Su principal fortaleza reside, a mi juicio, en el carácter semipresencial y obligatorio de su plan de estudios, cuya acreditación es condición previa de acceso a los cargos.

75. "Artículo 181.- Ley Orgánica del Poder Judicial. La Ley Orgánica del Poder Judicial establecerá la constitución y funcionamiento de los tribunales. Determinará el estatuto jurídico de los jueces, funcionarios y miembros del Ministerio Público y del personal al servicio de la administración de justicia.

La ley reglamentará los casos en que podrá convocarse a magistrados retirados para prestar servicios en el Poder Judicial y las condiciones para el ejercicio de sus funciones.

Regulará el funcionamiento de la Escuela Judicial que será el ámbito natural de formación, capacitación y perfeccionamiento de los integrantes del Poder Judicial y abogados que aspiren al mismo".

76. Información obtenida de la página *web* del instituto: <http://www.jussantiago.gov.ar/jusnueva/centrounico/acuordoreglamento.php> (consultado el 4/2/2021).

77. Información obtenida de la página *web* del instituto: <http://escuelacamtucuman.gob.ar/institucional/mision/> (consultado el 4/2/2021).

b. Otros institutos de formación profesional

La noción de profesionalismo a ultranza en el desempeño de la función, sometida a exigencias de idoneidad legitimadoras del cargo, no está ausente en ciertas áreas estratégicas del Estado.

Por lo pronto, apenas exploramos cómo se estructura el ingreso a funciones afines en exigencia y responsabilidad, encontramos buenos ejemplos de escuelas formativas.

1. Instituto del Servicio Exterior de la Nación (ISEN)

En el caso de los postulantes al Servicio Exterior de la Nación, luego de un arduo proceso de selección que consta de diversas instancias (certificación internacional del idioma inglés, exámenes escritos, elaboración de ensayos y un coloquio de aptitud diplomática), ingresan a los claustros del ISEN⁷⁸, en los que recibirán durante dos años de dedicación *full-time*, formación diplomática en calidad de becarios.

Finalizada esta verdadera inmersión formativa, los egresados son incorporados al Cuerpo Permanente Activo del Servicio Exterior de la Nación como Secretarios de Embajada y Cónsules de Tercera Clase⁷⁹.

2. Instituto Balseiro

Otro tanto acontece en el área de Ciencia y Tecnología, donde la formación de futuros ingenieros nucleares, que se encomienda al Instituto Balseiro, es precondition para la postrer administración y gestión de un recurso tan sensible como la energía nuclear.

78. El Decreto Ley N° 2.707/1963 (BO 18/4/1963) por el que se creó el ISEN fue recogido en 1975 por la Ley del Servicio Exterior de la Nación N° 20.957 (BO 16/6/1975).

79. Art. 11 del Reglamento del Instituto del Servicio Exterior de la Nación, aprobado como Anexo I a la Resolución N° 295/2020 (BO 21/12/2020). En <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/238922/20201221> (consultado el 29/1/2021).

Creado en 1955, mediante convenio entre la Comisión Nacional de Energía Atómica (CNEA) y la Universidad Nacional de Cuyo⁸⁰, es una unidad académica integrada al Centro Atómico Bariloche, en cuyos claustros se dictan carreras de grado, maestrías y doctorados en física e ingeniería nuclear, entre otras disciplinas adscriptas a las ciencias duras.

Sus alumnos, sometidos a un proceso de formación de tiempo completo, acceden a becas de estudio que traslucen toda una decisión de política pública en materia de Investigación y Desarrollo, preordenada al fomento de capacidades locales para el desarrollo de programas nucleares con fines pacíficos.

3. Centro Argentino de Entrenamiento Conjunto para Operaciones de Paz (CAECOPAZ)

Un tercer exponente local resulta digno de mención dada su trayectoria y relevancia global. Se trata del Instituto de formación dependiente del Ministerio de Defensa, coloquialmente denominado CAECOPAZ, que, con veinticinco años de vida académica, supo consolidarse como escuela de *Peacekeepers*⁸¹ y Corresponsales de Guerra, de prestigio internacional.

Creado el 27 de junio de 1995, no solo se ha erigido en referente regional para el entrenamiento y la formación profesional de quienes han de integrar contingentes de paz bajo el mandato de Naciones Unidas; su variada oferta académica atrae a civiles y militares del

80. Información extraída de la *web* institucional del Instituto Balseiro: <https://www.ib.edu.ar/instituto-balseiro/sobre-el-ib/item/98-historia-del-ib.html> (consultado el 26/10/2020).

81. El autor tuvo oportunidad de transitar por sus claustros en los años 1999 y 2003, durante la fase previa al despliegue del contingente latinoamericano de Cascos Azules participantes de la Fuerza de Mantenimiento de la Paz de Naciones Unidas en Chipre (UNFICYP).

país y del mundo con un mismo designio: recibir academias específicas en condiciones de máximo realismo⁸².

“La Argentina fue pionera en crear un centro de entrenamiento de la ONU. Además de la eficacia militar, deben ser aptos en idiomas y cultura general”, explica la autora de un artículo recientemente publicado⁸³, agregando a modo ilustrativo que “[d]urante la preparación para ser un *peacekeeper*, los entrenamientos van desde realizar un *check point* (puesto de control) hasta aprender técnicas para negociar la vida de una persona o prácticas de supervivencia como rehén”.

Su texto incluye el testimonio de uno de los participantes de sus programas de formación, el Capitán de Corbeta, Esteban Castro, quien destaca con elocuencia: “[a]gradezco a la formación que tenemos como oficiales, la que recibimos (...) en el CAECOPAZ. Nos pone en un nivel de profesionalismo muy alto para desempeñar misiones en el extranjero y trabajar en conjunto con oficiales de otros países”.

Con sede en Campo de Mayo, Provincia de Buenos Aires, sus planes curriculares siguen la orientación del Departamento de Operaciones de Paz de Naciones Unidas (mejor conocido por sus siglas en inglés, como DPKO o *Department of Peacekeeping Operations*).

V. DE LOS MODELOS DE ESCUELA A UNA ESCUELA MODELO

Es el momento de concentrarse en aquello que representa y da contenido a la propuesta esbozada al inicio de la obra: el rediseño de la Escuela Judicial bonaerense, tras el confeso propósito de erigirla en instituto de formación modelo, valiéndonos tanto de experiencias análogas de probada aceptación como del capital académico e institu-

82. Información extraída de la *web* institucional del CAECOPAZ: <http://www.caecopaz.mil.ar/bienvenida.html> (consultado el 28/1/2021).

83. Diamante, Sofía, “Cascos azules: cómo viven los argentinos en misiones de la ONU. Son *peacekeepers*: personas cuya formación militar les permite, en lugar de hacer la guerra, contribuir a la paz en zonas de alto conflicto”. Publicado en diario *La Nación*, sección El Berlines, pp. 8-9 (edición del 12/9/2021). En <https://edicionimpresa.lanacion.com.ar/la-nacion/20210912/282458532081484> (consultado el 12/9/2021).

cional forjado por modelos institucionales de bien ganada fama, extrayendo de ellos la semilla de cambio que bien se puede sembrar en el suelo provincial.

Para ello es necesario comprender que, en el caso de la Provincia de Buenos Aires, su Escuela Judicial, creada por Ley N° 13.553⁸⁴, ha sido concebida como un instituto de formación basado en un modelo de aula virtual, de carácter obligatorio para quienes aspiren a participar en exámenes de oposición a partir del 1° de marzo de 2021.

La escuela, a su vez, se encuentra dentro de la órbita del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires. Precisamente, fue pensada como un sistema de enseñanza “al alcance de los profesionales, independientemente de su lugar de residencia (...)”⁸⁵.

Con la sanción de la Ley provincial N° 15.058 (BO 27/11/2018)⁸⁶, se establecieron pautas curriculares de carácter general, que orientan

84. BO 17/10/2006.

85. En <http://www.cmagistratura.gba.gov.ar/web/index.php/acerca-de-la-escuela> (consultado el 7/2/2021).

86. De su texto se lee:

“Artículo 3°: Modificase el artículo 25 de la Ley N° 11.868 y modificatorias, el que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 25: Convocatoria. Escuela Judicial. Al menos dos (2) veces por año calendario, el Consejo convocará a examen de oposición de los postulantes, para cubrir las vacantes que se produzcan en órganos de igual jerarquía y competencia material en cualquier lugar de la Provincia.

Sólo podrán rendir el examen de oposición los postulantes que hayan aprobado previamente la Escuela Judicial.

La duración y contenido de la Escuela Judicial serán regulados por el Consejo de la Magistratura. El Consejo de la Magistratura podrá asimismo dar por cumplidos los contenidos en la Escuela Judicial, cuando el concursante los haya aprobado en aquellas universidades públicas o privadas o instituciones públicas, que determine el propio Consejo por mayoría absoluta de sus miembros.

La Escuela Judicial deberá estar conformada por dos ciclos. Uno común a todas las especialidades, destinado a la formación de los cursantes en técnicas y habilidades necesarias para el ejercicio de la magistratura, y un segundo ciclo con contenidos específicos de técnicas y habilidades propias de la competencia material del órgano por el cual el cursante opte.

En ningún caso la duración de la Escuela Judicial será inferior a un año (1) y seis (6) meses, o superior a los dos (2) años”.

y a la vez delimitan los contornos de la potestad reglamentaria que ejerce el Consejo de la Magistratura bonaerense en la materia, tanto en el diseño cuanto en la duración de los programas de estudio.

Esta instancia de educación a distancia cuenta con un creciente número de matriculados que se enmarcan en el proceso de selección de magistrados (jueces, fiscales y defensores oficiales) llamados a desempeñarse en el ámbito jurisdiccional bonaerense.

Su fortaleza reside en que ha acercado el aula a puntos distantes de la dilatada geografía provincial, incorporando renovados contenidos de posgrado, al alcance de quienes aspiran a la cobertura de cargos.

Empero, la ausencia del factor presencial en sus cursos –que priva a sus alumnos de la interacción con pares y docentes en un marco de convivencia e intercambio–, la no inclusión de un programa de pasantías o prácticas tuteladas en órganos de administración de justicia, dependencias del Ministerio Público u organizaciones vinculadas con el quehacer judicial y jurisdiccional, y su confinamiento a un estadio anterior al examen de oposición –cuando debiera, cual eje central del proceso formativo, articular entre aquél y un examen final integrador–, tornan necesario pensar en un programa de mejoras a introducir en su marco regulatorio.

En esta línea, y basados en la evidencia empírica que aportan los institutos de formación precedentemente examinados, una hoja de ruta posible tendiente al rediseño de la Escuela Judicial bonaerense podría encontrar apoyatura en cuatro pilares fundamentales: primero, un examen de oposición y antecedentes; segundo, un curso teórico-práctico de carácter semipresencial (*b-learning*); tercero, un régimen de pasantías y prácticas tuteladas, y cuarto, un examen final integrador para la confección del orden de mérito definitivo.

Pilares que, al mismo tiempo, se proponen como fases consecutivas dentro del proceso de selección de magistrados y que reconocen, como hito fundamental, el período de inmersión formativa que han de transitar los postulantes al abrigo de una renovada Escuela Judicial.

a. Hacia un programa de mejoras

He de detenerme ahora en algunos aspectos de reforma trazados de manera incipiente, puntualizando aquellos que entiendo no deberían faltar como parte de un programa de mejoras:

1° Examen de oposición y antecedentes. Se propone como instancia de ingreso a la Escuela Judicial, basado en los conocimientos y antecedentes académicos y profesionales del postulante. Es una primera instancia de selección tendiente a completar el número de cupos disponibles o plazas ofrecidas por la Escuela para cada ciclo académico, cuya cantidad se vincula, a su vez, con las vacantes a cubrir en la jurisdicción provincial.

Difiere en sustancia del esquema actual, que prevé, primero, la aprobación y acreditación de la Escuela Judicial, para así obtener la habilitación legal necesaria para presentarse al examen de oposición.

2° Curso teórico-práctico de carácter semipresencial (*b-learning*). Este sería el aspecto central dentro del plan de reforma. Su importancia axial dentro del proceso de selección de magistrados deviene del fenómeno de inmersión formativa que se produce a partir del sometimiento de los postulantes, en calidad de becarios, a un entrenamiento intensivo de carácter teórico-práctico de dos años de duración. Programa basado tanto en los tradicionales contenidos teóricos (entre los cuales viene cobrando singular relevancia el abordaje de aspectos éticos de la función⁸⁷) como en la simulación de escenarios, el método del caso y la activa participación del alumno en un marco de presencialidad mixta (física y virtual) o modalidad *b-learning*, aspecto este último en creciente desarrollo y renovado impulso global (a partir de la situación de pandemia registrada a partir del año 2020) en los sistemas educativos del país y del mundo.

Lo anterior se propone como instancia superadora del actual esquema de aula virtual o *e-learning* que domina a la Escuela Judicial

87. En el ámbito del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires rige el Código de Ética del Ministerio Público, por imperio de la Resolución PG N° 32/2019, de fecha 31/1/2019. En https://www.mpba.gov.ar/files/documents/PG_n_32-19_C_digo_de_Etica_MPBA.pdf (consultado el 18/4/2021).

bonaerense en su actual versión, con las limitaciones que conlleva la ausencia de un entorno físico para la escenificación de situaciones y el entramado intersubjetivo que requiere todo proceso de enseñanza-aprendizaje de carácter formativo.

3° Régimen de pasantías y prácticas tuteladas. Tomando en préstamo lo aprendido acerca de la Escuela Judicial española, la implementación de un régimen de pasantías y prácticas tuteladas bien podría agregar valor al proceso de formación judicial bonaerense cuya reestructuración se postula. La asignación de becarios a distintos destinos jurisdiccionales, dependencias del Ministerio Público y organismos vinculados o afines, bajo la dirección y supervisión de un tutor adscripto a la Escuela, sería un punto culminante dentro del proceso de formación, tributario de la dosis de realismo que todo programa de entrenamiento requiere, al entrar en contacto con el quehacer cotidiano propio de la función y adquirir, con ello, conciencia práctica de la responsabilidad que entraña su ejercicio.

Este ingrediente formativo, hoy ausente, se propone como innovación a introducir en la fase final de la formación de los becarios, cual savia que nutra de máximas de experiencia a futuros operadores del sistema.

4° Examen final integrador y confección del orden de mérito definitivo. Al cabo del curso de formación bienal, teórico-práctico y semipresencial, y una vez finalizada la fase de prácticas tuteladas, el candidato habría de enfrentar un examen final integrador que le permitirá, junto con el examen de oposición y las calificaciones obtenidas a lo largo del curso, promediar su orden de mérito definitivo. Orden de mérito o de precedencia pensado como insumo para la confección de las ternas a remitir al Poder Ejecutivo provincial, en cumplimiento de la manda del artículo 175 de la Constitución bonaerense.

La remisión de ternas, acompañadas de un estricto orden de mérito, se supone contribuirá a estrechar los márgenes de discrecionalidad con que cuenta en la actualidad la autoridad ejecutiva al momento de desinsacular al candidato cuyo pliego es luego remitido a la Legislatura bonaerense. De acogerse tal propuesta, dicho arbitrio se vería acotado en función de un orden de precedencia fundado en criterios académicos y profesionales.

b. Consideraciones finales

Para ir concluyendo, creo apropiado recordar lo afirmado en los albores del año académico 2021 relativo a que “[l]a presencialidad es, objetivamente, el modo más adecuado de educar”⁸⁸.

La anexión progresiva de un componente presencial al actual formato virtual, vale decir, la combinación del aula virtual con el factor presencial de manera sincrónica, invitaría a expandir el actual límite de posibilidades de la Escuela Judicial bonaerense, para así desplegar en plenitud un potencial de recursos académicos (programas de intercambio e investigación, regímenes de pasantías, residencias para la práctica forense, becas de estudio, convenios de asistencia técnica con instituciones análogas nacionales y extranjeras, publicaciones de manuales prácticos y guías de actuación profesional, por citar solo algunos).

Amén de una enriquecedora convivencia profesional capaz de fomentar la integración horizontal y vertical de los distintos estamentos judiciales, la atmósfera académica propia de un instituto de formación de las características propuestas tendría el efecto de generar la impronta profesional e identitaria que la función requiere, particularmente en tiempos de constante interpelación a la organización judicial como los que corren.

Especular incluso con el emplazamiento de una hipotética sede en la región interior del extendido territorio bonaerense, alejado de la cabecera provincial y equidistante del desagregado de Departamentos Judiciales en que se encuentra dividida la Provincia, luce *a priori* tan atinado como atractivo, si se piensa en la generación de un entorno físico apropiado de convivencia y estudio para el desarrollo del tramo presencial del curso de formación judicial y en la contribución

88. En “Comisión Episcopal de Educación Católica | Declaración ante un nuevo año escolar 2021”, Comisión Episcopal de Educación. Conferencia Episcopal Argentina, 6/2/2021. Disponible en <https://episcopado.org/contenidos.php?id=2772&tipo=unica> (consultado el 15/4/2021). Aunque lo aseverado por la Comisión Episcopal de Educación Católica fue comunicado con motivo del nuevo año escolar 2021, su validez como enunciado general anima a renovar votos en favor del postulado sostenido a lo largo de presente ensayo.

hacia el dinamismo de la región interior, dentro de un saludable proceso de descentralización de la estructura estatal.

En síntesis, y cual corolario, no puedo dejar de subrayar que a sus claustros solo ingresarían aquellos postulantes a la magistratura provincial que previamente hayan aprobado el examen de admisión u oposición, con miras a la cobertura de vacantes en el marco del proceso de selección que lleva a cabo el Consejo de la Magistratura por imperativo constitucional.

Y del desempeño académico de aquéllos resultará el orden de mérito de egreso en base al cual se conformarán, en la hipótesis, las ternas vinculantes que habrán de remitirse al Poder Ejecutivo provincial para la efectiva cobertura de cargos.

Se trata, en prieta síntesis, de una propuesta de rediseño de la Escuela Judicial bonaerense, basada en un programa de formación inicial, de carácter semipresencial (*b-learning*), plurianual y obligatorio, reservado a quienes hayan superado una instancia de oposición (examen de admisión), a partir del llamado a convocatoria para la cobertura de vacantes en el Poder Judicial que efectúa regularmente el Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires.

CONCLUSIONES

Luego de haber escogido este variopinto de institutos y recorrido el plexo de programas teórico-prácticos, de formación inicial y continua que constituyen la quintaesencia de su oferta académica, he de trasuntar una idea común: la de confiar el ejercicio de la magistratura y la función judicial a aquellos que, movidos por una reconocible vocación de servicio, sean capaces de acreditar elevados estándares académicos como precondition para la asunción de cargos y puesta en funciones.

Propuesta de formación judicial a la manera del ideario sarmientino, inspirada en algunos buenos modelos provistos desde diversas latitudes y otros tantos ejemplos propios, erigida de tal suerte sobre bases tan tangibles como los muros de los claustros que albergarían futuros magistrados.

Modelos que se proyectan sobre una Escuela Judicial bonaerense capaz de ascender a la categoría de institución modelo e irradiar desde allí sus bondades hacia otros campos institucionales.

Una propuesta de *lege ferenda* para el Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, pensada como espacio de formación integral, lugar de encuentro y ágora para los operadores judiciales por venir, urgidos a reflexionar sobre la mejora de nuestro sistema de administración de justicia.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

a. Normativa

1. Argentina

Constitución Nacional.

Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Constitución de la Provincia de Santiago del Estero.

Ley N° 20.957 (BO 16/6/1975).

Ley Especial N° 24.937 (BO 6/1/1998).

Ley N° 26.861 (BO 3/6/2013).

Decreto Ley N° 2.707/1963 (BO 18/4/1963).

Ley N° 13.553 de la Provincia de Buenos Aires (BO 17/10/2006).

Ley N° 15.058 de la Provincia de Buenos Aires (BO 27/11/2018).

Ley N° 8.579 de la Provincia de Tucumán (BO Provincia de Tucumán 16/5/2013).

Ley N° 7 Orgánica del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (BO CABA 15/3/1998).

Decreto Ley N° 2.417 de la Provincia del Chaco del 23 de agosto de 1979.

Reglamento del Instituto del Servicio Exterior de la Nación. Anexo I a la Resolución N° 295/2020 (BO 21/12/2020).

Resolución PGN N° 507/2014 (no obran registros de su publicación en el BO).

Resolución DGN N° 75/2014 (BO 13/2/2014).

Resolución N° 7/2014 del Consejo de la Magistratura de la Nación (BO 27/3/2014).

Resolución del Superior Tribunal de Justicia del Chaco N° 109 del 22 de marzo de 1978.

FORMACIÓN JUDICIAL EN PROVINCIA DE BUENOS AIRES...

Acordada 129 del 12 de diciembre de 1994 y Acordada 32 del 6 de junio de 1995, del Tribunal Superior de Justicia de Neuquén.

Acuerdo N° 84 del año 1986 y Acuerdo N° 84 del año 1989, del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de La Rioja.

2. Chile

Ley N° 19.346.

3. Colombia

Ley N° 270 de 1996.

4. España

Ley de 26 de mayo de 1944.

Ley Orgánica N° 6/1985 del Poder Judicial (BOE núm. 157, de 2/7/1985).

Reglamento N° 2/1995 del Consejo General del Poder Judicial del Reino de España.

5. Estados Unidos

28 U.S. Code. Public Law 90-219 (16/XII/1967).

6. México

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

7. República Dominicana

Ley de Carrera Judicial N° 327-98.

Código de Comportamiento Ético del Poder Judicial (Suprema Corte de Justicia Resolución N° 2006-2009, del 30 de julio de 2009, que aprueba el Sistema de Integridad Institucional del Poder Judicial).

b. Doctrina

Amy, Marc T., "Judiciary School: A Proposal for a Pre-Judicial LL.M. Degree", *Journal of Legal Education*, vol. 52, no. 1/2, 2002. En www.jstor.org/stable/42893747 (consultado el 1/2/2021).

Armytage, Livingston, "Education judges-Where to From Here?", en *Journal of Dispute Resolution*, Vol. 2015, Issue 1, Article 10, 2015. Disponible en <https://scholarship.law.missouri.edu/jdr/vol2015/iss1/10/> (consultado el 6/9/2021).

Baytelman Andrés, "Capacitación como fútbol", en *¿Crisis en la capacitación judicial? Sistemas Judiciales*, n° 1, Inecip y Ceja, 2002. Disponible en <https://inecip.org/wp-content/uploads/Sistemas-Judiciales-1.pdf> (consultado el 6/9/2021).

Bianchi, Alberto B. y Sacristán, Estela B., "Estudio comparativo de los tribunales federales en Estados Unidos y Argentina", en Manili, Pablo Luis (dir.), *Derecho Constitucional del siglo XXI - Estudios en homenaje a Jorge Reinaldo Vanossi*, Buenos Aires, Astrea, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2020. En <https://www.estelasacristan.com.ar/publicaciones/Estudio%20comparativo%20de%20los%20tribunales%20federales%20en%20EEUU%20y%20Argentina.pdf> (consultado el 27/1/2021).

Binder, Alberto, "Los oficios del jurista: la fragmentación de la profesión jurídica y la uniformidad de la carrera judicial", en *¿Crisis en la capacitación judicial? Sistemas Judiciales*, n° 1, Inecip y Ceja, 2002. Disponible en <https://inecip.org/wp-content/uploads/Sistemas-Judiciales-1.pdf> (consultado el 6/9/2021).

Cafferata, Fernando, "Consejo de la Magistratura: importante avance institucional", Buenos Aires, 2016. En <https://foresjusticia.org/wp-content/uploads/2016/08/consejo-de-la-magistratura-importante-avance-institucional-autor-fernando-josecc81-cafferata.pdf> (consultado el 20/10/2020).

Cooper, Jeremy y González, Leonel, "Capacitación Judicial en América Latina. Un estudio sobre las prácticas de las Escuelas Judiciales", CEJA, 2017. Disponible en <https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5552> (consultado el 6/9/2021).

- Diamante, Sofía, "Cascos azules: cómo viven los argentinos en misiones de la ONU. Son peacekeepers: personas cuya formación militar les permite, en lugar de hacer la guerra, contribuir a la paz en zonas de alto conflicto", publicado en diario *La Nación*, sección El Berlínés, pp. 8-9 (edición del 12/9/2021). En <https://edicionimpresa.lanacion.com.ar/la-nacion/20210912/282458532081484> (consultado el 12/9/2021).
- Gattinoni de Mujía, María, "Seminario de Derecho Judicial de Estados Unidos de América | Departamento de Derecho Judicial. Intercambio Derecho Judicial Argentina y Estados Unidos, realizado entre el 21 y el 25 de abril de 2014". En <https://www.austral.edu.ar/derecho/2014/05/08/seminario-de-derecho-judicial-de-estados-unidos-de-america/> (consultado el 6/2/2021).
- Gómez Martínez, Carlos, "La selección y formación inicial de los jueces en Francia", *Jueces para la democracia*, N° 23, 1994.
- Gómez Martínez, Carlos, "Las razones de la formación inicial del juez", *Jueces para la democracia*, N° 43, 2002.
- Malem Seña, Jorge F., "El error judicial y la formación de los jueces", Barcelona, Editorial Gedisa S.A., 2008. En https://books.google.com.ar/books?hl=es&lr=&id=ey0lBQAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA101&dq=formacion+judicial&ots=D7Sjejem6T&sig=oOLYwvdvILXU4_xjAwUAYp-QnotzY&redir_esc=y#v=onepage&q=formacion%20judicial&f=true (consultado el 28/1/2021).
- Marensi, Inés, "Un nuevo enfoque pedagógico para la Capacitación Judicial en América Latina", en *¿Crisis en la capacitación judicial? Sistemas Judiciales*, n° 1, Inecip y Ceja, 2002. Disponible en <https://inecip.org/wp-content/uploads/Sistemas-Judiciales-1.pdf> (consultado el 6/9/2021).
- Martí, José, "Guatemala", *Obras Completas*, Volumen 7, La Habana, Nuestra América, Editorial de Ciencias Sociales, 1991. En <http://biblioteca.clacso.edu.ar/Cuba/cem-cu/20150114042653/Vol07.pdf> (consultado el 28/1/2021).
- Moreira, Manuel, "E-learning y las competencias digitales: algunas reflexiones y propuestas para la Escuela Judicial", *Revista de Educación y Derecho*, N° 5, octubre 2011 - marzo 2012. En <https://revistes.ub.edu/index.php/RED/article/view/3087> (consultado el 6/2/2021).
- Sagüés, Néstor, "La escuela judicial en Chile. Actuales perspectivas del instituto en Argentina", *La Ley* 1979-C. AR/DOC/6564/2001.
- Sagüés, Néstor, "Reforma Constitucional: el Poder Judicial", *La Ley* 1987-E. AR/DOC/18453/2001.
- Santiago, Alfonso, "La responsabilidad de los jueces por el contenido de sus decisiones jurisdiccionales", *La Ley* S.A.E. e I., Buenos Aires, 2016.

- Stinco, Juan, “Las reformas del sistema de administración de justicia y los procesos de selección de magistrados”, *Revista Derechos en Acción*, año 4, N° 12, Universidad de Buenos Aires, 21 de junio - 20 septiembre de 2019. En <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/8757/7593> (consultado 7/2/2021).
- Valenzuela, Gervasia, “La Escuela Nacional de La Judicatura: una experiencia en la República Dominicana”, *Centro de Altos Estudios Humanísticos y del Idioma Español*, Anuario 3, Primera sección Seminario sobre Derechos Humanos, 2004-2007. En <https://repositorio.unphu.edu.do/bitstream/handle/123456789/2239/La%20escuela%20nacional%20de%20la%20judicatura-%20una%20experiencia%20en%20la%20Rep%20c3%20bablica%20Dominicana.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (consultado el 6/2/2021).
- Wheeler, Russell, “Empirical Research and the Politics of Judicial Administration: Creating the Federal Judicial Center”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 51, no. 3, 1988. En www.jstor.org/stable/1191818 (consultado el 28/1/2021).

c. Jurisprudencia

CSJN *Fallos*: 310: 234.

d. Documentos y publicaciones web

- CAECOPAZ. En <http://www.caecopaz.mil.ar/bienvenida.html> (consultado el 28/1/2021).
- Carta europea sobre el estatuto de los jueces. Actividades para el desarrollo y la consolidación de la estabilidad democrática, Consejo de Europa, Estrasburgo, 8-10 de julio de 1998. En <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4255/carta-europea.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (consultado el 30/1/2021).
- Centro de Estudios Judiciales (Chaco). En <http://cej.justiciachaco.gov.ar/secciones/institucional> (consultado el 4/2/2021).
- Centro Único de Capacitación para Magistrados, Funcionarios y Empleados “Dr. José Benjamín Gorostiaga” (Santiago del Estero). En <https://www.jussantiago.gov.ar/jusnueva/centrounico/institucional.php> (consultado el 4/2/2021).

FORMACIÓN JUDICIAL EN PROVINCIA DE BUENOS AIRES...

- “Centros de Capacitación Judicial” (Jujuy). En <https://www.justiciajujuy.gov.ar/escuela-de-capacitacion/index.php/enlaces-de-interes/centros-de-capacitacion-judicial> (consultado el 4/2/2021).
- Código de Ética del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires. En https://www.mpba.gov.ar/files/documents/PG_n__32-19_C_digo_de_Etica_MPBA.pdf (consultado el 18/4/2021).
- “Comisión Episcopal de Educación Católica | Declaración ante un nuevo año escolar 2021”, Comisión Episcopal de Educación. Conferencia Episcopal Argentina, 6/2/2021. En <https://episcopado.org/contenidos.php?id=2772&tipo=unica> (consultado el 15/4/2021). “The Federal Judicial Center education and research for the U.S. federal courts”. En <https://www.fjc.gov/sites/default/files/2015/About-FJC-English-2014-10-07.pdf> (consultado el 8/2/2021).
- Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires. En <http://www.cmagistratura.gba.gov.ar/web/index.php/acerca-de-la-escuela> (consultado el 7/2/2021).
- “El Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación”, noviembre de 2006, p. 9. En <http://www.riaej.com/sites/default/files/escuelanjudicial%20de%20argentina%20pag%204.pdf> (consultado el 11/2/2021).
- “Entrevista al Sr. Russell Wheeler, Sub-Director del Federal Judicial Center. Realizada por el Dr. Juan Enrique Vargas, Director del CEJA”, en *¿Crisis en la capacitación judicial? Sistemas Judiciales*, n° 1, Inecip y Ceja, 2002. Disponible en <https://inecip.org/wp-content/uploads/Sistemas-Judiciales-1.pdf> (consultado el 6/9/2021).
- Escuela Judicial de la Nación (Argentina). En <https://escuelajudicial.pjn.gov.ar/> (consultado el 18/4/2021).
- Escuela Judicial del Consejo Asesor de la Magistratura de Tucumán. En <http://escuelacamtucuman.gob.ar/institucional/mision/> (consultado el 4/2/2021).
- Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” (Colombia). En <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/historia> (consultado el 18/3/2021).
- “Federal Judicial Center Annual Report 2013”.
- “Intercambio Derecho Judicial Argentina y Estados Unidos - 21 al 25 de abril de 2014 - Departamento de Derecho Judicial de la Universidad Austral y el Center for Strategic and International Studies (CSIS), Washington DC”. En <https://www.austral.edu.ar/derecho/2014/05/08/seminario-de-derecho-judicial-de-estados-unidos-de-america/> (consultado el 6/2/2021).
- Instituto Balseiro. En <https://www.ib.edu.ar/instituto-balseiro/sobre-el-ib/item/98-historia-del-ib.html> (consultado el 26/10/2020).

“Les Enjeux De La Formation Des Juges. Entretien Avec Denis Salas, Maitre Conference a l’Ecole nationale de la magistrature”, en *¿Crisis en la capacitación judicial? Sistemas Judiciales*, n° 1, Inecip y Ceja, 2002. Disponible en <https://inecip.org/wp-content/uploads/Sistemas-Judiciales-1.pdf> (consultado el 6/9/2021).

“List of Selected Publications on this USB_April2014”.

“Plan Docente P66 2014-2016”. Escuela Judicial española.

“Selected Publication Checklist with links to digital copies_April2014”.

VIDA DIGNA Y DERECHO A LA SALUD EN LOS FALLOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS¹

DIGNIFIED LIFE AND RIGHT TO HEALTH IN THE RULINGS OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

MARIANA PARDO IOSA²

Recibido: 8 de julio de 2021

Aprobado: 16 de septiembre de 2021

RESUMEN

Durante mucho tiempo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante, Corte IDH– utilizó el concepto de “vida digna o existencia digna” para dotar de contenido y protección al derecho a la salud. El problema que plantea la expresión “vida digna” es que es usada en el discurso jurídico de la Corte IDH con distintos alcances semánticos sin que exista unanimidad en su significación.

1. Este trabajo se enmarca en el PICTO-UCA 2017-0032, “El concepto de Dignidad Humana según la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Análisis de los casos contenciosos y de las opiniones consultivas”, cofinanciado por ANPCyT y UCA (Argentina).

2. Abogada (UNSTA). Doctoranda (UCA). Jefa de Trabajos Prácticos de Filosofía del Derecho (UNSTA). Directora del proyecto de investigación “La protección del derecho a la salud en el ordenamiento jurídico nacional y provincial” (PIUNSTA 20-22). Correo electrónico: mariana.pardo@unsta.edu.ar.

A partir de ello, este artículo analiza los diferentes usos del concepto “vida digna” en los casos contenciosos tramitados ante la Corte IDH en los que se constataron violaciones al derecho a la salud, y finalmente ofrece algunas reflexiones sobre las implicancias de estos usos en materia sanitaria.

PALABRAS CLAVE

Vida digna; Derecho a la salud; Dignidad; Autonomía; Justicia-bilidad.

ABSTRACT

For a long time, the Inter-American Court of Human Rights employed the concept of “dignified life or dignified existence” to provide content and protection to the right to health.

The problem that entails the expression “dignified life” is that it is employed by the Court’s legal discourse with varying semantic scopes, never reaching unanimity when it comes to its meaning.

From there, this article analyzes the different uses of the concept of “dignified life” in the contentious cases the Court ruled over, where violations to the right to health were verified, and finally offers some reflections on the consequences of these uses in sanitary matters.

KEYWORDS

Dignified life; Right to health; Dignity; Autonomy; Justiciability.

PARA CITAR ESTE TEXTO:

Pardo Iosa, Mariana. “Vida digna y derecho a la salud en los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *FORUM: Revista del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, N° 12, 2021, pp. 105-130.

1. INTRODUCCIÓN

El derecho a la salud como derecho humano fundamental se encuentra protegido en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –en adelante, CADH– y, más específicamente, en el artículo 10 del Protocolo Adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En cuanto al tratamiento del derecho a la salud por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es posible distinguir dos etapas en su jurisprudencia: una etapa de justiciabilidad indirecta y otra etapa de justiciabilidad directa. La primera etapa se inicia con el caso *“Niños de la Calle” vs. Guatemala* (2004), en el cual, la Corte IDH concede una importancia fundamental al concepto de “vida digna o existencia digna” para dotar de contenido y protección al derecho a la salud, omitiendo pronunciarse acerca del contenido y alcance del artículo 26 CADH.

Sin embargo, a pesar de la centralidad que pareciera tener la expresión “vida digna o existencia digna” para hacer operativo el derecho a la salud, no existe unanimidad en su significación, ya que ha sido utilizada por la Corte IDH con distintos alcances semánticos en su jurisprudencia.

A partir de estas consideraciones, en el presente trabajo exponemos, en primer lugar, dos de las principales corrientes iusfilosóficas que intentan fundamentar la noción de dignidad. En segundo lugar, nos detendremos en la etapa de justiciabilidad indirecta del derecho a la salud, donde distinguiremos dos períodos, en base a los distintitos usos del concepto “dignidad” que realiza la Corte IDH. En tercer lugar, nos avocaremos a la etapa de justiciabilidad directa del derecho a la salud, en la cual parece consolidarse la tendencia a identificar el concepto de dignidad con la autonomía del paciente. En cuarto lugar, analizaremos una doble fuente de ambivalencia en el derecho a la salud, y, finalmente, en la conclusión, ofreceremos algunas reflexiones sobre las implicancias que tiene en materia sanitaria fundamentar la exigibilidad del derecho a la salud desde una concepción autónoma de la dignidad.

2. ANTECEDENTES IUSFILOSÓFICOS DE LA DISCUSIÓN

Es sabido que existen dos tendencias que intentan fundamentar la noción de dignidad:

- 1) Una primera corriente de origen *kantiano*, que entiende que la dignidad del hombre se identifica con la autonomía moral de la conciencia, con la consiguiente libertad y dominio de sí absolutos, cuya consecuencia lógica –afirma Hervada– es la anomia, es decir, el hombre se convierte en su propia ley³.
- 2) Una segunda corriente denominada *ontológica*, que entiende la dignidad de la persona como una eminencia o excelencia en el ser. En otras palabras, como una bondad intrínseca de la esencia o naturaleza humana⁴.

Así, la dignidad de origen kantiano es una dignidad subjetiva y relativa en cuanto pertenece solo a aquellas personas que poseen autonomía. En cambio, la dignidad de carácter ontológico es una dignidad objetiva y absoluta, propia del ser humano, cuyo origen se encuentra en la naturaleza misma del hombre.

Este binomio de sentidos produce una ambigüedad esencial a la hora de discutir los alcances y las consecuencias jurídicas de la noción. Por si fuera poco, otro de los problemas que plantea el uso del concepto “dignidad” en el discurso jurídico es que puede ser utilizado con diferentes funciones. Laise las sintetiza en tres:

“(…) por una parte, (1) se habla de un «derecho a la dignidad humana» y, por la otra, (2) también se suele hacer referencia a la dignidad humana como una instancia justificatoria de los Derechos

3. Cfr. Hervada, Javier, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona, Eunsa, 2000, p. 447.

4. Cfr. Hervada, ob. cit., p. 449.

Humanos que, a la vez, 3) orienta las prácticas interpretativas hacia una realización de los aspectos básicos del desarrollo humano”⁵.

En síntesis, la discusión acerca de la dignidad gira en torno a dos problemas centrales. Por un lado, el problema de la *fuerza* de la que deriva la misma (nociones autonomista y ontológica), y, por otro, el problema de las *funciones* del concepto, en virtud de las cuales se encuentran los que entienden que “dignidad” es un *derecho*, frente a quienes sostienen que es el *fundamento* de los derechos. Por lo tanto, pareciera subyacer que ambos problemas se encuentran conectados, toda vez que los que comprenden la dignidad como un *derecho* suelen simpatizar con un concepto *autonomista* y, a su vez, los que entienden la dignidad como *fundamento* de los derechos se inclinarían más bien por una noción *ontológica* o *sustantiva*.

3. JUSTICIABILIDAD INDIRECTA DEL DERECHO A LA SALUD

Durante la primera etapa de justiciabilidad indirecta del derecho a la salud, la Corte IDH resolvió 14 (catorce) casos contenciosos en los que se constataron violaciones al derecho a la salud. Sin embargo, el tribunal decidió no pronunciarse de manera *directa* sobre la violación de este derecho contenido en el artículo 26 CADH y, en cambio, desarrolló a partir del artículo 4º CADH el concepto de “vida digna o existencia digna” para dotar de contenido y protección al derecho a la salud.

Esta estrategia de argumentación “indirecta” pone de manifiesto la importancia que tiene el uso del concepto “dignidad” en la justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, especialmente en el derecho a la salud. En este sentido, Ibáñez Rivas sostiene: “(...) la relación entre la dignidad humana y los Derechos

5. Cfr. Laise, Luciano D., “Las funciones del concepto de «dignidad» en la interpretación jurídica”, en *Fides et Ratio - Revista de Difusión cultural y científica de la Universidad La Salle*, Bolivia, N° 14, 2017, p. 117. Recuperado el 4 de mayo de 2021, de http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2071081X2017000200008&lng=es&tlng=es.

Económicos, Sociales y Culturales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana es indiscutible. La interdependencia y la indivisibilidad existentes entre aquellos y los Derechos Civiles y Políticos, basadas precisamente en la protección de la dignidad de la persona, son la principal confirmación de dicha relación. Ciertamente, la jurisprudencia citada a lo largo del presente artículo demuestra que la dignidad está presente en las principales interpretaciones de las normas de la Convención Americana que permiten una justiciabilidad directa e indirecta de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”⁶.

Sin embargo, Parra Vera sostiene que esta estrategia de justiciabilidad indirecta “ha sido criticada por autores que consideran que puede constituir una disminución del ámbito de protección de cada derecho social en particular, dado que existen algunos componentes de los Derechos Sociales que no pueden ser reconocidos a estándares de Derechos Civiles y Políticos. En este sentido, podría perderse la especificidad tanto de Derechos Civiles y Políticos (que empiezan a abarcarlo todo) como de Derechos Sociales (que no logran proyectar sus especificidades)”⁷.

Es posible realizar dos subdivisiones dentro de la etapa de justiciabilidad *indirecta* del derecho a la salud, conforme al uso del concepto de “dignidad” que realiza la Corte IDH: un primer período, que comprende los fallos desde el año de 2004 a 2012, y un segundo período, que se extiende desde el año de 2012 a 2018.

3.1. Primer período: ambigüedad en la noción de “dignidad”

A los efectos de profundizar la comprensión de este tema, es necesario aclarar que la Corte IDH desarrolla la mencionada estrategia

6. Cfr. Ibáñez Rivas, J. M., “La dignidad humana y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Cançado Trindade, A. A.; Barros Leal, C. (eds.), *El respeto a la dignidad de la persona humana*, Instituto Brasileño de Derechos Humanos, 2015, p. 211.

7. Cfr. Parra Vera, Oscar, “La protección del derecho a la salud a través de casos contenciosos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en Clérico, L.; Ronconi, L. y Aldao, M. (coords.), *Tratado de Derecho a la Salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 776.

de justiciabilidad *indirecta* en un contexto en el que parte de la doctrina consideraba que el artículo 26 CADH era una norma no operativa, meramente pragmática y carente de fuerza coactiva para los Estados⁸. Es por ello que el máximo tribunal hace derivar la operatividad del derecho de salud de la obligación de los Estados de “asegurar las condiciones de existencia digna” (art. 4º CADH). Sobre este punto, Bazán sostiene que “los Derechos Económicos, Sociales y Culturales no son menos Derechos que los Civiles y Políticos, ya que el carácter interdependiente de los Derechos Humanos lleva a que no exista jerarquía entre ellos y a que todos sean exigibles ante las respectivas autoridades estatales competentes”⁹.

El primer caso en el que la Corte IDH utiliza el concepto “vida digna o existencia digna” es *Villagrán Morales y otros (niños de la calle) vs. Guatemala* (2004). Allí, la Corte afirmó que “el derecho fundamental a la vida comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a condiciones que le garanticen una existencia digna”¹⁰. Es a partir de este caso que la Corte empieza a desarrollar el derecho a la vida como un derecho de carácter prestacional, que supone para los Estados la obligación positiva de asegurar un “núcleo duro” de derechos que les permitan a las personas vivir humanamente.

Al respecto, Clérico afirma que la Corte midió la insuficiencia de las “condiciones de existencia digna” en relación con el acceso que los niños tenían a los Derechos Sociales, como ser el agua, la

8. Cfr. Bazán, Víctor, “Hacia la justiciabilidad directa de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el sistema interamericano”, en *La Ley*, 2015, Buenos Aires, pp. 4 y sigs. Y Abramovich, Víctor y Rossi, Julieta, “La tutela de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en Martín, Claudia; Rodríguez-Pinzón, Diego y Guevara, José A. (comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, Fontamara, 2004.

9. Cfr. Bazán, Víctor, “Hacia la justiciabilidad directa de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el sistema interamericano”, en *La Ley*, 2015, Buenos Aires, p. 15.

10. Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre 1999. Serie C N° 63, párr. 144.

alimentación, la salud, la educación, entre otros¹¹. Así, “el Estado no sólo viola el derecho a la vida cuando sus agentes salen a matar niños que viven en las calles, sino también cuando nada ha realizado (o lo ha hecho en forma insuficiente o inadecuada) para generar las condiciones para que esos niños puedan vivir y desarrollarse, en su contexto familiar o comunitario, con todos los recursos materiales y simbólicos necesarios”¹².

Este criterio fue reiterado en el caso *Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay* (2004), en el que el Tribunal consideró que “el Estado debe garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible”¹³. Es decir, las condiciones de detención no pueden privar a los reclusos de una atención sanitaria adecuada y eficaz, como reconocimiento y garantía de su dignidad.

Finalmente, este tópico también fue utilizado en los casos referidos a las violaciones de los derechos de las comunidades indígenas. Así, en el caso de la *Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay*, la Corte afirmó que “una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan (...)”¹⁴. Allí la Corte IDH consideró que las afectaciones del derecho a la salud que tenían los miembros de las comunidades indígenas, así como la falta de acceso al agua limpia y a la alimentación, impactaban de manera aguda

11. Cfr. Clérico, L.; Beloff, M., “Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, en *Estudios Constitucionales*, Chile, Año 14, N° 1, 2016, p. 144.

12. *Ídem*.

13. Corte IDH, Caso *Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C N° 112, párr. 153.

14. Corte IDH, Caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 162.

en el derecho a una existencia digna y a las condiciones básicas para el ejercicio de otros Derechos Humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural¹⁵, confirmando una vez más el criterio de indivisibilidad de los DESC.

En resumen, la doctrina de los fallos citados anteriormente puede sintetizarse de la siguiente forma: el derecho “a la vida digna o existencia digna” se encuentra contenido en el artículo 4º CADH, vulnerado entre otros motivos porque el Estado en cuestión no tomó las medidas positivas, necesarias y suficientes para garantizar el acceso a las prestaciones básicas del derecho a la salud, como ser la atención médica, odontológica y psicológica adecuada y oportuna¹⁶.

A partir de este análisis es posible deducir, por un lado, que la salud es un pilar fundamental del derecho a la “vida digna”¹⁷. Por el otro, se puede advertir que el concepto de “dignidad” utilizado en los fallos de la Corte IDH es dinámico, ya que refiere a “condiciones de vida digna”, las cuales van cambiando conforme a las circunstancias de cada caso concreto. En otros términos, el concepto de “vida digna” depende de las condiciones, y en la medida en que estas se transformen también el concepto sufrirá modificaciones. En esta línea, Lell sostiene que “el énfasis de la Corte IDH en las circunstancias no es casual, sino que intenta resaltar que existen algunas que podrían dar lugar a que la dignidad humana sea menoscabada con mayor facilidad”¹⁸, como ser las malas condiciones de detención, falta de agua y alimentación, entre otras.

Otra característica del concepto “dignidad” es que es usado en estos casos como un criterio de interpretación para ampliar el conte-

15. Corte IDH, Caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 167.

16. Corte IDH, Caso *Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C Nº 112, párr. 166.

17. Cfr. Parra Vera, Oscar, “La protección del derecho a la salud a través de casos contenciosos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en Clérico, L.; Ronconi, L. y Aldao, M. (coords.), *Tratado de Derecho a la Salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 777.

18. Cfr. Lell, Helga, “La dignidad en función del sujeto. Tres posibles sentidos para un control de convencionalidad”. Inédito, p. 8.

nido de los Derechos Humanos. No es lo mismo el derecho a la vida que el derecho a una vida *digna*. El derecho a la vida puede existir por sí solo, pero cuando se exige el atributo de “dignidad”, se elevan los requisitos mínimos para considerarse satisfecho¹⁹.

En conclusión, el tratamiento de la noción de “dignidad” que realiza la Corte en esta primera etapa se asemeja más a una *descripción* que a una definición del concepto, motivo por el cual si bien no es posible determinar qué es lo que la Corte IDH entiende por dignidad, sí sabemos exactamente en qué circunstancias la dignidad humana ha sido violada o menoscabada.

La concepción de la “dignidad” utilizada en esta primera etapa es ambigua, ya que puede corresponder tanto a la visión que entiende la dignidad como autonomía o como valor sustantivo. La dignidad como autonomía parece subyacer en los fallos mencionados cuando la Corte IDH se refiere al respeto al proyecto de vida de las personas²⁰. Por el contrario, la concepción sustantiva de la dignidad también parece emerger al referirse la Corte IDH a la obligación que tienen los Estados de satisfacer las necesidades básicas que son esenciales para que los reclusos y los miembros de las comunidades indígenas desarrollen una vida digna, por lo que la falta de salud, de alimentación y las malas condiciones de detención, entre otros, implican la privación de bienes esenciales para el hombre que en ningún aspecto puede ser permitida.

3.2. Segundo período: dignidad como autonomía

Dentro de la etapa de justiciabilidad indirecta del derecho a la salud, desde el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil* (2006) en adelante, la Corte IDH empieza a desarrollar un concepto de dignidad ligado al de autonomía. Gómez Montoro afirma que en las últimas décadas el énfasis se pone en la “dignidad” como autonomía y la libertad de auto-

19. Cfr. Lell, Helga, ob. cit., p. 28.

20. Corte IDH, Caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 172.

determinación de la persona, dejándose de lado el concepto de dignidad ontológica²¹.

Esta tendencia ya se había visto reflejada en los Estados Unidos en los años setenta con el caso *Roe vs. Wade*²², en el cual se advierte la importancia que el tribunal le confiere a la autonomía de la voluntad de la mujer durante el primer trimestre de embarazo, frente a los derechos del tercero por nacer²³. Este mismo criterio fue aplicado por la Corte IDH en el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* (2012), en el que atribuyó responsabilidad internacional al Estado de Costa Rica por impedir el acceso a un grupo de parejas a las técnicas de fecundación *in vitro*.

En este sentido, la Corte entendió que la protección a la vida privada “abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales”²⁴. Asimismo, enfatizó que “un aspecto central del reconocimiento de la dignidad constituye la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones”²⁵.

Siguiendo lo expuesto por Lafferriere²⁶, en el caso *Artavia Murillo* se hallan múltiples referencias a la “dignidad” con distintos alcances

21. Cfr. Gómez Montoro, Ángel, “¿De qué hablamos cuando hablamos de dignidad?”, en *La Constitución de los españoles. Estudios en homenaje a J. J. Solozabal Echevarría*, Navarra, Fundación Manuel Giménez Abad-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 550.

22. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

23. Cfr. Amaya, Jorge, *Control de Constitucionalidad*, Buenos Aires, Astrea, 2015, p. 28.

24. Corte IDH, Caso *Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C N° 257, párr. 143.

25. Cfr. Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C N° 239, párr. 136, y Caso *Flor Freire vs. Ecuador*, párr. 103.

26. Cfr. Lafferriere, Jorge N., “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la dignidad como principio bioético. Reflexiones a partir de la conclusión del caso

semánticos, en atención a los intereses contrapuestos de las partes. Por un lado, la dignidad como valor sustantivo, alegada por el Estado de Costa Rica, que aseguró que “se debe proteger al más vulnerable de todos los seres humanos: el embrión, y reconocer su dignidad intrínseca más allá de su vinculación con el útero materno”²⁷ y, por el otro, se perfila una noción de dignidad autonómica, alegada por las parejas demandantes, en el entendimiento de que tenían derecho a decidir libremente sobre su proyecto de vida, incluyendo la elección de los métodos de reproducción sexual. Sin perjuicio de los argumentos esgrimidos por el Estado de Costa Rica, en la resolución del caso y como ya se había adelantado, el concepto de dignidad como autonomía se terminó imponiendo sobre la noción de dignidad sustantiva, en detrimento de los derechos del embrión. En definitiva, “vida digna significa para la Corte IDH que las personas tienen que poder tomar decisiones reproductivas en forma autónoma y sin que se pongan limitaciones como el derecho a la vida y la dignidad de los embriones humanos”²⁸.

En esta dirección, afirma el mismo Lafferriere que “la dignidad entendida únicamente como autonomía acarrea su desvirtuación; impone la entronización del criterio del más fuerte y la identificación del ser humano con solo una de sus características”²⁹. En igual sentido, sostiene la necesidad de lograr el reconocimiento de la dignidad ontológica del ser humano como principio fundamental del ordenamiento jurídico³⁰.

Otro caso en el que la Corte trata el concepto de dignidad ligado a la autonomía del paciente es *I.V. vs. Bolivia* (2016), referido a la fal-

«Artavia Murillo», en VV. AA. *Estudios de Derecho Civil. Año 2020*, Buenos Aires, La Ley, 2021.

27. Corte IDH, Caso *Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C N° 257, párr. 167.

28. Cfr. Lafferriere, Jorge N., “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la dignidad como principio bioético. Reflexiones a partir de la conclusión del caso «Artavia Murillo»”, en VV. AA. *Estudios de Derecho Civil. Año 2020*, Buenos Aires, La Ley, 2021, p. 55.

29. Cfr. Lafferriere, Jorge N., ob. cit., p. 63.

30. Ibídem.

ta de consentimiento informado de una mujer en el contexto de una cirugía de ligadura de trompas. La Corte consideró que “el principio de la autonomía de la persona veda toda actuación estatal que procure la instrumentalización del individuo, es decir, que la convierta en un medio para fines ajenos a las elecciones sobre su propia vida, su cuerpo y el desarrollo pleno de su personalidad, dentro de los límites que impone la Convención”³¹. Esta concepción parece reflejar la idea kantiana del hombre como fin en sí mismo, cuya mediatización está prohibida. Así, afirma que el basamento de la protección de la dignidad “se erige tanto en el principio de la autonomía de la persona como en la idea de que todos los individuos deben ser tratados como iguales, en tanto fines en sí mismos, según sus intenciones, voluntad y propias decisiones de vida”³².

En atención a este principio, “la Corte entiende que el consentimiento informado del paciente es una condición *sine qua non* para la práctica médica, el cual se basa en el respeto a su autonomía y su libertad para tomar sus propias decisiones de acuerdo a su plan de existencia. En otras palabras, el consentimiento informado asegura el efecto útil de la norma que reconoce la autonomía como elemento indisoluble de la dignidad de la persona”³³. Es decir que, a través del consentimiento informado, la dignidad como autonomía se concretiza en el derecho positivo.

En esta línea, la Corte sostuvo que “el reconocimiento del consentimiento informado como expresión de la autonomía de las personas en el ámbito de la salud ha significado en la práctica de la medicina un cambio de paradigma en la relación médico-paciente, ya que el modelo de toma de decisiones informadas y libres pasó a centrarse en un proceso participativo con el paciente y ya no en el modelo paternalista en donde el médico, por ser el experto profesional en la ma-

31. Corte IDH, Caso *I.V. vs. Bolivia*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C N° 329, párr. 150.

32. Corte IDH, Caso *I.V. vs. Bolivia*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C N° 329, párr. 149.

33. Corte IDH, Caso *I.V. vs. Bolivia*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C N° 329, párr. 159.

teria, era quien decidía lo más conveniente para la persona que debía someterse a un tratamiento en particular”³⁴.

Por último, el máximo tribunal se refirió a la salud como parte integrante del derecho a la integridad personal y afirmó que ella abarca no solo el acceso a los servicios de atención sanitaria en igualdad de oportunidades, sino también “la libertad de cada individuo de controlar su salud y su cuerpo, y el derecho a no ser sometido a tratamientos y experimentos médicos no consentidos”³⁵.

En conclusión, en estos últimos casos analizados, se percibe una marcada tendencia de la Corte a interpretar el concepto de dignidad desde una visión autonómica. La Corte reduce la dignidad a la capacidad de autodeterminación del individuo, dejando sin protección jurídica a aquellas personas que por cualquier circunstancia no gocen de autonomía, razón por la cual, “en el fondo, lo que se aprecia en esta jurisprudencia no es la expansión de los contornos de un derecho ya existente, y ni siquiera la creación de un nuevo derecho, sino un cambio de paradigma en el entendimiento de los Derechos Humanos, que ya no se consideran tanto al servicio de la dignidad como de una libertad casi absoluta”³⁶.

4. JUSTICIABILIDAD DIRECTA DEL DERECHO A LA SALUD

4.1. Antecedentes de la etapa de justiciabilidad directa del derecho a la salud

Es posible distinguir en la misma jurisprudencia de la Corte IDH dos antecedentes de la etapa de justiciabilidad directa del derecho a

34. Corte IDH, Caso *I.V. vs. Bolivia*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C N° 329, párr. 161.

35. Corte IDH, Caso *I.V. vs. Bolivia*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C N° 329, párr. 161.

36. Cfr. Gómez Montoro, Ángel, “¿De qué hablamos cuando hablamos de dignidad?”, en *La Constitución de los españoles. Estudios en homenaje a J. J. Solozabal Echevarría*, Madrid, Fundación Manuel Giménez Abad-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 552.

la salud, en los casos *Furlán y Familiares vs. Argentina* (2012) y *Suárez Peralta vs. Ecuador* (2015). Si bien en ninguno de estos casos la Corte IDH declaró la violación directa del artículo 26, algunos miembros del tribunal en sus votos razonados se manifestaron a favor de la justiciabilidad directa de los DESC.

El primer antecedente se encuentra en el voto concurrente de la jueza Macaulay, en el caso *Furlán y Familiares vs. Argentina* (2012), en el cual manifestó que si bien compartía lo resuelto por la Corte, también era posible resolver el caso a partir de la justiciabilidad directa de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales con el alcance del artículo 26 de la Convención Americana, particularmente en relación con la obligación de respetar y garantizar el derecho a la salud y a la seguridad social. La Jueza Macaulay resaltó que se trataba de una controversia sobre el deber de garantía del derecho a la salud y el derecho a la seguridad social, aspecto que exigía valorar las fuentes pertinentes en relación con el PIDESC y su interpretación autorizada por el Comité DESC (cfr. Parra Vera, 2013, p. 773).

Siguiendo la misma línea de pensamiento, el juez Ferrer Mac-Gregor, en su voto razonado respecto del caso *Suárez Peralta vs. Ecuador* (2015), estimó que “el derecho a la salud debió abordarse de manera autónoma debido a los hechos probados y a la afectación sufrida por una de las víctimas por la mala praxis médica con responsabilidad estatal. En ese sentido, al estar implicado desde mi perspectiva directamente el derecho a la salud de una las víctimas, se pudieron haber abordado las implicaciones relativas con esta afectación, lo cual podría derivar en declarar, incluso, una violación al deber de garantizar el derecho a la salud vía el artículo 26 de la Convención Americana” (Garat, 2015, p. 77)³⁷.

37. Garat, María Paula, “El tratamiento del derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista de Derecho. Segunda época*, Año 10, N° 11, julio 2015, p. 77.

4.2. *Poblete Vilches vs. Chile. Explicitación de la visión autónoma*

La etapa de justiciabilidad directa del derecho a la salud se inicia en el año 2018, con el caso *Poblete Vilches vs. Chile*. Si bien la Corte había declarado anteriormente la violación directa del artículo 26 en un fallo referido al Derecho Laboral³⁸, es *Poblete Vilches* el primer caso en el que se declara la violación del artículo 26 en relación al derecho a la salud de un paciente, entendido como un derecho social y autónomo protegido por el *corpus iuris* internacional. En este sentido, Dalli sostiene que, en este caso, la Corte IDH ha declarado la violación al derecho a la salud, “reconociéndolo finalmente como derecho directamente alegable ante la Corte y, asimismo, ha exigido la realización de la obligación de progresividad para el cumplimiento de los derechos derivados de las normas sociales, de acuerdo con el artículo 26 de la Convención”³⁹. Este reconocimiento no es menor, ya que supone un cambio de paradigma en el Sistema Interamericano de protección del derecho a la salud.

Respecto de los hechos del caso, Poblete Vilches era un adulto mayor que falleció en el hospital “Sotero del Río”, por no haber recibido la atención médica necesaria y urgente, requerida por su enfermedad. La Corte, además, entendió que el hecho de que el nosocomio haya omitido solicitar el consentimiento informado por sustitución antes de la cirugía médica, vulneró “el derecho de los familiares del paciente a tomar decisiones libres en materia de salud y su derecho a contar con la información necesaria para tomar estas decisiones”.

Asimismo, la Corte consideró afectada la dignidad “desde los componentes de vida privada y familiar”, tanto del señor Vilches como de su grupo familiar, al ser el consentimiento una expresión inequívoca de la dignidad del paciente y del respeto a su autonomía.

38. Corte IDH, Caso *Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, núm. 340.

39. Cfr. Dalli, María, “La protección de los derechos sociales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: reflexiones a la luz del caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Morales Antoniazzi, M.; Ronconi, L.; Clérico (coords.), *Interamericanización de los DESCAs. El caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020, pp. 705 y sigs.

Tomando en cuenta las consideraciones del caso, la Corte IDH, en primer lugar, afirmó que el derecho a la salud se encuentra consolidado como un derecho social y autónomo reconocido en el *corpus iuris* internacional, más específicamente, en “el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Además, el derecho a la salud se reconoce en el artículo 5° apartado e) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; el artículo 12.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; el artículo 24.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; el artículo 28 de la Convención sobre la Protección de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, y el artículo 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Este derecho también se encuentra plasmado en varios instrumentos regionales de Derechos Humanos, como en el artículo 17 de la Carta Social de las Américas; el artículo 11 de la Carta Social Europea de 1961, en su forma revisada; el artículo 16 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, y recientemente en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores”⁴⁰.

Ibáñez Rivas sostiene que el caso *Poblete Vilches vs. Chile* “representó un gran avance en términos de perfeccionamiento de la argumentación [de la Corte IDH]. Así, la Corte no solo afirmó que la Convención Americana comprendía un catálogo de derechos que incluía a los DESCAs derivados del artículo 26 de la misma, sino que también estableció que de dicho artículo se desprenden dos tipos de obligaciones del Estado, a saber, la adopción de medidas generales de manera progresiva y la adopción de medidas de carácter inmediato”⁴¹.

40. Corte IDH, Caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C N° 349, párr. 114.

41. Cfr. Ibáñez Rivas, J. M., “La justiciabilidad directa de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales. Génesis de la innovadora jurisprudencia interamericana”, en Morales Antoniazzi, M.; Ronconi, L.; Clérico (coords.), *Interameri-*

En este sentido, la Corte IDH declaró que el derecho a la salud en situaciones de urgencia médica genera para los Estados obligaciones de carácter inmediato, consistentes en brindar los servicios de salud conforme a los estándares establecidos en la Observación General N° 14 del Comité de DESC:

“Respecto a a) *la calidad*, se debe contar con la infraestructura adecuada y necesaria para satisfacer las necesidades básicas y urgentes. Esto incluye cualquier tipo de herramienta o soporte vital, así como también disponer de recurso humano calificado para responder ante urgencias médicas. b) Respecto a la *accesibilidad*, los establecimientos, bienes y servicios de emergencias de salud deben ser accesibles a todas las personas. La accesibilidad entendida desde las dimensiones superpuestas de no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica y acceso a la información. c) *Respecto a la disponibilidad*, se debe contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, así como de programas integrales de salud. La coordinación entre establecimientos del sistema resulta relevante para cubrir de manera integrada las necesidades básicas de la población. d) Respecto de *la aceptabilidad*, los establecimientos y servicios de salud deberán respetar la ética médica y los criterios culturalmente apropiados. [...] El paciente debe ser informado sobre su diagnóstico y tratamiento, y frente a ello respetar su voluntad”⁴².

En virtud de las circunstancias del caso *Poblete Vilches*, la Corte realiza un importante desarrollo respecto de los estándares de accesibilidad y aceptabilidad del derecho a la salud. La Corte entiende “que el consentimiento informado es parte del elemento de la accesibilidad de la información”⁴³, el cual se encuentra contenido en el

canización de los DESCA. *El caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020, pp. 51 y sigs.

42. Corte IDH, *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C N° 349, párr. 121.

43. Corte IDH, *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C N° 349, párr. 160.

artículo 13 CADH. En este sentido, el artículo 13 protege el derecho del paciente de recibir información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible sobre su estado de salud y tratamiento médico propuesto, a fin de obtener los elementos que necesita para tomar una decisión con conocimiento de causa⁴⁴.

La Corte ha reconocido que el consentimiento informado consiste “en una decisión previa de aceptar o someterse a un acto médico en sentido amplio, obtenida de manera libre, es decir, sin amenazas ni coerción, inducción o alicientes impropios, manifestada con posterioridad a la obtención de información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible, siempre que esta información haya sido realmente comprendida, lo que permitirá el consentimiento pleno del individuo”⁴⁵. Asimismo, la Corte afirmó que el consentimiento, para ser válido, debe ser previo, libre e informado, salvo algunas excepciones de emergencia médica.

En la misma línea, la Corte desarrolla el estándar de aceptabilidad del derecho a la salud, el cual exige el respeto al consentimiento informado del paciente antes de la realización de cualquier acto médico, como parte del respeto y garantía de la dignidad de todo ser humano y de su derecho a la libertad. Por lo tanto, el Tribunal entiende “que la necesidad de obtención del consentimiento informado protege no sólo el derecho de los pacientes a decidir libremente si desean someterse o no a un acto médico, sino que es un mecanismo fundamental para lograr el respeto y garantía de distintos Derechos Humanos reconocidos por la Convención Americana, como lo son la dignidad, libertad personal, integridad personal, incluida la atención a la salud, la vida privada y familiar”⁴⁶.

Por último, la Corte remarca nuevamente la relación entre el consentimiento informado, la autonomía personal y el derecho del pa-

44. Cfr. Berti García, María B., “Normas relativas al consentimiento informado y su interpretación, en un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Prudentia Iuris*, N° 88, Buenos Aires, 2019, pp. 125 y sigs.

45. Corte IDH, Caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C N° 349, párr. 161.

46. Corte IDH, Caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C N° 349, párr. 170.

ciente a disponer libremente sobre su cuerpo, como reconocimiento de su dignidad. Esta relación “exige, por un lado, que el Estado asegure y respete decisiones y elecciones hechas de forma libre y responsable y, por el otro, que se garantice el acceso a la información relevante para que las personas estén en condiciones de tomar decisiones informadas sobre el curso de acción respecto a su cuerpo y salud de acuerdo a su propio plan de existencia”⁴⁷.

5. AMBIVALENCIAS DE LOS CONCEPTOS FUNDANTES DEL DERECHO A LA SALUD

En el caso *Poblete Vilches vs. Chile*, la Corte IDH pone en cabeza del Estado la obligación positiva de garantizar en forma inmediata el acceso a las prestaciones mínimas y esenciales del derecho a la salud. En igual sentido, y conforme a su carácter prestacional, Talavera afirma que el derecho a la salud “otorga a su titular la capacidad de exigir del Estado el cumplimiento de una prestación determinada”⁴⁸. Sin embargo, los Estados, al momento de intentar efectivizar esta obligación, encuentran algunas dificultades.

5.1. Dificultades inherentes al concepto de “salud”

La primera causa deriva de las dificultades que plantea el concepto mismo de “salud” adoptado por la OMS en 1945. Villareal afirma que “a pesar del carácter innovador que esta definición de salud tuvo en su momento, resulta imprecisa para la formulación de políticas públicas concretas, en atención a la vaguedad de su for-

47. Corte IDH, Caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C N° 349, párr. 170.

48. Cfr. Talavera Fernández, Pedro, “Las dificultades que el actual paradigma subjetivista de la salud comporta en su configuración como derecho humano universal”, en *Revista Boliviana de Derecho*, N° 21, Bolivia, 2016, p. 34.

mulación”⁴⁹. En igual sentido, Talavera señala que “se trata de una definición tan amplia y grandilocuente, y que permite generar tan desmesuradas expectativas en las personas, que ha dificultado mucho una correcta delimitación del derecho a la salud en su dimensión individual y colectiva”⁵⁰.

Siguiendo la misma línea de pensamiento, Pardo indica que se trata de “una definición incorrecta, sesgada, y potencialmente generadora de una atención clínica mala”⁵¹, puesto que “considera sólo la ausencia de lesiones y el bienestar, que el paciente se sienta bien”, y “el empleo del término bienestar se vuelve así peligrosamente equívoco”⁵².

Dicho de otro modo, la principal dificultad de esta definición es que nos llevaría a concluir que la salud es una categoría subjetiva que depende solamente de la apreciación personal del paciente, por lo que resulta imposible determinar con precisión cuáles serían los límites de las prestaciones de salud que los Estados deben garantizar. En otras palabras, este concepto subjetivo de “salud” obstaculiza la capacidad de los Estados para asumir sus obligaciones en la materia.

5.2. Dificultades inherentes a la concepción de la dignidad como autonomía

La segunda causa de ambivalencia proviene de fundamentar la exigibilidad del derecho a la salud en una concepción autonómica de la dignidad. En consecuencia, la autonomía del paciente se convertirá

49. Cfr. Villareal, Pedro, “El derecho a la salud en lo individual y en lo colectivo: la calidad en los servicios de salud a partir de *Poblete Vilches vs. Chile*”, en Morales Antoniazzi, M.; Clérico, L. (coords.), *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019, p. 284.

50. Cfr. Talavera Fernández, Pedro, “Las dificultades que el actual paradigma subjetivista de la salud comporta en su configuración como derecho humano universal”, en *Revista Boliviana de Derecho*, N° 21, Bolivia, 2016, p. 34.

51. Cfr. Pardo, Antonio, “¿Qué es la salud?”, en *Revista de Medicina de la Universidad de Navarra*, 1997, pp. 4-9.

52. Ídem.

en un principio básico ordenador de la salud⁵³, es decir, será el mismo paciente el que determinará su estado de salud y la prestación médica que recibirá, conforme a sus sensaciones, deseos o expectativas.

En este sentido, Pardo indica que la justa autonomía del paciente es una realidad que debe respetarse⁵⁴, pero observa que “el médico también tiene algo que decir en la relación médico/paciente, y no es un mero asalariado bajo las órdenes del enfermo, ni su único objetivo es causar el bienestar. Por tanto, del mismo modo que se espera que el médico respete al paciente, debe esperarse el respeto en sentido opuesto”⁵⁵.

Sin embargo, y en contraste con aquella visión subjetivista, Pregno sostiene que “por obvio que resulte, no es ocioso decir que el derecho a la atención de la salud no es absoluto y reconoce límites. Así como nadie puede costear su propia salud, ningún Estado puede destinar la totalidad del producto bruto para atender el sistema de salud. Los teóricos y los operadores jurídicos deben asumir que la satisfacción de los Derechos Sociales tiene lugar en un horizonte de comprensión atravesado por la escasez y que urge incorporar criterios de eficiencia y eficacia, pues de otro modo el Derecho se torna insuficiente para recibir, contener, gestionar y satisfacer las demandas sanitarias”⁵⁶.

En conclusión, ya el concepto mismo de salud conlleva una dimensión ambivalente, pero además a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH, que asocia salud, dignidad y autonomía, se potencia la subjetivización inicial del concepto de salud, tornando imposible para los Estados el cumplimiento de las obligaciones en la materia.

53. Cfr. Talavera Fernández, Pedro, “Las dificultades que el actual paradigma subjetivista de la salud comporta en su configuración como derecho humano universal”, en *Revista Boliviana de Derecho*, N° 21, Bolivia, 2016, p. 40.

54. Cfr. Pardo, Antonio, “¿Qué es la salud?”, en *Revista de Medicina de la Universidad de Navarra*, 1997, pp. 4-9

55. Ídem.

56. Cfr. Pregno, Elian, “Todo, para todos y gratis: coordenadas para garantizar la inviabilidad de un sistema de salud”, en *Revista de Direito Sanitário*, Vol. 17, N° 2, 2016, p. 182.

6. CONCLUSIÓN

A partir de este análisis, es posible afirmar que tanto en la etapa de justiciabilidad directa como indirecta, la Corte IDH ha ido consolidando progresivamente una interpretación de la exigibilidad del derecho a la salud, fundada en una concepción de dignidad como autonomía en relación a los elementos de accesibilidad y aceptabilidad del derecho a la salud. Este criterio supone enfatizar el elemento *subjetivo* del derecho sobre su contenido *objetivo*, al punto de tornar muy difícil la realización de las exigencias concretas del derecho, que son indispensables para que pueda materializarse.

Esta cuestión se traduce en un conflicto entre exigibilidad internacional y operatividad nacional, lo que significa que, a mayor expansión de un derecho a la salud fundado en una noción de dignidad como autonomía, menor se torna su operatividad. En otras palabras, sería materialmente imposible para los Estados nacionales y provinciales satisfacer todos los deseos y expectativas de bienestar de los individuos, con su siempre escasa partida sanitaria. Respecto de ello, Elian Pregno asevera que “no es simpático decir que «todo, para todos y gratis» torna inviable la ecuación, pero no hay modelo que resista y lo peor que podemos hacer es negar la finitud de los recursos. Por obvio que sea, no es ocioso explicitar que los recursos son escasos, *per definitionem*, y las necesidades son múltiples, lo cual nos obliga a elegir”⁵⁷.

En efecto, el conflicto entre exigibilidad internacional y operatividad nacional permite no sólo elevar preguntas sobre cuestiones primeras respecto de los derechos fundamentales como la cuestión de la dignidad humana, sino también mostrar la necesidad de re-pensar jurídicamente los límites de la autonomía y revalorizar los criterios objetivos y sustantivos en orden a la operatividad de este derecho fundamental.

57. Cfr. *ibídem*, p. 184.

7. BIBLIOGRAFÍA

Artículos y libros

- Abramovich, Víctor y Rossi, Julieta, “La tutela de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en Martín, Claudia; Rodríguez-Pinzón, Diego y Guevara, José A. (comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, Fontamara, 2004.
- Amaya, Jorge, *Control de constitucionalidad*, Astrea, Buenos Aires, 2015.
- Bazán, Víctor, “Hacia la justiciabilidad directa de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el sistema interamericano”, *La Ley*, Buenos Aires, 2015.
- Berti García, María B., “Normas relativas al consentimiento informado y su interpretación, en un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Prudentia Iuris*, N° 88, Buenos Aires, 2019.
- Clérico, L.; Beloff, M., “Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, en *Estudios Constitucionales*, Chile, Año 14, N° 1, 2016.
- Dalli, María, “La protección de los derechos sociales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: reflexiones a la luz del caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Morales Antoniazzi, M.; Ronconi, L.; Clérico (coords.), *Interamericanización de los DESCAs. El caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020.
- Garat, María Paula, “El tratamiento del derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista de Derecho*. Segunda época, Año 10, N° 11, julio 2015.
- Gómez Montoro, Ángel, “¿De qué hablamos cuando hablamos de dignidad?”, en *La Constitución de los españoles. Estudios en homenaje a J. J. Solozabal Echevarría*, Navarra, Fundación Manuel Giménez Abad-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2019. Recuperado el 29 de junio de 2021, de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=736846>.
- Hervada, Javier, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona, Eunsa, 2000.
- Ibáñez Rivas, J. M., “La dignidad humana y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Cançado Trindade, A. A.; Barros Leal, C. (eds.), *El respeto a la dignidad de la persona humana*, Instituto Brasileño de Derechos Humanos, 2015.

- Ibañez Rivas, J. M., "La justiciabilidad directa de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales. Génesis de la innovadora jurisprudencia interamericana", en Morales Antoniazzi, M.; Ronconi, L.; Clérico (coords.), *Interamericanización de los DESCA. El caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020.
- Lafferriere, Jorge N., "La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la dignidad como principio bioético. Reflexiones a partir de la conclusión del caso «Artavia Murillo»", en VV. AA. *Estudios de Derecho Civil. Año 2020*, Buenos Aires, La Ley, 2021.
- Laise, Luciano D., "Las funciones del concepto de «dignidad» en la interpretación jurídica", en *Fides et Ratio - Revista de difusión cultural y científica de la Universidad La Salle*, Bolivia, N° 14, 2017, p. 117. Recuperado el 4 de mayo de 2021, de http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2071081X2017000200008&lng=es&tlng=es.
- Lell, Helga, "La dignidad en función del sujeto. Tres posibles sentidos para un control de convencionalidad", inédito, 2021.
- Pardo, Antonio, "¿Qué es la salud?", en *Revista de Medicina de la Universidad de Navarra*, 1997.
- Parra Vera, Oscar, "La protección del derecho a la salud a través de casos contenciosos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en Clérico, L.; Ronconi, L. y Aldao, M. (coords.), *Tratado de Derecho a la Salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.
- Pregno, Elian, "Todo, para todos y gratis: coordenadas para garantizar la inviabilidad de un sistema de salud", en *Revista de Direito Sanitário*, Vol. 17, N° 2, 2016.
- Talavera Fernández, Pedro, "Las dificultades que el actual paradigma subjetivista de la salud comporta en su configuración como derecho humano universal", en *Revista Boliviana de Derecho*, N° 21, Bolivia, 2016.
- Villareal, Pedro, "El derecho a la salud en lo individual y en lo colectivo: la calidad en los servicios de salud a partir de Poblete Vilches vs. Chile", en Morales Antoniazzi, M.; Clérico, L. (coords.) *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C N° 349.

- Caso de los “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre 1999. Serie C N° 63.
- 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 N° 257.
- Caso *Atala Riffo y Niñas* vs. *Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C N° 239.
- Caso *Comunidad indígena Yakye Axa* vs. *Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005.
- Caso *I.V. vs. Bolivia*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C N° 329.
- Caso *Instituto de Reeducación del Menor* vs. *Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C N° 112.
- Caso *Lagos del Campo* vs. *Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, núm. 340.
- Caso *Furlán y Familiares* vs. *Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C, núm. 246.
- Caso *Suárez Peralta* vs. *Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013.

Corte Suprema de los Estados Unidos

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

Normas

- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

EL BIEN COMÚN, LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y EL CASTIGO DE LOS DELITOS

THE COMMON GOOD, THE NATIONAL CONSTITUTION AND THE PUNISHMENT OF CRIMES

MARTÍN MIGUEL MONEDERO¹

Recibido: 18 de agosto de 2021

Aprobado: 19 de septiembre de 2021

RESUMEN

La finalidad de este trabajo es sostener la legitimidad constitucional del *ius puniendi*, para lo cual se subraya su anclaje en el *bien común político* como fin de la comunidad política. Con esa meta, se ahonda en la comprensión del concepto de *bien común*, su contenido específico y

1. Abogado (Universidad del Museo Social Argentino). Especialista en Derecho Penal (Pontificia Universidad Católica Argentina). Profesor Asistente de Derecho Penal Parte Especial, Taller de Oratoria y Argumentación Jurídica y Taller de Análisis de Jurisprudencia (Pontificia Universidad Católica Argentina). Alumno del Doctorado en Ciencias Jurídicas (Pontificia Universidad Católica Argentina). Correo electrónico: martinmonedero@uca.edu.ar.

Este artículo fue escrito con la conducción del Dr. Héctor Humberto Hernández, a quien agradezco su guía generosa y sus valiosos comentarios. Sin embargo, sale ahora a la luz sin su presencia física, dado que partió al Cielo el 12 de octubre de 2021. Por esto, y por todo lo que él me enseñó, dedico este trabajo a su feliz memoria.

su función rectora para la actividad de toda la comunidad política y, por ende, para el Derecho; luego se desarrolla cómo, dentro de ese bien común, resulta un componente esencial el castigo de los delitos –en su justa comprensión– y, finalmente, se analiza la Constitución Nacional para mostrar que es heredera de esa tradición del pensamiento filosófico y jurídico que supo dar forma al Occidente cristiano.

PALABRAS CLAVE

Bien común; Castigo de los delitos; Constitución Nacional; *Ius puniendi*.

ABSTRACT

The purpose of this work is to sustain the constitutional legitimacy of the *ius puniendi*, for which its anchorage in the *political common good* as the end of the political community is emphasized. With this goal in mind, it delves into the understanding of the concept of the common good, its specific content and its guiding function for the activity of the entire political community and, therefore, for the Law; then it develops how, within that common good, the punishment of crimes –in its proper sense– is an essential component and, finally, the National Constitution is analyzed to show that it is heir of that tradition of philosophical and legal thought that knew how to shape the Christian West.

KEYWORDS

Common good; Punishment of crime; National Constitution; *Ius puniendi*.

PARA CITAR ESTE TEXTO:

Monedero, Martín Miguel. “El bien común, la Constitución Nacional y el castigo de los delitos”, *FORUM: Revista del Centro de Dere-*

cho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, N° 12, 2021, pp. 131-156.

INTRODUCCIÓN

La inseguridad es una preocupación creciente en nuestra Nación: el Observatorio de la Deuda Social Argentina señaló que, en el año 2016, el 26,4 % de los hogares fue víctima de al menos un delito en los últimos doce (12) meses²; proporción que, desde entonces, se mantuvo, con altibajos, entre el 28,8 % y el 32 %³.

Este fenómeno –que tiene múltiples y variadas causas– se ve potenciado por la corrosiva difusión de corrientes ideológicas que sostienen la ilegitimidad del *ius puniendi* del Estado, la ausencia de fundamento racional detrás de él y, consecuentemente, la necesidad de llegar, más tarde o más temprano, a la *abolición total* del poder punitivo.

Héctor Hernández –que ha estudiado a fondo el origen de estas corrientes de pensamiento y ha señalado sus contradicciones y sus consecuencias–, aludiendo al exponente más importante de esta corriente en nuestro país, Eugenio Raúl Zaffaroni, destaca que no sólo cuestiona el poder punitivo sino que incluso lo tacha de inconstitucional, por atentar contra el artículo 1° de la Constitución⁴.

Por otra parte, Guillermo Yacobucci señaló:

2. Salvia, A., “Seguridad ciudadana en la Argentina urbana (2010-2016)” [en línea], Observatorio de la Deuda Social Argentina. Barómetro de la Deuda Social Argentina. Universidad Católica Argentina, 2017. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/investigacion/seguridad-ciudadana-argentina-urbana-2017.pdf> (consultado el 19/9/2021).

3. Ver Laboratorio de Investigaciones sobre Crimen, Instituciones y Políticas de la Universidad Torcuato Di Tella, informes de Índice de Victimización relativos a enero de 2017, 2018, 2019 y 2020, disponibles en: https://www.utdt.edu/listado_contenidos.php?id_item_menu=23763 (consultado el 19/9/2021).

4. Hernández, Héctor, *El garantismo abolicionista*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2013, p. 46, en donde alude a la obra *Manual de Derecho Penal. Parte General*, de Zaffaroni, en colaboración con Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, Buenos Aires, Ediar, 2013.

Sin embargo, conviene remarcar que en algunos pensadores críticos el punto final de sus reflexiones está ordenado a la abolición del sistema penal. Tal el caso, a mi entender, de Baratta y Zaffaroni, que plantean como horizonte último deseable, y de alguna forma accesible, la desaparición del sistema penal por su natural irracionalidad⁵.

A la luz de tales puntos de partida, este trabajo se propone reivindicar la centralidad del *bien común político* como fin del Estado y empresa común de la República, resaltar al *justo castigo* de los delitos –en su correcto significado– como componente *esencial* de ese bien común y mostrar que ambos conceptos son parte integrante del patrimonio cultural que supo dar forma al Occidente cristiano y que determinó a la propia Constitución Nacional.

Para ello, en primer lugar, haremos un repaso de la noción de *bien común político* y su ubicación como *causa final* de la comunidad política; a continuación, nos adentraremos en el *contenido* de ese bien común, mostrando que la represión de los delitos es un componente *esencial* de él, y, finalmente, acudiremos al texto constitucional para mostrar su filiación a ese tronco común.

I. EL BIEN COMÚN POLÍTICO COMO FIN DEL ESTADO

Tal como han explicado los más preclaros autores⁶, el punto de partida de toda reflexión sobre el Estado y sus fines es la *vida en comunidad* y su fundamento: ¿estamos ante una conducta *espontánea* que emana de la *natural sociopoliticidad del hombre?*, o más bien, ¿es un

5. Jacobucci, Guillermo, *La deslegitimación de la potestad penal*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998, p. 277.

6. Seguiremos, en este camino, las enseñanzas de Hernández, Héctor, *Valor y derecho. Introducción axiológica a la filosofía jurídica*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, como así también las de Montejano, Bernardino, “El fin del Estado: el bien común”, *Persona y Derecho*, Navarra, 3, 1976, pp. 165-194; y Castaño, Sergio Raúl, “¿Es acaso el bien común un conjunto de condiciones?”, *Prudentia Iuris*, N° 89, Buenos Aires, 2020.

fenómeno más parecido a un *contrato social*, en el que los seres humanos ingresan mediante una *elección*?

Dicha cuestión constituye en la filosofía del Derecho –al decir de Héctor Hernández– una divisoria de aguas más crucial incluso que la distinción *iusnaturalismo/iuspositivismo*:

La cuestión consiste en saber si el hombre es naturalmente social o bien artificialmente social. Con otras palabras, si por naturaleza, esto es antes de manifestar su voluntad, tiene una inclinación a la vida social que le crea obligaciones que debe cumplir mediante su voluntad libre. Y verdaderas obligaciones “fuertes”. O bien si toda “obligación de sociedad”, obligación jurídica, obligación política, sólo surge de su libre voluntad⁷.

La indestructible respuesta a esta pregunta la dio Aristóteles con la afirmación de la *natural politicidad* del hombre. El Estagirita nos propone el recorrido viendo “desde su origen la evolución de las cosas” y, así, repasa la unión entre el hombre y la mujer, que forma la casa y la familia, pasa desde allí a la aldea –en algunas traducciones, el “municipio”– como “comunidad formada de varias casas a causa de las necesidades no cotidianas”, y llega finalmente a la ciudad como la “la comunidad de familias y aldeas para una vida perfecta y autosuficiente, y ésta es, según decimos, la vida feliz y buena”⁸, concluyendo:

De aquí que toda ciudad es por naturaleza, si también lo son las comunidades primeras. La ciudad es el fin de aquéllas, y la naturaleza es fin (...). De todo esto es evidente que la ciudad es una de las cosas naturales, y que el hombre por naturaleza es un animal social. (...) la naturaleza, como decimos, no hace nada en vano, y el hombre es el único animal que tiene palabra. Pues la voz es signo

7. Hernández, Héctor, ob. cit., pp. 105-106.

8. Aristóteles, *Política*, Madrid, Gredos, 1988, pp. 46-49 y 178.

del dolor y del placer, y por eso la poseen también los demás animales, porque su naturaleza llega hasta tener sensación de dolor y de placer e indicársela unos a otros. Pero la palabra es para manifestar lo conveniente y lo perjudicial, así como lo justo y lo injusto. Y esto es lo propio del hombre frente a los demás animales: poseer, él sólo, el sentido del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto, y de los demás valores, y la participación comunitaria de estas cosas constituye la casa y la ciudad⁹.

Como puede advertirse, este es el pasaje en el que Aristóteles dio la gran definición del hombre como *animal social* (*zoon politikón*), a la que podría agregarse su conocida afirmación de que “el que no puede vivir en comunidad [...] no es miembro de la ciudad, sino una bestia o un dios”¹⁰.

No es este el sitio para un análisis profundo de la noción de *natural sociopoliticidad* del hombre, sus fundamentos primeros y últimos y las consecuencias de dicho posicionamiento; quien quiera conocer ello, puede acudir al estudio realizado por Héctor Hernández en la obra citada¹¹.

Lo que sí es relevante –en la reflexión de este artículo– es que la toma de postura por la condición *natural* de la inclinación a la vida en comunidad tiene consecuencias sobre la *finalidad* de la comunidad política, que algo se han dejado ver en los párrafos precedentes.

En efecto, siguiendo el claro silogismo trazado por Santiago Legarre¹², si la comunidad política –o cualquiera de las demás denominaciones válidas que puedan asignársele, tales como la *sociedad*, la *república*, la *polis*, la *civitas* y, más actualmente, el estado o la Nación¹³–

9. Ídem, pp. 49-51.

10. Ídem, p. 52.

11. Hernández, Héctor, “Capítulo III: La natural socialidad del hombre”, en Hernández, Héctor, *Valor y derecho...*, ob. cit.

12. Legarre, Santiago, *Poder de policía y moralidad pública*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004, p. 52.

13. En estas distinciones terminológicas y conceptuales consideramos muy útiles y pedagógicas las aclaraciones de Legarre en la obra citada, pp. 31-51.

es una *asociación* de personas en una actividad común y si las *asociaciones de personas* se distinguen entre sí por su fin, lo que distingue a la comunidad política de cualquier otra asociación es su finalidad: el *bien común político*.

Definir al bien común político no es tarea fácil, pero de la mano de los grandes autores haremos el intento de sintetizar su comprensión y extensión. Sin embargo, para lograr una mayor claridad y precisión conceptual y garantizar el éxito de esta empresa, habremos de asegurarnos que, antes de abocarnos a la definición, hayamos podido precisar la caracterización filosófica de la *comunidad política*, repasando su entidad *metafísica* y sus *causas*.

En esa línea, en el primer plano citado, recordaremos que la comunidad política es un ente *real, accidental, relacional y práctico*. Es un ente *real*, porque su existencia se da *en las cosas y en las personas*, y no como “ente de razón”, que sólo existe *como objeto del pensamiento*¹⁴. Pertenece al orden del *accidente*, ya que no existe *en sí mismo* –como las *substancias*– sino *en otro* –en este caso, en las personas que se asocian naturalmente en esa comunidad¹⁵–. Dentro de las clases de accidentes, se trata de uno *relacional*, porque implica un *plexo de relaciones sociales* entre sus integrantes y no cualidades de cada uno de ellos individualmente considerados¹⁶. Es *práctico*, porque la unión se realiza en el orden de la *praxis*, del *obrar*¹⁷.

En el plano de las causas, tenemos por *causa material* de la comunidad política a los hombres que viven en un territorio determinado y las conductas que realizan; por *causa formal intrínseca*, el orden entre sus miembros, que garantiza la *estabilidad y permanencia* más allá de cada individuo en particular; por *causa formal extrínseca*, la totalidad de las normas –no sólo jurídicas– que regulan los deberes de las partes para con el todo; por *causa eficiente remota*, a Dios, que ha creado al hombre con su natural sociopoliticidad; y por *causa eficiente próxima*,

14. Cfr. Hernández, ob. cit., p. 140.

15. *Ídem*.

16. Cfr. Maino, Carlos Alberto Gabriel, “El bien común político”, *Prudentia Iuris*, Número aniversario, Buenos Aires, 2020, pp. 133-147.

17. Cfr. Montejano, Bernardino, ob. cit.

la voluntad humana, que determina su constitución, permanencia y extinción¹⁸.

Tras este breve repaso, llegamos entonces a la *causa final* de la *comunidad política*: el bien común político. Esta noción fue definida por Fray Mario Agustín Pinto como “la plenitud ordenada de los bienes necesarios para la vida humana perfecta en el orden temporal”¹⁹. A su vez, Guido Soaje Ramos lo ha caracterizado como *bien de todos, humano y completo*:

Por la primera de esas notas se indica su condición de bien “común”. Condición que le conviene, por una parte, en razón de ser para la comunidad ya existente un patrimonio formado por las generaciones anteriores y a la vez una herencia para las venideras; y, por otra parte, en razón de su comunicabilidad, es decir, de su participabilidad por los miembros de la comunidad. Pero también común en cuanto por su grandeza y su complejidad ha menester para su realización una empresa colectiva, cuya eficiencia desborda las posibilidades de los miembros aislados. Por este último sentido se alcanza la otra nota, a saber, la de completo o perfecto; mas antes habrá que decir dos palabras sobre la nota de bien humano. Aunque resulte una exigencia obvia, el bien común político ha de ser un bien humano; es decir, un bien que sea perfección, no de un ser cualquiera sino del hombre con su específica naturaleza (...). Pero esta perfección que caracteriza al bien común y que justifica se lo llame perfecto o completo, encierra en este caso un peculiar sentido de plenitud²⁰.

Sobre este concepto *medular* haremos cuatro observaciones.

18. Cfr. Montejano, Bernardino, ob. cit.

19. Pinto, Fray Mario Agustín, “La noción de bien común según la filosofía tomista”, *Prudentia Iuris*, N° 3, Buenos Aires, 1981, p. 17.

20. Soaje Ramos, Guido, “Sobre la politicidad del Derecho”, *Boletín de Estudios Políticos*, Mendoza, n° 9, 1958, pp. 99-100.

En primer lugar, aclararemos que siempre el bien común es *concreto*, es el bien común de *esta comunidad, aquí y ahora*. En palabras de Montejano:

El bien común político no es un hiperideal, una “estrella polar” inalcanzable, ni una abstracción salida de la probeta de un filósofo racionalista para hombres de laboratorio, sino es un bien concreto, que concierne a hombres y grupos concretamente considerados, en el contexto de su situación específica²¹.

De seguido, recordaremos que, en su correcta acepción, el bien común de la comunidad política no se encuentra ni se puede encontrar nunca en *auténtica colisión* con el bien particular de ninguno de sus integrantes²². Dejemos que la claridad y fortaleza intelectual de Santo Tomás venga en nuestro auxilio:

Quien busca el bien común de la multitud busca también, como consecuencia, el suyo propio por dos razones. La primera, porque no puede darse el bien propio sin el bien común, sea de la familia, sea de la ciudad, sea de la patria. De ahí que Máximo Valerio dijera de los antiguos romanos que *preferían ser pobres en un imperio rico a ser ricos en un imperio pobre*. Segunda razón: siendo el hombre parte de una casa y de una ciudad, debe buscar lo que es bueno para sí por el prudente cuidado del bien de la colectividad. En efecto, la recta disposición de las partes depende de su relación con el todo,

21. Montejano, Bernardino, ob. cit.

22. El pedagógico ejemplo que toma Hernández en su obra es el del ciudadano que da su vida por la Patria: al obrar así, no sólo contribuye al *bien común*, sino que hace su *mejor bien*. Ver Hernández, Héctor, ob. cit., pp. 136-137. El ejemplo parte de lo que, se supone, es un *lugar común* para la argumentación: la convicción de que, quien da su vida por la Patria, obra correctamente. Quien considere éticamente *negativa* la entrega de un ciudadano en defensa del resto de su comunidad, deberá saber que se opone al sentido moral de toda la Historia.

ya que, como escribe San Agustín en el libro *Confess.*, *es deforme la parte que no está en armonía con el todo*²³.

En tercer lugar, diremos que la correcta comprensión del bien común se diferencia tanto de las posturas *colectivistas* como de las *individualistas*. Con claridad lo ha expresado Mauro Ronco:

El bien común, en primer lugar, no es el bien de un ente colectivo, como si la colectividad fuera una entidad autónoma y separada de sus componentes. Así piensan los colectivistas, que contraponen el bien individual al bien colectivo y aplastan el primero a favor del segundo. Tampoco es la suma de los bienes individuales, como sostienen los individualistas, que yuxtaponen al bien de uno el bien del otro, y ponen el bien común en la coexistencia pacífica de los bienes individuales como suma material de estos. De este modo, el bien del uno se aproxima extrínsecamente al bien del otro, pero nadie participa intrínsecamente en el bien del otro, de modo que cada uno permanece ajeno a los demás²⁴.

Finalmente, haremos saber al lector que la noción de bien común tiene una importancia *decisiva* para todo el Derecho: “Ésta es la noción capital del conocimiento social práctico y, por lo tanto, del Derecho. Porque el bien común político es el valor fundante de la recta vida social y jurídica”, nos enseña Hernández. Y, de la mano, sostiene Camilo Tale:

23. Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, II-II, q. 47, a. 10, ad. 2.

24. Ronco, Mauro, “El delito como ofensa al bien común”, Buenos Aires, publicado por Instituto de Estudios Filosóficos “Santo Tomás de Aquino” en la sección “Jornadas” de su página web, correspondiente al año 2018, rescatado de http://www.viadialectica.com/comunicaciones/ronco_jornadasuca_2018.pdf, el 16 de abril de 2021.

Como es sabido, en el ámbito del conocimiento práctico los fines son los principios de las conclusiones que allí pueden obtenerse. El saber político está dentro del género del conocimiento práctico, de modo que aquí también el fin ha de ser el primer principio de todos los razonamientos. Por lo dicho, el principio primordial de la filosofía política es el que manda hacer lo que conviene al bien común y abstenerse de cuanto le perjudique²⁵.

Es por eso que Soaje Ramos, para explicar esta importancia, toma el ejemplo de la medicina y plantea que el comportamiento de un médico puede orientarse de diversas maneras, pero hay una finalidad de la que no puede sustraerse y que es la única que puede constituir el objetivo auténtico de su labor: la salud de su paciente. Y esa finalidad es, por lo tanto, la norma fundamental que permite distinguir al médico verdadero del farsante²⁶. Siguiendo la analogía, concluye:

Hay en política también un fin verdadero, un fin “recto” por su naturaleza misma y que “rectifica” la actividad política de los miembros de la comunidad política, sean ellos gobernantes o gobernados: es el auténtico bien común político. Es el principio primero de la praxis política y, radicalmente, la norma que permite juzgarla y encauzarla.

Resumiendo: tenemos que la comunidad política es una unión *natural* entre las personas, en la búsqueda del *bien común*, que éste no consiste en la suma de los bienes individuales de sus integrantes ni en el bien del Estado en sí mismo, sino en un elemento de bondad que es común a todos los ciudadanos y que los plenifica; y que, como tal, es el primer principio en el orden político y jurídico y, al mismo tiempo, la norma que permite juzgar y ordenar la actividad de la *polis*.

25. Tale, Camilo, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Córdoba, Alveroni, 1995, p. 269, citado por Hernández, Héctor, ob. cit., p. 166.

26. Soaje Ramos, ob. cit., p. 98.

Resta señalar entonces, únicamente, cuál sería el *contenido* del bien común político o, dicho de otra manera, definir la *extensión* del concepto, tarea que abordaremos de manera sintética, pues su exhaustiva elucidación desborda los límites de este trabajo.

Existiendo muchos autores que se han ocupado eficazmente del asunto, tomaremos en este caso los aportes de Félix Lamas que, partiendo de la nota de *humano* del bien común político, estructura su contenido en un esquema de tres planos: a) la suficiencia material, que corresponde a la vida *sensible*; b) el orden ético-jurídico, que corresponde a la vida *práctica*; y c) el orden sapiencial y religioso, que corresponde a la vida *especulativa*²⁷.

En cuanto a la *suficiencia material*, señala que es el primer nivel, el más elemental y que, aunque no es el más importante, sí es el más urgente. Incluye en este plano la integridad en el ámbito físico, el orden económico y la salud pública, entre otras cosas. En relación al *orden ético-jurídico*, sostiene que es el núcleo de contenido del bien común y que consiste en el imperio de la ley, la vigencia social de un mínimo de virtud y un orden de instituciones que asegure la paz; incluyendo también el recto ejercicio de la autoridad y la ordenación al bien colectivo y entre sí de todas las partes. Finalmente, respecto de la *vida especulativa*, nos dice que comprende la política educativa y científica, particularmente en sus niveles superiores, la promoción de la ciencia y la sabiduría en general y también el orden religioso.

II. EL CASTIGO DE LOS DELITOS COMO PARTE INTEGRANTE DEL BIEN COMÚN POLÍTICO

En el marco de comprensión trazado precedentemente, a continuación, se mostrará que la justa sanción de los delitos constituye una porción *esencial* del bien común antes caracterizado.

27. Lamas, Félix Adolfo, "El bien común político", Buenos Aires, publicado por Instituto de Estudios Filosóficos "Santo Tomás de Aquino" en la sección "Material didáctico" de su página web, 2009, rescatado de http://www.viadialectica.com/material_didactico/bien_comun_politico.html, el 16 de abril de 2021.

La experiencia de todos los pueblos en su historia y legislaciones y la experiencia común que todos tenemos nos indican que no hay en la realidad algo que en forma tan visible exija la actuación de la comunidad política y justifique su existencia como la necesidad de responder frente a las conductas que atentan gravemente contra el bien común político. Esa respuesta constituye lo que denominamos el *castigo de los delitos*.

Es preciso despejar, de antemano, la posible ambigüedad que afecta al término “castigo” escogido por los constituyentes y, consecuentemente, tomado como base de nuestra reflexión. A tal fin, cabe aclarar que, siguiendo el Diccionario de la Real Academia Española, se usará siempre aquí la primera acepción de “castigo”, como “pena que se impone a quien ha cometido un delito o una falta”, y no la simple acción de “mortificar y afligir” –segunda acepción de “castigar”–. Con dicha distinción se respeta también el criterio seguido por la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, que aclara que no incluye en los tratos prohibidos el sufrimiento que proviene de una sanción legítima o es inherente o incidental a esta (art. 1.1 *in fine*).

Habiéndose aclarado el objeto de nuestra reflexión, a continuación señalaremos –con la ayuda de Mauro Ronco– que el delito debe ser caracterizado como una *ofensa al bien común*. El autor citado nos refiere que

A diferencia del incumplimiento contractual, que daña el bien del otro en cuanto bien de esa persona en particular, el delito ofende el bien del otro en cuanto bien de la comunidad política. Esto no significa que el bien del individuo sea absorbido por el bien de la comunidad, sino que en el delito el mismo bien del otro subsiste (y es ofendido) en una dimensión diversa y más elevada que el modo en que ese mismo bien subsiste en la dimensión meramente individual²⁸.

28. Ronco, Mauro, ob. cit.

Desde el Derecho Penal, uno podría dar prueba del acierto de esta tesis a través de la constatación del llamado *principio de legalidad procesal* en prácticamente todas las legislaciones penales de las distintas épocas. Dicho principio establece que la *acción penal pública* es ejercida por el propio Estado –normalmente, a través del Ministerio Público Fiscal–, que su ejercicio es *indisponible* –no puede cesar sino en los casos y con los requisitos previstos por la ley– y que ni siquiera la víctima puede detenerla, salvo en las circunstancias expresamente estipuladas y por razones particulares²⁹. Esto conduce a que, por ejemplo, si la víctima de un robo con armas *perdona* al agresor ello no detenga la sanción del delincuente; a diferencia de lo que ocurre en el caso de una deuda dineraria, por ejemplo, cuyo cobro puede ser en principio desistido por el acreedor, sin que el Estado pueda oponerse.

La distinción señalada nos permite advertir que, como señala Ronco, el delito es una ofensa al bien común. A continuación, apoyándose en la distinción trazada por Lamas, el autor italiano señala que el delito lesiona principalmente el nivel ético-jurídico del bien común, en tanto daña la *primacía de la ley*. Asimismo, tras una extensa crítica a la deriva totalitaria e individualista sobre la noción del delito, y un repaso agudo sobre las nefastas consecuencias de ambas escuelas en el Derecho Penal, concluye:

29. No se desconoce que actualmente se pregona también el *principio de oportunidad* que pone en cabeza del Ministerio Público Fiscal la potestad de desistir de la acción penal pública en un conjunto amplio de casos y que dicho principio ha sido recogido en varios ordenamientos procesales de nuestro país y del mundo. Sin embargo, la autorización legal de desistir de la acción bajo condiciones, por más amplias que estas puedan ser, no hace sino confirmar, a juicio nuestro, el *principio de legalidad procesal*. En efecto, si se estipulan taxativamente los casos en que puede desistirse y los requisitos que deben cumplirse, ello es porque la acción penal pública es, en principio, indisponible, y sólo desde el Poder Legislativo pueden establecerse los casos en que esa regla admita excepciones, que, por lo demás, siempre tienen un fundamento. Para un mayor estudio sobre esta cuestión, puede recurrirse al estudio de Romero Berdullas, Carlos M., “Alcance del principio de oportunidad”, en *Comentarios al proyecto de Código Penal*, Buenos Aires, La Ley, 2019, pp. 277-294.

El delito, en efecto, no es la mera violación de un Derecho Subjetivo de otro, sino que es aquella violación en la que se pone en evidencia, por lo radical e irremediable de la ofensa contra los bienes fundamentales, individuales y sociales, el rechazo del mismo vínculo social que hace posible la pacífica fruición de parte de todos de cada bien particular³⁰.

De allí que la pena se constituya precisamente en la “vía para restaurar la primacía del bien común”, concluyendo:

La aporía de la pena en el Derecho Penal liberal, que conduce o bien a la exasperación prevencionista, cuando se da prevalencia a la instancia securitaria de la colectividad vista como todo, o bien, por el contrario, al abolicionismo penal, cuando el Derecho se abre a la instancia libertaria, que ve en la pena el inútil y vano sacrificio del individuo en beneficio del todo, debe ser resuelta especulativamente a través de la concepción de una pena que reafirme la primacía del bien común y, por lo tanto, restaure eficaz y positivamente el bien espiritual que el delito pretendía aniquilar³¹.

Lo expuesto no difiere de la doctrina del propio Santo Tomás de Aquino:

Se ha de notar que un individuo, viviendo en sociedad, constituye en cierto modo una parte o un miembro de esta sociedad. Por eso, el que obra algo en bien o en mal de uno de sus miembros, esto redunda en toda la sociedad, como el que hiere la mano, hiere al hombre mismo. Así, pues, cuando alguien obra en bien o en mal de toda la sociedad, se encuentra en ello un doble motivo de mérito o demérito: uno, porque se le debe retribución de parte de la persona

30. Ronco, Mauro, ob. cit.

31. Ronco, Mauro, ob. cit.

singular a quien favoreció o bien ofendió; otro, por la retribución que le es debida de toda la sociedad. Por otra parte, cuando alguno ordena su acción directamente en bien o en mal de la sociedad, es la sociedad misma quien primera y principalmente le debe retribuir, y secundariamente los miembros de la misma³².

Quien ha estudiado en profundidad el tema en la actualidad es el Dr. Camilo Tale, que refuta la objeción de Zaffaroni de que “es injustificable que el mal del delito lo sufra una persona singular y lo cobre el Estado mediante la pena”, de la siguiente manera:

El delito, que consiste en la agresión o amenaza contra un bien de una persona singular, es al mismo tiempo un atentado contra el Estado o comunidad política de la cual la víctima es miembro, como ya se dijo *supra*, al discernir los diversos males que entraña el delito. Por tanto, es justo que el Estado, agraviado por la transgresión, cobre la pena. Con más razón se aplica esto en el caso de los delitos que atentan directamente contra un bien público (los ilícitos contra la salud pública, contra la administración de justicia, contra la seguridad pública, contra la Administración Pública, etc.). Además, con el sometimiento del autor a la pena, aunque quien la imponga y ejecute sea el Estado, se brinda también cierta compensación a la víctima en su honor y en su consideración social, como se explicó en el capítulo anterior³³.

A todo lo dicho podemos agregar que la justa sanción de los delitos no sólo contribuye al bien común político desde el sostenimiento del plano *ético-jurídico* sino también a fortalecer una gran variedad de los bienes que lo integran.

En efecto, hemos visto que integran el bien común, entre otros elementos, la *integridad en el ámbito físico*, el *orden económico* y la *salud*

32. Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, 1-2, 21, 3.

33. Tale, Camilo, en AA. VV. (director: Hernández, H.), *Fines de la pena. Abolicionismo. Impunidad*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2010, p. 151.

pública –en el plano de la suficiencia material–; como así también el *imperio de la ley*, la *vigencia social de un mínimo de virtud*, el *orden de las instituciones* y el *recto ejercicio de la autoridad* –en el nivel de la vida práctica–. Si reparamos en tales denominaciones, vemos que coinciden con los *bienes jurídicos tutelados* por el Código Penal Argentino³⁴ –y, en general, por todos los códigos penales que existen–.

Más allá de cuál sea la posición que se adopte sobre los fines de la pena, si se admite su legitimidad, no puede negarse que en el Derecho Penal tiene vigencia el *principio de prevención* que indica que *en lo posible, el delito debe prevenirse*³⁵ y que la imposición de sanciones a los autores de los delitos puede o suele contribuir a evitar su reiteración. Si se acepta ese punto de partida, se verá con claridad que la justa represión de los delitos, al evitar la reiteración de éstos, fortalece la obtención, permanencia y crecimiento de varios de los componentes del bien común político.

Como conclusión de este apartado, hemos tratado de mostrar que la sanción de los delitos es un componente *esencial* del contenido del bien común político, por su doble función: *reafirmar* la primacía de éste y *evitar* la reiteración de ofensas que, en todos los casos, lesio-

34. En nuestro Código Penal, en el concepto de *integridad en el ámbito físico* podemos incluir los Delitos contra las Personas (Título I), los Delitos contra la integridad sexual (Título III), los Delitos contra la Libertad (Título IV) y los Delitos contra la Seguridad Pública (Título VII). Dentro del *orden económico* pueden comprenderse los Delitos contra la Propiedad (Título VI) y los Delitos contra el Orden Económico y Financiero (Título XIII). La *salud pública* se encuentra protegida específicamente en el Capítulo IV del Título VII. En cuanto a la *vigencia social de un mínimo de virtud*, su sostenimiento puede advertirse en la sanción de los Delitos contra el Honor (Título II) y los Delitos contra la Fe Pública (Título XII), entre otros. Fortalece el *imperio de la ley* la sanción de los Delitos contra el Orden Público (Título VIII) e incluso los Delitos contra el Estado Civil (Título IV). Finalmente, se sostiene el *recto ejercicio de la autoridad* y el *orden de las instituciones* a través de la represión de los Delitos contra la Seguridad de la Nación (Título IX), los Delitos contra los Poderes Públicos y el Orden Constitucional (Título X) y los Delitos contra la Administración Pública (Título XI).

35. Cfr. desarrollo de este principio en Hernández, Héctor, *El garantismo abolicionista*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2013, p. 168; y en Hernández, Héctor, *Violación de derechos en cadena*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2018, p. 29.

nan a otros componentes del propio bien común –aquellos relacionados con el plano de la vida sensible y el de la vida práctica–.

III. ¿Y LA CONSTITUCIÓN NACIONAL?

En este apartado trataremos de mostrar que la tradición de pensamiento desarrollada en cuanto a la noción de *bien común* y la represión de los delitos como un *componente esencial* de aquél fue recogida y se supone en nuestra Constitución Nacional.

En relación al bien común, la referencia de mayor importancia doctrinal en la Constitución reside en el Preámbulo, en el que se anuncia como objetivo “promover el bienestar general”. Existe una clara sinonimia entre “general” y “común”³⁶. En cuanto a “bienestar”, el Diccionario de la Real Academia Española lo define como “Conjunto de las cosas necesarias para vivir bien”³⁷, lo que nos trae innegables reminiscencias del propio Aristóteles, que decía que los hombres “no han formado una comunidad sólo para vivir sino para vivir bien”³⁸ y constantemente hace uso del concepto de “vivir bien” en su obra.

Ahora bien, si se profundiza un poco más en el estudio del significado de este “bienestar general” a través de la lectura del texto constitucional, se verá que el *contenido* de este “conjunto de cosas necesarias para vivir bien” es muy parecido al que se ha analizado anteriormente con relación al *bien común*. En efecto, tenemos el plano de la *suficiencia material* –expresado en los derechos económicos, laborales y sociales³⁹–, el de la vida *práctica* –que se revela en el reconocimiento de la libertad en sus diversas formas, la igualdad, la justicia, los derechos políticos y

36. Según el Diccionario de la Real Academia Española, “común”, en su primera acepción, es aquello “Que, no siendo privativamente de nadie, pertenece o se extiende a varios”; mientras que “general” –también en su primera acepción– es lo “Común a todos los individuos que constituyen un todo, o a muchos objetos, aunque sean de naturaleza diferente”. Consultado en la versión web del diccionario, el 16/4/2021, en <https://dle.rae.es/com%C3%BAn> y <https://dle.rae.es/general?m=form>.

37. Ver <https://dle.rae.es/bienestar?m=form> (consultado el 16/4/2021).

38. Aristóteles, ob. cit., p. 175.

39. Cfr., entre otros, los arts. 14, 14 bis, 17, 21, 23, 41 y 42.

el recto ejercicio de la autoridad⁴⁰– y el de la vida *especulativa* –que puede notarse en el sostenimiento del culto católico y la preservación y el desarrollo del patrimonio cultural y científico⁴¹–.

A similares conclusiones llegamos si reparamos en el origen histórico de esta expresión. Como es sabido, gran parte del Preámbulo fue tomada del correspondiente a la Constitución de los Estados Unidos de América y, en este caso, la frase original es “*promote the general welfare*”. Según la primera acepción registrada en el Oxford Advanced Learner’s Dictionary, “*welfare*” es “*the general health, happiness and safety of a person, an animal or a group*”⁴². Es curioso señalar que la entrada “*common good*” en la enciclopedia Británica –en la sección filosófica, donde se afirma “*common good, that which benefits society as a whole*”– tiene como “título alternativo” a “*general welfare*”⁴³. Tal vez por todo esto es que, en el artículo 32.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la expresión “bien común” se tradujo como “*general welfare*”⁴⁴.

En cualquier caso, la noción de *bien común* como *centro* de todo el sistema político y jurídico se encontraba presente en el pensamiento de quienes sancionaron nuestra Constitución Nacional, adoptando la expresión “bienestar general” en el Preámbulo con un significado similar y cerrando la Asamblea Constituyente invocando los “desvelos por el bien común” de los presentes⁴⁵.

40. Ver, entre otros, los arts. 14, 15, 16, 18, 19, 22, 36, 37, 39, 40 y 43.

41. En los arts. 2º, 41, 75 inc. 19, y 125.

42. Consultado en la versión web del diccionario, el 16/4/2021, en el siguiente vínculo: <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/welfare>.

43. Consultado en la versión web de esta enciclopedia, el 16/4/2021, en el siguiente vínculo: <https://www.britannica.com/topic/common-good>.

44. Consultado en la página web de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 16/4/2021, en el vínculo: <https://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm>.

45. Ravignani, Emilio, *Asambleas constituyentes argentinas – Seguidas de los textos constitucionales, legislativos y pactos interprovinciales que organizaron políticamente la Nación, Tomo Cuarto (1827-1862)*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, 1937, p. 683. Corresponde a la intervención de Gutiérrez, Gorostiaga y Bedoya, del 6 de marzo de 1854, luego de lo cual se procedió a disolver el Congreso General Constituyente de la Confederación Argentina.

Confirmando lo expuesto hasta aquí, vemos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado: “De su Preámbulo y de su contexto se desprende el concepto de que la Constitución Nacional propone el «bienestar común», el bien común de la filosofía jurídica clásica”⁴⁶ y también ha reconocido explícitamente la función rectora del *bien común*, definiéndolo como el “fin último de la ley dada y aplicada por los hombres en el seno de la comunidad política”⁴⁷.

En cuanto a la sanción de los delitos como un *componente esencial* de ese bien común, podemos constatar que el texto constitucional se ocupa de establecer numerosas disposiciones que habilitan y promueven la actuación de la justicia penal para la represión de los delitos. En efecto, la Constitución no sólo manda dictar el Código Penal (art. 75, inc. 12), sino que estipula la responsabilidad penal para quienes atenten contra el orden institucional, disponiendo la imprescriptibilidad de la acción y la inhabilitación perpetua como pena (art. 36), instituye los delitos de compraventa de personas (art. 15), sedición (art. 22) y traición contra la Nación (art. 119), dispone sobre cómo se realizarán los juicios criminales ordinarios y contra el Derecho de Gentes (art. 118) y ordena la obligatoriedad de la extradición de criminales entre provincias (art. 8°).

En cuanto al artículo 18 y sus alcances en torno a la noción del *castigo* de los delitos, nos apoyaremos en el clarísimo trabajo de Luis Cabral, titulado “La Constitución y las cárceles de la Nación”⁴⁸. En dicho análisis, el citado autor sostiene:

Una lectura atenta y desprejuiciada de este texto basta para comprender que no tiene otro alcance que el de consagrar un principio de Derecho Procesal: aquel, según el cual, siendo aneja la *presun-*

46. *Quinteros, Leónidas Secundino c/ Compañía de Tranvías Anglo Argentina* (1937): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 22 de octubre de 1937, *Fallos*: 179:113, cons. 4°.

47. *Viñas Ibarra, Elvira c/ Sánchez Loria, Raúl s/ juicio ulterior del art. 71 bis Ley N° 2.393* (1976): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 5 de octubre de 1976, *Fallos*: 296:16, cons. 4°.

48. Cabral, Luis C., “La Constitución y las cárceles de la Nación”, en Cabral, Luis C., *Compendio de Derecho Penal y otros ensayos*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, pp. 293-301.

ción de inocencia a la condición de procesado, ninguna *medida de precaución* adoptada respecto de éste puede exceder lo que sea necesario para mantenerlo en seguridad.

Asimismo, señala que aquellos que pretenden extraer de dicho artículo una *teoría de la pena* que *niega* su carácter retributivo, pasan por alto dos cuestiones. En primer lugar, que la prisión no es la única pena posible; por lo que si el artículo 18 CN estuviera instituyendo una *teoría de la pena no-retributiva* –como sostienen–, habría que considerar que las penas de *multa* e *inhabilitación*, por ejemplo, tienen por objeto el aseguramiento y no el castigo del condenado, lo cual es un sinsentido. Además, señala Cabral que la expresión “cárcel” aludía únicamente a los establecimientos de custodia de los “reos”, es decir, los *detenidos*, no los *condenados*. En apoyo de sus dichos, cita la rica tradición jurídica que constituye el antecedente de la disposición constitucional, en donde se destacan las Siete Partidas de Alfonso el Sabio y la obra del Marqués de Beccaria.

Resulta muy convincente la cita que formula Cabral de un antecedente más cercano: las Disposiciones Generales sobre Seguridad Individual, dictadas en 1811 por el Primer Triunvirato, en donde se decretó: “Siendo las cárceles para seguridad y no para castigo de los reos, toda medida que, a pretexto de precaución, sólo sirva para mortificarlos, será castigada rigurosamente”. De la lectura de ese texto, el autor concluye –con innegable claridad– que si el *exceso* –mortificar a un detenido– habría de ser *castigado* rigurosamente, es porque la idea de *castigo* no era para nada ajena a los antecedentes constitucionales, ni considerada ilegítima.

Pero en donde la fundamentación de Cabral se vuelve inexpugnable es cuando trae al análisis el artículo 52 de la Constitución Nacional, en el que se establece que la parte condenada por el Senado en un juicio político “quedará, no obstante, sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios”⁴⁹, lo que plantea para el autor

49. Tras la reforma constitucional de 1994, la expresión actualmente está en el art. 60 y ha sido repetida también en el art. 115, con idéntica redacción, pero en alusión al juicio político de los jueces.

una alternativa cuyos términos son irreductibles, porque: o se acepta que dos disposiciones contradictorias –como serían las de los arts. 18, *in fine* y 52– pueden coexistir sin dar lugar a escándalo jurídico; o bien, se armonizan en su contenido, como lo indica el buen sentido, aceptando que la Constitución no ha proscrito la idea de pena-castigo, limitándose a prescribir que las cárceles de la Nación serán sanas y limpias para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas a título precautorio.

Para concluir, Cabral cita en su apoyo la doctrina de la Corte, que confirma la interpretación del artículo 18 que acaba de desarrollarse: “De acuerdo con los principios generales del Derecho Penal y nuestros antecedentes legislativos en lo que concierne a trabajo y otros rigores accesorios que pueden imponerse en las sentencias definitivas condenatorias, la parte final del artículo 18 de la Constitución Nacional debe entenderse aplicable a las que se ha calificado con propiedad de cárceles de retención”⁵⁰.

Desde nuestra posición, podemos agregar que los propios convencionales constituyentes, en simultáneo a que aprobaron la conocida redacción del artículo 18, se expresaron en numerosas ocasiones avalando la *legitimidad* de la imposición de *castigo* a quienes cometen delitos, de conformidad con la ley vigente en esa época⁵¹.

50. Abregú, Antonio y otros *s/ recurso extraordinario* (1905): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1º de agosto de 1905, *Fallos*: 102:219.

51. Así, vemos que, por ejemplo, poco después de la aprobación de la Constitución de 1853 y respecto de un levantamiento producido en una provincia, el Diputado Seguí señaló: “(...) como la Carta Constitucional supone la creación de este tribunal [en relación a la Corte Suprema], por eso es que califica de sedición las hostilidades de hecho de una provincia a otra, e impone al Gobierno Federal *la obligación de reprimir y castigar conforme a la ley*” (sesión del 5 de octubre de 1853). Asimismo, mientras se discutía el reglamento de la Convención Constituyente y las facultades de su Presidente para imponer penas a quienes perturbasen el orden, el Diputado Elizalde expuso: “(...) puede ser que el delito que se cometa no sea suficiente para ser *castigado con tres días de arresto*” (sesión del 24 de abril de 1860). Finalmente, en el marco de otra discusión suscitada por nuevos levantamientos y conflictos políticos, el Senador Vega señaló: “Nuestra Constitución, al abolir la pena de muerte por delitos políticos, no hizo más que explicar lo que debía entenderse por traición a la patria, y diciendo

IV. CONCLUSIÓN

A lo largo de este breve estudio ha querido recordarse la noción perenne de *bien común*, su centralidad y su función rectora en toda la filosofía política y en el Derecho, como así también su contenido y cómo el justo castigo de los delitos es un componente esencial de ese bien.

A su vez, se ha mostrado que la Constitución Nacional tomó esa tradición del pensamiento y asumió como propias esas nociones en numerosas disposiciones y expresiones concordantes, lo que no sólo se refleja en sus textos y antecedentes, sino también en la interpretación que de ellos realizó la Corte Suprema.

A la luz de todo ello, ante el preocupante avance de la criminalidad en nuestro país y frente a la dificultad cada vez mayor en la aplicación de la ley penal, nos permitimos en estas páginas sugerir la *restauración* de la noción de *bien común* en el pensamiento constitucional y jurídico-penal, como así también la *reivindicación* valiente –sin visos de esa *corrección política* que tanto daño nos está haciendo– del verdadero derecho de la comunidad a *castigar* a quienes ponen gravemente en peligro la subsistencia de todos y cada uno de sus integrantes.

Tal vez, en esa empresa, podamos tener el honor de seguir la huella de nuestros Padres Fundadores y repetir, con Don Manuel Belgrano, que “El modo de contener los delitos y fomentar las virtudes es castigar al delincuente y proteger al inocente” y, junto a Don José de San Martín, proclamar que “A la idea del bien común y a nuestra existencia, todo debe sacrificarse. Desde este instante el lujo y la comodidad deben avergonzarnos”.

que aquel *sería castigado* por la ley que dictare el Congreso”, y luego el Senador Arias dijo: “La Comisión *provee el castigo* para el delito de rebelión, y si es cierto que la pena puede ser un mal grave, también es cierto que la impunidad del crimen acarrearía al país mayores males” (sesión del 1º de julio de 1861). Ver Ravignani, Emilio, ob. cit., pp. 599, 763 y 1189. Los destacados nos pertenecen.

BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV., Hernández, Héctor (director), *Fines de la pena. Abolicionismo. Impunidad*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2010.
- Aristóteles, *Política*, Madrid, Gredos, 1988.
- Cabral, Luis C., “La Constitución y las cárceles de la Nación”, en Cabral, Luis C., *Compendio de Derecho Penal y otros ensayos*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, pp. 293-301.
- Castaño, Sergio Raúl, “¿Es acaso el bien común un conjunto de condiciones?”, *Prudentia Iuris*, N° 89, Buenos Aires, 2020.
- Hernández, Héctor, *Valor y derecho. Introducción axiológica a la filosofía jurídica*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
- Hernández, Héctor, *El garantismo abolicionista*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2013.
- Hernández, Héctor, *Violación de derechos en cadena*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2018.
- Lamas, Félix Adolfo, “El bien común político”, Buenos Aires, 2009, publicado por Instituto de Estudios Filosóficos “Santo Tomás de Aquino” en la sección “Material didáctico” de su página web, rescatado de: http://www.viadialectica.com/material_didactico/bien_comun_politico.html (16/4/2021).
- Legarre, Santiago, *Poder de policía y moralidad pública*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004.
- Maino, Carlos Alberto Gabriel, “El bien común político”, *Prudentia Iuris*, Número aniversario, Buenos Aires, 2020, pp. 133-147.
- Montejano, Bernardino, “El fin del Estado: el bien común”, *Persona y Derecho*, Navarra, 3, 1976, pp. 165-194.
- Pinto, Fray Mario Agustín, “La noción de bien común según la filosofía tomista”, *Prudentia Iuris*, N° 3, Buenos Aires, 1981, pp. 7-24.
- Ravignani, Emilio, *Asambleas constituyentes argentinas – Seguidas de los textos constitucionales, legislativos y pactos interprovinciales que organizaron políticamente la Nación, Tomo Cuarto (1827-1862)*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, 1937.
- Romero Berdullas, Carlos M., “Alcance del principio de oportunidad”, en *Comentarios al proyecto de Código Penal*, Buenos Aires, La Ley, 2019, pp. 277-294.
- Ronco, Mauro, “El delito como ofensa al bien común”, Buenos Aires, 2018, publicado por Instituto de Estudios Filosóficos “Santo Tomás de Aquino” en la sección “Jornadas” de su página web, correspondiente al año

2018, rescatado de http://www.viadialectica.com/comunicaciones/ronco_jornadasuca_2018.pdf (16/4/2021).

Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, II-II, q. 47, a. 10, ad. 2.

Soaje Ramos, Guido, "Sobre la politicidad del derecho", *Boletín de Estudios Políticos*, Mendoza, n° 9, 1958, pp. 73-116.

Tale, Camilo, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Córdoba, Alveroni, 1995.

Yacobucci, Guillermo, *La deslegitimación de la potestad penal*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998.

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD REFERENTE A ACTOS ADMINISTRATIVOS IRREGULARES EN EL ÁMBITO FEDERAL: ESTADO DE SITUACIÓN Y PERSPECTIVAS DE ANÁLISIS PARA UN CAMBIO

**PRESCRIPTION OF ACTIONS FOR ANNULMENT
REFERRING TO IRREGULAR ADMINISTRATIVE
ACTS AT THE FEDERAL LEVEL: STATE OF THE ART
AND PERSPECTIVES OF CHANGE**

MARIANO R. GUAITA¹

Recibido: 30 de agosto de 2021
Aprobado: 17 de septiembre de 2021

1. Abogado por la Universidad de Buenos Aires (2008). Especialista en Derecho Administrativo Económico por la Universidad Católica Argentina (2012) y maestrando en Derecho Tributario por la misma universidad. Profesionalmente, se desempeña en el fuero Contencioso Administrativo Federal. En el pasado, se desempeñó en el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el fuero Contencioso Administrativo, Tributario y de las Relaciones de Consumo de esa jurisdicción y, asimismo, en el sector privado. Ejerce la docencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y en la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación. Tiene diversas publicaciones sobre temas de su especialidad. Correo: marianoguaita@yahoo.com.ar.

RESUMEN

La prescripción de la acción de la Administración Pública para revisar, revocar, modificar o sustituir los actos que ella misma dicta no reconoce una regulación expresa en el ordenamiento jurídico positivo.

La búsqueda de una definición al respecto se encuentra interferida por una infinidad de otros problemas hermenéuticos de equiparable complejidad y trascendencia.

La solución predominante acerca de si el carácter prescriptible de aquella acción puede tener cabida cuando está referida a un acto administrativo afectado de nulidad absoluta y, en su caso, acerca del plazo de esa prescripción, procede principalmente de antiguos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Se extrae de ellos la afirmación contundente en cuanto a que una acción de esa clase no puede prescribir.

Como ha advertido una parte considerable de la doctrina de los autores, los fundamentos en los cuales reposa aquella conclusión son de difícil conciliación con las normas positivas más afines a la cuestión y con la jurisprudencia del propio tribunal relativa, por un lado, a las reglas de uso corriente para la interpretación de la ley –tanto generales como específicas del Derecho Público– y, por otro, a la función social que cumple la prescripción, inclusive en causas en las que el Estado es parte. La solidez y el poder convictivo de las opiniones vertidas en sentido contrario a la jurisprudencia prevaleciente hacen suponer que la solución dada por la Corte a esta encrucijada obedeció a razones que trascienden lo estrictamente jurídico.

Aunque cambios legislativos y jurisprudenciales recientes parecieran renovar la fuerza de aquella solución especialmente amparada en el Derecho Civil, se mantiene el interrogante acerca de si la misma puede ser trasladada sin más al campo de acción de la potestad revocatoria de la Administración Pública o, en todo caso, si resulta ello conveniente.

PALABRAS CLAVE

Prescripción; Actos administrativos; Nulidad absoluta; Potestad revocatoria; Interpretación de la ley.

ABSTRACT

Statute of limitations related to the public administration's prerogative of reviewing, reversing, modifying or substituting administrative decisions from the past are not expressly set forth in the law.

Finding a solution on this matter requires previous consideration of several issues regarding the interpretation of the law, all of which show similar complexity and relevance.

In particular, the question about whether any statute of limitations may apply to this prerogative with respect to prior administrative decisions that are invalid on absolute grounds, and if so, what is the term of that statutory limitation, has been answered by the National Supreme Court of Justice in old judiciary decisions, by compellingly establishing that no limitation period proceeds over that kind of legal action.

Scholars have claimed that the fundamentals of such conclusion are of difficult conciliation with the lawful regulations on the matter, and even with the *stare decisis* within the Supreme Court itself, concerning, on one hand, common legal practice in the process of interpreting the law –general law just as much as those particularly referred to administrative law– and, on the other, with the social relevance of statutory limitation, including those controversies involving the state as a party. The robustness and persuasive potential of the Supreme Court's approach contrary to the prevailing judgments allows one to wonder whether the rationales of no legal timeframe was sought by the Court for reasons beyond those strictly legal.

Although recent legislative reforms and changes in the case law had occurred on this particular field –reinforcing and confirming that Supreme Court's traditional view mainly sustained in the private law–, the doubt on the possibility –or even the convenience– of applying that legal doctrine when ruling on cases concerning the public administration's reversing prerogative remains open.

KEYWORDS

Statute of limitations; Administrative decisions; Invalidity on absolute grounds; Public administration's reversing prerogative; Law interpretation.

PARA CITAR ESTE TEXTO:

Guaita, Mariano R. “Prescripción de la acción de nulidad referente a actos administrativos irregulares en el ámbito federal: estado de situación y perspectivas de análisis para un cambio”, *FORUM: Revista del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, N° 12, 2021, pp. 157-236.

1. PRESENTACIÓN Y PLAN DE TRABAJO

Nos proponemos examinar aquí la evolución que registra –en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país– la cuestión atinente a si la acción concebida para que la Administración Pública Nacional pueda dejar sin efecto los actos administrativos que dicta –en sentido estricto–, afectados por una nulidad absoluta, es susceptible de extinguirse en virtud del transcurso de plazos legales de prescripción².

A tales fines, abordaremos inicial y separadamente los institutos de la prescripción y de la potestad administrativa revocatoria, para mostrar luego el punto de convergencia que tradicionalmente han encontrado, a tono con señeros fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Repasaremos seguidamente los principales puntos de vista presentados en forma alternativa por los juristas más distinguidos en el campo del Derecho Público y del Derecho Privado. Intentaremos, además, incorporar al análisis algunas facetas del problema que, a nuestro modo de ver, no recibieron toda la atención que merecían.

2. No nos detendremos, por tanto, en lo referido a la anulación de los actos de naturaleza reglamentaria –lo cual presenta, por cierto, aristas completamente diferentes–, ni a la prescripción de los llamados actos anulables o regulares en general –materia que ha recibido una respuesta más pacífica y uniforme–, ni a la prescripción con fines adquisitivos. Tampoco aludiremos, en general, a los matices que se ven en esta materia en las diferentes jurisdicciones locales; solamente cuando ello tenga valor comparativo o permita reforzar alguna idea.

Reseñaremos, también, ciertas discusiones jurídicas que van ganando espacio en el debate público de la coyuntura actual, las cuales –aunque circunscriptas a ramas específicas de nuestra disciplina– propician acoger de buen agrado la posibilidad de sustanciar casos judiciales sin sujeción a pautas temporales, en razón de la envergadura de los intereses que se hallan comprometidos, según la apreciación social imperante.

Intentaremos, por último, establecer algunas conclusiones, que, desde luego, no enervan la necesidad de continuar revisando las copiosas disyuntivas que esta temática abarca.

Aunque sin haberlo pretendido en forma deliberada, advertimos –con la lectura final de esta investigación– que ha quedado adaptada para tener como destinatarios a quienes se conectan por primera vez con la dificultad que ofrece el Derecho argentino en este capítulo, razón por la cual dejamos expresada nuestra disculpa a los avezados colegas que igualmente dediquen algo de tiempo para su lectura, a pesar de habernos precedido con estudios de superiores agudeza y dedicación, los cuales en su mayoría hemos procurado citar.

2. DESARROLLO EXPOSITIVO

2.1. *La prescripción liberatoria como modo extintivo de las acciones procesales*

La autonomía del Derecho como disciplina científica –u objeto del conocimiento de esa misma índole– no puede hacer perder de vista su carácter adjetivo –por caso, formal– con relación a las ciencias sociales, en cuyo más amplio espectro se inscribe. En efecto, lo cierto es que toda solución jurídica –cristalizada en un instituto o figura legal, o resultante de una combinación de varios de ellos– trasunta, de un modo más o menos mediato, una decisión de índole política, sociológica, organizativa. De esta manera, el Derecho como conjunto de normas jurídicas expresa –inclusive en su nivel de desagregación más remoto– la forma en que una determinada sociedad decide organizarse y conducirse, abarcando tanto las relaciones entre los particulares como las de éstos con el Estado.

Así, los distintos sistemas legales son representativos de acuerdos alcanzados socialmente en un determinado espacio de tiempo para regir situaciones relevantes³; acuerdos cuya institucionalización tiene lugar por conducto de los mecanismos legalmente previstos –mayormente a nivel constitucional– para la regulación del poder público –originado, según este mismo enfoque, afín al contractualismo⁴–, a partir de renunciaciones individuales a prerrogativas humanas intrínsecas en pos de una externalidad común, a la que sencillamente podemos referirnos como comunidad organizada.

Esa misma circunstancia determina que las soluciones así alcanzadas no sean perennes sino que, por el contrario, resulten esencialmente mutables y permeables a los dictados de cada época⁵. Fracasaría el sistema representativo *per se* si las instituciones en las cuales se ordena no son capaces de reflejar fielmente el sentimiento colectivo –más o menos ficto– sobre una determinada materia de interés social⁶.

3. Claro que únicamente en el segmento de acciones humanas admitido en el artículo 19 de la Constitución Nacional (BO 10/1/1995) (en adelante, CN). Dice el profesor Cassagne: “Suele afirmarse que el art. 19 de la CN encarna el principio de legalidad, lo cual si bien es cierto (con la debida interpretación en punto a sus alcances) no impide tener en cuenta, también, que el pensamiento de Montesquieu se encontraba más orientado a la protección de la libertad que al imperio de la ley positiva (...) En la concepción de Montesquieu, la preservación de la libertad se presenta como el principio fundamental del sistema político que hace al equilibrio del poder y a la necesidad de evitar el abuso de este último. Por eso sostiene que una Constitución sólo «puede ser tal que nadie esté obligado a hacer las cosas no preceptuadas por la ley y a no hacer las permitidas»” (Cassagne, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, p. 199).

4. V. Sola, Juan Vicente, “El contrato social”, en Sola, Juan Vicente (Dir.), *Tratado de Derecho y Economía*, tomo II, Buenos Aires La Ley, 2013, p. 38.

5. Claro que ello siempre dentro del continente de la CN como acto fundacional de la sociedad –en sentido figurativo– y, más acotadamente, de lo que pueden considerarse sus contenidos pétreos.

6. La amplitud de este tema –que se conecta no sólo con diversas ramas de nuestra ciencia (Derecho Político, Derecho Constitucional, Derecho Parlamentario, Derecho Administrativo, Derecho Presupuestario, etc.), sino también con una parte sustancial de las humanidades y las ciencias sociales (v. gr., la ciencia política, la antropología, la sociología, la psicología social)– nos impide naturalmente agotar aquí su abordaje, de permanente actualidad.

Las premisas hasta aquí relacionadas cobran particular nitidez y se hacen especialmente patentes en el caso del instituto de la prescripción, entendida ésta, en somera síntesis⁷, como el efecto legal extintivo de las acciones procesales en distintos ámbitos legales cuyo acaecimiento se produce por el transcurso del tiempo⁸. O como, con mayor exactitud y grado de abstracción se ha dicho, “[I]a prescripción liberatoria se da, pues, cuando transcurre cierto tiempo sin que el titular de un derecho lo ejercite. Extingue la relación jurídica que tiene virtualidades en orden al Derecho Positivo (...)”⁹.

Así, las regulaciones legales referentes al instituto de la prescripción –para satisfacer un estándar mínimo de buena técnica legislativa¹⁰– de-

7. Claro está que la prescripción constituye también una temática que admite múltiples abordajes y definiciones. Aunque aquí pondremos el foco en la faceta atinente a la conveniencia o no de mantener avivada la posibilidad de dar ciertas discusiones judiciales que involucran a la Administración Pública, un estudio más amplio puede verse en López Herrera, Edgardo, *Tratado de la prescripción liberatoria*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009; Badrán, Juan Pablo, *Prescripción liberatoria. Teoría y práctica*, Córdoba, Lerner, 2015; Rodríguez, C. B.; Amadeo, J. L., *La prescripción según la jurisprudencia de la Corte*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2006; entre otros.

8. No soslayamos que, según la índole de la potestad sujeta a prescripción, en ciertos casos resulta menester la concurrencia de otros presupuestos para que ésta opere. Así, por ejemplo, en el terreno de los Derechos Creditorios, el titular no debe encontrarse impedido de accionar contra el deudor por razones de orden fáctico o legal [v. gr. arts. 2543, 2550, etc., del Código Civil y Comercial de la Nación aprobado mediante Ley N° 26.994 (BO 8/10/2014), en adelante CCyCN].

9. Alterini, A. A.; Ameal, O. J.; López Cabana, R. M., *Derecho de las obligaciones*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, p. 646. Para quienes aceptan la tesis sobre la existencia de un Derecho Natural, operada la prescripción, la obligación subsistirá en tal carácter [cfr. art. 512, inc. 2°, del anterior Código Civil dado por la Ley N° 340 (RN 1863/69) (en adelante, CCiv.) y, con atenuaciones, actuales arts. 728 y 2538 del CCyCN].

10. El atraso es tal en la República Argentina que subsiste hasta nuestros días la discusión en torno a qué nivel jurisdiccional –en el esquema federal de poder– le corresponde la atribución de legislar en materia de prescripción; discusión que se ha visto renovada con la relativamente reciente entrada en vigencia de la legislación civil y comercial unificada, de donde parece poder extraerse el principio de que aquél es un instituto local, cuya delimitación corresponde a los poderes legisferantes de los estados federados (véanse los artículos 2532 y 2560 del CCyCN). Esa postura es abiertamente opuesta a la jurisprudencia consolidada por la Corte Suprema de Justicia de

ben atender a dos cuestiones fundamentales, entre otras¹¹: si la acción, poder o facultad de que se trata es susceptible de prescribir y, en su caso, en qué plazo. Nada de ello parece ser intrínseco a la naturaleza de las cosas; procede, en cambio –en línea con lo expresado más arriba–, de una decisión temporal, artificiosa y arbitraria¹², asociada –las más de las veces– a la índole del Derecho que se encuentra

la Nación desde el precedente de *Fallos*: 326:3899, comúnmente conocido como *Filcrosa* (véase más recientemente *Fallos*: 342:1903), y que fue resistida por los superiores tribunales de provincia, hasta que finalmente sucumbieron (v. gr. TSJCABA, *Marini, Osvaldo Oscar*, sentencia del 22 de octubre de 2013; y SCBA, *Fisco de la Provincia de Buenos Aires c/ Recuperación de Créditos S.R.L. s/ Apremio. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley*, sentencia del 16 de mayo de 2018). Cuando el panorama empezaba a aclararse, el legislador pateó nuevamente el tablero, consagrando una solución que evidentemente no ha dejado satisfecho al propio Congreso (véase p. e. proyecto de ley bajo expte. 3226-S-2018 del Senado de la Nación) y que ya sido incluso impugnada con éxito en el ámbito constitucional (Cámara de Apelación de Circuito de Santa Fe, *Municipalidad de Esperanza c/ Noriega Rosana Raquel s/ Apremios*, sentencia del 3 de julio de 2019, donde se sostuvo que “desde el año 2003 a hoy, la Constitución no ha cambiado y, en consecuencia, el reenvío a las legislaturas locales de la mencionada materia resulta claramente inconstitucional”). Para profundizar sobre estos aspectos, puede verse Ábalos, María Gabriela, “Aportes para una interpretación armónica del Código Civil y Comercial en el marco del federalismo fiscal”, Buenos Aires, Academia Nacional de Derecho 2016 (diciembre), 5 de diciembre de 2016; y Schafrik de Núñez, Fabiana, “Una breve reseña sobre la prescripción en materia tributaria”, en Haddad, Jorge Enrique, *Segundas Jornadas de Derecho Tributario – Aspectos tributarios del nuevo Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Instituto de Derecho Tributario, 2017, p. 259.

11. Se deben contemplar también las personas y las condiciones aptas para su articulación, su renuncia y su dispensa, la forma de cómputo, las causales de suspensión y/o interrupción y sus efectos y alcances, su eventual incidencia sobre terceros y otros aspectos de carácter más formal como las facultades del juez al respecto.

12. Ha expresado la Corte Suprema que “todas las acciones son prescriptibles, excepto las que la ley enumera taxativamente” (*Fallos*: 191:490). Y más recientemente: “(...) la imprescriptibilidad no es una característica esencial de la nulidad absoluta sino que aquella depende de lo que a su respecto dispongan las normas legales que rigen el instituto de la prescripción” (*Fallos*: 315:2370).

en juego, según la valoración que del mismo se tenga socialmente, la cual –según hemos apuntado ya– es, en esencia, variable¹³.

Con tales alcances, la prescripción actúa como una fuerza verdaderamente ordenadora de la sociedad y, más específicamente, de la convivencia social, en una doble dirección.

Por un lado, nos dice a los sujetos privados y públicos hasta qué momento resulta factible llevar una determinada controversia –*lato sensu*– a conocimiento de los órganos jurisdiccionales para su dilucidación con fuerza de verdad legal; hasta cuándo está disponible esa alternativa o servicio, consistente en la activación de mecanismos estatales concebidos para el reconocimiento o resguardo de los derechos de la más variada índole¹⁴, proyectando –a la postre– consecuencias permanentes sobre la libertad y el patrimonio de las personas¹⁵, que definen –más o menos intensamente– la ubicación de cada quien en la trama social.

13. La prueba cabal de ello está dada por el artículo 2537 del actual CCyCN, que reza así: “Los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley anterior. Sin embargo, si por esa ley se requiere mayor tiempo que el que fijan las nuevas, quedan cumplidos una vez que transcurra el tiempo designado por las nuevas leyes, contado desde el día de su vigencia, excepto que el plazo fijado por la ley antigua finalice antes que el nuevo plazo contado a partir de la vigencia de la nueva ley, en cuyo caso se mantiene el de la ley anterior”. Sobre el particular, puede verse Menna, J. P.; Brandt, G., “Aplicación anticipada del Código Civil y Comercial. Prescripción en materia de tributos locales”, *Revista La Ley*, Buenos Aires, 9 de junio de 2015; asimismo, CCATyRC, Sala II, Pizzio, Pablo Omar, sentencia del 1° de noviembre de 2018.

14. Desde esta perspectiva, es dable afirmar que la prescripción pone coto a una cantidad innumerable de derechos y garantías adjetivos: el derecho de peticionar a las autoridades –y, en particular, el derecho de acceso a la jurisdicción–, la garantía del debido proceso adjetivo, el derecho al control suficiente, la garantía de la tutela judicial efectiva, el derecho a una sentencia fundada, por mencionar algunos pocos ejemplos. Dicho de otro modo: la prescripción tiene un costo alto para los derechos.

15. También sobre el patrimonio del Estado, por conducto de la prescripción de las acciones y poderes de los fiscos para la percepción de los recursos tributarios por parte de los contribuyentes, así como por la prescripción de acciones patrimoniales que correspondieren en desmedro suyo (v. gr. *Fallos*: 316:871; véase también Acosta, Juan Ricardo, “Cómputo de la prescripción de la acción indemnizatoria de un acto administrativo ilegítimo”, *SAIJ*, DACF140396, 19 de junio de 2014); entre otros ejemplos.

De otro lado, en el plano orgánico, la figura se comporta como una verdadera interdicción a la actuación del poder público: limita el ejercicio de la función más elemental y característica de los tribunales de justicia o en ejercicio de función jurisdiccional, cual es –según hemos dicho– resolver controversias concretas con carácter definitivo, en las condiciones fijadas por la reglamentación. No se diferencia, en este punto, de otras restricciones dirigidas a los jueces¹⁶, cuya misión más delicada –en palabras de nuestra Corte Suprema– es “la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que le incumben a los otros poderes”¹⁷. Tanto es así que el afianzamiento de los efectos de la prescripción puede dejar impune la perpetración de situaciones de palmaria injusticia, boyantes en el embudo del tiempo¹⁸.

Sobre esas mismas bases, existe un consenso más o menos generalizado sobre la posibilidad de aludir –en sintonía con lo que venimos exponiendo– a una función social de la prescripción –especialmente la no penal¹⁹ y de carácter liberatorio–, concepto éste que

16. En otras palabras, la prescripción de una acción excluye el conocimiento del caso –en su faz sustancial– por parte de los tribunales. No obstante ello, “no cabe desconocer la existencia de situaciones en las cuales la invocación del instituto aludido –sólo aplicable a petición de parte, desde que a los magistrados les está vedado recurrir a él de oficio–, exige una meditada ponderación por quien lo opone, cuyo ejercicio debe conducir a una prudente valoración de las circunstancias ante las cuales se hace valer, las que en algunas ocasiones exigen recordar valores que no se hallan presentes en todas las contiendas judiciales” (*Fallos*: 317:1816, voto del Dr. Nazareno).

17. *Fallos*: 338:488, cons. 6°; con cita de *Fallos*: 308:2268, 311:2553 y 316:2732.

18. “Es la sociedad entera la que aspira a esa seguridad, a esa estabilidad, aunque en algunos casos particulares experimente alguna mengua, resulte afectada de alguna manera la justicia estricta, o el valor equidad” (Moisset de Espanés, Luis, *Prescripción*, Córdoba, Advocatus, 2004, p. 31).

19. Ello no importa subestimar, desde luego, las implicancias de la prescripción de las acciones para perseguir los delitos, que gravita nada más y nada menos que sobre la libertad de las personas (véase *Fallos*: 287:76 y el comentario de D’Albora, Francisco J., *Código Procesal Penal de la Nación – Anotado. Comentado. Concordado*, tomo II, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005, pp. 727 y 736); a lo que accede en este específico campo lo tocante a la prescripción de las penas firmes (v. CNCCC, Sala 3, *Roldán, Brian Marcelo y otro s/ encubrimiento*, sentencia del 31 de julio de 2018, con cita de *Fallos*: 330:2826 y doctrina de los autores). Sin embargo, el hecho de que la acción de lesividad –en la cual

ha sido de recibo desde antigua jurisprudencia del máximo tribunal argentino –el cual no por ello ha soslayado la acepción que también le cabe como sanción del acreedor negligente²⁰. Ya en el año 1936, la Corte nos decía:

“Que debe tenerse presente que la prescripción liberatoria, aunque se produce por la inacción del titular del derecho, tiene un fundamento de interés público, que es la necesidad social de no mantener pendientes las relaciones de derecho sin que sean definidas en un plazo prudencial y respetar las situaciones que deben considerarse consolidadas por el transcurso del tiempo. Y esto, por las mismas razones, ha de aplicarse tanto al patrimonio de los particulares como al de entidades de carácter público”²¹.

Poco tiempo después enfatizó y amplió esta noción, ofreciendo una caracterización de la prescripción que tiene vigencia actual:

“Que la prescripción es una institución de orden público. Ha sido creada por la necesidad de dar estabilidad y firmeza a los negocios, de disipar las incertidumbres del pasado y de poner fin a la indecisión de los derechos, la que, si no tuviera término, sería causa de constante intranquilidad en la vida civil. Sin ella no habría derechos bien definidos y firmes, desde que estarían sujetos a una constante revisión desde sus orígenes. La prescripción tiene la virtud de aclarar y bonificar los derechos, así como la de extinguir las obligaciones, liquidando el pasado. Por responder a una necesidad social, no puede renunciarse a la prescripción para lo futuro, aunque se puede renunciar a la prescripción ya cumplida (...)”²².

nos concentraremos aquí– aparezca mayormente emparentada, en virtud de su objeto y características generales, a una acción de tipo civil (así lo ha marcado el curso de la jurisprudencia), nos inclina a descuidar aquel aspecto por el momento.

20. Fallos: 312:2352, 313:173 y 318:1416.

21. Fallos: 176:70.

22. Fallos: 191:390.

La mentada caracterización del instituto extintivo al cual nos estamos refiriendo –que se mantiene, en lo sustancial, en fallos contemporáneos²³– explica la mayoría de sus rasgos de conocimiento común –naturalmente receptados en el Derecho Positivo–: (i) constituye la regla para toda clase de acciones; su exclusión debe surgir expresamente de la letra de la ley²⁴; (ii) sus plazos no son susceptibles de abreviación convencional²⁵; (iii) no puede ser renunciada en forma anticipada²⁶; (iv) no procede de oficio²⁷; (v) no se presume su abandono como defensa²⁸; y (vi) es de interpretación restrictiva²⁹. Muchos de estos rasgos –conjugados con su fundamento jurídico, según lo expuesto más arriba– abonan la tesis para una calificación de la figura como de orden público³⁰.

23. Interesa destacar aquí que, conforme con gran tino puntualiza la más destacada doctrina en nuestro país, “[l]a jurisprudencia de la Corte, excluida la Constitución, es la fuente principal en que el Alto Tribunal funda sus decisiones. La salvedad relativa a la Constitución no tiene en verdad demasiado peso. En los casi ciento treinta años transcurridos desde la sanción de la Ley Fundamental, prácticamente todas las cláusulas de ella con virtualidad para suscitar litigios relativos a su alcance o sentido han quedado recubiertas, por así decirlo, por sucesivas capas de interpretaciones de la Corte, la que ha ido restringiendo o ampliando los concisos textos originales” (Carrió, Genaro, *Cómo fundar un recurso*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2005, p. 80).

24. Art. 2536 CCyCN.

25. Art. 2533 CCyCN, y CNCIV, en pleno, *Alaniz, Juan G. c/ Cía. Aseguradora Argentina*, sentencia del 27 de noviembre de 1959.

26. Arts. 12 y 2535 CCyCN, *contrario sensu*.

27. Art. 2552 CCyCN.

28. Arts. 944 y 948 CCyCN. Se puede encontrar un matiz en el precedente de *Fallos*: 338:161.

29. Ello implica que, en caso de duda, debe preferirse la solución que mantenga vivo el derecho. Aunque este criterio prevaleció históricamente, se ha visto renovado por numerosas disposiciones del actual CCyCN sobre acciones relativas a derechos civiles (se destaca, en este sentido, el art. 706, inc. a). También por incidencia del principio *pro actione* [cfr. arts. 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –aprobada mediante Ley N° 23.054 (BO 27/3/1984)–; y *Fallos*: 314:1492], cuya aplicación al ámbito del Derecho Administrativo también se propicia (*Fallos*: 336:1283 y CNCAF, Sala IV, *Bejarano, Nicanor Nolberto y otros c/ D.G.F.M. s/ empleo público*, sentencia del 30 de octubre de 2001).

30. Ello si se acepta que “el orden público-institución es el instrumento jurídico de que se vale el ordenamiento para defender y garantizar, mediante la limitación de

Sobre la base de tales consideraciones, se ha afirmado en doctrina que la prescripción es una de las manifestaciones de la seguridad jurídica, la cual constituye, no solamente un valor instrumental, sino un recaudo indispensable para la existencia de un orden jurídico justo; de allí que quepa reconocerle raigambre constitucional³¹.

2.2. La prescripción en el ámbito del Derecho Administrativo. El caso de la acción de nulidad

No menos poderosa e incisiva es, ya en el específico ámbito del Derecho Público, la llamada función materialmente administrativa, mayormente encarnada por los órganos centralizados y descentralizados de la Administración Pública³².

Hay que comenzar aclarando, por supuesto, que la regulación legal de esa particular función estatal es altamente profusa y aparece organizada en forma sectorial o por segmentos (generalmente dados por las características del órgano que la habrá de ejercer o la materia sujeta a administración); segmentos en los que se profundiza y llega a niveles de gran detalle, especificidad y sofisticación, particularmente cuando aparecen involucradas cuestiones de carácter técnico, dando lugar –en muchas ocasiones– a regulaciones verdaderamente autónomas, autopoieticas e inescrutables para un operador jurídico no especializado³³.

Sin embargo, tanto en el ámbito federal como en la mayoría de las jurisdicciones locales, la ordenación troncal de la función mate-

la autonomía de la voluntad, la vigencia inexcusable de los intereses generales de la sociedad, de modo que siempre prevalezcan sobre los intereses particulares” (De la Fuente, Horacio H., *Orden público*, Buenos Aires, Astrea, 2003, p. 143).

31. Laplacette, Carlos J., “Constitución Nacional e imprescriptibilidad de la acción de nulidad de actos administrativos”, *Revista La Ley*, 2017-F, 627.

32. Véase Cassagne, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Buenos Aires, La Ley, 2011, pp. 35 y sigs., donde el autor desarrolla su postura sobre la función administrativa y el criterio objetivo o material.

33. V. gr. las referentes a los servicios públicos y a los llamados servicios de interés general.

rialmente administrativa, así como la diagramación de los cauces a través de los cuales puede ser llevada a cabo por los gobiernos en ejercicio, puede encontrarse en los regímenes de procedimientos administrativos –codificados o no–, los cuales traen usualmente una definición o caracterización del acto administrativo –en alguna o todas de sus variantes–, la enunciación de sus condiciones de validez y vigencia, y la previsión de distintos mecanismos para procurar su revisión, en sede de la propia Administración o ante los estrados de justicia.

En la esfera del Estado Nacional, la Administración general del país corresponde al Poder Ejecutivo Nacional³⁴ y reconoce su regulación preponderante en el Decreto Ley N° 19.549/1972³⁵, comúnmente conocido como Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (en adelante, LNPA), a lo cual nos abocaremos en lo sucesivo.

En lo que aquí importa, la LNPA –tras abarcar de una manera considerablemente reglada lo atinente a los principios del procedimiento³⁶, la competencia de los órganos³⁷ y los elementos y características de los actos administrativos propiamente dichos³⁸– entra prontamente a tratar –en un clima verdaderamente helado– diversas cuestiones relativas al aniquilamiento de tales actos, consagrando un sistema de mínima indulgencia, en el cual la potestad revocatoria se lleva todo el protagonismo.

En una abreviada aproximación, puede decirse que este sistema permite a la Administración –bien que por diferentes razones y con distintas implicancias– dejar sin efecto toda clase de actos administrativos –nos animamos a anticipar, sin prurito, que ésta es la regla³⁹.

34. Cfr. art. 99, inc. 1°, CN.

35. BO 27/4/1972.

36. Art. 1° LNPA.

37. Arts. 3° a 6° LNPA.

38. Arts. 7°, 8°, 11, 12 y 13 LNPA.

39. Ella reposa, naturalmente, en la idea de que la administración pública se halla especialmente vinculada por el principio de legalidad (a cuya preservación está llamada) y en la suposición de que, al igual que los demás poderes estatales, se encuentra gobernada por la búsqueda permanente del bien común y el interés general, tarea para cuya consecución no habría limitaciones concebibles. Se ha dicho que “[b]

Así, para empezar, puede hacerlo por sí y en su propia sede, invocando razones de oportunidad, mérito y conveniencia –los conceptos posiblemente más holgados e incógnitos de nuestra disciplina⁴⁰; con un detalle: le cabe esa prerrogativa incluso respecto de los actos regulares propiamente dichos; esto es, actos administrativos perfectamente conformados⁴¹.

Puede hacerlo también –en aquellas mismas condiciones– al sindicarse determinado acto como ilegítimo⁴² –característica cuya determinación no resulta menos problemática⁴³.

ajo el imperio del principio de legalidad, la voluntad de la Administración Pública es la voluntad de la ley, y su dirección debe necesariamente ser el interés público (Bielsa, *Derecho Administrativo*, t. 1, p. 222). Como consecuencia de este principio, los mandatos y órdenes en el Estado moderno no responden ya a la voluntad omnimoda del gobernante, sino a la normatividad previamente formulada, producto de la existencia de una autolimitación del poder de quien resulta a su vez creador de las normas de conducta (Tawil, *Administración y Justicia*, t. 1, p. 33)” (Gusman, Alfredo Silverio, “El principio de legalidad y el acto administrativo discrecional”, *Revista El Derecho*, 170-1185).

40. Art. 18 *in fine* LNPA. Para ver cómo operan estos conceptos –especialmente, en torno a actos atinentes a la contratación administrativa– se sugiere la lectura del precedente de *Fallos*: 314:1202.

41. Ello explica, claro está, la previsión legal referente al derecho a una indemnización para quien resulte afectado por la mutación de alguna de esas variables (cfr. *Fallos*: 293:133).

42. Art. 14 LNPA. Se sugiere la lectura de Luqui, Roberto E., “La revocación de los actos administrativos por razones de ilegalidad”, *Revista La Ley*, 2011-F, 907; y Lico, M. A.; Mouriño, M. A.; Delfín, A., “Revocación del acto administrativo por razones de ilegitimidad, oportunidad y conveniencia”, *Revista La Ley*, 2012-B, 1187.

43. Los precedentes de *Fallos*: 269:55, 302:545, 310:1578 y, más recientemente, 338:212 dan perfecta muestra de ello. En términos generales puede decirse que, en la economía de la LNPA, la ilegitimidad es predicable respecto de aquellos actos afectados por un vicio de intensidad tal que llegan a excluir el elemento o presupuesto al que está referido. En cambio, los defectos de menor trascendencia o significancia aparejan la anulabilidad del acto, que subsiste entretanto como acto regular [cfr. art. 15 LNPA; v. CNCAF, Sala I, *Benitez, Manuel C. c/ EN (PEN y otro) s/ empleo público*, sentencia del 9 de diciembre de 1999; y Sala IV, *Empresa Nacional de Telecomunicaciones (e.l.) c/ Nec Argentina S.A. s/ contrato administrativo*, sentencia del 10 de marzo de 2009, y *Dictámenes* PTN 248:475]. No obstante, en rigor de verdad, “[t]ampoco es cierto el principio sentado en el artículo [15] de que la irregularidad no llegue a impedir la existencia de alguno de sus elementos (*rectius*: requisitos) esenciales. Si ello fuera ne-

Luego, aunque está previsto que si de esos actos hubieren nacido Derechos Subjetivos su invalidación debe ser procurada mediante la promoción de una pretensión procesal anulatoria ante los tribunales permanentes de justicia⁴⁴ –ello así también en el caso de los llamados actos anulables–⁴⁵, este recaudo resulta enervado cuando el interesado hubiere conocido el vicio de que se trata, cuando la revocación o sustitución del acto lo favoreciere –sin causar perjuicio a terceros– o cuando por su virtud hubiese resultado adjudicado un derecho a título precario⁴⁶; supuestos respecto de los cuales se consideran inme-

cesariamente así, la nulidad absoluta tendría lugar exclusivamente cuando la infracción impidiera la existencia de un elemento esencial del acto (art. 7°). Sin embargo, analizando los vicios que acarrearán la nulidad absoluta vimos que no siempre es así. Hay vicios que aparejan la nulidad porque vician muy gravemente algún elemento, pero él existe. Ergo, el concepto que trae la norma que comentamos es un indicador, un orientador para el intérprete, pero nada más” (Hutchinson, Tomás, *Régimen de procedimientos administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 2017, p. 185). Balbín, por su parte, pregona que los casos dudosos debieran resolverse asumiendo que se trata de una nulidad relativa, en virtud de la presunción de legitimidad de los actos administrativos (Balbín, Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 137). En opinión de Gordillo, estas dificultades se generan por la referencia a los elementos constitutivos del acto como eje de la invalidez, técnica extraída del Derecho Privado donde sí encuentra su quicio (v. Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, tomo III, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2013, pp. XI-3 y sigs.). De allí que para el autor no resulte admisible tratar de emparentar los vicios del acto administrativo con los vicios contemplados en la legislación civil (ob. cit., pp. XI-30). Una muestra de esa técnica aplicada puede encontrarse recientemente en CNCAF, Sala V, *AFIP – DGI c/ Casino Buenos Aires S.A. s/ Dirección General Impositiva*, sentencia del 29 de diciembre de 2020.

44. Se ha admitido que esta clase de pretensión puede también articularse por vía de reconvencción (*Fallos*: 321:174 y 333:1922; asimismo Comadira, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad*, Buenos Aires, Astrea, 2019, p. 269).

45. Arts. 17 y 18 LNPA.

46. Art. 18 LNPA. Si bien esta solución ha quedado expresamente consagrada sólo para el caso de los actos regulares, en un escenario que no toleraba más subterfugios, una parte considerable de la doctrina insistió en cuanto a que no resultaba admisible una hermenéutica general que dejara dotados de mayores salvaguardas a los actos ilegítimos que a los actos regulares, y propició que las excepciones previstas respecto de estos últimos se trasladaran sin más a los primeros, lo que así fue asimilado por la jurisprudencia (v. Comadira, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio del acto*

recidas (o innecesarias) las garantías que ofrece la denominada acción judicial de lesividad⁴⁷.

Queremos enfatizar aquí que la primera de las contraexcepciones mencionadas –referente al conocimiento del vicio por parte del administrado– actúa como una verdadera válvula de escape, que consigue –finalmente– invertir la aparente regla judicialista consagrada por el sistema⁴⁸; máxime si se tiene en cuenta que, en la faz procesal,

administrativo: La denominada “Cosa Juzgada Administrativa”, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1998, p. 188; y *Fallos*: 310:1045 y 321:169, esp. cons. 5°).

47. Cfr. Guaita, Aurelio, *El proceso administrativo de lesividad*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1953, p. 112.

48. Pensemos, por ejemplo, en el caso de error de la Administración sobre los antecedentes de hecho o de derecho, que hacen a la causa del acto: raramente podrá el administrado mostrarse ajeno a la apreciación de esas circunstancias. Mucho menos en los supuestos de apartamiento de la norma aplicable o equivocado encuadramiento jurídico de la cuestión; resulta difícil suponer que algo así pueda pasar inadvertido para el interesado. Esto se ve especialmente en materia de contratos administrativos, donde –para más– se requiere por lo general un *expertise* en el particular (véase el enjundioso trabajo al respecto de Damsky, Isaac A., “La crisis de la licitación pública. Sobre la forma de los contratos administrativos y cuestiones subyacentes”, en AA. VV., *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2014, pp. 125 y sigs.). La máxima de que el derecho se presume conocido por todos, así como el estándar de diligencia para la vida civil (arts. 8° y 1725 CCyCN), operarán aquí como fuertes inhibidores de las posibilidades defensivas del administrado, neutralizándose con ello una porción considerable del pretendido sentido protectorio de la LNPA sobre los derechos en cumplimiento. En esta misma inteligencia se ha resuelto: “Aún en el supuesto de considerarse que el contrato hubiera generado subjetivos en vía de cumplimiento, su revocación en sede administrativa hubiera sido igualmente legítima cuando dicho contrato fuere evidentemente nulo de nulidad absoluta e insanable y esta tacha resultase de conocimiento ineludible por el contratista particular. Esta nulidad absoluta facultaba a la administración a revocar el contrato cuando el vicio era conocido por la empresa actora, ya que la necesidad de licitación pública es un requisito objetivo que no podía pasar por alto y ésta con su actitud había contribuido al nacimiento de dicho vicio” (CNCAF, Sala IV, *Warning S.A. c/ Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales – INCAA s/ contrato administrativo*, sentencia del 5 de noviembre de 2002; y más recientemente, la misma Sala, *Cardiovascular Aeronáutico Central S.R.L. c/ EN – M° Defensa – FAA – acto administrativo 07/07 s/ contrato administrativo*, sentencia del 1° de junio de 2021). Para ampliar estos conceptos, son de lectura obligada los precedentes de *Fallos*: 321:169 cit. y 328:2712; asimismo, puede verse: Carrillo, Santiago,

pone en cabeza de aquél la producción de una prueba diabólica⁴⁹. De esta manera, las revocaciones de actos por razones de ilegitimidad en sede administrativa son las que constituyen un lugar común.

A su vez, la experiencia informa que cuando la Administración encara un plan anulatorio por cualquiera de las vías previstas en la ley, lo hace normalmente acompañada por un profundo convencimiento sobre la nulidad en juego; convencimiento que sólo en raras ocasiones encuentra revces en el plano judicial. Adviértase que los actos administrativos –u otras declaraciones, instrucciones o actuaciones– en los que, por lo general, queda plasmado aquel propósito (y su fundamentación, por mínima que sea)⁵⁰, también se encuentran

“¿Legalidad vs. Seguridad Jurídica? El conocimiento del vicio como fundamento de la anulación del acto”, Revista *La Ley*, 2004-A, 324; Claus, Juan Ignacio, “Los principios generales del derecho y el conocimiento del vicio por el administrado como fundamentos de la nulidad de un contrato administrativo”, Revista *La Ley*, 2002-E, 390; Comadira, Julio Pablo, “¿Cuándo el particular «conoce el vicio» del acto administrativo? A propósito del artículo 18 de la LNPA”, Revista *elDial.com*, DC20C; Durand, Julio César, “El «error de derecho» no implica «conocimiento del vicio» por parte del administrado...”, *RDA* 2007-60, 583; y Tripoli, P.; Ammirato A., “Un interesante pronunciamiento de la justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires (el caso *Di Stefano*)”, *JA* 2002-III-290.

49. Es decir, debe demostrar que no tuvo conocimiento del vicio. Cabe aclarar, no obstante, que –siguiendo los estándares del actual CCyCN (esp. sus fundamentos)– “el «conocimiento» del vicio no equivale necesariamente a la «mala fe» (...) Lo razonable es que se limite la imposibilidad de articular la nulidad a quien haya actuado de mala fe y pretenda obtener un provecho de la declaración de nulidad” (Zannoni, Eduardo A., *Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Astrea, 2015, p. 133).

50. Sobre esta cuestión resulta preciso estar a lo decidido por la Corte Suprema en el precedente de *Fallos*: 336:2364, en el que sostuvo que no resulta imprescindible el previo dictado de un acto sobre la lesividad del que se pretende dejar sin efecto. En sentido contrario, el dictamen de la Procuración General en esa misma causa y Comadira, J. R.; Monti, L. (Colab.), *Procedimientos Administrativos*, tomo I, Buenos Aires, La Ley, 2007, pp. 343/344. Para ahondar en este debate, puede verse también Coviello, Pedro J. J., “La acción de lesividad y el debido proceso (a propósito de la sentencia de la Corte Suprema *in re AFIP - DGI del 17-12-13*”, en Coviello, Pedro J. J. (Coord.), *Homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, Buenos Aires, El Derecho, 2016, pp. 349 y sigs.; Comadira, Fernando Gabriel, “Anulación del acto administrativo irregular y declaración de lesividad: algunas cuestiones que plantea la denominada «acción de lesividad»”, Revista *elDial.com*, DC22FA, 21 de abril de 2017; y Furnari, Esteban C., “El Derecho Procesal

amparados –en cuanto tales– por la presunción de legitimidad a la que alude el artículo 12 de la LNPA⁵¹; valladar que el administrado se verá constreñido a franquear en su resistencia a la pretensión anulatoria del Estado respecto de un acto anterior que lo beneficia.

Por otro lado, sea que la declaración de nulidad absoluta provenga de la propia Administración, o resulte de lo decidido a través de una sentencia judicial, tiene la propiedad de disipar el acto en cuestión del mundo jurídico, con efectos *ex tunc*, volviendo las cosas al estado anterior a su dictado; otro aspecto complejo si los hay⁵².

Administrativo y el instituto de la acción de lesividad”, en Alonso Regueira, Enrique (Dir.), *El control de la actividad estatal*, tomo II, Buenos Aires, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de 2016, pp. 110/111.

51. Acerca de los fundamentos de esta presunción, véase la nota al pie N° 39, y con relación a los efectos que propaga, el precedente de *Fallos*: 319:1476, entre otros. No obstante, existen sólidas bases para afirmar que esta presunción no puede estar presente en aquellos actos inválidos cuya nulidad es manifiesta (v. Buteler, Alfonso, “La nulidad manifiesta del acto administrativo y el nuevo Código Civil y Comercial”, en Pizarro, R. D.; Buteler, A. (Dirs.), *El Código Civil y Comercial y el impacto en el Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2018, pp. 272 y sigs.). Otros sencillamente dirán, con apoyo en el precedente de *Fallos*: 190:142, que la distinción entre nulidad manifiesta y no manifiesta es irrelevante en materia de acto administrativo. En cualquier caso, se ha expresado también que la presunción de legitimidad de los actos de carácter anulatorio y/o declarativos de la lesividad procede del hecho de que “la garantía contra una anulación arbitraria se halla, precisamente, en los requisitos que la propia LNPA exige para la válida configuración de cualquier acto administrativo, los que, por ende, tienen que concurrir, necesariamente, para que el acto que plasma el ejercicio de la potestad anulatoria pueda reputarse válido” (Comadira, J. R.; Escola, H. J.; Comadira, J. P., *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2017, p. 533). Esta perspectiva refuerza, claro está, el postulado referente a la necesidad del previo dictado del acto declarativo de lesividad, en el marco de un procedimiento que reclamaría –por tanto– la intervención del administrado.

52. Cfr. art. 1050 CCiv. y art. 390 CCyCN. Véase *Fallos*: 190:142, 179:249 y 295:265, *Dictámenes* PTN 241:207, Cassagne, Juan Carlos, *Curso...*, ob. cit., tomo I, p. 798, y Gusman, Alfredo Silverio, “Carácter retroactivo de la nulidad del acto administrativo”, en AA. VV., *El Derecho Administrativo hoy. 16 años después*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2013, pp. 407 y sigs. Para dimensionar el amplio espectro de este efecto legal, hay que tener presente que las demás situaciones o relaciones jurídicas afianzadas *a posteriori* sobre el acto declarado nulo, puede quedar desprovistas de causa (cfr. art. 499 CCiv. y art. 726 CCyCN).

En resumen, de lo que se trata aquí es de una cómoda facultad de la Administración para deshacer lo hecho, desandar lo andado⁵³; en la mayoría de los casos, sin grandes consecuencias para ella.

Lo consuetudinario de esta posibilidad, ni el hecho de que tenga recepción legal expresa, deben impedirnos apreciar, con sentido crítico, el dramático cuadro que arroja sobre los particulares⁵⁴, cuyas herramientas de choque no han merecido equiparable desarrollo o –cuanto menos– no han llegado a mostrar análogo grado de prevalencia.

Es verdad, en este sentido, que aquel impulso que puede suscitarse en el seno de la Administración encuentra amortiguaciones de impacto en conceptos o figuras como la cosa juzgada administrativa⁵⁵, el principio de conservación de los actos administrativos⁵⁶, el consumo de buena fe⁵⁷, la interdicción de actuar en contra de los

53. Sobre el fundamento de esta prerrogativa extraordinario, véase Buteler, Alfonso, “Bases constitucionales de la potestad revocatoria”, en Cassagne, Juan Carlos (Dir.), *Máximos precedentes: Derecho Administrativo*, tomo I, Buenos Aires, La Ley, 2013, pp. 613 y sigs., comentario a *Fallos*: 326:3316.

54. No en vano el estimado profesor Cassagne se reserva para este cuerpo normativo la calificación de “verdadero retroceso garantístico”, bien que sopesando otras razones, referidas a la faz procesal y las vías de impugnación judicial de la actividad administrativa (Cassagne, Juan Carlos, “El procedimiento administrativo y el acceso a la justicia: la regla del agotamiento de la vía administrativa”, *Revista El Derecho Administrativo*, 7 de mayo de 2021).

55. Doctrina del precedente de *Fallos*: 175:368, repetida en *Fallos*: 289:185 y 327:5356; véase el comentario de Cassagne, Juan Carlos, “El fallo *Carman de Cantón*: un hito fundamental en la consolidación de las vertientes garantísticas del Derecho Administrativo argentino”, *Revista La Ley*, 2002-B, 19.

56. *Fallos*: 301:292; v. asimismo Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, pp. 460 y sigs.; y Diez Sánchez, Juan José, “El principio de conservación de actos”, en Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 1002/1003.

57. Véase *Fallos*: 327:1148, *Dictámenes PTN* 259:011, Silva Tamayo, Gustavo, *Las nulidades en el Código Civil y Comercial y en la Ley de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, Astrea, disponible online; y Sammartino, Patricio, “Precedentes para recordar. Precisiones sobre la invalidez del acto administrativo en el Estado constitucional de derecho”, *Revista El Derecho Administrativo*, 2014-724. Asimismo, el comentario de Albornoz, Juan José, “La acción de lesividad”, en Bertazza, Humberto J. (Dir.), *Ley N° 11.683 de procedimiento tributaria comentada*, Buenos Aires, La Ley, 2021, pp. 1316 y

propios actos precedentes⁵⁸, la confianza legítima⁵⁹, entre otros. Pero también lo es que, según nuestra percepción, tales instituciones siguen presentando hoy día una consistencia débil –presumiblemente porque no reconocen bases legales igual de nítidas (el legislador las ha escatimado, no ingenuamente)–, por lo que no son capaces de superar el umbral impuesto por viejos precedentes como los de *Fallos*: 190:142, 314:322 y 321:174, cuya cita se repite y se repite –con el mismo vigor que les dio origen– en sentencias sobre actos o contratos administrativos en la época actual⁶⁰.

En suma, lo anterior supone, en su conjunto, que entrar en relación con la Administración –con cualquier título o carácter– importa normalmente quedar expuesto *sine die* a una fuerza aniquiladora de derechos con capacidad retroactiva, resistida por una red de contención que en modo alcanza para sofocarla; salvo en excepcionales oca-

sigs., donde el autor analiza la posición del tercero de buena fe frente a una acción de lesividad que consigue progresar (v. esp. p. 1320).

58. Claro que esta doctrina tiene una aplicación atenuada en el ámbito del Derecho Administrativo (v. Borda, Alejandro, *La teoría de los actos propios*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2017, pp. 149 y sigs.). Balbín, de hecho, afirma con toda contundencia: “Hemos dicho que el Estado puede alegar su propia torpeza, cuestión que no es así en el Derecho Privado. Es decir, el Estado puede volver sobre sus propios actos (...) los principios del Derecho Privado, como ya hemos dicho, se pueden aplicar en el ámbito del Derecho Público, pero adaptándolos según el marco de este último. Así, por ejemplo, la doctrina de los actos propios no puede aplicarse ante cualquier conflicto que se suscite entre las personas y el Estado” (Balbín, Carlos, *Impacto del Código Civil y Comercial en el derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 2016, p. 173).

59. En la República Argentina, se destacan los estudios sobre este tema del profesor Coviello (Coviello, Pedro J. J., *La protección de la confianza del administrado*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004, y “La confianza legítima”, *Revista El Derecho*, 177-894; puede verse también, Ivanega, Mirian, “Reflexiones acerca de la confianza legítima y la buena fe”, en Hernández Terán, Miguel (Dir.), *Derecho Constitucional para el siglo XXI*, Ecuador, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2020).

60. Véase más recientemente *Fallos*: 333:1922 ya citado; *Astilleros Mestrina S.A. de CYRNICYF c/ Estado Nacional Ministerio de Economía s/ cobro de sumas de dinero*, sentencia del 14 de septiembre de 2010; y *Fallos*: 341:1679.

siones, a partir de las cuales el voluntarismo judicial, especialmente el cortesano, se muestra decidido a agitar un cambio⁶¹.

Así concebida la aptitud anulatoria de los actos administrativos –en manos de la Administración o en manos de los jueces–, emergen los interrogantes que llevan la preocupación del jurista al extremo: ¿cuál es el umbral temporal para que ella tenga cabida? ¿Acaso lo hay?

La LNPA no lo dice. Tal vez sea éste uno de los principales aspectos que alimentan el reclamo de la doctrina –y de los operadores jurídicos en general– acerca de una deuda pendiente del Congreso –a nivel federal– respecto de una legislación administrativa (y procesal administrativa) orgánica y sistematizada, de la talla de los demás cuerpos legales codificados⁶². Esa norma omnicomprendiva debiera resolver el problema de la prescripción en el Derecho Administrativo –o ¿ocaso se erige éste, precisamente, como un desincentivo más para su debate y tratamiento? Entretanto, algunas disposiciones de la LNPA –aunque aisladas en el texto– dan pie para afirmar que la prescripción no es ajena a la materia que rige. Así, por ejemplo, cuando indican que la interposición de recursos administrativos interrumpirá el curso de los plazos; luego –con notable vocación expansiva–, que las actuaciones practicadas con intervención de órgano competente producirán la suspensión de plazos legales y reglamentarios, inclusive los relativos a la prescripción⁶³; o que, mediando silencio de la Administración, la pretensión procesal del particular sólo queda sujeta a lo que corresponda en materia de prescripción⁶⁴; que igual solución registrará en los supuestos en que el Estado Nacional o sus entes autár-

61. Puede verse el reciente precedente de *Fallos*: 343:1457: una sentencia ecuaníme que, a pesar de estar guiada por la búsqueda de lo justo para el caso, mantuvo el imperio de las reglas ortodoxas (v. esp. voto de la Dra. Highton, cons. 9°).

62. V. Guaita, M. R.; Ylarri, J. S., “Apuntes sobre la modificación del Reglamento de Procedimientos Administrativos y su incidencia en el Proceso Contencioso Administrativo Federal”, *Revista Institutas*, Buenos Aires, 28 de septiembre de 2018; y sus citas.

63. Art. 1°, inc. e, ap. 9, LNPA.

64. Art. 26 LNPA.

quicos sean actores⁶⁵; y, ya en el específico ámbito de la reclamación administrativa previa, que los plazos de prescripción convivirán –y deberán ser combinados suspicazmente por los administrados– con el plazo de caducidad de la acción judicial previsto, desde la reforma dada por la Ley N° 25.344⁶⁶, para el caso de rechazo de aquella por silencio de la Administración⁶⁷. A su turno, el reglamento nacional de procedimientos administrativos⁶⁸ (en adelante, RNLPA) alude a la posibilidad de re-editar un planteo previamente suspendido –sin perjuicio de lo que corresponda en materia de caducidad o prescripción⁶⁹, y también concibe –en términos muy generales– el efecto suspensivo del pedido de vista de las actuaciones con relación a los plazos que se encuentren en curso, sin efectuar distinciones⁷⁰.

Así, como dijimos, la prescripción no es extraña a las acciones referentes a los actos administrativos. Mas, según puede apreciarse, “lo que corresponda en materia de prescripción” continúa siendo un misterio.

Tampoco la LNPA nos dice demasiado sobre la nulidad absoluta. No la caracteriza, salvo en cuanto a que es insanable⁷¹. No sabemos, por tanto, si para nuestro legislador las nulidades administrativas presentan alguna característica que las distinga⁷².

65. Art. 27 LNPA.

66. BO 21/11/2000.

67. Art. 31 LNPA.

68. Aprobado por Decreto N° 1.759/1972 (BO 27/4/1972).

69. Art. 67 RNLPA.

70. Art. 76 RNLPA.

71. Art. 14 LNPA.

72. Ello era necesario habida cuenta que hay una tipicidad del acto administrativo (cfr. Grecco, Carlos Manuel, “Tipicidad del acto administrativo y reservas de revocación”, en Muñoz, G. A.; Grecco, C. M., *Fragmentos y testimonios del derecho administrativo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, pp. 233 y sigs.). A su vez, subsiste –luego de la sanción de la LNPA– una discusión de los autores en torno a la posibilidad de hablar sobre actos inexistentes (v. Linares, Juan Francisco, “Vía de hecho administrativa y acto inexistente”, *Revista La Ley*, 1982-C, 889). Esta visión se había ya propuesto en el precedente de *Fallos*: 190:142 citado, donde se dijo que la falta de capacidad en el Derecho Privado implica que “el acto puede declararse nulo de oficio por los jueces con o sin pedido de las partes o del Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley, es decir, su nulidad se confunde con la inexistencia”.

De esta manera, ciñéndonos a las pautas relacionadas más arriba –extraídas de la jurisprudencia de la Corte Suprema–, nos encontramos con que, estando a la textura de la LNPA, la imprescriptibilidad no parece atribuible a aquel tipo particular de nulidad.

Como fácilmente podrá un lector agudo seguir de lo hasta aquí dicho, el marco normativo específicamente aplicable admite en su seno las interpretaciones más variadas, inclusive extremas –conforme pondremos en evidencia en los apartados que vienen–: desde quienes asumen que el silencio del legislador es de por sí elocuente –debiendo extraerse de allí su intención de no consagrar una solución legal de imprescriptibilidad de la acción de nulidad–, hasta quienes –con un criterio realista– enfatizan que evidentemente la LNPA quedó a mitad de camino y que, por hallarse enmarcada en un ordenamiento jurídico más global, de la interacción con éste habrán de surgir las respuestas pendientes.

Lo expuesto nos permite afirmar que la virulencia del régimen medular sobre el comportamiento de la Administración no dimana tanto de las disposiciones expresas de la LNPA –ya cruentas de por sí–, sino principalmente de todo aquello sobre lo cual se ha mantenido callada. En efecto, cuando el operador jurídico creía que el terreno de la LNPA no podía ponerse más rápido, se encuentra con la propuesta –aceptada mayormente por la jurisprudencia– referente a su integración con reglas, normas y principios provenientes del Derecho Privado: en lo que ahora específicamente importa, por conducto de transpolar la teoría del acto jurídico a la figura del acto administrativo, convirtiendo a éste último en un redomón de muy difícil sino imposible contención.

Nótese esta paradoja: la LNPA estableció sendos mecanismos para proteger al particular de las consecuencias que proyecta el silencio de la Administración frente a una petición concreta⁷³; descuidando –sin embargo– las que arroja su propio silencio sobre aspectos de

73. Arts. 10, 26 y 31 LNPA; véase el fallo de la Corte Suprema en la causa *Biosystems S.A. c/ Estado Nacional Ministerio de Salud Hospital Posadas s/ contrato administrativo*, del 11 de febrero de 2014.

envergadura y trascendencia harto mayores, lo que –aunque otrora evidentemente resultó aceptable– de repente ya no lo parece tanto.

De nuevo vamos a insistir en cuanto a que nos estamos refiriendo aquí a la norma fundamental que regula la actuación de la Administración Pública Nacional en la República Argentina –uno de los tres poderes públicos constitucionales–, y que, en las condiciones de su vigencia, representa un indicador nada auspicioso para quienes estén interesados (o compelidos por las circunstancias) a entrar en contacto con ella.

2.3. Un verdadero engendro: la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de los actos administrativos de nulidad absoluta

Con el propósito de ordenar y simplificar la presente exposición, diremos que la propiciación de un completamiento de la LNPA con el Derecho Civil tuvo un claro impulso por parte de la Corte Suprema, y –con riesgo de ser inexactos– que se remonta a los precedentes de *Fallos*: 179:249 y 190:142 ya citados –inclusive en lo tocante a la imprescriptibilidad de las nulidades absolutas *in genere*⁷⁴; aunque es más común que se atribuya al último mencionado, como cabeza de una corriente referente a la asimilación entre acto jurídico y acto administrativo. En tales sentencias, se volcaron nociones que serían desarrolladas, a la postre, en *Fallos*: 313:173, aunque en este caso sin dificultades, por haber estado regido preponderantemente por normas de Derecho Privado.

El primer dilema que plantea este tipo de abordaje es si las normas contenidas en la legislación civil –que no sean de Derecho Administrativo– son de aplicación directa, analógica –en primer o segundo grado–, subsidiaria, excepcional o incluso inadmisibles en aquel específico campo⁷⁵. La doctrina de los autores ha brindado los más diver-

74. La doctrina de estas sentencias aparece más recientemente reproducida en *Fallos*: 314:1048 y 324:4199, v. *obiter dictum* del cons. 11.

75. Claro que esta discusión excede un interés meramente teórico. Por el contrario, tiene concretas consecuencias prácticas, como las que se proyectan en torno

esos puntos de vista sobre esta cuestión⁷⁶. Para la Corte, sencillamente, en cuanto aquí importa, “se considera que son de aplicación a los actos administrativos, por analogía, las disposiciones sobre nulidades del Código Civil (*Fallos*: 295:265 y sus citas), lo que significa que no hay subsidiariedad, sino simple adecuación a las modalidades propias del Derecho que rige aquellos actos”⁷⁷.

Ahora bien, más allá de ello, teniendo ahora en vista lo específicamente referido al instituto de la prescripción, es dable advertir que esta técnica se ha hecho prevalecer sobre otros criterios que tienen igual o mayor valor metodológico, inclusive en la visión de la propia Corte Suprema.

En efecto, recordemos –por un lado– que, en virtud de su naturaleza adyacente, la prescripción liberatoria no puede separarse de la causa de la obligación jurídicamente demandable⁷⁸; de allí precisa-

al órgano de poder facultado para legislar en materia de prescripción en el esquema federado que adopta la República Argentina (cfr. nuestra nota al pie N° 10). En efecto, el hecho de que el Derecho Administrativo sea eminentemente local apareja importantes limitaciones en materia de interpretación e integración normativa (véase el análisis que formula al respecto Chinchilla, Federico, “Notas sobre la prescripción en el derecho administrativo”, en López Herrera, Edgardo (Dir.), ob. cit., pp. 853 y sigs.).

76. V. Cassagne, Juan Carlos, *Curso...*, ob. cit., tomo II, pp. 94 y sigs., y *Los grandes principios del Derecho Público Constitucional y Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2015, pp. 94 y sigs.; Gordillo, Agustín, ob. cit., tomo I, pp. VIII-4 y sigs.; y Durand, Julio César, “La prescripción liberatoria en el Derecho Administrativo”, *RDA* 2000-33/35,399; asimismo, voto del Dr. Balbín, en el fallo “Pizzio” ya citado.

77. *Fallos*: 301:292, ya citado. Aunque ha dicho también: “(...) sólo excepcionalmente, en la medida en que el Código Civil contiene principios o normas generales de derecho, rige también en el campo del Derecho Público, porque las normas jurídicas de Derecho Privado y las normas de Derecho Público fiscal actúan o pueden actuar en ámbitos diferentes. De un lado, las primeras versan sobre las relaciones de las personas de existencia ideal o de existencia visible, entre sí o con terceros; en tanto que, del otro, las segundas rigen solamente en orden al propósito impositivo del Estado, que fija las reglas sin atenerse a las diferencias que el Derecho Privado establece y teniendo únicamente en cuenta la mejor recaudación de sus recursos y la mayor justicia en la distribución de las cargas que impone (*Fallos*: 251:359, considerando 14)” (*Fallos*: 316:1930).

78. *Fallos*: 320:2289. Así, se ha llegado a decidir, por ejemplo, que “si las acciones y poderes del Fisco para determinar y exigir el pago de los impuestos reclamados en el presente caso prescriben por el transcurso del tiempo, es posible afirmar que el ejer-

mente que, introducida como defensa por el interesado, puede el juez prescindir del encuadramiento asignado por las partes y declarar la prescripción que corresponda con arreglo a los hechos comprobados de la causa y su correcta tipificación legal⁷⁹.

Luego, de un modo perfectamente conjugable con lo anterior, aparece el estándar establecido por la Corte en los propios fallos que lideraron este camino: procederá la aplicación del Derecho Civil a situaciones regladas por el Derecho Administrativo “con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la sustancia de esta última disciplina”⁸⁰, en la que la procura del interés general y el bien común ordenan la mayoría de las acciones⁸¹ –a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Privado, conforme lo admiten esos mismos fallos. O como más severamente ha planteado la doctrina: “(...) el afán de querer verlo todo a través del prisma no siempre diáfano del Código Civil, determina a veces soluciones anticientíficas e infortunadas”⁸².

cicio de la acción de lesividad aquí intentada habida cuenta la materia que conforma su objeto, también es susceptible de prescripción” (CNCAF, Sala V, *AFIP – DGI...*, cit.). Una situación muy curiosa se presentó en autos *EN – M° de Justicia – CSJN c/ Benito Roggio e Hijos S.A. s/ proceso de conocimiento*, donde –a pesar de haberse invocado una nulidad absoluta en contra del particular– se reputó aplicable el plazo decenal de prescripción por considerarse que lo concretamente reclamado era la repetición de pagos sin causa (CNCAF, Sala II, sentencia del 2 de noviembre de 1999; en sentido análogo, Sala IV, *Sindicatura General de la Nación c/ Elías, Miguel*, sentencia del 8 de febrero de 2000).

79. Fallos: 316:871, cit.

80. Fallos: 190:142, cit.

81. “(...) el legislador debe satisfacer los objetivos del Preámbulo y lograr el bien general o común, fin último del Estado y de toda función de Gobierno que tiene en la norma dada por el Congreso, el medio más señalado por la Ley Suprema. Así la función primigenia de gobernar a cargo del legislador en la forma republicana de gobierno, tiene acabado cumplimiento en un resultado, también de equilibrio armónico, del interés social frente al mero interés individual” (Fallos: 314:1202 cit., voto de los Dres. Cavagna Martínez, Barra y Fayt). Y ya hemos visto la gravitación de la prescripción en punto a esos bienes.

82. Bielsa, Rafael, *Relaciones del Código Civil con el Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Lajouane, 1923, p. 15.

De esta manera, en una materia gobernada por el principio de legalidad⁸³, resulta sumamente llamativa la consolidación de una hermenéutica que arroje y presente como mensaje del sistema legal hacia la sociedad, uno que no encuentra ápice alguno en la literalidad de su texto, preferido como fuente, según otra jurisprudencia igualmente profusa. Mucho más llamativa si se trae a colación lo ya dicho en cuanto a sus efectos prácticos, habida cuenta de que, en definitiva, la capacidad de remover derechos y libertades de los particulares infinitamente hacia el pasado no proviene ya del órgano que, en todo caso, estaría constitucionalmente habilitado al efecto, sino de apenas una exégesis que formula otro poder del Estado que es por principio ajeno a esa función⁸⁴. En cualquier otra cuestión, diríamos que la interpretación judicial debió detenerse mucho antes que eso, pues no es dado al juez sustituir al legislador⁸⁵; ello con el agravante de que los jueces de las instancias inferiores están constreñidos a conformar sus decisiones a la doctrina del máximo tribunal⁸⁶.

Como fuere, resulta innegable que –en la pedagogía de la Corte Suprema– se ha consolidado e instalado una tradición⁸⁷ que descansa sobre las siguientes ideas:

83. Véase *Fallos*: 315:2771, esp. cons. 3°, 4° y 5°; entre muchos otros; Cassagne, Juan Carlos, *Los grandes principios...*, ob. cit., pp. 96 y sigs.

84. No se nos escapa que –en la hipótesis de que el planteo nulificante provenga del administrado– esta conclusión sí resulta compatible con la postura referente a que la exégesis de la ley requiere de la máxima prudencia y cuidar que la inteligencia que se le asigne no lleve a la pérdida de un derecho (*Fallos*: 315:158, entre otros). Más ya veremos seguidamente que, de todas formas, nada es tan fácil para los administrados.

85. *Fallos*: 313:1007, entre muchos otros.

86. Así, el reciente llamado de atención por parte de la Corte, en *Fallos*: 341:570. No obstante ello, también la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal –integración mediante por conjueces provenientes del ámbito académico– ha seguido la misma línea (v. Sala III, *Blake, Jorge Luis y otros c/ EN – CSJN – Consejo Magistratura - Art. 110 Constitución - s/ empleo público*, sentencia del 29 de junio de 2016; esp. cons. VII del voto del Dr. Mata, al que adhirieron en lo sustancial los Dres. Sabsay y Bianchi).

87. Véase la crítica que hace destacada doctrina acerca del carácter expansivo de estos precedentes: Guglielminetti, A. P.; Grecco, C. M., “Invalidez del acto administrativo. (Una visión alternativa del caso *Los Lagos*)”, Rubinzal Culzoni, RDP, 2004-2, 579. Los autores parecen poner el énfasis en la naturaleza controversial de los actos

“(…) puede decirse, fundado en la doctrina corriente, que las nulidades absolutas no son susceptibles de prescripción. Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas sustanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables a su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original. Por ejemplo: una escritura pública de transferencia de un inmueble adolece de la omisión de no haberse transcrito o relacionado, según el caso, el poder habilitante con que un mandatario hizo la enajenación del bien a un tercero, jamás podrá subsanarse por el transcurso del tiempo: siempre será un acto nulo y la enajenación se considerará como no sucedida. El dueño del inmueble tendrá ese acto como *res inter alios* acta en todo momento. Es que la ley ha querido, en interés de las partes y de todo el mundo, que quede la constancia auténtica de cómo y en virtud de qué autorización el mandatario ha procedido, sin que dependa de un acto de voluntad expresa o tácita posterior al damnificado, como sería el de dejar correr el tiempo sin ejercitar la acción, la posibilidad de subsanar esa omisión. La escritura fue nula cuando se celebró y seguirá siéndolo siempre (arts. 1004 y 1184). Tal es el carácter de las nulidades de forma y tales sus efectos. Por ser nulidades absolutas, no son susceptibles de confirmación (art. 1048), mientras las relativas, o sean aquellas establecidas únicamente en interés de una persona, son confirmables (art. 1058) (...) hay entre la confirmación de los actos jurídicos y la prescriptibilidad de la acción de nulidad una correlación estrecha, ya que la confirmación y la prescripción extintiva de la acción dependen de la voluntad expresa o tácita de la parte damnificada. Quien deja correr el tiempo sin iniciar la acción de nulidad de un acto, se presume que tiene la voluntad de sanearlo. De ahí se deduce que los actos confirmables son los prescriptibles”⁸⁸.

administrativos que concretamente fueron escrutados en el caso *Los Lagos* (inscripciones registrales de dominio).

88. *Fallos*: 179:249, cit.

“La nulidad manifiesta y absoluta y la absoluta que requiere una investigación de hecho para determinar su verdadera naturaleza, son insusceptibles de prescripción”⁸⁹.

Trasladado dicho temperamento al ámbito del Derecho Administrativo, nos encontramos lisa y llanamente con que:

“Ningún derecho surgido de un acto administrativo se encuentra libre de ser revocado, muchos años después, por esa misma Administración, bajo el pretexto de que el criterio adoptado era, en realidad, ilegal. Todo acto que resuelva una cuestión jurídica opinable, y los abogados sabemos que casi cualquiera de ellas es pasible de serlo con sólo un poco de esfuerzo, puede ser luego revocado afirmando que es nulo”⁹⁰.

89. *Fallos*: 190:142, cit. Ya este solo extracto resuelve una parte considerable de nuestro problema. En efecto, si la imprescriptibilidad sólo se sigue del carácter absoluto de la nulidad, aquella cualidad no puede ser predicada con relación a la acción judicial mencionada en el artículo 15 de la LNPA. En efecto, dicha norma, en su autonomía, ha resuelto que ciertos vicios no graves del acto administrativo –de la misma forma que en el concepto del fallo comentado– no aparejan una nulidad absoluta y, de hecho, no impiden su categorización como actos regulares (art. 17 LNPA, *contrario sensu*; v. González Arzac, Rafael M., “Los plazos de impugnación judicial de actos administrativos nacionales”, *Revista El Derecho*, 51-956, esp. su nota al pie N° 70). Desde esta óptica, habremos de tener una acción de nulidad no prescriptible respecto de los actos nulos (art. 14) y una que sí lo es respecto de los actos anulables (art. 15). Comienzan a verse aquí los sinsentidos.

90. Laplacette, Carlos J., ob. cit., quien, en otro tramo de la misma publicación, demuestra la influencia de esta cuestión sobre la nulidad o anulabilidad del acto, de importantes consecuencias prácticas. O como más técnicamente lo plantea Justo: “En la mayoría de los casos, dejando a salvo los más groseros, no se sabe a ciencia cierta cuándo un elemento esencial falta o está viciado de modo irrecuperable y cuándo no; y ello impide responder con suficiencia si la nulidad es susceptible de subsanación o si corresponde la revocación. En esos supuestos, el intérprete queda encorsetado por cánones formalistas, más vinculados con la instrumentación externa del acto que con el contenido real de la decisión administrativa” (Justo, Juan Bautista, “El régimen de invalidez del acto administrativo y las enseñanzas del nuevo Código Civil y Comercial”, en Pizarro, R. D.; Buteler, A. (Dirs.), ob. cit., p. 255). Véase también nuestra nota al pie N° 43.

2.4. Posturas adversas a la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de los actos administrativos

Descrita la visión que, con aceptación mayoritaria de los jueces, ha venido dominando la cuestión hasta ahora, dedicaremos el presente apartado a reseñar las principales posturas –provenientes, en su mayoría, de la doctrina de los autores– que han contestado aquel argumento, con basamento en razones de diversa índole; con la aclaración de que algunas de ellas se desenvuelven en el terreno del propio Derecho Civil, mientras que otras se concentran en las particularidades del Derecho Administrativo y, en especial, del acto administrativo como expresión del mismo por excelencia.

2.4.1. Razones de hermenéutica jurídica

A pesar de lo que había sostenido en algún trabajo –a tono con la idea imperante entre sus colegas⁹¹, admitía Moisset de Espanés –en posición que compartimos, según lo expresado más arriba– que, inclusive en el Derecho Civil –claro que al el amparo del anterior CCiv.–, la imprescriptibilidad de la acción de nulidad –aún referida a supuestos de nulidad absoluta– no tenía estrictamente basamento legal⁹².

En efecto, sucintamente, cabe recordar que la nulidad absoluta se hallaba regulada –de modo preponderante– en el artículo 1047 de aquel cuerpo legal, en los siguientes términos:

“La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece manifiesta en el acto. Puede

91. Moisset de Espanés, Luis, “La nulidad absoluta y su declaración de oficio”, JA 1980-II-164.

92. Moisset de Espanés, Luis, *Prescripción*, ob. cit., pp. 33 y sigs.; en el mismo sentido, Bueres, A. (Dir.); Highton, E. I. (Coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, tomo II-C, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 367.

alegarse por todos los que tengan interés en hacerlo, excepto el que ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Puede pedirse también su declaración por el ministerio público, en el interés de la moral o de la ley. La nulidad absoluta no es susceptible de confirmación”.

Como se ve, la norma describe los efectos jurídicos de la nulidad absoluta; concretamente: (i) quiénes pueden invocarla y/o declararla –y en qué circunstancias– y (ii) la imposibilidad de confirmación posterior de los hechos o actos que la padecen. Del texto transcrito se sigue una primera conclusión importante: el legislador no incluyó, entre los mentados efectos, el relativo a una supuesta imprescriptibilidad de la acción a ella referida. Más adelante retomaremos el punto atinente a por qué pensamos que esa cualidad tampoco puede extraerse de su carácter inconfirmable; cuanto menos en el ámbito del Derecho Público.

Luego, debe tenerse también en cuenta que, tras consagrar la regla general de prescriptibilidad de todas las acciones (art. 4019 CCiv.), el legislador no mencionó entre sus excepciones la acción de anulación judicial de los actos nulos de nulidad absoluta, la que quedó alcanzada, en consecuencia, por aquella solución de principio⁹³. Para más, el artículo 3950 recalca sin tapujos que todos los que pueden adquirir pueden prescribir. Recuérdese lo que ya hemos en dicho en punto al deber de los jueces de aplicar la norma tal como el legislador la concibió⁹⁴.

En forma concordante, en el artículo 4023 CCiv. se establecía que “[t]oda acción personal por deuda exigible se prescribe por diez años, salvo disposición especial. Igual plazo regirá para interponer la acción de nulidad, trátase de actos nulos o anulables, si no estuviere previsto un plazo menor”. Como se ve, el ejercicio de la referida pretensión nulificante quedó efectivamente sujeto a un cierto plazo de prescripción, independientemente del tipo de nulidad de

93. Arg. Fallos: 175:368 cit., esp. cons. 8°.

94. Jurisprudencia de la nota al pie N° 85.

que se trate. Advuértase, de hecho, que el legislador no formuló distinción alguna en ese sentido, cuando se refirió, primero, a la “acción de nulidad”, ni cuando aludió, después, a los “actos nulos o anulables”, cada uno de los cuales –como se sabe– puede estar indistintamente afectado por uno u otro tipo de nulidad, al menos para el Derecho Civil⁹⁵.

No soslayamos, en este aspecto, que la doctrina (la civilista, principalmente) se ha encargado de enfatizar que mediante la Ley N° 17.940 se modificó el texto dado con anterioridad por la Ley N° 17.711, en el que específicamente se aludía a la prescripción de la acción de nulidad “sea absoluta o relativa” y que el hecho mismo de la reforma da cuenta de la intención del legislador de acotar aquella solución de prescripción a este último supuesto⁹⁶. Pero a nuestro modo de ver, frente al texto lato de la ley, la aludida reforma no puede cobrar semejante virtualidad: la acción referente a actos nulos continuó siendo prescriptible, sin distinción⁹⁷.

En suma, se advierte que –como con acierto puntualiza nuestra doctrina de cabecera– ni siquiera la ley civil durante cuya vigencia se dictaron los *Fallos*: 179:249 y 190:142 tenía dicho que la nulidad absoluta aparejara la imprescriptibilidad de la acción a ella referida.

95. Así lo ha señalado la propia Corte en el precedente ya citado de *Fallos*: 324:4199, v. esp. cons. 11.

96. “(...) al legislador hay que presumirlo sabio aunque no lo hubiera sido efectivamente y la modificación indicaba que «algo» había querido modificarse con la Ley N° 17.940, y ello no podía ser sino la exclusión de la acción de nulidad absoluta de la regla general de la prescriptibilidad” (Alterini, Jorge Horacio (Dir.), *Código Civil y Comercial Comentado*, tomo II, Buenos Aires, La Ley, 2016, comentario al art. 387 por Tobías, José W.).

97. En efecto, “tampoco corresponde a los jueces introducir distinciones cuando el precepto no lo hace pues, según el conocido adagio, *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*” (*Fallos*: 304:226, coto del juez Gabrielli; y W. 48. XLI. *Wintershall Energía S.A. c/ EN – PEN – Dto. N° 786/2002 – Ley N° 25.565 s/ amparo*, sentencia del 4 de noviembre de 2008 (CSJN, *Empresa Provincial de Energía de Santa Fe (EPE) c/ AFIP s/ ordinario*, sentencia del 5 de octubre de 2010, por remisión al dictamen de la Procuración General).

2.4.2. Razones vinculadas al régimen jurídico del acto administrativo

Con miras a completar la réplica anterior, habremos de tomar ahora en consideración la posibilidad de derivar aquella característica de la circunstancia de que la nulidad absoluta no es susceptible de confirmación⁹⁸, lo que –según se ha visto *supra*– sí aparece a nivel del Derecho Positivo (art. 1047 CCiv. y art. 387 CCyCCN).

Lo primero que hay para decir en este asunto es que, a tono con las consideraciones que dan apertura a este trabajo, la prescripción constituye un específico modo de extinción de las acciones en el cual, a diferencia de lo que ocurre con la confirmación, la voluntad del interesado aparece combinada con la voluntad de la ley en despejar la incertidumbre jurídica, al cabo de un cierto tiempo, en interés de la comunidad toda. Adviértase que ya en el nuevo CCyCN, el legislador se ha visto en la necesidad de referirse a uno y otro instituto en forma separada (v. art. 387); ello sin perjuicio de lo que más adelante tenemos por decir con relación a dicha norma. En consecuencia, pensamos que la prescripción no puede ser asimilada sin más a un supuesto de confirmación tácita.

Por otra parte, lo cierto es que, como con gran agudeza ha remarcado el profesor Cassagne, en Derecho Administrativo “no puede hablarse [...] de confirmación tácita, porque ella presupone siempre la existencia del pertinente «acto administrativo» del cual se puede deducir la voluntad de la Administración de confirmar el acto”⁹⁹.

Siguiendo esta misma línea, resulta posible enfatizar que, cuando el artículo 14 de la LNPA caracteriza como “insanable” a la nulidad absoluta, lo hace en el sentido de afirmar que los actos que la padecen no son susceptibles de saneamiento en los términos del artículo

98. Como, de hecho, lo hace patente la Corte en el razonamiento volcado en *Fallos*: 179:249. Dice el cimero tribunal allí: “(...) hay entre la confirmación de los actos jurídicos y la prescriptibilidad de la acción de nulidad una correlación estrecha, ya que la confirmación y la prescripción extintiva de la acción dependen de la voluntad expresa o tácita de la parte damnificada. Quien deja correr el tiempo sin iniciar la acción de nulidad de un acto, se presume que tiene la voluntad de sanearlo. De ahí se deduce que los actos confirmables son los prescriptibles”.

99. Cassagne, Juan Carlos, *Curso...*, ob. cit., tomo I, p. 721.

19 de la misma LNPA, en el que sólo se receptan como aptos para tales fines los institutos de la ratificación y la confirmación –lo que resulta, por caso, de toda lógica¹⁰⁰. La convivencia de esas normas, y su cercanía en el texto, resultan ciertamente clarificadores. Dicho de otro modo: cuando la LNPA nos enseña que la nulidad absoluta de los actos administrativos es insanable, simplemente nos está diciendo que esa clase de actos no pueden ser ratificados ni confirmados. Mas de ello no se sigue implicancia alguna en materia de prescripción, instituto que excede holgadamente esa clase de cuestiones.

Por lo expuesto, tenemos que la presunta imprescriptibilidad de la nulidad absoluta no puede extraerse de la interdicción de confirmación de los actos afectados por ella.

Resta todavía señalar que, aun cuando para el Derecho Común la alegada regla de la imprescriptibilidad pueda estar fundada en otras razones, estimamos que las mismas no pueden ser válidamente invocadas en nuestro específico campo. Así, en su nota al artículo 3961 CCiv., Vélez Sarsfield expresaba: “[l]a prescripción de las acciones personales está fundada únicamente en la negligencia del acreedor para perseguir su derecho (...)”. A partir de allí, cierta doctrina y jurisprudencia interpretaron que semejante efecto no era admisible en los supuestos de actos nulos de nulidad absoluta, en los que las cuestiones de orden público que pudieran estar involucradas (y, en particular, el restablecimiento de la legalidad) no podían quedar libradas a la antojadiza actitud del acreedor o interesado, quien –gobernado por su móvil particular (generalmente renunciable)– podía dejar transcurrir el tiempo culposamente, en perjuicio de todos.

Más allá de que no compartimos que Vélez Sarsfield haya tenido una visión puramente individual del problema de la prescripción¹⁰¹,

100. En el mismo sentido, Aberastury, Pedro, “La prescripción de la acción para impugnar el acto administrativo”, *RDA* 2013-87, 719.

101. Por el contrario, en su nota al art. 3965 expresó: “Renunciar a una prescripción cumplida, es renunciar al objeto mismo que la prescripción ha hecho adquirir y por consiguiente puede hacerlo el que tenga capacidad para enajenar. Pero renunciar con anticipación a la prescripción, es derogar por pactos una ley que interesa al orden público y autorizar convenciones que favorecen el olvido de los deberes de un buen padre de familia, fomentando la incuria en perjuicio de la utilidad general. Si se per-

lo cierto es que, en cualquier caso, la Administración Pública no puede quedar a merced de aquellas conclusiones pues, a contrario de lo que ocurre con los *accipiens* particulares, su proceder se presume siempre enderezado hacia la búsqueda y satisfacción del interés general¹⁰² –del que no puede prescindir–, derivando precisamente de allí la presunción de legitimidad de sus actos, conforme hemos puntualizado ya¹⁰³.

En consecuencia, la inacción del interesado no puede tener aquí la misma significación que se le atribuye en el Derecho Privado, donde el acreedor sólo actúa por impulso de intereses particulares.

Por otra parte, si aceptamos que la Administración actúa siempre en aras del interés público, es dable suponer que será ella la primera interesada en hacerlo prontamente y que, por lo tanto, un plazo de prescripción (fundado, como se ha explicado, en razones de seguridad jurídica) no debería resultarle particularmente agravante.

2.4.3. Razones inherentes a la prescripción

En otro orden de consideraciones, cuadra señalar que también ha merecido la respuesta de los autores lo que podemos identificar como el componente iusfilosófico sobre el cual descansa lo medular de la argumentación de la Corte, en torno a la imprescriptibilidad de la nulidad absoluta en los fallos de cita, el cual viene dado –estando a los párrafos más arriba transcriptos– por las máximas *quod ab initio vitiosum est non potest tractu tempo convallescere* y *quod nullum est nullo lapsu temporis convallescere potest*.

mitiese tales renunciaciones, vendrían a ser de estilo en los contratos y la sociedad quedaría desarmada, desde que se le quitaba su más firme apoyo (...). Claramente también estuvo guiado por una conciencia sobre la trascendencia social de la prescripción.

102. Así, se ha expresado con claridad ejemplar: “Como en el Derecho Administrativo, en el interés público siempre se encuentra en juego la construcción de una teoría de las nulidades que debe partir de una base distinta (...)” (Silva Tamayo, Gustavo, ob. cit.).

103. Véase la nota al pie N° 39.

Sin embargo, de un modo verdaderamente atendible, se ha llamado la atención en cuanto a que:

“[L]as acciones por ilícitos civiles y aún por delitos penales son prescriptibles. La prescripción es moralmente híbrida, y no tiene efectos laudatorios ni aprobatorios con relación a los actos alcanzados. Además, (...) cuando una ley establece la prescripción de una acción, prescinde en absoluto del contenido ético del hecho o acto que sirve a aquella de antecedente. Se da en consideración a otros motivos de utilidad social, de interés general, de seguridad jurídica, con total abstracción de la valoración que se le asigne, ya que hay hechos repugnantes a la moral y a las buenas costumbres que constituyen ilícitos civiles y aún penales que son prescriptibles. La circunstancia de que el delito haya prescrito no quiere decir que ha dejado de ser inmoral, ni contrario a las buenas costumbres, ya que la prescripción no tiene efecto purificador, ni convalidatorio, convirtiéndolos en hechos lícitos”¹⁰⁴.

Nos atrevemos a decir, desde este mismo enfoque, que si el intérprete no se conmueve fácilmente ante el carácter persuasivo y encantador de lo que aparenta ser una declaración de toda justicia, conseguirá finalmente advertir el error que ella entraña o, en todo caso, su inutilidad. En efecto, aseverar que el tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal supone desconocer el sentido y la finalidad de la prescripción, para la cual –desentendida como está de los juicios de valor– resultan intrínsecamente indiferentes aquella clase de resultados; ella no procura tales efectos, no tiene el propósito de sanear vicios originales¹⁰⁵.

104. Altamira Gigena, Julio Isidro, “Los plazos en el Derecho Procesal Administrativo”, en *Estudios de Derecho Administrativo*, tomo X, Mendoza, Ediciones Dike, 2004, p. 287.

105. Con razón de ha dicho que, si así fuera, resultarían igualmente intolerables los plazos de caducidad de la acción, cuya constitucionalidad ha sido avalada por el máximo tribunal (véase doctrina citada en la nota al pie N° 122).

En la jurisprudencia de la Corte pueden encontrarse precedentes –de equiparable antigüedad– en los que la cuestión aparece recatemente planteada; inclusive respecto de aquellas causas que involucran a la Administración. Así, por ejemplo, ha dicho:

“(…) tendríamos (...) que reconocer que hay obligaciones de dar sumas de dinero en contra o a favor del Estado que son imprescriptibles, lo que ya es mucho y, desde luego, chocaría con los principios de orden y economía social en que reposa la necesidad de la institución de la prescripción”¹⁰⁶.

Pero todavía hay más. La locución utilizada por el máximo tribunal en los clásicos fallos supone que lo lícito y lo moral constituyen valores no perecederos –estáticos y comunes a todo tiempo–, desde cuya atalaya podrá juzgarse sobre la validez de los actos cumplidos con uniformidad a través de los años. Ello se da de bruces con el entendimiento que ella misma tiene –y ha cristalizado en sus fallos–:

“Cuestiones que no hieren la sensibilidad de una época pueden ofender profundamente a la de las que siguen; los tormentos y azotes que proscribió la Constitución de 1853 fueron detalladamente previstos en legislaciones anteriores, y constituyeron una práctica judicial corriente universalmente no por uno sino por muchísimos siglos. Cabe entonces admitir que esas transformaciones en la sensibilidad y en la organización de la sociedad coloquen bajo la protección de la Constitución Nacional situaciones que anteriormente se interpretó que no requerían su amparo”¹⁰⁷.

106. *Fallos*: 173:289. Esta jurisprudencia cobra especial relevancia para aquellos casos en los que la invalidación de un determinado acto administrativo se resuelve en o da lugar a un Derecho Creditorio de la administración contra el particular (v. gr. reembolsos, restitución de efectos, etc.).

107. *Fallos*: 308:2268, voto del Dr. Fayt. Por esa razón ha dicho también que “la hermenéutica de las normas constitucionales y legales no puede ser realizada por el

Tales consideraciones trazaron, precisamente, el camino hacia la admisión de la descalificación de las normas legales por haber devenido inconstitucionales con el paso del tiempo¹⁰⁸.

Lo que queremos significar, en definitiva, es que, al vincular las nociones de nulidad absoluta e imprescriptibilidad, la Corte Suprema no sólo ha mantenido disociadas de esta problemática las características inherentes al instituto de la prescripción, sino que además parece hacer sujetado aquella condición a elevados bienes o valores jurídicos, que, sin embargo –según su propia mirada–, son de apreciación variable en el tiempo.

Esa clase de enfoque ético, por tanto, no alcanza para explicar por qué las acciones referentes a nulidades absolutas no podrían prescribir, si así se juzga conveniente en el concepto de una época determinada.

2.4.4. Razones vinculadas a otras garantías constitucionales

Cuando todavía no había comenzado a opacarse el paradigma de la libertad, el maestro Marienhoff escribía: “La garantía del «debido procesal legal» tiende a amparar al individuo no sólo en el goce efectivo de su derecho de propiedad material, sino en el goce total de su derecho de libertad personal, pero no sólo de su libertad física, sino –y porque ello es de incalculable trascendencia– de su libertad psíquica, moral o espiritual. En un «Estado de Derecho», como el nuestro, sería inconcebible afirmar que la Ley Suprema deja sin tutela o amparo el derecho esencial del hombre a vivir en paz, sin temores, sin inquietudes. Ninguna zona integrante de la esfera jurídica del in-

intérprete en un estado de indiferencia respecto del resultado, y sin tener en cuenta el contexto social en que tal resultado fue previsto originariamente y habrá de ser aplicado al tiempo de la emisión del fallo judicial (causa S.351.XXXV *Sosa, Marcelo Claudio s/ recurso extraordinario*, del 9 de agosto de 2001, *Fallos*: 324:2153)” (*Fallos*: 331:1262). En contra de este criterio, *Fallos*: 328:566, voto del Dr. Lorenzetti.

108. Véase Gelli, María Angélica, “La Corte Suprema de Justicia fija el alcance de la inconstitucionalidad sobreviniente”, *Revista La Ley*, 1993-A, 545; y Bianchi, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ábaco, 2002, pp. 316 y sigs.

dividuo queda exenta de protección constitucional [...] En un «Estado de Derecho» nadie debe vivir bajo la amenaza permanente de que, en cualquier momento y cualquiera sea el tiempo transcurrido, pueda ser penado o sometido a proceso, sea éste judicial o administrativo, con las graves consecuencias consiguientes (...) La circunstancia de que a una persona pueda mantenerse *sine die* sometida o vinculada a un eventual proceso o condena, o amenazada por la iniciación de un proceso –sea éste judicial o administrativo–, implica limitarle en forma contraria a derecho el ámbito de su libertad, porque ello le obliga a vivir permanentemente cohibida o restringida en sus movimientos o decisiones (...)”¹⁰⁹.

Naturalmente, proyectadas tales consideraciones al campo específico de los actos administrativos, en el pensamiento del reconocido autor estribaba la idea de que la revocabilidad de aquéllos no puede ser inherente a su esencia, ni puede constituir el principio en esta materia¹¹⁰.

En su enfoque, cobra sin duda relevancia una garantía constitucional de consolidación más reciente, cual es la de juzgamiento en un plazo razonable. Ella se encuentra no solamente implicada en la más amplia garantía del debido proceso adjetivo del artículo 18 de la Constitución Nacional, sino que tiene reconocimiento expreso en el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Aunque en el ámbito nacional adquirió primeramente virtualidad en materia de imputación penal¹¹¹, su razón de ser hizo que

109. Marienhoff, Miguel, ob. cit., tomo III-B, p. 458. Este mismo concepto puede encontrarse reflejado en CNCAF, Sala I, *EN c/ Battioni, Julio César s/ proceso de conocimiento*, sentencia del 31 de agosto de 2006.

110. Marienhoff, Miguel, ob. cit., tomo II, p. 460.

111. *Fallos*: 327:327 y, más recientemente, *Fallos*: 344:378 y *Gómez, Carlos s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 40.232 del Tribunal de Casación Penal - Sala I -*, sentencia del 12 de agosto de 2021. En el ámbito internacional, ya pueden encontrarse precedentes que exceden las materias estrictamente inquisitivas (v. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Perrone y Preckel vs. Argentina*, sentencia del 8 de octubre de 2019; y *Spoltore vs. Argentina*, sentencia del 9 de junio de 2020). En contra de este espectro más amplio, CNCAF, Sala III, *Aseguradora de Crédito y Garantías S.A. (TF 28934-I) c/ DGA s/ recurso directo de organismo externo*, sentencia del 18 de octubre de 2016.

también se tornara operativa y exigible en el denominado derecho sancionatorio en general¹¹², respecto del cual convergen, con distinto grado de preponderancia, reglas y principios de Derecho Penal y de Derecho Administrativo –no con menos dificultades, vale aclararlo, de las que arroja el acercamiento de este último con el Derecho Civil.

Un estudio en profundidad de la garantía en cuestión –y, en particular, del bien jurídico que está específicamente llamada a tutelar– conduce al convencimiento de que no se aprecian motivos de entidad para impedir que las mismas razones que abonan su reconocimiento, sean articuladas y hagan lo propio con relación a la potestad revocatoria de los actos administrativos¹¹³. Es más: la internalización generalizada de este nuevo concepto lleva a preguntarse qué sentido tiene, o si acaso es posible para la ley, mantener aquel poder o potestad permanentemente expedito. Máxime si se tiene en cuenta lo expresado por la Corte Suprema:

“(…) el instituto de la prescripción de la acción penal tiene una estrecha vinculación con el derecho del imputado a un pronunciamiento sin dilaciones indebidas (*Fallos*: 322:360, esp. disidencia de los jueces Fayt, Bossert, Petracchi, Boggiano y 323:982), y que dicha excepción constituye el instrumento jurídico adecuado para salvaguardar el derecho en cuestión”¹¹⁴.

En síntesis, en el espectro dado por el Derecho nacional y convencional, y por el entendimiento de que –con base en el mismo– va ganando espacio en la jurisprudencia, es válido interrogarse si la garantía de juzgamiento en un plazo razonable no es de fronteras más amplias que las reconocidas hasta el momento, con poderes inhibito-

112. *Fallos*: 335:1126.

113. Máxime si se tiene en cuenta el estándar establecido por la Corte en cuanto a que lo que corresponde es un examen global del procedimiento, abarcando las etapas administrativa y judicial (cfr. *Fallos*: 336:2184).

114. *Fallos*: 331:600.

rios de la imprescriptible búsqueda de legalidad por parte de la Administración, en detrimento de los particulares¹¹⁵.

2.4.5. Razones de orden procesal

Otra cuestión a considerar es que la llamada exorbitancia que caracteriza la función administrativa del Estado¹¹⁶, despliega también sus consecuencias sobre la faz del Derecho Procesal Administrativo, llegando al punto de desplazar el principio de igualdad de las partes en el proceso, que no debiera tenerse por extraño a estas latitudes¹¹⁷.

Como en tantos otros aspectos¹¹⁸, la marcada asimetría entre la Administración y los particulares que proyecta la hermenéutica de los fallos que venimos analizando es el indicador más importante acerca de su inconveniencia¹¹⁹.

Es Aberastury quien, con gran tino, llama la atención acerca de que si, por un lado, como establece expresamente la LNPA en su artículo 27, en ningún caso el Estado Nacional y sus entes autárquicos estarán sujetos a plazos de caducidad de la acción y, por el otro, en virtud de la creación pretoriana que estamos aquí analizando, tam-

115. En el mismo sentido, Laplacette, Carlos J., ob. cit.

116. Comadira, J. R.; Escola, H. J.; Comadira, J. P., ob. cit., tomo I, p. 15.

117. De la Riva, Ignacio M., "Las partes", en Cassagne, Juan Carlos (Dir.), *Tratado general de Derecho Procesal Administrativo*, tomo I, Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 502.

118. A sólo título ilustrativo, cabe mencionar cómo está encrucijada permitió la consolidación de jurisprudencia contradictoria en los repertorios de la Corte Suprema, en punto a las posibilidades del juez de examinar de oficio –más allá de la alegación de la parte interesada– la habilitación de la instancia como presupuesto de acceso de los particulares a los tribunales de justicia en causas contencioso administrativa. Véase cómo se cristaliza esta discusión entre *Fallos*: 313:228 y *Fallos*: 322:73.

119. Dice la Corte que no es posible para el juzgador prescindir del examen de las consecuencias directas de su decisión, lo que importaría un modo de abstracción incompatible con la naturaleza de las causas susceptibles de ser sometidas a su conocimiento. De allí que, en el proceso cognoscitivo que se cristaliza con el dictado de la sentencia, el magistrado no pueda desentenderse de las consecuencias que derivan de la interpretación de la ley, debiendo descartar siempre aquella que conduzca a un resultado disvalioso (*Fallos*: 318:817; entre muchos otros).

poco lo estarán –en supuestos de alegada nulidad absoluta– respecto de plazos de prescripción, la diferenciada y disminuida posición del administrado, en cuanto a vías de acceso a la jurisdicción se refiere, determina una inequidad inaceptable: el Estado no se halla sujeto a plazo alguno¹²⁰; tampoco conocerá la urgencia de promover una demanda judicial con fines interruptivos de la prescripción¹²¹.

Ello sin considerar, además, que esa conjugación se comporta como una verdadera génesis de poder estatal –más allá de su fuente natural, que es la ley–, robusteciendo la ya de por sí avasalladora fuerza de la potestad revocatoria, de acuerdo con la descripción que hemos formulado en la introducción.

En acompañamiento de la preocupación del autor, nos permitimos mencionar que existe, a su vez, un agravante desde la perspectiva de los particulares. En efecto, no sólo no pueden beneficiarse con la apertura temporal que, siguiendo el criterio de la Corte, brindaría la nulidad absoluta –pues el artificioso plazo de caducidad hace su gracia muy prontamente¹²²–, sino que, además, frente a planteos de

120. Aberastury, Pedro, ob. cit., para quien semejante desigualdad de tratamiento no resiste el control de convencionalidad al amparo de la Convención Americana de Derechos Humanos. Hay que reconocer, como lo hace el mismo autor, que la doctrina judicial bajo análisis fue forjada con anterioridad a la sanción de la LNPA, en cuyo artículo 25 se establecieron plazos de caducidad perentorios. Por lo tanto, la Corte no tuvo oportunidad de hacerse cargo de este aspecto del problema. Sin embargo, la enfática jurisprudencia que mencionamos en la nota al pie n° 118 sugiere que la solución probablemente no hubiese sido distinta.

121. Es neutral a su respecto el resguardo acordado por el legislador en la norma del artículo 2546 del CCyCN.

122. Véase lo que tiene el profesor Cassagne para decir al respecto, en Cassagne, Juan Carlos, “Acerca de la caducidad y prescripción de los plazos para demandar al Estado nacional”, Revista *El Derecho*, 45-829. También la advertencia que hace Laplace en cuanto a que la sola existencia de plazos de caducidad –bien que solamente respecto de los particulares– informa de por sí un desentendimiento de la ley con la alegada necesidad de corregir lo que de inmoral o ilícito hubo en el pasado (Laplace, Carlos J., ob. cit.; y la jurisprudencia que cita en la nota al pie N° 36 de su trabajo; esp. *Fallos*: 318:441, donde se lee: “(...) la existencia de términos para demandar a la administración se justifica por la necesidad de dar seguridad jurídica y estabilidad a los actos administrativos (...) Se trata de evitar una incertidumbre continua en el desenvolvimiento de la actividad de la administración, pues de lo contrario se afectaría

impugnación que involucran una nulidad absoluta, la jurisprudencia ha respondido que, por no resultar la misma manifiesta, correspondía admitir la defensa de prescripción –normalmente decenal– intentada por la Administración accionada¹²³. Ello sin contar, claro está, la encumbrada empresa de doblegar, en esa clase de pleitos, la presunción de legitimidad del acto cuestionado.

Por otra parte, esa misma presunción de legitimidad ampara también a los actos administrativos de revocación por ilegitimidad – de allí que la Administración pueda disponerla por sí misma y ejecutarla sin necesidad de respaldo de una decisión judicial en determinadas condiciones–, mientras que el particular beneficiario del acto que se revoca tiene un arduo y largo camino por recorrer si se propone suspender los efectos de la susodicha decisión revocatoria mediante la obtención de una medida cautelar¹²⁴, en los términos de la Ley N° 26.854¹²⁵.

Para más, una cuestión no menor está dada por el hecho de que la supervivencia infinita de la potestad revocatoria trae consigo la neutralización de las consecuencias de otro instituto del Derecho Procesal, cual es la caducidad de instancia, que mortifica –en cam-

el principio constitucional de la seguridad jurídica (*Fallos*: 252:134), que constituye una de las bases principales de sustentación de nuestro ordenamiento, cuya tutela innegable compete a los jueces (*Fallos*: 242:501)”. Las implicancias de esta cuestión en TSJCABA, *Bank Boston NA c/ GCBA s/ repetición (art. 357 CCAyT) s/ recurso de apelación ordinario concedido*, sentencia del 23 de diciembre de 2015.

123. CNCAF, Sala V, *Marinelli, Antonio Roque y otro s/ Administración Federal de Inteligencia s/ personal militar y civil de las FF. AA. y de Seg.*, sentencia del 26 de abril de 2018; y *Camino, Juan Carlos c/ EN – M° Seguridad – PFA – Resol. N° 351/1980 s/ personal militar y civil de las FF. AA. y de Seg.*, sentencia del 14 de marzo de 2019.

124. V. Cassagne, Juan Carlos, “El dictado de una medida cautelar que suspende la revocación de un acto administrativo por razones de ilegitimidad”, *Revista La Ley*, 2001-E, 586.

125. BO 30/4/2013. Si la peticionaria de la cautelar es la administración –en el marco de un proceso de lesividad, debido a que hay derechos en cumplimiento– también corre con ventajas [v. CNCAF, Sala IV, *ANLIS (Disp. 704/99) Licitación 3/99 (Inc. Med.) c/ Codial Construcciones S.R.L. s/ proceso de conocimiento*, sentencia del 13 de marzo de 2001; y *EN – Gendarmería Nacional – licitación 3/01 c/ El Centinela S.A. s/ contrato administrativo*, sentencia del 27 de abril de 2006].

bio– muy severamente al litigante común¹²⁶. La negligencia en la que eventualmente incurra el Estado como actor –en lo que al impulso del proceso se refiere– no abriga jamás riesgo de prescripción en su contra –a diferencia de lo que puede experimentar el particular descuidado– y, de hecho, siempre que no medie cosa juzgada por alguna razón, sus abogados podrán proponer la acción de lesividad una y otra vez, sin limitaciones, en nuevos procesos¹²⁷. Lo mismo aplica con relación al desistimiento de la acción¹²⁸, bien que para un acto procesal de esa naturaleza por parte del representante estatal se requieren autorizaciones especiales¹²⁹.

Como corolario de este diseño, tras decretar la nulidad de un acto en su propia sede –cualquier sea el tiempo transcurrido desde su dictado–, puede la Administración reclamar derechamente al particular la indemnización de los perjuicios que repunte originados en dicho cuadro de situación¹³⁰; mientras que –por el contrario– aquél deberá –para dejar a salvo equiparable posibilidad– obtener de manera previa

126. En el ámbito nacional, se aplican las disposiciones del artículo 310 y sigs. del Código Procesal Civil y Comercial, aprobado mediante Ley N° 17.454 (BO 7/11/1967) (en adelante, CPCCN).

127. Véase las consideraciones volcadas por TSJCABA, en autos *GCBA c/ Club Social y Deportivo Argentino s/Ej. Fisc. s/ recurso de inconstitucionalidad concedido*, sentencia del 12 de octubre de 2016.

128. Cfr. art. 304 CPCCN. Más complejo es determinar si, en cambio, el desistimiento del derecho previsto en el art. 305 CPCCN inhibe la posibilidad de un nuevo juicio de lesividad, pues si bien dicha norma reza que “[e]n lo sucesivo no podrá promoverse otro proceso por el mismo objeto y causa”, no faltará quien sostenga que las prerrogativas de carácter público involucradas en esa clase de contienda son irrenunciables para la administración y/o derechamente que el desistimiento en tales términos resulta sencillamente ineficaz (en el mismo sentido, Ildarraz, Benigno, “El proceso de lesividad”, en Cassagne, Juan Carlos (Dir.), *Tratado...*, ob. cit., tomo I, p. 629).

129. Cfr. Decreto PEN N° 411/1980 (BO 27/2/1980), y sus modificatorios y concordantes.

130. Es más, en lo atinente a ciertos aspectos, “una vez revocado el acto, la administración ejecutará *per se* esa decisión. Por ejemplo, si se revoca una exención impositiva u otro beneficio tributario, el particular recibe casi en forma simultánea la noticia de la revocación del acto y el aviso del banco de que sus cuentas han sido embargadas, incluso, todavía hoy, a través de medidas administrativas” (Laplacette, Carlos J., ob. cit.).

o concomitante la invalidación judicial del acto administrativo que reputa dañoso¹³¹.

En resumen, el quebrantamiento de la igualdad procesal es total: al amparo de los fallos que comúnmente conforman el norte de esta cuestión, la actividad procesal del Estado puede tener lugar en cualquier tiempo, a la par que los administrados encuentran severos obstáculos para procurar apenas el escrutinio –no digamos ya sentencias favorables– de situaciones y/o actos lejanos en el tiempo que, por envolver vicios graves, engendran nulidades absolutas.

2.4.6. Corolario: *Una visión dogmática que extrañamente logró imponerse*

Hemos dicho que, aun soslayando los reparos que suscita la integración del Derecho Administrativo –particularmente en materia de actos– con normas provenientes del Derecho Civil, lo cierto es que ni siquiera para éste –en los términos latos del anterior CCiv.– la concepción de la nulidad absoluta abarcaba la característica de la imprescriptibilidad. En concreto, la norma del artículo 1047 no le adjudicaba esa cualidad, la que –según lo expuesto– tampoco podría extraerse *per se* de la interdicción de confirmación de los actos afectados por aquélla; cuanto menos, en lo que al Derecho Administrativo se refiere.

Por otro lado, sobradas razones estrictamente vinculadas a esa específica disciplina científica hacen todavía más remota la posibilidad de adoptar aquella inteligencia en materia de actos administrativos nulos de nulidad absoluta; una solución que resulta sin duda extraña al esquema de la LNPA.

De esta manera, que se haya reservado a razones tan ajustadas a derecho un lugar verdaderamente marginal, suscitan la hipótesis acerca de que la fundamentación en contrario evidentemente debe provenir de un plano que las excede.

131. Cfr. doctrina de Fallos: 319:1476 cit. y CNCAF, en pleno, *Petracca e Hijos SACIFI y otros c/ Estado Nacional (Ente Autárquico Mundial '78) s/ cobro de pesos*, sentencia del 24 de abril de 1986.

En el apartado siguiente, nos detendremos a explorar si, en el contexto más reciente, pueden hallarse otros criterios que comprometan de algún modo los cimientos de las posturas de los autores citados, que –a esta altura– podrían merecer ya la calificación de ortodoxas.

2.5. ¿Qué ha cambiado?

Nuevos elementos de juicio –con carácter cuanto menos referencial– aparecieron en el horizonte de los últimos quince años, tanto en el plano del Derecho Positivo como en el terreno de la jurisprudencia. Los analizaremos por separado.

2.5.1. La entrada en vigencia del nuevo CCyCN

El cuerpo codificado que sustituyó la obra ejemplar de Dalmaio Vélez Sarsfield trajo consigo una norma que verdaderamente lo complica todo: el artículo 387, en cuanto allí se establece que la nulidad absoluta “[n]o puede sanearse por la confirmación del acto ni por la prescripción”¹³². *Contrario sensu*, el artículo 388 siguiente sí reserva esa posibilidad para los supuestos de nulidad relativa. Como cerrojo del nuevo sistema, el artículo 2536 reza: “La prescripción puede ser invocada en todos los casos, con excepción de los supuestos previstos por la ley”.

Más allá de que la declamación quedó expresada en términos poco felices –pues ya hemos explicado que la prescripción no tiene estrictamente el propósito de “sanear” ni, por tanto, de convertir lo malo en bueno–, lo cierto es que, con esta consagración legal expresa, cae una porción considerable de las razones que abonan la tesis

132. En el próximo apartado veremos que, en el entorno del CCyCN y sus modificaciones posteriores, pueden encontrarse otras soluciones de imprescriptibilidad a temas específicos. De manera que no puede decirse que ésta sea una solución aislada o asistemática.

sobre la falta de receptividad legal del carácter imprescriptible (nuestro apartado de más arriba)¹³³. Llama la atención que los fundamentos que acompañaron el proyecto guardaran silencio sobre este “cambio” de tanta significación¹³⁴.

Lo anterior no enerva, sin embargo, la discusión que pueda tener cabida, al examinarse, en un caso concreto, cuál es la norma que debe tenerse por temporalmente aplicable a una determinada acción en ciernes, aspecto sobre el cual cobrará suma relevancia la plataforma fáctica de la causa¹³⁵.

2.5.2. *La jurisprudencia sobre imprescriptibilidad en distintos órdenes*

Reconocimos al comienzo del presente trabajo que la prescripción, por su propia naturaleza, tiene la aptitud de dejar cautivas e impunes en el pasado circunstancias que, para la conciencia media, pueden resultar notoriamente injustas. Dijimos también que las normas jurídicas –en sentido amplio– suelen recoger (deben hacerlo) los juicios de valor socialmente imperantes en el período de su vigencia.

Pues bien, se observa que en el clima social contemporáneo –por razones que, aunque no es posible desagregar aquí, se conectan evidentemente con las características de una sociedad de consumo– es cada vez más baja la tolerancia respecto de situaciones percibidas

133. Aberastury, no obstante, conserva algunos reparos: “La oscura redacción del precepto no nos permite aclarar si la reforma se inclinó por la doctrina mayoritaria, pues el saneamiento es una forma de tornar lícito el acto cuando se puede purgar el vicio. Con esta redacción sólo se establece que el vicio que da lugar a la nulidad absoluta no puede ser purgado por el transcurso del tiempo. Pero nada dice si la prescripción es susceptible de ser invocada para repeler la acción, por lo que no se ha adelantado sobre el tema sino que, lo que ha ocurrido, es que reforma ha dejado librada a la interpretación judicial y doctrinaria la posibilidad de invocar la prescripción liberatoria en caso de un acto de nulidad absoluta” (Aberastury, Pedro, ob. cit.).

134. Se hallan, en cambio, abocados a justificar el abandono de la clasificación otrora aceptada, referente a actos nulos y actos anulables.

135. Cobrará también relevancia el dispositivo que contiene el artículo 2537 del actual CCyCN. Véase CNCAF, Sala V, *AFIP – DGI...*, cit., y demás doctrina y jurisprudencia a la que aludimos en la nota al pie N° 13.

como injustas y, correlativamente, mucho menor el interés por la seguridad jurídica si ella va a tener cabida a expensas de aquéllas.

Así, la repugnancia social por la gravedad de la injusticia pareciera hacer claudicar las reglas consagradas para su aprehensión por el sistema legal y judicial, al punto de invertir la regla que primó en el pasado: las acciones enderezadas a remediar ese cuadro ya no pueden perimir.

El gran paso en este sentido se dio con motivo de la pesquisa de los denominados crímenes de lesa humanidad, con relación a los cuales la Corte Suprema aludió a un derecho de *ius cogens* sobre el cual no podían prevalecer las regulaciones domésticas atinentes a los plazos de prescripción de la acción penal¹³⁶. A tales fines, atribuyó a la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad –incorporada al ordenamiento nacional, con jerarquía constitucional, a través de la Ley N° 25.778¹³⁷– el carácter de cuerpo normativo meramente codificador de una jurisdicción preexistente de alcance internacional¹³⁸. El corolario de este enfoque puede encontrarse plasmado en la reciente reforma al CCyCN, vía la Ley N° 27.586¹³⁹, de donde puede extraerse que, cualquiera haya sido el tiempo de acaecimiento de tales crímenes, las acciones civiles a ellos referidas son también imprescriptibles¹⁴⁰.

136. Fallos: 327:3312 y 328:2056.

137. BO 9/9/2003.

138. Los jueces de la disidencia, celosos de la acepción tradicional del principio de legalidad, ponderan a éste como la conquista jurídica y política más preciada de la humanidad toda, resistiéndose a la mitigación de sus derivaciones pese a lo aberrante de los hechos examinados (v. Elías, José S., “«Simón». O de cómo las buenas intenciones pueden socavar el Estado de Derecho”, JA 2006-III-351; y Yacobucci, Guillermo Jorge, “El dilema de la legalidad en el Derecho Penal de los Derechos Humanos”, en Cancio Meliá, Manuel (Coord.), *Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, tomo II, Madrid, B de F, 2006, p. 1073).

139. BO 16/12/2020.

140. Si bien la mentada imprescriptibilidad ya aparecía en el texto original del art. 2561 CCyCN, el propósito de la reforma fue sustraerla de las limitaciones que eventualmente podría irrogarle la norma del artículo 2537, también modificado.

Luego, esa cosmovisión se propagó paulatinamente a otras temáticas que encierran injustos penales socialmente juzgados como de asimilable gravedad e interés general.

Así, nos encontramos con el caso del abuso sexual en menores y/o mujeres, en lo que también se ha registrado la influencia de normas internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño (aprobada por Ley N° 23.849¹⁴¹) y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (aprobada por Ley N° 24.632¹⁴²); la primera con jerarquía constitucional y la segunda con proyecto en el Senado de la Nación para obtener ese mismo rango¹⁴³. Aunque en esta materia no ha llegado a consagrarse la regla de la imprescriptibilidad –en razón de que todavía subsiste la calificación de tales delitos como comunes–, la sanción de las Leyes N° 26.705¹⁴⁴ y N° 27.206¹⁴⁵ –modificadorias del Código Penal de la Nación¹⁴⁶– informan sobre una tendencia hacia el retraimiento de la prescripción por conducto de una ampliación de las causales de suspensión de su curso, entre otros aspectos. Por ejemplo, la prescripción se suspende hasta que la víctima, habiendo cumplido la mayoría de edad, formule la denuncia¹⁴⁷. Más recientemente, se está bregando incluso por la aplicación retroactiva de esa solución¹⁴⁸; algo que en otro momento se hubiese tachado de insólito para el Derecho Penal.

Por último, y en una temática que resulta decididamente más afín a la que aquí abordamos, emergió de la jurisprudencia la propuesta de reputar imprescriptibles las acciones penales referente a

141. BO 22/10/1990.

142. BO 9/4/1996.

143. Expte. S-99 y 179/20; v. esp. orden del día 113/2021.

144. BO 5/10/2011.

145. BO 10/11/2015.

146. Aprobado mediante Ley N° 11.179 (BO 3/11/2021) y sus modificaciones.

147. CCPP, L., J. J. – *promoción a la corrupción agravada – incid. de extinción por prescripción s/ recurso de casación*, sentencia del 18 de noviembre de 2014; y CFCP, Sala 4, A., J. s/ *recurso de casación*, sentencia del 22 de marzo de 2016.

148. Véase Kunath, Sigrid Elizabeth, “Abuso sexual infantil y prescripción”, disponible online.

delitos de corrupción¹⁴⁹. No ya por la influencia de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción –incorporada al Derecho argentino mediante la Ley N° 26.097¹⁵⁰– y la Convención Interamericana contra la Corrupción –ratificada por Ley N° 24.759¹⁵¹–, sino con apoyo en las normas de la propia CN; concretamente, su artículo 36 –dado por la reforma del año 1994–, el cual califica como “insanablemente nulos” ciertos actos que ataquen el orden institucional y el imperio de la carta magna, y como “imprescriptibles” las acciones referidas a esos actos, entre los que se ubican –según la hermenéutica propiciada– el “grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento”¹⁵².

Aunque hoy día se ha puesto en jaque la necesidad de aguardar el dictado de la sentencia penal –como ordenadora de la plataforma fáctica sobre la cual habrán de sustanciarse otras acciones y actuarán

149. CFLP, Sala II, *M. D. M. y otros s/ 296 en función del 292, 172, 54 y 55 CP*, sentencia del 6 de octubre de 2016; y CFCP, Sala 4, *Cossio, Ricardo Juan Alfredo y otros s/ recurso de casación*, sentencia del 29 de agosto de 2018, por mayoría, voto de los Dres. Gemignani y Hornos. Se investiga en dicha causa el pago de sobrepagos por el parte del Estado Nacional en el marco del proceso de informatización de la entonces Dirección General de Impositiva, en el que se encuentran acusados ejecutivos IBM Argentina S.A. como contratista y ex funcionarios de la administración en aquel momento. En mayo 2016, el Tribunal Oral Federal N° 3 había declarado la extinción de la acción por prescripción. Los contratos administrativos en virtud de los cuales se prestaron aquellos servicios fueron revocados en 2009 por la Administración Federal de Ingresos Públicos, por razones de ilegitimidad, luego de que la causa penal fuera elevada a juicio en 2007. Sobre una causa sustancialmente análoga, que involucró a la misma compañía, véase el comentario de Bour, Enrique, “Análisis económico de la corrupción”, en Sola, Juan Vicente (Dir.), *ob. cit.*, tomo I, p. 470.

150. BO 9/6/2006.

151. BO 17/1/1997.

152. Para profundizar sobre el mérito de los fallos citados, puede verse Bonifacio, Adrián A., “El fallo C., R. J. A., una decisión que pone en agenda el debate sobre la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción”, *Revista La Ley* 2019-A, 81; Sandhagen, Alberto, “La imprescriptibilidad de los delitos de corrupción. A propósito del artículo 36 de la Constitución Nacional”, *RDP* 2020-2, 3; y Gil Domínguez, Andrés, “Imprescriptibilidad de los delitos de corrupción. Una obligación constitucional y convencional”, *Revista La Ley*, 2016-A, 574.

otros fueros¹⁵³, e incluso se viene sugiriendo –con no poco énfasis– una suerte de prejudicialidad por parte del juez contencioso en determinadas cuestiones¹⁵⁴, lo cierto es que, si se quiere salvaguardar la racionalidad del sistema, difícilmente pueda aceptarse que la acción administrativa referente a los actos administrativos cumplidos en un entorno de corrupción, prescriba cuando todavía se encuentra pendiente la acción penal referida a esos mismos hechos.

Ello así pues, a riesgo de generalizar, no puede haber acto válido que descansa sobre la comisión de un delito. De esta manera, aunque siempre respecto de ese específico universo de casos, la imprescriptibilidad de la acción punitiva aparejaría necesariamente la imprescriptibilidad de la acción de la Administración. Por lo demás, en línea con lo ya expuesto en el apartado 2.2, cabe relacionar que a la Administración normalmente le basta la más superficial y anónima denuncia penal para reconocerse legitimada a ocurrir por la vía de la revocación administrativa. Se tratará, por lo común, de denuncias referentes a delitos de cohecho, peculado, falsificación, incumplimiento de los deberes de funcionario público, u otros análogos. De allí la relevancia de esta reciente jurisprudencia en el tema que nos ocupa.

Como se puede ver, ciertas ideas que se vienen forjando con ahínco y ganando terreno, tanto en la legislación como en la jurisprudencia, sacuden –de un modo más o menos remoto– lo que otrora era invariablemente aceptado y consiguen modificar la relación entre reproche y prescripción, empujando a esta última cada vez más cerca del abismo. En particular, se complican las posibilidades actuales de pregonar la prescriptibilidad de la acción revocatoria sobre actos afectados de nulidad absoluta, la cual parece –en este escenario– cuanto menos asincrónica.

153. Véase el actual sistema consagrado en el artículo 1775 CCyCN. “En la normativa vigente no cabe lugar a hesitación que el legislador privilegió el interés de la sociedad por el dictado de sentencias penales, civiles, laborales, administrativas, etc., en tiempo razonable por encima de la posibilidad de que quedare abierta la posibilidad de que se dicten sentencias contradictorias” (Alterini, Jorge Horacio (Dir.), ob. cit., tomo VIII, comentario al art. 387 por Alferillo, Pascual E.).

154. García de Enterría, Eduardo, “La nulidad de los actos administrativos que sean constitutivos de delito...”, *REDA* n° 98/1998.

2.5.3. *Colofón: ¿Algo ha cambiado?*

Cuando, de la mano de los autores cuyas atendibles y convincentes conclusiones hemos reseñado en el apartado 2.4. del presente, era posible colegir que estaban dadas las condiciones para un abandono inminente de la antigua doctrina de la Corte, las novedades legislativas y jurisprudenciales precedentemente aludidas parecieran abonar y confirmar la idea nodal de aquella tradición, con arreglo a la cual lo que merece nuestro mayor repudio no puede quedar atrás por la prescripción.

No obstante ello, de no sucumbirse a la natural fuerza seductora de lo inédito ni a la tracción del contexto social, es posible advertir que aquellas novedades no pasan de ser, en rigor, ligeros atenuantes; incapaces, en cuanto tales, de cerrar definitivamente esta cuestión.

En efecto, en primer lugar, no se puede soslayar que se trata de abordajes o soluciones que han sido concebidos para otras ramas de nuestra ciencia. El Derecho Administrativo, por el contrario, continúa aguardando una respuesta propia.

Por otro lado, no perdemos de vista que, incluso en aquellas áreas lindantes, no ha llegado a procurarse aún una conciliación satisfactoria con otros bienes jurídicos en pugna, protegidos por instituciones y garantías de similar importancia. Nos referimos, en concreto, a la garantía de juzgamiento en un plazo razonable¹⁵⁵, enderezada en torno a conspicuos argumentos que, en un Estado constitucional de Derecho, deben continuar guiando la tarea de los tribunales, en resguardo de la libertad.

Lo expuesto lleva a preguntarnos, entonces, si efectivamente algo ha cambiado para nuestro específico hemisferio.

155. En el precedente citado más arriba, la Sala 4 de la Cámara Federal de Casación Penal permite entrever su postura en cuanto a que, en casos de esta talla, no admitirá sobreseimientos por prescripción por violación al plazo razonable de juzgamiento (v. voto del Dr. Borinsky, quien trata de poner el foco en la incapacidad de los tribunales de las instancias inferiores para imprimir al proceso una marcha constante).

2.6. Otras variables que es posible (y necesario) conjugar

Habiendo examinado ya el rumbo que siguió la discusión en torno a nuestro tema de interés, introduciremos a continuación algunas cuestiones que no fueron traídas a colación en ese recorrido, o, por lo menos, no con el énfasis que a nuestro criterio merecían.

2.6.1. La radicalidad del efecto *ex tunc* de la declaración de nulidad

En primer término, la complejidad del entramado por el cual se desenvuelve la acción anulatoria del acto administrativo afectado de nulidad absoluta no debe hacernos perder de vista el elemental hecho de que ella se resuelve, en definitiva, tanto en la revocación en sede administrativa como en la invalidación por sentencia judicial, en una pulverización retroactiva de todos los efectos anudados a aquel acto.

Aunque, como dijimos antes, la solución presenta su lógica y luce incluso como aceptable en determinados supuestos de características lineales, su pertinencia puede aparecer comprometida, en cambio, cuando el acto se ubica muy atrás en el tiempo –superando una pauta temporal razonable–, y/o cuando ha llegado a enderezarse en torno a él un complejo tejido de efectos jurídicos que van en direcciones variadas y que alcanzan la esfera de derechos de sujetos múltiples, algunos de ellos conectados muy escuetamente con la materia sobre la cual versa el acto en sí¹⁵⁶.

156. Véase lo ocurrido, como ejemplo, en CSJN, *ENTEL (E. L.) c/ Maipú Inversora S.A. s/ contrato administrativo*, sentencia del 29 de mayo de 2012. Nos queda como consigna para un próximo estudio lo relativo a la posición de los terceros interesados frente a la anulación de actos administrativos de los que, en principio, no son destinatarios. Entretanto, para ilustrar estas consideraciones cabe estar a lo resuelto por la Corte en el precedente de *Fallos: 343:538*, aunque –hay que admitirlo– aparece allí un matiz dado por la norma procedimental específicamente aplicable al caso. Con la misma particularidad, CNCAF, Sala I, *EN – M° Economía – Resol. N° 170/09 (Expte S01:5914/09 y otros) c/ Ramón Miguel Giuliano s/ proceso de conocimiento*, sentencia del 23 de septiembre de 2021.

El mandato constitucional de razonabilidad –concebido como interdicción de la arbitrariedad por parte de los poderes públicos¹⁵⁷– opera también en este terreno, obligando a tomar en consideración la cadena de consecuencias que habrán de verse conmovidas por la decisión anulatoria¹⁵⁸, lo que constituye por lo menos un índice para establecer si la decisión anulatoria resulta verdaderamente aconsejable¹⁵⁹. Máxime cuando se advierte que, en la trama social contemporánea, van en aumento el número y la complejidad de las relaciones de los particulares entre sí, y entre ellos y el Estado¹⁶⁰: ya no es tan sencillo (mucho menos gratuito) remover absolutamente el pasado¹⁶¹.

Hay que considerar aquí que las personas físicas o jurídicas se extinguen, que sus patrimonios son variables y se liquidan, y que aquellas pueden quedar sujetas a procesos falenciales cuya universalidad entra en choque con los privilegios que parece irrogar la po-

157. Cfr. Cassagne, Juan Carlos, *El principio de legalidad...*, ob. cit., pp. 197 y sigs.

158. En este sentido, se ha relacionado: "(...) concordamos con la postura de Mairal, quien tiene un criterio empírico conforme al cual, según el caso, el juez debe disponer desde qué fecha surte efectos la sentencia de lesividad, ponderando si el particular participó en las causas de ilegitimidad, en base al cual las consecuencias de la anulación pueden retrotraerse a la fecha de emisión del acto, o a la de la notificación al beneficiario del acto de la demanda impugnatoria, o a la de la sentencia definitiva. En muchas ocasiones será más sencillo buscar soluciones por esta vía que derivar al particular afectado por la anulación retroactiva a una acción de enriquecimiento sin causa" (Albornoz, Juan José, ob. cit., p. 1323; en análogo sentido, Miolano, José Luis, "Límites de la potestad revocatoria de la Administración: La acción de lesividad", en *Estudios de Derecho Administrativo*, tomo IX, Mendoza, Ediciones Dike, 2004, pp. 384 y sigs.).

159. Véase la jurisprudencia citada en la nota al pie N° 101, relativa a los criterios que deben guiar toda interpretación legal.

160. Lo que dice el Dr. Fayt en su voto de *Fallos*: 316:871; esp. cons. 11. "Se ha demostrado que la prescripción es necesaria en aras de la seguridad jurídica y de la estabilidad y consolidación de todos los derechos, puesto que sin ella nada sería permanente, y cualquier crédito, aun extinguido por algún otro modo (...), podría ser objeto de revisión *sine die*" (Alterini, A. A.; Ameal, O. J.; López Cabana, R., ob. cit., p. 647.

161. Dan cuenta de ellos las intervenciones de la Corte en el marco de la causa *Banco de la Nación Argentina c/ IBM Argentina S.A. s/ proceso de conocimiento*, sentencias del 27 de mayo de 1999 y 7 de marzo de 2000.

testad revocatoria estatal¹⁶²; especialmente, en cuanto tales procesos se hallan regidos por un régimen especial –que contempla un orden de prelación de acreencias–, un procedimiento específico para su percepción (cuando ella resulta posible) e incluso plazos de prescripción propios¹⁶³. También que las obligaciones se extinguen por razones diversas, según lo establecido en la legislación común¹⁶⁴ o en leyes propias del Derecho Administrativo¹⁶⁵.

Desde esta perspectiva, es preciso ponderar que la fastuosa idea de volver las cosas a su estado anterior (al acto nulo), en algunas ocasiones trasunta sencillamente una imposibilidad jurídica absoluta¹⁶⁶, que –en cuanto tal– no puede ser tenida por objeto de acto o sentencia alguno.

162. Especialmente en la porción de casos a la que aludimos en nuestra nota al pie N° 106.

163. Nos referimos concretamente a la Ley N° 24.522 sobre concursos y quiebras (BO 9/8/1995) y sus modificaciones. Se desprende de sus disposiciones que, mediando estado de falencia, se deberá estar, ante todo, a sus principios procesales específicos –de cara al particular fin que se persigue– (art. 273), como así también una considerable soberanía del juez concursal, dada por el fuero de atracción (art. 21 y cc.) y por la eficacia relativa de las llamadas sentencias definitivas extraconcursoales. Sobre la base de estas premisas, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial llegó a disponer una medida cautelar suspensiva de un decreto presidencial –de carácter revocatorio por razones de ilegitimidad. A tales efectos, sostuvo que “el Juez a cargo del concurso, ante la existencia de intereses iuspublicísticos que corresponde resguardar y como director del proceso falencial, está autorizado a dictar –dentro del marco del proceso concursal– las medidas necesarias para tutelar la intangibilidad del acervo falencial con el fin de resguardar los derechos de los acreedores de la quiebra (...) de hacerse efectivas las disposiciones del Decreto N° 315/2007 se dejaría al concurso liquidatorio sin activo realizable con el grave perjuicio que ello acarrearía para los acreedores, quienes verían frustrada toda posibilidad de cobro” (Sala A, *Inversora Dársena Norte S.A. s/ quiebra*, interlocutorio del 20 de julio de 2007).

164. Cfr. art. 724 CCiv. y libro tercero, título I, capítulo 5 del actual CCyCN.

165. V. gr. leyes de consolidación de deuda pública estatal.

166. Véase el precedente de *Fallos*: 306:1664.

2.6.2. *La magnitud de los intereses en juego en materia de contratos administrativos*

Todo cuanto dijimos en el apartado precedente cobra un especial cariz cuando se trata de contratos administrativos, respecto de los cuales la dogmática de la LNPA y la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de acto administrativo se han trasladado sin matices, inclusive en lo tocante a la prescripción¹⁶⁷.

Pero el contrato administrativo es un acto especial, en virtud de una combinación de circunstancias: (i) la envergadura del interés público que generalmente están llamados a satisfacer; (ii) la significación económica que representan, tanto para el Estado como para los contratistas; y (iii) lo que es más importante, la relevancia internacional que pueden llegar a suscitar; particularmente en licitaciones internacionales o en los casos de inversión extranjera –más o menos directa– a través de vehículos locales. Una mención aparte merece la toma de financiamiento externo con organismos multilaterales de crédito (en la hipótesis de que admitamos la naturaleza contractual de los empréstitos públicos), cuyo efectivo devengamiento y/o ejecución se instrumenta las más de las veces a través de un acto administrativo o una serie de actos administrativos¹⁶⁸.

167. A título ilustrativo, nos remitimos a Comadira, Julio Rodolfo, “La observancia de la causa y el fin en la contratación administrativa reservada. La revocación por ilegitimidad del contrato administrativo en cumplimiento”, Revista *El Derecho*, 177-749.

168. La realidad muestra que esa clase de actos no se encuentra al margen de embates nulificantes (v. CNCAF, Sala I, *Murúa, Eduardo c/ EN – BCRA s/ proceso de conocimiento*, sentencia del 22 de abril de 2021; causa en la cual se puso en discusión la validez del endeudamiento con el Fondo Monetario Internacional (FMI) que tuvo lugar durante el último ciclo gubernamental. Sin perjuicio de que, además, esa misma plataforma fáctica dio lugar a la sustanciación de una causa penal: *Macri, Mauricio y otros s/ defraudación por administración fraudulenta y defraudación contra la Administración Pública*, expte. 3561/2019, en trámite por ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 5).

La reputación de la República Argentina frente al mundo –relativa a la forma en que honra sus compromisos en general¹⁶⁹–, aunque envuelve un tipo de valoración hartamente subjetivo –claro está–, se encuentra sugerentemente abonada por los indicadores que trae, nada más y nada menos, la norma reguladora del proceso de toma de decisiones de la más alta trascendencia institucional, la LNPA; la cual, conforme expusimos, informa por sí misma que el Estado Nacional puede desentenderse sin más de sus actos precedentes –cualquiera fuera su lejanía en el tiempo– con solo desterrar una cuestión jurídica opinable, con relación a la cual ya había tomado postura en el pasado.

Cualquier *legal opinion* o reporte de *due diligence* mínimamente satisfactorio que el potencial inversor logre recabar –antes de formular su propuesta para una obra local–, habrá de contener este dato y le dará la confirmación de lo temido: los rumores son ciertos. Su desánimo alcanzará un punto de inflexión al llegar a los párrafos dedicados al fulminante poder de la declaración de nulidad; aunque más trabajoso le resultará asimilar que nada de ello surge de la letra expresa de la ley, sino de la interpretación que se ha hecho de ella y que viene dogmáticamente aceptada.

En suma, la propia LNPA nos delata. Y cuando sus indefiniciones y claroscuros reclamaban ser casados –utilizando palabras de la Corte, en conexión con la “realidad comprometida en el caso”¹⁷⁰–, las interpretaciones jurisprudenciales tomaron el sentido opuesto y profundizaron la incertidumbre en una materia que no la admite; mucho menos en la época contemporánea.

2.6.3. *Las virtudes del plazo decenal de prescripción*

Durante la vigencia del anterior CCiv., postulaba el profesor Altamira Gigena –bien que en lo específicamente referido a la acción de

169. Véase la columna de opinión de Grondona, Mariano F., “La falta de contratos, una carencia urgente de nuestra economía”, Diario *La Nación*, 9 de agosto 2021; asimismo, Cuadros, Oscar A., “El Estado y la legalidad convencional”, en Bibiloni, Homero M. y otros, ob. cit., pp. 14 y sigs.).

170. *Fallos*: 320:158; entre muchos otros.

lesividad– que se prescribía a los dos años cuando se impugnaban actos anulables y a los diez años cuando se atacaba un acto nulo¹⁷¹.

La doctrina civilista, por su parte, enfatizaba sobre el carácter residual del artículo 4023 de aquel cuerpo legal, en los siguientes términos:

“El art. 4023, párr. 2º, Código Civil, establece, como principio general, que prescribe a los diez años la acción de nulidad, trátese de actos nulos o anulables, si no estuviere previsto uno menor; consecuentemente, siempre que del ordenamiento legal no surgiera un plazo más breve, se deberá aplicar la norma mencionada”¹⁷².

Creemos que la inquietud que aquí nos convoca encontraba en aquella norma una respuesta adecuada¹⁷³: la acción referente a un

171. Altamira Gigena, Julio, “Los plazos en el Derecho Procesal Administrativo”, en *Estudios de Derecho Administrativo*, tomo X, Mendoza, Ediciones Dike, 2004, p. 285. En el mismo sentido, Sarmiento García, Jorge H., “La acción de lesividad”, en aquella obra colectiva, p. 259, con cita de CNCAF, Sala IV, *Sindicatura General de la Nación*, cit.

172. López Mesa, M.; Trigo Represas, F. A.; Salas, A. E., *Código Civil y leyes complementarias anotados*, tomo III, Buenos Aires, Depalma, 1971, comentario al artículo 4023.

173. También resultaba tentador tratar de alojar la cuestión en la norma del artículo 4030, primer párrafo, CCiv. –que establecía un plazo bienal–, por cuanto su alusión a vicios del acto jurídico la emparentaba de algún modo con el método de la LNPA –de hecho, las voces “error”, “dolo” y “falsa causa” les son comunes– (v. Comadira, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad*, ob. cit., p. 225). Miolano, por su parte, propone lo siguiente: “(...) si el vicio que determina la anulabilidad del acto es de los enunciados en el artículo 4.030 (vicios de la voluntad, falsa causa o simulación) corresponderá entonces aplicar el plazo de prescripción previsto en dicha norma (2 años). Si se trata de un vicio no enumerado en la misma, el plazo será entonces de 10 años por aplicación analógica del art. 4.023 del Código Civil” (Miolano, José Luis, ob. cit., p. 387). Sin embargo, compartimos la postura de Gordillo sobre este tipo de metodología, ya referenciada en la nota al pie N° 43, última parte. Por otro lado, pensamos que un plazo de apenas dos años deja muchos otros estándares insatisfechos –tratándose de un vicio grave–, aunque sí lo encontramos atinado para los supuestos de anulabilidad (cfr. *Fallos*: 310:1578 cit.).

acto administrativo afectado de nulidad absoluta prescribe a los diez años. Este plazo, que calificamos como prudencial, reúne las siguientes ventajas; a saber:

- Ofrece un balanceado punto de convergencia, en cuyo marco conviven razonablemente tanto la potestad revocatoria de la Administración (que subsiste, por supuesto, pero atenuada en la radicalidad de sus efectos, a raíz del coto temporal), como los numerosos derechos, garantías e intereses particulares y generales a los que hemos aludido a lo largo de la presente exposición.
- Opera como un doble estímulo para la Administración. Así, por un lado, se verá constreñida a actuar más atentamente al momento de otorgar toda clase de actos administrativos, adoptando los recaudos necesarios para propiciar su regularidad, en los términos de la LNPA. Por otro, la sujeción a un plazo fatal en este terreno propiciará una actividad revisora más activa y prematura, desechando la especulación que admite el actual marco legal respecto de la oportunidad para proceder¹⁷⁴, en contra de la exigencia constitucional de eficiencia¹⁷⁵.

174. Retomando lo ya expresado en el apartado 2.4.2. *in fine*, estamos convencidos de que la imprescriptibilidad de la acción anulatoria, junto a la posibilidad conferida a la administración de pronunciarse mediante silencio, han contribuido históricamente, no sólo a la baja calificación que en general se observa en los cuadros de la administración, sino también a su movimiento letárgico incluso ante cuestiones que no admiten demora. No en vano viene clamando la doctrina hace ya varios años acerca de la necesidad de profesionalizar la función pública, en el sentido de ejercicio comprometido, voluntario y continuo de la misma (v. Comadira, J. R.; Escola, H. J.; Comadira, J. P., ob. cit., tomo II, pp. 1105 y sigs.; asimismo, Negre, María Isabel, “Buena administración y plazo razonable, dos asuntos que parecen olvidados”, *RDA* 2020-128, 81).

175. Arg. arts. 16 y 42 CN. “(...) la idoneidad asegura un mejor servicio público y que termina con la furia de los gobernantes frente a una burocracia esclerosada, ineficiente y hermética frente a las demandas de la sociedad (...) El concepto de idoneidad, por oposición al de favoritismo, como condición de acceso a la administración pública, además de ser un postulado constitucional, es una calidad esencial de la eficiencia administrativa. La idoneidad o suficiencia no se presume, debe probarse de acuerdo con las formas legales que prevalecen sobre las facultades discrecionales de la autoridad” (Sola, Juan Vicente, “La Administración”, en Sola, Juan Vicente, ob. cit., tomo II, p. 824).

- Se conjuga adecuadamente con el sistema constitucional de turnos de gobierno¹⁷⁶. En efecto, la prescripción operaría al cabo de dos o tres mandatos de dictado el acto cuya revisión se pretende¹⁷⁷; mandatos que –también por imperativo constitucional– necesariamente corresponderán a una Administración diferente¹⁷⁸. De esta forma, habrá siempre cuanto menos una oportunidad de revisión en manos de una gestión de gobierno alternativa¹⁷⁹.
- Permite que la eventual contienda sea ventilada por el tribunal con mayor precisión y cercanía al valor justicia propio del contexto en el cual el acto nulo fue dictado, evitando, no sólo las complicaciones inherentes a la faz probatoria del entuerto¹⁸⁰, sino también el inconveniente de tener que juzgar sobre la base de criterios normativos, técnicos y jurisprudenciales correspondientes a otra coyuntura; muchos de los cuales podrían, incluso, haber perdido vigencia y/o escapar del domi-

176. Ha sido la Corte quien puso de relieve la relación existente entre la periodicidad de los mandatos públicos y la cuestión atinente a la estabilidad de los actos administrativos. En efecto, en *Fallos*: 175:368 cit., concretamente dijo: “(...) no existe ningún precepto de ley que declare inestables, revisibles, revocables o anulables los actos administrativos de cualquier naturaleza y en cualquier tiempo, dejando los derechos nacidos o consolidados a su amparo a merced del arbitrio o del diferente criterio de las autoridades cuyo personal sufre mutaciones frecuentes por ministerio constitucional, legal o ejecutivo (...)”.

177. No así el plazo bienal de prescripción y por eso también lo hemos descartado (v. nota al pie N° 173).

178. Cfr. art. 90. El propósito de esta limitación es, precisamente, evitar que la primera magistratura concentre más poder, que se diluya la autocrítica y se desgaste la creatividad (cfr. Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina*, tomo II, Buenos Aires, La Ley, 2018, p. 407).

179. Si la fuerza político partidaria controlante total o parcialmente de esas gestiones no se modifica, pues entonces habrá sido el pueblo argentino quien –aunque de un modo reflejo– decidió que las decisiones por ella tomadas no necesitan revisión.

180. No son poco comunes los casos en que los documentos relevantes han sido destruidos, o las actuaciones administrativas extraviadas, o fallecido los testigos. Ello sin mencionar la dificultad de practicar –en tiempo presente– un peritaje sobre sistemas de contabilidad u otros extremos fácticos que tuvieron lugar muchos años atrás.

nio del tribunal. Se reduce considerablemente, así, el margen para una sentencia injusta¹⁸¹.

En suma, pensamos que el plazo decenal de prescripción que otrora regía con carácter residual en la legislación civil –hoy reemplazado por uno quinquenal– deparaba racionalidad para el sistema de la LNPA en su conjunto, lo que también constituye un recaudo de bases constitucionales¹⁸².

3. CONCLUSIONES

El problema del que nos hemos ocupado reconoce un cúmulo de preocupaciones científicamente autónomas como antesala: la pres-

181. "(...) acá el Derecho atiende prevalentemente a los factores orden y seguridad jurídicos, ya que mucho más podría comprometerse la justicia en el conjunto de los casos, si se admitiera lo contrario: que el titular del derecho puede hacerlo valer cuando ya se han borrado de la memoria de los interesados las circunstancias del acto, y cuando es probable la destrucción de documentos comprobatorios de la extinción del derecho, o incluso ya ha fallecido el deudor y sus herederos desconocen todo lo relativo a la obligación, etcétera" (Cazeaux, P. N.; Trigo Represas, F. A., *Derecho de las obligaciones*, tomo III, Buenos Aires, La Ley, 2010, p. 476).

182. Arg. *Fallos*: 328:566 cit. Dijeron allí los Dres. Maqueda y Zaffaroni en su voto conjunto: "(...) el art. 1º de la Constitución Nacional, al establecer el principio republicano, impone la racionalidad a todos los actos de gobierno de la República y la republicana separación de poderes debe ser funcional a ese objetivo y nunca un obstáculo a éste" (cons. 10). Véase también Carnota, Walter, "La racionalidad del acto administrativo", *Revista La Ley*, 2011-E, 870. Laplacette lo ha expresado con gran suspicacia e ingenio: "Si alguien entra a un inmueble del dominio privado del Estado, da muerte al ocupante, esconde su cuerpo y comienza a ocupar el fundo, luego de un determinado lapso, habrá prescripto la acción penal y tendrá derecho a inscribir el inmueble a su nombre, si acredita la posesión pacífica. En cambio, si en lugar de ser un homicida, adquiere ese mismo alguien el inmueble a través de un concurso de precios [sic], cuando correspondía un remate público, la posibilidad de plantear la nulidad de ese acto perdurará por toda la eternidad y, a menos que se reúnan las condiciones para la prescripción adquisitiva, los hijos, nietos y choznos del adquirente estarán sujetos a la posibilidad de que la Administración declare per se la nulidad de esa venta" (Laplacette, Carlos J., ob. cit.). Evidentemente este cuadro de situación necesita ser enmendado.

cripción de las acciones y su valor actual, la justicia del régimen revocatorio de los actos administrativos contenido en la LNPA –y, en particular, la cuestión sobre si su estabilidad constituye o no la regla–, la aplicación de normas del Derecho Civil al Derecho Administrativo, la acepción (o en todo caso, la utilidad) que habrán de tener en dicho campo las categorías de acto nulo y acto anulable, y de nulidad absoluta y nulidad relativa, la influencia entre las acciones penal y administrativa, entre otros. Todo ello conspira ciertamente contra la posibilidad de hallar una respuesta universalmente satisfactoria acerca de si la acción de nulidad referente a los actos administrativos irregulares es susceptible de prescripción.

La solución negativa encontrada por la Corte Suprema –ante el silencio de la ley– no está exenta de críticas. Sin embargo, sabido es que los jueces no pueden dejar de fallar so pretexto de la oscuridad o insuficiencia del Derecho Positivo¹⁸³.

Por otro lado, pensamos que si los argentinos tuviéramos otra ética¹⁸⁴ –y los mandatarios encargados de la cosa pública otra calificación y otra dignidad¹⁸⁵–, presumiblemente la Corte no se hubiera inclinado a priorizar –tan tajantemente– el propósito reduccionista de impedir la subsistencia en el mundo jurídico de un acto afectado de nulidad absoluta¹⁸⁶; axioma donde encuentran su germen las principales restricciones a la pretendida regla de estabilidad de los actos

183. Cfr. art. 15 CCiv. y art. 3° CCyCN.

184. “Ha dicho muy bien el Prof. Jaime Rodríguez Arana Muñoz que le es exigible al funcionario un plus de ética pública; por nuestra parte nos permitimos agregar que es además necesario y previo que la comunidad crezca en el nivel ético de las relaciones sociales. Como decía Ortega y Gasset, el Estado es un espejo de la Nación” (Comadira, J. R.; Escola, H. J.; Comadira, J. P., ob. cit., tomo II, p. 1124; en el mismo sentido, Guaita, Mariano, “Función pública y vocación”, Revista *El Derecho Administrativo*, 4 de junio de 2021).

185. Advuértase, de hecho, que el sistema de la LNPA descansa en una “única garantía [que] está dada por la presencia de funcionarios ecuanímenes y que actúen de buena fe: [aunque] organizar un sistema institucional sobre esas premisas es poco sensato” (Laplacette, Carlos J., ob. cit.).

186. Cfr. Fallos: 314:322, esp. cons. 6° y 7°.

administrativos, que –hay que reconocerlo– es de más lineal y sencilla armonización con la norma fundamental¹⁸⁷.

El rigor técnico y la fuerza convictiva que acompaña la mayoría de las posturas desarrolladas por los autores en sentido contrario a la hipótesis de la imprescriptibilidad –frente a las cuales la jurisprudencia reusa sucumbir– permiten suponer que las razones sopesadas por la Corte en esta materia trascienden probablemente las de índole estrictamente jurídica. Es de esos casos que

“(…) escapan a las reglas comunes para entrar en el ámbito de normas especiales, extraordinarias, atípicas, cuya sanción responde a situaciones particulares. Disposiciones que traducen los vaivenes políticos, los odios y los amores, las persecuciones y las revanchas, al cabo el *phatos* que revela la inmadurez de gobernantes y gobernados de una época”¹⁸⁸.

Como sea, el hechizo de los viejos fallos permanece incólume, anidando al amparo de la loable finalidad que parecieran perseguir, una fuente de superpoder no tolerada por la técnica más común y elemental de nuestra disciplina: el principio de legalidad.

La política, desde ya, recibe este mensaje apacible y sigilosamente: no puede resistirse a la tentación de una herramienta cuya inercia permite trastocar el escenario instaurado cuando sus adversarios electorales estuvieron a cargo de la gestión en el pasado y, al mismo tiempo, dar cabida a ideas, agentes y sectores en general que mejor se compezan con sus propios intereses corporativos, en sentido amplio.

Por nuestra parte, estamos convencidos de que las discusiones no pueden mantenerse avivadas para siempre; mucho menos las que atañen al Estado Federal, como sujeto de la comunidad internacional. Hoy más que nunca existen sobradas muestras de que el anclaje en el pasado conspira contra el crecimiento común, en un país con grandes desa-

187. Cfr. *Fallos*: 338:212, esp. cons. 6°.

188. *Fallos*: 307:1487.

fíos económicos y sociales por delante. La dinámica que impone el contexto de inserción global en la era digital –donde todo es justipreciado en clave de velocidad– determina que reanimar ciertos diferendos del pasado resulte sencillamente fatídico e intolerable. Por otro lado, la organización de la sociedad reclama estabilidad en los derechos. Y la litigiosidad –onerosa *per se*– no es conveniente para nadie.

No es nuestro propósito adoptar una postura definitiva sobre la cuestión, sino tan solo proveer evidencia en cuanto a que la misma alberga una multiplicidad de factores que necesitan ser conciliados; muchos más de los que llegaron a ponderarse en la doctrina de los fallos clásicos, cuya receta se ha prolongado injustificadamente en el tiempo. A lo que nos oponemos, por tanto, es a su uso extendido sobre toda clase de supuestos, haciéndola partícipe del problema común a todas las generalizaciones. Reivindicamos, en cambio, la libertad del juez ante el caso concreto¹⁸⁹ y el espacio para el criterio de justicia que personalmente lo guía; ello hasta tanto el legislador, como es debido, selle la suerte de este añejo derrotero.

4. BIBLIOGRAFÍA

- Ábalos, María Gabriela, “Aportes para una interpretación armónica del Código Civil y Comercial en el marco del federalismo fiscal”, Academia Nacional de Derecho, Buenos Aires, 5 de diciembre de 2016.
- Aberastury, Pedro, “La prescripción de la acción para impugnar el acto administrativo”, *RDA* 2013-87, 719.
- Acosta, Juan Ricardo, “Cómputo de la prescripción de la acción indemnizatoria de un acto administrativo ilegítimo”, *SAIJ*, DACF140396, 19 de junio de 2014.
- Albornoz, Juan José, “La acción de lesividad”, en Bertazza, Humberto J. (Dir.), *Ley N° 11.683 de procedimiento tributaria comentada*, Buenos Aires, La Ley, 2021.
- Altamira Gigena, Julio Isidro, “Los plazos en el Derecho Procesal Administrativo”, en *Estudios de Derecho Administrativo*, tomo X, Mendoza, Ediciones Dike, 2004.

189. Fallos: 323:555, esp. cons. 9° y 10.

- Alterini, A. A.; Ameal, O. J.; López Cabana, R. M., *Derecho de las obligaciones*, Buenos Aires, Abeledo Perrot,
- Alterini, Jorge Horacio (Dir.), *Código Civil y Comercial Comentado*, tomos II y VIII, Buenos Aires, La Ley, 2016.
- Badrán, Juan Pablo, *Prescripción liberatoria. Teoría y práctica*, Córdoba, Lerner, 2015.
- Balbín, Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, Buenos Aires, La Ley, 2007.
- Balbín, Carlos, *Impacto del Código Civil y Comercial en el Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 2016.
- Bianchi, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ábaco, 2002.
- Bielsa, Rafael, *Relaciones del Código Civil con el Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Lajouane, 1923..
- Borda, Alejandro, *La teoría de los actos propios*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2017.
- Bueres, A. (Dir.); Highton, E. I. (Coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, tomo II-C, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 367
- Buteler, Alfonso, "Bases constitucionales de la potestad revocatoria", en Casagagne, Juan Carlos (Dir.), *Máximos precedentes: Derecho Administrativo*, tomo I, Buenos Aires, La Ley, 2013, pp. 613 y sigs., comentario a *Fallos*: 326:3316.
- Buteler, Alfonso, "La nulidad manifiesta del acto administrativo y el nuevo Código Civil y Comercial", en Pizarro, R. D.; Buteler, A. (Dir.), *El Código Civil y Comercial y el impacto en el Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2018.
- Carnota, Walter, "La racionalidad del acto administrativo", *Revista La Ley*, 2011-E, 870.
- Carrillo, Santiago, "¿Legalidad vs. Seguridad Jurídica? El conocimiento del vicio como fundamento de la anulación del acto", *Revista La Ley*, 2004-A, 324.
- Carrió, Genaro, *Cómo fundar un recurso*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2005.
- Cassagne, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Buenos Aires, La Ley, 2011.
- Cassagne, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009.
- Cassagne, Juan Carlos, *Los grandes principios del Derecho Público Constitucional y Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2015.
- Cassagne, Juan Carlos, "Acerca de la caducidad y prescripción de los plazos para demandar al Estado nacional", *Revista El Derecho*, 45-829.

- Cassagne, Juan Carlos, "El dictado de una medida cautelar que suspende la revocación de un acto administrativo por razones de ilegitimidad", Revista *La Ley*, 2001-E, 586.
- Cassagne, Juan Carlos, "El fallo *Carman de Cantón*: un hito fundamental en la consolidación de las vertientes garantísticas del Derecho Administrativo argentino", Revista *La Ley*, 2002-B, 19.
- Cassagne, Juan Carlos, "El procedimiento administrativo y el acceso a la justicia: la regla del agotamiento de la vía administrativa", Revista *El Derecho Administrativo*, 7 de mayo de 2021.
- Cazeaux, P. N.; Trigo Represas, F. A., *Derecho de las obligaciones*, tomo III, Buenos Aires, La Ley, 2010.
- Chinchilla, Federico, "Notas sobre la prescripción en el Derecho Administrativo", en López Herrera, Edgardo, *Tratado de la Prescripción Liberatoria*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.
- Claus, Juan Ignacio, "Los principios generales del Derecho y el conocimiento del vicio por el administrado como fundamentos de la nulidad de un contrato administrativo", Revista *La Ley*, 2002-E, 390.
- Comadira, Fernando Gabriel, *La acción de lesividad*, Buenos Aires, Astrea, 2019.
- Comadira, Fernando Gabriel, "Anulación del acto administrativo irregular y declaración de lesividad: algunas cuestiones que plantea la denominada «acción de lesividad»", Revista *elDial.com*, DC22FA.
- Comadira, Julio Pablo, "¿Cuándo el particular «conoce el vicio» del acto administrativo? A propósito del artículo 18 de la LNPA", Revista *elDial.com*, DC20C.
- Comadira, Julio Rodolfo, *El acto administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2009.
- Comadira, Julio Rodolfo, *La anulación de oficio del acto administrativo: La denominada "Cosa Juzgada Administrativa"*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1998.
- Comadira, Julio Rodolfo, "La observancia de la causa y el fin en la contratación administrativa reservada. La revocación por ilegitimidad del contrato administrativo en cumplimiento", Revista *El Derecho*, 177-749.
- Comadira, J. R., Escola, H. J.; Comadira, J. P., *Curso de Derecho Administrativo*, tomos I y II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2017.
- Comadira, J. R.; Monti, L (Colab.), *Procedimientos Administrativos*, tomo I, Buenos Aires, La Ley, 2007.
- Coviello, Pedro J. J., "La acción de lesividad y el debido proceso (a propósito de la sentencia de la Corte Suprema *in re AFIP - DGI* del 17-12-2013", en Coviello, Pedro J. J. (Coord.), *Homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, Buenos Aires, El Derecho, 2016.

- Coviello, Pedro J. J., "La confianza legítima", *Revista El Derecho*, 177-894, 11 de junio de 1998.
- Coviello, Pedro J. J., *La protección de la confianza del administrado*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004.
- Cuadros, Oscar A., "El Estado y la legalidad convencional", en AA. VV., *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2014.
- Buenos Aires,
- Damsky, Isaac A., "La crisis de la licitación pública. Sobre la forma de los contratos administrativos y cuestiones subyacentes", en AA. VV., *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2014.
- De la Fuente, Horacio H., *Orden público*, Buenos Aires, Astrea, 2003.
- De la Riva, Ignacio M., "Las partes", en Cassagne, Juan Carlos (Dir.), *Tratado general de Derecho Procesal Administrativo*, tomo I, Buenos Aires, La Ley, 2011.
- Diez Sánchez, Juan José, "El principio de conservación de actos", en Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Madrid, La Ley, 2010.
- Durand, Julio César: "El «error de derecho» no implica «conocimiento del vicio» por parte del administrado...", *RDA* 2007-60, 583.
- Durand, Julio César, "La prescripción liberatoria en el derecho administrativo", *RDA* 2000-33/35, 399.
- Elías, José S., "«Simón». O de cómo las buenas intenciones pueden socavar el Estado de Derecho", *JA* 2006-III-351.
- Furnari, Esteban C., "El Derecho Procesal Administrativo y el instituto de la acción de lesividad", en Alonso Regueira, Enrique (Dir.), *El control de la actividad estatal*, tomo II, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016.
- García de Enterría, Eduardo, "La nulidad de los actos administrativos que sean constitutivos de delito...", *REDA* n° 98/1998.
- Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina*, tomo II, Buenos Aires, La Ley, 2018.
- Gelli, María Angélica, "La Corte Suprema de Justicia fija el alcance de la inconstitucionalidad sobreviniente", *Revista La Ley*, 1993-A, 545.
- Gil Domínguez, Andrés, "Imprescriptibilidad de los delitos de corrupción. Una obligación constitucional y convencional", *Revista La Ley*, 2016-A, 574.

- González Arzac, Rafael M., "Los plazos de impugnación judicial de actos administrativos nacionales", Revista *El Derecho*, 51-956.
- Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, tomos I y III, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2013.
- Grecco, Carlos Manuel, "Tipicidad del acto administrativo y reservas de revocación", en Muñoz, G. A.; Grecco, C. M., *Fragmentos y testimonios del derecho administrativo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999.
- Grondona, Mariano F., "La falta de contratos, una carencia urgente de nuestra economía", Diario *La Nación*, 9 de agosto 2021.
- Guaita, Aurelio, *El proceso administrativo de lesividad*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1953.
- Guaita, Mariano, "Función pública y vocación", Revista *El Derecho Administrativo*, 4 de junio de 2021.
- Guaita, M. R.; Ylari, J. S., "Apuntes sobre la modificación del Reglamento de Procedimientos Administrativos y su incidencia en el Proceso Contencioso Administrativo Federal", Revista *Institutas*, Buenos Aires, 28 de septiembre de 2018.
- Guglielminetti, A. P.; Grecco, C. M., "Invalidez del acto administrativo (Una visión alternativa del caso *Los Lagos*)", Rubinzal Culzoni, RDP, 2004-2, 579.
- Gusmán, Alfredo Silverio, "Carácter retroactivo de la nulidad del acto administrativo", en AA. VV., *El Derecho Administrativo hoy. 16 años después*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2013.
- Gusmán, Alfredo Silverio, "El principio de legalidad y el acto administrativo discrecional", Revista *El Derecho*, 170-1185.
- Haddad, Jorge, *Incidencias del Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016.
- Hutchinson, Tomás, *Régimen de procedimientos administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 2017.
- Ildarraz, Benigno, "El proceso de lesividad", Cassagne, Juan Carlos (Dir.), *Tratado general de Derecho Procesal Administrativo*, tomo I, Buenos Aires, La Ley, 2011.
- Ivanega, Mirian, "Reflexiones acerca de la confianza legítima y la buena fe", en Hernández Terán, Miguel (Dir.), *Derecho Constitucional para el siglo XXI*, Ecuador, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2020.
- Justo, Juan Bautista, "El régimen de invalidez del acto administrativo y las enseñanzas del nuevo Código Civil y Comercial", en Pizarro, R. D.; Buteler, A. (Dirs.), *El Código Civil y Comercial y el impacto en el Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2018.

- Kunath, Sigrid Elizabeth, "Abuso sexual infantil y prescripción", disponible online.
- Laplacette, Carlos J., "Constitución Nacional e imprescriptibilidad de la acción de nulidad de actos administrativos", Revista *La Ley*, 2017-F, 627.
- Linares, Juan Francisco, "Vía de hecho administrativa y acto inexistente", Revista *La Ley*, 1982-C, 889.
- López Herrera, Edgardo, *Tratado de la Prescripción Liberatoria*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.
- López Mesa, M.; Trigo Represas, F. A.; Salas, A. E., *Código Civil y leyes complementarias anotados*, tomo III, Buenos Aires, Depalma, 1971.
- Luqui, Roberto E., "La revocación de los actos administrativos por razones de ilegalidad", Revista *La Ley*, 2011-F, 907.
- Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomos II y III-B, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011.
- Menna, J. P.; Brandt, G., "Aplicación anticipada del Código Civil y Comercial. Prescripción en materia de tributos locales", Revista *La Ley*, Buenos Aires, 9 de junio de 2015.
- Miolano, José Luis, "Límites de la potestad revocatoria de la Administración: La acción de lesividad", en *Estudios de Derecho Administrativo*, tomo IX, Mendoza, Ediciones Dike, 2004.
- Moisset de Espanés, Luis, *Prescripción*, Córdoba, Advocatus, 2004.
- Moisset de Espanés, Luis, "La nulidad absoluta y su declaración de oficio", JA 1980-II-164.
- Negre, María Isabel, "Buena administración y plazo razonable, dos asuntos que parecen olvidados", RDA 2020-128, 81.
- Rodríguez, Claudia. B.; Amadeo, José. L., *La prescripción según la jurisprudencia de la Corte*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2006.
- Sammartino, Patricio, "Precedentes para recordar. Precisiones sobre la invalidez del acto administrativo en el Estado constitucional de Derecho", Revista *El Derecho Administrativo*, 2014-724.
- Sandhagen, Alberto, "La imprescriptibilidad de los delitos de corrupción. A propósito del artículo 36 de la Constitución Nacional", RDP 2020-2,3.
- Sarmiento García, Jorge H., "La acción de lesividad", en *Estudios de Derecho Administrativo*, tomo X, Mendoza, Ediciones Dike, 2004.
- Schafrik de Núñez, Fabiana, "Una breve reseña sobre la prescripción en materia tributaria", en Haddad, Jorge Enrique, *Segundas Jornadas de Derecho Tributario – Aspectos tributarios del nuevo Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Instituto de Derecho Tributario, 2017.

- Silva Tamayo, Gustavo, "Las nulidades en el Código Civil y Comercial y en la Ley de Procedimientos Administrativos", Buenos Aires, Astrea, disponible online.
- Sola, Juan Vicente, "El contrato social", en Sola, Juan Vicente (Dir.), *Tratado de Derecho y Economía*, tomo II, Buenos Aires, La Ley, 2013.
- Sola, Juan Vicente, "La Administración", en Sola, Juan Vicente (Dir.), *Tratado de Derecho y Economía*, tomo II, Buenos Aires, La Ley, 2013.
- Tripoli, P.; Ammirato A., "Un interesante pronunciamiento de la justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires (el caso *Di Stefano*)", *JA* 2002-III-290.
- Yacobucci, Guillermo Jorge, "El dilema de la legalidad en el Derecho Penal de los Derechos Humanos", en Cancio Meliá, Manuel (Coord.), *Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, tomo II, Madrid, B de F, 2006.
- Zannoni, Eduardo A., *Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Astrea, 2015.

Jurisprudencia

- Perrone y Preckel vs. Argentina* (2019), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 8 de octubre de 2019. *Spoltore vs. Argentina* (2020), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 9 de junio de 2020. *AFIP - DGI s/ solicita revocación de acto administrativo – acción de lesividad contencioso administrativo* (2013), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 17 de diciembre de 2013, Fallos: 336:2364.
- Alcántara Díaz Colodrero, Pedro c/ Banco de la Nación Argentina s/ juicios de conocimiento* (1996), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20 de agosto de 1996, Fallos: 319:1476.
- Almagro, Gabriela y otra c/ Universidad Nacional de Córdoba* (1998), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 17 de febrero de 1998, Fallos: 321:169.
- Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros* (2004), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 24 de agosto de 2004, Fallos: 327:3312.
- Astilleros Alianza S.A. de Construcciones Navales, Industrial, Comercial y Financiera c/ Estado Nacional (PEN) s/ daños y perjuicios (incidente)* (1991), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 8 de octubre de 1991, Fallos: 314:1202.
- Astilleros Mestrina S.A. de CYRNICYF c/ Estado Nacional Ministerio de Economía s/ cobro de sumas de dinero* (2010), Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 14 de septiembre de 2010, *Ballvé, Horacio Jorge c/*

- Administración Nacional de Aduanas s/ nulidad de resolución* (1990), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 9 de octubre de 1990, Fallos: 313:1007.
- Banco de la Nación Argentina c/ I.B.M. Argentina S.A. s/ proceso de conocimiento* (1999/2000), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27 de mayo de 1999 y 7 de marzo de 2000. *Banco Francés e Italiano c/ Caja de Jubilaciones de Empleados Bancarios* (1941), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 24 de diciembre de 1941, Fallos: 191:490.
- Barra, Roberto Eugenio Tomás s/ defraudación por administración fraudulenta* (2004), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 9 de marzo de 2004, Fallos: 327:327.
- Bertuzzi, Pablo Daniel y otro c/ EN – PJN y otro s/ amparo Ley N° 16.986* (2020), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 3 de noviembre de 2020, Fallos: 343:1457.
- Biosystems S.A. c/ Estado Nacional Ministerio de Salud Hospital Posadas s/ contrato administrativo* (2014), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 11 de febrero de 2014. *Bonder Aaron (Emperador Compañía Financiera S.A.) y otros c/ BCRA s/ Resol. N° 178/1993* (2013), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 19 de noviembre de 2013, Fallos: 336:2184.
- Botana, Helvio Ildefonso y otros c/ CADEPSA y otros s/ nulidad de actos jurídicos* (1990), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 6 de marzo de 1990, Fallos: 313:173.
- Budano, Raúl Alberto c/ Fac. Arquitectura s/ amparo* (1987), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 9 de junio de 1987, Fallos: 310:1045.
- Carman de Cantón, Elena c/ Nación Argentina* (1936), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14 de agosto de 1936, Fallos: 175:368.
- CASE SACIFIE c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires* (2010), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 5 de octubre de 2010, Fallos: 333:1922.
- Cohen, Rafael c/ Instituto Nacional de Cinematografía s/ nulidad de resolución* (1990), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 13 de marzo de 1990, Fallos: 313:228.
- Chubut, Provincia del c/ Centrales Térmicas Patagónicas S.A. s/ sumario* (2001), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7 de diciembre de 2001, Fallos: 324:4199.
- Cuatrin, Gladis María y otros s/ contrabando* (2008), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 8 de abril de 2008, Fallos: 331:600.
- D'Uva, Norberto Carlos c/ Schirripa, Gaudencio y otro s/ nulidad de modelo industrial* (1992), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 6 de octubre de 1992, Fallos: 315:2370.
- Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros* (1992), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7 de julio de 1992, Fallos: 315:1492.

- El Tambolar c/ Estado Nacional y DGI s/ acción declarativa s/ medida cautelar* (1993), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7 de septiembre de 1993, Fallos: 316:1930.
- Empresa Constructora F. H. Schmidt S.A. c/ Provincia de Mendoza* (1937), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 24 de noviembre de 1937, Fallos: 179:249.
- Empresa Provincial de Energía de Santa Fe (EPE) c/ AFIP s/ ordinario* (2010), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 5 de octubre de 2010. *ENTEL (E. L.) c/ Maipú Inversora S.A. s/ contrato administrativo* (2012), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 29 de mayo de 2012,.
- Escudero, Maximiliano Daniel s/ recurso de casación* (2021), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 23 de marzo de 2021, Fallos: 344:378.
- Faifman, Ruth Myriam y otros c/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios* (2015), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 10 de marzo de 2015, Fallos: 338:161.
- Filcrosa S.A. s/ quiebra s/ incidente de verificación de Municipalidad de Avellaneda* (2003), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 30 de septiembre de 2003, Fallos: 326:3899.
- Fisco Nacional – Dirección General Impositiva c/ Compañía de Seguros del Interior S.A. s/ ejecución fiscal* (1995), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 10 de agosto de 1995, Fallos: 318:1416.
- Gómez, Carlos s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 40.232 del Tribunal de Casación Penal - Sala I -* (2021), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 12 de agosto de 2021. *González, Herminia del Carmen c/ ANSeS s/ reajustes por movilidad* (2000), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 21 de marzo de 2000, Fallos: 323:555.
- Gorordo Allaria de Kralj, Haydée María c/ Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación)* (1999), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 4 de febrero de 1999, Fallos: 322:73.
- Grosso de Rivas, María I. c/ Nación Argentina* (1936), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 23 de septiembre de 1936, Fallos: 176:70.
- Guillermo Mirás S.A.C.I.F. c/ Aduana – Expte. N° 414.068/64* (1973), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 18 de octubre de 1973, Fallos: 287:76.
- Gypobras S.A. c/ Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia) s/ contrato de obra pública* (1995), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 5 de abril de 1995, Fallos: 318:441.
- Ibarguren de Duarte, Juana c/ Perón, Juan Domingo s/ restitución de bienes* (1985), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27 de agosto de 1985, Fallos: 307:1487.
- Indacor S.A. c/ AFIP s/ amparo Ley N° 16.986* (2020), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2 de julio de 2020, Fallos: 343:538.

- Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ reajustes varios* (2005), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 29 de marzo de 2005, *Fallos*: 328:566.
- Kek, Sergio Leonardo y otro c/ Municipalidad de Coronel Du Graty s/ demanda contencioso administrativa* (2015), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 25 de marzo de 2015, *Fallos*: 338:212.
- Kestelboim, Mario Jaime c/ Estado Nacional s/ ordinario* (1989), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 30 de noviembre de 1989, *Fallos*: 312:2352.
- La Rinconada S.A. (en liquidación) c/ Estado Nacional s/ nulidad de resolución* (1993), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 4 de mayo de 1993, *Fallos*: 316:871.
- Losicer, Jorge Alberto y otros c/ BCRA Resol. N° 169/2005 (EXP. 105666/86 Sum Fin 708)* (2012), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 26 de junio de 2012, *Fallos*: 335:1126.
- Los Lagos S.A. Ganadera c/ Gobierno Nacional* (1941), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 30 de junio de 1941, *Fallos*: 190:142.
- Marnic Construcciones S.A.C.I.I. y A. c/ Provincia del Chaco y/o Dirección de Vialidad Provincial s/ demanda contenciosa administrativa* (2005), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 28 de julio de 2005, *Fallos*: 328:2712.
- Marriot Corporation c/ RILA S.A. y/o quien resulte responsable* (1991), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 10 de septiembre de 1991, *Fallos*: 314:1048.
- Meridiano S.C.A. y otras c/ Administración General de Puertos s/ demanda daños y perjuicios* (1979), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 24 de abril de 1979, *Fallos*: 301:292.
- Miragaya, Marcelo Horacio c/ Comité Federal de Radiodifusión s/ amparo Ley N° 16.986* (2003), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 8 de septiembre de 2003, *Fallos*: 326:3316.
- Movimiento Scout Argentino c/ Estado Nacional (Ministerio de Justicia) s/ inconstitucionalidad, nulidad y revocación de acto administrativo* (1980), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 17 de junio de 1980, *Fallos*: 302:545.
- Naveiro de la Serna de López, Helena María c/ Bauhoffer, Martha Beatriz (recurso de hecho)* (1992), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 19 de noviembre de 1992, *Fallos*: 315:2771.
- P., A. c/ Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas Discapacitadas y otro s/ amparo* (2015), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 16 de junio de 2015, *Fallos*: 338:448.
- Papuzynsky, Ricardo Luis c/ CONET s/ juicios de conocimientos* (1995), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 4 de mayo de 1995, *Fallos*: 318:817.
- Pradera del Sol c/ Municipalidad de General Pueyrredón* (2004), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2 de diciembre de 2004, *Fallos*: 327:5356.

- Pulido, Hilda Filomena c/ ANSeS s/ restitución de beneficio* (2004), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 15 de abril de 2004, *Fallos*: 327:1148.
- Pustelnik, Carlos Arnoldo y otros* (1975), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7 de octubre de 1975, *Fallos*: 293:133.
- Romero, Reynaldo Ramón c/ Gobierno Nacional y/o Editorial "Democracia" s/ nulidad de escritura pública, reivindicación, cobro por daños y perjuicios* (1967), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 4 de octubre de 1967, *Fallos*: 269:55.
- Salas de Baiud, Elvira R. c/ Estado Nacional – Estado Mayor General de la Armada s/ accidente en el ámbito militar y F. Seguridad* (1994), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20 de diciembre de 1994, *Fallos*: 317:1816.
- San Pedro, Manuel c/ Gobierno Nacional s/ cobro de pesos provenientes de sueldos* (1935), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 21 de agosto de 1935, *Fallos*: 173:289.
- Sejean, Juan Bautista c/ Zaks de Sejean, Ana María s/ inconstitucionalidad del art. 64 de la Ley N° 2.393* (1986), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27 de noviembre de 1986, *Fallos*: 308:2268.
- Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc.* (2005), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14 de junio de 2005, *Fallos*: 328:2056.
- Sociedad Rural Argentina c/ Estado Nacional – Poder Ejecutivo s/ acción meramente declarativa* (2013), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 21 de agosto de 2013, *Fallos*: 336:1283.
- Sosa de Basso, María Angélica y Basso, María Cristina c/ Buenos Aires, Provincia de y Municipalidad de Junín s/ nulidad, cancelación de inscripción y daños y perjuicios* (1987), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 18 de agosto de 1987, *Fallos*: 310:1578.
- S.A. Organización Coordinadora Argentina c/ Secretaría de Inteligencia de Estado* (1998), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 17 de febrero de 1998, *Fallos*: 321:174.
- S.A. Furlotti Setien Hnos. c/ INV por recurso de apelación* (1991), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 23 de abril de 1991, *Fallos*: 314:322.
- S.A.D.E. S.A.C.C.I.F.I.M. c/ Estado Nacional (M.O.S.P. - Dirección Nacional de Construcciones Portuarias y Vías Navegables) s/ contrato de obra pública* (1997), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27 de febrero de 1997, *Fallos*: 320:158.
- Talleres Navales Dársena Norte S.A.C.I. y N. s/ concurso preventivo* (2018), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 21 de noviembre de 2018, *Fallos*: 341:1679.
- Veites, José Ernesto c/ Llauro, Adrián Gerardo y otro* (1984), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 15 de noviembre de 1984, *Fallos*: 306:1664.

- Villafañe de Molina, Elba c/ Sary, Manuel s/ oposición indebida al registro de marca* (1976), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 8 de julio de 1976, *Fallos*: 295:265.
- Villegas, Andrés Walter s/ jubilación* (1974), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 8 de agosto de 1974, *Fallos*: 289:185.
- Viñas, Pablo c/ EN – M° Justicia y DDHH s/ indemnizaciones – Ley N° 24.043 – art. 3°* (2018), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 25 de mayo de 2018, *Fallos*: 341:570.
- Volkswagen de Ahorro para Fines Determinados S.A. c/ Provincia de Misiones – Dirección General de Rentas y otro s/ demanda contenciosa administrativa* (2019), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 5 de noviembre de 2019, *Fallos*: 342:1903.
- Wiater, Carlos c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía) s/ proceso de conocimiento* (1997), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 4 de noviembre de 1997, *Fallos*: 320:2289.
- Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/ Corrientes, Provincia de y Banco de Corrientes s/ cobro de australes* (1992), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 3 de marzo de 1992, *Fallos*: 315:158.
- Fisco de la Provincia de Buenos Aires c/ Recuperación de Créditos S.R.L. s/ Apremio – Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley* (2018), Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 16 de mayo de 2018. *Bank Boston NA c/ GCBA s/ repetición (art. 357 CCAyT) s/ recurso de apelación ordinario concedido* (2015), Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 23 de diciembre de 2015. *Fornaguera Sempe, Sara Stella y otros c/ GCBA s/ otras demandas contra la Aut. Administrativa s/ recurso de inconstitucionalidad concedido* (2015), Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 23 de octubre de 2015.
- GCBA c/ Club Social y Deportivo Argentino s/ Ej. Fisc. s/ recurso de inconstitucionalidad concedido* (2016), Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 12 de octubre de 2016. *Marini, Osvaldo Oscar s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: GCBA c/ Osvaldo Marini s/ ej. fiscal. – avalúo”* (2013), Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 22 de octubre de 2013. *A., J. s/ recurso de casación* (2016), Cámara Federal de Casación Penal, Sala 4, 22 de marzo de 2016. *Cossio, Ricardo Juan Alfredo y otros s/ recurso de casación* (2018), Cámara Federal de Casación Penal, Sala 4, 29 de agosto de 2018. *Roldán, Brian Marcelo y otro s/ encubrimiento* (2018), Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala 3, 31 de julio de 2018. *L., J. J. – promoción a la corrupción agravada – incid. de extinción por prescripción s/ recurso de casación* (2014), Cámara de Ca-

sación Penal de Paraná, 18 de noviembre de 2014, *AFIP – DGI c/ Casino Buenos Aires S.A. s/ Dirección General Impositiva* (2020), Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, 29 de diciembre de 2020. *ANLIS (Disp. 704/99) Licitación 3/99 (Inc. Med.) c/ Codial Construcciones S.R.L. s/ proceso de conocimiento* (2001), Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, 13 de marzo de 2001. *Aseguradora de Crédito y Garantías S.A. (TF 28934-I) c/ DGA s/ recurso directo de organismo externo* (2016), Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, 18 de octubre de 2016. *Bejarano, Nicanor Nolberto y otros c/ D.G.F.M. s/ empleo público* (2001), Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, 30 de octubre de 2001. *Benitez, Manuel C. c/ EN (PEN y otro) s/ empleo público* (1999), Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, 9 de diciembre de 1999. *Blake, Jorge Luis y otros c/ EN – CSJN – Consejo Magistratura - Art. 110 Constitución - s/ empleo público* (2016), Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III (integrada por conjuces), 29 de junio de 2016. *Camino, Juan Carlos c/ EN – M° Seguridad – PFA – Resol. N° 351/1980 s/ personal militar y civil de las FF. AA. y de Seg.* (2019), Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, 14 de marzo de 2019. *Cardiovascular Aeronáutico Central S.R.L. c/ EN – M° Defensa – FAA – acto administrativo 07/07 s/ contrato administrativo* (2021), Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, 1° de junio de 2021. *Empresa Nacional de Telecomunicaciones (e.l.) c/ Nec Argentina S.A. s/ contrato administrativo* (2009), Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, 10 de marzo de 2009. *EN c/ Battioni, Julio César s/ proceso de conocimiento* (2006), Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, 31 de agosto de 2006. *EN – Gendarmería Nacional – licitación 3/01 c/ El Centinela S.A. s/ contrato administrativo* (2006), Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, 27 de abril de 2006. *E.N. – M° Economía – Resol. N° 170/2009 (Expte S01:5914/09 y otros) c/ Ramón Miguel Giuliano s/ proceso de conocimiento* (2021), Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, 23 de septiembre de 2021. *E.N. – M° Justicia – CSJN c/ Benito Roggio e Hijos S.A. s/ proceso de conocimiento* (1999), Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, 2 de noviembre de 1999. *Marinelli, Antonio Roque y otro s/ Administración Federal de Inteligencia s/ personal militar y civil de las FF. AA. y de Seg.* (2018), Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo

Federal, Sala V, 26 de abril de 2018. *Petracca e Hijos SACIFI y otros c/ Estado Nacional (Ente Autárquico Mundial '78) s/ cobro de pesos* (1986), Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en pleno, 24 de abril de 1986. *Murúa, Eduardo c/ EN – BCRA s/ proceso de conocimiento* (2021), Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, 22 de abril de 2021. *Sindicatura General de la Nación c/ Elías, Miguel J.* (2000), Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, 8 de febrero de 2000. *Warning S.A. c/ Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales – INCAA s/ contrato administrativo* (2002), Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, 5 de noviembre de 2002. *M.D.M. y otros s/ 296 en función del 292, 172, 54 y 55 CP* (2016), Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala II, 6 de octubre de 2016. *Pizzio, Pablo Omar y otros c/ GCBA s/ empleo público (excepto cesantía o exoneraciones) – empleo público – diferencias salariales* (2018), Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Tributario y de las Relaciones de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1° de noviembre de 2018. *Municipalidad de Esperanza c/ Noriega Rosana Raquel s/ Premios* (2019), Cámara de Apelación de Circuito de Santa Fe, 3 de julio de 2019. *Alaniz, Juan G. c/ Cía. Aseguradora Argentina* (1959), Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en pleno, 27 de noviembre de 1959. *Inversora Dársena Norte S.A. s/ quiebra* (2007), Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, 20 de julio de 2007. *Dictámenes 241:207* (2002), 2 de mayo de 2002, Procuración del Tesoro de la Nación.

Dictámenes 248:475 (2004), 16 de marzo de 2004, Procuración del Tesoro de la Nación.

Dictámenes 259:011 (2006), 13 de octubre de 2006, Procuración del Tesoro de la Nación.

Normativa

Constitución de la Nación Argentina, publicada según Ley N° 24.430 (BO 10/1/1995).

Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada mediante Ley N° 23.054 (BO 27/3/1984).

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, aprobada mediante Ley N° 24.632 (BO 9/4/1996).

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD REFERENTE...

Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada mediante Ley N° 23.849 (BO 22/10/1990).

Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado mediante Ley N° 26.994 (BO 8/10/2014).

Código Civil de la Nación, aprobado mediante Ley N° 340 (RN 1863/69).

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, aprobado mediante Ley N° 17.454 (BO 7/11/1967).

Decreto Ley N° 19.549/1972 (BO 27/4/1972).

Decreto N° 1.759/1972 (BO 27/04/1972).

Decreto N° 411/1980 (BO 27/02/1980).

Ley N° 27.586 (BO 16/12/2020).

Ley N° 27.206 (BO 10/11/2015)

Ley N° 26.854 (BO 30/4/2013).

Ley N° 26.705 (BO 5/10/2011).

Ley N° 26.097 (BO 9/6/2006).

Ley N° 25.344 (BO 21/11/2000).

Ley N° 24.759 (BO 17/1/1997).

Ley N° 24.522 (BO 9/8/1995).

Ley N° 17.711 (BO 26/4/1968).

Ley N° 17.940 (BO 4/11/1968).

DIÁLOGOS SOBRE EL JUICIO POR JURADOS

JURY TRIAL DIALOGUES

CARLOS MANUEL ROMERO BERDULLAS¹

Recibido: 18 de agosto de 2021
Aprobado: 3 de septiembre de 2021

RESUMEN

El trabajo afrontado procura precisar la medida de razonabilidad y constitucionalidad del juicio por jurados clásico, actual *trending topic* de los proyectos de reforma procesal, que no sólo ya es receptado en diferentes provincias, sino que también podría convertirse en una inminente realidad en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el resto del territorio nacional y el orden federal.

Así pues, en traza de alcanzar el objetivo propuesto, primero, se indaga la procedencia de este modelo de enjuiciamiento, cómo fue receptado en la Constitución Nacional y cuáles fueron los criterios enseñados por la Corte Suprema de Justicia o la doctrina al analizar su aplicabilidad.

1. Doctor en Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad del Salvador (USAL). Especialista en Derecho Penal por la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA). Abogado por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Integrante del Centro de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA). Correo electrónico: romeroberdullascm@yahoo.com.ar.

Una vez agotada esa fase del descubrimiento se determinan los motivos por los cuales el Congreso jamás instrumentó el juicio por jurados; y luego se mueve la razón para discurrir si este modelo de enjuiciamiento es o no una expresión de la denominada “soberanía popular” desde una perspectiva realista.

Dilucidados estos dos puntos también se criban ciertas dimensiones del juicio por jurados clásico que han originado más de una polémica, objeción o diálogo universitario; e interpelan al lector a recorrer un camino seguro para acercar una respuesta plausible a cuestiones disputadas alrededor de los bemoles del veredicto inmotivado, la idoneidad del órgano decisor y la independencia de los jueces.

De este modo, todos estos temas siempre presentes en la discusión académica animada por el juicio por jurados no sólo son estudiados con rigurosidad, sino, a la par, complementados con el planteo de nuevas líneas de investigación y otros interrogantes aún abiertos a soluciones auténticamente superadoras.

PALABRAS CLAVE

Juicio; Jurado; Clásico; Íntima convicción; Taxquet.

ABSTRACT

The work undertaken seeks to specify the measure of reasonableness and constitutionality, the classic jury trial, the current trending topic of procedural reform projects, which is not only received in different provinces, but could also become an imminent reality in the Autonomous City of Buenos Aires, the rest of the national territory and the federal order.

Thus, in order to achieve the proposed objective, the origin of this model of prosecution is first investigated, how it was received in the National Constitution and what were the criteria taught by the Supreme Court of Justice or the doctrine when analyzing its applicability.

Once that phase of discovery is exhausted, the reasons why Congress never implemented the jury trial are determined; and then the reason moves to discuss whether or not this model of prosecution is an expression of the so-called “popular sovereignty” from a realistic perspective.

Once these two points are clarified, certain dimensions of the classic jury trial that have originated more than one controversy, objection or university dialogue are also screened; and they challenge the reader to walk a safe path to approach a plausible answer to disputed questions around the flats of the unmotivated verdict, the suitability of the decision-making body and the independence of the judges.

In this way, all these issues always present in the academic discussion animated by the jury trial are not only studied rigorously, but at the same time, complemented with the raising of new lines of research and other questions that are still open to truly superior solutions.

KEYWORDS

Trial; Jury; Classic; Intimate Conviction; Taxquet.

PARA CITAR ESTE TEXTO:

Romero Berdullas, Carlos M. “Diálogos sobre el juicio por jurados”, *FORUM: Revista del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, N° 12, 2021, pp. 237-312.

1. INTRODUCCIÓN

La instauración del juicio por jurados propiciada ya hace más de una década por la corriente reformista, que fuera receptada en diferentes provincias, pareciera marcar una tendencia susceptible de re-

plicarse en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires², el resto del territorio nacional y el orden federal³.

Por ello, ante la euforia originada por esta novedad importada de los Estados Unidos de América e Inglaterra, y con el propósito de rehuir del peligro de partir de visiones extranjerizantes, al analizar el juicio por jurados se advierte la importancia de no obviar ese perenne magisterio indicador de “(...) que las instituciones jurídicas no pueden ser valoradas en abstracto, con un criterio universal, sino concretamente, con criterio referido especialmente al medio en que han de actuar, para determinar si son aptas o adecuadas a la cultura, educación y costumbres del pueblo en que han de ser aplicadas”⁴.

Vale preguntarse, entonces, si, por ejemplo, puede trasvasarse naturalmente a nuestra rica tradición jurídica el modelo del *common law*, el principio de oportunidad⁵ y/o el juicio por jurados sin más, pues entre la *tradere* recibida de nuestra madre Patria España, el sistema europeo continental heredado y la cultura propia de nuestra amada Argentina se advierte un contrapunto radical con esa identidad angloamericana.

2. Di Nicola, Gabriel, “Avanza un acuerdo legislativo para que la Ciudad debata el juicio por jurados”. *La Nación*, Buenos Aires, 4 de junio de 2021 (disponible en <https://www.lanacion.com.ar/seguridad/avanza-un-acuerdo-legislativo-para-que-la-ciudad-debata-el-juicio-por-jurados-nid04062021/>, consultado el 3/8/2021).

3. Cfr. Red de Jueces Penales Bonaerenses, “Se presentó en el Senado de la Nación un proyecto de ley de juicio por jurados”, 17 de marzo de 2021 (disponible en <https://reddejueces.com/proyecto-de-ley-de-juicio-por-jurados-para-la-jurisdicion-federal/>, consultado el 3/8/2021); y Angulo, Martín, “Corte Suprema, Consejo de la Magistratura y juicios por jurados: los proyectos de reforma judicial que anunció Alberto Fernández”, 1º de marzo de 2021 (disponible en <https://www.infobae.com/politica/2021/03/01/corte-suprema-consejo-de-la-magistratura-y-juicios-por-jurados-los-proyectos-de-reforma-judicial-que-anuncio-alberto-fernandez/>, consultado el 3/8/2021).

4. Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, t. I, 2ª ed., Buenos Aires, Lerner, 1969, p. 227.

5. Algo ya acontecido en los últimos años en nuestro país, sin ajustarse a la medida de razonabilidad de nuestra Constitución Política (cf. Romero Berdullas, Carlos M., *Derecho Penal Líquido – Inconstitucionalidad del principio de oportunidad*, Ad Hoc, 2020; y Romero Berdullas, Carlos M., *Criterios de oportunidad en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2020).

Evidentemente, la elección de un modelo de juicio u otro (jurados legos o profesionales) es una cuestión de prudencia política no reñida con el Derecho Natural, pero que inexorablemente requiere de una ponderación equilibrada de posibles argumentos a favor o en contra de cada arquetipo procesal, a partir de un diálogo *in utramque partem, audi alteram partem*, orientado a determinar la mayor o menor adecuación al bien común⁶ de cada sistema de enjuiciamiento.

Como explica Raúl Elhart⁷, tanto el juicio por jurados como el desarrollado por jueces profesionales presentan fortalezas y debilidades, pues ambos constituyen "(...) sistemas de justicia humanos, perfectibles, ambos han transitado un largo camino a través de los siglos, y ambos se han visto pulidos, poco a poco, detalle por detalle, y así seguirá ocurriendo"⁸.

6. Vale destacar que las clases de juicio deben subordinarse a las condiciones de cada pueblo, sus circunstancias históricas y sus hombres, pues no debe obrarse a la inversa. Se sigue de cerca lo enseñado por el Aquinate en *In II Politicorum*, lec. 6, n° 229, según cita en glosa a Santo Tomás de Aquino, *De regimine principum ad regem cypri*, Córdoba, Athanasius, 2016, p. 67

7. Quien en su obra pivotea en torno a Schiavo, Nicolás, *El juicio por Jurados*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016 y Harfuch, Andrés, *El veredicto del jurado*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2019.

8. Cfr. Elhart, Raúl, *Juicio por jurados*, Buenos Aires, Hammurabi, 2021, pp. 94-95, donde se añade: "(...) La posible maleabilidad de los jurados ante el avance del conocimiento de las técnicas de litigación por las partes, no se verifica en igual grado en los jueces profesionales. La imparcialidad tanto en uno como en otro (...) parece ser un punto común. No obstante, los jurados son jueces ocasionales, designados por sorteo, y previa audiencia de selección (*voir dire*), no son empleados estatales permanentes; en cambio, los jueces profesionales son permanentes, pero provienen de un proceso de selección inserto en el engranaje del Estado, con base constitucional, son nombrados previo examen en el Consejo de la Magistratura, terna mediante, selección ante el Poder Ejecutivo, aprobación ante el Senado (...) [I]a logística que exige un juicio por jurados representa exigencias mayores que (...) exige un juicio ante jueces profesionales. El costo económico y las exigencias de preparación y asignación de personal del juicio por jurados es mayor que (...) el juicio ante jueces profesionales (...) la practicidad de un juicio ante jueces profesionales supera a la del juicio por jurados (...) La participación ciudadana en el juicio por jurados es una nota de absoluta fortaleza (...) que no se da en el juicio ante jueces profesionales. La precisión técnica es mayor en el juicio ante jueces profesionales. En cambio, la capacidad de flexibilidad de los jurados, ante lo justo, es superior a la (...) de los jueces

Esto denota, como enseña San Juan Pablo II, que “[e]l hombre es siempre igual; los sistemas que crea son siempre imperfectos, y tanto más imperfectos cuanto más seguro esté de sí mismo (...)”⁹. De ahí la relevancia de no presentar a los sistemas de enjuiciamiento –sea cual fuere el prototipo escogido– como modelos perfectos e ideales. Vale destacar esto, porque como todo artículo de moda, el auge del juicio por jurados puede conducir a la errada idealización de este sistema de enjuiciamiento.

Por lo tanto, con este reparo, aquí, procuraremos evaluar la medida de racionalidad del juicio por jurados, pero intentando sortear aquella actual tendencia a definirse como “juradista” o no “juradista”. Primero, debido a que las palabras “juradista” o “antijuradista” no existen¹⁰; y segundo, mas no por ello menos importante, porque lo trascendental es saber constituirse en amigos del buen mirar para cribar los institutos penales o procesales con una medida de razonabilidad ajustada a la realidad; e inferir, así, conclusiones adecuadas al grado de certeza requerido por el ámbito científico. De lo contrario, no podremos superar el umbral de lo opinable, sector en donde, como enseñara Carlos A. Sacheri, la “(...) parte de afectividad robustece, fortalece nuestras opiniones no con argumentos ni convicciones racionales sino con tendencias, gustos (...), etc.”¹¹.

En fin, el diseño de esta aproximación inicial al controversial juicio por jurados no es ir contra este *trending topic* de las reformas procesales o la apología de ese modelo de enjuiciamiento hoy tan en boga, movidos por el mero capricho, la estulticia o la rebeldía inte-

profesionales. La fundamentación y explicación, escrita y expuesta, del veredicto es un aspecto de fortaleza en el juicio ante jueces profesionales, que no se verifica, con aquel grado de explicitación, en el veredicto rendido por los jurados populares, aunque debe decirse que, a su vez, la reserva sobre tal aspecto también es un elemento de fortaleza que hace a una decisión justa por parte de los jurados populares”.

9. San Juan Pablo II, *Cruzando el umbral de la Esperanza*, Barcelona, Plaza & Janes, 1994, p. 29.

10. Tal como se puede comprobar de la mera lectura del Diccionario de la Real Academia Española (cfr. <https://dle.rae.es/juradista>, consultado el 14/7/2021).

11. Sacheri, Carlos A., *Filosofía e Historia de las Ideas Filosóficas*, Mendoza, Escipión, 2016, p. 52.

lectual, aunque sabido es que, como enseña Chesterton, “[l]as cosas muertas pueden ser arrastradas por la corriente, sólo algo vivo puede ir contra la corriente”¹². Concretamente, el propósito de lo escrito es poner de relieve algunos aspectos del juicio por jurados clásico¹³ merecedores de un mayor grado de reflexión en torno a su medida de razonabilidad; plantear algunos interrogantes originados en derredor a este tópico y repasar ciertas aristas pasibles de ser objetadas, pues todos los modelos de administración del servicio de justicia siempre son perfectibles.

Asumida la importancia de precisar la racionalidad del juicio por jurados, nada parece más conveniente que iniciar nuestro itinerario indagando su procedencia, cómo fue receptado en nuestra Constitución Política y cuáles fueron los criterios enseñados por la Corte Suprema de Justicia o la doctrina al analizar la aplicabilidad de ese modelo de enjuiciamiento, como así también los debates originados por las rémoras suscitadas en torno a su implementación.

De modo tal, que una vez agotada esa fase del descubrimiento nos hallaremos en mejores condiciones de determinar, desde una visión fincada en la realidad de las cosas, cuál es el posible motivo por el cual el Congreso jamás instrumentó el juicio por jurados; para luego mover la razón en traza de discurrir si este modelo de enjuiciamiento es o no una expresión de la denominada “soberanía popular”.

Así, ya dilucidados estos dos puntos no menores, nos dispondremos a cribar ciertas dimensiones del juicio por jurados clásico que han provocado más de una polémica o diálogo universitario; y nos interpelan a recorrer un camino seguro para acercar una respuesta plausible a cuestiones disputadas alrededor de los bemoles del veredicto inmotivado, la idoneidad del órgano decisor y la independencia de los jueces. De esta forma, todos estos temas siempre presentes en

12. Chesterton, Gilbert K., *El hombre eterno*, 1925, según cita en Chesterton, Gilbert K., *El amor o la fuerza del sino*, Madrid, Rialp, 1993, p. 46.

13. La medida de razonabilidad del recorte investigativo viene determinada por el hecho de que este modelo es el propuesto mayoritariamente por la doctrina reformista y el predominante en las provincias de la República Argentina donde se ha receptado el juicio por jurados, con la única excepción de Córdoba, donde rige un prototipo escabinado.

la discusión académica animada por el juicio por jurados, no sólo serán estudiados, sino también complementados con el planteo de nuevas líneas de investigación y otras preguntas aún abiertas a soluciones superadoras.

2. PROCEDENCIA DEL JUICIO POR JURADO

Según Horacio Rosatti, “(...) la participación popular en la función judicial surge con la conformación moderna de la teoría de la división de poderes y la extensión del concepto de ciudadano”¹⁴, pues “[f]ue el Barón de Montesquieu quien, en 1748, escribió: «El Poder Judicial no debe dársele a un Senado permanente, sino ser ejercido por personas salidas de la masa popular; periódica y alternativamente designadas de la manera que la ley disponga, las cuales formen un tribunal que dure poco tiempo, el que exija la necesidad. De este modo se consigue que el poder de juzgar, tan terrible entre los hombres, no sea función exclusiva de una clase o de una profesión; al contrario, será un poder, por decirlo así, invisible y nulo. No se tienen jueces constantemente a la vista; podrá temerse a la magistratura, no a los magistrados» (Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Libro Décimo-primer, Capítulo VI, Porrúa, México, 1982, trad. Nicolás Estévez, p. 105)”.

Por cierto, la intervención de representantes de la ciudadanía a la hora de administrar justicia no es un patrimonio exclusivo del Derecho moderno o una hija del iluminismo o las revoluciones acontecidas en Francia y Estados Unidos de América, pues ya es posible avizorar la idea de jurados populares en el tribunal de los Heliastas de Grecia¹⁵, en

14. Cfr. considerando n° 5 del voto de Horacio Rosatti, en *Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado - impugnación extraordinaria* (2019), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2 de mayo de 2019, *Fallos*: 342:697, publicado en *La Ley*, Buenos Aires, t. 2019-C, año LXXXIII n° 118, el 26 de junio de 2019, cita *on line*: AR/JUR/7772/2019.

15. Tribunal integrado por ciudadanos mayores de treinta años, sin deudas contraídas contra el tesoro público ni mácula en su reputación, quienes eran escogidos anualmente. Este tribunal, que en ocasiones se halló integrado por quinientos, mil y

las centurias romanas (asambleas populares conformadas por patricios y plebeyos)¹⁶, y las juntas escandinavas del siglo VII¹⁷.

No obstante, podemos aseverar que el prototipo de jurado hoy promovido en nuestro país por la doctrina reformista se afina en la matriz de los estadounidenses, cuyas primigenias formas jurídicas abrevaron en una Inglaterra, donde como bien explica Tinoco Pastrana, la acción es ejercida en nombre de la Corona, en tanto emana de la misma y no del pueblo¹⁸.

Si indagamos los antecedentes del jurado actualmente en boga nos topamos en tierras inglesas con la instauración del *Assize of Clarendon* en 1164 y el *Gran Assize* establecido por Enrique II, aunque estas instancias de deliberación de tribunales integrados por doce sujetos legos se hallaban más bien incardinadas en la idea de justificar la procedencia de la imputación, como así también la apertura del juicio¹⁹. La cuestión es que, con el correr de los años, estas asambleas derivarían en la implementación de un *petit jury* ordenado a intervenir en la fase de debate²⁰.

Naturalmente, en esa etapa incipiente se observa la inexistencia de un nítido distingo entre la competencia para determinar cuestiones de hecho y de derecho en los integrantes del jurado, junto a la exigencia de que los órganos decisores se hallaran auto-informados, notas

hasta seis mil Heliastas, resultaba competente para dirimir todo delito, salvo aquellos reservados al Aerópago y a los Efetas (Vélez Mariconde, Alfredo, ob. cit., t. I, p. 26).

16. Cfr. Vélez Mariconde, Alfredo, ob. cit., t. I, p. 36. También Mommsen da cuenta de la intervención de la ciudadanía en la administración de Justicia, tal cual puede comprobarse en Mommsen, Theodor, *Derecho Penal Romano*, 1ª ed., Santiago de Chile, Olejnik, 2019, pp. 98, 103, 115, 117, 123 y 125. Por su parte, al analizar el juicio por jurados, en tanto institución típica del Derecho anglosajón, Maier afirma que éste tuvo su origen en la Roma republicana (cf. Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, 2ª ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, pp. 788-789).

17. Schiavo, Nicolás, ob. cit., p. 29.

18. Cfr. Tinoco Pastrana, Ángel, *El sistema judicial penal en el Common Law y el principio de oportunidad*, tesis doctoral del Departamento de Derecho Penal y Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, Sevilla, mayo de 1999, p. 65, disponible en <https://idus.us.es/handle/11441/24008> (consultado el 14/1/2021).

19. Schiavo, Nicolás, ob. cit., pp. 42-49.

20. Ídem.

extintas en el moderno jurado anglosajón, *contrario sensu* caracterizado por: a) la división de la potestad jurisdiccional para resolver sobre aspectos fácticos y jurídicos, pues la primera decisión es reservada al jurado, mientras la segunda es asumida por el juez técnico; b) la prohibición de recabar información por cuenta propia de los jueces, quienes únicamente pueden valerse de las pruebas producidas en la audiencia de juicio para determinar si el imputado es o no culpable; c) el secretismo de la deliberación y un veredicto ensamblado a la íntima convicción e inmotivado, ambos orientados a garantizar inmunidad al tribunal lego sobre lo dirimido; y d) la fijación de la regla de comprobación de la culpabilidad más allá de toda duda razonable, estándar previsto en traza de controlar la razonabilidad del pronunciamiento, a partir de la vinculación de los hechos y la prueba rendida²¹.

Como afirma Schiavo, "(...) los orígenes norteamericanos del juicio por jurados se remontan a las tradiciones, costumbres y modelos de organización que los ingleses llevaron consigo a las nuevas tierras"²²; de ahí que en ese contexto debe interpretarse la "*Stamp Act* sancionada por el Primer Congreso de las Colonias Americanas en 1765, en la cual se declaró: «El juicio por jurados es un derecho inherente e inestimable de cada súbdito británico en estas colonias»"²³. Empero, el juicio por jurados resultaría resignificado a partir de la independencia de los Estados Unidos de América, en la medida en que sería consagrado como una garantía individual en la Constitución de 1787 (cf. art. 3º, segunda sección, acápite tercero²⁴ y sexta enmienda²⁵), pues esta institución se había convertido en un resguardo frente

21. Schiavo, Nicolás, ob. cit., pp. 42-58.

22. Schiavo, Nicolás, ob. cit., p. 65.

23. Ídem.

24. Allí se prescribe: "Todos los delitos serán juzgados por medio de un jurado excepto en los casos de acusación por responsabilidades oficiales, y el juicio de que se habla tendrá lugar en el Estado en que el delito se haya cometido; pero cuando no se haya cometido dentro de los límites de ningún Estado, el juicio se celebrará en el lugar o lugares que el Congreso haya dispuesto por medio de una ley".

25. Allí se prescribe: "*En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial del distrito y Estado en que el delito se haya cometido, distrito que deberá haber sido determinado previamente por la ley; así como de que se le haga saber la naturaleza y causa de la acusación, de que se le*

a la Corona inglesa, en cuanto a que, previo a la revolución, se amplió la jurisdicción de los Tribunales de Almirantazgo e implementó la posibilidad de juzgar a los colonos en Inglaterra por delitos consumados en las colonias²⁶.

3. RECEPCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Si ceñimos nuestra mirada al fenómeno del juicio por jurados en la República Argentina, comprobaremos doctrinarios que confirman el influjo de la Revolución francesa, el iluminismo y la independencia de los Estados Unidos de América en parte de quienes decidieron su incorporación en la letra constitucional²⁷.

Dentro de este contexto, el artículo 175 del Proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica para las provincias Unidas del Río de la Plata en América del Sud estableció: “El juicio criminal se establecerá por jurados, y el Poder Legislativo publicará con preferencia el reglamento correspondiente bajo los principios más propios, para asegurar los derechos individuales y el interés de la comunidad”²⁸; y el artícu-

caree con los testigos que depongan en su contra, de que se obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan y de contar con la ayuda de un abogado que lo defienda” (el destacado me pertenece).

26. Schiavo, Nicolás, ob. cit., pp. 58-68.

27. En ese sentido, cfr. Maier, Julio B. J., ob. cit., p. 777; Schiavo, Nicolás, ob. cit., p. 69; Hein Andrés, “Juicio por jurados. Una paciente espera”, en AA. VV., *Participación ciudadana en la justicia*, Derecho Penal, año I, n° 3, Buenos Aires, Editorial del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2012, pp. 157-159; Erbeta, Daniel, “Democratización de la justicia y participación ciudadana. El juicio por jurados populares”, en AA. VV., *Juicio por jurados y procedimiento penal*, Buenos Aires, Editorial Jusbaire, pp. 151-168, 2017; y Crocioni, Francisco J., “Pensar el proceso penal después de *Canales*”, *La Ley*, Buenos Aires, año LXXXIII, n° 118, Tomo 2019-C, 26 de junio de 2019, pp. 10-12.

28. Disponible en http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/proyecto-de-constitucion-de-la-sociedad-patriotica/html/6d95c592-cdc6-439c-bbf6-6cfd2752428f_2.html (consultado el 9/4/2021). No obstante, como bien advierte Maier, la exigencia del juicio por jurados ya surge por primera vez en 1812, en el cap. XXI, art. 22 del proyecto elaborado por la comisión designada para redactar la Constitución (cfr. Maier, Julio B. J., ob. cit., pp. 775-776).

lo 114 de la Constitución de las Provincias Unidas en Sud América de 1819 fijó: “Es del interés y del derecho de todos los miembros del Estado, el ser juzgado por jueces los más libres, independientes e imparciales que sea dado a la condición de las cosas humanas. El Cuerpo Legislativo cuidará, de preparar y poner en planta el establecimiento del juicio por jurados, en cuanto lo permitan las circunstancias”; texto luego replicado en la Constitución argentina de 1826²⁹.

Enseña Don Julio Maier, que esta manda constitucional procede del artículo 3º, segunda sección, acápite tercero de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, que habría sido trasvasada por José Benjamín de Gorostiaga en su esbozo constitucional al seguir el texto de la Constitución Federal de los Estados Unidos de Venezuela de 1811, la cual se asimila al actual artículo 118 de nuestra Constitución Nacional³⁰.

En efecto, si uno pasa la criba sobre el artículo aludido comprobará la semejanza entre ambas Constituciones Políticas, pues el artículo 117 de la Constitución Federal de los Estados Unidos de Venezuela rubricaba que “[t]odos los juicios criminales ordinarios que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Representantes por el párrafo cuarenta y cuatro, se terminarán por jurados luego que se establezca en Venezuela este sistema de legislación criminal, cuyo delito (...); pero cuando el crimen sea fuera de los límites de la Confederación contra el Derecho de Gentes, determinará el Congreso por una ley particular el lugar en que haya seguirse el juicio”³¹.

Hacia mediados del siglo XIX se difundieron en nuestro territorio obras inglesas y norteamericanas, que amén de provenir de un orden jurídico sustancialmente diverso del de la tradición romana, impresionaron a algunos exponentes rioplatenses, como, por ejemplo,

29. Cfr. AA. VV., *Constituciones Argentinas, Compilación histórica y análisis doctrinario*, Buenos Aires, Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2015, pp. 24 y 64.

30. Cfr. Maier, Julio B. J., ob. cit., p. 776.

31. Disponible en http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constitucion-federal-de-los-estados-de-venezuela-21-de-diciembre-1811/html/86de8dbc-4b14-4131-a616-9a65e65e856a_2.html (consultado el 9/4/2021).

Domingo F. Sarmiento y Florentino González³², quienes acogieron el juicio por jurados³³.

Si bien “(...) es indiscutible que el modelo representado por la Constitución norteamericana estuvo presente en la labor de los constituyentes”³⁴, pues el mismo “(...) Gorostiaga (...) decía que el proyecto estaba «vaciado en el molde de la Constitución de Estados Unidos (...)»³⁵, también se hallaban “presentes otras fuentes que le daban a la Constitución un sesgo propio (...)”³⁶, como “(...) la Constitución de 1826, las Bases de Alberdi y la experiencia política del país”³⁷. Por eso, es importante precisar “(...) que nuestras instituciones político-jurídicas anteriores a 1853 se plasmaron sobre un constitucionalismo de espíritu tradicional y europeo, no norteamericano”³⁸. De ahí que, “(...) según Aftalión, se advierte en la Constitución el influjo iusnaturalista a través de dos vertientes: una teísta, de raíz escolástica, desarrollada por Santo Tomás y los teólogos españoles; y otra liberal, iluminista, inspirada en la Revolución francesa y la Constitución norteamericana”³⁹.

Esto es fundamental retenerlo, por cuanto el clima imperante al tiempo de llevarse a término la organización constitucional y la renovación legislativa se hallaba signado por un notorio eclecticismo, que conjugaba “ideas procedentes de la tradición, el racionalismo, el iluminismo, el historicismo, el más moderno Derecho científico”⁴⁰. Por

32. Nótese, que Florentino González y Victorino de la Plaza fueron designados por la Comisión patrocinada por Faustino D. Sarmiento para elevar un proyecto tendente a implementar el juicio por jurados; pero los documentos presentados no obtuvieron el aval legislativo necesario (cfr. Crocioni, Francisco J., ob. cit., p. 11; Jofré, Tomás, *Manual de Procedimiento*, t. I, 5ª ed., Buenos Aires, La Ley, 1941, p. 95; y Maier, Julio B. J., ob. cit., pp. 777-778 y 781).

33. Anzoátegui, Víctor Tau, *Las ideas jurídicas en la Argentina, Siglos XIX – XX*, 3ª ed. ampl., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, p. 91.

34. Anzoátegui, Víctor Tau, ob. cit., p. 103.

35. Ídem.

36. Ídem.

37. Ídem.

38. Anzoátegui, Víctor Tau, ob. cit., p. 104.

39. Ídem.

40. Anzoátegui, Víctor Tau, ob. cit., p.92.

lo tanto, aunque algunos fueron capturados por la idea de modelo (como, por ejemplo, Sarmiento) o un acatamiento prácticamente servil a la jurisprudencia norteamericana⁴¹, la presencia de un arquetipo⁴² no se tradujo en un desprecio de “la propia tradición, el orden legislativo existente, la experiencia vivida o las necesidades actuales de la sociedad”⁴³, pues contrariamente, se procuró amalgamar todos esos elementos en un todo armónico⁴⁴. Es que, tal cual afirmara un Facundo Zubiría citado por Anzoátegui, hubiese constituido un yerro buscar “la libertad constitucional en libros o modelos y no en el estado de nuestros pueblos y nuestra propia historia”⁴⁵, en tanto “las instituciones no son sino la fórmula de las costumbres públicas, de los antecedentes, de las necesidades, carácter de los pueblos y expresión genuina de un verdadero ser político”⁴⁶.

Hecho este breve esbozo sobre las influencias de la Constitución Nacional de 1853, vale resaltar que si bien ésta contempló el juicio por jurados en tres artículos: el 24, 64, inc. 11 (hoy 75, inc. 12) y 99 (actualmente 118), la reforma constitucional de 1949 suprimió toda alusión a esta clase enjuiciamientos.

Explica Cholvis, que en “la redacción definitiva de la Constitución de 1949 se observa el pensamiento de Arturo Enrique Sampay. Puede decirse que expresó en el texto constitucional el pensamiento político de Perón, y precisó los medios para alcanzar el fin último de

41. Anzoátegui, Víctor Tau, ob. cit., pp. 91-92, 98 y 103. Allí incluso Anzoátegui afirma que esa línea interpretativa de la Constitución de 1853, pasible de caracterizarse como de acatamiento casi servil a la jurisprudencia de los Estados Unidos de América, era sustentada por Domingo F. Sarmiento y Florentino González. Al punto que esta tendencia prevaleció en los primeros lustros, pero luego fue corregida por la reacción de constitucionalistas y magistrados, quienes se inclinaron por la aplicación nacional de la Constitución, en clave con la postura defendida vivamente por Alberdi.

42. La influencia de la Constitución de los Estados Unidos de América en nuestro texto constitucional también es afirmada en Penna, Cristian D., “Primer paso de la Corte Suprema de Justicia hacia la consolidación del juicio por jurados”, *La Ley*, Buenos Aires, año LXXXIII, n° 118, Tomo C, 26 de junio de 2019, pp. 15-18.

43. Anzoátegui, Víctor Tau, ob. cit., p. 98.

44. Anzoátegui, Víctor Tau, ob. cit., p. 93.

45. Anzoátegui, Víctor Tau, ob. cit., p. 98.

46. Ídem.

una comunidad política: la justicia social”⁴⁷. Por ello es importante lo comentado por Schiavo, quien abreva en una investigación desarrollada por Bruzzone, donde constaría que, según el hijo de Domingo A. Mercader, por aquel entonces presidente de la Convención Constituyente, “el propio Perón, conversando sobre los diversos aspectos de la reforma, se había mostrado contrario al juicio por jurados por entender que se trataba de una institución ajena a las tradiciones nacionales, adhiriendo de ese modo al argumento del desuetudo”⁴⁸.

Sin embargo, vale destacar que la eliminación del juicio por jurados en el texto constitucional no perduró demasiado, en tanto el gobierno de facto de 1955 procedió a su restablecimiento con la modificación de 1957.

Basta añadir a esto, que cabe interrogarse si la Constitución Nacional de 1949 no debería haber regido de hecho hasta la reforma de 1994, dada la ausencia de validez de la modificación efectuada en 1957 por la autodenominada Revolución Libertadora, cuyos vicios de origen, materiales y formales han sido objeto de disímiles críticas⁴⁹.

47. Cholvis, Jorge F., “Constitución Nacional de 1949. Su concepción filosófico-política y diseño técnico-jurídico”, en AA. VV., *Constituciones Argentinas...*, ob. cit., pp. 181-186.

48. Específicamente en Bruzzone, Gustavo A., “Mito y realidad en la participación en la administración de justicia en Sudamérica: ¿se instaurará finalmente el juicio por jurados en la Argentina como lo establece la Constitución Nacional desde 1853?, en AA. VV., *Juicio por jurados en el proceso penal*, Buenos Aires, Ad-hoc, 2000, p. 117, según cita en Schiavo, Nicolás, ob. cit., p. 80.

49. Cfr. Loiano, Adelina, “Reforma Constitucional de 1957”, en AA. VV., *Constituciones Argentinas...*, ob. cit., pp. 227-236. Indica, Loiano, que “existen muchas opiniones sobre si esa derogación por decreto fue o no ejercicio de poder constituyente en tanto el acto no dispuso modificación alguna y solo se limitó a restablecer la vigencia de la Constitución histórica y sus ulteriores reformas, con excepción de la de 1949” (cfr. ob. cit. *ut supra*, pp. 227-228). Añade la citada que esa reforma fue “promovida por un gobierno de facto sin cámaras legislativas, esenciales para la articulación del proceso reformador, tal como está regulado en el art. 30 constitucional”; y, además, “se convocó a la convención constituyente indicando en el art. 2º, con mucha generalidad, los puntos que podían ser reformados”; por tanto, “no solo resulta objetable la forma de la convocatoria y la omisión de los requisitos constitucionales más esenciales, sino que el partido político protagonista del régimen depuesto –el justicialismo– estaba proscripto”, a lo que se deben agregar, durante las sesiones, los “frecuentes (...)

Pues esto jaquearía la afirmación de que desde la Constitución histórica de 1853 la expresión constitucional se habría inclinado a favor del juicio por jurados sin solución de continuidad⁵⁰.

Lo cierto es que, tras este último vaivén histórico, pareciera haberse sellado la manifestación constitucional hacia la adopción del juicio por jurados con la reforma de 1994, pues la Constitución Política en vigor prevé en sus artículos 24, 75, inc. 12 y 118: “El Congreso promoverá (...) el establecimiento del juicio por jurados”; dictará “(...) leyes generales para toda la Nación sobre (...) el establecimiento del juicio por jurados”; y todos “(...) los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución”, sujetando la realización de esos juicios al ámbito provincial donde se hubiere cometido el delito; con excepción de aquellos cometidos fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, oportunidad en la cual el Congreso determinará por una ley especial el lugar donde deberá seguirse el juicio.

Ahora bien, amén de la existencia de las mandas constitucionales que en diversas etapas de la historia de nuestro país previeron la instauración del juicio por jurados, el Congreso de la Nación no promovió su establecimiento, ni dictó leyes conducentes a su implementación para los juicios criminales ordinarios. Tanto es así, que en la actualidad el juicio por jurados únicamente rige en las provincias de Córdoba (modelo escabinado⁵¹), Neuquén, Buenos Aires, Río Negro,

enfrentamientos entre bancadas que finalizaron con el retiro de los convencionales de la UCR intransigente”, pues “en ese ambiente de desorden el debate fue difícil y finalmente terminaron las sesiones en forma abrupta, habiendo cumplido solo parcialmente la tarea encomendada” (cfr. ob. cit. *ut supra*, p. 228).

50. Cfr. Bruzzone, Gustavo A., ob. cit., p. 111, según Schiavo, Nicolás, ob. cit., p. 82.

51. El jurado escabinado se encuentra conformado por jueces legos y profesionales; mientras que en el “sistema clásico (anglosajón), un grupo de ciudadanos, dirigidos por un juez profesional, conocen los hechos y se pronuncia mediante un veredicto de culpabilidad sobre estos, para que luego un juez técnico determine la pena que corresponde al veredicto efectuado” (Maggio, Facundo, “Juicio por jurados. Facultades no delegadas por las provincias”, *La Ley*, Buenos Aires, año LXXXIII, n° 118, Tomo 2019-C, 26 de junio de 2019, pp. 13-14). Por lo demás, en el arquetipo mixto “existe

Mendoza, Chubut, Entre Ríos, San Juan y Chaco⁵², donde se sancionaron leyes tendentes a suplir la omisión del legislador nacional.

4. LA GUÍA INTERPRETATIVA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Por su parte, si analizamos la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se observa una primera etapa (entre 1911 y 1932) donde, como advierte con buen tino María Angélica Gelli, “existió cierta resistencia interpretativa (...) –o a lo menos indiferencia– por considerar el establecimiento del jurado popular una obliga-

una progresiva intervención del jurado clásico durante el desarrollo del juicio hasta la sentencia, en donde, ante un eventual veredicto de culpabilidad, se forma un jurado escabinado para determinar la pena correspondiente al veredicto (Maggio, Facundo, ob. cit., p. 13). Como explica Ferrer, actualmente “el sistema anglosajón puro, tradicional, «de hecho» o «de veredicto», tiene vigencia en Estados Unidos, Inglaterra, Escocia, Gales, Australia, Canadá, Noruega, Rusia y –desde 1978– España”; mientras “[e]l sistema escabinado según el cual jueces y legos deciden sobre la culpabilidad o absolución, la pena, y la posible responsabilidad civil, rige en Francia, Italia, Alemania, Suiza y Portugal”; en tanto “[e]l sistema mixto que reserva a los legos en soledad la determinación de la inocencia o culpabilidad del acusado, y en este último caso los integra con los jueces técnicos para determinar la pena, rige en Bélgica, Austria y Noruega. En nuestra región, con matices, rige solamente en Brasil, Venezuela y en Córdoba (Argentina)” (Ferrer, Carlos F., “El enjuiciamiento penal con jurados populares en la provincia de Córdoba”, en AA. VV., *Participación ciudadana*, en Derecho Penal, año I, n° 3, Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos-INFOJUS, dic. 2012, pp. 263-270).

52. En estas provincias rige el modelo clásico. El movimiento a favor del jurado en la Argentina promueve mayoritariamente la instauración de esta clase de jurado, caracterizado por Penna con las siguientes notas distintivas: a) participación plural del panel de jurados con doce ciudadanos; b) escisión de las funciones del juez profesional y el jurado, pues el primero dirige el juicio, determina la pena o medida de seguridad aplicable de corresponder e instruye al jurado; mientras el segundo delibera y emite el veredicto (es decir, valora el plexo probatorio, precisa los hechos y aplica la ley suministrada por el juez, a través de sus instrucciones; c) secreto de la deliberación, de consuno a la prohibición de intromisiones externas, a fin de asegurar la soberanía e independencia del órgano juzgador; d) exigencia de unanimidad, tanto para absolver o condenar; e) centralidad del juicio; f) legitimidad para recurrir únicamente a favor del imputado (Penna, Cristian D., ob. cit., pp. 15-16).

ción perentoria del Congreso y, desde luego, para interpretar que ese tipo de proceso constituía un derecho operativo, en modo de garantía, de los justiciables”⁵³.

Repárese que en 1911, al pronunciarse en el Fallo *Loveira*, el tribunal cimero manifestó: “[l]os artículos 24, 67 y 102 de la Constitución no han impuesto al Congreso el deber de proceder inmediatamente al establecimiento del juicio por jurados, al igual que el primero no le impuso términos perentorios para la reforma de la legislación en todos sus ramos”⁵⁴.

Incluso, huelga destacar que esa dispensa fue replicada en 1932 y 1947, tanto en *La Fronda*⁵⁵ como en *Tiffemberg*⁵⁶, al dejar sentada la inexistencia de un deber emanado de nuestra Constitución Política para imperar al Congreso Nacional a proceder de inmediato al establecimiento del juicio por jurados.

Todavía más, refuerza la reticencia y desconfianza de aquella época a la pronta institución del juicio por jurados el hecho de que “(...) los ministros de la Corte Suprema que arribaron a idéntica conclusión en 1911 y en 1932 no fueron los mismos, que solo dos de ellos recibieron la designación de un mismo presidente y uno de los jueces fue designado en comisión por un presidente de facto y que, vuelto a proponer al Senado por un presidente electo, la Cámara le confirió el pertinente acuerdo”⁵⁷.

Ya en el año 2005, nos topamos con un *obiter dictum* de la máxima autoridad interpretativa de nuestra Constitución Nacional, que pareciera abrir paso hacia una progresiva implementación del juicio por jurados al imbricarlo al proceso acusatorio y constituirlo como una

53. Gelli, María A., “La validación del juicio por jurados populares desde la democracia y el federalismo”, *La Ley*, Buenos Aires, año LXXXIII, n° 118, Tomo 2019-C, 26 de junio de 2019, pp. 2-5.

54. *Loveira, Vicente c/ Mulhall, Eduardo T.* (1911), Corte Suprema de Justicia, 7 de diciembre de 1911, Fallos: 115:92.

55. *Ministerio Fiscal c/ La Fronda* (1932), Corte Suprema de Justicia, 25 de julio de 1932, Fallos: 165:258.

56. *Tribuna Democrata. Tiffemberg, David* (1947), Corte Suprema de Justicia, 9 de junio de 1947, Fallos: 208:21.

57. Gelli, María A., ob. cit., p. 2.

de las matrices más aptas en miras de potenciar la publicidad. Nótese que, en aquella oportunidad, la Corte explico: “(...) el proceso penal de un sistema judicial horizontalmente organizado no puede ser otro que el acusatorio, público, porque de alguna forma es necesario compensar los inconvenientes de la disparidad interpretativa y valorativa de las sentencias. De allí que nuestra Constitución previera como meta el juicio criminal por jurados, necesariamente oral y, por ende, público. Posiblemente sea necesaria aquí sí una interpretación progresiva para precisar el sentido actual de la meta propuesta por la Constitución. Habría que determinar si el jurado que ese texto coloca como meta es actualmente el mismo que tuvieron en miras los constituyentes, conforme a los modelos de su época, o si debe ser redefinido según modelos actuales diferentes de participación popular. Pero cualquiera sea el resultado de esta interpretación, lo cierto es que, desde 1853, la Constitución reitera en su texto la exigencia de la publicidad del proceso penal al recalcar la necesidad de establecer el juicio por jurados, como una de las más idóneas para lograr la publicidad. La circunstancia de que el deber ser no haya llegado a ser por la vía legislativa no puede ocultar que la Constitución optó por un proceso penal abiertamente acusatorio, al que tiende la lenta progresión de la legislación argentina a lo largo de un siglo y medio” (consid. n° 15)⁵⁸.

Posteriormente, el 2 de mayo de 2019, la Corte Suprema se pronunció sobre la constitucionalidad del juicio por jurados establecido por normas provinciales en *Canales*; y si bien el voto de la mayoría no se expidió sobre la mora del legislador nacional, interesa destacar el voto de Horacio Rosatti, quien expresó: “(...) a pesar del claro –y reiterado– mandato constitucional, la institución del juicio por jurados aún no se ha implementado por el Congreso Nacional en la República Argentina”⁵⁹; de ahí que la “(...) omisión parlamentaria no puede conllevar una derogación de hecho de la institución, en tanto ello equival-

58. C. 1757. XL. *Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa*, Causa n° 1681 (2005), Corte Suprema de Justicia, 20 de septiembre de 2005, *Fallos*: 328:3399.

59. Cfr. considerando n° 7 del voto de Horacio Rosatti, en *Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado - impugnación extraordinaria* (2019), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2 de mayo de 2019, *Fallos*: 342:697, publicado en *La Ley*,

dría someter la vigencia de las normas constitucionales a la actividad o pasividad de los poderes constituidos, que son quienes –en vez de ignorarlas o violentarlas– se encuentran obligados a cumplirlas”⁶⁰.

Más aún, el ministro de la Corte Suprema añadió: “(...) el constituyente originario confió en que el legislador nacional cumpliría –en tiempo razonable– con su obligación constitucional de reglamentar la institución y, quizás por ello, estimó innecesaria una previsión específica sobre el tema para el caso de incumplimiento”, pero “(...) lo cierto es que actualmente el juicio por jurados se encuentra contemplado en distintas constituciones locales (cfr. artículo 162 de la Constitución de la Provincia de Córdoba; artículos 135, inciso 27, 162 y 171 de la Provincia de Chubut; artículo 144 de la Provincia de La Rioja; artículos 122, inciso 23 y 186 de la Provincia de Entre Ríos; artículo 178 de la Provincia de Corrientes; artículo 197 de la Provincia de Río Negro; artículo 215 de la Provincia de San Luis y artículos 81, inciso 2° y 106 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires)”⁶¹.

5. LA DISCUSIÓN DOCTRINAL

En clave con lo expuesto, Clariá Olmedo expone la necesidad de reconocer que la Constitución Nacional impone el juicio por jurados, “(...) aun cuando no haya exigido su inmediata implantación”⁶², pues “[d]ebe señalarse que el discutible argumento que sostenía que se había producido una suerte de derogación tácita de los preceptos constitucionales derivada del extenso lapso sin ser implementado por el Poder Legislativo ha caído por completo, toda vez que la reforma constitucional de 1994 mantuvo en todos sus términos el texto del artículo 24 y de los ahora obrantes bajo los números 75, inciso 12, *in fine* y 118”. En consecuencia, a su entender, “(...) existe un mandato

Buenos Aires, t. 2019-C, año LXXXIII n° 118, el 26 de junio de 2019, cita *on line*: AR/JUR/7772/2019.

60. *Ibidem*, considerando n° 8.

61. *Ídem*.

62. Clariá Olmedo, Jorge A., *Derecho Procesal Penal*, t. I, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1998, p. 78.

renovado y expreso que obliga a los legisladores a dictar las leyes correspondientes (...)”⁶³.

Por su parte, Gelli sostiene que amén de las prevenciones generadas y todavía originadas por el juicio por jurados, “(...) la mora en que se mantiene el Congreso de la Nación no debe interpretarse en el sentido de que la institución ha sido derogada en los hechos. Por el contrario, esa inacción del Poder Legislativo constituye una inconstitucionalidad por omisión”⁶⁴.

En tanto que Bidart Campos plantea que el modo en el cual se encuentra redactada la frase citada en el artículo 118 de la Constitución Nacional conduce a “(...) pensar que la constitución ha concedido al congreso un espacio temporal amplio y elástico para decidir en qué momento considera oportuno y conveniente implantar el juicio por jurados, lo que de ser así no permitiría afirmar que la inexistencia del jurado equivale a una omisión constitucional”⁶⁵; pero igualmente, según el jurista citado, “(...) queda la duda de hasta cuándo es razonable suponer que se prolonga el plazo indeterminado a favor del congreso, porque en algún momento se habría de reputar extinguido y, por ende, configurada la inconstitucionalidad por omisión”⁶⁶.

En cambio, Vélez Mariconde advierte, desde un plano dogmático, que “el artículo 24 de la Constitución Nacional (...) consagra – como observa muy bien Soler – una norma jurídica imperfecta, es decir, una simple aspiración, declaración o expresión de un ideal, puesto que a la hipótesis de que no se cumpla no se conecta consecuencia jurídica alguna, «que sea, al mismo tiempo, la garantía del cumplimiento de aquella y la sanción de su incumplimiento»”⁶⁷. Pues, “[t]ratándose, (...) de una norma sin sanción, de una «campana sin badajo» (Binding), lo mismo que el artículo 102 de la Constitución Nacional, bien ha podido triunfar la opinión de que la institución del jurado popular depende, en realidad, de un criterio de oportunidad o

63. *Ibidem*, pp. 76-77.

64. Gelli, María A., *ob. cit.*, p.3.

65. Bidart Campos, Germán, *Compendio de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 2004, p. 195.

66. *Ídem*.

67. Cfr. Vélez Mariconde, Alfredo, *ob. cit.*, t. I, pp. 219-220.

conveniencia práctica, basado en las condiciones culturales del pueblo, que corresponde al legislador nacional. Esta fue la opinión de Obarrio y de la Comisión de Códigos de la Cámara de Diputados⁶⁸.

Mientras que, contrariamente, Maier niega la existencia de una dispensa constitucional para librar a consideración del legislador la oportunidad de dar vigor al juicio por jurados; y todavía menos la posibilidad de suprimirlo por siglos, pues éste es un derecho fundamental de cada habitante, que se concreta si son juzgados por sus conciudadanos⁶⁹. Añade, entonces, que “la gran mayoría de los preceptos de garantía procesal (...) serían letra muerta si se pensara, como algunos en el caso, que el legislador ordinario solo debe percibir una expresión de deseos del legislador constitucional y, por ende, sólo está facultado, pero no obligado, a seguir y desarrollar el principio⁷⁰, pues se “(...) entiende que toda garantía procesal, sistema de enjuiciamiento y de organización judicial, designados por su nombre en una Constitución, necesita de una instrumentación normativa suficiente por parte del legislador ordinario, pero ello no empece, sino que refuerza, la obligación que pesa sobre ese legislador, de regular esas instituciones, y no otras, a su antojo⁷¹. Por ello, concluye que al haberse omitido por más de una centuria la concreción de ese culmen, e instaurarse un modo de administración de justicia antagónico al juicio por jurados, no sólo se ha incurrido en una omisión, sino más bien en una acción inconstitucional, en tanto “(...) la ley común ha seguido su propia política, con preferencia a la seguida por la CN⁷².

6. ¿MORA DEL LEGISLADOR O IDEA DESAJUSTADA A LA REALIDAD SOCIAL?

Expuestos concisamente el proceso de recepción del juicio por jurados en la Constitución Nacional, los criterios enseñados por la

68. Ídem.

69. Maier, Julio B. J., ob. cit., p. 778.

70. Maier, Julio B. J., ob. cit., p. 779.

71. Ídem.

72. Maier, Julio B. J., ob. cit., p. 780.

Corte Suprema de Justicia al tiempo de analizar la aplicabilidad de ese modelo de enjuiciamiento y los debates suscitados en la doctrina sobre la mora del legislador, amerita plantearse desde una perspectiva realista cuál es la razón por la cual el Congreso nunca implementó el juicio por jurados.

Una posible respuesta a esta cuestión inexorablemente debe partir de la idea transmitida por el Dr. Félix A. Lamas, de que la "(...) vigencia jurídica es la misma existencia fenoménica del Derecho, es su vigor social y su concreta realidad en aquello que constituye un soporte óptico de existencia inmediato: las conductas jurídicas y las relaciones, situaciones, hechos, etc., que ellas generan, involucran o que las connotan"⁷³. Por ello, es que del fecundo magisterio del citado puede inferirse que "(...) la validez jurídica, y todas sus propiedades (su obligatoriedad o necesidad de fin, su aptitud para demarcar los ámbitos de licitud, etc.), aparece en la experiencia necesariamente ligada a la realidad social que es su soporte óptico mediato"⁷⁴. De ahí que una "(...) conducta jurídica debida u obligatoria, una conducta jurídica facultativa o deónticamente indeterminada, un poder o facultad jurídica, una relación jurídica, *un procedimiento jurídico*, una norma jurídica (...), etc., son jurídicamente válidas, en la medida en que tienen realidad social, en tanto son fenómenos sociales, en tanto tienen un mínimo suficiente de vigencia social"⁷⁵ (el destacado me pertenece). Por consiguiente, no sería desacertado expresar que no hay juicio por jurado sin vigencia, en tanto éste carecería de realidad⁷⁶.

Ciertamente, no obstante remontarse la manda constitucional del juicio por jurado a más de dos centurias, también se advierte que su ausencia de vigencia responde a una vacuidad de concreción de más de doscientos años arraigada en un proceso social de carácter conti-

73. Lamas, Félix A., *La experiencia jurídica*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 1991, p. 379

74. Lamas, Félix A., ob. cit., p. 377.

75. Ídem.

76. Se adopta como idea guía la reflexión de Lamas de que "No hay derecho sin vigencia, pues carecería de realidad" (Lamas, Félix A., ob. cit., p. 380).

nuo constitutivo de nuestra tradición, fenómeno humano susceptible de definirse como un “progreso hereditario”⁷⁷.

En este sentido, la reforma de la Constitución Nacional de 1949, los diversos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, que no aguzaron su mirada en la pasividad del legislador, y la resistencia enseñada a través del tiempo para implementar el juicio por jurados parecieran vincularse más bien a la tradición jurídica Argentina, el carácter de su pueblo, sus necesidades e historia. Por ende, no podemos menospreciar estos aspectos, por cuanto la tradición refleja progreso, en tanto constituye “(...) acumulación de logros humanos en el tiempo”⁷⁸; y, evidentemente, esa posición refractaria mantenida sin solución de continuidad es un indicio de una convicción fundada en la creencia de que esa novedosa institución no reportaría un auténtico progreso. De modo que, si como enseña Lamas, “(...) la idea de progreso supone el advenimiento de algo nuevo en la línea de la perfección de algo”⁷⁹, luego cabría interrogarse, si esa inactividad sostenida en el tiempo por el legislador nacional no es el reflejo de un conjunto de serias dudas anidadas en torno a si el juicio por jurados constituye verdaderamente una herramienta idónea para mejorar el proceso penal.

A la vez, tampoco puede obviarse que “el orden político, si bien determina, actualiza, desarrolla, rectifica y perfecciona el resto del orden social, que respecto de él es como la materia inmediata, está limitado en sus posibilidades por la disposición de dicha materia, vale decir, por la realidad de las comunidades –con su encuadramiento concreto, que lo integran”⁸⁰. Y esto se trae a colación, porque como enseña el Dr. Sergio R. Castaño, el caso del juicio por jurados es uno de los ejemplos clásicos y resplandecientes de cuando la forma mensurante no se adapta a la materia a ser mensurada. Pues tan impropia

77. Sobre el concepto de tradición, cfr. Lamas, Félix A., *Filosofía del Estado - Política y tradición*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 2011, p. 37, obra disponible en http://www.viadialectica.com/material_didactico/libro_filosofia_estado.html (consultado el 16/4/2021).

78. Ídem.

79. Ídem.

80. Lamas, Félix A., *Filosofía del Estado...*, ob. cit., p. 53.

resultó la importación del juicio por jurados de los países anglosajones en una comunidad, una sociedad y una tradición como la Argentina, que el instituto jamás tuvo vigencia. Es decir, siempre fue letra muerta.

Como explica Castaño, al pasar su rigurosa criba por el pensamiento de Heller, en “(...) la existencia social tal como tiene lugar en la constitución política real pueden darse ámbitos de normalidad sin normatividad; pero al contrario no hay normatividad sin normalidad y esto se constata en la organización del Estado”⁸¹. De hecho, esa complementariedad entre normatividad y normalidad social donde palpita un patrimonio ético-jurídico general y firmemente afincado⁸² se proyecta en tanto “(...) la constitución jurídica no se reduce nunca a los solos preceptos autorizados por el constituyente, dado que el contenido (*Inhalt*) de éstos, y su modo concreto de validez (*Geltungsweise*), se determina (en el sentido de que termina de perfilarse y completarse) de acuerdo con las cualidades o rasgos propios (*Eigenschaften*) de aquéllos a quienes se dirige”⁸³. Por lo tanto, “esto parecería comportar más que el principio realista clásico de que la norma debe estar conmensurada a lo normado; vendría a significar que la norma tendrá efectividad real y vigencia concreta a partir de una determinada recepción por un cierto medio humano y social”⁸⁴.

Así pues, si concebimos como Heller, según enseña Castaño, “(...) que si, por un lado, la existencia del Derecho depende de la acción de una unidad decisoria soberana, por otro lado, la validez jurídica (positiva), diversa de la validez lógica, se perfila a partir de los datos históricos, culturales, sociales, humanos en suma, fuera de los

81. Seguimos el estudio del pensamiento de Heller en el agudo estudio de Castaño (cfr. Castaño, Sergio R., “Sentido y valor del orden constitucional en las obras troncales de Hermann Heller. Weimar y los *ethische rechtsgrundsätze*”, en *Iuris tantum*, Año XXXIV, Quinta época, Núm. 30, Estado de México, Universidad Anáhuac México, dic. 2019, pp. 35-48).

82. Castaño, Sergio R., “Sentido y valor del orden constitucional...”, en ob. cit., p. 43.

83. *Ibidem*, p. 40.

84. *Ídem*.

cuales se torna ilusoria⁸⁵; luego, deberíamos concluir que “las normas positivas deben no solo su existencia, sino también su validez, a la acción individualizadora de un poder decisorio concreta y culturalmente situado, que determina las normas en función de un talante comunitario y no a partir de una idea abstracta⁸⁶, tal como parecen pretender algunos promotores del juicio por jurado.

Lo dicho creo que merece una meditación mayor, pues la historia del Estado moderno ha ofrecido ejemplos de cómo la constitución política tensiona con esos factores no jurídicos y “(...) las vigencias sociales cristalizadas en la tradición⁸⁷, que en palabras de Heller es “(...) «la más antigua, universal y seguramente más eficaz» forma de legitimación de una ordenación⁸⁸.

En definitiva, el juicio por jurado en la Argentina es un magnífico ejemplo de la no ratificación social de la oferta legislativa, por no ajustarse las normas propuestas a las necesidades sociales; la tradición y cultura jurídica, en la medida de que se trata de una “(...) institución ajena al Derecho continental que, a pesar de hallarse normada en la constitución argentina desde 1853 (arts. 24 y 118), no ha tenido vigencia en la praxis jurisdiccional⁸⁹.

7. ANÁLISIS SOBRE SU MEDIDA DE RAZONABILIDAD

7.a. ¿Expresión de la soberanía popular?

Intentaremos tratar aquí un fundamento de carácter político que fue uno de los ejes de la *disputatio* generada otrora entre Tomás Jofré y Alfredo Vélez Mariconde, al analizar el juicio por jurados. Recordemos que, mientras según el primero, si “(...) el pueblo tiene derecho a

85. Heller, Hermann, *Die Souveränität*, Berlín, De Gruyter, 1927, p. 85, según Castaño, Sergio R., “Sentido y valor del orden constitucional...”, ob. cit., p. 41.

86. Ídem.

87. Castaño, Sergio R., “Sentido y valor del orden constitucional...”, ob. cit., p. 41.

88. Heller, Hermann, *Staatslehre*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1983, p. 101, según cita de Castaño, Sergio R., “Sentido y valor del orden constitucional...”, ob. cit., p. 44.

89. Ídem.

administrar su propia justicia, es evidente que la forma más práctica de hacerlo es por medio de jurados (...)”⁹⁰; Vélez Mariconde se enseña remiso a validar esta afirmación en tanto proyectaba al juicio por jurados como una expresión de la “soberanía popular”. Es que, a su entender, “(...) el pueblo (...) tiene derecho de elegir sus representantes, pero nunca el de legislar, ejecutar o aplicar las leyes, de modo que no es posible afirmar que «tiene el derecho de administrar su propia justicia»; mientras que también es evidente que la soberanía del pueblo (principio democrático) no conduce necesariamente a reconocerle funciones que corresponden a sus representantes (principio republicano-representativo)”⁹¹.

Por su parte, si bien Maier impugna esta posición que a su entender ha caracterizado al juicio por jurados como una institución antagónica al régimen democrático y el sistema representativo⁹², plantea hoy como dudosa la “(...) mayor proximidad «democrática» o de representación popular de la integración con ciudadanos”, a partir de la visión compartida por Nino⁹³, pues según éste la legitimidad de las determinaciones jurisdiccionales no puede fundarse en el consenso democrático, en tanto el principio de la mayoría no puede hacer las veces de criterio de la verdad fáctica⁹⁴.

Todavía más, puede añadirse como epítome del pensamiento de Nino la exégesis efectuada por Maier, quien sintetiza la lógica del citado, especificando que en ese prisma “(...) el jurado no traduce, por la escasa representatividad que implica la muestra del jurado moderno, al principio de mayoría y sólo sería una forma del ejercicio de la función pública accidental u ocasional: los jurados son funcionarios públicos no permanentes”⁹⁵.

90. Jofré, Tomás, ob. cit., t. I, p. 86.

91. Vélez Mariconde, Alfredo, ob. cit., t. I, p. 221.

92. Cf. Maier, Julio B. J., ob. cit., p. 784, donde claramente objeta el argumento de Vélez Mariconde, tal cual se coteja de la lectura de la nota al pie n° 76.

93. Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, II. Parte General Sujetos Procesales*, 1ª ed., 2ª reimp., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011, p. 489.

94. Nino, C., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 450.

95. Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, ob. cit., p. 787.

Empero, Maier sí sostiene que los jurados son un reflejo de la participación y responsabilidad ciudadana en las labores propias de un Estado democrático⁹⁶. Desde una perspectiva no estadística, sino política, esa aquiescencia de un número mínimo de ciudadanos no sólo sería una manifestación de la opinión popular, sino también un contrapeso a la factible arbitrariedad de los funcionarios públicos permanentes (léase fiscales y jueces profesionales), quienes inexorablemente requerirían la autorización del jurado para concretar la pena estatal⁹⁷.

Por lo demás, no puede obviarse que la idea del jurado como expresión de la llamada “soberanía popular” pareciera ser recientemente acogida en el seno del Tribunal Cimero. Pues en *Canales* se manifiesta, en diferentes oportunidades, que “(...) el juicio por jurados expresa –en esencia– el derecho a juzgar en cabeza del pueblo, por considerarlo el sujeto jurídico más apto para ponderar la criminalidad de las acciones u omisiones del prójimo (...)”⁹⁸; “(...) la voluntad popular puede expresarse mediante una decisión mayoritaria constitucionalmente válida”⁹⁹, o “(...) el juicio por jurados supone no solo –o no tanto– el derecho de una persona a ser juzgada por sus pares sino –fundamentalmente– el derecho del pueblo a juzgar”¹⁰⁰.

96. Ídem.

97. Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, ob. cit., pp. 787-788; y Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, II. Parte General Sujetos Procesales*, ob. cit., pp. 489-490. Vale destacar, en prieta síntesis, que tanto Maier como Nino se enseñan a favor del juicio por jurados, pues para ambos no sólo reduce la distancia entre la sociedad y el Estado, atempera el sentimiento de alienación del poder, ayuda a consolidar el sentido de responsabilidad ciudadana y superar el carácter esotérico del Derecho moderno, sino también a partir de la participación directa de los ciudadanos se propende hacia la máxima descentralización del poder coactivo, sofrenando, así, posibles abusos y arbitrariedades.

98. Cfr. considerando n° 17 del voto conjunto de los ministros Juan C. Maqueda y Ricardo Lorenzetti, en *Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado - impugnación extraordinaria* (2019), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2 de mayo de 2019, *Fallos*: 342:697, publicado en *La Ley*, Buenos Aires, t. 2019-C, año LXXXIII n° 118, el 26 de junio de 2019, cita *on line*: AR/JUR/7772/2019.

99. Ídem.

100. Cfr. considerando n° 9 del voto del ministro Horacio Rosatti, en *Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado - impugnación extraordinaria* (2019), Corte

En consecuencia, vale interrogarse si el juicio por jurados es o no una expresión de la “soberanía popular”. Sin embargo, si procuramos hallar una respuesta adecuada a esta cuestión, primero parece necesario precisar si existe o no en la realidad la denominada “soberanía popular”, pues, aunque el constitucionalismo moderno y liberal preconiza que la titularidad de la potestad de mando en la comunidad política tiene como sujeto al pueblo, esta idea se construye sobre una “ficción”.

En efecto, tal cual lo explica el reconocido constitucionalista Germán J. Bidart Campos, la “soberanía popular” es un mito romántico, en tanto se afirma que la soberanía se diluye, desparrama o divide en la pluralidad del pueblo. Tanto es así, que es posible trazar un paralelo entre el panteísmo religioso y el político, por cuanto aquí se pulveriza a la soberanía en la totalidad pluralizada del pueblo¹⁰¹.

Del siempre riguroso magisterio de Sergio R. Castaño, se desprende que “[e]l mando no tiene por titular a la colectividad sobre la cual se irradia el imperio, sino a quienes efectiva y personalmente ejercen la potestad. No son titulares del poder político quienes obedecen, ni el conjunto de quienes mandan más quienes obedecen, sino sólo quienes ejercen el poder político”¹⁰². De lo contrario, preteriríamos la realidad porque si bien el ejercicio de la autoridad puede hacerse en nombre de una persona moral, no es posible hacerlo por una persona moral, pues como enseña el citado, “(...) son personas físicas determinadas (...) quienes ejercen la dirección de las cosas comunes”¹⁰³.

Suprema de Justicia de la Nación, 2 de mayo de 2019, *Fallos*: 342:697, publicado en *La Ley*, Buenos Aires, t. 2019-C, año LXXXIII n° 118, el 26 de junio de 2019, cita *on line*: AR/JUR/7772/2019.

101. Bidart Campos, Germán J., *Lecciones Elementales de Política*, Buenos Aires, Ediar, 2005, pp. 236-237.

102. Castaño, Sergio R., *El poder constituyente entre mito y realidad*, Instituto de Filosofía del Derecho y Ciencias Afines, San Luis, Universidad Católica de Cuyo, 2012, p. 38. Hay traducción italiana: *Il potere costituente, tra mito e realtà*, trad. C. Razza y R. Cristin, Milán, Giuffrè, colección “Civiltà del Diritto”, 2018.

103. Dabin, *Doctrina General del Estado*, pp. 184-185, según cita en Castaño, Sergio R., *Lecturas críticas sobre el poder político*, México, Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 184.

Por cierto, como ya anticipara en otras obras, para ser sujeto de derecho de mando se requiere ser capaz de ejercicio de mando; y éste no se identifica con la facultad de designar, pues elegir el gobierno no equivale a tomar parte de éste, por cuanto esa elección es un acto preparatorio a toda especie de gobierno¹⁰⁴. Meditación claramente transferible a lo acontecido al escoger quién ejercerá la potestad jurisdiccional.

Que por “(...) el poder sea representada la persona del Estado no se sigue que los titulares del poder del Estado sean los miembros –individual o colectivamente tomados: el «pueblo» o la «nación». Dado que el todo social no consiste en un amasijo de individuos y grupos, sino en una entidad distinta, v. gr. la totalidad humana ordenada en pos de un fin común («persona» en sentido analógico); luego, hay exigencias que se predicán del todo sin que, por ello, se prediquen distributivamente de las partes. A su vez, las funciones de mando tendrán como sujetos titulares a algunos miembros de la sociedad, y no a todos”¹⁰⁵.

A partir de estas premisas, podemos inferir que los poseedores de los títulos para mandar o administrar justicia son quienes efectiva y legítimamente ejercen el mando o administran justicia (sean jueces profesionales o legos); no así el todo social, ni la sumatoria de sus integrantes. Es que si bien la comunidad política posee el derecho-deber de ser gobernada, por cuanto en tanto multiplicidad carece del orden precisamente conferido por el gobierno, esto no se traduce en la facultad o capacidad para gobernar, sino concretamente en el derecho de determinar los títulos de sus gobernantes¹⁰⁶ o, en este caso,

104. Castaño, Sergio R., *Lecturas críticas...*, ob. cit., p. 180.

105. Castaño, Sergio R., *El poder constituyente...*, ob. cit., pp. 110-111.

106. Se aconseja leer lo enseñado en Castaño, Sergio R., *El poder constituyente...*, ob. cit., pp. 105-106 y 111. Incluso, Castaño explica cómo desde la atalaya positivista, Kelsen asevera que desde el instante en el cual las constituciones modernas prohibieron expresamente toda vinculación formal de un diputado con las instrucciones de su electorado; e hicieron jurídicamente independientes las decisiones del parlamento de la llamada voluntad del pueblo; luego, perdió todo fundamento positivo la asimilación de la voluntad parlamentaria a la del pueblo.

de quienes como jueces deben administrar justicia (vale repetir, sean profesionales o legos)¹⁰⁷.

Lo hasta aquí vertido nos permite espigar, entonces, desde una perspectiva fincada en la realidad, que ni el juicio por jurados, ni el desarrollado por jueces profesionales expresan el derecho del pueblo a juzgar o la voluntad popular, sino el derecho que sí tienen las partes de la comunidad autárquica e independiente de determinar los títulos de quienes administrarán justicia, elemento principal del bien común que hace al orden político. Por consiguiente, la comunidad política se hallaría investida, en este caso, del derecho a designar mediante el consenso al sujeto titular del poder penal, junto a la forma de enjuiciamiento, según sea más conveniente para alcanzar el bien común, conforme a las circunstancias históricas, contingencias del tiempo presente y necesidades objetivas.

Simplificando, la elección de uno u otro modelo de jurado (profesional o lego) forma parte de ese derecho a precisar quiénes serán los sujetos que concretamente ejercerán la potestad penal¹⁰⁸, la cual es legítima, necesaria y valiosa dada su consonancia con el Derecho Na-

107. No es en vano enfatizar: “(...) el poder del Estado como tal hace las veces del todo; es decir que no representa a los gobernados, como tampoco, estrictamente hablando, a la suma de los gobernantes más los gobernados, sino que representa orgánicamente a la totalidad de orden en que consiste la sociedad política. En efecto, por el poder del Estado no es la llamada «sociedad civil», o el pueblo o comunidad organizada, la que se representa ante el poder que la rige, sino que es el Estado mismo (la sociedad política) el representado por el poder que hace a sus veces. No hay pues dualidad de personas, como en el caso del incapaz de hecho y su representante, sino distinción –en el interior de una misma persona moral y jurídica– entre una parte (el poder) y el todo (la sociedad política o Estado) (...)” (Castaño, Sergio R., *El poder constituyente...*, ob. cit., p. 110).

108. La potestad es una función racional directiva hacia el bien común e intrínsecamente bipolar que presupone ontológicamente la realidad de la comunidad política; y *ex ante* el bien o fin común político (cfr. Castaño, Sergio R., *El poder constituyente...*, ob. cit., p. 27). En palabras de Castaño, podemos decir que “(...) porque hay un bien común convocante –completo y concreto–, hay comunidad política (comunidad autárquica); porque hay comunidad política, hay órganos supremos de conducción, legislación y jurisdicción (potestad política), y porque hay potestad política hay –por producción o reconocimiento– derecho concreto (...)” (Castaño, Sergio R., *Lecturas críticas...*, ob. cit., p. 111).

tural, la naturaleza social del hombre e imposibilidad de conservar la sociedad política sin esa *potestas*¹⁰⁹, más allá de la prelación de la faz directiva sobre la dimensión punitiva¹¹⁰.

Resta agregar que la potestad política es de Derecho Natural, mas el título de quien la ejerza no lo es, pues los títulos para el ejercicio de la *potestas jurisdictionis* son de Derecho Positivo. Así, como enseña el Prof. Dr. Sergio R. Castaño, señalar al titular de la potestad (en nuestro caso, penal) es de resorte de la comunidad, que precisará las necesidades de la *potestas jurisdictionis* a una forma constitucional y a unos titulares concretos¹¹¹, quienes procederán todos de la misma comunidad política. Aunque parezca una obviedad, ésta última aclaración es válida, en tanto según Andrés Harfuch, “los jurados salen del seno del pueblo”, mas “[l]os jueces, en cambio, son asalariados del Gobierno”¹¹².

7.b. Bemoles del veredicto inmotivado

Hemos visto que una de las notas características del veredicto del jurado clásico es que es producto de la íntima convicción e inmotivado, es decir, que sus integrantes no deben exponer públicamente las razones de su decisión, pues esto es una derivación necesaria del secreto de las deliberaciones, garantía de un juicio justo que procura preservar a estos jueces accidentales del indeseado escrutinio público y protegerlos de influencias externas para resguardar su imparcialidad e independencia a la hora de adoptar una resolución¹¹³.

109. Castaño, Sergio R., *Lecturas críticas...*, ob. cit., pp. 222-223.

110. *Ibidem*, p. 94.

111. Cfr. *ibidem*, p. 228.

112. Harfuch, Andrés, “Inmotivación, secreto y recurso amplio en el juicio por jurados clásico”, en AA. VV., *Participación ciudadana*, en Derecho Penal, año I, n° 3, Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos-INFOJUS, dic. 2012, pp. 113-150.

113. Cfr. *Taxquet vs. Bélgica* (2010), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Demanda nro. 926/05, Sentencia del 16 de noviembre de 2010, párr. 79; Harfuch, Andrés, “Inmotivación...”, ob. cit., pp. 146-150; Penna, Cristian D., ob. cit., p. 18.

La doctrina reformista y la Corte Suprema plantean que la exigencia de motivación aquí no se actualiza, pues ésta en rigor se justificaría en la necesidad de controlar las decisiones de los jueces profesionales o permanentes, como así también compensar de algún modo su debilidad institucional y la orfandad de garantías políticas de estos magistrados cuando se los confronta con el jurado¹¹⁴.

Explican Schiavo y Elhart, que si bien el veredicto suele presentarse como inmotivado, no debe emparentárselo al resultado de un procedimiento irracional o a una decisión vacua de fundamentos, pues por el contrario se encuentra íntimamente ligado a la deliberación previa, que es donde se expresa la medida de razonabilidad de lo dirimido, en tanto allí se vinculan el hecho imputado, las pruebas rendidas, los alegatos de las partes e instrucciones del juez profesional¹¹⁵. Por tanto, se aduce así la existencia de motivación tácita y fundamentos, aunque éstos no sean exteriorizados fuera del recinto en donde los doce jurados deliberan antes de pronunciar el veredicto de no culpabilidad o el de culpabilidad, tras superar el estándar de comprobación de más allá de toda duda razonable (*beyond a reasonable doubt*)¹¹⁶.

Al analizar el método de valoración de la prueba de la íntima convicción aplicado por los jurados accidentales, Maier sostiene que éste supone la crítica racional de los elementos de prueba; e, incluso, afirma la posibilidad de descalificar las sentencias condenatorias mediante vías recursivas cuando derivan del capricho o de una elección irracional de las premisas, pues aunque no se exija la expresión

114. En ese sentido, véase Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, III. *Parte General Actos procesales*, Buenos Aires, Ad-Hoc 2015, p. 141; y Harfuch, Andrés, "Inmotivación...", ob. cit., pp. 123-125; y el considerando n° 19 del voto conjunto de los ministros Juan C. Maqueda y Ricardo Lorenzetti, en *Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado - impugnación extraordinaria* (2019), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2 de mayo de 2019, *Fallos*: 342:697, *La Ley*, publicado en Buenos Aires, t. 2019-C, año LXXXIII n° 118, el 26 de junio de 2019, cita *on line*: AR/JUR/7772/2019.

115. Cfr. Schiavo, Nicolás, ob. cit., p. 623; y Elhart, Raúl, ob. cit., pp. 47-48 y 72.

116. Cfr. Schiavo, Nicolás, ob. cit., cap. X; y Elhart, Raúl, ob. cit., pp. 47-48 y 72.

escrita de los fundamentos de estos pronunciamientos la apelación al buen sentido lógico del juez siempre se halla presente¹¹⁷.

Cabe preguntarse, si la circunstancia de que el jurado no suministre las razones de su veredicto impide una adecuada revisión y control exógeno e interno de lo decidido. Según los propulsores del juicio por jurado, nada obstaría a ello, pues más allá de la amplia legitimidad de la conclusión alcanzada por los jueces legos (vinculada *a priori* al número de decisores¹¹⁸, la mayor calidad deliberativa de una decisión fincada en la unanimidad de sus integrantes, la accidentalidad y carácter transitorio de la función ejercida, la representatividad de la muestra de ciudadanos que participan directamente de esta determinación, la ausencia de desempeño de esos magistrados ocasionales en el ámbito estatal, las particularidades del proceso de selección, la posibilidad de recusar sin causa, etc.), existiría un mecanismo procedente del *common law*¹¹⁹ para desarrollar ese contralor, pasible de verificar si se relacionaron coherentemente la forma de constitución del jurado, su conducta, la admisión de evidencias, el modo de su producción, las pruebas rendidas, las afirmaciones de las partes e instrucciones de los jueces profesionales con el hecho imputado y el sentido de la sentencia, superando la regla de comprobación de más allá de toda duda razonable¹²⁰.

117. Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, III. Parte General Actos procesales*, ob. cit., p. 141.

118. El número 12 deriva del jurado anglosajón y fue replicado a modo de ejemplo en las provincias de Buenos Aires y Neuquén, donde se prevé esa cantidad de titulares (cf. arts. 338 bis del CPPBA y el 35 del CPPN).

119. La doctrina reformista e incluso la CIDH se apoyan en *Taxquet vs. Bélgica* (2010), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Demanda nro. 926/05, sentencia del 16 de noviembre de 2010; y *V.R.P., V.P.C. y otros c/ Nicaragua* (2018), Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 8 de marzo de 2018, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, serie C, n° 350 (disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf, consultado el 19/7/2021).

120. Cfr. Schiavo, Nicolás, ob. cit., p. 667 y considerando n° 19 del voto conjunto de los ministros Juan C. Maqueda y Ricardo Lorenzetti, en *Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado - impugnación extraordinaria* (2019), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2 de mayo de 2019, Fallos: 342:697, publicado en *La Ley*, Buenos Aires, t. 2019-C, año LXXXIII n° 118, el 26 de junio de 2019, cita *on line*: AR/JUR/7772/2019.

A este respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, haciéndose eco de lo expresado por la Corte Interamericana, ha precisado que ésta interpretaba ello tal como lo hizo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹²¹, pues “[l]a falta de exteriorización de la fundamentación del veredicto no vulnera en sí misma la garantía de la motivación (...) todo veredicto siempre tiene motivación, aunque como corresponde a la esencia del jurado, no se expresa. Pero el veredicto debe permitir que, a la luz de las pruebas y el debate en la audiencia, quien lo valora pueda reconstruir el curso lógico de la decisión de los jurados, quienes habrían incurrido en arbitrariedad en el supuesto en que esta reconstrucción no fuera viable conforme a pautas racionales”¹²².

De ahí que “[l]a libre valoración que hace el jurado no es sustancialmente diferente de la que puede hacer un juez técnico, sólo que no lo expresa. En definitiva, cualquier tribunal (técnico o popular) debe reconstruir un hecho pasado, para lo cual utiliza la lógica metodológica que es común a cualquier persona, pues no depende de que tenga o no formación o entrenamiento jurídico. Toda persona que debe reconstruir un hecho del pasado, consciente o inconscientemente, emplea el método histórico, o sea, en un primer paso delimita las pruebas que tendrá en cuenta (heurística); a continuación, valora si esas pruebas no son materialmente falsas (crítica externa); luego valora la verosimilitud del contenido de las pruebas (crítica interna) y, finalmente, llega a la síntesis. Quien valora el veredicto de un jurado, necesariamente debe reconstruir este camino, no bastando para descartarlo cualquier criterio diferente acerca de las críticas. Para descartar el veredicto de un jurado debe verificarse que la síntesis se

121. Cfr. párr. 259 y 262, citados en cons. n° 19 del voto conjunto de los ministros Juan C. Maqueda y Ricardo Lorenzetti, *Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado - impugnación extraordinaria* (2019), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2 de mayo de 2019, Fallos: 342:697, publicado en *La Ley*, Buenos Aires, t. 2019-C, año LXXXIII n° 118, el 26 de junio de 2019, cita *on line*: AR/JUR/7772/2019. En similar sentido, véase también el voto del Ministro Horacio Rosatti en el cons. n° 12 del fallo citado *ut supra*.

122. *V.R.P., V.P.C. y otros c/ Nicaragua* (2018), Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 8 de marzo de 2018, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, serie C, n° 350, párr. 259.

aparte directamente de la lógica metodológica histórica antes referida (...)”¹²³.

En consecuencia, el Tribunal Cimero se inclinaría así a considerar que amén de la carencia de fundamentación escrita sería “(...) perfectamente posible cuestionar una resolución de un jurado en base a la incongruencia entre precedentes o premisas (afirmaciones y pruebas) y conclusión (culpabilidad o inocencia)”¹²⁴, sintetizando de este modo la precisión del saber técnico con la apreciación del saber popular de los jueces legos, quienes guiados por las reglas del debido proceso y controlados para no apartarse de ese camino por los jueces profesionales se encargarán de adoptar una decisión basada en el sentido común¹²⁵.

Por ello, Penna afirma que en este sistema de enjuiciamiento no resultarían modificadas las posibilidades recursivas contra la condena, mas sí la base objetiva de los agravios, pues los argumentos de los remedios procesales se sostendrán en el registro de la audiencia pertinente cuando se apoyen en una errónea decisión sobre admisibilidad de la prueba (audiencia de etapa intermedia), vicios en la conformación del jurado (*voir dire*); o la conducta indebida del fiscal/juez ante el jurado para direccionar ilegítimamente el veredicto (audiencia de juicio)¹²⁶.

Entre tanto, los agravios fundados en una errada interpretación del Derecho Sustantivo deberán abreviar en los registros del debate de las instrucciones y en éstas, que además serán el sustento de cualquier exégesis relacionada al principio de duda razonable, carga pro-

123. *V.R.P., V.P.C. y otros c/ Nicaragua* (2018), Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 8 de marzo de 2018, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n° 350, párr. 262.

124. Cons. n° 19 del voto conjunto de los ministros Juan C. Maqueda y Ricardo Lorenzetti, en *Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado - impugnación extraordinaria* (2019), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2 de mayo de 2019, Fallos: 342:697, publicado en *La Ley*, Buenos Aires, t. 2019-C, año LXXXIII n° 118, el 26 de junio de 2019, cita *on line*: AR/JUR/7772/2019. En análogo sentido, véase también el voto del Ministro Horacio Rosatti en el cons. n° 12 del fallo citado *ut supra*.

125. Cfr. considerandos citados *ut supra*.

126. Penna, Cristian D., ob. cit., p. 18.

batoria o criterios de valoración de las probanzas; en tanto el audio o video obligatorios constituirán el soporte de todo gravamen relacionado a cuestiones de hecho y prueba¹²⁷.

Hasta aquí los argumentos brindados por la doctrina reformista en aras de demostrar que la no exteriorización de los motivos en el veredicto del jurado no pondría en jaque un juicio justo, en tanto sus fundamentos podrían precisarse a partir de la acusación, las instrucciones de los jueces y la reconstrucción del curso lógico de lo decidido, luego de atravesar tanto el tamiz de la heurística, como el de la crítica externa e interna.

Puede comprobarse que, en gran medida, la Corte Suprema de Justicia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la literatura promotora del juicio por jurados clásico hacen pie en la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Taxquet*. Vale preguntarse, entonces, si esta tesis logra sortear adecuadamente esa orfandad de motivación del veredicto, que se sabe es una de las objeciones más sólidas dirigida por autores de talla contra el juicio por jurados popular (entre otros, cabe señalar a Vélez Mariconde, Díaz Cantón, Taruffo, Ferrajoli, Pastor e Ibáñez)¹²⁸.

127. Ídem.

128. Cfr. Vélez Mariconde, Alfredo, ob. cit., t. I, p. 225; Díaz Cantón, Fernando, "La motivación de la sentencia condenatoria y del veredicto del jurado y sus posibilidades de revisión", ponencia general efectuada en la sección de Derecho Penal del XXIX Congreso Nacional de Derecho Procesal publicada en *La Defensa*, Revista en línea del Instituto de Estudios Legislativos de la Federación Argentina de Colegios de Abogados, Buenos Aires, año 1, n° 9, julio de 2017, disponible en <https://www.ladefensa.com.ar/La%20Defensa%209/la-motivacion-de-la-sentencia-condenatoria-y-del-veredicto-del-jurado-y-sus-posibilidades-de-revision.html> (consultado el 17/7/2021); Taruffo, Michele, "Consideraciones sobre prueba y motivación", p. 20, en Taruffo, Michelle; Ibáñez, Perfecto Andrés y Candau Pérez, Alfonso, *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 17-46; Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, 1995, pp. 606 y 622-623; Pastor, Daniel R., "La nueva imagen de la casación penal - Evolución histórica y futuro de la casación penal", acápite III.3, *el Dial.com*, Buenos Aires, DC94, disponible en http://www.eldial.com.ar/nuevo/archivo-doctrina-detalle_tc.asp?archivo=nt000817.asp&pie=DC94%3Cbr%3E&direc=2, consultado el 17/7/2021; Ibáñez, Andrés Perfecto, "Acerca de la motivación de los

Pues es dirimente establecer si estas herramientas han logrado resolver eficazmente esta impugnación, en tanto el deber de fundamentación de las decisiones es intrínseco a la garantía de defensa en juicio y tiene raigambre constitucional (art. 18 de la CN), además de coligarse al derecho del imputado a revisar la sentencia condenatoria (previsto en los arts. 8.2.h del Pacto de San José de Costa Rica y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos tratados con rango constitucional, según el art. 75 inc. 22 de la CN).

Resolver esta posible tensión entre el veredicto del jurado clásico y el deber de motivación no es una nimiedad, por cuanto la misma CSJN ya ha rubricado en incontables ocasiones la exigencia de que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del Derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa, a fin de resguardar la garantía de la defensa en juicio junto al debido proceso, tomando como faro el artículo 18 de la CN¹²⁹, criterio también recogido por la CIDH en *Cantos v. Argentina*¹³⁰, *Claude Reyes y otros v. Chile*¹³¹ y *Aptiz Barbera v. Venezuela*¹³².

Devendría dificultoso intentar zanjar esta cuestión, arguyendo que únicamente los jueces profesionales deben fundamentar sus deci-

hechos en la sentencia penal", *Doxa*, n° 12, Alicante, Universidad de Alicante, 1992, pp. 257-299.

129. Entre muchos otros pronunciamientos, vale citar *Baraldini, Luis Enrique y otros s/ causa instruida en virtud del Decreto N° 2.540/1990 del PEN por los hechos ocurridos el 3 de diciembre de 1990 - causa n° 1197 -*. B. 121. XXIV (1993), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2 de diciembre de 1993, *Fallos*: 316:2718; *Ruiz, Pedro Antonio s/ estafa y falsificación de documento privado -causa N° 148-* R. 235. XXXIII. RHE (1997), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 4 de noviembre de 1997, *Fallos*: 320:2326; y *Stancanelli, Néstor Edgardo y otro s/ abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público s/ incidente de apelación de Yoma, Emir Fuad -causa N° 798/95-*. S. 471. XXXVII (2001), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20 de noviembre de 2001, *Fallos*: 324:3952.

130. Cfr. *Cantos v. Argentina* (2002), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de noviembre de 2002, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie n° 97.

131. Cfr. *Claude Reyes y otros v. Chile* (2006), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19 de septiembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie n° 151.

132. Cfr. *Aptiz Barbera v. Venezuela, Excepción Preliminar* (2008), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 5 de agosto de 2008, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n° 182, párr. 78.

siones por cuanto no son elegidos directamente por el pueblo¹³³, mas no así los jueces legos, por ser una expresión directa de la ciudadanía. Ya hemos advertido que ni el veredicto de éstos es una expresión de la soberanía popular; y que tanto unos como otros proceden de la misma comunidad política. Por ende, asiste razón a Arce cuando afirma la inexistencia de un eximente para motivar, en tanto a “(...) la luz del derecho de defensa, la circunstancia de que el jurado sea técnico o popular no debería ser relevante a los fines de relajar la exigencia de fundamentación que, según los propios términos de jurisprudencia de la CS, resulta insoslayablemente incluida en el artículo 18 de la CN”¹³⁴.

Menos razonable sería distender la garantía de motivación de las sentencias en miras de generar ciudadanía en la comunidad, pues no resulta lógico mellar esta garantía para ejercer docencia o instrucción cívica o por los efectos multiplicadores de la conciencia ciudadana a partir de la previa deliberación¹³⁵. Es que, si bien este

133. Cabe destacar que tampoco son escogidos mediante sufragio por el “Pueblo”. Véase, a modo de ejemplo, el procedimiento vigente en la provincia de Buenos Aires que describe Nicolás Schiavo en ob. cit., pp. 257-267, donde se especifica quiénes y cómo desarrollan el proceso de selección.

Por otra parte, no es en vano destacar que según Chiara Díaz, la asimilación del obrar de los jurados con la de quienes emiten un voto a favor de un candidato para cargos electivos del PEN o el PLN en el cuarto oscuro es impugnabile, por cuanto el no exteriorizar las razones de las decisiones jurisdiccionales horada la validez de lo decidido y limita su posible control. De ahí que, a su entender, de convalidarse el veredicto inmotivado se replicarían escenarios despóticos semejantes a los existentes cuando imperaron Calígula y Nerón, donde con sólo levantar o bajar el pulgar resultaba suficiente para definir la suerte de los imputados. Esto de por sí conduciría a una arbitrariedad incongruente con una revisión ajustada a términos de racionalidad o justicia. Cfr. Chiara Díaz, Carlos A., “Apostillas sobre el juicio por jurados”, en AA. VV., *Participación ciudadana*, en Derecho Penal, año I, n° 3, Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos-INFOJUS, dic. 2012, pp. 83-88.

134. Arce, Federico M., “El juicio por jurados y la obligación de fundar la sentencia: ¿Contradicción inevitable?”, Buenos Aires, *La Ley*, año LXXXIII, n° 118, Tomo 2019-C, 26 de junio de 2019, pp. 6-9.

135. Nótese que esta idea de generar ciudadanía a partir de un aprendizaje de decisiones basadas en el consenso fue bien ponderada por la Corte Suprema de Justicia en el ya citado *Canales*, tanto en el voto conjunto, como en el de Horacio Rosatti.

fin ciertamente contribuye a la realización del bien común, en rigor es “supererogatorio”¹³⁶; y no puede antagonizar con lo estrictamente debido a la autoridad llamada a administrar justicia (léase los jueces), que en el caso es dar a cada uno lo suyo mediante una resolución dotada de una motivación clara, exhaustiva¹³⁷, expresa, suficiente, legítima y racional.

Conviene, en consecuencia, colocar la atención en el argumento de que la ausencia de exteriorización de las razones no afecta el deber de motivar, en tanto todo veredicto tiene fundamentos, pues la verdadera fundamentación radicaría en la coherencia entre las afirmaciones de las partes, las pruebas rendidas y el sentido de la sentencia.

Un primer punto de partida para observar la medida de razonabilidad de este argumento es analizar qué se entiende por “fundamentar” y “motivar”, en tanto las palabras son vehículos de los conceptos.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, “fundamentar” es “[e]stablecer la razón o el fundamento de una cosa. Fundamenta su decisión en los datos citados”¹³⁸; mientras las acepciones de la palabra “motivar” que vienen al caso serían las de “1. tr. Dar causa

136. Como se deduce del fecundo magisterio del Dr. Hernández, “supererogatorio” es “un acto o actos que no son desde luego indebidos, pero tampoco en rigor debidos” [Hernández, Héctor H., *Violación de Derechos en cadena (La Doctrina del Fruto del Árbol Venenoso)*, Cathedra Jurídica, 2018, p. 218]. Explica, el citado, que “no es la misión específica, propia y directa de los jueces enseñar Derecho. Enseñan Derecho los profesores en la Facultad (...) Y por supuesto que como añadidura en su tarea los jueces pueden dejar alguna lección. Pero en ninguna norma se dice que los jueces deben enseñar instrucción cívica como objeto esencial de su tarea. Al contrario, el Código Procesal Penal (...) centra su atención (...)” (Hernández, Héctor H., ob. cit. *ut supra*, pp. 217-218) en garantizar un debido proceso que conduzca a sancionar los delitos “si y sólo si se acreditan con certeza moral exenta de toda duda razonable. Y si no absolver (...)” (ídem).

137. Nota determinante según la tesis doctoral sostenida en Herbel, Gustavo A., *Derecho del imputado a revisar su condena - motivación del fallo y derecho al recurso a través de las garantías constitucionales*, Buenos Aires, Hammurabi, 2021, 1ª reimp. de 1ª ed., cap. III.

138. Cfr. Diccionario de la Real Academia Española, disponible en <https://dle.rae.es/fundamentar>, consultado el 19/7/2021.

o motivo para algo” y “2. tr. Dar o explicar la razón o motivo que se ha tenido para hacer algo. Debes motivar la respuesta”¹³⁹.

A tenor de una interpretación literal, se advierte con simpleza y sin necesidad de apelar a rebuscadas interpretaciones, que si un decisorio no exterioriza razones no habría motivación de sentencia, en tanto como explica con buen tino Díaz Cantón, este concepto remite a “(...) la exteriorización por parte del juzgador de la justificación racional del fallo, es decir, la explicación de las razones que justifican el sentido del pronunciamiento, en este caso, condenatorio”¹⁴⁰.

La afirmación de las partes, las pruebas, las audiencias grabadas, el debate y las instrucciones no son, ni traducen los razonamientos –si los hubo– que conformaron la convicción de los jueces para resolver en un sentido u otro el caso. Es que si, tal como enseña el Dr. Félix A. Lamas, “[l]a razón no discurre sino a partir de las experiencias y de las ideas y lo hace para arribar a una nueva intelección”¹⁴¹, luego no pueden confundirse los alegatos de las partes, las probanzas, audiencias y demás experiencias vivenciadas a través del debido proceso con esa nueva intelección.

Esto es importante retenerlo, porque como bien define Lamas la sentencia es un fenómeno constitutivamente racional¹⁴²; y “[e]n la medida en que una decisión o solución jurisdiccional pretenda justificación racional, ella debe ser la conclusión de una argumentación (...)”¹⁴³, pues no debemos olvidar que “[e]l objeto y finalidad de la argumentación jurídica (...) no es otro que el juicio normativo y regulador de la acción concreta o, dicho en otros términos, la determinación de lo que es justo, es decir, Derecho, en una situación dada (...)”¹⁴⁴.

139. Cfr. Diccionario de la Real Academia Española, disponible en <https://dle.rae.es/motivar?m=form>, consultado el 19/7/2021.

140. Díaz Cantón, Fernando, ob. cit., acápite II.

141. Lamas, Félix A., “Percepción e inteligencia jurídicas. Los principios y los límites de la dialéctica”, en AA. VV., *Los principios y el Derecho Natural en la metodología de las ciencias prácticas*, Buenos Aires, EDUCA, 2002, p. 15.

142. Lamas, Félix A., ob. cit. *ut supra*, p. 12.

143. Lamas, Félix A., ob. cit. *ut supra*, p. 39.

144. Lamas, Félix A., ob. cit. *ut supra*, p. 55.

De modo que si un veredicto no expresara cuál es la medida de racionalidad seguida para arribar a una determinada conclusión, inexorablemente se tornaría contrario al Derecho (en tanto éste se opone a lo arbitrario e irracional) y antagónico a la garantía de motivación de la sentencia, valiosa prenda cuya concreción posibilita el recto conocimiento de la razón justificante de una decisión jurisdiccional; sorteando los peligros de emparentar al derecho de defensa o la posible revisión de la alzada con actividades lúdicas como el “veo veo” o el “adivina adivinador”.

Vale preguntarse, ¿qué utilidad reporta garantizar el derecho a ser oído ante un tribunal imparcial si luego no se conocen las razones por las cuales fueron desoídas las argumentaciones de la defensa?¹⁴⁵; como así también, ¿qué clase de contralor pueden llevar a término los jueces revisores para contrastar las razones por las cuales se han validado los argumentos de la acusación, mas no los del defensor; o concluir si se ha superado el estándar de duda razonable ante la inexistencia de justificación alguna?¹⁴⁶. Pues la carencia de motivación conduce a un control ineludiblemente deficitario, ya que las herramientas propuestas por el TEDH –luego tomadas por la CIDH y la CSJ– no son suficientes para resolver esta cuestión, dada la inviabilidad de advertir en el veredicto del jurado los errores de razonamiento y la arbitrariedad de una condena¹⁴⁷.

Tanto es así, que un estudioso de esta temática, como Díaz Cantón, desconfía de esa motivación extraída artificialmente por el TEDH, supuestamente apta para dar a conocer al imputado las razones de su condena; y se interroga “¿Por qué en el caso *Pappon*, invocado por el TEDH en *Taxquet*, el Presidente de la Corte tuvo que hacer al jurado ese cuestionario de 768 preguntas para poder exhumar una pseudo-motivación deliberadamente oculta bajo el paraguas de la «íntima convicción»?”¹⁴⁸.

145. Aquí seguimos de cerca a Díaz Cantón, Fernando, ob. cit., acápite II.

146. Aquí seguimos de cerca a Díaz Cantón, Fernando, ob. cit., acápite IV.

147. Seguimos de cerca el pensamiento expuesto en Díaz Cantón, Fernando, ob. cit., acápite II y IV.

148. Díaz Cantón, Fernando, ob. cit., acápite II.

Se advierten escollos nada exigüos para conjugar estas aparentes soluciones con el derecho de todo condenado a informarse y saber las razones por las cuales se lo juzga culpable¹⁴⁹ e impone en consecuencia una grave restricción de su libertad dentro de un sistema republicano signado por la transparencia, pues como explica Díaz Cantón, el derecho de defensa se ve ostensiblemente limitado, en tanto su ejercicio intentaría concretarse a través de la actualización de la idea de “(...) arrancar del oráculo las razones con complejos interrogatorios”¹⁵⁰.

Por cierto, esta clase de veredictos no se salvan con erigir a la acusación, concebida como una amalgama de todos los actos acusatorios y las instrucciones del jurado, en la motivación de la sentencia condenatoria. Tampoco corre mejor suerte el intento de asimilar el alegato del acusador a un proyecto de sentencia condenatoria demostrativo de la certeza de la acusación sostenida más allá de toda duda razonable, que al ser aceptado unánimemente por el jurado se convierte en la fundamentación de la sentencia, en tanto los jueces se apropiarían de esos razonamientos¹⁵¹. Esto es así por tres razones: a) el imputado no puede verificar si sus alegatos fueron debidamente atendidos; b) quien elabora la hipótesis acusatoria es el fiscal, es decir, un sujeto parcial, “(...) lo cual dejará privada a esa pseudo-motivación del fallo de uno de los requisitos indispensables de validez: que su emisor venga definido por la nota de la imparcialidad”¹⁵²; y c) los argumentos de la defensa se expresan *ex post* a los de la acusación; impidiendo al acusador ponderarlos debidamente, como sí se hallaría en condiciones de hacerlo el órgano decisor tras escuchar a ambas partes¹⁵³.

149. En sentido similar, se pregunta Chiara Díaz cómo el condenado podrá diseñar su estrategia defensiva con conocimiento de causa, si efectivamente desconoce los argumentos de la sentencia adversa, tal como proponen habitualmente los partidarios del jurado anglosajón puro (Chiara Díaz, Carlos A., ob. cit., p. 86).

150. Díaz Cantón, Fernando, ob. cit., acápite V.

151. Se sigue muy de cerca a Díaz Cantón, Fernando, ob. cit., acápite IV, que con buen genio y en pocas líneas refuta la tesis de Harfuch.

152. Díaz Cantón, Fernando, ob. cit., acápite IV.

153. Se sigue a Díaz Cantón, Fernando, ob. cit., acápite IV.

Lo plasmado denota, de este modo, la inexistencia en el juicio por jurados clásico o popular de una motivación que es una garantía del debido proceso¹⁵⁴, por cuanto, como refiere Luigi Ferrajoli, “(...) permite la fundamentación y el control de las decisiones tanto en derecho, por violación de ley o defectos de interpretación o subsunción, como en hecho, por defecto o insuficiencia de pruebas, o bien, por inadecuada explicación del nexo entre convicción y pruebas (...)”¹⁵⁵.

De ahí que el doctrinario italiano diferencie entre “métodos procesales opuestos y, como reflejo, entre modelos opuestos de Derecho Penal: entre lo que Carrara llamaba convicción autocrática porque estaba basada en la mera inspiración del sentimiento y la convicción razonada, por haberse expuesto las «razones» tanto jurídicas como fácticas y, en consecuencia, según la alternativa enunciada (...) entre cognoscitivismo y decisionismo penal, entre verdades y valoraciones, entre garantismo y sustancialismo penal”¹⁵⁶.

Como explica Andrés Perfecto Ibáñez, “(...) no es lo mismo resolver conforme a una corazonada, que hacerlo con criterios idóneos para ser comunicados. Sobre todo, en un sistema procesal que tiene el principio de inocencia como regla de juicio. Regla que tantas veces obliga a resolver contra la propia convicción moral, cuando, después de un cuidadoso análisis de la prueba, aquélla no encuentra confirmación plausible en ésta”¹⁵⁷, pues el deber de motivación no es una mera exteriorización formal de motivos, sino que “retroactúa sobre la propia dinámica de formación de motivación (...) obligando a quien la adopta (...) con parámetros de racionalidad expresa y de conciencia autocrítica mucho más exigente”¹⁵⁸. Por el contrario, disímil es la cuestión cuando quienes deben adoptar esta clase de decisiones se saben inmunes a una posible fiscalización, pues el defectuoso o inexis-

154. Según Ferrajoli, motivación que documenta y garantiza el carácter cognoscitivo del sistema, “es decir, la fundamentación o falta de fundamentación de las hipótesis acusatorias formuladas a la luz de las pruebas y contrapruebas” (Ferrajoli, Luigi, ob. cit., p. 606).

155. Ferrajoli, Luigi, ob. cit., pp. 622-623.

156. Ídem.

157. Ibáñez, Andrés Perfecto, ob. cit., pp. 290-291.

158. Ídem.

tente contralor indefectiblemente influirá en aquella dinámica formadora de la motivación, tornándola pobre¹⁵⁹.

Asimismo, la medida de razonabilidad¹⁶⁰ de veredictos hueros de motivación ingresa todavía más en crisis cuando se la confronta con esa idea de democratización de la administración del servicio de justicia tan invocada por quienes procuran inculturar el juicio por jurados clásico, pues la exigencia de motivar no sólo responde a la necesidad de que el propio juez sortee la aceptación acrítica de alguna peligrosa sugestión de la certeza subjetiva, sino también la de garantizar una finalidad de control sobre la racionalidad de lo decidido de procedencia externa, es decir, de toda la sociedad¹⁶¹.

En palabras de un autor como Ferrajoli –tan seguido en la actualidad–, la motivación, “en cuanto asegura el control de la legalidad y del nexo entre convicción y pruebas, (...) tiene también el valor «endo-procesal» de garantía de defensa y el valor «extra-procesal» de garantía de publicidad”¹⁶²; y por lo tanto, “(...) puede ser considerada como el principal parámetro tanto de la legitimación interna o jurídica como de la externa o democrática de la función judicial”¹⁶³.

De hecho, en similar sentido, Michele Taruffo afirma que a partir de la constitucionalización de la obligación de motivar estas decisio-

159. Seguimos a Díaz Cantón, Fernando, ob. cit., acápite II.

160. Explica Taruffo que, “[e]n cuanto a la motivación, es evidente que el ordenamiento está orientado hacia una concepción racional de la decisión judicial cuando impone a los jueces la obligación de motivar sus propias decisiones. Es sabido que esta obligación existe en muchos ordenamientos tanto en el nivel de las normas ordinarias como en el de los principios constitucionales (así, por ejemplo, en España, Portugal e Italia), con la consecuencia de que el juez está obligado a ofrecer una justificación racional de su decisión. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que el factor de racionalización consustancial con la obligación de motivar la decisión judicial no concurre siempre y no es siempre eficaz. De hecho, por un lado, hay ordenamientos (como, por ejemplo, el estadounidense) en los que la obligación de motivar no existe. Por ello, las sentencias de primer grado, en las que se fijan los hechos basándose en las pruebas, por lo general, no están motivadas. En concreto, el *jury* norteamericano nunca motiva su veredicto que, por lo tanto, queda siempre falto de todo fundamento racional” (Taruffo, Michell, ob. cit., p. 24).

161. Cf. Ibáñez, Andrés Perfecto, ob. cit., pp. 290-291.

162. Ferrajoli, Luigi, ob. cit., pp. 622-623.

163. Ídem.

nes “[a] la función endoprocesal tradicional, según la cual la motivación de la sentencia está encaminada a facilitar la impugnación y el juicio sobre la impugnación, se ha añadido una función extraprocesal: la motivación representa, de hecho, la garantía de control del ejercicio del Poder Judicial fuera del contexto procesal (...)”¹⁶⁴, lo que deriva, a su entender, “(...) de una concepción democrática del poder, según la cual su ejercicio debe ser controlable siempre desde el exterior (...)”¹⁶⁵.

Explica Taruffo, así, que, en definitiva, en la problemática de la prueba y la motivación discurre una dicotomía fundamental que puede resumirse de la siguiente manera: “Racionalidad –prueba como instrumento epistémico– decisión como fruto de inferencias lógicas –verdad/falsedad de los enunciados de hecho– motivación como justificación racional –posibilidad de control– concepción democrática del poder” *vs.* “Irracionalidad –prueba como instrumento retórico– decisión como fruto de intuición subjetiva incognoscible –verdad como coherencia narrativa (irrelevancia de la verdad/falsedad de los enunciados de hecho)– motivación como discurso retórico o justificación ficticia –imposibilidad de control sobre el fundamento de la decisión– concepción autoritaria del poder”¹⁶⁶.

Así, según su parecer, la primera opción proyecta un ligamen estrecho entre “(...) la ideología racional de la decisión judicial y, en concreto, de la decisión sobre los hechos, y la concepción democrática de la administración de justicia”¹⁶⁷, pues la idea de la motivación como instrumento de control externo de la justificación de la decisión y la verdad se relacionarían con una concepción democrática¹⁶⁸ del

164. Taruffo, Michell, ob. cit., p. 38.

165. Ídem.

166. Taruffo, Michell, ob. cit., p. 43.

167. Ídem.

168. No es en vano poner de relieve, en clave con el Doctor Angélico, que “cada una de las formas simples de organización política correcta tiene sus ventajas, aunque sea escalonadamente, de modo que la monarquía tiene prioridad por la supuesta bondad del príncipe y por su característica garantía de unidad y paz; la aristocracia le sigue en valor en razón de la virtud y competencia cualificada de sus miembros (...) y últimamente la policracia o república, en el sentido de forma determinada de gobierno

ejercicio del poder, en tanto “(...) los regímenes autoritarios se fundan sistemáticamente en la mentira y en la falsificación”¹⁶⁹. De ahí que, en el contexto procesal, la verdad es un valor político irrenunciable¹⁷⁰.

Es evidente, como señala en su lúcido trabajo Díaz Cantón, que el descubrimiento de la verdad ocupa un lugar primordial en el proceso penal, pues constituye un presupuesto imprescindible para pronunciar una sentencia condenatoria justa. De ahí que acompañamos al citado, cuando resalta la grave aporía de, por un lado, reconocer “(...) la enorme dificultad de arribar procesalmente a la verdad, a la certeza objetiva más allá de toda duda razonable, y el dotar el proceso de un entramado complejo de garantías epistemológicas para poder alcanzarla, y, por el otro, la ancestral resistencia a dar los fundamentos por los cuales, según se afirma, esa verdad fue alcanzada”¹⁷¹.

Desde ya, que la verdad es fundamental en cualquier plano, no solamente en el contexto procesal, pues los deberes éticos se fundan justamente en la realidad, léase, en el ser de las cosas¹⁷². Por ello es imprescindible conocer la verdad de las cosas donde se manifiesta lo

de muchos, tiene también sus ventajas por la mayor participación de los ciudadanos en el poder, que, aparte la natural satisfacción por el ejercicio de la libertad política, redundan en un mayor sentido de solidaridad y en mayor tranquilidad social. Pero la conjugación armónica y jerarquizada (que no se da en la democracia inorgánica) de las tres formas en un régimen mixto supera sus respectivas limitaciones y nos da la forma teóricamente ideal de gobierno (...) No obstante, el Aquinate es muy realista en este tema: piensa que las formas de gobierno deben subordinarse a la condición de los pueblos y de los hombres, no al revés” (glosas del P. Fr. Victorino Rodríguez P.P. al *Gobernante Cristiano*, en Santo Tomás de Aquino, *De regimine principum ad regem cypri*, Córdoba, Athanasius, 2016, pp. 66-67).

169. Ídem.

170. Concluye, Taruffo, entonces, que “si se concibe el juicio sobre los hechos como resultado de una *intime conviction* misteriosa e irreduciblemente subjetiva, es imposible pensar que tal persuasión sea susceptible de racionalización a través de un discurso justificativo, estructurado lógicamente: la *intime conviction* sólo es compatible con una falta de motivación o con una motivación ficticia” (Taruffo, Michell, ob. cit., p. 43).

171. Díaz Cantón, Fernando, ob. cit., acápite II.

172. Romero Berdullas, Carlos M., “Mitos y realidades del proceso acusatorio”, en AA. VV., *Prudentia Iuris* N° 86, 2018, pp. 133-167.

que “es”¹⁷³. Es que inexorablemente para hacer el bien, primero, es indispensable conocer verdaderamente la realidad¹⁷⁴. Y aquí vale hacer una observación esencial, “la realidad es independiente de nuestra voluntad, intención, valores, ideologías, pensamientos o mayorías”¹⁷⁵.

Esto es importante retenerlo, pues erraríamos si asumiéramos que las decisiones del jurado clásico constituyen una proyección de una soberanía popular mítica e infalible; y, además, determinante de la verdad de los hechos. De hacer eso, confundiríamos al veredicto con un conocimiento más bien esotérico reservado a unos pocos perfectos similares a los olímpicos, que, a diferencia de lo explicado por Welzel, en este caso sí parecieran formar parte de lo caracterizado por él como consejo de los dioses¹⁷⁶.

Con todo lo dicho hasta aquí, podemos hacerle un guiño a Daniel Pastor, cuando arguye críticamente que “(...) la decisión de un jurado, soberana por antonomasia, no admite revisión alguna en un Estado presidido por la idea de la omnipotencia del señorío popular. A lo sumo, solamente la aplicación del Derecho podría ser revisada, mas no la decisión sobre la existencia del hecho y sus alcances, esto es, sobre la culpabilidad penal del imputado”¹⁷⁷. Sin embargo, no podemos adherir a su convicción de que ese “poder omnímodo del jurado se ha diluido por completo”¹⁷⁸. Si bien, como él expresaba hace

173. Ídem.

174. Cfr. Pieper J., *La realidad y el Bien. La verdad de las cosas*, Buenos Aires, Librería Córdoba, 2009, p. 11.

175. Romero Berdullas, Carlos M., “Mitos y realidades del proceso acusatorio”, ob. cit., p. 141.

176. Esta reflexión viene a colación de la afirmación de Welzel de que “Ningún mortal ha estado sentado en el consejo de los dioses cuando se sancionaba la Tabla de lo recto y de lo justo (...)” (cfr. Welzel, Hans, “Verdad y límites del Derecho Natural”, p. 122 y “Ley y conciencia”, p. 238, ambos publicados en Welzel, Hans, *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal*, en Colección de Maestros del Derecho Penal, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2013, pp. 115-135 y pp. 217-245, respectivamente). Sobre una refutación a la llamada falacia naturalista sostenida por Welzel contra el realismo clásico, puede leerse Romero Berdullas, Carlos M., *Derecho Penal Líquido...*, ob. cit., pp. 319-326.

177. Pastor, Daniel R., ob. cit., acápite III.3.

178. Ídem.

tiempo, “[d]e la íntima convicción de un jurado que no daba explicación alguna sobre los motivos de sus sentencias (art. 342 del Código Napoleón) hemos pasado a unas exigencias estrictas de fundamentación que hoy rigen también para las decisiones de los jurados clásicos (modelo español) o al mecanismo de asimilar la participación popular a la de los jueces profesionales (sistema de escabinos) para que, junto con ellos, dicten sus decisiones motivadamente (modelo alemán)”¹⁷⁹, hoy existe una marcada tendencia a abrir el grifo hacia un veredicto inmotivado que se pretende sanear forzada y taumatúrgicamente mediante las fórmulas derivadas de la doctrina *Taxquet*.

Ergo, amerita preguntarse si al disociar el veredicto de la exteriorización de una razón justificante no se franquea el paso a un voluntarismo vacío de medida racional y una potencial arbitrariedad intolerable al principio republicano de gobierno. Es que, tal cual asevera Pastor, ya sea por razones de legitimación inherentes a la actividad penal del Estado (incluso cuando *per accidens* su ejercicio sea delegado a funcionarios no profesionales); o por la necesidad de garantizar al imputado un eficaz contralor y revisión de la decisión adversa, la validez de una sentencia condenatoria presupone la expresión de los argumentos jurídicos racionales sobre los cuales se funda (amén de proceder de un jurado popular)¹⁸⁰.

Esto mueve, entonces, a inferir que si, como explicara el órgano supremo del Poder Judicial de la República Argentina (léase a CSJN¹⁸¹) en *Casal* y luego ratificara en *Canales*, “(...) la propia Constitución no puede interpretarse en forma contradictoria, o sea, que el principio republicano de gobierno impide entender un dispositivo constitucional como cancelatorio de otro”¹⁸², probablemente la solu-

179. Ídem.

180. Pastor, Daniel R., *obb. cit.*, acápite III.3.

181. Tal como surge con claridad meridiana de *Menem Carlos Saúl c/ Editorial perfil y otros s/ daños y perjuicios m. 368. XXXIV. Rex* (2017), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14 de febrero de 2017, *Fallos*: 340:47.

182. C. 1757. XL. *Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa*, causa n° 1681 (2005), Corte Suprema de Justicia, 20 de septiembre de 2005, *Fallos*: 328:3399, cons. n° 24; y voto conjunto de los ministros Juan C. Maqueda y Ricardo Lorenzetti, cons. n° 19, en *Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado* -

ción más ajustada a la expresión constitucional se acerque a un juicio por jurados no sólo no exento del deber de motivar racionalmente sus decisiones, sino también posibilitador de un control eficaz del acusado y el todo social¹⁸³; incluso congruente con esa meta supererogatoria de generar conciencia ciudadana¹⁸⁴.

Ha de añadirse, además, que si según la doctrina reformista no existe duda alguna sobre la aptitud de los jueces legos para resolver adecuadamente cuestiones complejas en donde se entremezclan aspectos fácticos, probatorios y jurídicos (ej., emoción violenta, dolo eventual, etc.), luego vale preguntarse, entonces, por qué razón se hallarían incapacitados de verbalizar o exteriorizar por escrito los motivos de su decisión con una buena guía, en tanto desde las etapas más precoces del juicio por jurados hasta las instancias previas de la deliberación cumplen su rol naturalmente a través de instrucciones.

7.c. La cuestión disputada en torno a la idoneidad

Otro de los aspectos del juicio por jurado que originó debates de visos sempiternos y merece una reflexión mayor gira en torno a si los jueces legos poseen esa idoneidad exigida en nuestra Constitución Nacional para ejercer cualquier función pública, sea transitoria o permanente (art. 16 de la CN).

En ese sentido, Vélez Mariconde expresa la necesidad de que los órganos decisores se encuentren dotados de conocimientos jurídicos, bien complementados con un saber sobre lógica, psicología y demás ciencias auxiliares del Derecho Penal, dado el carácter técnico del proceso¹⁸⁵. En cambio, Maier identifica el argumento de la necesidad

impugnación extraordinaria (2019), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2 de mayo de 2019, *Fallos*: 342:697, publicado en *La Ley*, Buenos Aires, t. 2019-C, año LXXXIII n° 118, el 26 de junio de 2019, cita *on line*: AR/JUR/7772/2019.

183. En sentido similar, cfr. Chiara Díaz, Carlos A., *ob. cit.*, p. 86.

184. En tanto estas decisiones tan relevantes serán preludiadas por un ejercicio deliberativo con participación popular, pero sin generar tensiones con la garantía de debida fundamentación de toda sentencia.

185. Vélez Mariconde, Alfredo, *ob. cit.*, t. I, p. 224.

de una magistratura científica con doctrinas de raigambre autoritaria, que habrían sido expuestas por los juristas para dejar de lado las reglas constitucionales tendentes a establecer el juicio por jurados, dando así la impresión de cierta perspectiva sectaria sobre la administración de la justicia penal¹⁸⁶.

Por otra parte, si bien ciertos estudios sociológicos insinúan nimias divergencias entre la apreciación de los hechos realizada por jueces legos o profesionales, una resolución similar de las causas sometidas a juicio en uno u otro modelo, como así también una correcta aptitud de parte del jurado popular para entender las cuestiones suscitadas en el caso, valorar la prueba y comprender las consignas suministradas para resolver aspectos sobre los cuales carecen de conocimientos jurídicos o preparación previa¹⁸⁷; otras investigaciones sindicán (hipotéticamente) a la complejidad jurídica o probatoria, junto a la existencia de múltiples hechos e imputados como causas de un incremento de absoluciones en el juicio por jurados, en comparación con el sustanciado ante magistrados profesionales¹⁸⁸.

Del mismo modo, también se plantea que el juez profesional inequívocamente desarrolla a lo largo del ejercicio de la profesión una experticia, oficio y capacidad para ponderar la prueba aún en supuestos de elevada complejidad¹⁸⁹. Argumento que resulta del todo lógico, en tanto, como enseña, Aristóteles las virtudes y demás artes se adquieren "(...) después de ejercerlas primero (...), pues las aprendemos haciendo lo mismo que se debe hacer después de haberlas aprendido; por ejemplo, se llega a ser constructor de casas constru-

186. Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, ob. cit., pp. 783-785.

187. Cfr. Hendler, Edmundo S., "Sensatez y conocimientos. El jurado en la provincia de Córdoba", en AA. VV., *Participación ciudadana*, en *Derecho Penal*, año I, n° 3, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos-INFOJUS, Buenos Aires, dic. 2012, pp. 171-186.

188. Cfr. Elhart, Raúl, ob. cit., pp. 132-133, donde se alude a uno de los trabajos sociológicos más trascendentes realizados en Estados Unidos de América.

189. Cfr. Elhart, Raúl, ob. cit., p. 132.

yendo casas, y citarista, tocando la cítara. De ese modo, pues, también llegamos a ser justos realizando actos justos (...)”¹⁹⁰.

Sin embargo, a la par se encomia al juez lego, en la medida de que precisamente se hallaría librado de posibles sesgos o defectos¹⁹¹ anidados en la labor rutinaria desempeñada o el recuerdo de hechos análogos¹⁹²; además de ponderarse una mayor calidad y capacidad para captar la prueba fincada en la superioridad de un cuerpo de doce jurados respecto de un tribunal colegiado de tres jueces¹⁹³. En ese entendimiento es que Aramburu y Zuloaga contrapesa esta supuesta ignorancia de los jueces legos con la gravosa “(...) influencia del hábito que impide ver claro a los jueces de oficio (...)”¹⁹⁴, rutina inexistente en quienes administran justicia transitoriamente, en tanto “su espíritu está abierto a todos los elementos de convicción; la novedad del caso atrae su inteligencia, les obliga a concentrar su atención, les interesa en la averiguación de la verdad de ese mismo caso especial (...)”¹⁹⁵.

Al mismo tiempo, esta polémica se relaciona a la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho, uno de los ejes del moderno sistema de juicio por jurados¹⁹⁶ que enseñó dificultades en el sistema anglosajón, despertó controversias en torno a la *jury nullification*¹⁹⁷ e

190. Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, Buenos Aires, Colihue, 2015, L. II, cap. I, 1103a 25-35, 1103b 1-5.

191. Cfr. Elhart, Raúl, ob. cit., p. 132.

192. Jofré, Tomás, ob. cit., t. I, p. 89.

193. Cfr. Elhart, Raúl, ob. cit., p. 133.

194. Aramburu y Zuloaga, *La nueva ciencia penal*, p. 316, según cita en Jofré, Tomás, op. cit., t. I, pp. 88-89.

195. Ídem.

196. Schiavo, Nicolás, ob. cit., p. 115.

197. La *jury nullification* es la facultad extraordinaria del jurado popular de no aplicar la ley vigente e instruida por el juez profesional, desobedecerla o vetarla ante circunstancias excepcionales cuando su aplicación en el caso concreto tradujera una solución injusta u opresiva. Dicha posibilidad únicamente se hallaría habilitada para emitir un veredicto absolutorio, cuando según la ley correspondería condenar dadas las circunstancias comprobadas en el caso. Excede los confines de esta investigación el análisis de la problemática provocada en derredor a la *jury nullification*, únicamente basta señalar que se ha objetado su utilización por considerarla una herramienta conductora a la anarquía e inseguridad jurídica; y es por ello, que también se alzaron

intentó solucionarse mediante las instrucciones, a través de las cuales el juez profesional procura "(...) restringir el significado posible de las inferencias jurídicas en el juicio reconstructivo de los hechos, explicando de un modo sencillo los contornos del Derecho bajo los cuales debe manejarse para sustentar su veredicto"¹⁹⁸.

Al respecto, comenta Maier que se ha intentado describir al juicio por jurados mediante una disociación entre la labor de los jueces legos y los profesionales. Los primeros se pronunciarían sobre la existencia de los hechos atribuidos al imputado luego de ser sometidos a tal fin a una serie de preguntas dirigidas por el juez profesional; mientras la tarea cumplida por magistrados del Estado sería la de aplicar el Derecho Penal¹⁹⁹. Empero, el jurista rechaza esta distinción por no ajustarse a la realidad, en tanto resulta imposible separar estrictamente hechos de derecho en la determinación judicial, por cuanto siempre se parte de preceptos normativos indiciarios de los aspectos de la realidad interesantes al derecho²⁰⁰. Al punto tal, que la decisión judicial exige "(...) una verdadera interacción múltiple entre hechos y reglas, que, por sucesivas aproximaciones, logra el fallo"²⁰¹, pues ya sean los jueces legos o profesionales, ambos requieren tanto del conocimiento fáctico como de las reglas de derecho²⁰².

En línea con esa inteligencia, se considera que la división estricta entre cuestiones de hecho y derecho no es tal, pues cuando el juez profesional instruye a los jurados sobre la ley aplicable, inexorablemente, luego de valorar la prueba, éstos deben interpretar y determinar si los hechos se subsumen o no dentro de las categorías jurídicas propuestas²⁰³. De ahí que es inevitable que ingresen a analizar

voces para vedar al juez la posibilidad de hacer saber al jurado la chance de apartarse de la ley vigente (cfr. el estudio desarrollado en Schiavo, Nicolás, ob. cit., pp. 117-129; y Elhart, Raúl, ob. cit., cap. IV).

198. Schiavo, Nicolás, ob. cit., p. 117.

199. Cfr. Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, ob. cit., p. 790.

200. Ídem.

201. Cfr. Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, ob. cit., pp. 790-791.

202. Ídem.

203. Elhart, Raúl, ob. cit., pp. 55-56 y 73-74.

cuestiones de derecho para precisar cómo se aplican al caso concreto, a partir de la situación fáctica comprobada²⁰⁴ y examinen si en el contexto de las instrucciones brindadas el hecho se ajusta o no a la categoría jurídica de una legítima defensa, si la conducta se consumó con dolo eventual o culpa con representación, etc.²⁰⁵.

Por ello, es que surgen algunas preguntas interpelantes como las realizadas por Díaz Cantón, las cuales, a mi entender, aún no encuentran una respuesta del todo convincente, y vale reiterar, so riesgo de tornarnos tediosos. Pues cabe interrogarse con el citado, “¿cómo habrán de revisar personas que carecen de toda formación las inferencias inductivas que parten de las pruebas (todas ellas indirectas, incluso la testimonial), de hechos que carecen de existencia actual (...) y arriban, no sin complejas operaciones racionales y argumentales, a conclusiones sobre el hecho, que habitualmente vienen vinculadas a complejas operaciones jurídicas relacionadas con la relevancia penal de esos hechos, como ser la imputación objetiva y subjetiva del comportamiento, la evitabilidad o no del error de tipo y de prohibición en el caso concreto? (...)”²⁰⁶.

Todavía más, es oportuno preguntarse, “(...) ¿cómo han de analizar esos aspectos jueces sin formación alguna que sólo cuentan, en el mejor de los casos, con una serie de instrucciones elaboradas con antelación a la deliberación del jurado o, para suplir la carencia de motivación, con un cuestionario para que, en sus respuestas, emitan una afirmación o una negación sobre los múltiples aspectos no expli-

204. Ídem.

205. Esta imbricación entre cuestiones de hecho y derecho incluso se comprueba en un marco referencial de la dogmática penal como lo es el recurso de casación. Nótese que, como explican Bacigalupo y Fellini, cuestiones “(...) tales como el dominio del hecho, la causalidad, el dolo, la evitabilidad del error, el perjuicio patrimonial, etcétera, que, vistas desde una perspectiva natural, parecerían cuestiones «de hecho» ajenas al recurso de casación, han sido elaboradas de tal forma que constituyen auténticas cuestiones de derecho” (Fellini, Zulita; Bacigalupo, Enrique, prólogo escrito el 12 de octubre de 2013 a Herbel, Gustavo A., ob. cit.).

206. Díaz Cantón, Fernando, ob. cit., acápite IV.

citados, para posibilitar un control adecuado de los defectos de dicha pseudo-motivación?”²⁰⁷.

Es fácil advertir que esto supone no pocos desafíos para los litigantes, magistrados profesionales y jueces legos, pues la instauración del juicio por jurados no se limita al ámbito procesal, sino que requiere la actualización de la idea de *poliacroasis*²⁰⁸ ya desarrollada en otras publicaciones²⁰⁹, pero en este caso concreto en lo concerniente a las instrucciones, en tanto a través de estas preguntas se les dará a estos ciudadanos la medida de las cosas para juzgar. Por esta razón es fundamental que se adecúen el estándar comunicativo y las expresiones a los jueces legos, por cuanto la capacidad de juicio de estos ciudadanos resultará menguada si estas guías de convierten en piezas inescrutables.

Esto implica, como afirma Sandro, que el Derecho Penal sea traducido “(...) al vocabulario y entendimiento raso del ciudadano que puede llegar a ser jurado”²¹⁰, pues la “(...) dogmática al uso, que estudia el delito en peldaños forjados a comienzos del siglo XX, ha quedado inmersa en una profusión de abstracciones y controversias inaccesibles al sentido común”²¹¹. Es que, como bien señala el citado, ningún magistrado podría “(...) explicarle al jurado las teorías múl-

207. Ídem.

208. La idea de *poliacroasis* “(...) exige la adecuación de los géneros oratorios a la clasificación de los oyentes (gr. *akroatés*), pues las características y funciones específicas del auditorio son elementos definitorios de cada discurso. Por tanto, los oradores (cualquiera de los actores) deben ajustar los medios de expresión a cada posible receptor (el juez, jurado e incluso el público que presencie la audiencia de juicio) y el tipo de contexto comunicativo en el cual se mueven” (Romero Berdullas, Carlos M., “Proceso Penal en clave republicana: Salvaguarda constitucional contra los analogados del cesarismo”, *Prudentia Iuris* N° 82, Buenos Aires, diciembre de 2006, pp. 79-106).

209. Cfr. *in extenso* Romero Berdullas, Carlos M., “Proceso Penal en clave republicana...”, ob. cit., pp. 79-106; y Gamboa, A.; Romero Berdullas, Carlos M., *Proceso constitucional acusatorio*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2014.

210. Sandro, Jorge A., “La Corte Suprema alzó la voz a favor del juicio por jurados”, *La Ley*, Buenos Aires, año LXXXIII, n° 118, Tomo 2019-C, 26 de junio de 2019, pp. 18-20.

211. Ídem.

tiples que pugnan por definir los límites estructurales del dolo eventual sin provocar la perplejidad de los oyentes y el riesgo cierto de fracaso del juicio”²¹².

Esto verdaderamente plantea un reto no menor, pues nos topamos con problemáticas que no se resuelven con el mero uso de un lenguaje llano a la hora de redactar las instrucciones, en tanto éstas deben ser, además, jurídicamente correctas. La cuestión no es una nimiedad, en tanto como advierte Schiavo ese soporte jurídico del veredicto (simplificando, las instrucciones) podría ser comprendido adecuadamente por el jurado, pero a riesgo de resultar jurídicamente incorrecto²¹³. Por este motivo es que las instrucciones patrón han asumido un rol fundamental en otros países, por cuanto en su elaboración intervienen comités de juristas, jueces, abogados y lingüistas en traza de alcanzar ambos objetivos²¹⁴.

Sin embargo, esta cuestión pareciera no hallarse del todo resuelta y deja latente cierta incertidumbre, ya que según Schiavo, “los juicios del jurado parten de la suposición implícita –como soporte de su validez– de que los miembros del panel aprenden de la ley aplicable a través de esas indicaciones, pero comúnmente se desembarazan de cuestionarse que tanto efectivamente comprendieron aquello que les resultó comunicado”²¹⁵. Es que “poco se sabe de los grados de comprensión que tiene un jurado sobre las instrucciones, y el alcance que estas finalmente tuvieron en la decisión final del pleito como para impugnar un juicio en base a esa relación subjetiva”²¹⁶, aspecto tal vez reversible con instrucciones aclaratorias o el sistema de re-conferencia, aunque su uso también ha motivado no pocas controversias²¹⁷.

212. Ídem.

213. Schiavo, Nicolás, ob. cit., p. 518.

214. Ídem.

215. Ídem.

216. Schiavo, Nicolás, ob. cit., p. 519.

217. Para una mayor ilustración sobre las polémicas generadas, se sugiere leer Schiavo, Nicolás, ob. cit., pp. 542-562, pero sumariamente puede anticiparse que se ha planteado el riesgo de bajar el contenido jurídico de las instrucciones a un nivel normativo insatisfactorio.

Como se puede apreciar, la propuesta del juicio por jurados no es una faena sencilla. Ineluctablemente requiere de una capacitación óptima de los actores jurídicos, dadas las implicancias del concepto de *poliacrosis*; pero además exige acciones incardinadas en la meta de brindar herramientas suficientes a la ciudadanía para desarrollar una capacidad de juicio fundada en la virtud de la prudencia, que tras sopesar *in utramque partem* los argumentos de las partes concrete una decisión justa ordenada al bien común político.

7.d. La debatida independencia judicial

Otra arista discutida desde antaño sobre el juicio por jurados es la independencia del órgano decisor. Así, nos encontramos con quienes sostienen que una influencia dañina es más factible de concretarse en un jurado popular, en tanto los jueces profesionales gozan de una independencia propia del poder por ellos representado, un reaseguro contra posibles interferencias dado por su inamovilidad y una formación técnica particularmente apta para impedir un juicio turbado por sentimientos de piedad e impresiones engañosas, frecuentemente causadas en los jueces legos cuando los defensores despliegan sus destrezas oratorias²¹⁸.

En respuesta a esto, se sostiene que las habilidades retóricas existen tanto en defensores como acusadores y que la independencia e integridad es más probable de garantizarse con jueces legos. Pues estos

Por otra parte, también debe señalarse la necesidad de profundizar en diferentes problemáticas originadas en torno al estándar de más allá de toda duda razonable, pues como explica Schiavo, si bien en la actualidad todas las personas comprenden la imposibilidad de condenar a alguien sin pruebas, pocos tienen certeza de cuántas probanzas son suficientes para superar el umbral de esa duda razonable (cfr. Schiavo, Nicolás, ob. cit., p. 598). Esto viene al caso, por cuanto en Estados Unidos se generaron no pocas controversias respecto a si debe o no explicarse el concepto de duda razonable a los jueces legos. De hecho, los tribunales estadounidenses han reconocido que ese concepto no es de fácil definición o explicación; y muchas veces conduce a la confusión de los jueces legos cualquier intento por precisar sus contenidos (cfr. Schiavo, Nicolás, ob. cit., pp. 597-622).

218. En ese sentido, véase Vélez Mariconde, Alfredo, ob. cit., t. I, pp. 222-223.

son más numerosos, desempeñan su función transitoriamente luego de ser escogidos por sorteo, dirimen la cuestión en un breve lapso y el secreto de su deliberación impide la venalidad o el cohecho, delitos más propicios de consumarse con los jueces permanentes²¹⁹.

Es que, en palabras de Jofré, la corrupción no es patrimonio de un estrato social, por cuanto “(...) la moralidad media del jurado es igual a la moralidad media de los magistrados”²²⁰. Por lo tanto, si es “(...) posible corromper a un jurado, ha de ser también fácil corromper a un magistrado permanente; (...) sin embargo, es más difícil corromper a los primeros que a los segundos”²²¹.

Todavía más, al analizar la influencia de las ideologías o pasiones políticas, el citado rubrica que “[c]uando las pasiones políticas agitan a un pueblo, no quedan tranquilos los jueces. Para ellos también sopla el viento o ruge la tempestad; ellos tienen algo que esperar o temer (...) hay nombramientos, ascensos, aumentos de sueldo y hasta juicio político o la difamación pública o privada”²²²; y por ello se pregunta, irónicamente, si acaso los jueces permanentes son ángeles y los jurados demonios²²³.

Tal como se puede comprobar, existen razones atendibles en uno u otro sentido que entiendo deben ser evaluadas prudencialmente. Por cierto, ya sean profesionales o legos, los jueces no son ángeles, ni demonios. Son seres humanos, que si bien gozan de una libertad pasible de ser considerada como un signo de la dignidad humana²²⁴,

219. Jofré, Tomás, ob. cit., t. I, pp. 90-91.

220. Jofré, Tomás, ob. cit., t. I, p. 91.

221. Jofré, Tomás, ob. cit., t. I, p. 91.

222. Jofré, Tomás, ob. cit., t. I, p. 96.

223. Ídem.

224. La libertad puede ser considerada como un signo de la dignidad humana, por cuanto es un atributo de los entes espirituales. Sin embargo, no puede ponderársela como su última raíz o perfección, pues esa dignidad deriva del valor del fin al cual el hombre se encuentra ordenado (cfr. Lamas, Félix A., *El hombre y su conducta*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos “Santo Tomás de Aquino”, 2013, pp. 121-122). No en vano, Lamas enseña que la libertad constituye “el principio de la causalidad deficiente que el hombre puede ostentar como triste privilegio” (ídem), pues en “esta deficiencia radica el origen del mal” (ídem).

también se encuentran expuestos a esa intrínseca deficiencia originada por la limitación esencial de la naturaleza del hombre.

Así como existe una dignidad de carácter permanente, radical o básica, correspondiente a todo integrante de la especie humana, ésta convive con una dignidad dinámica ligada a los actos humanos, factible de darse en todas las personas ante un recto ejercicio de la libertad; pero a su vez, también relacionada a una defectuosidad propia de la naturaleza humana²²⁵, que puede actualizarse en cualquier juez o funcionario mediante actos de corrupción, sin importar si es un magistrado técnico o no versado en ciencias jurídicas. Por consiguiente, al resultar los sistemas procesales tan perfectibles como el hombre que los diseña y el juez facultado a decidir, puede afirmarse la inexistencia de garantías absolutas en uno u otro caso contra posibles afectaciones a la independencia del órgano juzgador, ya sea que procedan de presiones, tráfico de influencias, cohechos, etc.

Conocido es el valor de la independencia e importancia de que los jueces se encuentren librados de toda intromisión, amenaza, temor o presión indebida –ya sea de un organismo estatal, un sector influyente, los *mass media*, o cualquier individuo– para resolver con libertad e imparcialidad los casos sometidos a su juicio. Por ello se hace hincapié en la necesidad de establecer juicios con salvaguardas estructurales aptas en traza de preservar la independencia funcional²²⁶ (externa e interna²²⁷) y personal de los jueces legos o profesionales²²⁸, según sea el caso.

225. Véase la lección sobre indignidad expuesta en Hernández, Héctor H., *El garantismo abolicionista*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, cap. 18.

226. Que sujeta al juez al principio de legalidad.

227. Esta faceta de la independencia resguarda a los jueces de influencias pasibles de concretarse desde el exterior, pero a través de la presión ejercida por órganos internos del Poder Judicial. De ahí que, en clave con ello, los jueces técnicos no se encuentran subordinados a otras instancias existentes en el seno del Poder Judicial; y sólo deben guiarse por los dictados de la ley.

228. Si se pretende profundizar sobre el valor de la independencia judicial puede verse Gamboa, A.; Romero Berdullas, Carlos M., ob. cit, pp. 195-201.

La selección de jueces técnicos fundada en la competencia profesional, experiencia jurídica e integridad es uno de estos mecanismos; como así también lo son las condiciones establecidas en el juicio por jurados para escoger a los jueces legos. Entre las cuales vale destacar: la conformación de un grupo representativo de la comunidad, la exclusión de un segmento de individuos por posibles sesgos perjudiciales a la imparcialidad, la integración del tribunal con mayores de edad que sepan leer, escribir, hablar, comprender el idioma y no se encuentren afectados por alguna enfermedad física o psíquica que les impida desempeñar el cargo²²⁹.

Un ejemplo de resguardo de la independencia personal es la inmovilidad del juez técnico, que se encuentra orientada a ponerlo a salvo de caprichos volubles de índole política y cualquier posible influencia ejercida a través del temor de ser destituido en caso de no decidir en un determinado sentido. Ahora bien, nótese a la inversa, que en el caso del juicio por jurados la transitoriedad del cargo se convierte en una prevención frente a posibles interferencias externas. De modo que en el juicio desarrollado por jueces profesionales la estabilidad se convierte en una fortaleza; en tanto en el sustanciado ante jueces legos, el carácter transitorio del ejercicio de la función es un reaseguro de independencia.

Tal como se adelantó, no existe un sistema perfecto que asegure la independencia dada la propia defectuosidad del hombre. Cada uno de los modelos presentados (juicio técnico o por jurado) tienen sus herramientas para sortear los peligros de una merma en esa independencia de quien se encuentre convocado circunstancialmente a dar cada uno lo suyo. En efecto, así como el juez técnico puede excusarse o ser recusado por diferentes causales, el juicio por jurados pivotea sobre un proceso de selección general/“deselección”²³⁰ particular, destinado a prevenir presiones externas e influencias de

229. Cfr. Schiavo, Nicolás, ob. cit., 244-267.

230. Esta palabra no aparece en el Diccionario de la Real Academia, ni la RAE ha aceptado su uso, pero es utilizada por quienes propician el juicio por jurados. Según el observatorio de palabras, se trata de un neologismo “bien formado y ya asentado en el ámbito informático con el mismo sentido que las expresiones borrar/quitar/eliminar/deshacer la selección, con las que alterna. Como ocurre en casos similares,

los medios de comunicación sobre los jueces; que éstos tengan un interés o prejuicio relevante en el caso, y/o no cumplan los requisitos generales.

8. CONCLUSIONES

El camino recorrido permite verificar que si bien es posible rastrear el juicio por jurados populares en el tribunal de los Heliastas de Grecia²³¹, las centurias romanas²³² y las juntas escandinavas del siglo VII²³³, el arquetipo de sistema de enjuiciamiento hoy promovido en la República Argentina abreva en el modelo angloamericano.

A la par, se puede comprobar que amén del hiato establecido por la Constitución Nacional de 1949²³⁴, a lo largo del tiempo existieron en nuestro país diversas mandas constitucionales receptoras del juicio por jurados. Sin embargo, tal circunstancia no movió al Congreso de la Nación a promover su establecimiento, ni dictar leyes conducentes a su implementación para los juicios criminales ordinarios.

También se observa como contrapunto a esta omisión legislativa, el influjo de un movimiento reformista de especial actualidad que en este nuevo milenio ha logrado instituir el juicio por jurados clásico

se simplifica la doble s que resulta de la combinación de des- y seleccionar” (<https://www.rae.es/observatorio-de-palabras/deseleccionar>, consultado el 23/7/2021).

231. Cfr. Vélez Mariconde, Alfredo, ob. cit., t. I, p. 26.

232. Cfr. Vélez Mariconde, Alfredo, ob. cit., t. I, p. 36; Mommsen, Theodor, ob. cit., pp. 98, 103 115, 117, 123 y 125; y Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, ob. cit., pp. 788-789.

233. Schiavo, Nicolás, ob. cit., p. 29.

234. La derogación del juicio por jurados del texto constitucional no perduró demasiado porque el gobierno de facto de 1955 lo restableció en 1957. Empero, tal como se anticipó, vale interrogarse si la Constitución Nacional de 1949 no debería haber regido de hecho hasta la reforma de 1994, dada la carencia de validez de la reforma efectuada en 1957 por la autodenominada Revolución Libertadora, cuyos vicios de origen, materiales y formales han sido objeto de disímiles críticas. Pues una interpretación en ese sentido podría colocar en crisis la idea de que desde la Constitución histórica de 1853 la expresión constitucional se habría inclinado a favor del juicio por jurados sin solución de continuidad.

en las provincias de Neuquén, Buenos Aires, Río Negro, Mendoza, Chubut, Entre Ríos, San Juan y Chaco, pues en Córdoba también se alcanzó la instrumentación de este prototipo de enjuiciamiento hacia fines del siglo XX, pero allí se acogió el esquema escabinado.

Asimismo, el *iter* transitado demuestra que al analizar la Corte Suprema de Justicia la inactividad legislativa del Congreso Nacional, en una primera etapa se enseñó indiferente a considerar al establecimiento del jurado popular como una obligación perentoria o inmediata. Esto cuanto menos refleja cierta desconfianza de aquella época a su pronta institución.

Sin embargo, ese patrón interpretativo pareciera comenzar a revertirse en los últimos años a partir de lo expresado en determinados votos de *Casal* y *Canales*, donde primero con un *obiter dictum* se abriría paso hacia una progresiva implementación del juicio por jurados; mas luego con el voto del Ministro Horacio Rosatti se ratificaría el reiterado mandato constitucional de su instauración; y, además, se alertaría que la omisión del parlamento no puede conducir a una derogación de hecho de este modelo de enjuiciamiento, en tanto la vigencia de las normas constitucionales no puede someterse a la actividad o pasividad de los poderes constituidos.

Tras analizar los debates originados en la doctrina sobre la presunta mora del legislador y estudiar desde una perspectiva realista cuál es la razón por la que el Congreso jamás implementó el juicio por jurados se espiga como plausible respuesta al *factum* de un proceso social de carácter continuo constitutivo de nuestra tradición, la cual es un fenómeno humano susceptible de definirse como un “progreso hereditario”²³⁵. Efectivamente, el principal escollo con el cual se topó el juicio por jurados son esos logros jurídicos acumulados y transmitidos en el tiempo; el carácter de nuestra comunidad política, las necesidades e historia de una sociedad que no avanzó en la concreción de esa manda constitucional, debido a las dudas generadas en torno a si esa novedosa institución constituía un auténtico progreso y una herramienta meliorativa del juicio penal.

235. Sobre el concepto de tradición, cfr. Lamas, Félix A., *Filosofía del Estado. Política y tradición*, ob. cit., p. 37.

Se puede concluir, entonces, siguiendo el magisterio del Dr. Sergio R. Castaño, que el caso del juicio por jurados es uno de los ejemplos clásicos y resplandecientes de cuando la forma mensurante no se adapta a la materia a ser mensurada. Pues tan impropia fue la importación del juicio por jurados en una comunidad coligada a una tradición del Derecho continental como la Argentina, que a pesar de hallarse normado en la Constitución desde 1853, el instituto jamás tuvo vigencia en la *praxis* jurisdiccional, dada la carencia de ratificación social de una oferta legislativa no ajustada a las necesidades sociales y la cultura jurídica propia²³⁶.

De hecho, esto es una prueba clara de que “(...) las normas positivas deben no solo su existencia, sino también su validez, a la acción individualizadora de un poder decisorio concreta y culturalmente situado, que determina las normas en función de un talante comunitario y no a partir de una idea abstracta”²³⁷, tal como parecen sugerir algunos promotores del juicio por jurado.

Más aún, este es un ejemplo patente de lo acontecido cuando una Constitución Política se encuentra en franca tensión con una medida de razonabilidad asentada en esos factores no jurídicos y “(...) las vigencias sociales cristalizadas en la tradición”²³⁸, que en palabras de Heller es “(...) «la más antigua, universal y seguramente más eficaz» forma de legitimación de una ordenación”²³⁹.

Añádase a esta recapitulación, que del estudio efectuado sobre el fundamento del juicio por jurados como expresión de la llamada “soberanía popular”, frecuentemente utilizado como ariete argumental por parte de la doctrina y jurisprudencia para propender a su pronta

236. Incluso esto se sigue evidenciando en la actualidad, cuando precisamente quienes promueven el juicio por jurados aluden a limitaciones culturales lógicas que dificultan su instauración y expresan serias complicaciones a la hora de hacer entender a los juristas del *civil law* el veredicto inmotivado del juicio por jurados.

237. Castaño, Sergio R., “Sentido y valor del orden constitucional...”, ob. cit., p. 41.

238. Castaño, Sergio R., “Sentido y valor del orden constitucional...”, ob. cit., p. 44.

239. Heller, Hermann, *Staatslehre*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1983, p. 101, según cita de Castaño, Sergio R., “Sentido y valor del orden constitucional...”, ob. cit., p. 44.

inculturación, se infiere la inexistencia de esa premisa caracterizada como un mito romántico o ficción por Bidart Campos²⁴⁰.

En efecto, lo ya expuesto en el punto 7.a. mueve la razón a comprender que los poseedores de los títulos para mandar o administrar justicia son quienes efectiva y legítimamente ejercen el mando o administran justicia (sean jueces profesionales o legos); no así el todo social, ni la sumatoria de sus integrantes.

Como ya se explicó, aunque la comunidad política posea el derecho-deber a ser gobernada (ya que en tanto multiplicidad carece del orden precisamente conferido por el gobierno), esto no se traduce en la facultad o capacidad para gobernar, sino concretamente en el derecho de determinar los títulos de sus gobernantes²⁴¹; o en este caso, de quienes como jueces deben administrar justicia (sean profesionales o legos).

Por ende, nos hallamos en condiciones de afirmar que ni el juicio por jurados, ni el desarrollado por jueces profesionales expresan el derecho del pueblo a juzgar o la voluntad popular, sino el derecho que sí tienen las partes de la comunidad autárquica e independiente de determinar los títulos de quienes administrarán justicia, elemento principal del bien común que hace al orden político. De ahí que la comunidad política se encuentra investida del derecho a designar mediante el consenso al sujeto titular del poder penal, junto a la forma de enjuiciamiento, según sea más conveniente para alcanzar el bien común, conforme a las circunstancias históricas, contingencias y necesidades objetivas²⁴².

240. Cfr. Bidart Campos, Germán J., *Lecciones...*, ob. cit., pp. 236-237.

241. Cfr. Castaño, Sergio R., *El poder constituyente...*, ob. cit., pp. 105-106 y 111.

242. Vale reiterar, que la elección de uno u otro modelo de jurado (profesional o lego) integra ese derecho a precisar quiénes serán los sujetos llamados a ejercer una potestad penal legítima, necesaria y valiosa dada su consonancia con el Derecho Natural, la naturaleza social del hombre e imposibilidad de conservar la sociedad política sin esa *potestas*. Basta añadir, que designar al titular de esa potestad es de resorte de la comunidad, la cual precisará las necesidades de la *potestas jurisdictionis* a una forma constitucional y a unos titulares concretos, quienes procederán todos de la misma comunidad política, ya sean jueces legos o profesionales.

Por otra parte, una vez revisados esos tópicos siempre presentes en la discusión académica motivada por el juicio por jurados, se advierte que la cuestión debatida sobre la independencia judicial no ofrece razones concluyentes para escoger uno u otro modelo de enjuiciamiento. Pues tal como se expuso, no existe un sistema perfecto que asegure la independencia del órgano juzgador debido a la propia defectuosidad del hombre, pues los jueces legos o profesionales son seres humanos. De modo que cada uno de los esquemas de enjuiciamiento presentan diferentes peligros y herramientas para intentar garantizar esa independencia del juez lego o profesional.

Distinta es la suerte de las disputaciones generadas sobre la idoneidad de los jueces legos y el veredicto inmotivado del jurado clásico. En cuanto a la primera cuestión, todavía subsisten interrogantes sin respuestas del todo convincentes relacionados a la inexistencia de una real distinción entre cuestiones de hecho y derecho, y la necesidad de los jueces legos de ejecutar complejas operaciones jurídicas ligadas a la relevancia penal de los hechos (tales como, por ejemplo, determinar la imputación objetiva o subjetiva de la conducta, si es evitable o no el error de tipo o de prohibición, la delimitación entre el dolo eventual y la culpa con representación, etc.).

Súmense a esto posibles dificultades para ajustar las instrucciones a la idea de *poliacroasis* y a un soporte jurídico correcto, que se ven potenciadas por un limitado conocimiento sobre el grado de comprensión del jurado de éstas o su alcance en la decisión final, aspecto tal vez subsanable con instrucciones aclaratorias o un sistema de re-conferencia tampoco exentos de controversias.

Por último, respecto a la no exteriorización de las razones justificantes de la decisión, todavía siguen vigentes múltiples objeciones de entidad que no pudieron ser superadas satisfactoriamente por las reglas sentadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Taxquet*, doctrina luego adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos e indirectamente recogida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Tanto es así, que las aparentes soluciones brindadas para sanear la orfandad de motivación naufragan por su artificialidad y carácter taumatúrgico. Así pues, ese veredicto inmotivado del jurado clásico no logra ajustarse a una medida de racionalidad, ni de constituciona-

lidad, ya que por mucho que se lo fuerce, no es posible ensamblarlo armónicamente con el deber de fundamentación de las decisiones ínsito a la garantía de defensa en juicio²⁴³, el derecho del imputado a revisar la sentencia condenatoria²⁴⁴, ni esa publicidad tan indispensable para efectivizar el control ciudadano y activar otros controles republicanos frente a las posibilidades de una decisión arbitraria.

Se evidencia, entonces, con lo desarrollado en el punto 7.b., que si la propia Constitución no puede interpretarse de modo contradictorio, probablemente la propuesta más adecuada al andamiaje constitucional sea la de un juicio por jurados guiado por el deber de motivar racionalmente sus decisiones; y, a la vez, posibilitador de un control eficaz exógeno e intraprocesal; lo cual incluso se ajustaría a la meta supererogatoria de generar conciencia cívica.

9. OTRAS LÍNEAS INVESTIGATIVAS POR DESCIFRAR

Requeriría de un estudio mayor y un juicio prudencial adaptado a diferentes circunstancias determinar, en todos sus contornos, un sistema que sintetice virtudes de ambos esquemas; o definir la posibilidad de aplicar un modelo de juicio u otro, según la mayor o menor gravedad del delito consumado. Desde ya, acometer esa labor excedería los confines convenientes de este trabajo, que, cabe reiterar, constituye una aproximación inicial.

No obstante, vale dejar abiertas algunas preguntas e inquietudes sobre el juicio por jurados, que podrían abordarse en futuras investigaciones:

a) Un primer interrogante es si el juicio por jurados no podría incrementar la confianza de la comunidad en la función judicial y ofrecer una mayor garantía de independencia, si los jueces legos juzgaran, por ejemplo, los delitos atribuidos a funcionarios públicos con

243. Art. 18 CN.

244. Previsto en los arts. 8.2.h del Pacto de San José de Costa Rica y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos tratados con jerarquía constitucional, según el art. 75 inc. 22 de la CN.

ocasión del ejercicio de sus funciones²⁴⁵. *A priori*, se observa que una propuesta en este sentido podría robustecer la fe en el sistema de administración del servicio de justicia e independencia²⁴⁶.

b) Otra línea investigativa por explorar con más profundidad debería ajustarse a la meta de precisar cómo incidirían en la imparcialidad de los jurados legos los llamados antejuicios mediáticos y una amplia cobertura de los casos hoy potenciada a través de las redes. Vale repreguntarse, entonces, si en la actualidad, la audiencia de *voir dire*²⁴⁷ o el *venue*²⁴⁸ constituyen herramientas suficientes para aventar cualquier riesgo de parcialidad.

c) También se advierte la necesidad de estudiar cómo se inserta en el presente la implementación del juicio por jurados con el designio abolicionista, pues algunos trabajos procuran considerarlo como una reforma negativa y una herramienta del abolicionismo²⁴⁹. En efecto,

245. El interrogante viene a colación de una propuesta efectuada por Maier (cfr. Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, II. Parte General Sujetos Procesales*, ob. cit., pp. 491-492 y 487-498), que, a mi entender, debería concretarse a través de un jurado escabinado para no tensionar con la Constitución Nacional.

246. Importa destacar esto, pues ya advirtió Ricardo L. Lorenzetti sobre cierta percepción social de que el sistema de justicia no haría frente a otros poderes (cfr. Lorenzetti, Ricardo L., "Políticas de Estado para el Poder Judicial", Buenos Aires, agosto de 2007, p. 4, disponible en <https://www.cij.gov.ar/politicas-de-estado-para-el-poder-judicial.pdf>, consultado el 26/7/2021).

247. El propósito de la audiencia de *voir dire* es determinar qué personas del *venire* (es decir, las previamente elegidas) se encuentran en condiciones de integrar el jurado y desarrollar una actuación signada por la imparcialidad e independencia.

248. El *venue* es un instituto mediante el cual se autoriza a cambiar la sede del tribunal, cuando la realización del juicio en el lugar del hecho cometido puede originar un gravamen para el imputado ante una posible ausencia de imparcialidad del jurado. Esto plantea dificultades en la actualidad, dada la amplitud e intensidad de cobertura mediática que presenten ciertos casos. Para una mayor ilustración sobre el alcance del *venue*, puede verse Schiavo, Nicolás, ob. cit., pp. 153-163.

249. Mollis, Santiago, "Juicio por jurados y abolicionismo penal: una relación inesperada", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 14, n° 1, Buenos Aires, mayo de 2015, pp. 121-154 [disponible en [doctrina44700.pdf](https://www.palermo.edu/revista-juridica/doctrina44700.pdf) ([pensamientopenal.com.ar](https://www.palermo.edu/pensamientopenal.com.ar)) y [Revista_Juridica_Ano14-N1_05.pdf](https://www.palermo.edu/revista-juridica/Ano14-N1_05.pdf) ([palermo.edu](https://www.palermo.edu))], consultado el 26/7/2021]. En el trabajo citado se establecen puntos de contacto entre el juicio por jurados y el modelo de corte vecinal propuesto por Christie o los encuentros cara a cara propiciados por Hulsman; e incluso, se plantea que es una forma de recuperar el llamado "conflicto".

al referirse al abolicionismo, Mollis afirma que su fin último consiste en “(...) la abolición del sistema penal y sus instituciones, pero para poder concretarlo hay que avanzar en la dirección de las «reformas negativas» y «reducción» del sistema penal actual”²⁵⁰; por lo tanto, a su entender, “[d]entro de esta desconstrucción, el juicio por jurados es una herramienta fundamental”²⁵¹. En consecuencia, cabría evaluar si la inexistencia de bilateralidad recursiva en el juicio por jurados clásico²⁵², la *jury nullification* y el incremento notorio de posibilidades de reversión o anulación del procedimiento en comparación con el enjuiciamiento desarrollado con jueces legos²⁵³ no es sistemático a la lógica reductora del Derecho Penal propuesta por el abolicionismo.

d) Finalmente, dado que la conformación de un jurado es una tarea sumamente laboriosa y costosa, huelga examinar cómo se instrumentarán estas iniciativas para no prolongar los tiempos de resolución de las causas más allá de lo razonable, a través de una ad-

Una refutación al abolicionismo puede verse en Hernández, Héctor H., *El garantismo abolicionista*. Sobre la incorrección de sustituir la palabra delito por conflicto, véase Romero Berdullas, Carlos M., “De los delitos y los conflictos”, *Prudentia Iuris*, N° 88, Buenos Aires, EDUCA, 2019, pp. 203-232; mas si se quiere profundizar en una respuesta a la visión pesimista del Derecho Penal puede leerse Romero Berdullas, Carlos M., *El mal y el bien del Derecho Penal. Sobre Malum Passionis y una respuesta fundada en el realismo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2021.

250. Mollis, Santiago, ob. cit., p. 147.

251. Ídem.

252. Esto significa que el fiscal no puede recurrir las absoluciones dispuestas por el jurado. De ahí que el derecho a apelar únicamente se hallaría en manos de quien resulta declarado culpable (cfr. Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, ob. cit., pp. 633-635; Schiavo, Nicolás, ob. cit., p. 665; Harfuch, Andrés, “Inmotivación...”, ob. cit., pp. 143; y Elhart, Raúl, ob. cit., pp. 85-86). Crítico de la pérdida de vigencia de la bilateralidad recursiva se enseña Chiara Díaz, quien plantea que se dejan inermes al querellante y el representante del Ministerio Público Fiscal al desconocerles el derecho a impugnar dentro del debido proceso la sentencia condenatoria (cfr. Chiara Díaz, Carlos A., ob. cit., pp. 85-86).

253. Pues a las chances de impugnación por errores en la conformación del jurado (que van desde la constitución, recusación y capacidad de sus integrantes), se suman las faltas o descuidos potenciales de quienes lo componen, equívocos sobre aspectos ligados a la admisión y exclusión de la evidencia a presentar ante el tribunal; de consuno a yerros en las instrucciones.

ministración racional e inteligente de los recursos. De lo contrario, se corre el riesgo de que la institución del jurado sea percibida socialmente como una rémora de los tiempos de respuesta o una excusa para crear más estructuras estatales o cargos administrativos. De modo que esto impone arduos desafíos, en tanto la puesta en práctica del juicio por jurados requiere de un diagnóstico, organización y logística específicos, además de una previsión de costos adicionales²⁵⁴, seguramente reducibles mediante rediseños organizativos eficientes.

En fin, lo aquí escrito es una aproximación a un juicio por jurados que debe proseguir interpelándonos con más preguntas, llamadas a ser respondidas con esa humildad del hombre de ciencia encarnada en Santo Tomás de Aquino²⁵⁵ y a partir de una mirada librada de prejuicios. Pues si no se preservan un desinteresado hundimiento en el ser, la libertad filosófica y la objetividad, no habrá acontecer académico; y sin este presupuesto del bien común, probablemente, no se consiga ningún efecto útil para la sociedad²⁵⁶, ni se encuentre la medida de razonabilidad de un juicio justo.

La advertencia no es en vano, en tanto este *top trending* denominado juicio por jurados es un escenario proclive a potenciar una parte de la afectividad, que como enseñara Sacheri, podría fortalecer “(...) nuestras opiniones no con argumentos ni convicciones racionales sino con tendencias (...)”²⁵⁷; o lo que es peor, con intereses o una voluntad de poder reñida con esa prudencia sólo posible en quien, según Pieper, “(...) es capaz de hacer silencio y escuchar, quien se deja decir algo a fin de alcanzar un conocimiento más exacto, más claro,

254. Los costos adicionales del juicio por jurados se advierten con facilidad si se los compara con los desarrollados ante jueces legos. Una lectura de Schiavo, Nicolás, ob. cit., pp. 264-265 y Elhart, Raúl, ob. cit., pp. 75-76, permitirá dimensionar el incremento del costo aludido.

255. Se alude a esa humildad bien retratada en Chesteron, Gilbert, K., *Santo Tomás de Aquino*, Madrid, Homolegends, 2009, pp. 88-89.

256. Cfr. *in extenso* Pieper, Josef, *El ocio y la vida intelectual*, Madrid, Rialp, 2003, cap. titulado: “Lo académico, el funcionario y sofista”; y Pieper, Josef, *Antología*, Barcelona, Herder, 1984, pp. 136-137.

257. Sacheri, Carlos A., ob. cit., p. 52.

más rico de las cosas”²⁵⁸, es decir, “(...) quien entienda al diálogo (...), la disputación, la polémica como una forma básica de la búsqueda de la verdad (...)”²⁵⁹.

BIBLIOGRAFÍA

- Anzoátegui, Víctor Tau, *Las ideas jurídicas en la Argentina, Siglos XIX – XX*, 3ª ed. ampl., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999.
- Arce, Federico M., “El juicio por jurados y la obligación de fundar la sentencia: ¿Contradicción inevitable?”, Buenos Aires, *La Ley*, año LXXXIII, n° 118, Tomo 2019-C, 26 de junio de 2019, pp. 6-9.
- Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, Buenos Aires, Colihue, 2015.
- Bidart Campos, Germán, J., *Compendio de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 2004.
- Bidart Campos, Germán J., *Lecciones Elementales de Política*, Buenos Aires, Ediar, 2005.
- Castaño, Sergio R., *El poder constituyente entre mito y realidad*, Instituto de Filosofía del Derecho y Ciencias Afines, San Luis, Universidad Católica de Cuyo, 2012.
- Castaño, Sergio R., *La realidad del poder constituyente, entre el mito liberal y el cuestionamiento contrarrevolucionario*, España, Instituto Filosófico de Balmesiana, 2014.
- Castaño, Sergio R., *Lecturas críticas sobre el poder político*, México, Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.
- Castaño, Sergio R., “Sentido y valor del orden constitucional en las obras troncales de Hermann Heller. Weimar y los *ethische rechtsgrundsätze*”, en *Iuris tantum*, Año XXXIV, Quinta época, Núm. 30, Estado de México, Universidad Anáhuac México, dic. 2019.
- Chesterton, Gilbert K., *El amor o la fuerza del sino*, Madrid, Rialp, 1993.
- Chesterton, Gilbert, K., *Santo Tomás de Aquino*, Madrid, Homologends, 2009.

258. Pieper, Josef, *Tratado sobre las virtudes, I Virtudes Cardinales*, Buenos Aires, Librería Córdoba, 2008, p. 144.

259. Pieper, Josef, *Introducción a Tomás de Aquino*, Madrid, Rialp, 2005, p. 98.

- Chiara Díaz, Carlos A., “Apostillas sobre el juicio por jurados”, en AA. VV., *Participación Ciudadana*, en Derecho Penal, año I, n° 3, Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos-INFOJUS, dic. 2012, pp. 83-88.
- Cholvis, Jorge F., “Constitución Nacional de 1949. Su concepción filosófico-política y diseño técnico-jurídico”, en AA. VV., *Constituciones Argentinas, Compilación histórica y análisis doctrinario*, Buenos Aires, Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2015, pp. 181-196.
- Clariá Olmedo, Jorge A., *Derecho Procesal Penal*, t. I, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1998.
- Crocioni, Francisco J., “Pensar el proceso penal después de *Canales*”, *La Ley*, Buenos Aires, año LXXXIII, n° 118, Tomo 2019-C, 26 de junio de 2019, pp. 10-12.
- Díaz Cantón, Fernando, “La motivación de la sentencia condenatoria y del veredicto del jurado y sus posibilidades de revisión”, ponencia general efectuada en la sección de Derecho Penal del XXIX Congreso Nacional de Derecho Procesal publicada en *La Defensa*, Revista en línea del Instituto de Estudios Legislativos de la Federación Argentina de Colegios de Abogados, Buenos Aires, año 1, n° 9, julio de 2017, en HYPERLINK “<https://www.ladefensa.com.ar/La%20Defensa%209/la-motivacion-de-la-sentencia-condenatoria-y-del-veredicto-del-jurado-y-sus-posibilidades--de-revision.html>” <https://www.ladefensa.com.ar/La%20Defensa%209/la-motivacion-de-la-sentencia-condenatoria-y-del-veredicto-del-jurado-y-sus-posibilidades--de-revision.html> (consultado el 17/7/2021).
- Diccionario de la Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Edición del Tricentenario, 23ª ed. electrónica, recuperado de <http://www.rae.es/> (consultado el 14/7/2021).
- Elhart, Raúl, *Juicio por jurados*, Buenos Aires, Hammurabi, 2021.
- Erbeta, Daniel, “Democratización de la justicia y participación ciudadana. el juicio por jurados populares”, en AA. VV., *Juicio por jurados y procedimiento penal*, Buenos Aires, Editorial Jusbaire, pp. 151-168, 2017.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, 1995.
- Ferrer, Carlos F., “El enjuiciamiento penal con jurados populares en la provincia de Córdoba”, en AA. VV., *Participación Ciudadana*, en Derecho Penal, año I, n° 3, Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos-INFOJUS, dic. 2012, pp. 263-270.

- Gamboa, Agustín C.; Romero Berdullas, Carlos M., *Proceso constitucional acusatorio*, Buenos Aires, Ah- Hoc, 2014.
- Gelli, María A., "La validación del juicio por jurados populares desde la democracia y el federalismo", *La Ley*, Buenos Aires, año LXXXIII, n° 118, Tomo 2019-C, 26 de junio de 2019, pp. 2-5.
- Harfuch, Andrés, "Inmotivación, secreto y recurso amplio en el juicio por jurados clásico", en AA. VV., *Participación ciudadana*, en Derecho Penal, año I, n° 3, Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos-INFOJUS, dic. 2012, pp. 113-150
- Harfuch, Andrés, *El veredicto del jurado*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2019.
- Hein, Andrés, "Juicio por jurados. Una paciente espera", en AA. VV., *Participación ciudadana en la justicia*, Derecho Penal, año I, n° 3, Buenos Aires, Editorial del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2012, pp. 157-159.
- Herbel, Gustavo A., *Derecho del imputado a revisar su condena - motivación del fallo y derecho al recurso a través de las garantías constitucionales*, Buenos Aires, Hammurabi, 2021, 1ª reimp. de 1ª ed.
- Hernández, Héctor H., *El garantismo abolicionista*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2013.
- Ibáñez, Andrés Perfecto, "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", *Doxa*, n° 12, Alicante, Universidad de Alicante, 1992, pp. 257-299.
- Jofré, Tomás, *Manual de Procedimiento*, t. I, .5ª ed., Buenos Aires, La Ley, 1941.
- Lamas, Félix A., *El Hombre y su Conducta*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos "Santo Tomás de Aquino", 2013.
- Lamas, Félix A., *Filosofía del Estado - Política y tradición*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 2011, p. 37, obra disponible en http://www.viadialectica.com/material_didactico/libro_filosofia_estado.html (consultado el 16/4/2021).
- Lamas, Félix A., *La experiencia jurídica*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 1991.
- Lamas, Félix A., "Percepción e inteligencia jurídicas. Los principios y los límites de la dialéctica", en AA. VV., *Los principios y el Derecho Natural en la metodología de las ciencias prácticas*, Buenos Aires, EDUCA, 2002, pp. 11-56.
- Loianno, Adelina, "Reforma Constitucional de 1957", en AA. VV., *Constituciones argentinas, compilación histórica y análisis doctrinario*, Buenos Aires, Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2015, pp. 227-236.

- Lorenzetti, Ricardo L., "Políticas de Estado para el Poder Judicial", Buenos Aires, agosto de 2007, p. 4, disponible en <https://www.cij.gov.ar/politicas-de-estado-para-el-poder-judicial.pdf> (consultado el 26/7/2021).
- Maggio, Facundo, "Juicio por jurados. Facultades no delegadas por las provincias", *La Ley*, Buenos Aires, año LXXXIII, n° 118, Tomo 2019-C, 26 de junio de 2019, pp. 13-14.
- Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, 2ª ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.
- Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, II. Parte General, Sujetos Procesales*, 1ª ed., 2ª reimp., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011.
- Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, III. Parte General Actos procesales*, Buenos Aires, Ad-Hoc 2015.
- Mollis, Santiago, "Juicio por jurados y abolicionismo penal: una relación inesperada", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 14, n° 1, Buenos Aires, mayo de 2015, pp. 121-154, disponible en doctrina44700.pdf (pensamientopenal.com.ar) y *Revista_Juridica_Ano14-N1_05.pdf* (palermo.edu) (consultado el 26/7/2021).
- Mommsen, Theodor, *Derecho Penal Romano*, Santiago de Chile, Olejnik, 2019.
- Nino, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992.
- Pastor, Daniel R., "La nueva imagen de la casación penal - Evolución histórica y futuro de la casación penal", acápite III.3, *el Dial.com*, Buenos Aires, DC94, disponible en <http://www.eldial.com.ar/nuevo/archivo-doctrina-detalle.tc.asp?archivo=nt000817.asp&pie=DC94%3Cbr%3E&direc=2> (consulta el 17/7/2021).
- Penna, Cristian D., "Primer paso de la Corte Suprema de Justicia hacia la consolidación del juicio por jurados", *La Ley*, Buenos Aires, año LXXXI-II, n° 118, Tomo 2019-C, 26 de junio de 2019, pp. 15-18.
- Pieper, Josef, *Antología*, Barcelona, Herder, 1984.
- Pieper, Josef, *El ocio y la vida intelectual*, Madrid, Rialp, 2003.
- Pieper, Josef, *Introducción a Tomás de Aquino*, Madrid, Rialp, 2005.
- Pieper, Josef, *La realidad y el Bien – La verdad de las cosas*, Buenos Aires, Librería Córdoba, 2009.
- Pieper, Josef, *Tratado sobre las virtudes, I Virtudes Cardinales*, Buenos Aires, Librería Córdoba, 2008.
- Romero Berdullas, Carlos M., *Criterios de oportunidad en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2020.
- Romero Berdullas, Carlos M., "De los delitos y los conflictos", *Prudentia Iuris*, N° 88, 2019, pp. 203-232.
- Romero Berdullas, Carlos M., *Derecho Penal Líquido – Inconstitucionalidad del Principio de Oportunidad*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2020.

- Romero Berdullas, Carlos M., *El mal y el bien del Derecho Penal - Sobre Malum Passionis y una respuesta fundada en el realismo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2021.
- Romero Berdullas, Carlos M., "Mitos y realidades del proceso acusatorio", *Prudentia Iuris* N° 86, 2018, pp. 133-167.
- Romero Berdullas, Carlos M., "Proceso Penal en clave republicana: Salvaguarda constitucional contra los analogados del cesarismo", *Prudentia Iuris* N° 82, 2016, pp. 79-106.
- Sacheri, Carlos A., *Filosofía e Historia de las Ideas Filosóficas*, Mendoza, Escipión, 2016.
- Sandro, Jorge A., "La Corte Suprema alzó la voz a favor del juicio por jurados", *La Ley*, Buenos Aires, año LXXXIII, n° 118, Tomo 2019-C, 26 de junio de 2019.
- San Juan Pablo II, *Cruzando el umbral de la Esperanza*, Barcelona, Plaza & Janes, 1994.
- Santo Tomás de Aquino, *El Gobernante Cristiano (De regimine principum ad regem Cypri)*, Córdoba, Athanasius, 2016.
- Schiavo, Nicolás, *El juicio por jurados*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016.
- Taruffo, Michele, "Consideraciones sobre prueba y motivación", en Taruffo Michelle, Ibáñez, Perfecto, Andrés y Candau Pérez, Alfonso, *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 17-46.
- Tinoco Pastrana, Ángel, *El sistema judicial penal en el Common Law y el principio de oportunidad*, tesis doctoral del Departamento de Derecho Penal y Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, Sevilla, mayo de 1999, disponible en HYPERLINK "<https://idus.us.es/handle/11441/24008>" <https://idus.us.es/handle/11441/24008> (consultado el 14/1/2021).
- Vélez Mariconde, A., *Derecho Procesal Penal*, T. I, 2ª ed., Buenos Aires, Lerner, 1969.
- Welzel, Hans, *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal*, en Colección de Maestros del Derecho Penal, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2013.

Jurisprudencia citada

Corte Suprema de Justicia de la Nación

- Baraldini, Luis Enrique y otros s/ causa instruida en virtud del Decreto N° 2.540/1990 del PEN por los hechos ocurridos el 3 de diciembre de 1990 - causa n° 1197 - B. 121. XXIV (1993), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2 de diciembre de 1993, Fallos: 316:2718.*
- Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado - impugnación extraordinaria (2019), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2 de mayo de 2019, Fallos: 342:697, publicado en La Ley, Buenos Aires, t. 2019-C, año LXXXIII n° 118, el 26 de junio de 2019, cita on line: AR/JUR/7772/2019.*
- Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa, Causa n° 1681 (2005), Corte Suprema de Justicia, 20 de septiembre de 2005, Fallos: 328:3399.*
- Loveira, Vicente c/ Mulhall, Eduardo T. (1911), Corte Suprema de Justicia, 7 de diciembre de 1911, Fallos: 115:92.*
- Menem, Carlos Saúl c/ Editorial perfil y otros s/ daños y perjuicios m. 368. XXXIV. Rex (2017), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14 de febrero de 2017, Fallos: 340:47.*
- Ministerio Fiscal c/ La Fronda (1932), Corte Suprema de Justicia, 25 de julio de 1932, Fallos: 165:258.*
- Ruiz, Pedro Antonio s/ estafa y falsificación de documento privado - causa N° 148-R. 235. XXXIII. RHE (1997), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 4 de noviembre de 1997, Fallos: 320:2326.*
- Stancanelli, Néstor Edgardo y otro s/ abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público s/ incidente de apelación de Yoma, Emir Fuad - causa N° 798/95 -. S. 471. XXXVII (2001), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20 de noviembre de 2001, Fallos: 324:3952.*
- Tribuna Democrata. Tiffenberg, David (1947), Corte Suprema de Justicia, 9 de junio de 1947, Fallos: 208:21.*

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Aptiz Barbera v. Venezuela, Excepción Preliminar (2008), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 5 de agosto de 2008, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n° 182.*
- Cantos v. Argentina (2002), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de noviembre de 2002, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie n° 97.*
- Claude Reyes y otros v. Chile (2006), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19 de septiembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie n° 151.*

V.R.P., V.P.C. y otros c. Nicaragua (2018), Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 8 de marzo de 2018, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, serie C, n° 350.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Taxquet vs. Bélgica (2010), Corte Europea de Derechos Humanos, Demanda nro. 926/05, sentencia del 16 de noviembre de 2010.

Normativa citada

Ley de la provincia de Buenos Aires N° 14.543, BO 20/11/2013.

Ley de la provincia de Chaco N° 2.364 – B, BO 16/9/2015.

Ley de la provincia de Chubut XV N° 30, BO 19/1/2021.

Ley de la provincia de Córdoba N° 8.123, BO 16/1/1992.

Ley de la provincia de Córdoba N° 9.182, BO 9/11/2004.

Ley de la provincia de Entre Ríos N° 10.746, BO 2/12/2019.

Ley de la provincia de Mendoza N° 9.106, BO 19/10/2018.

Ley de la provincia de Neuquén n° 2.784, BO 13/01/2012.

Ley de la provincia de Río Negro N° 5.020, BO 12/1/2015.

Ley de la provincia de Río Negro N° 5.192, BO 1/5/2017.

Ley de la provincia de San Juan N° 1.851, BO 26/12/2018.

PARTE II

NOTAS Y COMENTARIOS

**LA OC 28/21 SOBRE REELECCIONES
PRESIDENCIALES Y LOS ALCANCES DE LAS
FACULTADES CONSULTIVAS DE LA CORTE IDH**

**THE OC 28/21 ON PRESIDENTIAL RE-ELECTIONS
AND THE SCOPE OF THE ADVISORY POWERS OF THE
INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS**

ALFONSO SANTIAGO¹

Recibido: 14 de septiembre de 2021
Aprobado: 29 de octubre de 2021

RESUMEN

En este trabajo se analiza la reciente OC 28/21 de la Corte IDH sobre reelecciones presidenciales indefinidas. Se comparte su contenido en lo que hace a la definición del alcance de los Derechos Humanos comprometidos en las cuestiones planteadas, pero se señala un exceso en el ejercicio de la función consultiva en uno de los puntos tratados en esa OC.

1. Doctor en Derecho (UBA). Profesor Titular de Derecho Constitucional (Universidad Austral). Miembro Titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Miembro Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Correo electrónico: asantiago@austral.edu.ar.

PALABRAS CLAVE

Corte Interamericana de Derechos Humanos; Opiniones Consultivas; Reelecciones Presidenciales; Derechos Políticos.

ABSTRACT

This paper analyzes the recent OC 28/21 of the Inter-American Court on indefinite presidential re-elections. Its content is shared regarding the definition of the human rights involved in the issues raised, but an excess is noted in the exercise of the advisory function in one of the points dealt with in that OC.

KEYWORDS

Inter-American Court of Human Rights; Advisory Opinions; Presidential Re-elections; Political Rights.

PARA CITAR ESTE TEXTO:

Santiago, Alfonso, "La OC 28/21 sobre reelecciones presidenciales y los alcances de las facultades consultivas de la Corte IDH", *FORUM: Revista del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, N° 12, 2021, pp. 315-342.

PRESENTACIÓN

El 7 de junio de 2021 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) emitió la Opinión Consultiva 28, en respuesta a la consulta realizada por la República de Colombia acerca de "la figura de la reelección presidencial indefinida en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos".

Para describir sintéticamente las cuestiones planteadas en la OC, las respuestas que brindó la Corte IDH y sus fundamentos, seguire-

mos, con pequeñas modificaciones, el contenido del informe de prensa brindado por el propio tribunal regional².

En particular, la Corte se pronunció sobre los siguientes interrogantes:

- ¿Es la reelección presidencial indefinida un derecho humano protegido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)?
- ¿resultan contrarias al artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos las regulaciones que limitan o prohíben la reelección presidencial, ya sea por restringir los derechos políticos del gobernante que busca ser reelegido o por restringir los derechos políticos de los votantes?
- ¿Es la limitación o prohibición de la reelección presidencial una restricción de los derechos políticos que resulta acorde a los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia?
- ¿Es la reelección presidencial indefinida compatible con la existencia de la democracia representativa en el sistema interamericano de protección de derechos humanos?

Para efectos de la Opinión Consultiva, la Corte definió la reelección presidencial indefinida como “la permanencia en el cargo de la persona que ejerza la Presidencia de la República por más de dos períodos consecutivos de duración razonable”, sin que dicha duración pueda “ser modificada durante la vigencia del mandato”³.

El Tribunal, además, aclaró que las consideraciones realizadas en la presente Opinión Consultiva se circunscriben a la posibilidad de reelección presidencial indefinida en un sistema presidencial. Asimismo,

2. Cfr. Corte IDH, Comunicado: “La reelección presidencial indefinida es contraria a la Convención y Declaración Americana”, del 13/8/2021, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_53_2021.pdf (23/10/2021). El texto íntegro de la Opinión Consultiva puede verse en el siguiente enlace: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_28_esp.pdf.

3. OC 28/21, párrafo 38.

mo, la Corte reiteró que la interdependencia entre democracia, Estado de Derecho y protección de los Derechos Humanos es la base de todo el sistema del que la Convención forma parte y consideró que los principios de la democracia representativa incluyen, además de la periodicidad de las elecciones y el pluralismo político, las obligaciones de evitar que una persona se perpetúe en el poder, y de garantizar la alternancia en el poder y la separación de poderes.

La Corte IDH concluyó que la reelección presidencial indefinida no es un derecho humano autónomo, pues no cuenta con reconocimiento normativo en la Convención ni en la Declaración Americana, y de forma general, en el *corpus iuris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en otros tratados internacionales, en la costumbre regional, ni en los principios generales de Derecho.

En segundo lugar, la Corte IDH señaló que la prohibición de la reelección presidencial indefinida puede ser compatible con la Convención, siempre que esté establecida en la ley. Al respecto, el Tribunal explicó que la prohibición de la reelección presidencial indefinida busca garantizar la democracia representativa, por lo que es acorde con la Convención y, tomando en cuenta la concentración de poderes que tiene la figura del Presidente en un sistema presidencial, la restricción de la posibilidad de reelección indefinida es una medida idónea para asegurar dicha finalidad. Además, la Corte aclaró que no encontraba otras medidas igualmente idóneas para asegurar que una persona no se perpetúe en el poder y que de esta forma no resulten afectados la separación de poderes, el régimen plural de partidos y organizaciones políticas, así como la alternancia en el ejercicio del poder.

Por último, la Corte señaló que la potencial afectación al derecho de la persona que ocupa el cargo de la presidencia a ser reelecta, así como la restricción que esto implica para los votantes son sacrificios menores cuando se compara con los beneficios que trae para la sociedad la prohibición de la reelección presidencial indefinida. Por otra parte, respecto a la compatibilidad de la reelección presidencial indefinida con las normas de Derechos Humanos, la Corte resaltó que la falta de limitaciones a la reelección presidencial conlleva el debilitamiento de los partidos y movimientos políticos que integran la oposición, al no tener una expectativa clara sobre su posibilidad de acceder al ejercicio del poder.

A su vez, la Corte señaló que la permanencia en el poder de un presidente por un largo período de tiempo afecta la independencia y la separación de poderes, dadas las capacidades que puede tener de nombrar a miembros de otros Poderes del Estado. Asimismo, consideró que el cargo de la Presidencia brinda a la persona que lo ocupa una posición privilegiada para la contienda electoral. Mientras mayor sea el tiempo de permanencia en el cargo, mayor será esta ventaja.

En la Opinión Consultiva, el Tribunal advirtió que el mayor peligro actual para las democracias de la región no es un rompimiento abrupto del orden constitucional, sino una erosión paulatina de las salvaguardas democráticas que pueden conducir a un régimen autoritario, incluso si este es electo mediante comicios populares. La Corte concluyó que la habilitación de la reelección presidencial indefinida es contraria a los principios de una democracia representativa y, por ende, a las obligaciones establecidas en la Convención Americana y Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Los Jueces Patricio Pazmiño Freire y Raúl Zaffaroni dieron a conocer sus votos individuales disidentes.

En este breve comentario analizaremos los antecedentes jurisprudenciales regionales y nacionales en materia de reelecciones presidenciales y examinaremos si todo el contenido de la OC está o no comprendido dentro del ámbito de las facultades consultivas que el artículo 64 de la CADH reconoce a la Corte IDH.

I. ANTECEDENTES REGIONALES EN MATERIA DE REELECCIONES PRESIDENCIALES

El tema de la constitucionalidad y convencionalidad de las reelecciones presidenciales ya había sido tratado y debatido en la región latinoamericana durante las últimas tres décadas, mereciendo distintas respuestas, lo que tornaba razonable que la Corte IDH se pronunciara sobre este punto ante la consulta que le formulara Colombia.

Muchas de las constituciones de los países que integran el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) prohíben las reelecciones (México, Uruguay, Chile). Otras la limitan a una sola

posible reelección (Argentina, Brasil, Colombia, etc.). Por su parte, Venezuela, que ya no integra el SIDH, la admite de modo indefinido.

Entre los antecedentes jurisprudenciales regionales en materia de reelecciones presidenciales podemos mencionar los siguientes:

a) La re-reelección de Fujimori en 2020

En el año 2000, el Tribunal Constitucional peruano, ante un planteo del Colegio de Abogados de Lima, declaró la invalidez constitucional de una ley interpretativa de la Constitución peruana que habilitaba al presidente Fujimori para presentarse como candidato para un tercer período presidencial, no obstante que el texto constitucional prohibía claramente esa posibilidad.

La reacción del Presidente fue iniciar juicio político a los jueces que le negaron esa posibilidad. Removidos de su cargo, una nueva integración del Tribunal Constitucional accedió al pedido del Presidente, quien se presentó y ganó las elecciones, aunque por causas de corrupción no pudo concluir su período.

Depuesto el presidente Fujimori, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dispuso la nulidad de la destitución de los integrantes del Tribunal Constitucional peruano⁴.

b) La invalidez constitucional de la re-reelección presidencial decidida por la Corte Constitucional colombiana en 2010

En 2010, la Corte Constitucional de Colombia declaró la imposibilidad constitucional de avanzar en la reforma constitucional de ese

4. Una explicación completa de toda la situación planteada con motivo de la reelección del Presidente Fujimori, puede verse: Gattinoni de Mujía, María, "Estándares convencionales en materia de independencia del Poder Judicial, remoción de los jueces por juicio político y criterios acerca de la posibilidad de su destitución por el contenido de las sentencias", en Santiago, Alfonso (Director), *La responsabilidad de los jueces por el contenido de sus decisiones jurisdiccionales. Marco teórico y análisis de algunos casos paradigmáticos*, Buenos Aires, La Ley, 2016, p. 91 y sigs.

país para habilitar la re-reelección del presidente Uribe, en ese momento a cargo de la presidencia del país. Consideró que esa modificación constitucional afectaba los fundamentos de un Estado Constitucional de Derecho y, por lo tanto, era ilegítima en su contenido, más allá de seguirse el procedimiento formal previsto para la reforma o enmienda constitucional⁵.

c) La habilitación de la tercera reelección del presidente Evo Morales por el Tribunal Constitucional boliviano

En noviembre de 2017, el Tribunal Constitucional boliviano dictó una sentencia por la que declaró inválida para el caso del presidente Morales la inhabilitación constitucional para presentarse a un cuarto período de gobierno⁶. El tribunal constitucional consideró que dicha prohibición constitucional era contraria a los derechos políticos que reconoce el artículo 23 de la CADH.

d) El caso del presidente Manuel Zelaya de Honduras

En el año 2009, el presidente Manuel Zelaya de Honduras fue depuesto de su cargo por el Congreso de ese país, por intentar reformar la Constitución para habilitar su reelección, ya que el texto de la Constitución hondureña vedaba por completo aún el intentarlo.

La Corte Suprema hondureña confirmó la destitución decidida por el Congreso.

5. Corte Constitucional de Colombia, 26 de febrero de 2010, Sentencia C-141/10 (consultado el 15 de julio de 2016), disponible en www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-141-10.htm (23/10/2021).

6. Cfr. Sin autor. "El Tribunal Constitucional de Bolivia autoriza a Evo Morales a buscar la reelección como presidente sin límites", en *BBC NEWS*, 28 de noviembre de 2017, disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-42159445>.

e) Las habilitaciones judiciales de los presidentes Ortega y Bukele para ser re-reelegidos, a pesar de las prohibiciones constitucionales en ese sentido

Más recientemente, los tribunales superiores de Nicaragua y de El Salvador han habilitado judicialmente a los presidentes Ortega y Bukele⁷ para presentarse a re-reelecciones presidenciales, más allá de

7. Describiendo la situación ocurrida en El Salvador, señala José Miguel Vivanco, Director para las Américas de Human Rights Watch: “El presidente Nayib Bukele parece estar empeñado en terminar con el Estado de Derecho lo antes posible. La semana pasada, la Sala Constitucional, que el gobierno cooptó recientemente, autorizó a Bukele a postularse a una reelección consecutiva, a pesar de que ello está prohibido por la Constitución. Las maniobras para destruir la democracia en El Salvador se asemejan a los ataques contra los tribunales que orquestaron en su momento los gobiernos de Nicaragua y Venezuela. Ese suele ser el primer paso de gobiernos autoritarios. Las crisis de Derechos Humanos por las que atraviesan esos países son un ejemplo de lo que ocurre cuando se permite que un gobierno anule las instancias independientes de control judicial. Luego de que el partido de Bukele lograra la supermayoría en la Asamblea Legislativa en febrero de este año, el Poder Judicial pasó a ser por algunos meses la única institución capaz de frenar los abusos de poder. Dadas sus tendencias autoritarias, no sorprendió que Bukele y sus aliados en la Asamblea Legislativa intervinieran rápidamente la justicia. Antes de las elecciones de febrero, Bukele arremetió varias veces contra los magistrados de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema, porque estos declararon ilegales algunas de las medidas que adoptó el gobierno en respuesta a la COVID-19. El 1º de mayo, los legisladores destituyeron y reemplazaron a cinco jueces de alto rango y al fiscal general. Esto ocurrió el primer día que Bukele contó con el control de la Asamblea. Y fue apenas el comienzo. Posteriormente, la Asamblea designó a cinco nuevos jueces, violando el proceso establecido en la Constitución y en el reglamento de la propia Asamblea. La Asamblea ya ha nombrado 10 jueces de la Corte Suprema, a pesar de que la legislación salvadoreña establece que cada nueva asamblea debe nombrar solo a 5 de los 15 jueces de este alto tribunal. El 31 de agosto, la Asamblea también aprobó reformas de ley que permiten cesar de sus funciones a jueces y fiscales mayores de 60 años. Las reformas –que replican estrategias similares adoptadas anteriormente en Hungría y Polonia– permitirían que una estimada tercera parte de los jueces del país sean removidos de inmediato. Pero la Corte Suprema, que Bukele ahora controla, podrá autorizar que algunos jueces mayores de 60 permanezcan en su cargo, por razones de ‘necesidad’ o ‘especialidad’. Es predecible que esta facultad se use para premiar a jueces leales al gobierno”, cfr. Vivanco, José Miguel, “Bukele ha puesto a El Salvador al borde del abismo autoritario. Hay que

las claras disposiciones constitucionales que las prohibían. En el caso del presidente Bukele, el pronunciamiento de la Sala Constitucional es posterior a la emisión de la OC 28/21.

f) Conclusión parcial

Como puede verse de los antecedentes mencionados en este apartado, había una importante controversia interpretativa acerca del alcance de los derechos políticos reconocidos en el artículo 23 de la CADH en relación con la limitación de las reelecciones presidenciales establecidas en la mayoría de las constituciones nacionales de los países que conforman el SIDH.

II. ANTECEDENTES NACIONALES EN LA MATERIA DE REELECCIONES NACIONALES Y PROVINCIALES

En el orden nacional, la Constitución Nacional posibilita una sola reelección presidencial; algunas constituciones provinciales la prohíben por completo (Santa Fe y Mendoza); la gran mayoría permite una sola reelección del gobernador (Buenos Aires, Córdoba, Chaco, Neuquén, Chubut, etc.); alguna habilita dos reelecciones consecutivas (Salta), y otras de modo indefinido (Formosa, Santa Cruz).

Hasta 1983, la Constitución Nacional y la totalidad de las constituciones provinciales prohibían la reelección del Presidente y los gobernadores, pero las sucesivas reformas constitucionales nacionales y provinciales han tendido a flexibilizar esa limitación.

La Corte Suprema argentina ha tratado la cuestión de las reelecciones de cargos ejecutivos al menos en los casos del gobernador Rutenmann de Santa Fe, el presidente Menem y el gobernador Zamora, de Santiago del Estero.

detenerlo", en *The New York Times*, 8 de septiembre de 2021, disponible en: <https://www.nytimes.com/es/2021/09/08/espanol/opinion/bukele-reforma-judicial.html> (23/10/2021).

a) Prohibición de la reelección del gobernador previsto en la Constitución de Santa Fe

En el caso *Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe*⁸, el actor, mediante una acción declarativa interpuesta originariamente ante la Corte Suprema, cuestionó la constitucionalidad del artículo 64 de la Constitución de Santa Fe, que prohíbe la reelección inmediata del gobernador. Fundaba su pretensión en el artículo 23 del Pacto de San José de Costa Rica sobre los derechos políticos, sosteniendo que la prohibición de la reelección inmediata afectaba los derechos políticos del actual gobernador Reutemann.

La Corte, por unanimidad, rechazó la pretensión del actor, basándose en la autonomía con que cada provincia organiza su forma de gobierno y en el carácter relativo de los Derechos Humanos que pueden ser razonablemente limitados “por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”⁹. La prohibición de la reelección inmediata en modo alguno supone una reglamentación irrazonable del derecho a ser elegido y ocupar cargos públicos. El poder constituyente provincial está plenamente habilitado a establecer los sistemas y las condiciones de elección de sus autoridades que considere más convenientes.

b) La re-reelección del presidente Menem: el caso Ortiz Almonacid¹⁰

La reforma constitucional de 1994 incorporó, entre sus modificaciones, la posibilidad de la reelección presidencial por solo un período consecutivo. Señala el actual artículo 90 de la Constitución:

“El presidente y vicepresidente duran en sus funciones el término de cuatro años y podrán ser reelegidos o sucederse recíprocamente

8. Fallos: 317:1195 (1994).

9. Art. 32, inc. 2º), CADH.

10. Fallos: 322:385 (1999).

por un solo período consecutivo. Si han sido reelectos o si se han sucedido recíprocamente no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con el intervalo de un período”.

Dos cláusulas transitorias se dictaron en relación con este artículo. La cláusula transitoria novena establecía que “el mandato del presidente en ejercicio, al momento de sancionarse esta reforma, deberá ser considerado como primer período” y la cláusula transitoria décima disponía que “el mando del presidente de la Nación que asuma su cargo el 8 de julio de 1995 se extinguirá el 10 de diciembre de 1999”. Las reglas constitucionales parecían ser claras y diáfanas en su contenido. Sin embargo, entre 1996 y 1999 existieron distintos intentos para que el presidente Menem fuera habilitado judicialmente a participar en las elecciones presidenciales de 1999¹¹, que finalmente fueron rechazados por el Tribunal¹².

En 1998, Juan Carlos Ortiz Almonacid, en su condición de afiliado al Partido Justicialista y titular de la agrupación “Menem Presidente”, interpuso ante la Justicia Electoral acción de amparo con el fin de habilitar la reelección presidencial del ciudadano Carlos Saúl Menem para la siguiente elección de 1999¹³. Fundamentó su pretensión en que la cláusula transitoria novena lesiona con arbitrariedad manifiesta el

11. Cfr., entre otros, “La Corte y la reelección”, *La Nación*, 10/2/1999, disponible en <https://www.lanacion.com.ar/opinion/la-corte-y-la-reeleccion-nid127475/> (consultado el 23/10/2021).

12. “La Corte rechazó cuatro planteos reeleccionistas”, *La Nación*, 23/3/1999, disponible en <https://www.lanacion.com.ar/politica/la-corte-rechazo-cuatro-plan-teos-reeleccionistas-nid132246/> (consultado el 23/10/2021).

13. Paralelamente a este proceso, en la ciudad de Córdoba, el Partido Justicialista inició una acción civil, no electoral, impugnando algunas de las cláusulas constitucionales introducidas en la reforma constitucional de 1994 en materia de reelección y solicitando la habilitación para que Menem pudiera presentarse en la interna partidaria justicialista. El juez Bustos Fierro dictó una medida cautelar que acogía el pedido, decisión por la cual fue sometido a un proceso de remoción ante el Jurado de Enjuiciamiento en el año 2000, del que salió absuelto por cinco votos a cuatro (disponible en https://old.pjn.gov.ar/02_Central/ViewDoc.Asp?Doc=6914&CI=INDEX100, consultado el 23/10/2021). La medida cautelar dictada por el juez cordobés suscitó una

derecho político, consagrado en la Constitución y en los tratados internacionales, de elegir y de ser elegido libremente sin otra condición que la idoneidad para el cargo. Sostuvo que las cláusulas transitorias pueden estar sujetas a control constitucional porque no tienen la misma jerarquía que el texto constitucional. Agregó que la reforma de la Constitución entró en vigencia en 1994, por lo que no se puede considerar como primer período al año en el que el presidente Menem gobernó desde 1994 a 1995 en el imperio de la nueva Constitución.

La acción de amparo fue rechazada en primera instancia por no haberse demostrado la ilegalidad manifiesta que torne procedente la acción de amparo y porque el actor no demostró la existencia de un agravio actual y concreto, ya que el beneficiario de su solicitud no había manifestado su intención de presentarse como candidato ni aún se han convocado las elecciones internas en su partido.

El actor apeló y la Cámara Electoral confirmó el fallo de primera instancia. Este fallo, además de las razones formales dadas por el pronunciamiento de primera instancia, señala que la claridad de las cláusulas constitucionales no da lugar a ninguna duda interpretativa y que el Poder Constituyente ha actuado legítimamente al sancionarlas, optando por una de las muchas opciones válidas con que contaba. Frente/contra esta decisión de la Cámara Electoral, el actor interpone recurso extraordinario, que es concedido por la Cámara Electoral.

La Corte Suprema, en fallo unánime, confirma la decisión de la segunda instancia. Hay un voto conjunto suscripto por seis jueces y tres votos concurrentes individuales de los Dres. Fayt, Petracchi y Bossert.

El voto conjunto, remitiéndose al dictamen del Procurador General, declara improcedente el recurso extraordinario por considerar que el actor carece de legitimación. El Procurador había señalado en su pronunciamiento que son los partidos políticos los que ostentan en nuestro sistema político el monopolio de las candidaturas a cargos electivos. Por lo tanto, es el Partido Justicialista, y no cualquier ciudadano o afiliado, el titular de la relación jurídica sustantiva que

cuestión de competencia que fue finalmente resuelta por la Corte Suprema a favor del tribunal de primera instancia con competencia electoral de la Capital Federal.

se plantea en el caso. El actor debió plantear esta cuestión dentro de su partido; no estaba habilitado para hacerlo directamente ante los tribunales. De este modo, este voto suscripto por la mayoría de los integrantes del Tribunal no incursiona en el fondo de la cuestión constitucional planteada.

El voto del Dr. Fayt coincide en desestimar el recurso extraordinario por falta de fundamentación, ya que el apelante no aporta, a criterio de este juez, ningún argumento válido en relación con el derecho que invoca.

Los votos de los Dres. Petracchi y Bossert no hacen lugar a lo solicitado por el apelante, pero a diferencia de los otros votos entran en el fondo de la cuestión, sin limitarse en su argumentación al tema de la legitimación. El Dr. Petracchi, luego de reseñar los argumentos dados por el fallo de segunda instancia, señala que “una de las misiones precipuas de los jueces en los sistemas republicanos es la de hacer cumplir los acuerdos a los que arriban los representantes de la sociedad cuando ellos se traducen en normas jurídicas válidas”¹⁴. En este sentido, es muy claro el contenido del Pacto de Olivos, suscripto por los dos principales partidos políticos, acerca del acortamiento del período presidencial, la posibilidad de reelección inmediata y el criterio para considerar la primera presidencia del Dr. Menem. Estos acuerdos se expresaron luego en la Ley N° 24.309 y la Convención Constituyente de 1994 los transformó en disposiciones constitucionales, a través de la sanción del artículo 90 y la cláusula transitoria novena. Ante la claridad del texto constitucional, la legitimidad de la opción que ejerció el constituyente, la plena armonía que existe entre la cláusula transitoria novena y el artículo 90 y la jurisprudencia anterior de la Corte, en el sentido de que las normas que limitan la reelección no vulneran principio alguno de la Constitución, concluye el Dr. Petracchi que corresponde rechazar de plano la pretensión del actor.

El voto del Dr. Bossert, luego de afirmar que el recurso extraordinario padece de serios defectos de fundamentación que imponen su desestimación, por no refutar todos los argumentos expuestos por el *a quo*, decide entrar en el fondo de la cuestión, teniendo en cuen-

14. Fallos: 322:385, consid. 9° del voto del Dr. Petracchi.

ta la trascendencia que tiene la cuestión planteada en la causa y la existencia de otros numerosos planteos en otras instancias judiciales. Señala que la interpretación literal y sistemática del texto constitucional, el análisis de los antecedentes históricos que desembocaron en la reforma de 1994 (Pacto de Olivos, Ley N° 24.309 y los debates de la Asamblea Constituyente) y los modelos constitucionales tenidos en cuenta por el Constituyente (en especial, la Constitución de los Estados Unidos), determinan con claridad y sin lugar a dudas cuál ha sido la voluntad del Constituyente en este punto: permitir como regla general una sola reelección inmediata del presidente (art. 90) y que el mandato presidencial del Dr. Menem comprendido entre 1989-95 se considere como primer período presidencial a los efectos de la aplicación de esta norma constitucional (cláusula transitoria novena). Esta regla dada por el Constituyente no lesiona ningún derecho político, ya que estos no tienen un carácter absoluto. Los criterios de la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina¹⁵, de la Corte Suprema de los Estados Unidos¹⁶ y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)¹⁷ son concordantes en la legitimidad de establecer ciertas limitaciones razonables a los derechos de elegir y ser elegidos, como lo es en este caso la de no permitir la reelección inmediata de un presidente en ejercicio más allá de dos períodos de cuatro años. Tampoco se afecta en este caso el derecho a la igualdad, ya que, contrariamente a lo que sostiene el apelante, el presidente Menem ha podido gobernar por espacio de diez años consecutivos, frente a los demás ciudadanos electos, que sólo podrán gobernar como máximo ocho años, de acuerdo al nuevo régimen establecido en el artículo 90. Concluye este voto afirmando:

“Como se ha visto, las normas en juego, sometidas a análisis gramatical, sistemático, armónico, histórico y axiológico, admiten una sola interpretación, contraria a [la] pretensión [del apelante]. Su plan-

15. Fallos: 317:1195 (1994). Se trata del caso *Partido Justicialista de Santa Fe*, que pretendía la habilitación del gobernador Reutemann para un segundo período en contra de lo dispuesto en la Constitución provincial. Como veremos en el apartado 7), la Corte Suprema rechazó unánimemente este pedido.

16. U.S. *Term Limits Inc. v. Thornton*, 514 US 779, 1995.

17. Informe 30/93, “Peticionario Ríos Montt”.

teo, desprovisto de cualquier fundamento serio, implica suponer que los jueces pueden resolver en contra de la letra y el espíritu de la Ley Fundamental ejerciendo funciones propias del poder constituyente, con grave daño al sistema representativo, republicano y democrático en que se sustenta el Estado de Derecho. Ellos significa, entonces, que el tema que el actor ha planteado en estos autos no atañe sólo a la posibilidad de un hombre de presentarse como candidato en los próximos comicios, sino que es un tema que trasciende a los hombres y al momento, se vincula a nuestro destino de Nación: vivir civilizadamente dentro de la ley o descender a un tiempo incierto, de curso imprevisible, subordinando la ley a propósitos personales o de grupo”¹⁸.

c) La re-reelección del gobernador Gerardo Zamora, de Santiago del Estero

En el año 2013, el Tribunal Superior de la Provincia de Santiago del Estero había habilitado al gobernador Gerardo Zamora a presentarse para un tercer período como gobernador, a pesar de la prohibición en ese sentido establecida en la constitución provincial (art. 152). El fallo del tribunal provincial consideró que dicha prohibición de la constitución provincial lesionaba los derechos políticos del gobernador a ser elegido y de los electores para elegirlo, reconocidos constitucional y convencionalmente.

En el fallo dictado el 5 de noviembre de 2013, en la causa *Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero c/ Santiago del Estero, Provincia de s/ acción declarativa de certeza*¹⁹, la Corte Suprema hizo lugar a la demanda y declaró que Gerardo Zamora se encontraba inhabilitado por la Constitución provincial para ser candidato a gobernador para el nuevo período que comenzaba el 10 de diciembre de 2013. También decidió levantar la suspensión de la convocatoria a elección.

18. Fallos: 322:385, consid. 18 del voto del Dr. Bossert.

19. Ver <https://www.cij.gov.ar/nota-12440-La-Corte-declar--que-Gerardo-Zamora-est--inhabilitado-para-ser-candidato-a-gobernador-para-un-nuevo-per-odo.html> (consultado el 23/10/2021).

nes de gobernador y vicegobernador de la Provincia de Santiago del Estero que se había dispuesto por la medida cautelar que había sido dictada el 22 de octubre.

La Corte Suprema, con la firma de los ministros Ricardo Lorenzetti, Carlos Fayt, Enrique Petracchi y Juan Carlos Maqueda, consideró que, pese a que el gobernador Zamora había renunciado a su candidatura, la gravedad institucional que presentaba la situación planteada hacía necesario el dictado de un pronunciamiento sobre la cuestión, pues en el caso se habían comprometido a las instituciones básicas de la Nación y la soberanía del pueblo santiagueño.

En razón de ello, señaló que tanto el artículo 152 de la constitución provincial, como la disposición transitoria sexta de la Constitución de Santiago del Estero eran de una precisión y claridad incontrastables en cuanto a que Zamora, que había ocupado el cargo de gobernador en los períodos 2005-2009 y 2009-2013, no podía presentarse como candidato a ese cargo o el de vicegobernador para el período 2013-2017.

Señaló que la ley provincial que había declarado la necesidad de reforma de la constitución provincial en el año 2005 había autorizado a los constituyentes a introducir cláusulas transitorias, como la que regulaba la situación del gobernador Zamora. Estas cláusulas podían válidamente, como ocurrió en el caso, contener disposiciones que dieran solución a las situaciones que pudieran plantearse en la transición entre el antiguo y el nuevo régimen constitucional, para evitar interpretaciones dispares.

También destacó que la forma republicana de gobierno consagrada en la Constitución Nacional no exige necesariamente el reconocimiento del derecho de los gobernantes a ser nuevamente electos y que las normas que limitan la reelección de quienes ocupan cargos ejecutivos no vulneran ningún principio constitucional. Por ello, la disposición transitoria sexta de la constitución de la provincia de Santiago del Estero no resultaba contraria a la Constitución Nacional ni tampoco afectaba derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Manifestó que, por tal motivo, los tribunales provinciales habían excedido sus facultades al declarar la inconstitucionalidad de la cláusula transitoria ya que, mediante sentencias judiciales, pretendían su-

plantar la voluntad del constituyente y, en definitiva, la del pueblo santiaguense.

Finalmente, la Corte recordó que el imperio de la ley es esencial para el logro de una Nación con instituciones maduras y que no es posible que, con la invocación de la defensa de la voluntad popular, pueda pretenderse desconocer el orden jurídico ya que nada contraría más los intereses del pueblo que la propia transgresión constitucional.

d) Conclusiones parciales

Como puede verse, en los pronunciamientos anteriores de la Corte Suprema examinados en este apartado, nuestro máximo tribunal no dudó acerca de la constitucionalidad y convencionalidad de las limitaciones a las reelecciones presidenciales establecidas en la Constitución Nacional y las constituciones provinciales.

III. LA FACULTAD CONSULTIVA DE LA CORTE IDH

El artículo 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos otorga competencia consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con relación a las solicitudes que en tal sentido formulen los Estados americanos y los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos²⁰.

El análisis de este artículo muestra que la competencia consultiva difiere según quién la active:

- (i) los Estados pueden realizar consultas sobre la interpretación de la CADH o de otros tratados concernientes a la protección de los Derechos Humanos en los Estados americanos;

20. Organización de Estados Americanos, Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), 22/11/1969, OASTS N° 36, 1144 UNTS 123, art. 64.

- (ii) los órganos del sistema de OEA²¹, en lo que les compete, por lo que “sólo pueden hacerlo dentro de los límites de su competencia. El derecho de éstos últimos de pedir opiniones consultivas está restringido, consecuentemente, a asuntos en los que tales órganos tengan un legítimo interés institucional”²². En última instancia, corresponde a la Corte IDH determinar si la petición cae dentro de la esfera de competencia del sujeto solicitante y la suya propia²³.

En cuanto a la materia, según el artículo 64, la competencia consultiva se extiende:

- (i) a la interpretación de la Convención o de cualquier otro tratado concerniente a la protección de los Derechos Humanos en los Estados americanos, y
- (ii) al examen de la compatibilidad de las leyes internas de los Estados miembros del sistema interamericano con los instrumentos internacionales previamente mencionados.

La Corte IDH ha entendido que el alcance de su competencia consultiva debe ser interpretado en forma amplia. Así, puede recaer “sobre toda disposición, concerniente a la protección de los Derechos Humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de

21. El artículo 53 de la CADH menciona: a) La Asamblea General; b) La Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores; c) Los Consejos; d) El Comité Jurídico Interamericano; e) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos; f) La Secretaría General; g) Las Conferencias Especializadas, y h) Los Organismos Especializados.

22. Corte IDH, “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana (arts. 74 y 75)”, Opinión Consultiva OC-2/82, del 24 de septiembre de 1982, párr. 14.

23. Cfr. ídem.

cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano”²⁴.

Esta competencia, sin embargo, no es ilimitada. En este sentido, la propia Corte ha señalado: “La amplitud de los términos del artículo 64 de la Convención no puede (...) confundirse con la ausencia de límites a la función consultiva de la Corte. En lo que se refiere a las materias que pueden ser objeto de consultas (...), existen límites de carácter general que se derivan de los términos del artículo 64, dentro de su contexto, así como del objeto y fin del tratado”²⁵.

En primer lugar, encuentra un límite material: la Corte IDH solo puede interpretar aquellas disposiciones directamente relacionadas con la protección de los Derechos Humanos. En segundo lugar, incluso aunque exista una relación directa, hay situaciones en las cuales la Corte puede declinar de dar su opinión.

La Corte IDH ya ha sistematizado las situaciones que excluyen su competencia en materia de opiniones consultivas²⁶, señalando los siguientes supuestos que la imposibilitan:

- “a) no debe encubrir un caso contencioso o pretender obtener prematuramente un pronunciamiento sobre un tema o asunto que podría eventualmente ser sometido a la Corte a través de un caso contencioso;
- b) no debe utilizarse como un mecanismo para obtener un pronunciamiento indirecto de un asunto en litigio o en controversia a nivel interno;
- c) no debe utilizarse como un instrumento de un debate político interno;
- d) no debe abarcar, en forma exclusiva, temas sobre los que la Corte ya se ha pronunciado en su jurisprudencia; y

24. Corte IDH, “‘Otros tratados’ objeto de la función consultiva de la Corte” (art. 64, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, párr. 52.

25. Ídem, párr. 18.

26. Corte IDH, “Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos”, resolución de 23 de junio de 2016, consid. 6°.

e) no debe procurar la resolución de cuestiones de hecho, sino que busca desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre Derechos Humanos y, sobre todo, coadyuvar a los Estados miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales²⁷.

IV. NUESTRO PARECER ACERCA DE LA OC 28/21

A la luz de cierta incertidumbre existente en la materia a nivel regional, entiendo que la Consulta efectuada por Colombia es legítima, pertinente y fundada y se corresponde con los supuestos contemplados en el artículo 64 de la CADH.

Estimamos que es legítima, correcta y fundada la respuesta de la OC en cuanto afirma que la prohibición de la reelección indefinida no puede ser considerada como una violación a los derechos políticos reconocidos en la CADH y que se trata de una limitación razonable y proporcionada a los derechos electorales pasivos de los ciudadanos de los países que integran el SIDH.

En cambio, consideramos que hay un exceso en el ejercicio de la función consultiva por parte de la Corte IDH al pronunciarse sobre la imposibilidad convencional de las reelecciones presidenciales indefinidas, más allá de compartir el contenido, fundamento e intenciones de dicho pronunciamiento del tribunal regional.

Entendemos que la función consultiva de la Corte IDH está limitada a la temática de los Derechos Humanos y no a los diversos modos de organizar los poderes de gobierno. El ámbito material de la competencia consultiva, claramente definida en el artículo 64 de la CADH, es el “concerniente a la protección de los Derechos Humanos en los Estados americanos”.

Al pronunciarse sobre temas relativos a la organización de los poderes, la Corte IDH está asumiendo una postura más propia de un tribunal constitucional, que la correspondiente a un tribunal regional en materia de Derechos Humanos.

27. Ídem, consid. 6°.

Por otra parte, la postura adoptada por la Corte IDH en este último aspecto de su OC no se condice ni es congruente con otros pronunciamientos del propio tribunal regional, de la CIDH y de otros organismos internacionales²⁸.

Así, en el año 2018, la Corte IDH se negó a emitir una OC en materia de juicios políticos a los presidentes por parte del Congreso, pues entendió que ello excedía su competencia consultiva.

También, en la cuestión relativa a la libertad de la cual gozan los Estados partes para organizar sus sistemas electorales, la Corte IDH sostuvo, en el caso *Castañeda Gutman*:

“[E]n términos generales, el Derecho Internacional no impone un sistema electoral determinado ni una modalidad determinada de ejercer los derechos a votar y a ser elegido. Ello se desprende de las normas que regulan los derechos políticos tanto en el ámbito universal como en el regional, y de las interpretaciones autorizadas realizadas por sus órganos de aplicación²⁹ (...) El sistema interamericano tampoco impone un sistema electoral determinado ni una modalidad específica para el ejercicio de los derechos a votar y a ser votado. La Convención Americana establece lineamientos generales que determinan un contenido mínimo de los derechos políticos y permite a los Estados que dentro de los parámetros convencionales regulen esos derechos de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las que pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad, en distintos momentos históricos”³⁰.

Asimismo, las alusiones que la Corte IDH formula en su OC a la Carta Democrática Interamericana³¹ son, en algún modo, desme-

28. Agradezco especialmente al Mag. Ignacio Boulín por algunos de los materiales que me ha proporcionado y que estoy utilizando para fundar la opinión aquí expuesta.

29. Corte IDH, caso *Castañeda Gutman vs. México*, cit. 162.

30. Ídem, párr. 166.

31. CIDH, “Solicitud de Opinión Consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, cit., párr. 13, entre otros.

didas. La Carta Democrática es un instrumento jurídico y político³² y cuenta con órganos de interpretación, aplicación y supervisión propios y específicos³³. Son estos órganos los que deben pronunciarse sobre la interpretación de dicho documento en materias como la prohibición general de las reelecciones y no de modo previo y anticipatorio la Corte IDH.

La propia Corte IDH ya había sostenido este criterio. Así, en el caso *Apitz Barbera*, relativo a la remoción de magistrados, el tribunal rechazó el argumento de los peticionarios relativo a que el artículo 29.c de la Convención, en relación con el artículo 3° de la Carta Interamericana, implicaba un derecho a la democracia, “una garantía individual cuyo incumplimiento pueda generar, por sí sola, la declaración de una violación en el marco de la jurisdicción contenciosa de la Corte”³⁴.

Para la Corte IDH, en el caso *Apitz Barbera*, la noción de “democracia” es un concepto interpretativo, no asimilable a un derecho en sentido estricto³⁵. Esta solución es correcta, pues de lo contrario, un tribunal internacional como la Corte podría verse tentado de incidir en asuntos de organización constitucional interna de un Estado—como la elección de su forma de Estado o de gobierno, el tipo de sistema electoral, la forma de elección de los jueces, o las causales de destitución de un funcionario político— que los Estados se reservaron a sí mismos para resolver a través de su organización política. Entrar

32. Corte IDH, caso *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, sentencia de 22 de junio de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, 293, voto del Juez Vio Grossi.

33. La Carta señala a los órganos específicos: el Secretario General de la OEA, el Consejo Permanente, los Estados Miembros, así como en su caso la Asamblea General, la Reunión de Consulta y otros Consejos de la Organización y de las conferencias especializadas, de las comisiones, grupos de trabajo y demás órganos de la Organización (cfr. Carta Democrática Interamericana, adoptada por la Asamblea General de la OEA, Vigésimo Octavo Período Extraordinario de Sesiones, realizado en Lima, Perú, el 11 de septiembre de 2001, arts. 17 al 22).

34. Corte IDH, caso *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 5 de agosto de 2008, Serie C 182, párr. 220.

35. Cfr. ídem, párr. 222.

en este tipo de asuntos pondría a la Corte a definir cuestiones esencialmente políticas.

Es indudable la profunda conexión existente entre las instituciones democráticas y los Derechos Humanos. Sin embargo, ese nexo no puede ser utilizado para extender la competencia consultiva de la Corte IDH a materias vinculadas con el diseño institucional, pues ello está lejos de haber estado presente en la voluntad de los Estados partes que ratificaron la CADH. De avanzarse en esta línea, la Corte IDH se podría convertir en un “pseudo-tribunal constitucional regional”, con facultades para intervenir en la resolución tanto de las materias relativas a la protección subsidiaria de los Derechos Humanos, para lo que tiene indudable competencia, como en las que se refieren a la forma de gobierno y las relaciones entre sus órganos, materia que excede su ámbito competencial, como se deduce del texto de la CADH y aún del propio nombre que ostenta el tribunal regional.

El artículo 53 de la Convención de Viena establece las pautas para la interpretación de los Tratados Internacionales, que debe tener en cuenta su contexto, propósito y objeto, permitiéndose, a su vez, recurrir a métodos suplementarios de interpretación, por ejemplo, los trabajos preparatorios. Nos parece que ni del texto de la CADH, ni de su finalidad y contexto, se puede interpretar que los Estados americanos hayan querido atribuir a la Corte IDH facultades para el diseño de su sistema institucional.

Como sostuviera oportunamente el ex miembro de la Comisión Interamericana, Robert Goldman:

“Los arreglos políticos mediante los cuales los Estados han estructurado progresivamente sus respectivas modalidades electorales y de representación política reflejan realidades históricas, políticas y sociales de alta complejidad. Creo que el juzgar la necesidad, conveniencia y propósito de estos arreglos generalmente rebasa la perspectiva que un órgano de supervisión internacional ya que involucra consideraciones de carácter eminentemente político en su naturaleza. Es la tarea del Estado y no la de esta Comisión el hacer estas delicadas y complejas determinaciones. De hecho, el principio conforme al cual la protección y promoción internacional de los Derechos Humanos es subsidiaria a los mecanismos de protección y

promoción domésticos es, en cierto modo, una expresión de estas limitaciones”³⁶.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de la ONU “también ha encontrado serias dificultades en la evaluación de si ciertos derechos políticos han sido respetados o no, cuando ésta involucra determinaciones sobre la ‘razonabilidad’ de ciertas estructuras de poder que sólo pueden ser analizadas a la luz del contexto en el cual fueron diseñadas y dentro del cual funciona el sistema político de que se trate”³⁷.

Existe un grave riesgo de exceso en la utilización de las OC por parte de la Corte IDH del que es necesario estar alerta. De un simple análisis cronológico, se advierte un incremento importante del uso de este instrumento para pronunciarse sobre diversos temas en debate en la región.

Así, si dividimos la historia de la Corte IDH en seis etapas³⁸, nos encontramos con los siguientes números:

- 1ª Etapa (1978-1986): 7 OC
- 2ª Etapa (1987-1993): 6 OC
- 3ª Etapa (1994-2001): 3 OC
- 4ª Etapa (2002-2006): 3 OC
- 5ª Etapa (2007-2012): 1 OC
- 6ª Etapa (2013-2021): 8 OC

En definitiva, nos gusta y compartimos todo el contenido de la OC³⁹, pero pensamos que en lo que hace a la prohibición convencio-

36. CIDH, Informe 137/99, Caso 11.863, *Andrés Aylwin Azocar y otros vs. Chile*, 27 de diciembre de 1999, voto disidente del Comisionado Robert Goldman, párr. 8.

37. Nowak, Manfred, *UN Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary* (1993), pp. 453-454, citado CIDH, Informe 137/99, Caso 11.863, *Andrés Aylwin Azocar y otros vs. Chile*, 27 de diciembre de 1999, voto disidente del Comisionado Robert Goldman.

38. Cfr. en Santiago, Alfonso y Bellocchio, Lucía, *Historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1978-2018)*, Buenos Aires, La Ley, 2018.

39. Uno de los elementos que más pueden distorsionar el logro de un Estado de Derecho con adecuado equilibrio y calidad institucional es la posibilidad de la

nal de la reelecciones presidenciales, la Corte IDH ha incurrido en exceso, al violar el artículo 64 de la CADH, en cuanto regula el ámbito de sus facultades consultivas y, por ello, los principios de *pacta sunt servanda* y de subsidiariedad que vertebran el SIDH⁴⁰. Compartimos “el qué y por qué” del pronunciamiento de la Corte IDH, pero no “el quién” en lo que hace al último de los aspectos sobre los que se pronunció. Es necesario criticar todos los excesos de la actuación de la Corte IDH, más allá de compartir en este caso el criterio sostenido en su pronunciamiento.

BIBLIOGRAFÍA

- Buergethal, Thomas, “The Advisory Practice of the Inter-American Human Rights Court”, *The American Journal of International Law*, Vol. 79, 1985, p. 18.
- Carozza, Paolo G., “The Problematic Applicability of Subsidiarity to International Law and Institutions Symposium on Subsidiarity”, *American Journal of Jurisprudence*, 2016.
- Carozza, Paolo G., *Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law*, Am. J. Int’l L., 2003.
- Casas, C. Ignacio de, y Toller, Fernando M., *Los Derechos Humanos de las Personas Jurídicas: Titularidad de derechos y legitimación en el Sistema Interamericano*, México, DF, Editorial Porrúa, 2015.
- Gattinoni de Mujía, María, “Estándares convencionales en materia de independencia del Poder Judicial, remoción de los jueces por juicio político y criterios acerca de la posibilidad de su destitución por el contenido de las

perpetuación en el poder, aunque sea mediante elecciones libres, de quienes ejercen el Poder Ejecutivo. La limitación temporal de los períodos y la prohibición total o inmediata de más de dos períodos consecutivos suele ser uno de los modos más efectivos de controlar el poder, equilibrar el sistema institucional y permitir su conveniente recambio. La existencia de esta limitación suele incidir decisivamente en el efectivo logro de las condiciones propias de un Estado Constitucional de Derecho que aquí estamos analizando. La imposibilidad del nepotismo puede ser un elemento complementario para asegurar el objetivo señalado.

40. Cfr. Santiago, Alfonso, *Margen nacional de apreciación y principio de subsidiariedad*, Buenos Aires, Astrea, 2019.

- sentencias”, en Santiago, Alfonso (Director), *La responsabilidad de los jueces por el contenido de sus decisiones jurisdiccionales. Marco teórico y análisis de algunos casos paradigmáticos*, Buenos Aires, La Ley, 2016, pp. 91-120.
- Glendon, Mary Ann, *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*, New York, Free Press, 1991.
- Huertas Díaz, Omar, “Convención Americana de Derechos Humanos: doctrina y jurisprudencia 1980-2005”, Bogotá, Universidad Autónoma de Colombia, Grupo Editorial Ibáñez, 2005.
- Neuman, Gerald L., “Subsidiarity”, en *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, editado por Dinah Shelton, Oxford University Press, 2013.
- Nowak, Manfred, *UN Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, Estrasburgo, NP Engel Editorial, 1993.
- Pasqualucci, Jo M., “Advisory Practice of the Inter-American Court of Human Rights: Contributing to the Evolution of International Human Rights Law”, *Stanford Journal of International Law*, Vol. 38, 2002, pp. 242 y 247.
- Pasqualucci, Jo. M., *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- Santiago, Alfonso y Bellocchio, Lucía, *Historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1978-2018)*, Buenos Aires, La Ley, 2018.
- Santiago, Alfonso, *Margen nacional de apreciación y principio de subsidiariedad*, Buenos Aires, Astrea, 2019.
- Shihata, Ibrahim, *The Power of the International Court to Determine Its Own Jurisdiction: Compétence de la Compétence*, Springer, 2013.
- Steiner, Christian, “Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario”, Patricia Uribe (editores), Konrad-Adenauer-Stiftung, 2014.

Jurisprudencia citada

Corte IDH

- Corte IDH, *Solicitud de Opinión Consultiva presentada por el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos*, resolución de 23 de junio de 2016.
- Corte IDH, caso *Castañeda Gutman vs. México*, cit. 162.
- Corte IDH, caso *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, sentencia de 22 de junio de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, 293.

LA OC 28/21 SOBRE REELECCIONES PRESIDENCIALES...

Corte IDH, caso *Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. *Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de agosto de 2008, Serie C 182, párr. 220.

CIDH

CIDH, Informe 137/99, Caso 11.863, *Andrés Aylwin Azocar y otros vs. Chile*, 27 de diciembre de 1999, voto disidente del Comisionado Robert Goldman, párr. 8.

CIDH, Informe 137/99, Caso 11.863, *Andrés Aylwin Azocar y otros vs. Chile*, 27 de diciembre de 1999, voto disidente del Comisionado Robert Goldman.

CIDH, Informe 30/93, “Petionario Ríos Montt”.

Corte Suprema argentina

Caso *Partido Justicialista de Santa Fe*, Fallos: 317:1195 (1994).

Caso *Ortiz Almonacid*, Fallos: 322:385 (1999).

Caso *Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero c/ Santiago del Estero*, Provincia de s/ acción declarativa de certeza - Corte Sup. Just. Nac. - 5/11/2013.

Corte Suprema norteamericana

U.S. Term Limits Inc. v. Thornton, 514 US 779, 1995.

Corte Constitucional de Colombia

Sentencia C-141/10, consultado el 15 de julio de 2016, 26 de febrero de 2010, disponible en www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-141-10.htm (23/10/2021).

EL PENSAMIENTO POLÍTICO DE FRAY MAMERTO ESQUIÚ

POLITICAL THOUGHT OF FRAY MAMERTO ESQUIÚ

HORACIO M. SÁNCHEZ DE LORIA¹

Recibido: 5 de octubre de 2021
Aprobado: 10 de octubre de 2021

RESUMEN

Fray Mamerto Esquiú fue un hombre contemplativo en la acción. Sencillo, humilde, de gran cercanía con los necesitados por obediencia, aceptó ser consagrado obispo en 1880. Lamentablemente para la mayor parte de la historiografía su nombre se halla asociado a la Constitución de 1853, dejando de lado la evolución de su pensamiento político, que más allá de las deficiencias de su formación, estuvo marcado por la escuela clásica, especialmente Santo Tomás de Aquino. Rechazó el liberalismo católico y tuvo un debate con José Manuel Estrada. Combatió la política porteña tras la batalla de Pavón.

1. Miembro de Número de la Academia Nacional de la Historia y Correspondiente de la Real Academia Española de la Historia. Abogado, Licenciado en Psicología y Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Doctor en Filosofía por la Universidad de Navarra. Autor de dieciséis libros y de más de cincuenta artículos en revistas argentinas y extranjeras. Profesor en el doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad del Museo Social Argentino. Correo electrónico: hsanchezdeloria@gmail.com.

En 1875 tuvo una gran controversia a raíz de un sermón que predicó en Catamarca en ocasión de la reforma de la Constitución provincial; padeció ataques de la prensa e incomprensiones, y en 1880 advirtió severamente a los argentinos sobre el curso institucional que había tomado el país.

PALABRAS CLAVE

Esquiú, humildad; Constitución; Liberalismo católico; Santo Tomás de Aquino.

ABSTRACT

Fray Mamerto Esquiú was a contemplative man in action. Simple, humble, of great closeness to those in need by obedience, he accepted to be consecrated bishop in 1880. Unfortunately for most of the historiography his name is associated with the Constitution of 1853, leaving aside the evolution of his political thought, which beyond of the deficiencies of its formation, it was marked by the classic school, especially Santo Tomás de Aquino. He rejected Catholic liberalism and had a debate with José Manuel Estrada. He fought Buenos Aires politics after the Battle of Pavón. In 1875 he had a great controversy. He suffered attacks from the press and misunderstandings, and in 1880 he severely warned Argentines about the institutional course that the country had taken.

KEYWORDS

Esquiú; Humble; Constitution; Catholic liberalism; Santo Tomás de Aquino.

PARA CITAR ESTE TEXTO:

Sánchez de Loria, Horacio M. "El pensamiento político de fray Mamerto Esquiú", *FORUM: Revista del Centro de Derecho Constitucio-*

nal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, N° 12, 2021, pp. 343-366.

1. INTRODUCCIÓN

A raíz de su próxima beatificación, la figura de Fray Mamerto Esquiú (1826-1883) ha vuelto a cobrar actualidad². Este hombre sencillo, humilde, de gran cercanía a los pobres y necesitados, que en 1872 rechazó por considerarse indigno el arzobispado de Buenos

2. Nació en el pueblo catamarqueño de Piedra Blanca, en el mismo lugar de nacimiento de otros ilustres prelados: Pedro Alejandrino Zenteno, diputado catamarqueño a la convención constituyente de Santa Fe en 1853; Luis Gabriel Segura, que fuera obispo de Paraná; Buenaventura Rizzo Patrón, obispo de Salta. Era hijo de la criolla María de las Nieves Medina, y de Santiago Esquiú, catalán, soldado que había llegado al Río de la Plata como militar del Regimiento fijo de Montevideo. Santiago peleó en las filas del ejército realista en el Alto Perú, durante cuatro años. Fue tomado prisionero por Güemes en Salta, y por motivos de salud se le permitió residir en Catamarca, en donde contrajo matrimonio en 1822. Un cálido clima religioso se vivía en aquel hogar, formado por cuatro hijas y dos varones, el segundo de los cuales era Mamerto de la Ascensión. Su mamá falleció cuando él tenía 10 años y su papá a los 18 años. Fue ordenado sacerdote el 18 de octubre de 1848 en San Juan y en 1850 fue designado profesor de filosofía en el colegio seminario. Fatone, Vicente, "El sentimiento religioso de Fray Mamerto Esquiú", *Sur*, Buenos Aires, año XII (enero de 1943); Dana Montaña, Salvador M., *Actualidad de Esquiú*, Universidad Nacional de Córdoba, 1961; "Las Constituciones de Catamarca", en *Primer Congreso de Historia de Catamarca*, tomo I, Catamarca, 1960, pp. 163-257; Gandía, Enrique de, "Ideas histórico-políticas del padre Esquiú", en *Primer Congreso de Historia de Catamarca*, tomo II, Catamarca, 1965; Caturelli, Alberto, *Mamerto Esquiú, vida y pensamiento*, Universidad Nacional de Córdoba, 1971; Auza, Néstor Tomás, *Católicos y liberales en la generación del ochenta*, Buenos Aires, Ediciones Culturales Argentinas, 1975; Bruno, Cayetano, *Historia de la Iglesia en Argentina*, tomo XI, Buenos Aires, Don Bosco, 1976; Castellanos Esquiú, Francisco, *Fray Mamerto Esquiú, una vida excepcional*. Prólogo de Guillermo Furlong, Buenos Aires, Editorial Difusión, 1976; Gálvez, Manuel, *Vida de fray Mamerto Esquiú*, Buenos Aires, 1982; Frías, Pedro, *Aproximaciones a Esquiú*, Universidad Nacional de Córdoba, 1983; Bazán, Armando, *Esquiú apóstol y ciudadano*, Buenos Aires, Emecé, 1996.

Aires, y por obediencia llegó a ser consagrado en 1880 Obispo de Córdoba³, será elevado a los altares en septiembre de 2021⁴.

Lamentablemente para la mayor parte de la historiografía, su nombre se halla asociado a los fastos por la Constitución de 1853. De este modo, su actuación y su rico pensamiento se han desfigurado hasta reducirlos al de un panegirista constitucional. Incluso con abuso de lo hiperbólico, se lo ha llamado el *santo o el apóstol de la Constitución*.

Es cierto que pidió aceptar la norma sancionada en 1853, pero por motivos prudenciales, dado el dramático cuadro de anarquía y despotismo que envolvía nuestra vida pública. *A posteriori* su visión cambiaría notablemente.

Fray Mamerto Esquiú fue un hombre contemplativo en la acción, como lo revela su diario íntimo, *Diario de recuerdos y memorias*⁵. Su actuación política fue una proyección de ese espíritu, que miraba las cosas temporales *sub specie aeternitatis*. Más allá de las limitaciones de su formación, sus pasos no estuvieron guiados por los principios del republicanismo liberal, sino por el pensamiento clásico, fundamentalmente el de Santo Tomás de Aquino. Hay muchas citas del Aquinate en sus sermones, sus escritos periodísticos, en su diario íntimo, raro ejemplo si tenemos en cuenta que recién en 1879, a través de la Encíclica *Aeternis Patris*, León XIII restauró los estudios de la *filosofía perennis* en el seno de la Iglesia⁶.

3. Lugones retrató el episodio en sus versos *El Obispo*: "(...) notorio era que después. De porfiada resistencia. Había aceptado la silla. Bajo rigor de obediencia".

4. Junto con Félix Frías, fue uno de los mentores locales del movimiento católico del ochenta, liderado por José Manuel Estrada. Esquiú tuvo actividad política práctica: fue convencional constituyente en su provincia, miembro del consejo asesor del gobernador, y autor de un proyecto de Constitución para Catamarca en 1878.

5. Así lo denominó fray Mamerto González, quien escribió una amplia biografía del beato en dos tomos. González, Mamerto A., *Fray Mamerto Esquiú y Medina. Su vida privada*, Córdoba, 1909; *Fray Mamerto Esquiú. Su vida pública*, Córdoba, 1914.

6. Hemos desarrollado el pensamiento político de fray Mamerto Esquiú en Sánchez de Loria, Horacio M., *Las ideas político-jurídicas de fray Mamerto Esquiú*, Buenos Aires, Quorum-EDUCA, 2002.

Incluso Bernardino Bravo Lira sostiene que Esquiú y el chileno Rafael Fernández Concha (1832-1912) fueron los autores americanos que anticiparon el renacer tomista europeo⁷.

Las fuentes de su pensamiento fueron variadas, pero en el fondo de todas de ellas se dibujaba la Biblia. Esquiú fue un hombre con una profunda espiritualidad bíblica. También leyó a San Buenaventura, Jaime Balmes y Juan Donoso Cortés, entre otros autores⁸.

2. LOS SERMONES PATRIÓTICOS

A lo largo de su vida Esquiú predicó una serie de sermones en momentos importantes de la vida política del país. Ellos son una fuente privilegiada para descubrir los principios políticos que lo guiaron, y, además, constituyen un modo interesante para analizar el derrotero institucional del país entre 1853 y 1880.

El más recordado fue el iniciado con aquéllas palabras bíblicas, *Laetamur de gloria vestra*⁹, aunque poco leído y analizado en detalle, pronunciado en la iglesia matriz de Catamarca el 9 de julio de 1853 a raíz de la jura de la Constitución.

Otros importantes fueron el del 28 de marzo de 1854, en el momento de la instalación del gobierno nacional; el del 25 de mayo de 1856, con motivo de la instalación del gobierno provincial; el del 27 de octubre de 1861, luego de la batalla de Pavón; el del 24 de septiembre de 1875, en el marco de la reforma constitucional provincial de 1855; el pronunciado en la catedral de Buenos Aires el 8 de diciembre de 1880, tras la capitalización de la ciudad, y el del 23 de diciembre de 1881, en el que evocó al fundador de la Universidad de Córdoba, Fernando Trejo y Sanabria.

7. Bravo Lira, Bernardino, "América en la Historia Mundial", *Boletín de la Academia chilena de la Historia*, año LVI, n° 100, 1989, p. 108.

8. Nicolás Avellaneda conoció a Esquiú en la provincia de Tucumán, y en 1883 escribió un artículo sobre el franciscano, en donde se refirió a la bibliografía que consultaba el fraile. Ortiz, Alberto, *El Padre Esquiú*, tomo I, Córdoba, 1883, pp. 5-12.

9. Nos alegramos de vuestra gloria (1 Mac, 12, 12).

En aquél sermón del 9 de julio de 1853 pidió aceptar la Constitución, frente a las resistencias que se suscitaron en varios sectores católicos –entre ellos, Pedro Alejandrino Zenteno, diputado que representó precisamente a Catamarca en la convención constituyente de Santa Fe–, pero la razón estaba fundada, como decíamos, en motivos prudenciales, con serios reparos que rara vez se tomaban en cuenta, como, por ejemplo, sus críticas al principio moderno de la soberanía¹⁰. La situación que se vivía en el país era calamitosa; tras Caseros y Pavón, el país estaba anarquizado.

Buenos Aires, escindida del resto de la Confederación, rechazó la Constitución, pues no quería perder su predominio político-económico y cultural, hecho del que Esquiú era muy consciente. En la legislatura de Buenos Aires hasta hubo mociones para tirar el texto constitucional por la ventana, “para que lo recogiera quien quisiera”¹¹.

El gobierno porteño –con el apoyo del correntino de ese entonces– no sólo se opuso a la Constitución, sino que intentó anarquizar el

10. En aquél sermón del 9 de julio de 1853 Esquiú expresó, entre otros conceptos: “(...), hubo en el siglo pasado la ocurrencia de constituir radical y exclusivamente la soberanía en el pueblo, lo proclamaron, lo dijeron a gritos: el pueblo lo entendió: venid se dijo entonces, recuperemos nuestros derechos usurpados. ¿Con qué autoridad mandan los gobiernos a sus soberanos? Y destruyeron toda autoridad ¡Subieron los verdugos al gobierno: vino el pueblo y los llevó al cadalso! Y el trono de la ley fue el patíbulo (...) La Francia se empapó en sangre: cayó palpitante, moribunda (...) ¡Fanáticos!, he ahí el resultado de vuestras teorías (...) toda autoridad viene de Dios, *Omnis potestas a Deo ordinata est*, y si no es Dios la razón de nuestros deberes no existen ningunos”. Con motivo de la toma de Roma por las tropas revolucionarias expresó en el periódico *El Cruzado* de Bolivia palabras similares: “(...) se diría que los pueblos hispanoamericanos, no menos que su madre la España de hoy, tienen por único principio en política la horrible y pueril blasfemia de no reconocer poder alguno superior bajo de ningún respecto, y ni otros derechos que ellos producen de una plumada”. González, Mamerto, *Fray Mamerto Esquiú...*, ob. cit., tomo II, p. 202.

11. En realidad, la moción se refería a tirar por la ventana un pliego cerrado, que el ministro de gobierno porteño había recibido de una comisión enviada por el congreso constituyente. Ese pliego fue remitido a la legislatura local para su conocimiento, y entonces varios legisladores aludieron a que correspondía tirarlo por la ventana ya que era probable que contuviera el texto constitucional. Cfr. Ruiz Moreno, Isidoro J., *La lucha por la Constitución*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1976, pp. 385 y sigs.

interior enviando tropas a Entre Ríos y Santa Fe, a fin de provocar la disolución del congreso constituyente¹².

El puerto era el símbolo de la vida *moderna*, del unitarismo político-cultural y económico-fiscal, del cosmopolitismo, el foco de la *Kulturkampf* desatada con más fuerza en el ochenta. El cónsul español en Buenos Aires, Miguel Jordán y Llorens, informaba al gobierno peninsular el 26 de enero de 1860.

“La opinión más general (...) es que el partido exaltado con quien parece se halla de acuerdo el Gobierno, pone y pondrá todos los obstáculos posibles a la incorporación de este Estado a la Confederación (...). Estos hombres infatuados con la posición topográfica que tiene Buenos Aires, con sus hábitos arrogantes y de chicana, así como con el mayor adelantamiento en que se halla este Estado comparado con el resto de la Confederación, y con las ínfulas que siempre han tenido de independientes, entrarán difícilmente a cumplir lo pactado con el general Urquiza”¹³.

James Scobie señalaba:

“La división entre los porteños y los provincianos era muy honda. Los intereses porteños se nucleaban en el intercambio comercial con Europa, y el desarrollo y la prosperidad del agro. (...) Las provincias, por su parte, buscaban la protección y el apoyo a sus industrias locales y a su comercio (...) Los intereses estaban divididos (...) entre los que deseaban importar una cultura europeizada y los defensores de la tradicional herencia hispánica, entre los que apoyaban un fuerte gobierno central y los que preferían la autonomía de las provincias”¹⁴.

12. *Ibíd.*, pp. 352-355.

13. Ruiz Moreno, Isidoro, J., *Informes españoles sobre Argentina Derqui-Mitre (1852-1868)*, Buenos Aires, Universidad del Museo Social Argentino, 1993, p. 187.

14. Scobie, James, *La lucha por la consolidación nacional 1852-1862*, Buenos Aires, Hachette, 1964, p. 391.

3. TRAS PAVÓN

Tras la batalla de Pavón del 17 de septiembre de 1861, en la que Buenos Aires derrotó a las provincias, Esquiú se sintió totalmente decepcionado del curso institucional del país.

En el sermón que pronunció en la matriz de Catamarca sostuvo:

“El error, los sacrilegios, las injusticias, la más abyecta sensualidad siguieron dominando en nuestras costumbres, hasta que por fin ha llegado el día de la guerra, el azote de los réprobos (...). Huyendo siempre de Dios, hemos caído en las implacables y crueles manos de los hombres”.

Destacó: “Las calamidades públicas son grandes voces con que el Señor nos llama al arrepentimiento. Nuestras costumbres han permanecido siempre las mismas. El orgullo, la crueldad, el odio y la voluptuosidad siguieron dominando nuestras ciudades y campañas; todas las lenguas rebosaban sensualidad, los tribunales de justicia, las prensas enviaban al oído de todos, palabras de mentira e impiedad”.

Esquiú tocó el meollo del problema político que se vivía: “

Digámoslo de una vez con la santa libertad del cristiano: el espíritu de impiedad y de rebelión es la verdadera furia que agita el corazón y las manos del pueblo americano para que esté en perpetua guerra consigo mismo. (...), con la piedad cristiana ha desaparecido igualmente todo patriotismo, desde que no se respetan las leyes, las instituciones. (...). Vosotros estáis viendo que no hay cosa sagrada que no se haya atacado: doctrinas, instituciones, personas, por el sable del soldado, por la pluma del periodista, por las leyes y por su administración, en todo y por todos los medios posibles se ha hecho guerra a Dios y se le está haciendo todavía, ¿cómo, pues, podríamos tener en paz entre nosotros mismos?”. En octubre de 1861 se lamentaba de la reanudación de la guerra civil que significó la batalla de Pavón; escribió en *El Ambato*:

“Sombrío, pavoroso cuadro se extiende en toda la república, (...) ¿quién enumerará nuestras calamidades?, ¿qué ojos podrán detenerse sobre la horrible perspectiva que ofrece el ensangrentado suelo de la república”¹⁵.

Habíamos abandonado nuestra mejor tradición. En el sermón del 8 de diciembre de 1880, en la catedral de Buenos Aires, el franciscano destacará las ventajas heredadas del período hispánico: “Dios mismo había preparado entre nosotros los dos grandes elementos de una poderosa nacionalidad: paz interior y la vida del municipio, con el alma de la completa verdad religiosa”.

Decepcionado entonces del curso político, se fue a Tarija, luego pasó a Perú y Ecuador y tiempo después visitaría Roma y Tierra Santa. Previamente a su partida, envió al diario catamarqueño *El Ambato* un texto epitafio en el que decía:

“Aquí yace
La Confederación Argentina
Murió en edad temprana
A manos de la traición, de la mentira y del miedo
Que la tierra porteña le sea leve
Una lágrima y el silencio de la muerte
Le consagra un hijo suyo (Fr. Mamerto Esquiú)”.

Por la misma época, el lunes 13 de octubre de 1862, escribió en su diario íntimo: “El mundo se ha *deificado* y el ídolo necesita y pide con furor holocaustos continuos, algo que llene su hambriento seno. A falta de verdaderos se los forja y se los ofrece: ¡hace apoteosis de los Proudhon en clase de los mayores sabios! De los Garibaldi héroes de

15. González, Mamerto, *Fray Mamerto...*, ob. cit., tomo II, p. 123.

Marte y de la libertad. (¡Ah, si tuvierais mi Chacho de los Llanos de la Rioja, que haríais de él!)”.

4. SU RECHAZO AL LIBERALISMO CATÓLICO

En 1875, como una muestra de su estado de ánimo sobre la deriva institucional del país, destacó: “Hace bastantes años que no puedo, por más que quisiera, hacerme ilusión sobre el valor real de nuestras Constituciones y las nuevas ediciones y reformas que se hagan de ellas; lo único que puede buscarse en ellas es la salvación de un principio en el naufragio del orden y las buenas costumbres que se padece. Ateniéndome a esta dolorosa convicción, ya que me halle a tiempo, quise llevar por mi parte el sagrado nombre de Jesucristo a la frágil tablilla de nuestra Carta. Nada más que honor y acatamiento a este nombre hemos pedido, y solo esto ha sublevado los ánimos de gente liberal e ilustrada. Pero esa alarma es una señal infalible de que Dios vive aún en el fondo de almas adormecidas por la indiferencia y por la vista y comodidad de ciertos progresos materiales y muy afanadas de andar por aquel camino de que nos hablan los libros santos en que siempre se aprende y nunca se llega al conocimiento de la verdad. Esta es una señal que consuela y que llama al trabajo por la causa de Dios”¹⁶.

El punto central de la cuestión política, subrayó Esquiú en el sermón de 1875 en la matriz de Catamarca, descansa en que “

Un pueblo católico no puede prescindir de que es católico cuando se trata de su vida pública, de su organización política, de sus leyes y administración gubernativa. De donde se sigue que las fórmulas *Iglesia libre en el Estado libre, separación de la Iglesia y el Estado, libertad de cultos con prescindencia de religión en el orden político* son anticatólicas como lo es ésta que las comprende: *debe separarse la Iglesia del Estado y el Estado de la Iglesia*”. En 1878, en el marco de la reforma de la Constitución provincial de 1855, presentó un proyecto de Constitución, en el que, intentando desprenderse del molde racionalista de la

16. Ortiz, Alberto, *El padre Esquiú*, tomo II, Córdoba, 1883, p. 92.

naturaleza del constitucionalismo, sostenía en el artículo 6°: “El pueblo y la Constitución de Catamarca reconocen en las leyes y las autoridades legítimas no un poder convencional, sino el poder que viene de Dios, fuente única del deber y del derecho”¹⁷.

Esquiú rechazaba el liberalismo católico, tan presente en esa época en Francia y Bélgica, si bien extendido por todo el mundo y con representantes entre nosotros, como, por ejemplo, José Manuel Estrada.

Estrada adhirió explícitamente al liberalismo católico entre aproximadamente 1862 y fines de la década del setenta. Posteriormente, se retractó en una especie de carta o manuscrito dirigido a su familia, publicado íntegramente por sus nietos Santiago y José María de Estrada, en el número 8 de la revista *Sol y Luna* de 1942. En ese manuscrito, Estrada reconoció haber tenido¹⁸: “(..) la mala fortuna de pensar que el régimen a cuya sombra veía prosperar el catolicismo en los Estados Unidos podía ser preconizado como una situación correcta y universal del conflicto que me parecía argentino y era en realidad del mundo entero. Por eso me sedujo durante algún tiempo el espíritu bien intencionado pero paradójico de los que en Bélgica y Francia se llamaron antes del Concilio Vaticano católicos liberales. Doy gracias a Dios que me abrió los ojos y disipó de mi alma estas ilusiones (...), la liturgia sagrada fue la primera escuela de reacción contra los errores de mi tiempo que como a la enorme mayoría, si no es mucho decir a todos mis conciudadanos, me había, en cierta medida, contaminado. Obligado me vi a rehacer pieza por pieza y totalmente mis opiniones sociales, políticas y jurídicas. En una palabra, vi y luego el Padre de las Luces me dejó ver íntegra y pura la verdad católica. El cristianismo es el reino de Cristo sobre las almas y las sociedades. Qué idea tan sencilla, tan luminosa y tan difícil de percibir cuando se envenena desde la niñez en una atmósfera de filantropía que es una verdadera

17. En 1936, Adolfo Korn Villafañe llamó a renovar la legislación constitucional tomando como base el proyecto de Esquiú. Korn Villafañe, Adolfo, *Derecho Público Político*, tomo I, Buenos Aires, Librería Santa Catalina, 1936, p. 11.

18. En 1914, su discípulo Rodolfo Rivarola dijo haber visto parte de ese manuscrito. Nos hemos ocupado de este en Sánchez de Loria, Horacio M., *El pensamiento político de José Manuel Estrada. Del liberalismo católico al ultramontanismo*, Buenos Aires, Torre de Hércules, 2021.

antropolatría. Examinada desde este punto de vista la historia y la política de mi país comprendí todo lo que hasta entonces había percibido y me repugnaba sin entenderlo bien. Las paradojas revolucionarias y naturalistas dominaron el país desde la emancipación nacional (...). Desde aquél momento me hice cargo de que era forzoso buscar la salvación restaurando la doctrina y las instituciones según el principio cristiano. Comprendí otras dos cosas. Una, que era necesario obrar. Otra, que no podía obrar sino rompiendo valientemente con las fuerzas mundanas que dominaban la república”.

Los liberales católicos propugnaban, en el marco de la aceptación de las nuevas reglas del juego implantadas por el constitucionalismo liberal, la libertad de culto y la separación de la Iglesia del Estado.

Contrarios a la tradición jacobina, optaban por el modelo político-jurídico de los Estados Unidos, es decir, proponían la americanización de las instituciones políticas; la propuesta la sintetizaban con aquél lema “la Iglesia libre en el Estado libre o la iglesia en el derecho común”, tal como lo expresó Montalembert en 1863.

En 1871, José Manuel Estrada publicó un artículo, “La Iglesia y el Estado”, en el número X de la *Revista Argentina* que dirigía, en el que expuso claramente su posición liberal de entonces; pugnaba, por lo tanto, por la separación de la Iglesia del Estado, acompañando, si bien por otros motivos, a los laicistas de esa convención.

El artículo era una extensión de sus intervenciones en la convención constituyente de la provincia de Buenos Aires desarrollada entre 1870 y 1873, encargada de modificar la Constitución local de 1854.

Le contestó Félix Frías, acreditado en ese momento en Chile, a través de un artículo del mismo título que se publicó en el mismo número de la revista, en el cual rechazaba la posición de Estrada, mostrando cómo el axioma de Montalembert había servido para perseguir a la Iglesia, por ejemplo, en la Italia del conde Cavour.

Esquiú, como decíamos, terció en aquél debate, que por otra parte se daba en todo el mundo; se refirió al tema tanto en el sermón del 24 de octubre de 1875 en la matriz de Catamarca, como posteriormente en un largo artículo que fue publicado el 1° de febrero de 1876 en la *Revista Argentina*.

Fray Mamerto no sólo rechazó la posición liberal-católica de Estrada, que nos llevaría al ateísmo social como en los Estados Unidos,

subrayó, sino también la valoración que éste hacía del período hispánico, al que Esquiú consideraba que aventajaba al siglo XIX en moralidad, suavidad de costumbres y respeto a la familia.

“Sentimos que el tiempo haya ejercido una influencia tan despótica en el ánimo ilustrado del autor que haga un juicio tan duro de un pasado que si no tiene el brillo y la actividad del presente, le aventaja con mucho en moralidad, en suavidad de costumbres, en carácter ingenuo y, sobre todo, en el *domesticismo*, en el amor y el respeto que era como el alma de la familia”¹⁹.

Además, Esquiú resaltó aquella cultura, impregnada de la fe cristiana:

“*Moralidad superior, adhesión profunda a la Fe* reconocería el que leyese la historia de Santa Rosa de Lima y de sus contemporáneos Santo Toribio de Mogrovejo, San Martín de Porres y otros; Quito nos presenta a una María Ana de Jesús Paredes, México un Sebastián de Aparicio. ¿Y no desembarcaba en estas mismas orillas del Plata un Francisco Solano, Apóstol de Sud-América? ¿Qué decir sobre los Obispos y precisamente sobre el nunca bien ponderado José de San Alberto? (...). Su crimen es el *Catecismo Real*, pero este viene a reducirse a una fidelidad quizás exagerada, pero siempre noble, como fue la de aquél ángel del dolor, el Ilustrísimo Orellana, que abrazaba y mezclaba sus lágrimas con las víctimas de la Cruz Alta”²⁰.

En el aludido sermón del 24 de octubre de 1875, Esquiú destacó: “(...) la bandera del enemigo (...) lleva inscrito en sus anchos pliegues la palabra libertad y su asta es libertad y en la frente de cada

19. Ortiz, Alberto, *El padre Esquiú...*, ob. cit., tomo II, p. 84.

20. *Ibidem*, pp. 85 y sigs.

soldado está marcada a fuego la palabra libertad y en su boca ésta sola palabra es todo el derecho moderno, y lo que es más, una ciencia completa, la ciencia nueva (...) cuánta confusión reina en el sentido de esta palabra (...) invocada como derecho, como razón suprema que hace lícitos todos los crímenes, todo trastorno y revolución, que justifica ríos de sangre que corren y cubren como un escudo de honor a los que son asesinos de millones de hombres”.

Y proseguía, fray Mamerto, subrayando un punto político esencial:

“He oído una (...) objeción fundada en que el cristianismo es asunto de las conciencias privadas y que en el orden público no hay sujeto religioso. Si el orden público fuese una mera abstracción me esforzaría, señores, por colocarme en esa región de lo abstracto y estudiar allí sus propios principios y relaciones; pero yo veo y no puedo dejar de ver, que el orden público no es sino el agregado de los derechos, intereses y deberes de las conciencias privadas, elevado todo a una región más alta que la del individuo y la familia, pero siempre inferior a Dios, la soberana causa del orden social (...). En mí yo no siento sino una sola conciencia de católico, sea que cumpla la modesta y santa misión de hablar desde esta cátedra, sea que me hubiese tocado el honor de ocupar vuestra tribuna. Comprendo que puede uno faltar a su conciencia, pero no que un hombre pueda tener varias conciencias según los tiempos y oficios o que salvo la honradez pueda echar un paño mortuorio sobre la única que tiene cuando penetra en la Sala de los legisladores”.

Esquí sostenía la necesidad de fundar el orden social en los principios cristianos, mucho más en un pueblo que en su inmensa mayoría era católico; el Evangelio debía “informar el espíritu de las instituciones, el aroma de las costumbres, el alma de la existencia y ser el principio regulador de los destinos”.

Haciendo referencia a la Constitución nacional, dirá en el sermón de 1875: “(...) la carta federal ha proclamado la libertad de cultos para toda la república, yo no quiero pensar que nuestros legisladores se hayan creído autorizados para acordar igual derecho a la verdad

y al error, ni que su ánimo fue establecer la irreligión por principio, sino que por libertad quisieron decir tolerancia”.

Quizás haciéndose eco de esta afirmación de Esquiú, unos años después José Benjamín Gorostiaga, uno de los redactores de la Constitución de 1853, que también formó parte del movimiento católico del ochenta, declaró en 1884, al periódico *Eco de Córdoba*, que la libertad de culto consignada en el artículo 14 del texto constitucional debía entenderse como tolerancia, es decir, entenderse como la aceptación de un mal, dadas las circunstancias, en pos de obtener un beneficio mayor.

Evidentemente ellos, con un pensamiento marcadamente deside-rativo, hacían todo lo posible para interpretar el texto constitucional de modo cristiano, a pesar de la naturaleza liberal-racionalista de la norma, vaciada en el molde de la Constitución de los Estados Unidos de 1787²¹.

5. ATAQUES DE LA PRENSA

El periódico catamarqueño *El Andino*, del 27 de octubre, criticó a Esquiú por aquél tan tironeado sermón de 1875, y destacó maliciosamente que no coincidía con la postura de otro célebre católico argentino, como José Manuel Estrada²².

21. Si bien criticaban los contenidos regalistas presentes en el texto constitucional, con un sesgo marcado por el deseo, *wishful thinking*, dicen los anglosajones, interpretaban a la Constitución como una norma de carácter cristiano. Sánchez Agesta ha subrayado cómo el racionalismo revolucionario o reformador moderno tiende a configurar el orden social no por un crecimiento o evolución de fuerzas sociales espontáneas, sino por una voluntad operante según criterios ideológicos. “El primado de la voluntad de poder sobre la constitución social, que es uno de los caracteres de nuestro tiempo, ha quebrado el hilo de una tradición histórica forjadora de instituciones, y en cierta manera todo orden constitucional contemporáneo se manifiesta como un proyecto racional de constitución no solo de las instituciones que encarnan el poder político (...) sino de la misma entraña del orden social”. Sánchez Agesta, Luis, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Editora Nacional, 1980, pp. 27-28.

22. El periódico había sido fundado por Félix Avellaneda.

Esquiú le contestó el 31 de octubre, reafirmando su posición, y dejando aclarado especialmente dos puntos: 1) el pueblo de Catamarca era católico en su inmensa mayoría, afirmación que se podría extender perfectamente a la nación toda; y 2) por lo tanto sus gobernantes no debían dictar leyes contrarias a los principios cristianos y a la doctrina de la Iglesia. En cuanto a la posición de Estrada, favorable a tomar como modelo las instituciones de los Estados Unidos, Esquiú señaló que el axioma “La Iglesia libre en el Estado libre”, sostenida por los liberales católicos, nos llevaría al ateísmo social como en el país del norte, y recordó la condena pontificia del movimiento, expresada claramente en el *Syllabus*, que acompañaba la encíclica *Quanta Cura* de Pío IX.

Este ataque de la prensa catamarqueña se sumaba al más agresivo aun procedente de la prensa porteña, especialmente el proveniente de los periódicos *La Tribuna*, de los hermanos Varela (Héctor Florencio, Rufino y Luis) y *El Nacional*, la hoja fundada en 1852 por Dalmacio Vélez Sarsfield, en el que escribieron los personajes públicos más influyentes del momento, Mitre, Sarmiento, entre otros, que tildó a Esquiú de ser un “fraile fanático”, y a la “Cruz, el signo eterno del retroceso”.

Fray Mamerto se refirió concretamente al tema:

“De los impugnadores de ese discurso el único que tiene el mérito de ser lógico en sus impugnaciones es *El Nacional* de Buenos Aires, que reprobando ese tema llama a la *Cruz, el signo eterno del retroceso* (número del 2 de diciembre), pues yo le quedo muy agradecido que esa palabra me haya calificado de fraile fanático. Me ha hecho en esto un verdadero honor”²³.

23. Ortiz, Alberto, *El padre Esquiú...*, ob. cit., Córdoba, p. 92.

Sufrió mucho Esquiú este episodio, como lo revela la carta del 15 de enero de 1876 dirigida a su amigo Octavio Benito Amadeo, magistrado judicial y militante católico de la provincia de Buenos Aires²⁴.

Amadeo le había enviado al fraile dos ejemplares de *La Tribuna* de Buenos Aires, del 27 y 28 de noviembre de 1875, que arremetían contra Esquiú por retrógrado, pues su pensamiento, decían, contradecía la marcha del mundo marcada por la emancipación del pensamiento.

Además, el diario se burlaba de las costumbres del pueblo catamarqueño, con alusiones a la Virgen del Valle. Por eso Esquiú decidió, y así se lo informaba a su amigo porteño, publicar tres sermones dedicados a la patrona de Catamarca en desagravio por los ataques sufridos hacia su persona²⁵.

A propósito de las críticas de la prensa porteña a las costumbres catamarqueñas, Esquiú le decía a Amadeo: "(...) la clase más ignorante, la familia que vive aislada en medio de nuestros desiertos se avergonzaría en materia de supersticiones de la que no se avergüenza la prensa de Buenos Aires y digo la prensa y no el pueblo de Buenos Aires. He aquí la prueba. *El Nacional* a vuelta de la página en la que llama a la Cruz el signo eterno del retroceso, en la sección de avisos nos da el siguiente. Verdadera adivina. La gran célebre adivina (...), etc. Tiene un estudio de consultaciones de adivinación en la calle (...), etc., recibe consultas desde las 8 de la mañana hasta las 10 de la noche. Adivina el pasado, presente y porvenir"²⁶.

Con un fino espíritu de observación, en una carta enviada desde Roma, fray Mamerto subrayaba: "(...) he visto de paso la actividad de las grandes ciudades y no sé cómo nuestros hombres han llamado industria lo que no es sino un furor casi frenético (...) Se va cumpliendo la obra de la impiedad más refinada y sus golpes de muerte no hacen el menor ruido, es una obra de sabiduría satánica con más la

24. Sánchez de Loria, Horacio M., "Dos cartas inéditas de fray Mamerto Esquiú a Octavio Benito Amadeo", *Investigaciones y Ensayos*, n° 61, Academia Nacional de la Historia, 2015.

25. Esas dos cartas inéditas me fueron entregadas gentilmente por Octavio Amadeo, nieto de Octavio Benito Amadeo.

26. Sánchez de Loria, Horacio M., *Dos cartas...*, ob. cit., p. 492.

experiencia de dieciocho siglos y la terrible cooperación de nuestra incredulidad práctica”²⁷.

Esa carta llegó a conocimiento de Alberdi, quien, con un lenguaje muy actual y estrecho de miras, reprochó al franciscano su falta de comprensión de la situación, y lo hirió en lo más profundo de su corazón.

“La peor de las pobrezas, decía Alberdi, es la pobreza que vive satisfecha y orgullosa de serlo, la pobreza que hace gala de su debilidad y atraso. Es la pobreza colonial y española, ennoblecida por un cálculo de dominación que eludió siempre la riqueza como poder y como instrumento de independencia. La Iglesia, en su servicio, educó siempre al pueblo en la idea de que el fin del hombre no está en la vida presente, sino en la futura, y que todos los bienes naturales de fortuna son inútiles y peligrosos”²⁸.

6. EN 1880

Cuatro días antes de ser consagrado obispo de Córdoba –en medio de un clima agitado tras la guerra desatada que culminó con la capitalización de la ciudad–, fray Mamerto pronunció un sermón en la catedral de Buenos Aires ante la presencia del presidente Roca, el Delegado Apostólico Luigi Matera, y calificada concurrencia.

Habían pasado veintisiete años de aquél sermón en la matriz de Catamarca con motivo de la jura de la Constitución de 1853.

Esquíu saludó la capitalización, y aludió al pedido que las provincias venían haciendo desde hacía tantos años a la ciudad-puerto para que cediera su preeminencia. Pero la deriva institucional del

27. Korn, Alejandro, “Influencias filosóficas en la evolución nacional”, *Obras Completas*, Buenos Aires, Claridad, 1949, p. 186.

28. *Ibidem*, p. 187.

país mostraba los signos descritos por el fraile en los años inmediatamente anteriores.

El proceso de secularización y sus consecuencias sociales estaban a la vista. Fray Mamerto habló valientemente y muy claro a su auditorio.

“¿Habré de decir por segunda vez *Laetamur de gloria vestra*? Después de tantas guerras, ya parciales, ya generales, que han manchado la sagrada tierra de la ley, después de ver su código servir como de tienda de campaña a pasiones iracundas; después que se están viendo subir y subir siempre las aguas de enormes crímenes, después de tanta apostasía de la fe cristiana y de las causas hoy día subsistentes de mayor y casi universal apostasía de esa misma fe que dio genio y valor a nuestros padres, después de todo eso podré decir una vez más *Laetamur de gloria vestra*. ¡Ah, lejos de mí tan horrible profanación! ¡Antes que insultar a Dios y a los hombres con esa mentira, preferiría como los desterrados de Sión que se paralizara mi mano derecha y que mi lengua se pegara a mi paladar!”. Colocado por sobre las pasiones mezquinas de las facciones políticas, y desde una visión teológica, Esquiú analizaba el proceso político en curso dando una gran enseñanza a una sociedad que se estaba construyendo de espaldas al espíritu evangélico: “Creo que puede asegurarse que, como en el orden religioso, la renuncia de la Fe es una traición y apostasía; así en el orden político es traidor a la patria quien no tiene en cuenta la verdad de la Divina Providencia. Se empequeñece igualmente, y aun desaparece todo patriotismo, y con él la verdadera ciencia política, cuando se considera a la sociedad civil por el solo lado que se presenta a nuestra corta vista, prescindiendo del resto de su vida, de su pasado y del porvenir que le espera. Todos hablamos de progreso social, y apenas hay que no habrá repetido que los pueblos como los individuos tienen su niñez, su adolescencia, su edad viril y aún la decrepita, pero nada de esto podría ser cierto contrayendo la sociedad a un momento dado, a hechos particulares sin relaciones con el pasado y el porvenir. Del mismo modo que para conocer bien a un individuo no bastaría en modo alguno la observación de un solo hecho de su vida, (...) sino que es preciso tener en vista su conducta en general, así también para conocer y hablar exactamente de un pueblo es necesario, señores, considerarlo, no en los hechos particulares, sino en el conjunto de ellos en su marcha general”.

Fray Mamerto advirtió sobre el camino que se había tomado, y los efectos sociales dañinos para la sociedad argentina: “Mis esperanzas se han disipado dejando atormentado mi corazón. Y ese dolor y amargura antes de dos lustros helaron para siempre mi antigua palabra de congratulación. Si después de eso he hablado de política solo ha sido o para exhalar gemidos, o para suplir los defectos de mi ignorancia o entusiasmo juvenil. (...). Cual una virgen en el acto de desposarse tal se presenta la América en el acto de su emancipación (...), pero la tierra, la tierra misma está clamando que se atosigó a la virgen en los mismos días de su desposorio con el veneno de las doctrinas que en 1792 debieron haber hecho escarmentar a la Francia y a todo el mundo cristiano, se la enfrentó echándola por tierra y cubriéndola de la sangre de hermanos”.

Cierta prensa porteña nuevamente atacó a Esquiú por esas palabras en la catedral; evidentemente desentonaban con el clima de algarabía y de *progreso* que dominaba la escena pública, marcada ya por el positivismo. El *Anuario Bibliográfico de la República Argentina*, dirigido por Alberto Navarro Viola, se burló de la postura de fray Mamerto: “(...) el místico reaparece atribuyendo a la intervención divina los hechos lógicamente encadenados en la evolución de las naciones. Desconoce razones históricas y está lejos de contribuir a su verdadero y genuino carácter a la capitalización de Buenos Aires cuando la interpela”²⁹.

Sin embargo, diez años después, cuando sobrevino la denominada *revolución del noventa*, la realidad política mostraría que Esquiú no estaba nada errado con aquellas advertencias.

Y para la época del *Centenario*, voces no precisamente católicas denunciaron un cuadro social descompuesto. Joaquín V. González señaló que estábamos dominados por la eterna ley del odio y la discordia³⁰.

Lo mismo Leopoldo Maupas, Adolfo Posada, Joaquín Rubianes, Lucio V. López, José Benjamín Matienzo, Rodolfo Rivarola³¹.

29. *Anuario Bibliográfico de la República Argentina*, año II (1881).

30. González, Joaquín V., *El juicio del siglo*, Buenos Aires, 1979.

31. Rubianes, Joaquín, “El retroceso moral de Buenos Aires”, *Revista Argentina de Ciencias Políticas*, tomo IV, 1914. Maupas, Leopoldo, “El problema moral argentino”;

Tiempo antes, Miguel Cané (h) reconoció: "(...) nuestros padres eran soldados, poetas, artistas, nosotros somos mercachifles y agiotistas".

7. LOS PRINCIPIOS POLÍTICO-JURÍDICOS

Ahora bien, los principios políticos sobre los cuales Esquiú basó su visión de la vida pública, todos plenamente actuales, los podemos sintetizar en: 1) origen trascendente y cristianamente entendido del poder y de las libertades individuales; 2) consiguiente rechazo a la noción moderna de la soberanía, por su tendencia hacia el despotismo, totalitarismo en términos de hoy; 3) concepción cultural y no política de la nación, fundada en la igualdad esencial del género humano; 4) comprensión de la sociedad como una comunidad, que no reconoce orígenes exclusivamente racionales, sino también religiosos y naturales. La sociedad es una comunidad (si tomamos en cuenta la célebre distinción acuñada por Ferdinand Tönnies entre *Gemeinschaft* y *Gesellschaft*), sus vínculos internos no se anudan exclusivamente en torno de convenios, contratos, sino que descansan en actitudes, emociones, de los cuales deriva una sociedad de deberes y sus consiguientes derechos, pues centrarse exclusivamente en estos últimos supone una deriva hacia el subjetivismo ético; 5) existe una pluralidad de órdenes sociales, a los que se deben reconocer cierta autonomía; 6) como la realidad social es plural, es importante promover la autonomía, la descentralización, las tradiciones locales, las jerarquías naturales y la subsidiariedad. También Esquiú subrayó 7) la necesidad de fortalecer la sociedad a través de la promoción de los cuerpos sociales básicos (familia, gremios, asociaciones voluntarias de todo tipo) como forma orgánica de limitación del poder; 8) rechazo a los

Adolfo Posada, "La Constitución argentina y el régimen político", *Revista Argentina de Ciencias Políticas*, tomo IV, 1912. López, Lucio V., *Lucio Vicente López en el cincuentenario de su muerte (1894-1944)*, Buenos Aires, 1944; Matienzo, José Benjamín, *Temas históricos y políticos*, Buenos Aires, 1916. Rodolfo Rivarola, "Delitos de funcionarios públicos", *Revista Argentina de Ciencias Políticas*, tomo I, 1910.

personalismos y partidismos, y 9) la política no debe subordinarse a la economía, es decir, a los intereses económico-financieros en términos de hoy.

8. EPÍLOGO

Los poetas se ocuparon de Esquiú. Leopoldo Lugones le dedicó el poema *El Obispo*, en su *Romance de Río Seco*. Algunos versos, entresacados del poema, lo pintan de cuerpo entero:

*Pues como que bien portaba
el cordón de San Francisco
prefería al peón más pobre
y al rústico más arisco.
Era Hijo de Catamarca,
no es justo que esto se calle,
pues Nuestra Señora y él
son las glorias de aquel Valle.*

Juan Oscar Ponferrada, el gran poeta y ensayista, comprovincia-no del franciscano, le dedicó el *Cántico para su santificación*, editado en 1987.

Trece años después de su muerte visitó Córdoba Rubén Darío, y como fruto de la impresión que recibió de las personas que lo trataron escribió el poema *En Elogio del Ilmo señor Esquiú*. La primera estrofa que resume su pensamiento dice:

*Un báculo que era como un tallo de lirios.
Una vida en cilicios de adorables martirios.
Un blanco horror de Belzebú.
Un salterio celeste de vírgenes y santos.
Un cáliz de virtudes y una copa de cantos.
Tal era Fray Mamerto Esquiú.*

BIBLIOGRAFÍA

- Anuario Bibliográfico de la República Argentina*, año II, 1881.
- Auza, Néstor Tomás, *Católicos y liberales en la generación del ochenta*, Buenos Aires, Ediciones Culturales Argentinas, 1975.
- Bazán, Arnando, *Esquiú apóstol y ciudadano*, Buenos Aires, Emecé, 1996.
- Bruno, Cayetano, *Historia de la Iglesia en la Argentina*, tomo XI, Buenos Aires, Don Bosco, 1976.
- Dana Montaña, Salvador M., *Actualidad de Esquiú*, Buenos Aires, 1961;
- , "Las Constituciones de Catamarca", *Primer Congreso de Historia de Catamarca*, tomo I, Catamarca, 1960.
- Fatone, Vicente, "El sentimiento religioso de Fray Mamerto Esquiú", *Sur*, año XII, enero de 1943.
- Gálvez, Manuel, *Vida de fray Mamerto Esquiú*, Buenos Aires, 1982.
- Gandía, Enrique de, "Ideas histórico-políticas del padre Esquiú", *Primer Congreso de Historia de Catamarca*, tomo II, Catamarca, 1965.
- González, Joaquín V., *El juicio del siglo*, Buenos Aires, 1979.
- González, Mamerto A., *Fray Mamerto Esquiú y Medina. Su vida privada*, Córdoba, 1909.
- , *Fray Mamerto Esquiú. Su vida pública*, Córdoba, 1914.
- Korn, Alejandro, "Influencias filosóficas en la evolución nacional", en *Obras Completas*, Buenos Aires, Claridad, 1949.
- Korn Villafañe, Adolfo, *Derecho Público Político*, tomo I, Buenos Aires, Librería Santa Catalina, 1936.
- López, Lucio V., *Lucio Vicente López en el centenario de su muerte (1894-1944)*, Buenos Aires, 1944.
- Matienco, José Benjamín, *Temas históricos y políticos*, Buenos Aires, 1916.
- Maupas, Leopoldo, "El problema moral argentino", *Revista Argentina de Ciencias Políticas*, tomo IV, 1912.
- Ortiz, Alberto, *El Padre Esquiú*, Córdoba, 1883.
- Posada, Adolfo, "La Constitución argentina y el régimen político", *Revista Argentina de Ciencias Políticas*, tomo IV, 1912.
- Rivarola, Rodolfo, "Delitos de funcionarios públicos", *Revista Argentina de Ciencias Políticas*, tomo I, 1910.
- Ruiz Moreno, Isidoro, *La lucha por la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 1976.
- , *Informes españoles sobre la Argentina, Derqui-Mitre (1852-1868)*, Buenos Aires, Universidad del Museo Social Argentino, 1993.
- Sánchez de Loria, Horacio M., *Las ideas político-jurídicas de fray Mamerto Esquiú*, Buenos Aires, Quorum-EDUCA, 2002.

- , "Dos cartas inéditas de Fray Mamerto Esquiú a Octavio Benito Amadeo", *Investigaciones y Ensayos*, n° 61, Academia Nacional de la Historia, 2015.
- , *El pensamiento político de José Manuel Estrada. Del liberalismo político al ultramontanismo*, Buenos Aires, Torre de Hércules, 2021.
- Scobie, James, *La lucha por la consolidación nacional (1852-1862)*, Buenos Aires, Hachette, 1964.

PARTE III

ENSAYOS, CRÓNICAS Y RECENSIONES

RECENSIÓN

BIANCHI, Alberto B., *El Parlamento del Reino Unido*, 1ª edición, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2021, 394 pp.

MARIANO PALACIOS¹

Si había un área del Derecho Constitucional en la cual el autor de *El Parlamento...* nos había ilustrado parcial e indirectamente era el Derecho Parlamentario. Pues bien, la cantera de conocimientos del Dr. Alberto B. Bianchi es inagotable y en esta ocasión nos regala un verdadero Tratado de Derecho Parlamentario.

1. Abogado (UCA, 1996). 41st. Annual Academy of American and International Law (The Center for American and International Law –formerly The Southwestern Legal Foundation–, 2004). Especialista en Derecho Administrativo Económico (UCA, 2010). Programa Dirección de Servicios Legales (IAE Business School, Universidad Austral, 2012). Especialista en Derecho Constitucional (UBA, 2017). Director Ejecutivo de la Revista Argentina de Derecho de la Energía, Minería e Hidrocarburos (RADEHM). Director Adjunto del Centro Internacional de Estudios, Investigación y Prospectiva Parlamentarios (CIDEIPP), de la Escuela de Gobierno de la Universidad Austral. Director Ejecutivo de la Diplomatura en Derecho Parlamentario de la Escuela de Gobierno de la Universidad Austral. Actualmente, se desempeña como Director de Asuntos Legales e Institucionales de Transener S.A. Autor de numerosos artículos de doctrina. Correo electrónico: palacios_mariano@hotmail.com.

Previo a reseñar el contenido de la obra, entiendo necesario realizar dos observaciones para tener en cuenta al momento de afrontar la lectura y el estudio de *El Parlamento del Reino Unido*.

En primer término, resulta inevitable vincular la publicación de la obra con la señera obra del Dr. Carlos María Bidegain sobre el Congreso de los Estados Unidos de América en el año 1950, y que constituye –sin duda– el puntapié inicial en nuestro medio de esta disciplina menor en el frondoso árbol del Derecho Constitucional².

Aun con las sustanciales diferencias que existen entre los sistemas presidencialistas y parlamentarios, y que el propio Bidegain se encargara de detallar, es indudable que *El Parlamento...* renueva la sabia de esta rama menor, pues en el Parlamento del Reino Unido se reconoce la ascendencia de nuestro Derecho Parlamentario³.

Más cerca en el tiempo, cabe señalar que el Profesor Bianchi nos había adelantado sus estudios sobre el sistema parlamentario inglés en *Historia de la formación constitucional del Reino Unido* (Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2009) y en *La Separación de Poderes* (Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2019).

Al traer ambos antecedentes no quiero afirmar que dichas obras resultan de imprescindible consulta para leer *El Parlamento...*, pero sí que son –al menos– obras complementarias. Aun a riesgo de caer en una exageración, junto con “Un apunte sobre la organización judicial del Reino Unido”⁴, todas ellas bien podrían unificarse en un Tratado de Derecho Constitucional del Reino Unido.

2. Bidegain, Carlos M., *El Congreso de los Estados Unidos de América. Derecho y prácticas legislativas*, Buenos Aires, La Ley, 1950. El Dr. Bidegain escribió su obra en el marco de uno de los tantos recesos forzosos del Congreso Nacional, y recopiló y ordenó conocimientos *que pudieran ser útiles al propósito de perfeccionar los métodos del Congreso Nacional* (p. X), y una vez finalizada la obra auguró que la misma sirviera *para estimular la realización de estudios de derecho parlamentario en nuestro país* (p. XI).

3. Ver “Congreso y Parlamento”, en *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, tomo XV, 1986. Buenos Aires, 1987, pp. 49-61; y “El Derecho Parlamentario Argentino”, disertación pronunciada en la Academia, en la sesión pública del 26 de agosto de 1999, en *Anales*, Buenos Aires, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Volumen: XLIV-37, 1999, pp. 42 a 55.

4. Publicado en *El Derecho Constitucional*, Buenos Aires, El Derecho, 2019, pp. 519 -575.

Ahora bien, en *El Parlamento...*, el Dr. Bianchi desciende hasta detalles insospechados del sistema parlamentario inglés, y con su habitual estilo simple y profundo corre el velo de los secretos de una cultura constitucional ancestral, facilitándonos la comprensión del Sistema de Westminster.

Sobre la base además del conocimiento empírico del funcionamiento, el autor supera con creces los desafíos autoimpuestos de: (i) desentrañar los arcanos del sistema y (ii) acercar los ejemplos prácticos del quehacer diario de la legislatura de mayor experiencia entre sus pares.

Ello, a pesar de que, como bien señala, no existe una sola ley que establezca cuáles son las facultades y competencias del Parlamento como consecuencia de la soberanía parlamentaria, ya que el sistema constitucional de Westminster es diferente a todos los demás⁵.

Una vez más, el Derecho Constitucional argentino, y específicamente el Derecho Parlamentario, contraen una deuda de gratitud con el Dr. Alberto Bianchi, ya que en virtud de su pluma es posible acceder a las históricas y renovadas prácticas parlamentarias, las cuales han hecho del Parlamento del Reino Unido el modelo universal de todas las legislaturas de su tipo, y la cuna de las libertades y derechos que dan sentido al Derecho Constitucional⁶.

La obra se divide en seis (6) capítulos con objetos bien definidos y proporcionados en su extensión, según el tema estudiado. Cada uno de ellos está dedicado, respectivamente, a: (i) la evolución histórica, (ii) la supremacía y organización institucional, (iii) la organización y el funcionamiento de las Cámaras (*Houses*), (iv) el procedimiento de sanción de las leyes, (v) el proceso de devolución y las nuevas legislaturas locales y (vi) las conclusiones del estudio.

El autor distingue al Parlamento del Reino Unido por su evolución y adaptación; con una transformación desde las formas más elementales y primitivas hasta las más superiores, según las circuns-

5. Cfr. Bianchi, Alberto, *El Parlamento del Reino Unido*, 1ª ed., Buenos Aires, Cathedra Jurídica, p. 121.

6. Cfr. Bianchi, Alberto B., *Historia de la formación constitucional del Reino Unido*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2009, p. 15.

tancias políticas que ha enfrentado⁷, y tal caracterización general afirmada a modo de conclusión puede verificarse en cada parte de la obra.

Lógicamente, tal conceptualización se hace evidente al leer el Capítulo I y repasar la evolución en sus diferentes etapas, que como se nos anticipara, no admite una lectura lineal, como muchas otras instituciones inglesas⁸.

Así, en la obra aquí reseñada, se puede verificar una primera etapa formativa, con contornos imprecisos, pero que se afirma como un evento continuo y de ubicación fija, por oposición a la irregular convocatoria del rey como asamblea itinerante. Primigeniamente con funciones diversas, y en forma constante con el objeto de aprobar impuestos⁹, las primeras asambleas no eran convocadas en el deseo del monarca de ampliar las libertades de sus súbditos¹⁰.

En este proceso, cobra particular relevancia el Parlamento Modelo de 1295, que ha inspirado a todos los restantes y sentado las bases duraderas del *House of Commons*, al imponer el derecho de los representantes de las ciudades a integrarse en el Parlamento. Ello, pues tal como se señala con cita de Maitland, F. W. (*The Constitutional History of England*, Cambridge University Press, 9th reprint, 1941), dicho Parlamento Modelo es el segundo gran hito del Derecho inglés luego de la Carta Magna de 1215¹¹.

Luego, el Parlamento se consolidaría como tal y se constituiría como órgano de gran poder¹², sobre la base de dos caras de una misma moneda: (a) la sumisión completa a Enrique VIII para acompañar la Reforma Protestante por el *Reformation Parliament* (1529-1536), y la doctrina de la Supremacía del Rey en el Parlamento, y (b) la consolidación de los derechos de sus miembros, denominado privilegios parlamentarios: libertad de expresión, el derecho a no ser arrestado

7. Cfr. *El Parlamento...*, ob. cit., p. 350.

8. Ver Bianchi, Alberto B., *La Separación de Poderes*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2019, p. 48.

9. Cfr. *El Parlamento...*, ob. cit., p. 14.

10. Cfr. *Historia...*, ob. cit., p. 41; y, en particular, la nota 65.

11. Ampliar en *Historia...*, ob. cit., pp. 41 y sigs.

12. Cfr. *El Parlamento...*, ob. cit., p. 24.

por sus opiniones, el régimen disciplinario sobre los pares, *impeachments*, el *House of Commons* como cámara de origen de proyectos de leyes de contenido impositivo y financiero, y la organización interna (el uso de los *proxies* y la formación de los *select committees*)¹³.

Así, como una suerte de bisagra entre la segunda y tercera etapa –aunque sin gran impacto en los hechos–, el Parlamento obtuvo el reconocimiento de la *Petition of Rights* de 1628, símbolo de la resistencia de los Comunes contra el poder real arbitrario, y con evidente relación con algunas cláusulas de la Constitución de los Estados Unidos de América y su Declaración de Derechos¹⁴.

En un período signado por la posición confrontativa con los Reyes Estuardo, no sin pasar por otro de once años de ser ignorado por Carlos I hasta 1640, el reclamo de las *Nineteen Propositions*, la Guerra Civil posterior, la formación de *Rump Parliament* y la ejecución de Carlos I llevarían al Parlamento hacia la victoria en su lucha contra el rey para erigirse como el centro de la vida constitucional inglesa¹⁵.

En la siguiente etapa, en una nueva muestra de su dinamismo, a partir de la Gloriosa Revolución y el *Bill of Rights* de 1689¹⁶, el Parlamento dejó de ser un evento para convertirse en una institución¹⁷.

La importancia del *Bill of Rights* de 1689, amplía el autor, “(...) radica en que (a) declara, en forma expresa, los derechos de los súbditos ingleses y (b) establece que la Corona es entregada a Guillermo y María por el Parlamento. En relación con lo primero, el *Bill of Rights* enumera todos los derechos que fueron violados por el rey Jacobo II y luego declara que todos esos derechos corresponden a los súbditos ingleses. Acto seguido, habiendo declarado los príncipes de Orange

13. Cfr. *El Parlamento...*, ob. cit., pp. 18 y sigs.

14. Cfr. *Historia...*, ob. cit., p. 88; y, en particular, la nota 51.

15. Cfr. *El Parlamento...*, ob. cit., p. 24.

16. Señala el autor sobre dicha etapa: “Sin lugar a dudas, la Gloriosa Revolución de 1688 significó un amplio triunfo del Parlamento sobre la Corona. Hasta ese momento todos los Parlamentos habían sido convocados y disueltos discrecionalmente por el rey. A partir de entonces, el Parlamento tuvo vida independiente y no solo eso, se convirtió, además, en la fuente misma de la autoridad real. De eso se encargó especialmente el propio Parlamento mediante el *Bill of Rights* de 1689” (p. 36).

17. Cfr. *El Parlamento...*, ob. cit., p. 37.

que respetarán esos derechos, se resuelve entregarles la Corona, que estos aceptan, dejándose expresa constancia, también, de que aceptan que el Parlamento se constituya como tal y que las leyes serán dictadas con la «concurrencia real»¹⁸.

Señala el Profesor Bianchi que el *Bill of Rights* es el documento constitucional más importante sancionado en Inglaterra después de la Carta Magna, al dar por finalizada la monarquía de derecho divino¹⁹, y de allí la relevancia del Parlamento en la vida democrática del Reino Unido.

En este punto, la doctrina de la Supremacía del rey en el Parlamento mutó a la soberanía parlamentaria, condición que el autor se ocupa de recordarnos que reconocen todos los estudiosos: Edward Coke, en el siglo XVII, William Blackstone en el siglo XVIII y Albert Venn Dicey en el siglo XIX^{20, 21}.

Nótese, además, que es en este período histórico en el cual comienza a cobrar importancia el escrutinio del público; las sesiones fueron abiertas al público²², y hace su aparición en escena la figura del *Prime Minister* (PM) en 1721²³.

Bien que como asamblea netamente aristocrática²⁴, pero con un rol crucial de control del rey y sus ministros, el Parlamento comenzaría a adoptar su rol representativo en lo que se denomina un lento camino a la democracia merced a las reformas del sistema electoral de 1832, 1867, 1872, 1883, 1884 y 1885, cuyo símbolo de época sería el ingreso de James Keir –primer *Member of Parliament* (MP) socialista– en 1892.

18. Cfr. *El Parlamento...*, ob. cit., pp. 38-40.

19. Cfr. *Historia...*, ob. cit., p. 132.

20. Cfr. *El Parlamento...*, pp. 24, 37 y 63.

21. Nos refiere el Dr. Bianchi que tan fundamental es este principio que, a mediados del siglo XX, Sir Ivor Jennings decía: “[t]he supremacy of Parliament is the Constitution”, identificando a la soberanía parlamentaria con la Constitución misma (p. 96) (*The Law and the Constitution*, 5th edition, University of London Press, London, 1959).

22. Cfr. *El Parlamento...*, ob. cit., p. 43.

23. Ampliar en *Historia...*, ob. cit., pp. 156 y sigs.

24. Cfr. *El Parlamento...*, ob. cit., p. 47.

Si dar cuenta de una visión histórica del momento no fuere suficiente, la obra nos refiere al estudio sociológico de Walter Bagehot para describir las cinco (5) funciones principales desempeñadas por el Parlamento, a saber: (i) elegir el PM, como verdadero poder ejecutor; (ii) permitir expresarse al pueblo inglés; (iii) enseñar lo que debe hacerse (iv) informar y (v) legislar²⁵.

Tal evolución, señala el autor, fortaleció la soberanía del Parlamento como rango dominante del Derecho Constitucional inglés²⁶.

Sancionada la *Parliament Act de 1911*, sería la hora de transformarse en un Parlamento plenamente democrático, encaminando su dirección por tres vectores : (i) la reducción de los poderes del *House of Lords* y democratización de sus integrantes a partir del régimen de pares *Life Peerages Act de 1958*; (ii) el predominio del *House of Commons* y su transformación en un cuerpo representativo de toda la sociedad británica, a impulsos de las numerosas leyes electorales y de redistribución de los distritos electorales que fueron sancionadas desde 1918; y (iii) la fuerte disminución del carácter imperial del Parlamento que, con el *Statute of Westminster 1931*, dejó de extender su autoridad a los dominios del Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Sudáfrica e Irlanda del Sur; y en India en 1947, hasta su completa independencia en 1950²⁷.

Si bien hoy en pleno retroceso, y con destino final incierto, en 1973, el Reino Unido pasó a formar parte de la entonces Comunidad Económica Europea, creada en 1957 por el Tratado de Roma, convertida luego en la Unión Europea por el Tratado de Maastricht de 1992, incorporación que tuvo un fuerte impacto en el principio de soberanía del Parlamento²⁸.

Por último, desde 1998, señala el autor, se está llevando una revolución silenciosa y pacífica²⁹, a partir de:

25. Cfr. *El Parlamento...*, ob. cit., p. 55.

26. Cfr. *El Parlamento...*, ob. cit., p. 63.

27. Cfr. *El Parlamento...*, ob. cit., p. 65.

28. Cfr. *El Parlamento...*, ob. cit., pp. 65-66.

29. Cfr. *El Parlamento...*, ob. cit., p. 92.

- (i) La “*Devolution*” (Devolución), proceso a partir del cual el Parlamento del Reino Unido ha devuelto a Gales, Escocia e Irlanda del Norte parte de lo que se consideran sus facultades originarias.
Dada la trascendencia nacional e internacional de dicho proceso, el Capítulo V está dedicado íntegramente al reconocimiento de las autonomías, destacándose que ninguna de las tres notas que caracterizan a un sistema federal aparecen en el sistema político del Reino Unido. Lógico, en este punto, también la construcción político jurídica de los ingleses es única en su rubro y, tal como señala el autor con la mención de diversas opiniones, es un gran desafío para cualquier intento de clasificación³⁰.
- (ii) La eliminación de los *lords* (pares) hereditarios por parte de la *House of Lords Act 1999*, lo cual importó una reducción cuantitativa de miembros de la cámara alta y le otorgó un perfil más republicano.
- (iii) La eliminación de las funciones judiciales del *House of Lords* como consecuencia de la creación de la Corte Suprema y la sensible reducción de las funciones del Lord Chancellor, conforme la *Constitutional Reform Act 2005*.

En resumen: conceptualizados en la siguiente secuencia: nacimiento-consolidación de sus derechos; supervivencia en el conflicto; institucionalización y soberanía parlamentaria; ascenso del *House of Commons*; democratización plena y nuevo orden constitucional, los siete (7) períodos en los cuales el autor divide la historia del Parlamento del Reino Unido nos muestran por sobre todas las cosas una institución flexible, como la propia Constitución³¹.

El lector podrá juzgar con acierto que la reseña de la evolución histórica ha sido extensa y desproporcionada.

Sin embargo, tal desmesura encuentra una explicación racional.

30. Cfr. *El Parlamento...*, ob. cit., p. 330.

31. Ver *La Separación...*, ob. cit., p. 48.

Orgullosos de una constitución escrita dispersa, sin reconocimiento formal de la separación de poderes (por lo menos hasta el año 2005), y enemigos de la teorización, indica el Profesor Bianchi, en *La Separación...*, que los ingleses confían en que las dificultades interpretativas de su Constitución serán resueltas por las reglas del *fair play* en el *House of Commons*, usualmente descrita como “el mejor club de Europa”, con cita de Donald Searing (*Westminster’s World. Understanding political roles*, Cambridge, Harvard University Press, 1994).

Así, según lo afirmara el autor en *La Separación...*, todo parece indicar que permanece vivo el pensamiento de Edmund Burke cuando sostenía el concepto histórico de la Constitución³².

Si hay un aspecto que distingue a cualquier persona de otra, física o jurídica, en el Derecho Público o Privado, es su nombre. Pues bien, el Parlamento del Reino Unido da cabal prueba de ello. Desde las asambleas o concilios denominadas *Witan* o *Witenagemot*, con los reyes sajones, a los “*conciliar apparatus*”, de los reyes normandos; luego, de las reuniones llamadas “*colloquium*” a la definitiva denominación de *Parliament* utilizada por primera vez en 1236 en el reinado de Enrique III, mediante un anglicismo del sustantivo francés “*parlement*”, que deriva de “*parler*” (hablar) y “*ment*” (mente)³³.

Bien podría aplicarse al Parlamento del Reino Unido lo que nos ha contado Virgilio de los dioses, que su vejez es fresca y lozana³⁴.

El Capítulo II de la obra abarca el estudio de las bases conceptuales sobre las que se construye el Parlamento del Reino Unido, ciertamente ancladas en la evolución histórica antes detallada, y con dos secciones bien diferenciadas. Una primera, en la que se recorren las implicancias del núcleo del modelo británico: la supremacía parlamentaria. La segunda, al efectuar un relevamiento detallado de la organización institucional del Parlamento en sus aspectos trascendentes (integración, funciones y competencias, fuentes del procedimiento

32. Ver *La Separación...*, ob. cit., pp. 75-76.

33. Ver *Historia...*, ob. cit., p. 39; y, en particular, la nota 57.

34. Virgilio, *La Eneida*, Libro VI, Canto N° 61 “*Jamsenior, sed cruda deoviridisque-senectus*”.

parlamentario, el período parlamentario, las inmunidades y prerrogativas y la relación con los otros poderes).

Respecto de la soberanía parlamentaria, y recurriendo a la definición de Dicey (*Introduction to the The Law of the Constitution*, Indianapolis, Liberty Classics, 1982, reprint of the 8th edition of 1915)³⁵, resulta admirablemente didáctico el modo en que se sintetizan las consecuencias fundamentales del concepto de soberanía parlamentaria, a saber:

1. La ya revistada flexibilidad de la Constitución.
2. El ejercicio por el Parlamento del Poder Constituyente, y sus tres efectos colaterales: (a) la posibilidad de reformar la Constitución, sin tener que acudir a un procedimiento específico ejercido por un órgano diferente; (b) las leyes comunes tienen, formalmente, el mismo rango que la Constitución y (c) los jueces no ejercen control de constitucionalidad sobre la legislación primara (las llamadas “Acts of Parliament”), y el *judicial review* se ejerce solamente sobre la legislación secundaria, es decir, sobre los reglamentos administrativos dictados por el ejecutivo a partir de la delegación del Parlamento (llamados genéricamente “Statutory Instruments”)³⁶.
3. No existe un texto constitucional único, sino muchos textos constitucionales dispersos e inorgánicos.
4. No se juzga necesario establecer, legislativa y expresamente, las facultades del Parlamento, pues legislar es limitar y las funciones del Parlamento no deben ser limitadas por ley alguna³⁷.

Del mismo modo, se transita sobre la distinción conceptual entre leyes públicas, privadas e híbridas, con su correlativos procedimientos parlamentarios para su sanción analizados en el Capítulo IV de la

35. Nos recuerda el Dr. Bianchi la definición: “(...) es el poder de legislar en cualquier asunto, sin que autoridad alguna pueda modificar lo decidido por el Parlamento, salvo este mismo” (p. 97).

36. Cfr. *El Parlamento...*, ob. cit., pp. 100 y 123. Ampliar la relación entre la legislación primaria y secundaria en *La Separación...*, ob. cit., p. 70.

37. Cfr. *El Parlamento...*, ob. cit., p. 122.

obra; la diferenciación entre las *Standing Orders* (Órdenes Permanentes) y *Rulings from the Chair* (decisiones individuales del Speaker, Presidente del *House of Commons*); y los conceptos de sesiones y “*prorogation*”³⁸, habiendo adquirido éste último notoriedad mundial en agosto de 2019, al ser promovido por el PM Boris Johnson y declarado inconstitucional por la Corte Suprema en el caso *R (on the application of Miller) v. The Prime Minister* [2019] UKSC 41³⁹.

Amén de la importancia del *House of Commons* en la elaboración del presupuesto, resulta particularmente interesante destacar la combinación entre el Derecho Público y Privado indicada en la obra, al recordar que cada Ministerio presenta un *annual report and account* con formalidades y reglas que rigen para documentos similares en el sector privado y que son controlados por varias comisiones parlamentarias⁴⁰.

Ya hemos visto la íntima vinculación entre la consolidación del Parlamento en el segundo período y los denominados privilegios y prerrogativas parlamentarios, actualizados hoy al comienzo de cada Parlamento con el reclamo a Su Majestad de respetar los “indudables derechos y privilegios” de los miembros del *House of Commons*.

Dada la relevancia del tema, la cuestión de los privilegios es considerada de modo amplio, profundo y actualizado. La inmunidad de opinión, la inmunidad de arresto y el poder disciplinario son detallados con precisión conforme las últimas novedades autonormativas de los *Houses* (*subjudice rule*, Informe del *Procedure Committee* del *House of Commons* de 2015, Informe del *Joint Committee on Parliamentary Privilege* de 2013) y jurisprudenciales (casos *R. v. Chaytor* de 2010 de la Corte Suprema y *Baron Mereworth v. Ministry of Justice* de 2011 por la Civil Division de la *Court of Appeal*).

Debiendo tomarse debida nota para cualquier estudio posterior sobre el tema, el Profesor Bianchi no deja de expresar su fundamentada opinión sobre (i) los privilegios como inmunidades propias de la

38. Ídem, p. 138.

39. El análisis detallado del caso no escapa al contenido de *El Parlamento...*, y que se explica de modo didáctico a pesar de haber resultado un conflicto del PM con otros poderes nunca visto (ver pp. 140-153).

40. Cfr. *El Parlamento...*, ob. cit., p. 129.

función, más allá de que algunos de ellos presenten particularidades en relación con los legisladores y que algunos autores británicos sigan aludiendo a ellos como inmunidad; y (ii) la ausencia de legislación específica como causa del vínculo conflictivo con los tribunales en ausencia de soluciones claras y concretas⁴¹.

El conflicto entre la *Lex Parliament* y el *Common Law* es un tema de extrema relevancia y de constante actualidad, y es en este punto que aflora el concepto de la “*exclusive cognisance*”, el cual se desarrolla en forma notable.

Referido no sólo a la facultad de legislar y juzgar en forma exclusiva sobre la validez de sus procedimientos, sino a la actividad del Parlamento, conforme nos ilustra el autor, la *exclusive cognisance* comprende cuatro cuestiones: (a) el examen de los títulos para ingresar como miembro de alguno de los *Houses*; (b) la expulsión o el reingreso de los legisladores; (c) el procedimiento a seguir en caso de enfermedad mental de los legisladores; (d) la inaplicabilidad de las leyes generales a las cuestiones internas del Parlamento⁴².

Así las cosas, bien que con las precauciones del caso por tratarse de regímenes constitucionales diferentes, y tratándose de un tema que como bien señala el autor está abierto a amplios ventanales a la casuística, *El Parlamento...* resulta de indudable interés y consulta al momento de considerar las cuestiones internas del Congreso de la Nación Argentina. Coincidirá conmigo el lector en que *El Parlamento...* viene a iluminar, por ejemplo, sobre los debates vernáculos –aun no zanjados en forma definitiva– sobre si las Cámaras pueden –y cómo– regular su funcionamiento en el marco de la pandemia de COVID-19.

El Capítulo III discurre sobre la organización y el funcionamiento de las Cámaras, y es la sección más extensa de *El Parlamento...*; y no es para menos, pues si se pretende obtener una cabal comprensión de la composición y elección de los miembros de los *Houses*, sus funcionarios principales, y una sección específica sobre el Palacio de

41. Cfr. *El Parlamento...*, ob. cit., pp. 154-155.

42. Cfr. *El Parlamento...*, ob. cit., pp. 1159 y sigs.

Westminster incluida⁴³, se requiere una mayor longitud en la descripción y análisis.

La organización y el funcionamiento de los *Houses* se caracterizan y distinguen por: (i) un esquema que tiende al equilibrio colectivo en la representación y la administración; (ii) la imparcialidad técnica en los servicios de la institución para que los MP desarrollen su acción política; (iii) el control recíproco constante en todas las áreas entre los MP, y (iv) un orden determinado y reglas preestablecidas de antemano para sesionar y llevar adelante los negocios.

El último punto señalado es de crucial importancia pues, tal como se precisa, casi toda la tarea que tiene lugar en el Parlamento, ya sea legislativa o de otro tipo, se desarrolla con la forma de debate, entendido como una discusión sobre un asunto determinado, con excepción del *Question Time* y las declaraciones de los testigos ante las comisiones legislativas.

Veamos los rasgos más salientes del sistema:

- El *House of Lords* como balance de la afiliación política al permitir que los *life peers* sean independientes. Son elegidos a través de una *Appointments Commission* creada en el año 2000, quien examina esencialmente la capacitación en áreas diversas a los quehaceres políticos, tales como la ciencia, las humanidades, el arte, los deportes, en tanto –tal como se afirma acertadamente– esos conocimientos pueden ser de utilidad o valor en la elaboración de las leyes.
- El Speaker como Presidente del *House of Commons*, figura políticamente neutral; y que de hecho cuando es elegido como tal renuncia a su afiliación y si se presenta en la elección ge-

43. Es oportuno señalar en esta instancia que, en octubre de 1943, durante el debate parlamentario sobre la reconstrucción del *House of Commons*, Winston Churchill pronunciaría su célebre frase para mantener la forma de la vieja cámara como esencial al bipartidismo democrático inglés: “(...) damos forma a nuestros edificios y luego nuestros edificios nos dan forma a nosotros” (“*we shape our buildings and afterwards our buildings shape us*”). Ver: <https://www.parliament.uk/about/living-heritage/building/palace/architecture/palacestructure/churchill/> (consultado el 22/10/2021).

neral no lo hace como miembro de un partido sino como el “Speaker en busca de una reelección”.

- La figura del *Clerk of the Parliaments* del *House of Lords*, como cargo permanente, no se extingue con la disolución del Parlamento, y se elige entre los *clerks* más antiguos de la Cámara. Y su par en el *House of Commons* –el *Clerk of the House*–, quien ejerce funciones de asesoramiento legal, es el representante legal del Cuerpo y quien integra el *House of Commons Commission*, es nombrado por la Corona y no es responsable ante el *Speaker* sino ante el *House* en sí, como cuerpo.
- En términos de organización administrativa, ella se lleva a cabo a través de las denominadas “Corporaciones” creadas en 1992 por la *Parliamentary Corporate Bodies Act*. Además del *Corporate Officer* ya visto, la administración de las Cámaras es realizada por la *House of Lords Commission* y por la *House of Commons Commission*, cuerpos colectivos de diez y nueve integrantes, respectivamente.

En el caso del *House of Commons* se reúne una vez por mes para establecer las políticas administrativas del *House*, y entre sus funciones principales elabora su presupuesto de administración, junto con dos Comisiones legislativas (Finanzas y Administración). Asimismo, funciona el *Commons Executive Board* creado por la propia *Commission*, también de nueve integrantes.

- El funcionamiento del Parlamento en modo espejo, ya que, al PM, su gabinete (*frontbenchers*) y *backbenchers* se opone el *shadow or mirror cabinet* liderado por el *Leader of the Opposition*; sesiones diarias de lunes a jueves, y los viernes si hay proyectos presentados por los MP; excepcionalmente, más allá del horario oficial de la finalización de la jornada (*late sittings*), tendencia habitual en las décadas de 1970 y 1980.
- No existe *quorum* específico para el comienzo de una sesión; pero sí para la votación de un proyecto, ocasión que requiere un mínimo de 40 MP sobre el total de 650 representantes de los distritos electorales.

- Sobre la base del nominado “*Vote Bundle*”⁴⁴ elaborado por el *Vote Office*, el orden de una jornada habitual se divide del siguiente modo:
 1. Primer segmento:
 - 1.1. Hechos del día.
 - 1.2. Asuntos de los *private bills*.
 - 1.3. *Question Time*, y los miércoles el *PM question time*.
 - 1.4. *Statements of the ministers*.
 - 1.5. Cuestiones urgentes.
 - 1.6. Cuestiones de privilegio y mociones de orden.
 2. Segundo segmento:
 - 1.1. Asuntos públicos, con preferencia de los planteados por el gobierno.
 - 1.2. *Commencement of public business*: (i) primera lectura de los proyectos de ley, (ii) mociones del gobierno sobre el tiempo y firma de la agenda legislativa del día y (iii) el *10 minute rule Bill* (el derecho de los *backbenchers* de proponer ciertos proyectos de ley), los días martes miércoles.
 - 1.3. *Main business*: (i) el debate de la agenda legislativa del día, abarcada principalmente por la segunda lectura de un proyecto de ley, con prioridad de los *Government Bills* y (ii) el tratamiento de las diversas mociones que se hayan presentado, entre ellas, las que plantean al final de la jornada los *backbenchers* (*daily adjournments motions*).

44. En el “*Vote Bundle*” se recibe todo el temario de la sesión del día con los documentos relevantes. El *Vote Bundle*, que varía en tamaño según cada sesión, tiene cinco partes: (a) el índice (*Summary Agenda*); (b) el orden del día (*Business Today* u *Order Paper*); (c) el listado de las declaraciones e informes (*written statements*) que serán presentados; (d) el *Future Business*, que son los asuntos listados para ser tratados en las próximas dos semanas y en alguna fecha futura; y (e) el *Votes and Proceedings*, donde se informa lo que el *House* hizo y decidió el día anterior. Está contenida allí la información sobre el resultado de las votaciones, de las mociones presentadas, de las enmiendas a los proyectos de ley, etc. (Cfr. p. 231).

- 1.4. Votación sobre aquellas cuestiones en las que no haya habido acuerdo, en un sistema arcaico, que implica la división física entre los que votan en un sentido u otro, actualizado desde el año 2004.
- El *Question Time* y el *PM Question Time* como confrontación entre el gobierno y la oposición, en el cual el primero explica sus políticas y la segunda las cuestiona, siempre de modo oral. En el caso del *PM Question Time* hay un máximo de seis preguntas a realizar sólo por el Líder de la Oposición, y son más políticas que técnicas. Asimismo, existe la posibilidad de formular preguntas por escrito, que serán respondidas en el plazo ordinario de una semana o en un día específico, con un límite para estas últimas de cinco por MP. Todas las preguntas deben ser aprobadas por el *Speaker*, quien realiza sólo un control de ajuste a los procedimientos, pero sobre el contenido de la pregunta.

No es objeto de esta reseña, cuya extensión a esta altura ya será juzgada como impropia, efectuar el detalle de las diferentes mociones, peticiones, clases y reglas del debate descritas con precisión admirable en *El Parlamento...* Sin perjuicio de ello, la obra también repasa de modo práctico las *Standing Orders* del *House of Commons* aplicables al debate, entre las que se destacan las siguientes tres:

- a. el *Speaker* elige discrecionalmente quiénes pueden hablar;
- b. las intervenciones deben enfocarse directamente en la cuestión debatida sin incurrir en consideraciones irrelevantes o tediosas;
- c. no se pueden abordar cuestiones que están pendientes de decisión judicial (*sub judice*), salvo que el *Speaker* lo admita discrecionalmente.

Por último, no es menor el servicio imparcial que presta la biblioteca del Parlamento, pues nos ilustra el autor que es “concebida esencialmente como un servicio de investigación e información dis-

ponible para los MP, y cuyas investigaciones sirven para dar autoridad a sus afirmaciones”⁴⁵.

No en vano Churchill señalaría que el lema de los ingleses era “*business as usual*”, como símbolo de que el sistema funciona, y debía hacerlo aun a pesar de la Segunda Guerra Mundial⁴⁶.

El Capítulo IV estudia el procedimiento de sanción de las leyes; y para ello desgrana las diferentes clases de proyectos de ley y su procedimiento asociado.

Con carácter previo, y en función de la importancia de las Comisiones en el trabajo del Parlamento, la obra detalla las dos clases de *Committees* o Comisiones: (i) las que tratan los proyectos de ley (*General Committees* para el House of Commons y *Committees of the Whole House* o *Grand Committee* para el House of Lords) y (ii) las que realizan otras funciones (*Selected Committees* para el House of Commons y *Sessional Committees* para el House of Lords): (a) abordan el control del gobierno (departamental y non departamental committees), (b) la organización interna de los Houses (internal Committees) y (c) las de investigación y estudio. Además, existen las comisiones conjuntas (*Joint Committees*) integradas por miembros de ambas.

Algunos puntos a rescatar en lo relativo a las Comisiones son:

- Existe una comisión denominada de *Standards*, que se encarga de controlar la conducta de los MP y actúa en colaboración con un funcionario de la Cámara (el *Parliamentary Commissioner for Standards*), integrada por los mismos siete miembros de la Comisión de Privilegios a los que se agregan siete miembros externos al *House* para que haya más control aún, bien que estos tienen voz pero no voto.
- En el *House of Lord*, anualmente, la Comisión de Enlace recomienda cuáles son las comisiones *ad hoc* que deberían formar-

45. En nota 1066, el autor recuerda su lema: “*Contributing to a well-informed democracy*” (Contribuyendo a una democracia bien informada); debiéndose destacar en este punto a *The Parliamentary Office of Science and Technology* (POST), encargada de las balanceadas y metódicas investigaciones científicas y realizadas sobre la base del sistema de *peer review*. Ver en: <https://post.parliament.uk/> (consultado el 22/10/2021).

46. Ver *La Separación...*, ob. cit., p. 75.

se, para ejercer las diversas funciones; a la par que existe una “regla de rotación” (*rule of rotation*), de modo tal que nadie puede ocupar la misma comisión por más de dos sesiones sucesivas.

- Llamam la atención las Comisiones Conjuntas de: (a) *Joint Committee on Consolidation Bills*, encargada de estudiar la consolidación de varias leyes en un texto único y ordenado y (b) *Joint Committee on Statutory Instruments*, encargada de revisar los aspectos técnicos (no el mérito) de la legislación secundaria o delegada.

En relación al procedimiento de sanción de leyes, *El Parlamento...* describe los tres (3) procedimientos, según se trate de proyectos públicos (cuando legisla sobre un aspecto de política general y afecta, como principio, a toda la población, a una parte indeterminada de ella, o bien, a una gran región o área geográfica, como pueden ser Inglaterra, Gales, Escocia, Irlanda del Norte o la ciudad de Londres); proyectos privados (promovidos por un tercero ajeno al Parlamento; y tienen un campo de actuación limitado pues afectan, por ejemplo, a una determinada actividad o industria, a una localidad específica o a un reducido grupo de personas); e híbridos (cuando reúne características públicas y privadas). Tal como señala el autor, según la *Interpretation Act 1978*, toda ley es considerada pública salvo indicación expresa en contrario de la propia ley.

Mientras que en el procedimiento de sanción de los proyectos públicos el Parlamento actúa dentro de su capacidad legislativa específica, en los proyectos privados, además de sus funciones legislativas, el Parlamento ejerce, en cierto modo, una función judicial de adjudicación, pues en el curso del análisis del proyecto se suscita una suerte de caso contencioso entre quienes promueven la ley y sus afectados.

Dicha diferencia, puntualiza el autor, se advierte principalmente en (a) los requisitos de la presentación (publicidad, el pago de una tasa, memorándums explicativos, fundamentos técnicos), que son evaluados por los *Examiners* de ambas Houses; (b) el modo en que se conducen las audiencias, en las cuales los promotores del proyecto deben probar, más allá de una duda razonable, los beneficios que ob-

tendrán con la sanción de la ley y que ello no ocasionará perjuicios a terceros; y (c) la convocatoria a un tribunal que determina si quien ha planteado una objeción formal al proyecto tiene derecho a ser oído.

En el *House of Commons*, la obra describe el procedimiento de sanción de un *public bill*, cuyos aspectos principales se destacan seguidamente:

1. Se realiza un *pre-legislative scrutiny* a un borrador de proyecto de ley del gobierno, con carácter previo a que sea presentado formalmente.
2. Una vez producida la Introducción de un proyecto, se realiza una primera lectura, de carácter breve y formal, luego de la cual no se puede modificar el título, salvo lo que sea meramente gramatical o que se corrijan errores de imprenta.
3. La segunda lectura se realiza –como regla consuetudinaria– una vez que pasen dos fines de semana desde la introducción del proyecto, aunque muchas veces no se respeta este plazo; no realizándose si se trata de proyectos de “tracto rápido” (*fast-track bills*), como por ejemplo los *Consolidation bills*, los cuales son analizados directamente en comisión.
4. Concluida la segunda lectura, inmediatamente se determina la asignación de tiempo que se le dedicará a su análisis por medio del “*Programming of bills*” y las “*Programme orders*” que se dictan en su consecuencia, estableciéndose, por ejemplo, el tiempo de duración de los testimonios que se presentarán en las audiencias ante las comisiones y se determina el tipo de comisión al cual el proyecto será enviado.
5. Por cada proyecto de ley pública, se forma una *Public Bill Committee*, que se disuelve una vez concluida la tarea, salvo en aquellos casos en los cuales el proyecto es tratado en la Comisión de la Cámara en Pleno⁴⁷. Pueden estar funcionando,

47. Las clases de proyectos analizados en los *Committees of the Whole House* son los siguientes: (a) los *uncontroversial bills*, es decir, los que no presentan controversias; (b) los proyectos de gran urgencia (*bills of great urgency*), y (c) los proyectos de primera importancia constitucional (*bills of first class constitutional importance*), una categoría empleada

a la vez, tantas comisiones como proyectos de leyes se estén analizando; con amplias facultades para recabar información, solicitar documentos y ordenar la citación de testigos. Es habitual que en cada *Public Bill Committee* haya un ministro del gobierno.

Las Comisiones pueden modificar el proyecto de ley, en la medida en que sea relevante para el objeto que este persigue; pero pueden recibir instrucciones de cómo proceder en el análisis de aquel y, en particular, sobre el modo de tratar las enmiendas que se le introduzcan, especialmente si estas son ajenas al contexto general del proyecto. Los *Public Bill Committees* y los *Committees of the Whole House* sólo reciben instrucciones no vinculantes.

6. Finalizada la tarea en Comisión, tiene lugar la *report stage*. Se realiza un informe al pleno del *House* sobre el resultado obtenido. En esta etapa, el proyecto de ley es revisado como un todo y no cláusula por cláusula. Pueden proponerse enmiendas, pero la selección de estas es más estricta, y el Speaker puede rechazar las que pretendan volver sobre asuntos ampliamente debatidos en la comisión, a menos que los MP del gobierno hayan dejado abierta esta posibilidad.
7. La tercera lectura es un repaso general del proyecto tal como está; y solamente pueden plantearse enmiendas en forma verbal. Si se planteara otro tipo de enmiendas se revoca la orden para llevar a cabo la tercera lectura y se reenvía el proyecto a comisión, pero ello ocurre en muy pocas ocasiones. Resueltas estas cuestiones, se plantea la moción de que el proyecto sea aprobado.

Con los mismos pasos procedimentales antes señalados, tres son las diferencias al ingresar el proyecto en el *House of Lords*:

desde 1945, pero que hasta ahora no tiene una definición formal. En dicho supuesto la presidencia la ejerce el “*Chairman of Ways and Means*”, es decir, el *Speaker* Adjunto (*Deputy Speaker*), que es el segundo funcionario en orden jerárquico del *House*.

- a. Los proyectos son analizados, básicamente, en la Comisión de la Cámara en pleno (*Committee of the Whole House*) o en un *Grand Committee*.
- b. El *Lord Speaker* no elige las enmiendas propuestas, y en tanto sean relevantes para el proyecto, todas las enmiendas propuestas son tratadas, aun cuando ya hayan sido discutidas en una etapa anterior del procedimiento.
- c. No existe en el House of Lords el *programme procedure* o “guillotina”.

El *House of Lords* tiene ciertas limitaciones consistentes en: (i) bajo ciertas condiciones no puede vetar los denominados “*money bills*” (proyectos de ley que tengan que ver con impuestos, deuda pública y recursos financieros públicos en general), conforme la *Parliament Act de 1911* con algunas modificaciones de la *Parliament Act de 1949*; y (ii) los “*manifesto bills*” (aquellos incluidos en la plataforma electoral del partido gobernante) tendrán una segunda lectura; pero no estarán sujetos a enmiendas que alteren sus principios (*wrecking amendments*) y el *bill* será aprobado y enviado al *House of Commons*.

Como otra muestra de la condición única del sistema británico, en caso de desacuerdo entre los proyectos aprobados por ambos *Houses*, las Cámaras intentan reducir sus diferencias al considerar las enmiendas introducidas por la otra; pero a la vez insisten en su proyecto, en una suerte de juego de ping-pong, tal como señala el autor. No existe un límite legal ni reglamentario en ello, sin perjuicio de lo cual, en la práctica, el reenvío no se lleva más allá de la doble insistencia de cada *House*, ya que alguna de ellas desiste de sus enmiendas. Si ello no sucediere, el proyecto no se sanciona⁴⁸.

48. Nuestra Constitución Nacional establece que, en caso de desacuerdo entre los proyectos sancionados por la Cámaras de Diputados y Senadores, si fueron aprobados por las mismas mayorías, prevalece el proyecto de la Cámara de Origen, luego de un sistema de tres pasos conforme la reforma de 1994 (art. 81). No habiendo seguido tampoco a la Constitución de los Estados Unidos de América en este punto, que prevé la formación de una comisión bilateral para salvar las diferencias, tal como señala el Dr. Bianchi, el sistema favorece al Poder Ejecutivo y conspira contra el bicameralismo. Ello, máxime, si se considera adicionalmente el acuerdo entre ambas

Desde 2008 el Parlamento realiza de un modo más sistemático el escrutinio poslegislativo, designando comisiones para dicha tarea.

A esta altura, convertida ya en una suerte de síntesis, corresponde reiterar las disculpas del caso por no haber encontrado un modo menos extenso de efectuar la reseña de *El Parlamento...* pero que intenta reflejar la importancia de la obra en materia parlamentaria.

En particular, en lo que se refiere al procedimiento de formación y sanción de las leyes, espero, sí, que a través de estas brevísimas anotaciones sobre el *iter* legislativo se tome cabal dimensión de la monumental obra del Dr. Alberto Bianchi, la cual pone en negro sobre blanco y nos evidencia un sistema focalizado en representar y legislar cada vez mejor a los ciudadanos ingleses.

Desde la acción legislativa, se verifican la integralidad y coordinación en el tratamiento de los proyectos de ley, sin compartimentos estancos, conforme comisiones específicas; el uso eficiente y planificado del tiempo por medio de la programación del trabajo a realizar; un sistema de triple lectura que garantiza la mayor deliberación posible; legislación basada en el conocimiento informado; y la evaluación previa de los proyectos y posterior de las normas sancionadas en términos de resultados. Ello, acompañado con la faz estática del Parlamento que acompaña tales fines, tal como fuera verificado al revistar el Capítulo III.

Y no es que el Parlamento del Reino Unido no reciba críticas por la baja asistencia al recinto, que no supera el 1 o 2 % del total; o que no existan problemas en el sistema de fijación de las dietas de los MP y su falta de transparencia, con un gran escándalo en el año 2009; o que su presupuesto no sea insignificante en comparación al de la administración. Tales aspectos no escapan al análisis de *El Parlamento...*

Cámaras de fecha 26 de octubre de 1995, que interpreta el art. 81 de la Constitución Nacional, que dispone que cuando el proyecto vuelve a la Cámara de origen con modificaciones introducidas por la Cámara Revisora, aquélla puede –con las mayorías adecuadas– aprobar o desechar la totalidad de dichas modificaciones o aprobar algunas y desechar otras.

En “Notas sobre el Derecho Parlamentario argentino”⁴⁹, el Dr. Bidegain señalaba que la diferencia entre nuestra actitud y la de los ciudadanos ingleses y norteamericanos se encuentra en las reacciones que siguen a los lamentos. Precisaba Bidegain: “(...) después de la denuncia, nosotros nos dedicamos a otras cosas”.

Más allá de la faz histórica, en los últimos tiempos el Parlamento del Reino Unido se ha dedicado a cambiar. *El Parlamento...* justamente lo verifica, y nos trae algunos ejemplos de esa constante tarea:

- Las resoluciones del *House of Commons* y del *House of Lords*, del 15 de noviembre de 2001 y 11 de mayo de 2000, respectivamente, sobre el *sub judice rule* y la libertad de expresión.
- Párrafos 15 - 47 del Informe del *Joint Committee on Parliamentary Privilege* de 2013 sobre la *exclusive cognisance* y sus alcances.
- *The Cabinet Manual* de 2011 sobre las relaciones entre el Parlamento y la rama ejecutiva.
- La *deferred divisions* puesta en práctica en el año 2004 a propuesta de una Comisión de Modernización del año 2000.
- La creación de los llamados *backbenches business*, a través del *Backbench Business Committee* para dar mayor participación a los MP; llamémoslos rasos.
- Creación de la *Independent Parliamentary Standards Authority* (IPSA) por medio de la *Parliamentary Standards Act 2009*, que culmina un proceso iniciado en 1970 para que la fijación de la dieta de los MP sea realizada por terceros independientes, o que al menos asesoren en la tarea.
- Instauración del escrutinio pre-legislativo por parte de la Comisión de Modernización en 1997.
- En 2004, la regulación de la asignación del tiempo de tratamiento de un proyecto de ley de un modo más objetivo a través de las *Programme Orders*, como complemento a las *allocation of time orders*, más conocidas como “guillotinas”, en las

49. En *Anales*, Buenos Aires, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Volumen: XIX, 1990, pp. 659-668.

cuales sólo se fijaba el tiempo que el debate de un asunto debía durar.

- Revisión en 2006 por medio de una Comisión Conjunta sobre Convenciones de la *Salisbury Convention 1945*.
- Desde el año 2008, introducción sistemática del escrutinio poslegislativo, por iniciativa de la Comisión de Modernización del *House of Commons* y de la Comisión de Asuntos Constitucionales del *House of Lords* y de la *Law Commission*.

Al inicio de la obra, el Profesor Bianchi reconoce que el sistema británico no tiene una influencia directa en nuestras instituciones y, si tiene, es magra⁵⁰.

A pesar de haber introducido la figura del jefe de gabinete y alterado en algunos aspectos la estructura y el funcionamiento del Congreso Nacional, existe un consenso unánime respecto a que el resultado de la reforma constitucional de 1994 fue deficitario en términos de aumentar el rol del Congreso y disminuir el hiperpresidencialismo declamado. Efectivamente, a poco que se repase la historia del Congreso de la Nación Argentina, su organización y funcionamiento, y el procedimiento para la formación y sanción de leyes, fácilmente se puede concluir que el Poder Legislativo debe cambiar para mejorar la calidad de la representación de los legisladores, actualizarse para enfrentar la creciente complejidad e innovación de un mundo en rápida y permanente transformación; y perfeccionar así nuestro sistema democrático constitucional.

Es evidente que el sistema parlamentario inglés es sustancialmente diferente al argentino, incluso siguiendo un sistema presidencialista como el de los Estados Unidos de América, habrá que considerar lo ya dicho por nuestra propia Corte Suprema en *Contra el Dr. Leandro N. Alem y el Dr. Mariano M. Candiotti, por rebelión contra el Gobierno Nacional (1893)*, en cuanto a *las razones peculiares de nuestra propia sociabilidad y motivos de alta política* en cuestiones parlamentarias⁵¹.

50. Cfr. *El Parlamento...*, ob. cit., p. 1.

51. *Fallos*: 54:432 (1893).

Pero sin dudas, el Derecho Parlamentario inglés es fuente indirecta del Derecho Parlamentario argentino, y en ese sentido la obra aquí reseñada resulta imprescindible para la obligación de repensar nuestras instituciones aquejadas de un hiperpresidencialismo agobiante.

Al estudiar justamente el sistema británico, y cómo pueden contribuir las leyes a formar las costumbres, los hábitos y el carácter de una nación, ya Montesquieu nos decía que “las costumbres de un pueblo esclavo son parte de su esclavitud; las de un pueblo libre son parte de su libertad”⁵².

En esta obra única, el Dr. Alberto Bianchi nos ha iluminado con las mejores prácticas inglesas en materia parlamentaria, logradas a partir de un lento y doloroso proceso de gestación⁵³. Ya no existen excusas para que el Derecho Parlamentario argentino emprenda su definitiva tarea de evolución y adaptación a los nuevos tiempos.

Tal vez, además del aporte y la importancia ya señalados, ese sea el mayor valor de *El Parlamento...*

52. Montesquieu, Charles, *El espíritu de las leyes*, Buenos Aires, RP Centro Editor, 2010, p. 258.

53. Cfr. *Historia...*, ob. cit., p. 287.

RECENSIÓN

SANTIAGO, Alfonso (h), *La libertad de expresión como libertad preferida. La libertad de expresión de los legisladores, periodistas, ciudadanos, entidades educativas y docentes*, Ciudad de Buenos Aires, Ábaco, 2021, 188 pp.

MARÍA VERÓNICA NOLAZCO¹

El Dr. Alfonso Santiago, de extensa trayectoria académica tanto en el ámbito nacional como en el internacional, ha presentado recientemente su última obra: *La libertad de expresión como libertad preferida. La libertad de expresión de los legisladores, periodistas, ciudadanos, entidades educativas y docentes*, en homenaje al Dr. Gregorio Badeni, reconocido constitucionalista argentino y gran defensor de la libertad de expresión.

El libro es un análisis completo, pormenorizado y novedoso del contenido y las proyecciones concretas que tiene la libertad de expre-

1. Abogada (Diploma de Honor), por la Pontificia Universidad Católica Argentina (2010). Bachiller en Leyes (LLB), por la Universidad de Londres (2013). Máster en Derecho (LLM) por la Universidad Austral (2021 - tesis pendiente). Investigadora del Centro de Estudios para la Ciudadanía - CIVES, de la Universidad de Palermo (2021). Profesora adjunta en el Seminario de Historia del Derecho en la carrera de Abogacía de la Universidad Austral (2021). Coordinadora académica de los encuentros para alumnos y graduados de posgrado "Fallos-Desafíos-Corte Suprema" de la Universidad Austral (2021). Correo electrónico: mvnolazco@mail.austral.edu.ar.

sión en la vida de una democracia constitucional. Cabe afirmar que es completo, porque estudia el ejercicio de la libertad de expresión de los principales actores que conforman una sociedad: los legisladores como representantes del pueblo, los periodistas y medios de comunicación como formadores de la opinión pública, los ciudadanos como partícipes necesarios para un adecuado funcionamiento del sistema democrático y las entidades educativas y los docentes, en la misión formativa de las futuras generaciones. Además, es pormenorizado porque recopila la jurisprudencia más relevante en la materia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde el año 1983 hasta la actualidad y toda la jurisprudencia de la Corte IDH desde su constitución hasta nuestros días. Y es novedoso porque en los últimos capítulos desarrolla el derecho al ideario en las instituciones de inspiración religiosa y la libertad de cátedra de los centros educativos y los docentes, con la propuesta de trasladar por analogía muchos de los principios y estándares establecidos por la jurisprudencia constitucional y convencional en relación con la libertad de expresión.

Con el objetivo de profundizar acerca de este derecho humano fundamental, en el Capítulo I realiza una interesante comparación entre el régimen jurídico de la libertad de expresión de los legisladores², con la creciente protección de la libertad de expresión, en asuntos de interés público, de los medios de comunicación, periodistas y ciudadanos en general. En este sentido, sostiene que, si bien el fundamento es el mismo, “permitir una amplia circulación de la información y un debate robusto, sin trabas ni inhibiciones como base necesaria de una convivencia democrática”³, es posible establecer algunas diferencias claras en relación con el contenido y alcance de cada régimen jurídico.

En cuanto a la inmunidad de expresión de los legisladores, el profesor resalta que la misma surge directamente del artículo 68 de

2. La inmunidad alcanza tanto a diputados como a senadores nacionales y se extiende también al Defensor del Pueblo en virtud del art. 86 de la Constitución Nacional.

3. Santiago, Alfonso (h), *La libertad de expresión como libertad preferida. La libertad de expresión de los legisladores, periodistas, ciudadanos, entidades educativas y docentes*, Ciudad de Buenos Aires, Ábaco, 2021, p. 38.

la Constitución Nacional, reconoce su origen histórico en la tradición parlamentaria inglesa y tiene un carácter cuasi-absoluto⁴. En cambio, la protección de la libertad de expresión en cuestiones de interés público establecida en favor de los medios de comunicación, periodistas y ciudadanos en general, en su armonización con otros derechos humanos, tales como el honor y la intimidad, tiene límites más precisos: las declaraciones deben estar referidas a cuestiones o figuras públicas, no deben inmiscuirse en la intimidad de otra persona, ni mencionar a menores, ni pueden ser consideradas insultos o expresiones de odio, ni herir de modo directo sentimientos religiosos.

Una mención especial merece el análisis que realiza el autor en este Capítulo I acerca de la protección propia y específica de los periodistas, en relación con el secreto de fuentes de información periodística, consagrada en el artículo 43, inc. 3° de la Constitución Nacional. En este tema, el autor sigue a Manuel García-Mansilla, quien, con fundamento en los principios constitucionales, la jurisprudencia norteamericana (en particular, el caso de *Los Papeles del Pentágono*⁵), y el criterio fijado en *Santoro*, sostiene que no se puede perseguir penalmente a un periodista por el delito que cometa su fuente de información ni tampoco obligarlo a divulgar su fuente⁶.

Luego, el autor ocupa los siguientes Capítulos II y III en analizar las principales sentencias de la Corte Suprema argentina y de la Corte IDH, respectivamente, relacionadas con la libertad de expresión de los medios de comunicación y los periodistas, los que en su impor-

4. Desde sus inicios, la Corte Suprema ha señalado que esta inmunidad debe interpretarse en el sentido más amplio y absoluto, porque si hubiera un medio de violarla impunemente, éste se emplearía con frecuencia por los que intentaren coartar la libertad de los legisladores, dejando burlado su privilegio y frustrada la Constitución en una de sus más sustanciales disposiciones [*Fiscal c/ Benjamín Calvete* (1864), *Fallos*: 1:297].

5. *New York Times v. United States*, 403 US 713 (1971).

6. Cfr. García-Mansilla, Manuel, "Secretos de Estado vs. Libertad de expresión", en AA. VV., *Tratado de los derechos constitucionales*, T. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014 y García-Mansilla, Manuel, "La protección constitucional del secreto de fuentes de información periodística y la persecución penal a periodistas en la República Argentina. Algunas reflexiones sobre el fallo «Santoro»", LL, Suplemento de Derecho Constitucional, febrero de 2021. Cita online: TR La Ley AR/DOC/394/2021.

tante tarea de informar y opinar acerca de los temas de interés público, en el último tiempo, han acrecentado su participación en el debate público. Si bien este régimen específico de protección de la libertad de expresión está fundado en textos constitucionales⁷ y convencionales⁸, tiene un régimen de carácter jurisprudencial que obliga al estudio de la jurisprudencia nacional y regional en esta materia⁹.

Como se ha dicho anteriormente, el Capítulo II está dedicado a la jurisprudencia nacional, que es estudiada por Santiago en tres etapas diferentes¹⁰. Puede apreciarse en todas ellas el progresivo desarrollo que efectúa la Corte Suprema en aras de la tutela amplia de la libertad de expresión, siendo que “no sólo es una exigencia de la dignidad de la persona humana, sino que cumple con un rol fundamental para la vida democrática de un país”¹¹.

Del primer período, que comprende desde el año 1983 hasta 1990, el autor destaca el inicio de la doctrina *Campillay*¹² y los casos *Balbín*¹³, *Costa*¹⁴ y *La Prensa*¹⁵, donde la Corte Suprema comenzó a fijar pautas interpretativas en casos conflictivos en los que estaban en juego la libertad de expresión con el derecho a la intimidad, el derecho al honor y el sistema de control de precios como medio indirecto de afectación de los derechos reconocidos.

7. Artículos 14, 32 y 33 de la Constitución Nacional.

8. A partir de la reforma de 1994, en el art. 75, inc. 22, se ha otorgado jerarquía constitucional a diversos Tratados de Derechos Humanos que también protegen la libertad de expresión, a saber: el art. 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

9. *Ibidem*, ob. cit. 23, p. 22. El nuevo Código Civil y Comercial, a la hora de regular las responsabilidades especiales, no trató la responsabilidad civil de los medios periodísticos, sino que incorporó el art. 1771 sobre la acusación calumniosa.

10. Las etapas se corresponden con el criterio seguido en una obra colectiva dirigida por el autor: Décima etapa (1983-1990), Undécima etapa (1990-2003) y Duodécima etapa (2004 hasta nuestros días). Santiago, Alfonso (director), *Historia de la Corte Suprema argentina*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2015.

11. Santiago, ob. cit., p. 41.

12. *Fallos*: 308:789 (1986).

13. *Fallos*: 306:1892 (1984).

14. *Fallos*: 310:508 (1987).

15. *Fallos*: 310:1715 (1987).

En cuanto al período comprendido desde 1990 hasta 2003, el autor analiza, entre otros, los fallos *Ekmekdjian c/ Sofovich*¹⁶, *Petric*¹⁷, *Rozenblum*¹⁸, *Servini de Cubría*¹⁹, *S., V.*²⁰, *Morales Solá*²¹ y *Menem*²², en los que la Corte Suprema establece la superioridad normativa de los tratados sobre las leyes, la operatividad del derecho a réplica, la prohibición de la censura previa y desarrolla aún más la doctrina de la real malicia iniciada en el período anterior, para el caso de figuras públicas o temas de marcado interés público, extendiéndola a los casos de responsabilidad penal.

En relación a la última etapa, es decir, el período que va desde 2004 hasta la actualidad, el profesor examina importantes fallos en los que se fijan nuevos criterios y pautas para la doctrina jurisprudencial en materia de responsabilidad civil de los medios de comunicación y periodistas, la doctrina de la real malicia, el tratamiento de fuente anónima, las opiniones vertidas por el autor de un artículo que no tiene relación de dependencia con el medio periodístico, la prohibición de noticias relacionadas con menores, la distribución de la publicidad oficial, la constitucionalidad de la Ley N° 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, la responsabilidad de los buscadores de internet y la crítica satírica, entre los cuales se destacan: *Patitó*²³, *Canicoba Corral*²⁴, *Vergara*²⁵, *García*²⁶, “*Sciammaro*²⁷,”

16. Cfr. *Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros* (1992), Fallos: 315:1492.

17. Fallos: 321:885 (1998).

18. Fallos: 321:2314 (1998).

19. Fallos: 315:1943 (1992).

20. Fallos: 324:975 (2001).

21. Fallos: 319:2741 (1996).

22. Fallos: 321:2848 (1998).

23. Fallos: 331:1530 (2008).

24. Fallos: 336:1148 (2013).

25. Fallos: 331:162 (2008).

26. Fallos: 342:2155 (2019).

27. Fallos: 330:3685 (2007).

*Editorial Río Negro*²⁸, *Clarín*²⁹, *Rodríguez*³⁰, *Gimbutas*³¹, *Paquez*³² y *Pando*³³.

Luego, en el Capítulo III, el autor pasa revista de todas las sentencias de la Corte IDH desde su constitución hasta la actualidad en relación con la libertad de expresión. A partir de la lectura de este capítulo surge la amplia interpretación que ha dado la Corte IDH, basada en el artículo 13 de la CADH, que comprende tanto la libertad de pensamiento como la libertad de expresión. Así las cosas, la libertad de expresión es considerada por la Corte IDH desde una perspectiva bidimensional: en su dimensión individual, entendida como el derecho de cada individuo a no ser arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y, en su dimensión social, como un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

Asimismo, Santiago estudia en este Capítulo III la Opinión Consultiva OC-5/85, referida a la incompatibilidad de la colegiación obligatoria de periodistas con la CADH. En esta oportunidad, la Corte IDH perfiló el alcance preciso de la libertad de expresión, al manifestar que es una *conditio sine qua non* “para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. (...) Es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre”³⁴. En particular, es dable destacar aquí el estándar fijado por la Corte IDH en las tres sentencias en las que intervino el Estado

28. Fallos: 335:2090 (2012).

29. Fallos: 336:1774 (2013).

30. Fallos: 337:1174 (2014).

31. Fallos: 340:1236 (2017).

32. Fallos: 342:2187 (2019).

33. Fallos: 343:2211 (2020).

34. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, 13/11/1985, Serie A, No. 5, párr. 70, disponible en la página *web* oficial: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf. (consultado el 10/10/2021).

argentino (*Kimel*³⁵, *Fontevicchia*³⁶ y *Mémoli*³⁷): la libertad de expresión no es un derecho absoluto, si bien no puede estar sujeto a previa censura, pueden establecerse por ley responsabilidades ulteriores siempre que sean necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o la reputación de los demás o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral públicas.

A continuación, Santiago cambia el eje del análisis y de un modo novedoso se ocupa en el Capítulo IV del derecho al ideario en las instituciones de gestión privada de inspiración religiosa. En los últimos años, se han incorporado distintas prácticas médicas, contenidos educativos y disposiciones jurídicas de carácter estatal que contrarían los valores fundantes de muchas instituciones de inspiración religiosa, por lo que resulta de gran utilidad un trabajo de investigación en este sentido.

El derecho al ideario es presentado como un derecho implícito, de base constitucional y convencional, fundado en el derecho a la libre asociación con fines útiles, en la libertad religiosa, en la libertad de enseñanza y también en la libertad de expresión. Como tal, debe ser reconocido y respetado no sólo por parte de sus integrantes sino por todos los actores jurídicos, ya que es fundamental para la existencia del pluralismo social, cultural y religioso que hace a la riqueza y diversidad de una sociedad democrática. En este orden de ideas, el autor toma el concepto elaborado por el Derecho Comparado europeo y califica a este tipo de organizaciones como “instituciones en tendencia”³⁸, por estar orientadas a la promoción y difusión de su

35. Caso *Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 2/5/2008, Serie C, N° 177. La Corte IDH entendió que existían importantes imprecisiones con respecto a la libertad de expresión, lo que derivó al año siguiente en la modificación del Código Penal argentino para adaptar la tipificación de los delitos de calumnias e injurias a los estándares que surgen de la jurisprudencia interamericana.

36. Caso *Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 29/11/2011, Serie C, N° 238.

37. Caso *Mémoli vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 22/8/2013, Serie C, N° 265.

38. De Sanctis Ricciardone, A., “Licenziamento di una scuola privata (prime note in materia di imprese di tendenza)”, *Giurisprudenza Italiana*, I, senz II, 1975, p. 904.

ideario. Luego de un profundo análisis, resalta la importancia de modelar o adaptar las normas y principios generales del ordenamiento jurídico a la realidad concreta y específica de esta clase de organizaciones.

Por último, desarrolla en el Capítulo V la libertad de cátedra como la facultad con que cuentan los profesores de los centros educativos para exponer con plena libertad sus puntos de vista en sus enseñanzas y publicaciones científicas, sin sufrir censuras previas o sanciones directas o indirectas posteriores por el hecho de no ser compartidas por las autoridades, la opinión pública o un determinado grupo social³⁹. En este sentido, Santiago destaca la fuerte vinculación que existe entre la libertad de cátedra con la libertad de pensamiento, la libertad de enseñanza y la libertad de expresión, pilares de una sociedad abierta y democrática y presupuesto para que se pueda llevar a cabo la tarea de investigación y docencia propias de la vida académica. Es por ello que propone establecer para la libertad de cátedra una doctrina jurídica similar a los criterios y estándares constitucionales y convencionales fijados para la libertad de expresión analizada en los capítulos anteriores.

Los Capítulos IV y V de la obra, además de ser originales en un trabajo de investigación referido a la libertad de expresión, despiertan una inquietud muy fuerte hoy en día en Argentina ante recientes ataques, limitaciones, y amenazas sufridas por distintas instituciones de inspiración religiosa, médicos y docentes. A la hora de expresar sus convicciones y su opinión en temas de interés público o ejercer su profesión, se han visto condicionados, poniendo en peligro la libertad de expresión protegida por nuestra Constitución y la CADH⁴⁰.

39. Santiago, ob. cit., p. 176.

40. En particular, me refiero al art. 11 de la Ley N° 27.610 de Interrupción Voluntaria del Embarazo (BO 15/1/2021), que obliga a los establecimientos de salud que no cuenten con profesionales para realizar la interrupción del embarazo a causa del ejercicio del derecho de objeción de conciencia a disponer la derivación a un efector que realice efectivamente la prestación, cubriendo los costos asociados a la derivación y el traslado de la paciente. De este modo, la ley obliga a los médicos y centros de salud privados a ser partícipes de la interrupción de un embarazo aún en contra de sus convicciones y el ideario de la institución. Asimismo, el art. 13 de la misma ley impone

En suma, la libertad de expresión, particularmente en asuntos de interés público, es presentada por el autor como una libertad “preferida” que exige una protección muy particular en un Estado de Derecho. Puede apreciarse en todo momento de la obra, la centralidad y trascendencia de este derecho humano fundamental, tanto en su dimensión individual como en su dimensión social. Sin una efectiva garantía de la libertad de expresión, recuerda, se debilita el sistema democrático y sufren quebranto el pluralismo y la tolerancia; los mecanismos de control y denuncia ciudadana pueden volverse inoperantes y, en definitiva, se crea un campo fértil para que arraiguen sistemas autoritarios⁴¹.

A pesar de la profundidad con la que se desarrollan los temas, la obra está escrita en un lenguaje claro y sencillo, de manera tal que es accesible para todos. Asimismo, abarca más de lo que su título indica, ya que no sólo se estudia la libertad de expresión, sino que se la investiga en relación con otros derechos humanos fundamentales. Por todo lo expuesto, cabe concluir que la lectura del libro es altamente recomendable no sólo para especialistas en Derecho Constitucional y en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino para todas aquellas personas interesadas en conocer el alcance y contenido de la libertad de expresión en Argentina.

la capacitación sobre perspectiva de género y diversidad sexual para todos los docentes a fin de brindar atención, contención y seguimiento adecuados a quienes soliciten realizar una interrupción voluntaria del embarazo, aún en contra de sus convicciones religiosas personales.

41. Caso *Ríos y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28/1/2009, Serie C, N° 194.

PARTE IV
DOCUMENTOS

IN MEMORIAM DR. HÉCTOR H. HERNÁNDEZ (H) PREDICAR Y MORIR POR LA ARGENTINA

LEANDRO MORFÚ¹

Enorme proeza representa para este discípulo mediocre intentar tributar un merecido homenaje a la memoria del entrañable Maestro y Amigo Don Héctor Humberto Hernández; aguerrido, incansable y valiente defensor y predicador de sus grandes Amores: Cristo, la Iglesia, la Patria, la familia y el Derecho.

Sin embargo, aun reconociendo que todo lo que podamos escribir sobre este Criollo Quijote Tomista seguramente resulte mezquino ante semejante Patriota, de todas maneras, haremos correr el lápiz a fin de elevar una oración filial y un profundo agradecimiento a quien nos ha desasnado, siempre con humildad, paciencia y fervor, sobre la verdadera misión del abogado: la búsqueda permanente, es decir, a horas y a deshoras, de la justicia.

De las muchas facetas sobre las que podríamos reflexionar acerca del Dr. Hernández, hemos preferido detenernos en la del Maestro, cuya indiscutible autoridad no solo se fundaba en su preclara solidez y originalidad doctrinal, sino también en la autoridad moral de la que resultaba acreedor por haber librado el buen combate en muchas de las grandes batallas en defensa de los valores e instituciones fundantes de nuestra Argentina, a la que tanto amaba y por la que tanto se

1. Abogado (Universidad Fasta). Docente en las cátedras Filosofía del Derecho (Fasta) y Contratos Civiles y Comerciales (UBA). Doctorando en Ciencias Jurídicas (UCA). Correo electrónico: leandromorfu@ufasta.edu.ar.

dolía: la primacía de Dios y la constitutiva tradición católica e hispánica del ser argentino, el matrimonio y la familia, la vida del niño por nacer, la soberanía nacional, la reivindicación permanente de la Gesta de Malvinas, la defensa del Derecho Penal, entre otras tantas.

Es en razón de este noble y valeroso itinerario por el que entendemos que al profesor Hernández también corresponde aplicarle la sentencia que él mismo le dedicaría al mártir Carlos Sacheri: “Predicar y morir por la Argentina”. Pues esto fue su vida, tanto como abogado, defensor oficial, juez subrogante, académico, docente y conferencista, como así también como amigo, consejero y confidente. Como prolífico autor que solía cerrar sus trabajos y presentaciones con el sello del *Pro Patria ad Deum*. En definitiva, como Maestro.

Y como un Maestro que gastó hasta las últimas horas de su vida al servicio del Bien y de la Verdad, acercando a sus alumnos y discípulos (y a todo aquel que se le arrimara en búsqueda de su sabiduría) en forma amena, llana, original y profunda a los grandes baluartes del pensamiento occidental –destacando, entre ellos, a Platón, Aristóteles, Santo Tomás de Aquino y Francisco de Vitoria– y a las grandes lumbreras del nacionalismo católico argentino: Carlos Sacheri, Julio Meinvielle, Tomás Casares, Guido Soaje Ramos, Leonardo Castellani; por nombrar solo a algunos de los referentes que habían forjado su fecundo apostolado intelectual.

Pero su inmenso magisterio no se limitaría solamente a exponer la doctrina de sus Maestros, sino también a iluminar a quienes hemos tenido el privilegio de haber compartido parte de sus clases y de sus numerosísimas conferencias en los principios y fundamentos esenciales para todo abogado bien nacido que se propusiera en serio honrar su profesión, sea cual fuere el ámbito a ejercerla. En efecto, a esto responden sus enseñanzas sobre el Derecho Natural, la intrínseca naturaleza sociopolítica del Derecho, la fundamentación de éste en el valor (es decir, en el bien), el bien común político, la centralidad de la persona humana fundada en su dignidad inalienable, la natural socio-jurídico politicidad del hombre, la bondad intrínseca de la comunidad política y su papel esencial en pos de la realización de la persona, la defensa de la concepción solidarista *ius naturalista* del Derecho; como también su crítica al “garantismo abolicionista” (término forjado por él mismo), al liberalismo y a tantas otras posiciones divergentes.

Ahora bien, cabe destacar que estos contenidos esenciales no solo los transmitiría desde un singular y permanente fervor –fácilmente perceptible cuando se lo escuchaba y cuando se lo leía–, propio de quien se sabe estar cumpliendo con el deber de la hora; sino que también iluminaba a través de oportunos y pedagógicos ejemplos e imágenes que le posibilitaban al alumno incorporar las verdades que enseñaba, tan caras a su vida. Al respecto, cabe recordar, entre sus ocurrentes remisiones, el ejemplo de la fiesta, el del micro que se desbarrancó, el cuento de Tomasito el liberal, el ejemplo de la asociación científica, el cuento del muerto que apareció vivo, la crónica del puñetazo en la mesa familiar, la historia de la señora pisoteada en el aeropuerto de Fiumicino, y la tan original radiografía del así llamado “hombre jurídico”; sin dejar de mencionar sus permanentes analogías futboleras y la remisión y glosa constante del *Martín Fierro* para ilustrar temáticas jurídico filosóficas.

Pues bien, como dijimos al comienzo de estos renglones, pobre es lo que hemos podido expresar acerca de este fiel apóstol enamorado de Cristo y de su Patria, ya que hemos dejado afuera de esta reflexión un sinnúmero de méritos y aportes del querido Héctor Hernández. Sin embargo, nos encomendamos a la misericordia del lector en razón de que hemos querido circunscribirnos al Dr. Hernández que más hemos conocido: el lúcido, provocador, humilde y dedicado profesor universitario, quien no distinguía a la hora de preparar sus clases o conferencias entre un auditorio repleto y un salón poblado apenas por un solo alumno.

Tengo la gracia de poseer la certeza de que, en ambos casos, el esmero y la dedicación antes y durante la disertación era exactamente el mismo. O tal vez mayor en el segundo caso.

Muchas gracias, Héctor, que descanse en Paz.

RECUERDOS DE MI PADRE¹

MARTÍN CARLOS BIDEGAIN²

Un querido amigo de papá, Guillermo Schinelli, me pidió hace unos días que escribiera una semblanza de él para publicar en un cercano evento en el que lo recordarán sus colegas a cinco años de su muerte.

¿Qué puedo contarles? Tarea difícil para mí. Hace días que la vengo postergando. Mi mente divaga y no logra ordenar un relato... Me acabo de mirar en un espejo y noto mi asombroso parecido con papá: le agradezco estar presente.

Ocurre algo curioso. Si bien soy bastante agnóstico, me pregunto si será él que vie-



1. Esta nota fue originalmente publicada en el suplemento de *El Derecho – Constitucional*, octubre 2021 - Número 10, en fecha 26-10-2021. Cita Digital: ED-MMXL-VI-65. Dicha edición estuvo destinada a homenajear y recordar al profesor Bidegain, a cinco años de su fallecimiento, y fue producto de un esfuerzo mancomunado entre las autoridades de la editorial y los miembros y amigos del Centro de Derecho Constitucional. Agradecemos al director del suplemento, Eugenio L. Palazzo, y a Martín Carlos Bidegain, que han permitido su reproducción en *FORUM: Revista del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*.

2. El autor es hijo del profesor Carlos María Bidegain. Correo electrónico: mbi-degain1@gmail.com.

ne a mi ayuda cuando, revisando el contenido de su tablet, encuentro algunos de sus escritos y reflexiones.

Me asombro. Describen en forma sintética todo lo que yo no sé expresar: sus sentimientos sobre el amor, el trabajo, la naturaleza, la muerte y la trascendencia. Me entusiasmo y emociono. ¿Qué más hace falta para describir a mi padre en profundidad?

No sin preguntarme reiteradamente si hago bien en mostrar sus papeles íntimos, comparto estos escritos que vuelvo a disfrutar al releerlos. Él nos mostrará ahora su faceta más humana, más allá de su actividad profesional y que, todos ustedes, conocen mejor que yo:

LAS ADIVINANZAS

Contemplo en la noche el cielo entorchado
y se me ocurre jugar
el viejo juego de las adivinanzas, e interrogo:
¿seguirán siendo allá, para mí,
la flor, el árbol, el pájaro,
la caricia del aire:
el perro, el caballo, el gato, los prados verdes;
el río sinuoso, la montaña,
la lluvia afuera y adentro los leños crepitantes;
el mar, la ola, la barca pescadora;
la mañana y la noche,
el frío cediendo a la tibieza del abrigo,
y el calor a la brisa;
el trabajo alegre y luego la bebida fresca;
la ilusión, renovada una y otra vez,
nunca perdida;
la risa de los niños, su inocencia,
la música, la lectura,
y el amor...
la novia, la esposa, los hijos, los padres,
los amigos;
el lento despertar en la mañana,
y en la noche, la promesa del sueño?
Sin todo esto, y mucho más, que aquí se nos ha dado,

“RECUERDOS DE MI PADRE”

¿será tan feliz estar en el cielo, como dicen?
Y en la noche.

Firmado: “Don Gregorio, 24/3/1985” (escrito durante una de sus tantas estadías en la casa de campo de mi madre, donde él se reunía en vacaciones y fines de semana con su familia y amigos).

Más reflexiones de mi padre:

SERÉ ETERNO

Tengo gotas de sangre,
células cerebrales,
cadenas de la herencia que llevarán la impronta
de tantos otros, conocidos y desconocidos,
que he recibido, portado y transferido.
Así seguirán viajando
hasta el fin de los siglos;
seré eterno.

“Don Gregorio, 17/1/1986”

Y, para terminar, comparto con ustedes esta última reflexión:

MORIR EN PRIMAVERA

Quisiera morir en primavera,
bebiendo hasta el fondo la copa de la vida,
cerrando los ojos poco a poco,
la luz entrando a través del tul de las pestañas,
sintiendo la tibieza del sol en la mañana
e imaginar la música del campo (porque no oigo bien).
Es pedir mucho, lo comprendo,
pero ¿quién sabe?

“Buenos Aires, 13/3/1996”

Veinte años después de haber escrito estas líneas, papá murió el día de la primavera, el 21 de septiembre de 2016, a la edad de 100 años.

Llevó una vida austera, apasionada, generosa y prolífica. Brindó lo mejor de sí a quienes lo trataron en el ámbito profesional y privado.

Quiso mucho a su país, a su gente y a su trabajo. Su mujer y sus hijos fuimos testigos de la pasión, esfuerzo y sacrificio que puso en su paso por la función pública y en su labor docente.

Un cálido recuerdo de él estará siempre presente entre sus colegas amigos y afectos más cercanos.

Al igual que él, creo que será eterno.

REVISTA FORUM

NORMAS DE PUBLICACIÓN

FORUM –Anuario del Centro de Derecho Constitucional– adopta las siguientes *normas de publicación*, en consonancia con su objetivo de ser expresión de los trabajos y estudios académicos de quienes participan como miembros o invitados del Centro de Profesores de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho, así como de otras universidades, respetando los principios de justicia y orden natural que iluminan el ideario y el proyecto integrador de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

I. Cobertura temática

La Revista *FORUM* (en adelante, la Revista) publica textos relacionados con la investigación en el área del Derecho Constitucional y sus disciplinas afines, conforme a su misión, que se inserten en las siguientes categorías temáticas:

- 1.1. Derecho Constitucional;
- 1.2. Filosofía del Derecho (Derecho Natural, Teoría del Derecho, Principios e Instituciones Jurídicas);
- 1.3. Derecho Internacional Público;
- 1.4. Derecho Administrativo;
- 1.5. Historia del Derecho;
- 1.6. Derecho Canónico y Eclesiástico;
- 1.7. Derecho Comparado.

II. Código de conducta y buenas prácticas editoriales

FORUM adhiere al Código de conducta y mejores prácticas del *Committee on Publication Ethics (COPE)*, denominado *Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors y Code of Conduct for Journals Publishers*.

FORUM asegurará la calidad científica de las publicaciones y la adecuada respuesta a las necesidades de los/as lectores/as y los/as autores/as. Los trabajos que se presenten a la Revista deben cumplir con estas normas éticas.

III. Secciones de la Revista

La Revista publica trabajos de distintas categorías, agrupados según distintas secciones, de acuerdo con el siguiente detalle:

Artículos de investigación

Se publican dentro de esta sección trabajos que cumplan con las siguientes características.

- a. Estructura de la investigación
 - El tema tratado debe realizar aportes científicos y ofrecer conceptos novedosos que enriquezcan el conocimiento, en línea con el espíritu del Centro de Derecho Constitucional, de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina.
 - Deber existir coherencia en la estructura demostrativa o argumentativa entre el problema, los objetivos, el método, los resultados y las conclusiones.
 - El trabajo debe contar con bibliografía actualizada y pertinente con la temática.
- b. Requisitos

Los trabajos presentados deben ser escritos en español (la Redacción se reserva la posibilidad de admitir trabajos escritos en otras lenguas con carácter excepcional) y tener como mínimo la siguiente estructura, que se aplicará también a los comentarios, las notas, reseñas, crónicas y ensayos, en cuanto corresponda. Preferentemente se aceptarán trabajos en castellano. No obstante, también pueden recibirse en italiano, francés, inglés o portugués.
- c. Extensión

No podrán tener una extensión menor a las 5.000 ni mayor a las 25.000 palabras. La Redacción se reserva el derecho a publicar artículos en fascículos diferentes.
- d. Otros

El trabajo debe enviarse con el título en el idioma original e inglés, un resumen o *abstract* de entre 150 y 300 palabras y palabras claves en un

número no mayor a 6, ambos en idioma original y en inglés. El trabajo deberá incluir la bibliografía utilizada, siguiendo las indicaciones de las presentes *normas de publicación*.

e. Evaluación

Los trabajos serán sometidos al arbitraje de evaluadores, siguiendo las reglas definidas en el acápite V.

f. Originalidad

Los trabajos propuestos para esta Sección deberán ser originales. Al momento de su presentación, el autor debe acompañar una carta por vía digital que autorice la publicación y cesión a este efecto de los derechos respectivos, comprometiéndose los autores a no presentarlos simultáneamente a otra publicación, ni a publicarlos luego sin expresa y clara mención de su previa publicación en *FORUM*. Para tal caso, los autores deben enviar por vía digital aviso sobre la difusión de su artículo.

Notas y comentarios

- a. Estructura: Esta sección incluirá trabajos breves sobre tópicos jurídicos, jurisprudencia o legislación. La extensión máxima será de 15.000 palabras.
- b. Originalidad: Los trabajos propuestos para esta sección deben ser originales. Al momento de su presentación, el autor debe acompañar por vía digital una carta que autorice la publicación y cesión a este efecto de los derechos respectivos, comprometiéndose los autores a no presentarlos simultáneamente a otra publicación, ni a publicarlos luego sin expresa y clara mención de su previa publicación en la Revista.
- c. En el caso de comentarios de jurisprudencia, la sentencia, con indicación del tribunal interviniente, nombre de los firmantes y fecha de emisión, debe ser entregada junto con el trabajo enviado, como anexo. Si la sentencia fue extraída de una página web debe indicarse dirección de acceso.
- d. Otros: El trabajo debe enviarse con el título en idioma original e inglés, un resumen o *abstract* de entre 150 y 250 palabras y palabras claves en un número no mayor a 6, ambos en idioma original y en inglés. El trabajo debe incluir la bibliografía utilizada, siguiendo las indicaciones de las presentes *normas de publicación*.
- e. Las notas y comentarios serán sometidos al arbitraje de evaluadores, siguiendo las reglas definidas en el acápite V.

Recensiones, crónicas y ensayos

La sección incluye reseñas/recensiones de libros de aparición reciente (en principio no más de dos años) con una extensión máxima de 4.000 palabras. Las recensiones no contarán con palabras clave. La Revista podrá publicar crónicas y ensayos que no superen esa extensión de palabras.

Documentos

La Dirección podrá seleccionar documentos que considere relevantes conforme a la temática o problemas atinentes a los objetivos de la Revista, tales como textos del Magisterio de la Iglesia, declaraciones de la Facultad de Derecho o Corporaciones o Colegios de Abogados, o de las múltiples Academias Jurídicas, Políticas y Científicas, etc.

Otras secciones

Según las necesidades del número publicado, podrán incluirse necrológicas, recuerdos de profesores o académicos, noticias, traducción o publicación de textos ya publicados en otras lenguas, publicación de conferencias y/o comunicaciones en congresos o seminarios, etc.

IV. Los autores

1. Deben enviar sus datos personales y los de la institución a la que pertenecen, si la hubiere. Los autores deben informar al menos el máximo grado académico que poseen, junto con la universidad que lo otorgó y el año, los cargos o compromisos laborales o profesionales, dedicatorias o los proyectos científicos patrocinados en los que el trabajo se enmarca podrán incluirse como segundo párrafo de la nota al pie inicial, antes de las notas de numeración correlativa. Los autores deberán indicar además su dirección de correo electrónico para ser publicada en la Revista. Podrán incluir los agradecimientos que estimen pertinentes.
2. Los autores que se encuentren en conflicto de interés con el trabajo presentado deben efectuar la aclaración pertinente en la nota al pie inicial, junto con sus datos personales. También deberán aclarar si la investigación ha sido financiada por alguna institución, o si ha sido realizada en el marco de una

beca, o si ha existido colaboración de personas que merezcan reconocimiento, etc.

3. Los autores conservan los derechos de autor y garantizan a la revista el derecho de ser la primera publicación del trabajo. Se autorizará a los autores que publiquen total o parcialmente sus trabajos en otras revistas, siempre y cuando aparezca al comienzo del artículo la referencia al número de *FORUM* en el cual haya aparecido.
4. Los autores cederán sus derechos a la editorial, en forma no exclusiva, habilitando la reproducción de su trabajo en el Repositorio Digital o Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina como así también a otras bases de datos que considere de relevancia académica.
5. Los trabajos que contiene esta Revista representan la opinión de sus autores y no constituyen necesariamente la opinión oficial de la Pontificia Universidad Católica Argentina ni de ninguno de sus órganos.
6. Por lo menos el 50 % de los trabajos publicados en cada número de la Revista pertenecerán a autores externos a la Pontificia Universidad Católica Argentina. Sin perjuicio de ello, la Revista publicará al menos dos trabajos pertenecientes a autores de la Universidad por número.

V. Lista de comprobación para la preparación de envíos

Como parte del proceso de envío, los autores están obligados a comprobar que su envío cumpla todos los elementos que se muestran a continuación. Se devolverán a los autores aquellos envíos que incurran en las siguientes causales de rechazo:

- a. Que el manuscrito haya sido publicado o se haya enviado previamente a otra revista o publicación colectiva.
- b. Si el archivo enviado no está en formato Microsoft Word.
- c. Si el texto no cumple con los requisitos bibliográficos y de estilo indicados en las *normas de publicación*.
- d. Si el autor no ha aceptado y suscripto la declaración de originalidad que será remitida mediante correo electrónico.

VI. Evaluación inicial y arbitraje

1. Los documentos recibidos pasarán por una evaluación inicial realizada por los editores u otros especialistas a pedido del Director de la Revista, para

discernir la originalidad, relevancia e interés científico. En el caso de los artículos de investigación, la evaluación inicial se orienta a decidir el pase del trabajo a arbitraje. La Revista se reserva la posibilidad de rechazar trabajos en forma anticipada.

2. Además, la Secretaría de Redacción hace una corrección preliminar de estilos. Los autores pueden recibir sugerencias o una versión revisada del texto o ser consultados para solucionar dudas, antes de iniciar el proceso de arbitraje en el caso de los artículos de investigación, o bien de su publicación en el resto de las contribuciones.
3. Solo se iniciará el proceso de arbitraje de trabajos que se ajusten a las presentes *normas de publicación*. La adaptación de los originales a las *normas de publicación* de la Revista es responsabilidad de los autores. La Revista no cobra aranceles por el proceso de evaluación de trabajos para publicación.
4. Los textos enviados a la Revista para las secciones de “Artículos de investigación” y “Notas y comentarios” serán evaluados por un árbitro externo a la Revista, designado por la Secretaría de Redacción. Estos textos se someterán a arbitraje según el sistema de “doble ciego simple” para preservar el anonimato de los autores y de los árbitros.
5. Los árbitros solicitados deberán evaluar los trabajos según el formulario correspondiente y deberán guardar confidencialidad respecto a todo lo referido a su intervención como evaluadores.
6. El plazo para la realización del arbitraje será como máximo de 30 días desde la recepción del texto. Como agradecimiento por su colaboración se entregará al árbitro un certificado que acredite su labor.
7. El dictamen del árbitro deberá indicar: Aprobado – Aprobado con cambios (opcional u obligatorio) – Aprobado, pero el árbitro verificará las correcciones – Rechazado. El dictamen será comunicado al autor
8. En caso de controversia en el proceso de arbitraje, la cuestión será resuelta por el Director de la Revista y el Consejo Editorial (en adelante, la Dirección de la Revista). Se podrá recurrir a un segundo arbitraje si fuera necesario.
9. En todos los casos, se publicará la fecha de recepción del trabajo y la fecha de su aceptación por el árbitro académico.
10. Los árbitros o evaluadores externos recibirán los artículos sin la identificación de su autor, para asegurar la objetividad respecto de los autores.

VII. Normas para árbitros

- a) Los artículos, notas y comentarios presentados serán sometidos a arbitraje por parte de evaluadores externos. No serán sometidos a arbitraje las rese-

ñas, crónicas y/o ensayos cuya publicación se reservará a criterio de la Dirección de la Revista.

- b) El *referato* de la Revista está compuesto por árbitros que han alcanzado la máxima titulación académica (grado de doctor) y/o se desempeñan como profesores titulares (catedráticos) y/o investigadores de carrera. Se trata de investigadores de universidades ajenas a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, cuyas áreas de trabajo son la Teoría y el Derecho Constitucional, los Derechos Humanos, el Derecho Político, el Derecho Administrativo, el Derecho Penal Constitucional, la Historia Constitucional, la Historia de las Ideas Políticas y otras disciplinas afines. La selección del árbitro dependerá de la temática del artículo.
- c) El árbitro que se encuentre en conflicto de interés con el trabajo que se le ha encargado evaluar debe inmediatamente excusarse de participar en el proceso del trabajo que se trate.

VIII. Anexo: Formato básico para textos y citas bibliográficas

1. Formato para textos

Textos Papel A4; interlineado 1,5; tipo de letra *Times New Roman*, negrita de 14 puntos para el título; negrita y cursiva de 12 puntos para los subtítulos de primer nivel; cursiva de 12 puntos para los subtítulos de segundo nivel; 12 puntos para el cuerpo del texto y 10 puntos para las notas a pie de página.

2. Citas bibliográficas

Las referencias bibliográficas siempre deben ir a pie de página y no en el cuerpo del texto. Deben adoptar el siguiente formato:

- a. Referencias de libros: apellidos y nombres del autor, título de la obra (en letra cursiva o bastardilla), lugar de publicación, editorial, año de edición, página o páginas citadas (todo separado por comas).
Ejemplo: Lamas, Félix Adolfo, *Ensayo sobre el orden social*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos "Santo Tomás de Aquino", 1985, p. 250.
Si se trata de una traducción y se requiere mencionar el autor, se anota después de la editorial. Por ejemplo: Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, cuarta edición, novena reimpresión, Buenos Aires, EUDEBA, trad. Moisés Nilve, 2009, p. 174.

- b. Referencias de capítulos de libro o artículos que forman parte de una obra colectiva: apellidos y nombres del autor, “título del escrito” (en letra normal y entre comillas), apellidos y nombres del compilador o editor, indicándolo, o emplear AA.VV. cuando se trate de varios autores sin un editor compilador declarado, título de la obra, lugar de publicación, editorial, año de edición, páginas citadas, todo separado por comas.
Ej. Bandieri, Luis María, “En torno a las ideas del constitucionalismo en el siglo XXI”, en Palazzo, Eugenio Luis (Dir.), *Estudios de Derecho Constitucional con motivo del Bicentenario*, Buenos Aires, El Derecho, 2012, pp. 34-51.
- c. Referencias de artículos de revista: apellidos y nombres del autor, “título del artículo”, nombre de la revista (en cursivas), lugar de publicación, número, año, páginas citadas, todo separado por comas.
Ej. Castaño, Sergio Raúl, “La idea de una autoridad política mundial. Consideraciones críticas a la luz de las exigencias de la realidad política”, *Foro*, Nueva época, Madrid, vol. 18, núm. 1, 2015, pp. 27-60.
- d. Referencias de artículos de periódicos: nombre y apellidos del autor, “Título del artículo”, nombre del periódico (en cursivas), lugar de publicación, fecha (día, mes y año), páginas citadas, todo separado por comas.
Ej. Ventura, Adrián, “La Corte se distancia de la aprobación del proyecto sin consenso”. *La Nación*, Buenos Aires, 29 de noviembre de 2013, p. 7. Ídem.
- e. Referencias de Internet: apellidos y nombres del autor, “título del artículo”, lugar, fuente editorial, fecha de la publicación (si está disponible), dirección de la página web, fecha de consulta, todo separado por comas.
Ej. Santiago, Alfonso, “Neoconstitucionalismo”, Buenos Aires, Sesión privada del Instituto de Política Constitucional del 3 de abril de 2008, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, rescatado de: <http://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf> (consultado el 3-12-2012).
- f. Jurisprudencia citada: las referencias a las sentencias citadas deben contener las partes en cursiva, el año de la sentencia entre paréntesis y, seguido de dos puntos, el tribunal que la haya dictado junto con la fecha de su dictación. Debe especificarse el tomo y página de la publicación oficial; el link respectivo (con más fecha de último acceso) si hubiera publicación online disponible. Si no estuviera publicada oficialmente se incluirá la referencia a una publicación no oficial.
Ej. *Cruz, Felipa y otros c/ Minera Lumbrera Ltd. y otro s/ sumarísimo* (2016): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 23 de febrero de 2016, *Fallos*: 339:142.
En el caso de citarse jurisprudencia extranjera, se deberá emplear el sistema propio de referencia que utilizan las cortes y tribunales de origen de la sentencia para su identificación.

- g. Las citas intertextuales en el cuerpo del texto deben ir “entre comillas”. Si las citas son en idioma distinto del español, deben hacerse “entre comillas y en itálica”. Las citas de caja menor deben ir sin comillas y en fuente *Times New Roman* 12, con un margen izquierdo tabulado de 1,25 cm. 8. Para los términos del texto que estén en un idioma diferente al original del artículo se debe utilizar letra itálica. Para citas textuales dentro de un texto ya entrecomillado (“ ”) se utilizan las comillas angulares de apertura y de cierre (« »). Si en el interior de la cita, se omite alguna frase, debe indicarse con paréntesis y tres puntos (...).

3. *Presentación de la bibliografía*

Al concluir el trabajo, debe presentarse la totalidad de la bibliografía utilizada, expuesta en orden alfabético, según el apellido del autor (o del primer autor, si la respectiva obra tiene más de uno), guardando la misma estructura y forma señalada en los anteriores puntos. Para los casos de referencia de capítulos de libro o artículos que forman parte de una obra colectiva y artículos de revista, se deben citar de forma completa las páginas de inicio y final del respectivo trabajo.

La Dirección se reserva el derecho de ajustar el estilo del aparato crítico a las normas de la Revista.

