

[Buenos Aires, jueves 28 de agosto de 2025]

SUPLEMENTO EN HOMENAJE A NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS

Edición especial

**EL DERECHO – CONSTITUCIONAL
REVISTA DE DOCTRINA
Y JURISPRUDENCIA**

DIRECTORA: MARÍA GABRIELA ÁBALOS

SUBDIRECTORA: MARÍA CECILIA RECALDE

COORDINACIÓN EDITORIAL: SOFÍA CALDERONE

COORDINADOR DE REDACCIÓN: MARCO RUFINO

Autores:

MARÍA SOFÍA SAGÜÉS - DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
- PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO - ROBERTO ANTONIO
PUNTE - ANALÍA ANTIK - ALFREDO M. VÍTOLO - AR-
MANDO MARIO MÁRQUEZ - NÉSTOR OSVALDO LO-
SA - ENRIQUE H. DEL CARRIL - FRANCO GATTI - NICO
BOIXADER - ALBERTO B. BIANCHI - ALFONSO SANTIAGO
- ENRIQUE ZULETA PUCEIRO - IGNACIO COLOMBO
MURÚA - JUAN SANTIAGO YLARRI - MARÍA GABRIELA
ÁBALOS - FRANKLIN ALEJANDRO FUENTES SANTANA
- MARCELO F. TRUCCO - MAXIMILIANO TORICELLI - OS-
CAR R. PUCCINELLI - GUSTAVO ARBALLO - JERÓNIMO
LAU ALBERDI - FINN MOKRZYCKI - PABLO LUIS MANILI
- EDUARDO SODERO - SOFÍA CALDERONE

COMITÉ ASESOR:

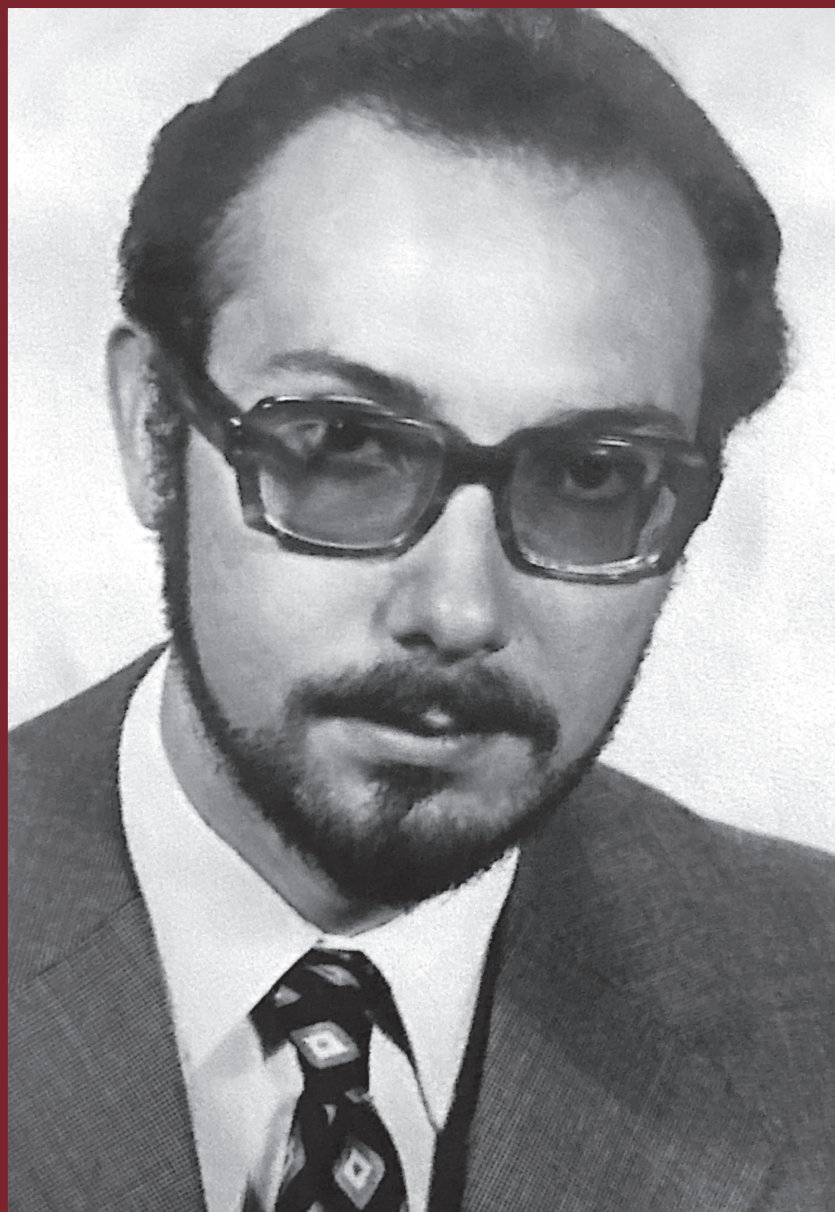
Alberto B. Bianchi, Pablo Manili, Guillermo Schinelli, Roberto A.
Punte, María Sofía Sagüés, Santiago Legarre, Lucio Palumbo,
Enrique Del Carril, Ezequiel Abásolo, Adelina Loianno, Carmén
Fontán, Norma Bonifacio, Mariela Uberti, Sofía Calderone, Flo-
rencia Ratti, Ignacio Colombo Murúa



EL DERECHO

© (5411) 3988 3256 | info@elderechodigital.com.ar

El Cónsul de la República Argentina en Madrid certifica que el ciudadano
argentino Sr. Néstor Pedro SAGÜÉS --- --
residente España provincia Madrid
llegó al país el 6 de octubre de 1964
donde ejerce la profesión de estudiante cuya filia-
ción se detalla al margen, nacido el 5 de junio
de 1942, está inscrito como ciudadano argentino bajo el
número 292/64 del Registro de Matriculas Argentinas que se
lleva en esta Oficina Consular.
En fe de lo cual expido el Presente testimonio, para que le sirva en lo que
fuere de derecho.
Madrid, 10 de dic de 1964



Néstor Pedro Sagüés (1942 – 2024)



FILIACION
Edad 22 años
Estado Civil soltero
Estatura 1m82
Frente despejada
Cejas pobladas
Ojos (color) pardos
Nariz recta media
Barba afeitada
Boca mediana
Orejas regulares
Cabello negro
Tez blanca
Rostro (forma) ovalado
Señales particulares Ninguna.-

Observaciones

Firma del Recurrente

N.º de orden: 3746

N.º de arancel: 26.

Derechos percibidos
m \$ n



Contenido

PRESENTACIÓN

Presentación. Suplemento en homenaje a Néstor Pedro Sagüés, por Sofía Calderone • Cita Digital: ED-VI-CCXXXVI-764

PRIMERA SECCIÓN. LA FIGURA DEL MAESTRO: RECUERDOS Y SEMBLANZAS

Néstor Pedro Sagüés (1942-2024). Vida, obra y legado, por María Sofía Sagüés • Cita Digital: ED-VI-CCXXXVI-774

En recuerdo de Néstor P. Sagüés..., por Domingo García Belaunde • Cita Digital: ED-VI-CCXXXVI-793

Una imagen de la infancia de Néstor P. Sagüés, por Diario de Derecho Constitucional • Cita Digital: ED-VI-CCXXXVI-769

Néstor Pedro Sagüés, un comprometido jurista cristiano, por Pedro José Jorge Coviello • Cita Digital: ED-VI-CCXXXVI-786

Néstor P. Sagüés, en su Primera Comunión, por Diario de Derecho Constitucional • Cita Digital: ED-VI-CCXXXVI-768

El recuerdo de Néstor Pedro Sagüés y su método taxonómico, por Roberto Antonio Punte • Cita Digital: ED-VI-CCXXXVI-785

Néstor Pedro Sagüés y la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, por Analía Antik • Cita Digital: ED-VI-CCXXXVI-794

Néstor Pedro Sagüés (in memoriam), por Alfredo M. Vítolo • Cita Digital: ED-VI-CCXXXVI-788

Una imagen, dos maestros del derecho constitucional argentino, por Diario de Derecho Constitucional • Cita Digital: ED-VI-CCXXXVI-767

Néstor Pedro Sagüés y la acción de hábeas corpus, por Armando Mario Márquez • Cita Digital: ED-VI-CCXXXVI-782

Néstor Pedro Sagüés: un constitucionalista visionario, por Néstor Osvaldo Losa • Cita Digital: ED-VI-CCXXXVI-780

Un retrato de Néstor P. Sagüés, por Diario de Derecho Constitucional • Cita Digital: ED-VI-CCXXXVI-766

Néstor P. Sagüés: un homenaje, un libro y una anécdota, por Enrique H. del Carril • Cita Digital: ED-VI-CCXXXVI-784

En el fondo de las cosas: una semblanza de Néstor Pedro Sagüés, por Franco Gatti • Cita Digital: ED-VI-CCXXXVI-781

Néstor P. Sagüés con palabras, por Nico Boixader • Cita Digital: ED-VI-CCXXXVI-765

SEGUNDA SECCIÓN. EN LA SENDA DEL MAESTRO: ARTÍCULOS DE DOCTRINA EN HOMENAJE

Primera parte. Tensión entre poderes: frenos y contrapesos

Las tensiones de un gobierno democrático (En homenaje a Néstor Pedro Sagüés), por Alberto B. Bianchi • Cita Digital: ED-VI-CCXXXVI-783

La relación entre derecho y política en la configuración del fenómeno constitucional, por Alfonso Santiago • Cita Digital: ED-VI-CCXXXVI-789

Jurisdicción y conflictos de poder, por Enrique Zuleta Puceiro • Cita Digital: ED-VI-CCXXXVI-773

El rol institucional de la Corte Suprema de Justicia, entre la política y el derecho, por Ignacio Colombo Murúa • Cita Digital: ED-VI-CCXXXVI-772

La declaración de emergencia en la Ley 27.742. En homenaje a Néstor P. Sagüés, por Juan Santiago Ylarri • Cita Digital: ED-VI-CCXXXVI-787

Segunda parte. Derechos humanos: retos y desafíos

Margen de apreciación nacional como diálogo bidireccional, por María Gabriela Ábalos • Cita Digital: ED-VI-CCXXXVI-791

La doctrina del control de convencionalidad de la Corte IDH y la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay: ¿Una relación de tensión o legitimidad? Al querido Maestro y mejor ser humano Néstor Pedro Sagüés, por Franklin Alejandro Fuentes Santana • Cita Digital: ED-VI-CCXXXVI-771

Herramientas para optimizar el ejercicio del control de convencionalidad a cargo de los tres poderes del Estado, por Marcelo F. Trucco • Cita Digital: ED-VI-CCXXXVI-779

El principio de razonabilidad. Trabajo en homenaje al Dr. Néstor Pedro Sagüés, por Maximiliano Toricelli • Cita Digital: ED-VI-CCXXXVI-770

Tecnologías disruptivas y derechos humanos desde la invención del lenguaje hasta nuestros días. En homenaje a Néstor P. Sagüés, por Oscar R. Puccinelli • Cita Digital: ED-VI-CCXXXVI-775

Tercera parte. La Corte Suprema y su jurisprudencia: nuevas miradas

Evolución y dinámica del precedente: apuntes para una teoría del cambio jurisprudencial, por Gustavo Arballo • Cita Digital: ED-VI-CCXXXVI-792

La Corte Suprema en clave empírica, por Jerónimo Lau Alberdi y Finn Mokrzycki • Cita Digital: ED-VI-CCXXXVI-777

La doctrina de la arbitrariedad de sentencias, por Pablo Luis Manili • Cita Digital: ED-VI-CCXXXVI-790

Prolegómenos para una teoría argumentativa de la arbitrariedad de sentencias, por Eduardo Soderó • Cita Digital: ED-VI-CCXXXVI-778

Presentación

Suplemento en homenaje a Néstor Pedro Sagüés

por SOFÍA CALDERONE^(*)

Sumario: I. UN HOMENAJE, EN DOS PASOS. – II. ALGUNOS AGRADECIMIENTOS Y LA INVITACIÓN A LA LECTURA.

I. Un homenaje, en dos pasos

“[...] Somos nuestra memoria,
somos ese quimérico museo de formas inconstantes,
ese montón de espejos rotos”
JORGE LUIS BORGES⁽¹⁾

El tiempo vuela –suele decirse– y ya ha transcurrido más de un año desde aquel 18 de junio de 2024, cuando se produjo el fallecimiento de Néstor Pedro Sagüés. Es momento de comenzar a hacer memoria y de recordar a quien fuera protagonista indiscutible de nuestro derecho constitucional.

Oriundo de Rosario, el jurista se dedicó apasionadamente a la escritura y la enseñanza. Fue un autor activo, siempre involucrado en las cuestiones humanas y en los debates actuales⁽²⁾. Si algo define a Sagüés es su estilo único: con su manera ingeniosa de pensar y decir, de escribir, clasificar, comparar (y hasta provocar) se convirtió en uno de los principales constitucionalistas de Latinoamérica.

Pero no fue solo escritor: Néstor P. Sagüés era un verdadero maestro. Claro y ordenado al exponer, captaba la atención de su auditorio y de sus lectores. Fue, además, un profesor itinerante que llevó sus clases por todo el mundo. El despliegue de su actividad docente, oral y escrita, nos ha dejado frutos tangibles que todavía se multiplican. Comandó investigaciones, dirigió tesis de grado y posgrado, acompañó y formó a jóvenes (y no tan jóvenes). Se abrió al diálogo con sus alumnos y con sus colegas y contemporáneos. Muchos de ellos –con sus propias perspectivas (e incluso de forma contestataria)– continúan desarrollando las ideas o temáticas en las que Sagüés fue primero y pionero.

En lo que sigue, con el formato de una edición especial de *El Derecho - Constitucional*, se propone un acercamiento a la figura y el pensamiento de Néstor P. Sagüés. Se trata de honrar y agradecer por su vida y por sus contribuciones a la ciencia jurídica. A la vez, es un modo de perpetuar el lazo que lo unió a la Pontificia Universidad Católica Argentina y a la editorial EL DERECHO⁽³⁾, de la que fue un autor habitual⁽⁴⁾.

La obra de Sagüés es abultada y su desaparición física es todavía reciente. Por supuesto, la revisión, el estudio, el confronto y la crítica a sus aportes exigirá esfuerzo y largas horas de estudio. En algún sentido, este homenaje –que se suma a otros que lo precedieron⁽⁵⁾ y a los que vendrán⁽⁶⁾– es quizás inacabado. Sin embargo, quienes participamos del proyecto ansiamos que inspire nuevos estudios sobre el profesor y que renueve la curiosidad en los tópicos jurídicos que dejó abiertos.

El *Suplemento en homenaje a Néstor Pedro Sagüés* discurre en dos pasos o secciones: “La figura del maestro: recuerdos y semblanzas” y “En la senda del maestro: artículos de doctrina en homenaje” son los títulos elegidos para dar inicio a cada una. Esbozaré, entonces, algunas líneas que pueden servir como guía de lectura.

La primera sección recopila trabajos que descubren la biografía y la personalidad de Néstor P. Sagüés. Los aportes tienen memorias, impresiones, anécdotas de amigos, discípulos, alumnos y de docentes que han sido sus lectores. Así, a través de la escritura, se ha procurado reconstruir el carácter y la trayectoria académica del maestro.

Las contribuciones en formato de texto se complementan con fotografías. Son documentos que captan algunos hitos de la vida de Néstor P. Sagüés y que él guardaba en su archivo personal. Como muchos intuirán, la digitalización y difusión de las imágenes –ahora patrimonio de toda la comunidad jurídica– fue posible gracias a la inestimable colaboración de una de sus hijas, María Sofía Sagüés.

María Sofía, además, es la autora del trabajo de apertura de esta sección que recorre la “Vida, obra y legado” de su padre. A continuación –también en esta primera parte– se añaden las semblanzas y recuerdos escritos por Domingo García Belaunde, Pedro José Jorge Coviello, Roberto Antonio Punte, Analía Antik, Alfredo M. Vítolo, Armando Mario Márquez, Néstor Osvaldo Losa, Enrique H. del Carril y Franco Gatti. Una nota característica de la obra de Sagüés refiere, sin duda, a su manejo del lenguaje: a partir del léxico constitucional del maestro, el ilustrador Nico Boixader delineó con palabras su rostro. La reproducción digital de ese retrato artístico cierra la primera parte y da paso a lo próximo.

La segunda sección, con una estructura tripartita, trae indagaciones acerca de temáticas que ocuparon la aten-

(*) Docente (UCA, Universidad Austral). Editora en *El Derecho*. Prosecretaría del Centro de Derecho Constitucional (Facultad de Derecho, UCA). Presidente de la Comisión de Seguimiento de Jurisprudencia del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. Miembro del Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Directora del “Seminario de investigación de proyecciones constitucionales (SePC)” (Facultad de Derecho, UCA).

(1) Borges, Jorge Luis, “Cambridge”, *Elogio de la Sombra* (1969), en Borges, Jorge Luis, *Obra poética*, Buenos Aires, Sudamericana, 2011, p. 294.

(2) En una entrevista de 2024, se observa la pasión de Néstor P. Sagüés por la historia, el derecho, lo humano y cómo estaba al tanto de los temas de actualidad. El video del encuentro, conducido por María Paula Rennella y Gabriela Marsiglia, puede verse en: *Derecho a la Pasión*, “Néstor Sagüés - DERECHO A LA PASIÓN Podcast”, 29/1/2024. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=9aWojXMPqBY> (fecha de consulta: 20/8/2025).

(3) Apenas se difundió la noticia de su muerte, en *El Derecho* se publicaron varias notas de despedida. Véanse: Sagüés, María Sofía, “Mi padre, nuestro maestro, Néstor Pedro Sagüés (1942-2024): un curioso inagotable”, *El Derecho - Constitucional*, junio 2024 - número 6, 24/6/2024. Cita Digital: ED-VGCCXL-837; Abalos, María Gabriela, “In Memoriam. Néstor Pedro Sagüés”, *El Derecho - Constitucional*, junio 2024 - número 6, 24/6/2024. Cita Digital: ED-VGCCXL-845; Punte, Roberto Antonio, “Fallecimiento de Néstor Pedro Sagüés (1942-2024). ¡Y a los maestros, hasta siempre!”, *El Derecho - Constitucional*, junio 2024 - número 6, 24/6/2024. Cita Digital: ED-VGCCXL-839; Trucco, Marcelo, “Aporte para homenaje ‘In Memoriam’ a Néstor P. Sagüés”, *El Derecho - Constitucional*, junio 2024 - número 6, 24/6/2024. Cita Digital: ED-VGCCXL-842; Sacristán, Estela B., “Néstor P. Sagüés: la alegría de su generosidad intelectual y humana”, *El Derecho - Constitucional*, junio 2024 - número 6, 24/6/2024. Cita Digital: ED-VGCCXL-841. Y, también, puede verse: Chiappini, Julio, “Néstor Pedro Sagüés”, *El Derecho - Diario*, tomo 307, 28/6/2024. Cita Digital: ED-VGCCXLV-602; Coviello, Pedro J. J., “Néstor Pedro Sagüés”, *El Derecho - Revista de Derecho Administrativo*, junio 2024, número 6, 27/6/2024. Cita Digital: ED-VGCCXLVII-285.

(4) Sagüés contaba que *El Derecho* había cobijado uno de sus primeros trabajos de doctrina constitucional. Cfr. *Derecho UCA*, “Pre-

sentación del libro del Dr. Jorge Nicolás Lafferriere: Ley del aborto comentada - Derecho UC”, 30/11/2021 (aprox. min. 3:30), disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=_Vsoj0x9lcs (fecha de consulta 24/8/2025). El vínculo con la editorial fue largo y rico: en 2023, una reseña sería su última contribución. Véase, Sagüés, Néstor P., “La Corte Suprema y los precedentes obligatorios”. De Alberto F. Garay, Santiago Legarre, Florencia Ratti Mendaña, Carolina Ahumada y Juan S. Ylarri”, *El Derecho - Diario*, tomo 300, 6/2/2023. Cita Digital: ED-III-CMXXXI-701.

(5) La academia jurídica reconoció en vida al maestro, con premios, honores y jornadas. En su ciudad natal y con su presencia, la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario de la Universidad Católica Argentina y la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto Región Centro, rindieron homenaje al profesor emérito en un acto sobre “Avances y desafíos a 30 años de la reforma constitucional de 1994”, que se realizó en abril de 2024. Luego de su partida, la comunidad jurídica argentina continuó homenajeando al maestro. Además de las notas aparecidas en *El Derecho*, se destaca el recuerdo contenido en la *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*. A 30 años de la Reforma Constitucional de 1994. *En homenaje al profesor Néstor Pedro Sagüés* (Asociación Argentina de Derecho Constitucional, n.º 5, segundo semestre 2024). También, pueden verse los trabajos de Santiago, Alfonso, “A la memoria de Néstor Pedro Sagüés, maestro del Derecho constitucional argentino y latinoamericano” (LA LEY 01/07/2024, 5. Cita: TR LALEY AR/DOC/1535/2024[y Carnota, Walter F., “In memoriam | Néstor Pedro Sagüés” (LA LEY 02/07/2024, 4. Cita: TR LALEY AR/DOC/1657/2024). Otra editorial se publicó, sin firma, con el título: “Néstor Pedro Sagüés (1942-2024)”, en la *Revista de Derecho Procesal*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, t. 2024-II, pp. 23-25. Del otro lado del Río de la Plata, también se recordó al jurista: Cfr. Esteva Gallicchio, Eduardo, “Editorial en homenaje y recuerdo del Prof. Dr. Néstor Pedro Sagüés”, *Revista de Derecho*, (30), e4353, 2024, DOI: <https://doi.org/10.22235/rd30.4353>.

(6) Me refiero, por ejemplo, a una obra colectiva de próxima aparición: Sagüés, María Sofía (dir.) y Fuentes Santana, Franklin Alejandro (coord.), *La Constitución en Occidente. El legado constitucional de Néstor Sagüés*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2025 (en prensa).

ción de Néstor P. Sagüés y que son abordadas por los autores con su propia impronta.

En la primera parte, Alberto B. Bianchi, Alfonso Santiago, Enrique Zuleta Puceiro, Ignacio Colombo Murúa y Juan Santiago Ylarri exploran, desde distintos ángulos, un tema de innegable actualidad la “Tensión entre poderes: frenos y contrapesos”. El segundo tramo –sobre “Derechos humanos: retos y desafíos”– incorpora las reflexiones de María Gabriela Ábalos y de los profesores rosarinos Marcelo F. Trucco, Maximiliano Toricelli y Oscar R. Puccinelli. Por último, en la tercera parte, de la mano de Gustavo Arballo, Jerónimo Lau Alberdi y Finn Mokrzycki, Pablo Luis Manili y Eduardo Soderó, se discurre acerca de “La Corte Suprema y su jurisprudencia: nuevas miradas”.

II. Algunos agradecimientos y la invitación a la lectura

El *Suplemento en homenaje a Néstor Pedro Sagüés* requirió del esfuerzo de muchas manos. Por eso, es justo mencionar a quienes hicieron posible su aparición en la escena académica.

Quiero, ante todo, dar gracias a los autores que produjeron la materia prima de esta edición especial. Todos ellos son profesores que provienen de distintas casas de estudio, de edades variadas, con maneras disímiles de pensar en el fenómeno jurídico. Sus trabajos, valiosos en sí mismos, ayudan a avizorar los alcances y el efecto expansivo de la obra docente de Sagüés.

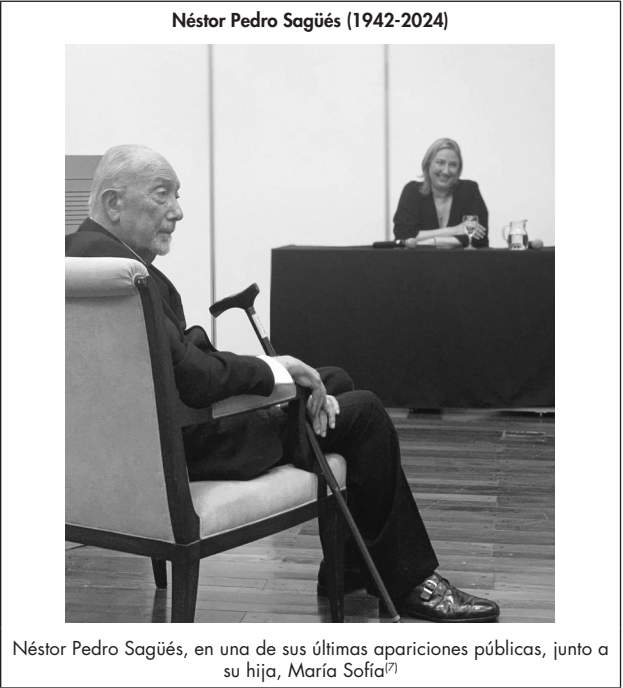
La cocina de la publicación, por otro lado, involucró a todo el equipo de la revista *El Derecho - Constitucional*. Durante los meses que demandó el armado, se trabajó en forma mancomunada, bajo la guía y confianza de su directora, María Gabriela Ábalos, una de las impulsoras del homenaje. Unas palabras adicionales merece María Sofía Sagüés –quien es miembro del comité editorial– y cuyo aporte comprometido y entusiasta fue constante para motorizar el suplemento en memoria de su padre.

El listado anterior estaría incompleto sin nombrar a Alejandro Borda, director de EL DERECHO, siempre dispuesto a ofrecer un espacio para la concreción de nuevos proyectos. Es preciso, asimismo, agradecer a la Pontificia Universidad Católica Argentina, porque desde hace más de sesenta años alberga y acompaña la tarea de la editorial.

Desde luego, la intervención de los integrantes de la redacción –con la atenta coordinación de Marco Rufino– fue otro factor decisivo en el proceso que precedió a la publicación, pues ninguna empresa editorial es posible sin la corrección, maquetado y diagramación. Por cierto, en

este caso, la inclusión de fotografías demandó un esfuerzo especial, tarea que llevó adelante la diseñadora Mariana Saralegui. A su inventiva también le debemos el arte de las tapas: un *collage* de imágenes que nos adentra en la vida del maestro.

Sin más que decir, los invito a la lectura. Ojalá puedan descubrir en estas páginas los fragmentos que unidos son homenaje, espejo y memoria del gran profesor Néstor Pedro Sagüés.



VOCES: CONSTITUCIÓN NACIONAL - PODER EJECUTIVO - PODER LEGISLATIVO - CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD - PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - JURISPRUDENCIA - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - ESTADO NACIONAL - PODER JUDICIAL - DERECHO POLÍTICO - HISTORIA DEL DERECHO - DERECHO CONSTITUCIONAL - JURISDICCIÓN - DIVISIÓN DE PODERES - CONMEMORACIONES - ABOGADO - DERECHO COMPARADO - CULTURA - EDUCACIÓN - UNIVERSIDADES - FILOSOFÍA DEL DERECHO

(7) La fotografía fue tomada en ocasión de las “Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional Latinoamericano en honor al Dr. Néstor Pedro Sagüés”, organizadas por la Universidad Austral, entre el 22 y 25 de noviembre de 2023.

El Cónsul de la República Argentina en Madrid certifica que el ciudadano argentino Sr. Néstor Pedro SAGÜES -- -- --

residente España provincia Madrid

ingresó al país el 6 de octubre de 1964

donde ejerce la profesión de estudiante cuya filiación se detalla al margen, nacido el 5 de junio de 1942, está inscrito como ciudadano argentino bajo el número 292/64 del Registro de Matriculas Argentinas que se lleva en esta Oficina Consular.



Primera sección

La figura del maestro: recuerdos y semblanzas

Néstor Pedro Sagüés (1942 - 2024). Vida, obra y legado

por MARÍA SOFÍA SAGÜÉS(*)

Sumario: I. UNA VIDA QUE TRASCIENDE. – II. SUS PRIMEROS AÑOS. – III. SUS CORTOS AÑOS COMO ESTUDIANTE UNIVERSITARIO. – IV. SU COMPROMISO Y ÉTICA EN LA FUNCIÓN PÚBLICA. – V. UN ENTUSIASTA PROFESOR NÓMADA. – VI. OBRA Y LEGADO. VII. SU PRESENCIA EN INSTITUCIONES DEL DERECHO. – VIII. RECONOCIMIENTOS. – IX. PUERTAS ADENTRO.

I. Una vida que trasciende

Rastros imborrables de su humor mordaz, sus inolvidables, agudas y profundas conversaciones, su lealtad intacta, su humildad desprendida, su honradez inquebrantable, su generosidad que le llevaba a entregar horas de su atención ante cualquier asunto que le acercara tanto una persona querida como un conocido han permitido que su partida, el 18 de junio de 2024, sea solo física.

Su capacidad extrema de sistematizar y clasificar conceptos con luminosidad, su formación rigurosa y enciclopédica, su habilidad para vislumbrar novedosos conflictos y generar términos y herramientas superadoras, su curiosidad voraz, su memoria absoluta en temas de derecho como especialmente en temas de la historia y geografía, su coraje en la defensa de lo que considera justo, su respeto frente a las ideas de sus colegas –que fueron siempre rigurosamente citados en sus obras–, su compromiso y honradez plena en el ejercicio de la función jurisdiccional, su entrega como docente, sus conferencias movilizantes y entusiastas, su capacidad de estar en todos lados y de comprender ordenamientos jurídicos lejanos o diversos, han permitido que su doctrina se proyecte más allá de su vida.

Permanece presente en cada reunión de amigos entrañables que le regalaron sus viajes a todos los rincones posibles de la mano del derecho constitucional y el derecho procesal constitucional. En cada encuentro, jornada y congreso en que se reúnen los académicos y profesores con los que compartió innumerables trabajos e investigaciones. En cada mención de sus alumnos de tantos años que a su compromiso infranqueable retribuyeron con un caudalo-

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *EL DERECHO*: *El Preámbulo*, por FELIPE SEISDEDOS, ED, 91-913; *Hoy como ayer: los 150 años de los objetivos del Preámbulo*, por MARÍA CECILIA RECALDE, EDCO, 2003-302; *La acción declarativa y los controles de constitucionalidad, de supremacía federal y de legalidad*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2006-382; *Control de convencionalidad como método de supremacía de los tratados internacionales: hacia un nuevo rumbo en la jurisprudencia nacional*, por CARLOS ALBERTO FOSSACECA, EDCO, 2010-580; *Aspectos del control de constitucionalidad con motivo de una sentencia constitucional (preámbulo, tratados y modulación)*, por DIEGO A. DOLABJIAN, EDCO, 2010-226; *La invocación a Dios como fuente de toda razón y justicia del Preámbulo de la Constitución Argentina*, por FÉLIX A. MONTILLA ZAVALÍA, EDCO, 2010-445; *El control de convencionalidad en el sistema de control de constitucionalidad argentino*, por ROMINA ARIANA DÍAZ, ED, 253-684; *Una sentencia pedagógica sobre el control de convencionalidad en el derecho argentino*, por SILVIA MARRAMA, ED, 255-335; *Supremacía constitucional y control judicial de constitucionalidad. Aclaraciones conceptuales*, por PEDRO A. CAMINOS, EDCO, 2015-378; *La Argentina en el mundo de los sistemas de control de constitucionalidad*, por PEDRO A. CAMINOS, EDCO, 2015-520; *Conversación sobre la jurisprudencia actual de la Corte Suprema y el control de constitucionalidad*, por MIRTHA ABAD, EDCO, 2015-539; *Las invocaciones religiosas en los preámbulos*, por EUGENIO L. PALAZZO, EDCO, 2017-455; *¿Existen normas inconstitucionales en la Constitución? (En torno al preámbulo de la Constitución como silogismo práctico teleológico)*, por MARCELO BAZÁN LAZCANO, *El Derecho Constitucional*, Marzo 2021 - Número 3; *El Preámbulo de la Constitución Nacional en la doctrina y la jurisprudencia*, por JAVIER MARCELO AYALA, ED, 298-759; *La fraternidad como categoría político-jurídica en la Constitución de 1853*, por LUCIO PALUMBO, *El Derecho - Constitucional*, Agosto 2023 - Número 8; 1º de mayo. *Día de la Constitución Nacional. Una Constitución de 171 años*, por ENRIQUE H. DEL CARRIL, ED, 306; *A treinta años de la reforma constitucional y en el Día de la Constitución: nuestro programa de Estado es el programa constitucional para el desarrollo humano y federal*, por PABLO MARÍA GARAT, *El Derecho Constitucional*, Mayo 2024 - Número 5; *La Convención Constituyente de 1994: un ejemplo de convivencia política*, por MARÍA CRISTINA BENZI, *El Derecho Constitucional*, Agosto 2024 - Número 8. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (UCA Rosario). Máster en Derecho (Universidad de Georgetown, Estados Unidos de América). Profesora de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional en numerosas universidades de Argentina y otros países. Este artículo tiene su base en el prólogo del mismo título de la obra en homenaje a Néstor Pedro Sagüés. Sagüés, María Sofía (dir.) y Fuentes Santana, Franklin Alejandro, (coord.), *La Constitución en Occidente. El legado constitucional de Néstor Sagüés*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2025 [en prensa].

so recuerdo colmado de respeto. En cada cita de quienes, incluso a la distancia, comparten, debaten, cuestionan sus ideas en un diálogo inmanente en permanente evolución. En cada biblioteca en que sus adorados libros descansan siempre dispuestos a brindar aquel detalle minucioso, solventemente fundado, que vislumbró años atrás. Y especialmente, en cada anécdota y recuerdo de momentos que atesoramos los que pudimos compartir tiempo con él.



Néstor Pedro Sagüés (1942 - 2024)

Docente de pura cepa, compartir conocimiento y dialogar era su estado de naturaleza. Encontraba en cada persona un tema que despertaba en ambos un interés cautivante. Escuchaba a todos, respetaba cada pensamiento, y aprendía de los aportes de aquellos que tuvieron el privilegio de conversar con él. Esas charlas fluían en todo tipo de escenarios, dentro de las aulas, en las academias, presenciales o virtuales, en algún lugar recóndito adonde lo había llevado su curiosidad inagotable, en una sobremesa informal o en una de sus caminatas en escenarios tan disímiles como una playa de su querida La Paloma, los hielos de Alaska, las Islas Galápagos, los glaciares del Sur argentino. Sus afectos profesionales se proyectan a lo largo de América y Europa, grandes maestros, brillantes discípulos, queridos amigos que fueron con quienes reflejaba –además de su amor por el derecho constitucional y procesal constitucional– un sentido del humor único.

Realizar un relevamiento de sus principales aportes es tan necesario como desafiante. Resaltan palabras, términos, clasificaciones que forjó a lo largo de sus años, y que subsistirán como huella imborrable. La combinación alquimista de la curiosidad y rigurosidad de su análisis llevan a que su obra no se haya petrificado, sino que mantiene la vigencia, gracias a su mente ágil, para esclarecer problemáticas incluso novedosas. Fraguó así una doctrina “viviente”, que nos permite que, tiempo después, nos volvamos a encontrar dialogando con él a través de sus escritos, videos, recuerdos.

II. Sus primeros años

Nació en un hogar humilde de padres trabajadores de Rosario, Pedro y Lucy. Sus primeros años de estudios transcurrieron bajo la atenta mirada de su madre, quien le inculcó una disciplina de hierro y el respeto por el esfuerzo. Ella fue quien tomaba sus lecciones, acompañaba su voluntad y le permitió desarrollar un método de aprendizaje único. Su padre le enseñó el trabajo arduo y la resiliencia al enfrentar todo tipo de crisis en su actividad comercial. Heredó de él, y de sus abuelas, María Sofía y Amaranta, una pertinacia que le impedía abandonar un camino emprendido.

Lo acompañaba de cerca su hermano Alberto, unos años menor, de igual mente aguda y rigor por el trabajo. Fue su primer compañero cercano de conversaciones y debates. Si bien optaron por caminos diferentes, que llevaron al hijo menor a consagrarse como Doctor en metalúrgica por la Case Western Reserve University (Cleveland, Ohio), y distinguido profesor emérito de la Universidad de South Florida, la vida de ambos se encuentra marcada por la investigación, y la docencia, bajo un compromiso inelmente con la excelencia que inculcó aquella joven madre que siempre pudo entender la importancia de la educación en la vida de sus hijos, y les dio la base de su superación.

El Colegio La Salle de Rosario les otorgó las becas necesarias para cursar primaria y secundaria entre sus aulas. Mantuvo siempre hacia esa institución un gran agradecimiento y cariño, que lo llevó a visitar emocionado sus instalaciones en Buenos Aires semanas antes de su partida.

De niño encontró su lugar entre libros de su biblioteca, ya sea de historia, ciencia, ficción, como las novelas de Julio Verne, y en mapas antiguos. En los estantes abarrotados que cubrían su dormitorio aún perduraban esos pequeños ejemplares, todos de tapa dura, todos ajados de lecturas y relecturas en sus manos infantiles.

Su primera aproximación a la investigación no fue en derecho. Era un joven estudiante, amante de la cartografía y asiduo curioso de los mapas históricos. Su habilidad innata para detectar similitudes y distinciones lo llevó a advertir cómo el Río patagónico “Camarones” aparecía en algunos de ellos y desaparecía en otros, a partir del siglo XVII. Seducido por un misterio similar al que se colaba en los relatos de libros que acompañaron su infancia, se adentró en una investigación que lo acercó a otra de sus grandes pasiones: la comunicación de ideas, ya sea plasmadas por escrito o verbalmente⁽¹⁾.

Y así se gestó su primer artículo, remitido tímidamente a sus jóvenes 16 años, a través de un buzón al periódico de su ciudad natal, y publicado en el *Diario La Capital* de Rosario. Sus primeras palabras en letra molde ocuparon tres columnas de lo que fuera una edición especial del 31 de diciembre de 1957 y dejaron una huella imborrable en su autor. Ese curso de agua, hoy calificado como “itinerante”, mantiene su protagonismo como disparador en Néstor Pedro de una pasión inagotable que continuó por más de medio siglo, vigente hasta semanas antes de despedirse en aquel junio de 2024, cuando publicó su último artículo y dictó su última clase, que tuvo oportunidad de compartir.

III. Sus cortos años como estudiante universitario

Realizó con velocidad acelerada sus estudios de grado en la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas de la Universidad Nacional del Litoral, hoy Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

En sus claustros tuvo un rol activo en la docencia y en la vida política universitaria, incluso cuando todavía era estudiante. Durante su carrera fue designado (por mejor promedio) Ayudante de Ciclo de Trabajos Prácticos de la referida carrera de Abogacía, cargo que ejerció en los años 1962 y 1963. E integró como representante estudiantil la Comisión oficial pro transformación de la Escuela de Derecho de Rosario en la Facultad de Derecho de la hoy Universidad Nacional de Rosario. Tuvo intensa actividad gremial estudiantil durante esos años, que dejó grabada una cantidad de floridas anécdotas.

El 30 de diciembre de 1963, nuevamente con el mejor promedio de su promoción, fue el primero en obtener el título de abogado por aquella casa de estudios. La institución ha recordado siempre ese momento pionero a través de diversos reconocimientos, incluso poco tiempo después de su fallecimiento.

La Universidad de Rosario marcó su impronta. Fue allí también donde, gracias al gran maestro de derecho internacional privado, el doctor Werner Goldsmith, compartió la rigurosidad en el estudio y descubrió la metodología trialista. Allí sentó las cimientos de su formación, definida por él mismo como “*iusnaturalista*”, que “coincide con las bases fundamentales de la escuela tridimensional del derecho”⁽²⁾.

Y de allí, se proyectó al mundo. Su pasaporte recibió el primero de varios sellos, cuando entre los años 1964 y 1966 realizó sus estudios de Doctorado en la Universidad Complutense de Madrid, bajo la dirección del doctor Don Luis Sánchez Agesta. Fue allí donde, a la par de grandes amistades –como las que le uniera a Lucas Verdú, Orlando Juan Gallo, entre tantos otros– visualizó las tensiones que se aproximaban y gestó su tesis doctoral: “La integración y desintegración del concepto de soberanía”. Obtuvo allí su título de Doctor en Derecho en 1966, mismo año en que recibe el grado de Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad Nacional del Litoral.

Continuó formándose en sus estudios de posgrado en Estrasburgo, la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, la Universidad Nacional de Rosario, el Instituto de Cultura Hispánica de Madrid, la Escuela Judicial de España –donde fue becario del Ministerio de Relaciones Exteriores de España–, la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Becario de la Academia, sesión Exterior, donde Obtuvo el “*Certificat d’application*”.

IV. Su compromiso y ética en la función pública

Antes de concluir sus estudios de grado, ya había ingresado en 1962 como escribiente al Poder Judicial de Santa Fe, donde ocupó diversas funciones en una carrera que se proyectó por casi 50 años. En 1965, apenas dos años de recibido, asumió como secretario de juzgado de instrucción en lo criminal. A partir de 1967 ejerció como fiscal de Primera Instancia. En el año 1970 asumió como juez de paz letrada en Rosario; en 1971, como juez de Primera Instancia del Trabajo; en 1980, como fiscal de las Cámaras de Apelaciones de Rosario; en 1984, como juez de la Cámara de Apelaciones del Trabajo de Rosario. Finalmente, entre los años 1990 y 2007, ejerció como juez de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario.

A su vez, se desempeñó en múltiples reformas legislativas, constitucionales provinciales, proyectos de creación de la Escuela Judicial, jurados de premios, entre otros.

La función pública fue para él un compromiso y un orgullo. Argumentaba y pensaba, siempre, como juez. Su apego por la eticidad del ejercicio jurisdiccional fue absoluto. Un compromiso de vida que lo acompañó hasta sus últimos días, con una honradez impoluta.

V. Un entusiasta profesor nómada

La pasión experimentada en las primeras clases que había desarrollado durante sus estudios de grado se multiplicó de manera vertiginosa. Néstor Pedro Sagüés forjó una carrera docente que no abandonaría nunca, y que le permitiría moverse como pez en el agua tanto en instituciones públicas como privadas de Argentina y del exterior.

Acompañó su docencia y ejercicio profesional en Argentina con un periplo interminable que le hizo vivir en carne propia el derecho constitucional comparado. La distancia nunca fue un problema, sino una tentación y un desafío.

Encarnó el Derecho Constitucional en clave comparada, y lo hizo su forma de vida y profesión. A través del Derecho pudo proyectar su pasión por la historia y geografía, haciendo de sus viajes parte de su rutina. Fue, en muchos sentidos, un constitucionalista “nómada”, “piel de valija”, como lo calificara su amigo, el doctor Carlos S. Fayt. El ritmo de sus estudios multiplicaba no solo las páginas de sus libros, sino también las de sus pasaportes. Fueron innumerables los lugares frecuentados en todos los continentes y en su querido país: visitó cada rincón, cada pueblo, cada anclaje histórico, cada accidente geográfico, con la misma inquietud de aquel adolescente que estudiaba minuciosamente los mapas en su Rosario natal. En esos kilómetros recorridos recibió el reconocimiento, cariño y amistad de grandes maestros del constitucionalismo latinoamericano y europeo, a los que sumaban múltiples discípulos, jóvenes profesionales y estudiantes.

Fue en los claustros de la universidad pública de su Rosario natal donde se escucharon sus primeras disertaciones como profesional en el año 1964, cuando era adscripto a la cátedra de Derecho Político del doctor Ricardo Arribillaga, donde alcanzó el grado de docente libre. También fue adscripto en la cátedra de Derecho Constitucional del doctor Adolfo Rouzaut⁽³⁾, a quien siempre consideró su maestro.



Néstor Pedro: en una de sus primeras clases

(1) El tema fue advertido anteriormente, en una nota: Sagüés, María Sofía, “Mi padre, nuestro maestro, Néstor Pedro Sagüés (1942-2024): un curioso inagotable”, *El Derecho - Constitucional*, junio 2024, número 6, 24/06/2024. Cita Digital: ED-VDCCXL-837.

(2) Véase Sagüés, Néstor Pedro, “Tridimensionalismo e ideología”, *La Ley*, 153-676 (1974).

(3) Véase Sagüés, Néstor P., “Adolfo Ricardo Rouzaut”, en Manili, Pablo (coord.), *Maestros del derecho constitucional*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2017, pp. 77-91.

En el año 1965 ingresó como jefe de trabajos prácticos en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, donde de inmediato fue ascendido a auxiliar docente y profesor adjunto de Derecho Constitucional. Allí fue donde encontró en el doctor Juan Casiello, entonces Decano, un referente que lo impulsara a estudiar en España. A su regreso, en 1966, se desempeñó como adjunto, y en el año 1967 fue designado como profesor adjunto a cargo de la cátedra de Derecho Constitucional, Público Provincial y Municipal. Entre los años 1971 a 1993, fue titular de Derecho Político.

Desde 1994 fue profesor titular de Derecho Constitucional. Dictó también clases en la Facultad de Derecho de la sede Buenos Aires de esta casa de estudios. La Pontificia Universidad Católica Argentina le brindó no solo oportunidades, sino también grandes amistades que durarían para toda su vida, con sus adjuntos y queridos amigos, los doctores Oscar Puccinelli, Mercedes Serra y Martín Massini Escurrea.

También desarrolló allí la investigación. Entre 1985 y 1993 fue director del Instituto de Derecho Público y Ciencia Política. Desde el año 1987 fue profesor investigador, director del Centro Interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional. Desde el año 2003, fue profesor de Derecho Público Profundizado en la carrera de Doctorado de Derecho. Fue director de dicha carrera entre 2005 a 2009.

El 10 de abril de 2024, fue nombrado profesor emérito, en una emotiva ceremonia en la que dictó la que fuera su última conferencia presencial. Lo rodearon sus amigos, discípulos, compañeros, en un hasta siempre que lo llenó de felicidad.

Su voluntad de hierro tuvo una prueba en el desafío que implicaba para un profesor de una provincia del país el concursar en la prestigiosa Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. En el año 1988, obtuvo su cargo de profesor titular regular por concurso de Derecho Constitucional. Cumplía rigurosamente todas las semanas el dictado de las clases, viajando en ómnibus desde Rosario. Tenía un excelente equipo, liderado por su adjunta Marta Amoresano y acompañado por un joven Alfonso Santiago. Fue miembro de la Comisión de Doctorado durante los años 1998 a 2002, y dictó diversos cursos intensivos de posgrado en derecho procesal constitucional. Fue nombrado profesor emérito en el año 2010. Organizó allí múltiples encuentros y jornadas, siempre abiertos y plurales.

En los años 1994 y 1995 ejerció en la Universidad Austral como profesor titular del curso de Derecho Procesal Constitucional en la Maestría de Derecho Administrativo. En esa casa de altos estudios también se desempeñó como docente de la Especialización en Derecho Penal, profesor extraordinario de la Maestría en Magistratura Judicial, de las Diplomaturas en Derecho Constitucional Profundizado, Derecho Procesal Constitucional y Derecho Constitucional Latinoamericano, donde dictó su última clase. Guardaba con esta Universidad especial afecto, en particular porque compartía el espacio con quien fuera un querido amigo, el doctor Alfonso Santiago. Fue nombrado profesor emérito en el año 2023.

Recorrió, además, múltiples universidades e institutos del país⁽⁴⁾.

América y Europa fueron también testigos entusiastas de sus clases. En América, Perú lo recibió con especial generosidad, desde las universidades de San Marcos, Lima, Piura, Arequipa, Cajamarca, entre tantas otras. Recorrió también casas de altos estudios en Costa Rica, México, Bolivia, Ecuador, Chile, Uruguay, Colombia, Panamá, entre otros. Por varios años fue profesor en la Maestrías en Derecho Procesal Constitucional, y en Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad Panameñana, de México Distrito Federal.

(4) En el Centro de Estudios Judiciales (Escuela Judicial) del Superior Tribunal de Justicia del Chaco fue Profesor del curso sobre “Sistemas de designación de magistrados en el derecho comparado” (1979). En la Universidad de Belgrano, fue director del curso de posgrado de especialización en Derecho Procesal Constitucional en 1982. En 1986, inauguró la cátedra de Derecho Procesal Constitucional Profundizado en la Universidad Notarial argentina, en la cual se desempeñaba como profesora adjunta María Mercedes Sierra Rad, pionera en la materia, que luego se proyectara en los planes de estudios de diversas instituciones del país. En la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Tucumán actuó como director del curso de posgrado sobre “Recurso Extraordinario y Casación” (1986), primero de una cantidad innumerables de cursos que se multiplicaban con el paso del tiempo. En la Escuela Superior de Economía y Administración de Empresas (ESEADE), fue profesor visitante en el curso de “Conflictos de constitucionalidad” (1994-1997).

En Europa, participó en numerosas ediciones de diversos cursos en universidades de altísimo prestigio, donde compartía con grandes amigos su placer por la docencia, charlas, sobremesas, y momentos de relax en las playas. Así, en los años 1976 y 1977, se desempeñó en la Universidad de Madrid y la Escuela Judicial de España del Ministerio de Justicia como profesor del curso sobre “Poder Judicial y doctrina constitucional”; y con el pasar de los años, fue referencia constante en el “Curso de Alta Formación en Justicia constitucional y protección de los derechos” dictado en la Universidad de Pisa, bajo la coordinación del doctor Roberto Romboli; entre los años 2012 y 2023, el curso de “Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Tutela de los Derechos Fundamentales” de la Universidad de Castilla-La Mancha, desarrollado en Toledo bajo la coordinación del doctor Díaz Revorio. Fue también docente en el Seminario práctico de jurisprudencia constitucional comparada e internacional de la Universidad de Cádiz, organizado por el doctor Miguel Revenga, y de diversos cursos de posgrado organizados en la Universidad de Bolonia, tanto bajo la dirección del doctor Luca Mezzetti como la del doctor Lucio Pegoraro.

Dictó, además, más de 3000 conferencias, numerosas de ellas presenciales en diversas partes del Globo. Ha tomado protagonismo, contribuyendo a la deliberación pública, a través de diversos mecanismos. Ha participado en programas de difusión de derecho constitucional abiertos para docentes primarios y secundarios del Ministerio de Educación de la Provincia de Santa Fe (2004/5), y en múltiples establecimientos educativos de la ciudad de Rosario con motivo de la reinstitucionalización democrática (1983). Ha dictado conferencias en reuniones sindicales programadas por la Fundación Konrad Adenauer (Brasil, 2004), así como en múltiples conferencias organizadas por ONG y fundaciones, la Comisión Andina de Juristas, confederaciones ruralistas, Colegios de Abogados, Foro Agrotécnico de Córdoba, Bolsa de Comercio de Rosario, etc. Disertó también como experto ante diversas convocatorias del Senado de la Nación Argentina, y publicó artículos en diarios, como *La Nación* y *La Prensa*, en cuyas páginas se encuentra su último comentario⁽⁵⁾.

VI. Obra y legado

Su capacidad de identificar una multiplicidad apabullante de temas adelantados a su época fue acompañada por virtudes que caracterizaron a su obra, abocada tanto al estudio de cuestiones inminentes, así como trascendentes. Coinciden sus lectores en la claridad ínsita en sus sistematizaciones y clasificaciones, su profundidad y rigor científico, su perspectiva comparada, que se tradujo en artículos específicos y en obras dirigidas a la ponderación de instituciones con visión transversal en los distintos ordenamientos jurídicos⁽⁶⁾, y llegó a cubrir los lugares más recónditos como Haití, Japón, Argelia, Gabón, Dahomey y Costa de Marfil⁽⁷⁾.

A ello sumó aportes imborrables en el recurso a terminologías a las que otorgó un sello personal, como las nociones de “alquimia constitucional”⁽⁸⁾, “interpretación mutativa”⁽⁹⁾, “jurisdicción nomogenética”⁽¹⁰⁾, “principio de

(5) Véase Sagüés, Néstor Pedro, “Nuevos roles y nuevos jueces”, *La Prensa*, 24/04/2024, disponible en <https://www.laprensa.com.ar/Nuevos-roles-de-los-jueces-543803.note.aspx> (fecha de consulta 14/08/2025).

(6) Véase, por ejemplo, Sagüés, Néstor Pedro, “El sistema de derechos y de garantías en América Latina”, en Complak, Krystian (comp.), *Europa del Este - América Latina, Estatuto del individuo y sistema de gobierno*, Universidad de Wrocław, Polonia, 2002, pp. 33-63; “Justicia constitucional y control de la ley en América Latina”, en López Guerra, Luis (coord.), *La justicia constitucional en la actualidad*, Quito, Editorial Nacional, 2002, pp. 169-200, y *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, México, Editorial Porrúa, 2004; “La influencia de la constitución española en la reforma constitucional argentina de 1994”, en Fernández Segado, Francisco (coord.), *La constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 91-102; “Problemática de los órganos extrapoder en el diagrama de división de poderes”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2007, t. I, pp. 301-312.

(7) Sagüés, Néstor Pedro, “El Poder Judicial en las constituciones de Argelia, Gabón, Dahomey y Costa de Marfil”, en *Juris*, Rosario, 26-393.

(8) Sagüés, Néstor Pedro, “Interpretación constitucional y alquimia constitucional”, *Jurisprudencia Argentina*, 2003-IV-1220.

(9) Sagüés, Néstor Pedro, “El concepto y la legitimidad de la interpretación constitucional mutativa”, *El Derecho*, 88-869 (1980).

(10) Sagüés, Néstor Pedro, “El trámite del amparo colectivo nacional y los roles nomogenéticos de la Corte Suprema”, publicado en: *SJA* 12/09/2018, 80.

lealtad federal”⁽¹¹⁾, “desconstitucionalización”⁽¹²⁾, “contrabando constitucional”⁽¹³⁾, “cronoterapia”⁽¹⁴⁾, “gatopardismo constitucional”⁽¹⁵⁾, “amparo ‘indulgente’”⁽¹⁶⁾, “constitución convencionalizada”⁽¹⁷⁾, entre otras.

Voraz lector de autores clásicos y modernos, encontró en la *teoría política* los temas sobre los cuales construir sus primeras obras. Entre aquellos inicios, tuvieron protagonismo sus estudios en torno a la soberanía de los Estados⁽¹⁸⁾, acuñados en el marco del desarrollo de su doctorado que se proyectó a múltiples artículos.

En épocas de crisis de sistemas democráticos, publicó los libros *Representación política*⁽¹⁹⁾, *Las leyes secretas. El sigilo legislativo en el derecho constitucional argentino*⁽²⁰⁾, *La demagogia*⁽²¹⁾ y el artículo: “El presupuesto ético de la democracia en el pensamiento de Montesquieu. Régimen político y virtud republicana”⁽²²⁾. También, en 1973, avizorando los conflictos entre norma y poder, se abocó al estudio de la unidad o tensión entre el mundo jurídico y el mundo político, que se proyectara en variados artículos y finalmente recibiera consagración en su libro *Mundo jurídico y mundo político*⁽²³⁾, de permanente actualidad. En sus últimos años, retomó esta temática, en su libro *Presagio y poder. Un reportaje a la filosofía política clásica*⁽²⁴⁾, una obra deliciosa de perfil original, que plasma de manera evidente su inquieta mente.

Gracias a su designación como juez del fuero laboral, se adentró en temas vinculados al *derecho laboral y el constitucionalismo social*, con trabajos como “Constitucionalismo Social”⁽²⁵⁾, “Las cláusulas sociales de la Constitución Nacional y su eficacia jurídica”⁽²⁶⁾, entre otros.

Dedicó especialmente su capacidad al *Poder Judicial y la jurisdicción constitucional*, de manera germinal en su libro sobre *Reforma Judicial...* de 1978⁽²⁷⁾, para continuar con numerosos artículos y libros, entre los que se cuentan: “¿En nombre de quién se administra la justicia?”⁽²⁸⁾, *Las escuelas judiciales*⁽²⁹⁾, *El Tercer Poder*⁽³⁰⁾, “La legi-

timidad política del Poder Judicial”⁽³¹⁾, “Reflexiones sobre el activismo judicial legítimo (a los cincuenta años de la creación jurisprudencial del amparo federal)”⁽³²⁾; *Interpretación Judicial de la Constitución*⁽³³⁾ y su edición actualizada *La interpretación judicial de la constitución. De la Constitución Nacional a la Constitución Convencionalizada*⁽³⁴⁾, “Interpretación constitucional y alquimia constitucional. (El arsenal argumentativo de los tribunales supremos)”⁽³⁵⁾, y “Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales”⁽³⁶⁾, entre otros.

Su principal aporte fue que, bajo su pluma y disertaciones, el *derecho procesal constitucional* encontró su génesis y proyección. Su nombre se encuentra ligado eternamente a la materia, de la cual ha sido uno de sus principales pioneros. Desde sus primeros artículos innovó en esta rama del derecho, cuya autonomía defendía arduamente, y robusteció a través de las primeras jornadas sobre el tema desarrolladas en 1987 por el Centro Interdisciplinario en Derecho Procesal Constitucional, la primera cátedra sobre el tema creada en Argentina, y una prolífica producción literaria a partir de la década del '80, hasta nuestros días, que contribuyó con su sistematización.

Así, encontramos “*Habeas corpus*: variantes y subtipos en el derecho nacional argentino”⁽³⁷⁾, “La ley federal de amparo en la República Argentina”⁽³⁸⁾, *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*⁽³⁹⁾, *Derecho procesal constitucional: logros y obstáculos*⁽⁴⁰⁾, y sus obras sobre esta materia en coautoría, como *El amparo constitucional...*, coordinado junto con su gran amigo Germán Bidart Campos, y publicado en el año 2000⁽⁴¹⁾, su libro con quien fuera su primera adjunta en Rosario, la doctora Mercedes Serra: *Derecho Procesal Constitucional de la Provincia de Santa Fe*⁽⁴²⁾, y múltiples artículos.

Su máximo aporte en esta área ha sido su obra más citada: *Derecho procesal constitucional*, en 4 tomos, sobre *Recurso extraordinario* (I y II), *Acción de amparo* (III) y *Habeas corpus* (IV), así como su *Compendio de derecho procesal constitucional*⁽⁴³⁾, todos publicados en Buenos Aires por la Editorial Astrea. A su partida, dejó en elaboración el tomo relativo a la teoría procesal constitucional, obra con la que finalmente concluye su tratado.

Pero no fue solo un Maestro del derecho procesal constitucional. El derecho constitucional en general recibió un tratamiento claro y pedagógico a través de sus obras, libros de estudio de grado y referencia profesional ineludible como *Elementos de Derecho Constitucional*⁽⁴⁴⁾, *Manual de Derecho Constitucional*⁽⁴⁵⁾, *Derecho Constitucional*⁽⁴⁶⁾, *La Constitución de la Nación Argentina*⁽⁴⁷⁾, y *La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires*⁽⁴⁸⁾, todos ellos

(11) Sagüés, Néstor Pedro, “El principio de lealtad federal”, *El Derecho*, 147-362 (1992). Véase, asimismo, “Acerca de la ‘Buena fe’ y su problemática en el mundo jurídico-político”, *La Ley* 196-208, 1976-A, Buenos Aires.

(12) Sagüés, Néstor Pedro, “El concepto de desconstitucionalización”, *Revista de Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad Católica del Uruguay, 2007-2, pp. 183-195, y luego también en *La Ley* 13/04/2007, 1, LA LEY 2007-B, 1268, LLP 2007 (junio), 571. Cita: TR LALEY AR/DOC/1356/2007.

(13) Sagüés, Néstor Pedro, “Reflexiones sobre la manipulación constitucional”, comunicación del académico correspondiente, en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 12 de mayo de 2004, disponible en: <https://www.ancmip.org.ar/user/files/Reflexion-manipulacion-Sagues.pdf> (fecha de consulta 13/08/2025).

(14) Véase su artículo Sagüés, Néstor Pedro, “‘La Corte no tiene plazos’, una leyenda urbana”, *La Nación*, 21/09/2021, disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/politica/la-corte-no-tiene-plazos-leyenda-urbana-nid2456792/> (fecha de consulta 07/07/2025).

(15) Sagüés, Néstor Pedro, “Reflexiones sobre la imprevisión constitucional”, *La Ley* 2003-F-1275.

(16) Sagüés, Néstor Pedro, “El amparo ambiental” (ley 25.675), *La Ley* 2004-D-1194.

(17) Sagüés, Néstor Pedro, “De la Constitución Nacional a la Constitución ‘convencionalizada’”, *JA - SJA* 09/10/2013, Número Especial del Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional, *JA - SJA* 09/10/2013; Sagüés, Néstor Pedro, “El concepto de ‘constitución convencionalizada’, su fisonomía actual, fundamentos y topes”, publicado en: *SJA* 07/11/2018, 343 - *JA*.

(18) Publicado en su artículo: “El Estado soberano en el Pacto de la Sociedad de las Naciones y en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas”, en *Symposium Internacional con motivo del IV Centenario de los Seis Libros sobre la República*, de Jean Bodin, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979, pp. 227-263.

(19) Libro editado por la Librería y Editorial Orbir (Rosario, 1973). Véase, también, “Partidos políticos y representación política. (A propósito del sistema de ‘lemas’”, en *Themis. Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Perú, Lima, 1990, N.º 17, pp. 7-12.

(20) Buenos Aires, Depalma, 1977.

(21) México, Cárdenas editor, 1979.

(22) En la *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (6), 1981, pp. 331-400, disponible en: <https://www.rehj.cl/index.php/rehj/article/view/83> (fecha de consulta 11/08/2025).

(23) Buenos Aires, Depalma, 1978.

(24) Buenos Aires, Astrea, 2020.

(25) En el tratado Vázquez Vialard, Antonio (dir.), *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, Buenos Aires, Astrea, 1982, t. 2, pp. 645-850.

(26) *El Derecho - Diario*, 108-948 (1984).

(27) Sagüés, Néstor Pedro, *Reforma judicial: los sistemas de designación de magistrados y la escuela judicial en el derecho argentino y comparado*, Buenos Aires, Astrea, 1978.

(28) *Revista de derecho público*, N.º 31-32, 1982, pp. 177-186, DOI: <https://doi.org/10.5354/rdu.v0i31/32.43826>.

(29) México, UNAM, 2000.

(30) *Cuadernos para la reforma de la justicia*, volumen 5, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005.

(31) En la *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, Montevideo, 1985, N.º 8, pp. 93 y ss.

(32) *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N.º 9, 2008, pp. 143-152. Véase, asimismo, “Activismo y garantismo: a propósito del ‘juez preservador’ en el derecho procesal constitucional”, en: *Debates de actualidad*, Año XXIV, n.º 201 (ene. - dic. 2009), pp. 60-67.

(33) Mendoza, Depalma, 1998, reimpresso en Buenos Aires por Lexis Nexis en 2006.

(34) México DF, Porrúa, 2016.

(35) *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N.º 1, 2004, pp. 151-170.

(36) En el libro Savaris, José Antonio y Strapazzon, Carlos Luiz (coords.) *Direitos fundamentais da pessoa humana: um diálogo latino-americano*, Alteridade Editora, 2012, pp. 443-461.

(37) En *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, Santiago, 1983, N.º 33/4, pp. 91-100, DOI: <https://doi.org/10.5354/rdu.v0i33/34.43730>.

(38) Publicado en la *Revista General de Legislación y jurisprudencia*, Madrid, 1977, año LXXV, N.º 1, pp. 3 y ss.

(39) México DF, Editorial Porrúa, 2004.

(40) Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, Estudios de Derecho Procesal Constitucional IV, 2006. También se publicó una edición peruana del Tribunal Constitucional de Perú (Lima, 2008).

(41) Bidart Campos, Germán (coord.); Sagüés, Néstor P., (prólogo), *El amparo constitucional. Perspectivas y modalidades* (art. 43 de la Constitución nacional), Mendoza, Depalma, 2000.

(42) Editado por Rubinzal Culzoni (Santa Fe, 2007).

(43) Buenos Aires, Astrea, 2009.

(44) Buenos Aires, Astrea, 1993.

(45) Buenos Aires, Astrea, 2007.

(46) *Teoría de la Constitución*, Ciudad de Buenos Aires, Astrea, 2001, tomo I; *Estatuto del Poder*, tomo II y *Estatuto de los derechos*, tomo III.

(47) Sagüés, Néstor Pedro, “Introducción y estudio sobre la reforma constitucional de 1994”, en *Constitución de la Nación Argentina*, 10ª edición, Buenos Aires, Astrea, 2004.

(48) *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Introducción y comentario*, de Néstor P. Sagüés [Buenos Aires, Astrea, 1996].

en la editorial Astrea, *Constituciones iberoamericanas. Argentina*⁽⁴⁹⁾, *La Constitución bajo tensión*⁽⁵⁰⁾, y la *Suma de derecho constitucional*⁽⁵¹⁾ —en la que tuve el honor de actuar como subdirectora—, entre muchos otros.

La interpretación e integración constitucional, el poder constituyente, la dignidad humana, el Preámbulo, la libertad de expresión, el Consejo de la Magistratura y la escuela judicial, la inconstitucionalidad por omisión, el federalismo, entre otros temas, recibieron tratamiento específico.

En las últimas décadas, volvió a aquel tema que fraguó sus estudios doctorales, para abocarse a la interrelación del orden internacional de derechos humanos, en particular entre el sistema regional americano y los órdenes constitucionales domésticos, y, finalmente, al control de convencionalidad. Encontramos numerosas obras al respecto, entre las que resalta la *Guía práctica del control latinoamericano de Convencionalidad (para operadores judiciales, legislativos y de la administración pública)*, elaborada en una estancia investigativa en Alemania en el Instituto Max Planck, y publicado por Tirant lo Blanch y la Fundación Konrad Adenauer en el año 2020.

VII. Su presencia en instituciones del derecho

Fiel protagonista de la investigación y del Derecho Procesal Constitucional, en el año 1987 fundó el Centro Interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Católica Argentina —actualmente rama del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional—, a partir del cual desarrolló múltiples jornadas y encuentros innovadores en la materia, que congregaron a los grandes maestros en el tema, así como publicaciones de proyección internacional. Las primeras jornadas argentinas de Derecho Procesal Constitucional tuvieron lugar en su seno, en el año 1987, para proyectarse en quince reuniones a lo largo del país. En su marco, ha presidido las XV Jornadas Nacionales de Derecho Procesal Constitucional, celebradas en el año 2017 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, las II Jornadas Nacionales de Derecho Procesal Constitucional, en el ámbito de la Universidad Católica Argentina, y en 2014 las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Procesal Constitucional, en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. También fue miembro fundador, en el año 2003, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, y presidente entre los años 2003 y 2017. En ambos ámbitos encontró la posibilidad de compartir con sus grandes amigos y colegas, muchos de los cuales acompañan las hojas de esta edición de EL DERECHO y de otras obras que se han escrito en su memoria.

Fue fundador de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y miembro de su consejo consultivo (desde 1989), presidente durante los años 2005 y 2007 y, posteriormente, presidente honorario.

Desde 1990, fue miembro correspondiente de las academias nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires (1990), y de Ciencias Morales y Políticas de Buenos Aires desde 1985, y de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba a partir de 1988. Ha integrado el Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires. Y fue miembro titular de la Academia Interamericana de Derecho Internacional y Comparado, de la Inter-American Bar Association, y de la Academia de Derecho del Perú. Ha sido consultor del gobierno de Costa Rica en materia de jurisdicción constitucional, de Naciones Unidas sobre derechos humanos, del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y asesor de varias convenciones constituyentes. Por dos décadas, fue además colaborador experto de la Fundación Konrad Adenauer, y participó de cursos, seminarios y publicaciones.

La Cámara de Diputados de la Provincia de Santa Fe lo declaró “Ciudadano distinguido”. Fue “Ciudadano destacado en Derecho” por la Municipalidad de Rosario, y por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ciudad en que residió gran parte de su tiempo los últimos años.

Entre otras instituciones⁽⁵²⁾, fue miembro de número (1990) de la Academia Interamericana de Derecho Inter-

nacional y Comparado, y de la Inter-American Bar Association. En la Universidad Notarial Argentina fue miembro titular del Instituto de Derecho Procesal y Procesal Constitucional (1987), y del Instituto de Derecho Constitucional (1990). En el Senado de la Nación Argentina, fue miembro correspondiente del Instituto de Derecho Parlamentario (1988). El Centro de Estudios Constitucionales del Perú lo incluyó como Miembro honorario en 1990.

VIII. Reconocimientos

Su generosidad se vio retribuida con múltiples reconocimientos. Desde joven, a través de becas, encontró el apoyo que le permitiera formarse. Así, fue becario de la Municipalidad de Rosario, para cursar estudios primarios y secundarios (1950/58), del Instituto de Cultura Hispánica de Madrid (1964/5 y 1976), del Ministerio de Relaciones Exteriores de España (1976/7), de la Facultad de Derecho Comparado de Estrasburgo (1964), y de la Academia de Derecho Internacional de La Haya (1969).

Recibió 16 doctorados *honoris causa*. Por la Real y Pontificia Universidad Nacional San Francisco Javier de Charcas; Universidad de San Pedro, Perú; Universidad Católica de Salta, Argentina, Universidad de Los Andes, Perú; Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima; Universidad Nacional de Córdoba, Argentina; Universidad San Martín de Porres de Lima, Perú; Universidad de Los Andes, Huancayo, Perú; Universidad Garcilaso de la Vega, Lima, Perú; Universidad UPAGU de Cajamarca, Perú; Universidad Antenor Orrego, de Trujillo, Perú; Universidad Nacional del Altiplano, Perú; Universidad San Pablo de Tucumán. También fue nombrado doctor *honoris causa* por la Universidad Nacional de Tucumán; la Universidad de Aquino (Bolivia) y por la Universidad de Especialidades Espíritu Santo de Guayaquil, Ecuador.

Fue profesor principal honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de San Agustín (Arequipa, Perú, 29/08/90); profesor distinguido, Universidad Externado de Colombia, (Bogotá, mayo de 1992); profesor honorario de Universidad Nacional de Ica (Perú, 30/11/93); profesor honorario vitalicio, Universidad de los Andes (Perú, 24/06/94); Universidad Antenor Orrego (Trujillo, Perú, 05/05/95); Universidad Nacional de Trujillo (Perú, 06/11/96); Universidad César Vallejo (Trujillo, Perú, 08/11/96); Universidad Inca Garcilaso de la Vega (Lima, Perú, 10/10/02); Universidad San Juan Bautista (Lima, Perú, 2005); Universidad Nacional de Piura (2006); Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima, Perú, 21/03/06), Universidad Santa María (Arequipa, Perú, 22/09/08). Profesor honorario de la Universidad Nacional de Panamá; profesor honorario de la Benemérita Universidad de Oaxaca (México); profesor honorario de la Escuela Judicial Federal de México y catedrático invitado en numerosas universidades y escuelas judiciales latinoamericanas y de España, profesor honorario de la Universidad Santa María (Arequipa, Perú, 22/09/08), y, como se ha señalado anteriormente, profesor emérito de Universidad de Buenos Aires, la Universidad Austral, y la Universidad Católica Argentina.

Recibió diversos premios desde el inicio de su carrera: premio anual del Colegio de Abogados de Rosario, concurso de trabajos jurídicos en el 1973; premio anual del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, concurso de trabajos jurídicos en el mismo año 1973; en la Cámara Junior de Buenos Aires, fue elegido como uno de los diez jóvenes sobresalientes del país, especialidad Derecho en 1979; recibió el premio Anual de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba en 1981. En 1987 el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de Argentina le otorgó el Premio Bernardo Houssay;

(49) México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

(50) Editado en México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016.

(51) Publicada por La Ley en 2018.

(52) En el Instituto de Derecho Procesal Constitucional del Colegio de Abogados de Mar del Plata, fue director honorario; en el Instituto

de Derecho Constitucional y Político de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, fue, desde 1990, miembro correspondiente; en el Instituto de Derecho Público y Ciencia Política del Colegio de Abogados de Rosario, fue miembro titular, y exvicepresidente; en el Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, fue miembro del Consejo de Asesores, en el Instituto Argentino de Estudios Legislativos, de la Federación Argentina del Colegios de Abogados, fue miembro de su Sección de Derecho Constitucional; en el Centro de Estudios Procesales de Rosario, fue miembro titular; fue miembro del Consejo de Asesores en el Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario,; en el Instituto Argentino de Estudios Legislativos, de la Federación Argentina de Colegios de Abogados, fue Miembro de su Sección de Derecho Constitucional, y en el Centro de Estudios Procesales de Rosario, fue Miembro titular.

la Corte Superior de Justicia de El Callao, Perú, le otorgó el Diploma de Honor; la Orden de Abogados de Lima, Perú, le otorgó en 1987 el Diploma de miembro honorario; recibió de la Orden de Abogados de la Libertad (Perú), el título de miembro honorario (1995); y la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima, Perú) le otorgó el Diploma de honor (2000), entre muchos otros.

Entre sus reconocimientos, atesoró especialmente el haber recibido en dos oportunidades el diploma de honor de la Fundación Konex (años 1996 y 2006) en la especialidad Derecho Constitucional, la Medalla “José León Barandiarán” por la Universidad Mayor Nacional de San Marcos, Lima; la Condecoración Medalla de Honor del Tribunal Constitucional del Perú (Lima, 2005). Recibió también de ese Tribunal la medalla *post mortem* (Cuzco, 2024). Además, por la Universidad Nacional de Córdoba y por la Universidad Católica de Córdoba: Acto y placa de reconocimiento por su trayectoria académica y docente (Córdoba, 2007) y por la Universidad Católica del Uruguay, la Medalla de la Universidad (2007) y la Orden de Toledo, de manos de su gran amigo Javier Díaz Revorio.

Fue, además, invitado por el Departamento de Estado de los Estados Unidos para el programa internacional sobre El sistema legal de los Estados Unidos (1993); invitado por la Fundación Konrad Adenauer para el programa de El sistema Judicial alemán (Bonn - Münster, 1997), la reunión de cortes y salas constitucionales (Bruselas - Berlín, 2004). También, en el Coloquio sobre Estado de Derecho y Democracia (Petersberg, 2008), y en el Seminario sobre jurisdicción constitucional y Estado de Derecho (Heidelberg, 2009). El Instituto Max Planck lo invitó también al Coloquio sobre Estado de Derecho y derechos humanos, que se realizó en Heidelberg en el año 2009.

IX. Puertas adentro

Puertas adentro fue un hombre generoso, positivo, optimista, entusiasta que atesoraba disfrutar de muchos escenarios, y los compartía. De conversaciones apasionantes y envolventes en las que su cultura en historia, mitología, geografía, filosofía y teoría política se mechaban con anécdotas de viajes inolvidables, con música de fondo de ópera, clásicos, la zarzuela y el ballet. Nos enseñó a disfrutar de teatros y conciertos desde muy corta edad, pasión que continuó con sus nietas y disfrutó hasta casi sus últimos días.

Con una lealtad de hierro a sus creencias, su familia, sus afectos, sus amigos, su querida editorial, cosechó en vida nuestro más absoluto respeto y afecto. Celebraba el éxito ajeno, con la misma intensidad que disimulaba el propio. Siempre entusiasta ante los logros de sus afectos, sus amigos, sus alumnos.

No existía para él otro camino que el del esfuerzo y la honestidad. Nunca quebró sus valores. Defendió a quien consideró los más vulnerables, con una coherencia y fortaleza elogiable. Valoraba las virtudes de cada estudiante, alumno, joven profesional, sin distinción alguna. Cuando en una entrevista, realizada en los últimos meses del año 2023 le consultaron cuál había sido el consejo que había marcado su vida, dijo que eran los consejos que no había querido seguir⁽⁵³⁾. Aquellos que sugerían una “mayor laxitud de valores”, que él nunca pudo aceptar. Gracias a esas negativas frente a tales consejos, él consolidó su propia conciencia de sí mismo, y de su honestidad absoluta. Su indiferencia frente a las tentaciones de los bienes materiales y el poder le dieron una libertad plena y una autenticidad inalterable.

Disfrutaba de las cosas simples. No se veía tentado por los grandes lujos. Era un hombre sencillo y austero, que respondía feliz y maravillado a una comida casera, incluso de las más humildes.

(53) Puede verse la entrevista en: Derecho a la Pasión, “Néstor Sagüés - Derecho a la pasión”, disponible en el canal de YouTube: <https://www.youtube.com/watch?v=9aWojXMPqBY> (fecha de consulta 23/06/2024).

Siendo joven profesor de la Facultad de Rosario de la Universidad Católica, en sus aulas conoció a la mujer con quien compartiera su vida, nuestra madre, María Cristina del Barco. Ella fue la persona tras el volante de su producción, sus viajes, y de su cotidianeidad. Ella tiene el inmenso mérito de haber sido quien le permitió ahondar en sus elucubraciones jurídicas, embarcarse en agotadores periplos en congresos y jornadas, y volver siempre a lo que fuera su remanso. Ella fue la primera interlocutora de sus obras, con quien dialogaba en estadio germinal sus ideas y sugerencias, que luego se plasmaban en sus libros a los que calificó como “bienes gananciales”.

También fue el sólido pilar de un hogar en el que nunca faltaron conversaciones apasionantes y desafiantes, libros, horas de estudio, así como exquisitos asados. Juntos recorrieron innumerables kilómetros en los cinco continentes.

Las memorias de mis primeros años las tengo grabadas desde sus dos metros de altura, porque me llevaba siempre sobre sus hombros, para mí, el lugar más seguro del mundo, del que nunca bajé. En los recuerdos de mi infancia con papá son protagonistas los viajes, sus cuentos y sus charlas. Pero sus charlas, sus conversaciones, son lo que más se extraña. Sus anécdotas, comentarios, aportes se enlazaban en relatos tan fantásticos como inolvidables. Desde chica disfruté de esa dialéctica privilegiada, sin darme cuenta de que serían las mismas tensiones que él me planteaba las que se reiterarían a lo largo de mi vida profesional. Sus consejos, su volver sobre un tema hasta agotarlo, su capacidad de recordar cada planteo, y retomarlo, y sobre todo de escuchar al otro, son elementos arraigados en nuestra historia compartida. Sus diálogos, sus conversaciones, incluso cuando era muy chica, siempre desafiantes e interesantes, son el tesoro máspreciado, que a veces aparece en mis memorias.

Me recuerdo de niña, observando desde lejos sus libros, su impresionante e inmensa biblioteca, el tintineo casi permanente de su máquina de escribir, y su figura alta y delgada leyendo tras sus gafas. No era común poder entrar en su oficina, pero si soy consciente de la cantidad de horas que allí pasaba estudiando, escribiendo. Muchas veces me atreví a mirar por la mirilla de la cerradura, para ver siempre una escena mágica: un hombre disfrutando de su pasión por el derecho.

Su rigor y honestidad nos pusieron una vara sumamente alta. Pero, a la par, fue un incomparable, agudo y divertido compañero de vida. A María Candelaria y a mí nos heredó esa pasión por la Justicia, por el compromiso en el trabajo, y su apego absoluto a los valores que lo forjaron a lo largo de toda su vida.

Es un privilegio enorme haber caminado de su mano, haber compartido sus diálogos, haber reído con su humor e ironía, haber nacido a la luz de su integridad. Fue, y sigue siendo, motor y celebrador de cada uno de mis logros, personales o profesionales. Estaré siempre agradecida de haberlo llamado “papá” y de que mis hijas lo hayan llamado “abuelo”.

Como dije unos días después de su partida⁽⁵⁴⁾, somos todos herederos de sus ideas y su doctrina. Su legado lo hará trascendente, y agradezco a todos los que contribuyen generosamente a ello.

VOCES: CONSTITUCIÓN NACIONAL - PODER EJECUTIVO - PODER LEGISLATIVO - PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES - CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - JURISPRUDENCIA - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - ESTADO NACIONAL - PODER JUDICIAL - DERECHO POLÍTICO - HISTORIA DEL DERECHO - DERECHO CONSTITUCIONAL - JURISDICCIÓN - DIVISIÓN DE PODERES - CONMEMORACIONES - ABOGADO - DERECHO COMPARADO - CULTURA - EDUCACIÓN - UNIVERSIDADES - FILOSOFÍA DEL DERECHO

(54) Sagüés, María Sofía, “Mi padre, nuestro maestro, Néstor Pedro Sagüés (1942-2024): un curioso inagotable”, *El Derecho - Constitucional*, junio 2024, número 6, 24-06-2024. Cita Digital: ED-VDCCXL-837.

En recuerdo de Néstor P. Sagüés...

por DOMINGO GARCÍA BELAUNDE^(*)

La muerte de Néstor P. Sagüés hace unas semanas no me sorprendió, si bien no dejé de lamentarlo. Había estado en Buenos Aires en noviembre de 2023 y no pude conectarme con él ni menos aun reunirnos como hubiera sido mi deseo. Pero sí lo hice con su hija Sofía, fiel heredera y albacea intelectual de su padre. La última vez que nos vimos fue en Madrid, a propósito del XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, que organizó nuestro buen amigo Eduardo Ferrer Mac Gregor, en las instalaciones del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, en el mes de marzo de 2023. Lo vi muy bien y departimos largo durante esos tres días, con otros tantos colegas. Pero después nuestra correspondencia se espacó y temí por eso que las cosas no iban para bien, como efectivamente lo fue.

De Néstor puedo decir que no solo fue compañero y amigo entrañable, sino autor de muchos quilates y fiel heredero de la mejor tradición constitucional argentina, como he tenido oportunidad de contarle en otro momento. Para quienes estamos fuera, la producción argentina en materia constitucional era de lo mejor en América Latina, si dejamos de lado el Brasil, que es otro mundo y con el cual no hemos tenido relación sino hasta hace muy poco. En mis años de estudiante la figura relevante era Carlos Sánchez Viamonte, cuyos libros leíamos con avidez. La figura de Segundo V. Linares Quintana quedaba marginada, porque, por un lado, él no hacía el menor esfuerzo en hacerse presente y por otro, la extensión y el volumen de sus tomos asustaba.

Fue solo a partir de la última semana de agosto de 1975, con el Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional que se lleva a cabo en la ciudad de México

y con el auspicio de la UNAM, que las cosas iban a cambiar, mérito enorme de los colegas mexicanos y argentinos. Ahí conocí mucha gente que iba a frecuentar con los años, pero ahora retengo solo el nombre de Germán J. Bidart Campos y Jorge R. Vanossi. En la práctica, fue Germán el que más se prodigó en el exterior y fue, por cierto, nuestro maestro, amigo y contetulio único durante los años siguientes.

Por motivos que ahora no recuerdo, viajé a un evento a La Plata en 1983, en donde conocí a mucha gente, pero al único que lo encontré disponible para conmigo fue a Néstor P. Sagüés, a quien conocí en esa ocasión. Más aun, tuvo la enorme gentileza de invitarme un par de días a Rosario a dar un par de charlas y conocer el ambiente y a los colegas. A partir de entonces se forjó entre nosotros una amistad no interrumpida, que se extendió a los demás colegas peruanos. Llegó a Lima o mejor dicho al Perú en plan académico recién en 1986, y nunca perdió sus vínculos con nosotros. Estuvo presente en cuanto evento existiese, sea en Lima, Ica, Arequipa, Trujillo, Piura, sea en otros lugares de la sierra como Cusco o en la “incontrastable” ciudad de Huancayo, muy cerca de la histórica Jauja y del virreinal convento franciscano de Ocopa. Y en todas partes cultivó amigos y cientos de admiradores.

En cuanto a su producción, si bien fue algo espaciado al inicio, se centró luego en los procesos constitucionales, de manera especial en el *habeas corpus* y el amparo y por cierto en el recurso extraordinario. Es muy probable que eso se deba a su dedicación a la judicatura. Incluso tal inquietud lo llevó a formar centros y agrupaciones de materia procesal constitucional que tuvieron gran éxito y repercusión en el exterior y fue sin duda alguna uno de sus más destacados adelantos. En sus últimos años tuvo problemas de salud, pero eso no le impidió dedicarse de preferencia a temas constitucionales, de lo que publicó varios volúmenes, que son de lectura obligada. Fue distinguido, además, por varias universidades de su país y del nuestro, entre ellas la de mi Universidad Católica de Lima que le otorgó el doctorado “*honoris causa*”.

La comunidad constitucional peruana se une al duelo de quien consideró y considera como uno de los suyos.

VOCES: CONMEMORACIONES - ABOGADO - CONSTITUCIÓN NACIONAL - DERECHO COMPARADO - CULTURA - EDUCACIÓN - UNIVERSIDADES - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - JURISPRUDENCIA - DERECHO - DERECHO POLÍTICO - PODER LEGISLATIVO - PODER EJECUTIVO - LEY - DIVISIÓN DE PODERES - PODER JUDICIAL - FILOSOFÍA DEL DERECHO

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Ética y política*, por ALBERTO ANTONIO SPOTA, ED, 175-901; *La enseñanza universitaria de la ética de la abogacía*, por ARMANDO S. ANDRUET (h.), ED, 189-920; *Política, derecho, moral, democracia*, por ANTONIO CARLOS PEREIRA MENAUT, ED, 187-1528; *Política, ideología, patria*, por EDUARDO P. AYERRA, ED, 196-847; *Política y derecho. Sobre la enseñanza de la política en la carrera de derecho*, por SERGIO RAÚL CASTAÑO, ED, 196-1040; *Para una teoría general de la política. Pro aris et focis*, por JOSÉ MARÍA MEDRANO, ED, 248-1065; *La ley como decisión política*, por FERMIN PEDRO UBERTONE, EDCO, 2011-725; *Los pasos iniciales de los profesores de derecho*, por JULIO CHIAPPINI, ED, 271-870; *La profesión de profesor profesional de derecho: una alternativa posible y deseable*, por SANTIAGO LEGARRE, ED, 275. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP, 1968), Lima-Perú. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM, 1974), Lima-Perú. Profesor Principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fundador y presidente honorario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional (APDC).

Una imagen de la infancia de Néstor P. Sagüés



Una fotografía de Néstor P. Sagüés en su infancia, cuando era un niño de apenas un año⁽¹⁾

VOCES: CONMEMORACIONES - ABOGADO - CONSTITUCIÓN NACIONAL - CULTURA - EDUCACIÓN - UNIVERSIDADES – DERECHO CONSTITUCIONAL

(1) Agradecemos a María Sofía Sagüés, quien ha autorizado la reproducción de este documento gráfico. Sobre la biografía del maestro, puede verse: Sagüés, María Sofía, “Mi padre, nuestro maestro, Néstor Pedro Sagüés (1942-2024): un curioso inagotable”, *El Derecho - Constitucional*, junio 2024, número 6, 24/6/2024. Cita Digital: ED-V-DCCXL-837. Y también, de la misma autora, el “Prólogo” del libro colectivo: Sagüés, María Sofía (dir.) y Fuentes Santana, Franklin Alejandro (coord.), *La Constitución en Occidente. El legado constitucional de Néstor Sagüés*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2025 [en prensa].

Néstor Pedro Sagüés, un comprometido jurista cristiano

por PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO(*)

En el número 6 de *El Derecho Revista de Derecho Administrativo*, del 26 de junio de este año, se publicó una semblanza, podría decirse, afectiva, donde resalté la figura humana de mi querido amigo. En esta oportunidad, básicamente, repetiré lo que allí escribí⁽¹⁾.

El reconocimiento que corresponde dar al profesor Sagüés está dado por su aporte al derecho público, que no se ciñó solo al derecho constitucional. El derecho administrativo, en especial, mucho le debe a su autoría, puesto que el estudio de sus fuentes normativas y los principios que les dan sentido fueron motivo de tratamiento en sus obras. Temas caros a los administrativistas como los reglamentos, los decretos delegados o los decretos de necesidad y urgencia, lo mismo que los principios generales del derecho, entre ellos el principio de razonabilidad, encuentran en las distintas ediciones de sus obras –siempre actualizadas– un sitio rico y elocuente de juridicidad.

Sus obras, trabajos y exposiciones han sido la manifestación de una persona erudita, no solo en derecho sino también en otros campos culturales, y todo ello dicho y escrito en un lenguaje claro, lineal y ameno, sin que estas virtudes obstaran su profundidad. Las conversaciones con él eran un placer para el interlocutor. Al mismo tiempo eran un encuentro de enseñanza y, por qué no, de discu-

sión académica (más de una vez tuvimos alguna simpática discusión, que él siempre respondía con el ánimo amable y jovial que lo caracterizaba).

Aunaba sus conocimientos con una fe que exteriorizó, plasmó en sus obras y defendió cuando tuvo que dar su opinión académica (como ocurrió frente al aborto), y que la mantuvo firme hasta sus últimos momentos. Acudía a la oración y a los sacramentos en forma constante. En alguna ocasión, coincidimos en las misas dominicales de nuestra parroquia y, durante el camino de regreso (vivía a la vuelta de mi hogar), las charlas que mantenía con mi esposa y conmigo eran un deleite.

Precisamente, la fe no dejaba de estar presente en las conversaciones y en las oportunidades en que los temas obligaban a tratar cuestiones religiosas. Era un cristiano comprometido con su fe, que no tenía ambages en exteriorizarla, y lo hacía en forma prudente, pero no tenía falsos pruritos académicos ni pusilánimes respetos humanos que lo impidieran.

Cuando sabía que estaba próxima su partida hacia el Señor, nos pedía que rogáramos por su alma. En el responsorio, un exalumno de la Facultad de Derecho de la UCA, el padre Tomás Fernández –que lo había atendido en sus últimos momentos–, mientras tocaba las manos del ilustre difunto, le dijo con una sonrisa: “Ahora, Néstor, rezá por todos nosotros” (la afabilidad del profesor Sagüés había generado una amistad con su confesor).

Para el profesor Sagüés, y por lo que nos deja, bien vale recordarlo con este versículo del Apocalipsis: “Dichosos los muertos que mueren en el Señor. Desde ahora [...] que descansen de sus fatigas porque sus obras los acompañan” (Ap. 14,13).

Descansa en paz, querido Néstor.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *EL DERECHO*: *Ética y política*, por ALBERTO ANTONIO SPOTA, ED, 175-901; *La enseñanza universitaria de la ética de la abogacía*, por ARMANDO S. ANDRUET (h.), ED, 189-920; *Política, derecho, moral, democracia*, por ANTONIO CARLOS PEREIRA MENAUT, ED, 187-1528; *Política, ideología, patria*, por EDUARDO P. AYERRA, ED, 196-847; *Política y derecho. Sobre la enseñanza de la política en la carrera de derecho*, por SERGIO RAÚL CASTAÑO, ED, 196-1040; *Para una teoría general de la política. “Pro aris et focis”*, por JOSÉ MARÍA MEDRANO, ED, 248-1065; *La ley como decisión política*, por FERMÍN PEDRO UBERTONE, EDCO, 2011-725; *Los pasos iniciales de los profesores de derecho*, por JULIO CHIAPPINI, ED, 271-870; *La profesión de profesor profesional de derecho: una alternativa posible y deseable*, por SANTIAGO LEGARRE, ED, 275. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Profesor emérito de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

(1) Coviello, Pedro J. J., “Néstor Pedro Sagüés”, *El Derecho - Revista de Derecho Administrativo*, junio 2024, número 6, 27-06-2024. Cita Digital:ED-V-DCCLVII-285.

VOCES: CONMEMORACIONES - ABOGADO - CONSTITUCIÓN NACIONAL - DERECHO COMPARADO - CULTURA - EDUCACIÓN - UNIVERSIDADES - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - JURISPRUDENCIA - DERECHO - DERECHO POLÍTICO - PODER LEGISLATIVO - PODER EJECUTIVO - LEY - DIVISIÓN DE PODERES - PODER JUDICIAL - FILOSOFÍA DEL DERECHO

Néstor P. Sagüés en su Primera Comunión



Retrato de Néstor Pedro Sagüés el día de su Primera Comunión

El jurista nunca abandonó su fe católica, que lo acompañó en cada paso y hasta sus últimos días⁽¹⁾.

VOCES: CONMEMORACIONES - ABOGADO - CONSTITUCIÓN NACIONAL - CULTURA - EDUCACIÓN - UNIVERSIDADES – DERECHO CONSTITUCIONAL

(1) Agradecemos a María Sofía Sagüés, quien ha digitalizado y autorizado la reproducción de este documento. Sobre la vocación de Sagüés como abogado católico, véase, en este número: Coviello, Pedro J. J., “Néstor Pedro Sagüés, un comprometido jurista cristiano”, *El Derecho - Constitucional. Edición Especial. Suplemento en homenaje a Néstor Pedro Sagüés*, 2025 [en prensa] y Coviello, Pedro J. J., “Néstor Pedro Sagüés”, *El Derecho - Revista de Derecho Administrativo*, junio 2024 - número 6, 27/6/2024. Cita Digital: ED-V-DCCLVII-285. También Chiappini recordaba la fe del maestro: “Sagüés fue católico practicante [...] Asistía a misa, se confesaba y comulgaba. Tal vez la religión, tal vez esa fe, le permitieron escapar a la maldición de Thoreau en Walden o la vida en los bosques: ‘Todo hombre es una callada desesperación’. Para el católico, la muerte es el fin del principio [...]”. Chiappini, Julio, “Néstor Pedro Sagüés”, *El Derecho - Diario*, Tomo 307, 28/6/2024. Cita Digital: ED-V-DCCXLV-602.

El recuerdo de Néstor Pedro Sagüés y su método taxonómico

por ROBERTO ANTONIO PUNTE^(*)

Néstor Pedro Sagüés, autor prolífico, muchas veces doctor, concentró su atención, en su etapa ya madura como investigador y docente, en el Derecho Procesal Constitucional. Precisamente, uno de sus aportes más originales ha sido desarrollar un método taxonómico de clasificación de las sentencias de la Corte Suprema.

Se denomina así –taxonomía– a la ciencia de la clasificación de los reinos de los seres vivos, generada por el científico sueco Carlos von Linneo⁽¹⁾, que ha sido aceptada universalmente, según criterios de clasificación cada vez más afinados⁽²⁾. Esta sistematización ha sido extremadamente útil en el avance de las ciencias vinculadas a las especies. Y no cabe duda de que si hay algo vivo en las ciencias sociales es el Derecho: con su constante evolución y cambio en la regulación de los actos humanos, y en esa distinción que, señala Aristóteles, diferencia la comunicación de los animales respecto de los seres humanos, únicos capaces, de hablar sobre el bien y sobre el mal, sobre lo justo y sobre lo injusto.

Sagüés –impulsado por su incansable pasión analítica y dotado de una inteligencia abierta al discernimiento de las diferencias– generó su propio criterio clasificatorio para las distintas categorías de sentencias. Fue un aporte central al análisis de la especialidad que cultivó en sus últimos años, el Derecho Procesal Constitucional. Sabido es que fondo y forma integran el proceso. Es decir que no se puede prescindir en la asignación, como nos enseñaba en sus clases Werner Goldschmidt, de potencia y de impotencia que se realiza, ya sea a través de las conmutaciones personales, ya por la adjudicación judicial, según criterios de justicia previos al conflicto, que se tienen por válidamente aceptados por las partes, que discrepan sobre el reparto de sus respectivos derechos y obligaciones, según el principio de legalidad.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *La acción declarativa y los controles de constitucionalidad, de supremacía federal y de legalidad*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2006-382; *Control de convencionalidad como método de supremacía de los tratados internacionales: hacia un nuevo rumbo en la jurisprudencia nacional*, por CARLOS ALBERTO FOSSACECA, EDCO, 2010-580; *Aspectos del control de constitucionalidad con motivo de una sentencia constitucional (preámbulo, tratados y modulación)*, por DIEGO A. DOLABIAN, EDCO, 2010-226; *Recurso extraordinario federal: análisis de la causal de arbitrariedad referida al excesivo rigor formal en la sentencia (actualización jurisprudencial de la CS)*, por JULIETA TENEV, ED, 251-749; *El control de convencionalidad en el sistema de control de constitucionalidad argentino*, por ROMINA ARIANA DÍAZ, ED, 253-684; *Supremacía constitucional y control judicial de constitucionalidad. Aclaraciones conceptuales*, por PEDRO A. CAMINOS, EDCO, 2015-378; *La Argentina en el mundo de los sistemas de control de constitucionalidad*, por PEDRO A. CAMINOS, EDCO, 2015-520; *Conversación sobre la jurisprudencia actual de la Corte Suprema y el control de constitucionalidad*, por MIRTHA ABAD, EDCO, 2015-539; *La doble instancia como garantía convencional*, por TORIBIO ENRIQUE SOSA, ED, 257-780; *El exceso ritual manifiesto y la renuncia del juez a la búsqueda de la verdad jurídica objetiva como supuestos de arbitrariedad procesal*, por ALEJANDRO A. FIORENZA, ED, 257-718; *La Corte de Lorenzetti*, por ALFONSO SANTIAGO, EDCO, 2018-680; *Un apunte sobre la organización de los tribunales federales*, por ALBERTO B. BIANCHI, EDCO, 2018-636; *Las sentencias exhortativas de la Corte Suprema y el margen de apreciación provincial*, por PILAR OCAMPO, EDCO, 2019; *La difícil formación de consensos en la Corte Suprema. Un análisis de algunos casos de los últimos cinco años de su jurisprudencia*, por JORGE ALEJANDRO AMAYA, El Derecho Constitucional, Noviembre 2021 - Número 11; *La Corte Suprema de Justicia de la Nación y el ejercicio colegiado de sus funciones no jurisdiccionales*, por SERGIO MARIO BAROTTO, ED, 307. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Abogado (UCA). Traductor público nacional (UBA). Profesor Emérito de Derecho Constitucional (UCA). Mediador matriculado. Director del Centro de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho (UCA).

(1) Von Linneo propuso en su obra clasificar los reinos animal, vegetal y mineral en inicialmente 7 taxones básicos, luego multiplicados: reino, filo, clase, orden, familia, género, especie. Cada taxón o taxon agrupa por sus características más distintivas los distintos organismos. Linné, Carl von, *Systema Naturae*, 1735. *Facsimile of the First Edition*, Engel, Hendrik y Engel-Ledeboer, M. S. J. (editores y traductores), HES & De Graaf Publishers, 1964.

(2) Para el *Diccionario de la Real Academia Española*: “Taxonomía: Del gr. τάξις táxis ‘ordenación’ y -nomía. 1. f. Ciencia que trata de los principios, métodos y fines de la clasificación. Se aplica en particular, dentro de la biología, para la ordenación jerarquizada y sistemática, con sus nombres, de los grupos de animales y de vegetales. 2. f. clasificación (|| acción de clasificar). Sin.: clasificación, categorización, sistemática” [consultado el 21/10/2024 en: <https://dle.rae.es/taxonom%C3%ADa>].

Por eso he elegido para estas páginas recordatorias⁽³⁾ este tema, para centrarme en la personalidad analítica y a la vez en la motivación didáctica que llevó a que Néstor adoptara este procedimiento y lo afinara al máximo. He elegido como guía su aporte a un seminario publicado en México, junto con su hija María Sofía, referido a la “Tipología y efectos de las sentencias constitucionales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina”⁽⁴⁾. En este trabajo, se desarrolla la cuestión con soporte en ejemplos concretos, y es además uno de los últimos escritos que publicara, por lo que cabe considerar que mejor refleja su pensamiento en esta materia.

Afirman los autores que nuestra Corte Suprema es uno de los tribunales más prolíficos del mundo en cuanto a la resolución de casos. Agregan que, si bien se percibe “como un ‘Tribunal de garantías’ o de ‘derechos constitucionales’”, en el sentido de que es su deber tutelarlos, se ha deslizado hacia un sistema “híbrido”⁽⁵⁾ con “matices procesales propios de un sistema concentrado (como pronunciamientos aún ante la inexistencia de caso, con efecto expansivo o derogatorio, incluso a futuro, entre otros)”⁽⁶⁾.

Cimentan su base clasificatoria al distinguir entre las sentencias “típicas”: es decir, aquellas “que declaran o rechazan la inconstitucionalidad de un precepto (‘admisorias’ o ‘estimatorias’ [...])”, en contraposición con las “desestimatorias”⁽⁷⁾. Y, a continuación, enumeran una vasta gama de sentencias “atípicas”, “que no siempre calzan dentro de la anterior categoría de fallos ‘admisorios’ o ‘desestimatorios’”⁽⁸⁾.

Se trata de las sentencias “interpretativas” de “normas subconstitucionales ‘conforme’ o ‘de acuerdo’ con la Constitución”. Así, llevan “a proponer (y exigir) al operador jurídico, una interpretación ‘armonizante’ o adaptadora entre la regla inferior (ley, decreto, resolución, etcétera), y la superior (la Constitución)”⁽⁹⁾.

Algunas sentencias, asimismo, tienen sustancia legislativa (es el caso de “Sejean”⁽¹⁰⁾ o de “F. A. L.”⁽¹¹⁾). Hay sentencias, reconocen los autores, “con alto impacto (activistas, nomogenéticas e incluso estructurales)”⁽¹²⁾, ante “otras con aplicación exclusiva al caso, o que rechazan recursos por incumplimiento de requisitos formales, como un tope máximo de renglones”⁽¹³⁾.

Califican a algunas sentencias, sin ánimo peyorativo, como “manipulativas”, por “adición” o “sustracción”, a veces “con enormes proyecciones económicas”⁽¹⁴⁾. Entre esas sentencias, refieren el caso “Massa”⁽¹⁵⁾, o “Vizzoti”⁽¹⁶⁾ y su aplicación a decenas o miles de casos más o menos iguales.

[3] Otras palabras de recuerdo se publicaron en: Punte, Roberto A., “Fallecimiento de Néstor Pedro Sagüés (1942-2024). ¡Y a los maestros, hasta siempre!”, *El Derecho - Constitucional*, junio 2024, número 6, 24/6/2024. Cita Digital: ED-V-DCCXL-839.

[4] Sagüés, Néstor P. y Sagüés, María Sofía, “Tipología y efectos de las sentencias constitucionales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina”, en Figueroa Mejía, Giovanni A. (coord.), *Tipología y efectos de las sentencias constitucionales, regionales y supranacionales*, Ciudad de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tomo I, 2022, pp. 183 - 228.

[5] Sagüés, Néstor P. y Sagüés, María Sofía, “Tipología y efectos...”, p. 187.

[6] Sagüés, Néstor P. y Sagüés, María Sofía, “Tipología y efectos...”, p. 187.

[7] SAGÜÉS, NÉSTOR P. y Sagüés, María Sofía, “Tipología y efectos...”, p. 187.

[8] Sagüés, Néstor P. y Sagüés, María Sofía, “Tipología y efectos...”, p. 189.

[9] Sagüés, Néstor P. y Sagüés, María Sofía, “Tipología y efectos...”, p. 189.

[10] CSJN, “Sejean, Juan Bautista c/ Ana María Zaks de Sejean”, 1986, Fallos: 308:2268.

[11] CSJN, “F. A. L. s/ medida autosatisfactiva”, 13/03/2012, Fallos: 335:197.

[12] Sagüés, Néstor P. y Sagüés, María Sofía, “Tipología y efectos...”, p. 186.

[13] Sagüés, Néstor P. y Sagüés, María Sofía, “Tipología y efectos...”, p. 186.

[14] Sagüés, Néstor P. y Sagüés, María Sofía, “Tipología y efectos...”, p. 191.

[15] CSJN, “Massa, Juan Agustín c/ PEN-DTO 1570/01 y otro s/ amparo”, 27/12/2006, Fallos: 329:5913.

[16] CSJN, “Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A, s/ antigüedad art. 245 LCT modif. Art. 153 LE2”, 14/09/2004, Fallos: 327:3677.

Otras son las “exhortativas” o “apelativas”, “con aviso” o “de encargo”, que “asumen distintas modalidades”. En términos generales, en ellas el Tribunal encomienda al legislador el dictado de una nueva norma⁽¹⁷⁾ o curso de acción, en reemplazo de lo actual. En esta clasificación ubican al fallo “Verbitsky”, en el que la Corte Suprema receptó un “*habeas corpus* colectivo de tipo ‘correctivo’” referido a las condiciones carcelarias⁽¹⁸⁾; “Rosza”, sobre designación de jueces subrogantes⁽¹⁹⁾; “Badaro”, en cuanto encomienda al Congreso la sanción de una ley nueva de movilidad jubilatoria⁽²⁰⁾; “Mendoza”, un fallo sobre materia ambiental, en el que el Tribunal recordó la necesidad de designar al Defensor del Pueblo⁽²¹⁾; y también al fallo de la Corte Suprema referido al supuesto de regulación de las acciones de clase: “Halabi”⁽²²⁾.

Hay “exhortativas” –dicen Néstor Pedro y María Sofía Sagüés– dirigidas a órganos judiciales determinados sobre el “respeto del debido proceso, o del derecho a la justicia pronta, o a evitar vicios procesales”⁽²³⁾, o a respetar los criterios jurisprudenciales de la propia Corte Suprema, que ponen de manifiesto la autoridad del Tribunal como cabeza del Poder Judicial. Algunas veces, incluso, esas exhortaciones se dirigen a los otros poderes del Estado.

Otra categoría, expuesta en un trabajo previo de Sagüés, recoge el difícil caso de las que denomina “sentencias colectoras”, exclusivas de los tribunales colegiados, como la propia Corte Suprema⁽²⁴⁾. Aparecen cuando los “jueces coinciden en su parte resolutive (por unanimidad o con votos concurrentes, todo ello sin perjuicio de los disidentes), pero no así en sus fundamentos”⁽²⁵⁾, de modo que la resolución no está sustentada en una base común de los argumentos vertidos. Así, dice el autor, “ellas ‘colectan’ o reúnen votos con argumentos distintos, que no construyen, en lo esencial, una doctrina mayoritaria o *holding*. Por ello, algunos las llaman, incluso, ‘sentencias con falsa mayoría’”⁽²⁶⁾. Nuestra Corte Suprema ha considerado que, en tales sentencias, puede configurarse el defecto de arbitrariedad, pues, por no cumplir lo resuelto con la exigencia de configurar la debida derivación razonada del derecho vigente o por representar una ruptura del derecho al debido proceso. Es que todo “fallo tiene que constituir una unidad lógica y jurídica, cuya validez depende no solamente de coincidencias en la parte dispositiva”⁽²⁷⁾, sino de una correlativa convergencia de los fundamentos del voto mayoritario. No se exige unidad textual sino una “mínima concordancia lógica y argumental”⁽²⁸⁾. Sin embargo, observa Sagüés, la propia Corte Suprema ha incurrido en este tipo de sentencias, por razones que pueden resumirse en que se ha preferido cumplir el deber judicial de dar resolución oportuna al caso planteado⁽²⁹⁾, permitiéndose a la vez un debate abierto en el discurso previo, que no obstante queda zanjado en la unidad definitoria de la parte dispositiva.

En todos estos casos, el mérito de análisis clasificatorio permite discernir aquello que, en cierto modo, se presenta

disimulado en los términos formales del lenguaje jurídico. Muestra las tramoyas ocultas detrás de los decorados de los razonamientos y argumentos vertidos como fundamento y simplifica la comprensión de lo que se quiere decir.

Algunos descreen del método⁽³⁰⁾. Y, personalmente, junto con quienes actualizamos la obra del Carlos María Bidegain⁽³¹⁾, seguimos su criterio narrativo más vinculado a lo histórico genético. Pero esto no significa crítica, sino simplemente que se prefirió transitar otra vía en la didáctica de la materia.

Pero no cabe duda de que la clasificación ayuda. Ayuda a explicar, ayuda a comprender. Ayuda a ver más profundamente que no todas las sentencias son iguales, que existen matices profundos que diferencian y permiten una clasificación, en donde el juez –en este caso, la Corte Suprema– se acerca o se aleja de la aplicación automática de reglas, para asumir etapas creativas como corresponde al buen juez, frente al caso que así lo exige, pues, como todos sabemos, no son iguales unos a otros y requieren muchas veces soluciones novedosas.

Así fue que –a raíz de la aparición judicial de nuevos institutos procesales– se creó e instaló como rama de la enciclopedia jurídica el Derecho Procesal Constitucional, destinada al estudio de esas instituciones afines. Es el caso del amparo, desarrollado a partir del clásico *habeas corpus*, hoy abierto a su vez en numerosas variables (entre las que se cuentan, el amparo preventivo, colectivo, de los consumidores, de la réplica, de salud, de la intimidad). Y también de las acciones de clase, los *amicus curiae*, y de otros institutos, aun en ciernes, como la mediación intrajudicial, los auxiliares en la ejecución de sentencias, los desarrollos en materia constitucional del *iura novit curia* y los diálogos interjurisdiccionales. Es que cada caso exige una flexibilidad de método que lleve a soluciones apropiadas, y, en tal sentido, entender la exacta ubicación de la temática, como se ha dicho, ayuda. Muy lejos esto de la pretensión de los revolucionarios franceses de la aplicación automática de la ley tal como estaba escrita, o de los rígidos precedentes del *stare decisis* y tal vez de la riesgosa aplicación de inteligencia artificial a la función jurídica de resolver cuestiones a veces inciertas o ambiguas, a partir de algoritmos, cuyas fuentes y mecanismos de asociación cognitiva no están generalmente al alcance de la comprensión de quienes operan con tales sistemas.

En definitiva, en este recordatorio de amigo, he querido reflejar y homenajear la capacidad creativa de Néstor. Y, al mismo tiempo, mostrar cómo la doctrina puede abrir caminos de mejor acceso a la siempre esquiva justicia humana, para ayudar a estudiosos y operadores a discernir lo que dicen o pretenden decir las entrañas de las sentencias publicadas.

VOCES: DERECHO CONSTITUCIONAL - CONSTITUCIÓN NACIONAL - PODER JUDICIAL - SENTENCIA ARBITRARIA - SENTENCIA DEFINITIVA - SENTENCIA CONDENATORIA - SENTENCIA DECLARATIVA - DIVISIÓN DE PODERES - DERECHO PROCESAL - PROCESO JUDICIAL - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - JURISPRUDENCIA - RECURSO EXTRAORDINARIO - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - PODER LEGISLATIVO - JURISDICCIÓN - COMPETENCIA ORIGINARIA - PROCESO ORDINARIO - CÁMARAS DE APELACIONES - FILOSOFÍA DEL DERECHO

(30) Cfr. Cuniberti, Gilles y Segovia González, Manuel José, “La clasificación de los sistemas jurídicos. Taxonomía, enseñanza y progreso del conocimiento”, *Revista Electrónica. Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, UBA, Núm. 24 (2020): (junio - noviembre 2020), pp. 122-140. Disponible en: <http://revistas.derecho.uba.ar/index.php/revista-gioja/article/view/75/55> (fecha de consulta: 27/10/2024).

(31) Bidegain, Carlos María, *Curso de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, en cinco tomos.

(17) Sagüés, Néstor P. y Sagüés, María Sofía, “Tipología y efectos...”, p. 193.

(18) Sagüés, Néstor P. y Sagüés, María Sofía, “Tipología y efectos...”, p. 193.

(19) CSJN, Rosza, “Carlos Alberto s/ recurso de casación”, 23/05/2007, Fallos: 330:2361.

(20) CSJN, “Badaro, Adolfo Valentín c/ Anses s/ reajustes varios”, 08/08/2006, Fallos: 329:3089.

(21) CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios -Daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo”, 24/08/2006, Fallos: 329:3445.

(22) CSJN, “Halabi, Ernesto c/ PEN-LEY 25873- DTO. 1563/04 s/ amparo Ley 16986”, 24/02/2009, Fallos: 332:111.

(23) Sagüés, Néstor P. y Sagüés, María Sofía, “Tipología y efectos...”, p. 201.

(24) Sagüés, Néstor P., “Las sentencias ‘colectoras’”, *El Derecho - Diario*, Tomo 255, 829, 11/12/2013, Cita Digital: ED-DCCLXXIV-269.

(25) Sagüés, Néstor P., “Las sentencias ‘colectoras’”.

(26) Sagüés, Néstor P., “Las sentencias...”.

(27) Sagüés, Néstor P., “Las sentencias...”.

(28) Sagüés, Néstor P., “Las sentencias...”.

(29) Sagüés, Néstor P., “Las sentencias...”.

Néstor Pedro Sagüés y la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario

por ANALÍA ANTIK^(*)

Néstor Pedro Sagüés se recibió de abogado en 1963, con solo 21 años. Fue el primer egresado de la Escuela de Derecho y se le asignó el Legajo N.º 1. Por razones que desconozco, no impartió clases de grado en nuestra Facultad, sin perjuicio de lo cual sus obras fueron de consulta obligada para el estudio del Derecho Constitucional en nuestra casa. Fue una persona eternamente dispuesta a participar en cuanto evento se lo invitara. Siempre muy generoso, disruptivo y convocante.

Corría el año 1998 y estábamos organizando, en Rosario, las Primeras Jornadas de Jueces Municipales de Faltas de la República Argentina. El evento coincidió con una reforma de gran envergadura del Tribunal de Faltas que se estaba llevando adelante. Habían acudido a nuestra ciudad más de cien jueces de todo el país. El planetario fue el lugar de encuentro. No recuerdo exactamente todo lo que dijo, pero sí las caras atentas de los asistentes durante su presentación y una que otra carcajada causada por algunas de sus ocurrencias divertidas, que mechaba en la profundidad de su discurso.

Nos dejó conferencias y clases agudas y provocadoras. Contamos con él para un sinfín de actividades de posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (UNR). Varias veces abrió los cursos de la Maestría en Derecho Público y participó como director o docente en cursos acreditables para esa carrera y el Doctorado en Derecho.

Para destacar, recordamos la clase inaugural de la Maestría impartida en 2016, junto al ministro de la Corte Suprema de la Nación –doctor Horacio Rosatti–, titulada “Control de Convencionalidad. Pautas para la eficaz aplicación e interpretación a nivel nacional de los tratados y estándares internacionales de Derechos Humanos”, que

colmó el Aula Magna de la Facultad de docentes, estudiantes y graduados.

También generó gran repercusión el seminario sobre “Experiencias constitucionales comparadas argentino-norteamericanas”, organizado junto a la Fundación Nueva Generación Argentina, en el que reunió a profesores argentinos con estudios de posgrado en Estados Unidos, con quienes compartimos momentos altamente enriquecedores.

Fueron muchas e inolvidables las participaciones académicas de Néstor Pedro Sagüés en la facultad de Derecho de la UNR. Sus correos electrónicos para organizar actividades eran muy detallados y ordenados. Por ejemplo, en uno de ellos –luego del saludo de rigor–, sugería una reunión en su domicilio para ultimar los detalles, indicándonos que era un lugar apto para estacionar, por si queríamos ir en automóvil. Luego, nos refería un listado de todas las tareas que había que llevar adelante y el plazo y modalidad de su cumplimiento. Ello siempre de manera propositiva y a fin de que dejáramos de volar y concretáramos los pendientes cuanto antes. Ya en su casa, nos regalaba una extraordinaria vista al Río Paraná y una charla tranquila y edificante, sin los apuros que expresaba en su comunicación electrónica previa.

En el año 2013, con motivo del 50 aniversario de su graduación como abogado, recibió un reconocimiento especial de la facultad. Nos obsequió un discurso exquisito, otra vez con el Aula Magna desbordada.

El 27 de junio último, la Facultad celebró el 65 aniversario de la Escuela de Derecho. Sagüés fue destacado como representante del claustro de graduados, en una ceremonia muy emotiva, pues tan solo habían pasado unos días de su desaparición física.

Nos quedan sus obras, su palabra, su pensamiento crítico, su mirada comprometida y el grato recuerdo de la buena mesa compartida. En lo personal, me aferro a sus mensajes de WhatsApp y a los correos electrónicos que guardaré por siempre.

Para la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario será siempre su primer graduado y un protagonista académico insustituible que se extraña y se recuerda con mucho cariño.

VOCES: CONMEMORACIONES - ABOGADO - CONSTITUCIÓN NACIONAL - DERECHO COMPARADO - CULTURA - EDUCACIÓN - UNIVERSIDADES - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - JURISPRUDENCIA - DERECHO - DERECHO POLÍTICO - PODER LEGISLATIVO - PODER EJECUTIVO - LEY - DIVISIÓN DE PODERES - PODER JUDICIAL - FILOSOFÍA DEL DERECHO

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Ética y política*, por ALBERTO ANTONIO SPOTA, ED, 175-901; *La enseñanza universitaria de la ética de la abogacía*, por ARMANDO S. ANDRUET (H.), ED, 189-920; *Política, derecho, moral, democracia*, por ANTONIO CARLOS PEREIRA MENAUT, ED, 187-1528; *Política, ideología, patria*, por EDUARDO P. AYERRA, ED, 196-847; *Política y derecho. Sobre la enseñanza de la política en la carrera de derecho*, por SERGIO RAÚL CASTAÑO, ED, 196-1040; *Para una teoría general de la política. “Pro aris et focis”*, por JOSÉ MARÍA MEDRANO, ED, 248-1065; *La ley como decisión política*, por FERMÍN PEDRO UBERTONE, EDCO, 2011-725; *Los pasos iniciales de los profesores de derecho*, por JULIO CHIAPPINI, ED, 271-870; *La profesión de profesor profesional de derecho: una alternativa posible y deseable*, por SANTIAGO LEGARRE, ED, 275. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Directora de la Maestría en Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Ex secretaria académica de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

Néstor Pedro Sagüés (in memoriam)

por ALFREDO M. VÍTOLO(*)

Con estas palabras, quiero sumarme al merecido homenaje de la editorial EL DERECHO al querido maestro Néstor Pedro Sagüés quien nos dejara, físicamente, hace poco más de un año.

Sus pergaminos académicos son notables: dos doctorados en Derecho, por la Universidad de Madrid y por la Universidad Nacional de Rosario, once doctorados *honoris causa*, Medalla de Honor del Tribunal Constitucional del Perú; miembro de las Academias Nacionales de Ciencias Morales y Políticas, de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y de Córdoba, de la Academia Interamericana de Derecho Internacional y Comparado y de la Academia de Derecho del Perú; Ciudadano Distinguido por la Cámara de Diputados de la Provincia de Santa Fe y Ciudadano Destacado por la Municipalidad de Rosario. Dos veces ganador del premio Konex y presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, y dan cuenta de su fecunda labor académica.

Sin embargo, estos pergaminos no son nada comparados con su don de gente y su capacidad de transmitir conocimientos a las generaciones más jóvenes. Amable en el trato y siempre dispuesto a la conversación franca, siempre era un placer escucharlo.

Cuando la Universidad Austral, a fines de 2023, organizó unas jornadas en su homenaje, estando ya enfermo, se señaló allí que se llama “maestro” no solo a quien da una clase o conoce la materia que enseña, sino que un verdadero maestro es aquel que trasciende al aula, generando escuela y discípulos. Y Néstor P. Sagüés cumplió en exceso con esta condición.

Al revisar y recordar sus múltiples exposiciones y trabajos, podemos apreciar que, en ellos, Néstor no solo nos muestra su gran erudición y agudo análisis, sino que nos transmite y comparte sus conocimientos y el producto de sus investigaciones de una manera didáctica, amable, entusiasmando a quien lo escucha o lee, debatiendo razonadamente sus ideas, y llevando a que se sienta el deseo permanente de querer seguir profundizando. Eso es lo que define verdaderamente a un maestro.

(*) Abogado, UBA. Master of Laws, Harvard Law School. Profesor de Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Miembro de los Comités Ejecutivos de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, de la Asociación Argentina de Derecho Comparado y de la Asociación Argentina de Derecho Parlamentario. Miembro del Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y del Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Miembro del “Seminario de investigación de proyecciones constitucionales (SePC)” (Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina).

Néstor P. Sagüés, en sus posturas doctrinarias, ha sido un revolucionario. Por una parte, ha sido uno de los primeros y principales cultores y desarrolladores, no solo en nuestro país, sino en América Latina, del modelo del Derecho Procesal Constitucional. Cabe, entre sus muchas obras sobre esta temática, citar su *Derecho Procesal Constitucional* en cuatro tomos (Introducción y control de constitucionalidad, Recurso Extraordinario, Amparo y Hábeas Corpus), que lleva ya varias ediciones, como también su *Compendio de Derecho Procesal Constitucional*, todos ellos publicados por Editorial Astrea. Su actividad en esta área lo llevó a fundar y presidir durante varios años el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.

Néstor fue, además, de los primeros en advertir que el Derecho Constitucional, producto del Estado-nación y del principio de soberanía, se vería influenciado, limitado y, podríamos decir, interpelado, por el nuevo fenómeno del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, enfatizando la necesidad de que ambos sistemas, el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se embarquen en un necesario e interdependiente diálogo, siendo un referente para toda América en este tema. Cómo no recordar, entre otros, su libro *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución Nacional a la Constitución Convencionalizada*, publicado en México por la editorial Porrúa, en 2016.

Profesor en varias universidades, siempre procuró que sus ideas fuesen expuestas de modo claro y didáctico, destacándose por su sistemática que permitía a estudiantes e investigadores navegar de un modo sencillo por las complejidades del mundo del derecho público.

La ausencia de Néstor se hará sentir y sus ideas perdurarán por muchos años, y servirán de base para que nuevas generaciones construyan nuevas teorías sobre los cimientos puestos por su doctrina.

Vaya, entonces, mi homenaje y recuerdo al querido maestro, quien abrió esta puerta planteando nuevos desafíos intelectuales y de enormes consecuencias prácticas para el Derecho Constitucional argentino y latinoamericano.

VOCES: CONMEMORACIONES - ABOGADO - CONSTITUCIÓN NACIONAL - DERECHO COMPARADO - CULTURA - EDUCACIÓN - UNIVERSIDADES - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - JURISPRUDENCIA - DERECHO - DERECHO POLÍTICO - PODER LEGISLATIVO - PODER EJECUTIVO - LEY - DIVISIÓN DE PODERES - PODER JUDICIAL - FILOSOFÍA DEL DERECHO

Una imagen, dos maestros del derecho constitucional argentino



Germán J. Bidart Campos y Néstor Pedro Sagüés en una fotografía que inmortaliza la complicidad entre los profesores⁽¹⁾

En el año 2005, Néstor P. Sagüés –entonces presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional (AADC)– homenajeaba a su maestro y amigo, Germán J. Bidart Campos, quien había fallecido a fines del año anterior⁽¹⁾.

(*) Agradecemos a María Sofía Sagüés, quien ha autorizado la reproducción de este valioso documento gráfico.

En esa ocasión, Sagüés lo presentaba como “el primer constitucionalista de Iberoamérica” y relataba cómo había sido la primera vez que conversaron: “Cada uno tiene el derecho de preservar su imagen preferida de Bidart Campos. En mi caso, deseo hacerlo con la que conservo desde el primer día en que lo conocí, en una soleada tarde madrileña del otoño de 1964, cuando visitó nuestro Colegio Mayor Guadalupe, en la ciudad universitaria: joven en aquel momento (había cumplido treinta y seis años), humilde, con sólida erudición, alegre, y muy afectuoso con los entonces veinteañeros que nos acercábamos, con admiración y respeto, a conocer a un jurista que comenzaba a renovar el derecho político y el derecho constitucional de la época. Fácil para el diálogo, accesible con todos, nos dejó un recuerdo imborrable, preludio de una intensa amistad de varias décadas”⁽²⁾.

VOCES: CONMEMORACIONES - ABOGADO - CONSTITUCIÓN NACIONAL - CULTURA - EDUCACIÓN - UNIVERSIDADES - DERECHO CONSTITUCIONAL

(1) Para conocer más sobre Germán J. Bidart Campos, puede verse: María Gabriela Ábalos (dir.); Manili Pablo L. (coord.), *El Derecho - Constitucional, Edición Especial. Homenaje a Germán J. Bidart Campos, a 20 años de su fallecimiento*, 30/9/2024, disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/18874> (fecha de consulta: 15/8/2025).

(2) Cfr. Sagüés, Néstor P., “Homenaje a Germán J. Bidart Campos (Instituto Gioja, UBA, 10 de noviembre de 2005)”, *El Derecho - Constitucional*, Tomo 2005, 763, 9/12/2005. Cita Digital: ED-DC-CLXVIII-422.

Néstor Pedro Sagüés y la acción de hábeas corpus

por ARMANDO MARIO MÁRQUEZ(*)

Dar tratamiento a un instituto jurídico obviando su evolución histórica significa exponer un panorama incompleto de este, presentar una verdad a medias. A contrario de eso, el maestro Sagüés nos da un ejemplo de cómo se debe investigar al ocuparse de la acción de hábeas corpus en su tratado de *Derecho Procesal Constitucional*⁽¹⁾.

En efecto, el citado autor hace un pormenorizado análisis de la evolución histórica de ese instituto, desde antaño hasta la contemporaneidad de la publicación. Así, nos enteramos del primer asomo de la acción en el –¿cuándo no!– Derecho Romano con el “*Interdicto de homine liberis exhibendis et ducendis*” por el que se reclamaba la liberación de un hombre libre dolosamente detenido, de donde, además, podemos recoger el más remoto antecedente del impulso de la acción contemplada por el artículo 5 de la actual Ley 23.098, que en nuestro medio la reglamenta, ya que se preveía que se trataba de una especie de acción popular toda vez que “compete a todos porque a ninguno se ha de impedir que favorezca la libertad”.

Nos transporta luego al siglo XIII, y nos posiciona en el derecho de Aragón y su llamado “Juicio de manifestación de las personas”, en sus tres vertientes: manifestación de personas privadas, manifestación de jueces y manifestación por vía privilegiada, remedio utilizado para preservar la libertad de las personas, sabiamente definido como “el derecho más preciado del reino”, de modo que se introdujo aquí la novedad de que también se aplicaba para evitar tratamientos desaprensivos a los detenidos, que conforma hoy parcialmente la procedencia de la ac-

ción que nos ocupa a la luz de lo normado por el inciso 2 del artículo 3 de la Ley 23.098. Es de notar que en el referido instituto también se mantiene la posibilidad irrestricta de que cualquier persona ponga en marcha el procedimiento tendiente a evitar los abusos ya señalados.

Contemporáneamente con ello, nos presenta el derecho británico, donde se produce una suerte de explosión del instituto con la sanción por parte de Juan sin Tierra de la Carta Magna de 1215, y la aparición de los “*Writ*”, en realidad: “*Writ of right remedial mandatory*”, que podemos traducir y definir como “una orden según derecho reparadora e imperativa”, que contó con varias expresiones, las que el citado autor nos presenta en detallada forma.

Dentro de estos últimos resalta la existencia del “*Writ de habeas corpus ad subjiciendum*”, que es el que, en realidad, se adecua a lo que hoy tenemos por hábeas corpus, porque por el mismo se exigía a quien tuviera privada de su libertad ambulatoria a una persona a hacerla comparecer ante las autoridades judiciales y explicar los motivos de ello. Es de notar que esta versión existía ya en la práctica anterior a la sanción de la Carta Magna, y es receptada expresamente por ella en su artículo 48 al disponer que “nadie podrá ser arrestado, aprisionado ni desposeído de sus bienes, costumbres y libertades sino en virtud del juicio de sus pares según las leyes del país”, norma que ha sido considerada el “alma del documento”, al decir de Arthur Sutherland, citado puntualmente por el profesor Sagüés en su obra.

Por fin, nos dice que posteriormente a la Carta Magna aparece la Carta de Enrique III del año 1224, la que confirmaba en su artículo 29 la garantía precedentemente citada. Pero, los estatutos ingleses que explícitamente la proclaman y reglamentan son la célebre “*Habeas corpus act*” de 1679 del rey Carlos II (la llamada “segunda Carta Magna”) en su artículo 31 y el acta de 1816 (“*1816 act*”) del rey Jorge III en su artículo 56.

Así, en prieta síntesis, la completa evolución histórica de la acción de hábeas corpus, que nos presenta el referido autor, nos permite tener un conocimiento cabal del instituto en la actualidad.

En efecto, para hacer una correcta lectura de la operatividad y el alcance de un instituto jurídico no podemos soslayar su pasado, y, de ese modo, concluir en una adecuada interpretación.

El maestro Sagüés, una vez más, nos muestra el camino.

VOCES: DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - HÁBEAS CORPUS - JURISPRUDENCIA - CONSTITUCIÓN NACIONAL - DERECHO CONSTITUCIONAL - DERECHO PROCESAL - PROCESO JUDICIAL - JUECES - DERECHO POLÍTICO - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - TRATADOS INTERNACIONALES - ORGANISMOS INTERNACIONALES - TRIBUNALES INTERNACIONALES - DERECHOS HUMANOS

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *¿Habeas corpus o hábeas data?*, por LUIS R. CARRANZA TORRES, ED, 214-866; *La acción de hábeas corpus como integrante del sistema constitucional de resguardo de derechos y garantías*, por ARMANDO MARIO MÁRQUEZ, EDCO, 2004-621; *Habeas corpus y la causa de la libertad*, por JORGE HORACIO GENTILE, EDCO, 2006-679; *Del Estado de derecho al estado de justicia*, por IRIDE ISABEL MARÍA GRILLO, EDCO, 2010-552; *Algunas inquietudes en torno al control de convencionalidad*, por MATÍAS SUCUNZA, EDCO, 2013-327; *Aportes a los nuevos derechos y garantías desde la jerarquización de los instrumentos internacionales en la interpretación jurisprudencial*, por MARÍA GABRIELA ÁBALOS, EDCO, 2014-620; *El debido proceso tras los muros. Jurisprudencia de la Cámara Federal de Casación Penal en materia de hábeas corpus*, por FRANCISCO J. CROCIONI, ED, 265-647; *Evolución histórica de la acción de hábeas corpus*, por ARMANDO M. MÁRQUEZ, EDCO, 2016-569; *El debido proceso tras los muros. Jurisprudencia de la Cámara Federal de Casación Penal en materia de hábeas corpus*, por FRANCISCO J. CROCIONI, ED, 265-647; *El hábeas corpus interamericano*, por ARMANDO RAFAEL AQUINO BRITOS, EL Derecho Constitucional, Julio 2022 - Número 7. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Presidente del Centro de Estudios Constitucionales del Comahue. Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Miembro Titular del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. Miembro de Número de la Junta de Estudios Históricos del Neuquén.

(1) Sagüés, Néstor P., *Derecho Procesal Constitucional. Hábeas Corpus. Ley 23.098 comentada y concordada con las normas provinciales*, 2.ª edición, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo Ricardo Depalma, tomo IV, 1988.

Néstor Pedro Sagüés: un constitucionalista visionario

por NÉSTOR OSVALDO LOSA^(*)

“La demora de la justicia significa injusticia”
WALTER S. LANDOR

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. – II. DOCTRINA EN MATERIA LOCAL-FEDERALISMO. – III. DERECHOS HUMANOS. – IV. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. – V. A MODO DE CIERRE.

I. Introducción

Es un verdadero honor recordar a quien se encuentra para siempre dentro de una cúpula idealizada de Juristas, con mayúscula, de los siglos XX y XXI. Reconocido en el mundo y responsable de formar profesionales y docentes que siempre lo han valorado con respeto y afecto, fue un prolífico autor de obras de gran valía, muchas de lectura indispensable en todos los ámbitos del derecho y con expansión académica bien ganada en el mundo por su calidad, producto de una férrea investigación científica que siempre desarrolló.

¿Quién no ha leído sus obras que están para *aggravar* nuestra biblioteca con temáticas profundizadas sobre derecho público? ¿Quién no ha disfrutado de sus amenas exposiciones catedráticas claras y contundentes, que nos deleitaron por su pasión e información actualizada al servicio de los oyentes en diversos foros? Hemos sentido profundamente su deceso en plena producción dogmática, que era su placer y lo evidenciaba como brillante autor. En lo personal, me afectó mucho, realmente mucho, el día en que su hija Sofía me dio la noticia de su estado de salud terminal; ese día estaba en el Senado de la Nación, en una jornada académica matutina; confieso que no olvidaré lo impactante que fue para mí. Pocas semanas después recibí la fatal noticia.

Tal vez se pregunten por qué me tuvo tan mal este proceso. Confieso que, entre otras historias de vida que constituyen hitos personales, a Néstor lo conocí en junio del año 1985, en la Ciudad de Corrientes, en el II Congreso Nacional de Jueces de Faltas de la República Argentina. Fueron cuatro días de intensas y muy debatidas jornadas con muchos asistentes que lucían conocimientos de alto nivel, pero que además se mezclaban directa o indirectamente para enriquecer el todo del encuentro en distintos rubros. Y así se confluía en lo académico de excelencia, lo político en su apogeo y lo funcional, en tiempos de recuperación democrática e institucional cercana en lo temporal.

Sagüés, Zaffaroni y Madueño –entonces presidente de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional y profesor de Derecho Constitucional en la UBA– fueron los conferencistas invitados especiales. Los tres eran profesores y magistrados, y sus conferencias abrieron debates tan intensos –y si se quiere, federales– como nunca más presencié. Y más aún, fue en ese Congreso donde debuté como expositor en derecho público.

En ese Congreso, Néstor Pedro Sagüés fue el que más aportó académicamente y, en lo discursivo, fue conciso y rico en citas bibliográficas y experiencias funcionales, no solo en mi opinión, sino también en la compulsiva colectiva ulterior que se realizó sobre el resultado de todo el evento, que además contó con apoyo nacional, provincial y municipal.

Sagüés fue un ser generoso que amaba lo humanitario y, con una destacable cultura general, se entregaba con pasión admirable al estudio del derecho y las ciencias sociales para transmitir conocimientos sin egoísmos. Tam-

bién fue un consejero noble que nos ilustraba con su respeto e inteligencia natural.

II. Doctrina en materia local-federalismo

En este homenaje no abarcaré más que algunos principios de los muchos que inspiró y desarrolló Sagüés. Uno de ellos fue el referido a la autonomía municipal, desarrollado desde lo histórico y relacionado con las vivencias fácticas. Fue un valor destacable que imponía en sus trabajos. Nos refería que, en el siglo XIX, nos encontrábamos ante “un municipio arrinconado entre las provincias y el poder central de Buenos Aires” y que, en el siglo XX, esa histórica realidad paulatinamente iba cambiando.

En su provincia, Santa Fe, se había valorado la autonomía en la Constitución local de 1921 y los opositores a la autarquía que promovía Rafael Bielsa y su Escuela del Litoral –que dirigía como líder temperamental y con una inteligencia innegable– iban adoptando una posición diferente y separándose de las ideas autárquicas. Así, Alcides Greca y Salvador Dana Montaña, siguiendo de alguna manera a Lisandro de la Torre (todos oriundos de Santa Fe), fueron desplazando del derecho administrativo al derecho municipal la figura del municipio. Y, por lo tanto, al analizar las funciones políticas comunales y la autonomía que, para ellos debía integrar toda municipalidad, el tema era parte integrante del derecho constitucional y básicamente componía el contenido del derecho público provincial y municipal, que también devenía autónomo como rama del derecho público.

Republicano y federalista en su pensamiento y discurso, sostenía la tríada de poderes en los municipios y, en charlas varias y positivas que hemos tenido muchos años atrás, me animó con algunas de sus ideas a realizar la tesis doctoral que venía relegando por años, después de haber aprobado los cursos de doctorado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA. Agradezco una vez más ese empuje que me brindó para elaborar el trabajo traducido en tesis.

Es por esas circunstancias que, al concretar mi primer libro, el prólogo lo escribió Néstor Pedro Sagüés y ese honor eterno fue plasmado en 1990⁽¹⁾: “Resulta siempre grato prologar una obra sobre derecho municipal. Es como abrir la puerta a un derecho vivo, fluctuante, cotidiano, tal vez el más próximo al hombre ‘real y situado’, según la feliz expresión de Burdeau. Aquí concluyen las teorizaciones y las tentaciones del academicismo, porque comienzan los problemas inmediatos de la **persona** como **vecino**: un protagonista con el que todos nos sentimos identificados”⁽²⁾; así inicia el prólogo mencionado, rico en contenido y muy valioso en lo doctrinal.

Nuestro homenajeado estaba muy preocupado por la inacción que se visibilizaba, y de hecho persiste, respecto a que Santa Fe no haya efectuado una reforma constitucional moderna pese a la modificación profunda y extensa que, en 1994, se materializó precisamente en esa capital y en Paraná. Junto con Mendoza, son los estados locales que adeudan una reforma constitucional pese al tiempo transcurrido. Y si el derecho es dinámico, la mora en activar modernidad en las cartas superiores provinciales es un retroceso jurídico. Esto complica fundamentalmente a las ciudades y con ello a las personas físicas y jurídicas que las componen. Al efecto, la Corte Suprema de la Nación, el 29 de octubre de 2020, sentenció la causa “Asoc. Pers. Munic. las Colonias c/Fed. Sind. Trab. Munic. Festram y otros s/acción de amparo”⁽³⁾ y en ella exhortó a la provincia de Santa Fe a readaptar su constitución de 1962 a lo normado en el artículo 123 de la Constitución Nacional y, con ello, a que se eviten litigios sobre autonomía municipal que se generan con leyes que contradicen la preciada herramienta que constituye la autonomía.

En otro aspecto vinculado con la temática comunal, Sagüés –en opinión que he compartido por su génesis

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *EL DERECHO: Ética y política*, por ALBERTO ANTONIO SPOTA, ED, 175-901; *La enseñanza universitaria de la ética de la abogacía*, por ARMANDO S. ANDRIET (H.), ED, 189-920; *Política, derecho, moral, democracia*, por ANTONIO CARLOS PEREIRA MENAUT, ED, 187-1528; *Política, ideología, patria*, por EDUARDO P. AYERRA, ED, 196-847; *Política y derecho. Sobre la enseñanza de la política en la carrera de derecho*, por SERGIO RAÚL CASTAÑO, ED, 196-1040; *Para una teoría general de la política. “Pro aris et focis”*, por JOSÉ MARÍA MEDRANO, ED, 248-1065; *La ley como decisión política*, por FERMÍN PEDRO UBERTONE, EDCO, 2011-725; *Los pasos iniciales de los profesores de derecho*, por JULIO CHIAPPINI, ED, 271-870; *La profesión de profesor profesional de derecho: una alternativa posible y deseable*, por SANTIAGO LEGARRE, ED, 275. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Abogado. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UBA). Profesor Consulto de Derecho Constitucional (UBA). Ex Juez y Camarista de Faltas de la ciudad de Buenos Aires.

(1) El libro aludido de mi autoría es: Losa, Néstor O., *Justicia municipal y autonomía comunal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1991.

(2) Véase Sagüés, Néstor P., “Prólogo”, en Losa, Néstor O., *Justicia municipal y autonomía comunal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1991. El resalado es añadido.

(3) CSJN, Fallos: 343:1389, 29/10/2020.

democrática— sostenía que no era menester reformar la Constitución federal para que por una norma del poder constituido se admitiera la elección directa del intendente de la Capital Federal —es decir, de la Municipalidad de Buenos Aires— por medio del sufragio de los vecinos porteños. Esta tesis no fue aceptada y luego apareció el nuevo art. 129 de la Constitución Nacional, reformado en 1994.

III. Derechos humanos

La personalidad nacional que se evoca fue un digno y ferviente defensor de los derechos humanos y un estudioso de las convenciones y tratados o pactos internacionales que sostenían estos derechos y sus alcances dentro de la esfera de nuestro plexo jurídico integral. Fue un impulsor de interpretaciones amplias y ha recorrido muchísimos países del mundo explicando y analizando fallos internacionales de las máximas autoridades universales en esta materia.

En la obra colectiva *Jornadas sobre el Pacto de San José de Costa Rica*, editada en 1988 por la Asociación Argentina de Derecho Constitucional (AADC), abordó el conflicto de competencias que el Pacto plantea con relación a la doble jurisdicción que instrumenta. Sagüés sostiene que las facultades de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos son de tipo instructorio, *prevencional* o conciliatorio, pero duda sobre el derecho que tiene este ente para constituirse *in situ* en un país suscriptor del Pacto. Luego, se interroga sobre las potestades de la Corte Suprema nacional y el rol de la Corte Interamericana. Estas inquietudes bien debatidas lo fueron antes de la reforma de 1994 y ante la inexistencia del art. 75, inc. 22, pero me agrada releer este libro colectivo, precursor por la magnitud del temario y la calidad de los escritores⁽⁴⁾. Sagüés, además, fue un digno presidente de la AADC y desde esa valiosa institución fomentaba debates en esta área polémica por su uso político de algunos sectores; un debate que no podía ser eludido en lo judicial ulterior y en la currícula universitaria.

En obras posteriores y con la evolución de la convencionalidad, Sagüés fue profundizando sus análisis sobre los tratados y los decisorios de las entidades supranacionales. Siempre lo hizo con claridad y el entusiasmo que lo caracterizó en la enseñanza del derecho. Tenía el don de saber escuchar y de ser abierto en los análisis, lo que no es común vislumbrar en el ambiente académico. El tópico de derechos humanos fue motivo de discusiones de envergadura, muchas veces ásperas, en la década del ochenta. La jurisprudencia contradictoria antes de la reforma de 1994 daba material para el disenso. Él supo diagramar sus posturas con seriedad y serenidad, generadas siempre en un estudio profundo de cada ítem.

IV. Derecho procesal constitucional

Tal vez, en mi modesta opinión, Sagüés puso el mayor esfuerzo, pasión y desarrollo intelectual en lo que originariamente se discutía como disciplina autonómica, el “derecho constitucional procesal” o “derecho procesal constitucional”, o bien como una rama del derecho constitucional subsumida dentro de esa clásica asignatura. La denominación mencionada en el subtítulo es la que se consolidó de manera definitiva y, para desarrollarla, nuestro homenajeado organizaba jornadas, talleres y seminarios para materializar el intenso tratamiento del contenido de este espacio del derecho público. Recuerdo haber sido expositor invitado por él en las “II Jornadas de Derecho Procesal Constitucional” celebradas en la Pontificia Universidad Católica Argentina los días 15 y 16 de octubre de 1992. Integré ese panel con los profesores Francisco D’Álora y Miguel Ángel Ekmekdjian, y fue muy rico en el debate.

De la valiosa producción escrita en esta materia, destaco un trabajo que recomiendo pese al tiempo transcurrido desde su edición. Me refiero al artículo “El derecho procesal constitucional en la Constitución de Cádiz. Una mirada desde su bicentenario” (2014)⁽⁵⁾.

Allí —en sus palabras y con cita de Héctor Fix Zamudio— Sagüés explicita conceptualmente al “derecho procesal constitucional”, asevera que comprende, en sentido estricto, a la magistratura constitucional y a los procesos constitucionales; agrega que “...[n]o obstante [...], en] una acepción más amplia, muchos incluyen los temas constitucionales concernientes a las garantías del debido proceso...”. En esa labor, nos introduce en la Constitución de Cádiz de 1812 con un paso previo por la de Bayona de 1808; esta no poseía en su contenido un régimen de control judicial o extrajudicial de constitucionalidad. Sí nos cuenta que pese a ello el orden judicial era independiente.

Su estudio apunta al encasillamiento de la magistratura y las garantías en el derecho constitucional del siglo XIX y a cómo se intentaba una búsqueda de abreviación de los procesos penales. Esta vívida argumentación, que realza la magistratura con la celeridad procesal y la vigencia efectiva de las garantías procedimentales, fue su eje doctrinal —no el único— más resaltado y que tan claramente exponía en clases y conferencias. Muchos admiramos pedagógicamente los ejemplos que marcaban a fuego los conceptos o definiciones aparentemente teóricas, pero que se transformaban en *praxis*, en realismo, en prospectiva, aunque no en pocas oportunidades manejaba la ejemplificación por el camino sinuoso del absurdo. De esta forma, se retenía con fuerza la explicación temática expuesta.

En función de esta línea doctrinal, la bibliografía que generó Sagüés es inmensa en cantidad y calidad; ello es público y notorio como lo fue su perfil de estudioso incansable. Consecuentemente, muchos de sus textos son de lectura obligada en nuestro país y en el exterior. Rescato especialmente la profundidad con la que trató la acción de amparo que, desde su nacimiento pretoriano hasta la sanción de las normativas que los reglamentaron y hasta llegar a la incorporación constitucional de este instituto procesal, fue materia de disputas doctrinales y variadas resoluciones judiciales que continúan. Existe una deuda legislativa seria, pues no se ha dictado ninguna ley que adecue la acción de amparo a la reforma constitucional y, en especial, no se ha fijado una reglamentación que ensamble la acción a la realidad que, producto de la tecnología y de la inteligencia artificial vivimos, o que se adapte a las mutaciones constantes en los organismos que integran las estructuras profesionales jurídicas, a lo que se adiciona la nueva forma que adquirió la administración de Justicia. Todos estos cambios llevan a que lo existente en la materia sea arcaico. En este contexto, se observan dilaciones en los procesos, de modo que, en muchos casos, más que amparo presenciamos o sufrimos desamparo. Al generarse esta herramienta procesal en los famosos casos “Siri” (1957)⁽⁶⁾ y “Kot” (1958)⁽⁷⁾, con razón, se pensaba seriamente en la viabilidad de nuevo plexo jurídico y, si bien se lo legisló, no muy felizmente, la dinámica del derecho público y hoy la virtualidad, junto a nuevas demandas sociales, indica claramente que la reformulación de los viejos preceptos debería tener prioridad, que permitan intentar cierto equilibrio o predicción en lo judicial.

Hemos explicitado el amparo y la preocupación de falta de actualización en lo legislativo. Esto se debe a que, a diferencia de lo que ocurría en las décadas del sesenta, setenta y parte de la del ochenta, esta acción —a veces denominada “recurso”— no era muy utilizada. Se trataba de un operar excepcional. Tal vez no existía tanta arbitrariedad en esos períodos señalados, quizás existía un mayor respeto a la Constitución, no se descarta que el consenso para lograr finiquitar una relación u obrar conflictivo o disvalioso no era imposible y lo extrajudicial imperaba o una oportuna audiencia evitaba litigar.

Pero eran otros tiempos, las “emergencias” que se decretaban eran excepcionales, atemperadas y por lapsos no tan amplios en lo temporal. En los últimos tiempos esas emergencias pasaron a tener un primer plano en ámbitos diversos y, con ello, se dio rienda suelta a un accionar arbitrario de poderes políticos y se justificó fallar contra leyes positivas y derechos adquiridos o despojando de constitucionalidad a complejidades fácticas. Fatalmente, estos de alguna manera considerados atropellos abrieron el pórtico a la acción expeditiva y rápida del amparo (aunque, de hecho, a veces es lo opuesto a rápido). Y la tendencia con cambios “estructurales extremos”, desde la

(4) AAVV, *Jornadas sobre el Pacto de San José de Costa Rica*, Buenos Aires, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 1988.

(5) Sagüés, Néstor Pedro, “El derecho procesal constitucional en la Constitución de Cádiz. Una mirada desde su bicentenario”, De Peralta y Carrasco, Manuel; Silva Sánchez, Antonio; Velásquez Ramírez, Ricardo y Acedo Penco, Ángel (dir.), *Estudios jurídicos de aproximación del derecho latinoamericano y europeo*, Madrid, Dykinson, 2014, págs. 299-307.

(6) CSJN, “Siri, Ángel”, Fallos: 239:459, 1957.

(7) CSJN, “Samuel, Kot SRL”, Fallos: 241:334, 1958.

gestión o decretos de necesidad y urgencia cuestionables, requiere remedios judiciales y, va de suyo que, en primer lugar, se prefiere este medio *amparístico* como forma de lograr justicia en menor tiempo.

En épocas de facto, de gobiernos no constitucionales, la figura más utilizada era (lamentablemente, por la motivación de lo que se constataba) el *habeas corpus* –única herramienta procesal expeditiva–. Hoy, por suerte, esta sumarísima acción, contemplada en la Constitución Nacional (art. 43) y en la ley 23.098 de 1984, es de uso mínimo cotejada con otros procesos del mismo art. 43. No ocurre lo mismo con el amparo que aumenta geométricamente, al igual que otras medidas de cierta similitud que también se interponen en los tribunales en la búsqueda de remedios cautelares. Tal vez se abuse del amparo, pero tal vicio igualmente tiene su génesis en los viejos, largos y poco efectivos procesos judiciales que deberían reestructurarse sustancialmente para que la injusticia de lo *kafkaiano* desaparezca.

También nuestro homenajeado nos legó un verdadero tratado sobre el *habeas corpus*, en el tomo cuarto de su obra de *Derecho procesal constitucional*⁽⁸⁾. Esta obra forma parte de la bibliografía indicada de muchas cátedras

(8) Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional: Habeas Corpus*, Buenos Aires, Astrea, 1988, tomo 4. Esta obra cuenta con varias actualizaciones y ediciones.

de Derecho Constitucional, Procesal y Penal. Es quizás la más completa sobre tan valioso y complejo tema de la antigua figura que persigue proteger la libertad y dignidad física del ser humano en el derecho público.

V. A modo de cierre

Este sencillo, pero afectivo, homenaje que tengo el honor de narrar nos lleva a pensar que aquellos que lucharon por el derecho –como lo hizo el profesor, magistrado y notable jurista que fue el amigo doctor Néstor Pedro Sagüés– no solo son dignos guías, indispensables para los operadores de las ciencias jurídicas; también deben ser ameritados en las instituciones públicas que conforman los diferentes niveles de gobierno en nuestro país y en las repúblicas occidentales que tanto lo respetaron y valoraron por su entrega a transmitir sus valiosos y profundos conocimientos. Nunca olvidaremos a este verdadero maestro y su digno legado intelectual.

VOCES: CONMEMORACIONES - ABOGADO - CONSTITUCIÓN NACIONAL - DERECHO COMPARADO - CULTURA - EDUCACIÓN - UNIVERSIDADES - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - JURISPRUDENCIA - DERECHO - DERECHO POLÍTICO - PODER LEGISLATIVO - PODER EJECUTIVO - LEY - DIVISIÓN DE PODERES - PODER JUDICIAL - FILOSOFÍA DEL DERECHO

Un retrato de Néstor P. Sagüés



Néstor P. Sagüés, en 1980, con sus características gafas⁽¹⁾

VOCES: CONMEMORACIONES - ABOGADO - CONSTITUCIÓN NACIONAL - CULTURA - EDUCACIÓN - UNIVERSIDADES – DERECHO CONSTITUCIONAL

(1) Agradecemos a María Sofía Sagüés, quien ha autorizado la reproducción de este retrato. Para conocer más del profesor, puede verse: Sagüés, María Sofía, “Mi padre, nuestro maestro, Néstor Pedro Sagüés (1942-2024): un curioso inagotable”, *El Derecho - Constitucional*, junio 2024, número 6, 24/6/2024. Cita Digital: ED-V-DCCXL-837. Y también, el “Prólogo” a la obra: Sagüés, María Sofía (dir.) y Fuentes Santana, Franklin Alejandro (coord.), *La Constitución en Occidente. El legado constitucional de Néstor Sagüés*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2025 [en prensa].

Néstor P. Sagüés: un homenaje, un libro y una anécdota

por ENRIQUE H. DEL CARRIL^(*)

Sumario: I. EL HOMENAJE. – II. EL LIBRO. – III. LA ANÉCDOTA.

I. El homenaje

Son pocos los autores que podemos encontrar en todas y cada una de las bibliotecas de la Argentina; no me refiero a las bibliotecas públicas o de las instituciones académicas, sino a la biblioteca de cualquier juzgado, estudio jurídico o escribanía, a lo largo y a lo ancho de nuestro país. Esto es lo que ocurre con la enorme producción académica de Néstor Pedro Sagüés. Nadie que tenga una relación más o menos cercana con lo jurídico o que haya pasado por las aulas de una facultad de Derecho podría decir que, al menos, no escuchó hablar de él.

La enorme tarea que llevó a cabo en la sistematización y enseñanza del derecho procesal constitucional es, probablemente, uno de los más grandes aportes modernos que se hicieron al derecho constitucional argentino. Sus libros sobre amparo, recurso extraordinario y tantos otros son, hoy, una referencia ineludible en la materia. Pero en esta ocasión, a modo de excusa para un merecido homenaje, quiero traer a colación otro libro de nuestro querido maestro.

Quizás sea un libro menos conocido (si vale esta frase para algo de lo que escribió), pero me permitirá recorrer algunos aspectos del pensamiento de Sagüés y, además, compartir una pequeña anécdota personal sobre la obra y que –creo– retrata a la perfección a su autor.

II. El libro

La obra en cuestión es *El tercer poder: notas sobre el perfil político del Poder Judicial*, publicada en el año 2005⁽¹⁾. Es un libro de algo más de trescientas páginas en el que Sagüés aborda, con la claridad con la que nos tenía acostumbrados, toda la problemática y tensión que involucra al Poder Judicial.

Existen muchos trabajos académicos sobre el Poder Judicial y los jueces, sobre independencia, activismo, legitimación y tantos otros temas vinculados con este poder del estado; existen también muchos y grandes trabajos acerca de lo que Bidart Campos denominaba “derecho constitucional del poder” en el que se abordan los aspectos esenciales de los tres poderes del Estado. Pero, al menos en lo que a mí respecta, no conozco ninguna obra que dedique al Poder Judicial un análisis tan pormenorizado y profundo y que recorra, con el dinamismo y la erudición analítica de Sagüés, estos temas.

El libro aborda, lisa y llanamente, todas y cada una de las cuestiones complejas y controversiales de la naturaleza del Poder Judicial y ahonda sobre ellas, las clasifica y aclara. Analiza desde la materia –más filosófica si se quiere– de la legitimación democrática del Poder Judicial hasta la más prosaica de la intangibilidad de sus sueldos en el derecho argentino.

Estructurado en cuatro secciones, el libro comienza por los principios de teoría política sobre el Poder Judicial: su lugar en la división de poderes, la legitimación de los jueces y su papel dentro del estatus constitucional del de-

recho. En la segunda parte, titulada “Vertebración y operatividad del Poder Judicial”, recorre los aspectos éticos y políticos del perfil del juez, la difícil cuestión de la autarquía y autonomía del Poder Judicial en general y de cada magistrado en particular para concluir con un interesante recorrido sobre el papel de los tribunales constitucionales y su función dentro del sistema.

En la parte tercera analiza la responsabilidad del Poder Judicial ante la sociedad. Toma como punto de partida tres cuestiones fundamentales de esta relación: la participación de los jueces en la construcción de la seguridad jurídica, su protagonismo en las situaciones de emergencia (tan desgraciadamente comunes en nuestro país y en Latinoamérica) y otros dos temas, más específicos, pero complejos: el papel de los jueces ante las amnistías y en la vigencia de los derechos sociales.

Por último, bajo el sugestivo título “Los frentes de batalla”, Sagüés se hace cargo de los temas conflictivos del Poder Judicial: el “nuevo” papel de los tribunales constitucionales y los espacios de tensión con los otros poderes del Estado, el presente y futuro de las cuestiones políticas no justiciables, la inserción de los consejos de la magistratura en la lógica constitucional, el papel de la interpretación constitucional y los conflictos de poderes.

Este rápido recorrido por la obra muestra aquella característica que mencionara: Sagüés tenía una capacidad poco común de “recorrer el espinal” de cualquier institución o tema del derecho constitucional desde sus causas primeras hasta sus aplicaciones concretas y prácticas. Pero el propósito de este trabajo no es “presentar” una obra, sino utilizarla como un homenaje a su autor, como una manera de aprehenderlo. De allí que no ahondaré más en los contenidos del libro, sino que destinaré los próximos párrafos a resaltar algunas de las virtudes de nuestro admirado Néstor Pedro Sagüés.

Una de las características diferenciales en toda su producción académica y en su labor de docencia es su gran capacidad para tomar un instituto cualquiera del derecho constitucional y hacer dos cosas, con maestría y simpleza: diseccionarlo y clasificarlo.

En la disección lograba hacer un análisis completo de sus aspectos elementales, de modo que permitía al lector comprender el fenómeno jurídico en cuestión. Y luego lo clasificaba para entregarnos una guía segura de la dinámica de los elementos esenciales identificados y de su aplicación a la vida jurídica. Viene a mi memoria, por ejemplo, su análisis del *habeas data* y la clasificación según el criterio del objeto para el que podía utilizarse esta garantía⁽²⁾.

El libro *El tercer poder: notas sobre el perfil político del Poder Judicial* es un buen ejemplo de esto. La obra es un auténtico panóptico que observa su objeto de estudio desde todos los puntos de vista posibles, incluso desde su proyección a futuro. Y, en esa tarea, Sagüés analizó, clasificó y ordenó.

Esta capacidad, que le era innata, es con toda probabilidad lo que hace que cada uno de sus libros no solo tuviera una inmediata recepción en la comunidad académica, sino que fuera percibido por los profesionales del derecho como una guía esencial para el trabajo diario.

III. La anécdota

Compré este libro cuando era secretario académico de la Maestría en Magistratura y Derecho Judicial de la Universidad Austral. Este posgrado es, precisamente, un recorrido por la naturaleza y funciones de la magistratura, por lo que no podría ser más ajustado a mis intereses.

Néstor Pedro Sagüés era –por supuesto– uno de los profesores destacados de ese posgrado, uno de los más admirados y esperados por los alumnos. Sus clases contaban con asistencia perfecta.

Tenía ese magnetismo de los grandes profesores, que no necesitan (como todos nosotros) de muletas didácticas para mantener la atención durante las largas horas de clase. Su figura alta, casi desgarrada, transmitía un entusias-

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Ética y política*, por ALBERTO ANTONIO SPOTA, ED, 175-901; *La enseñanza universitaria de la ética de la abogacía*, por ARMANDO S. ANDRUET (H.), ED, 189-920; *Política, derecho, moral, democracia*, por ANTONIO CARLOS PEREIRA MENAUT, ED, 187-1528; *Política, ideología, patria*, por EDUARDO P. AYERRA, ED, 196-847; *Política y derecho. Sobre la enseñanza de la política en la carrera de derecho*, por SERGIO RAÚL CASTAÑO, ED, 196-1040; *Para una teoría general de la política. “Pro aris et focis”*, por JOSÉ MARÍA MEDRANO, ED, 248-1065; *La ley como decisión política*, por Fermín Pedro Ubertone, EDCO, 2011-725; *Los pasos iniciales de los profesores de derecho*, por JULIO CHIAPPINI, ED, 271-870; *La profesión de profesor profesional de derecho: una alternativa posible y deseable*, por SANTIAGO LEGARRE, ED, 275. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Abogado (UCA). Magíster en Derecho y Magistratura Judicial (Universidad Austral). Profesor de Derecho Constitucional (UCA), Derechos y garantías (UCA), Argumentación jurídica (UCA y Universidad Austral) y Derechos Humanos (UFASTA). Diplomado en Humanidades Digitales (UFASTA).

(1) Sagüés, Néstor Pedro, *El tercer poder: notas sobre el perfil político del poder judicial*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005.

(2) Sagüés, Néstor Pedro, “Subtipos de Hábeas Data”, JA 1995-IV-352.

mo y una alegría permanente de la que era difícil sustraerse. Por sobre todo, se destacaba su entusiasmo: alguna pregunta (tengo en mi recuerdo, por ejemplo, una sobre el control de convencionalidad) disparaba una admirable (e imparable) explicación, cruzada por anécdotas personales y un recorrido vivencial sobre el “derecho comparado”, sobre lo que estaba ocurriendo alrededor del mundo en el tema en cuestión.

El derecho constitucional vivo, vívido, vivido.

Uno de esos días, antes de que comenzara la clase, le comenté que había comprado y leído *El Tercer Poder*. Se interesó por mi opinión y me agradeció vivamente por haberlo comprado, como si fuera un autor novel que descubre que alguien lo ha leído, como si no fuera el autor indiscutido, indispensable, para cualquiera que se dedica al derecho constitucional.

Es que su prestigio (su fama, podríamos decir) no lo afectaba; es más, parecía sorprenderle. Ese rasgo de humildad, tan poco común en ciertos ámbitos, es probable-

mente otra de las características diferenciales de su personalidad.

Cuando me enteré de la triste noticia de su partida, como un pequeño homenaje digital, hice una imagen (un “meme”) que retrataba a Néstor Pedro Sagüés mientras era recibido en el cielo por Juan Bautista Alberdi, quien se alegraba por su llegada porque tenía algunos interrogantes sobre la Constitución.

No tengo duda de que esa conversación está ocurriendo en este momento. ¡Cómo deben estar disfrutando!

VOCES: CONMEMORACIONES - CONSTITUCIÓN NACIONAL - ABOGADO - DERECHO COMPARADO - CULTURA - EDUCACIÓN - UNIVERSIDADES - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - JURISPRUDENCIA - DERECHO - DERECHO POLÍTICO - PODER LEGISLATIVO - PODER EJECUTIVO - LEY - DIVISIÓN DE PODERES - PODER JUDICIAL - FILOSOFÍA DEL DERECHO

En el fondo de las cosas: una semblanza de Néstor Pedro Sagüés

por FRANCO GATTI^(*)

Conocí a Néstor Sagüés cuando ya caminaba pasos más suaves, aunque pasos que ocupaban un buen espacio, cuyo carácter sosegado no los hacía menos presentes. Andaba lento pero tenía un ritmo, una música que lo diferenciaba y adelantaba los movimientos. No se trataba de un andar precipitado, como tampoco lo eran sus palabras, que parecían ascender de algún lugar pulcro, eran palabras limpias que, aunque estuviesen mediadas por los enredos inevitables, se expulsaban sin interferencias.

Néstor, contra toda tendencia, sabía detenerse. En su paso y en su mirada, en su reflexión y en su conclusión, sabía hacer espacio. Quizás la versión que conocí fue la que mejor se llevaba con estas cosas, con el sabor que habita en bajar un poco la guardia, en deponer las reacciones, en esperar, frente al impulso opuesto de quienes todavía no lo aprendimos con rigor. Pensar con Sagüés, cualquier tema y en cualquier hora, suponía siempre, casi sin excepción, habilitar opciones, poner sobre el tablero incluso la jugada ridícula, pues mostraba que también allí hay algo que atender. Siempre el resultado estaba mediado por un paréntesis que le restaba rotundez, no fuerza ni certeza, sino que borraba ese abismo que solemos trazar cuando tenemos que decidir entre una cosa y otra. Él dejaba ese paso posible y enseñaba que existe un regreso amigable, aun del error, del peor error.

Las cosas que pensamos son difíciles de cifrar, iban desde Vlad Tepes “el empalador” hasta los aspectos más minúsculos de la interpretación jurídica, sin dejar de atravesar, en ninguna ocasión, lo que marcara el termómetro político de Argentina y el mundo. Sagüés hablaba por teléfono, verdaderamente por teléfono, esto es, dos personas que comparten un espacio, una combinación inédita entre presencia y ausencia, entre cercanía y lejanía. Dos personas encontrándose en simultáneo detrás del aparato sin poder volver a reproducir lo dicho, ni a leerlo, sin poder pensar la respuesta un tiempo, sin hacer lo que hacemos permanentemente: escuchar y contestar, no hablar por teléfono. Sagüés era, quizás, la única persona con la que hablé frecuentemente por teléfono en la última década. Eso permitía un hecho único para esta época: que alguien llame sin avisar, esa sorpresa que nos extirparon

y que producía una interrupción, no como molestia sino como un hiato, cuando su nombre aparecía en la pantalla. Mientras estaba corriendo en un camino de tierra, a punto de salir un sábado a la noche o después de un concurso en el que me había acompañado, la temporalidad se abría y la incógnita podía disiparse en sentidos muy diversos: una invitación a dar clases –desde el Chaco hasta Castilla-La Mancha–, o algo muy habitual: que disparara una pregunta, para compartir sus dudas y hacerme parte de sus inquietudes.

Su simpleza se imponía, atada a una honestidad no declamada sino practicada. El mismo vino, muy modesto, que tomábamos en “La marina” –un restaurante tradicional de Rosario– era el que pedía cuando alguna Universidad nos daba rienda suelta para elegir. No hace falta decir más.

Recuerdo eventos masivos en los que Sagüés intervenía como expositor principal, precedido por elogios monumentales que pedían algún grado de devolución, decenas de personas en primera fila aguardando un guiño, una mención, y él optaba, en reiteradas ocasiones, por reconocer, valorar, a quienes estaban atrás –en general, jóvenes–, que creía que merecían destacarse. Esto acredita que, aunque no era displicente, tampoco funcional o condescendiente con las primeras planas, podía prescindir de los tan comunes gestos amañados y poco sinceros.

La última vez que nos encontramos, en su homenaje en la Universidad Católica Argentina de Rosario, temí que no me reconociera. Aunque, inmediatamente, me dijo que cuando pasaron por Villa Ramallo, viajando desde Buenos Aires, se acordó de que allí había nacido e hizo una mención a un artículo de un escritor ramallense que le causaba especial gracia por la descripción que hacía del lugar donde transcurrían los hechos –sobre todo, un mantel de hule que copaba el relato–. Él era el centro de la escena y también capaz de detenerse, incluso allí, en el recuerdo de otros.

Desde aquel texto que le envié para que leyera hace cerca de diez años y que inició lo que luego sería una amistad, hasta su despedida, si pienso en una continuidad diría que fue una continuidad de acompañamiento, de auspicio, de empuje; si pienso en una secuencia de interrupciones diría que fue un conjunto de interrupciones a lo que teníamos por cierto, a lo destinado, a lo que asumía incommovible. El privilegio de haber sido, por algunos años, contemporáneo a Néstor Sagüés no tiene vuelta atrás. Como tampoco aquello indeleble que no se puede poner en palabras, pero que queda en el fondo de las cosas, habitándolas y que no se escapa fácilmente.

En ese fondo de las cosas, tengo la intuición de que estará su paso suave, sus palabras cristalinas y sus manos moviéndose para explicar, pidiendo que también le expliquen. Ese fue, para mí, Néstor Pedro Sagüés. Luego, el mejor constitucionalista.

VOCES: CONMEMORACIONES - CONSTITUCIÓN NACIONAL - ABOGADO - DERECHO COMPARADO - CULTURA - EDUCACIÓN - UNIVERSIDADES - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - JURISPRUDENCIA - DERECHO - DERECHO POLÍTICO - PODER LEGISLATIVO - PODER EJECUTIVO - LEY - DIVISIÓN DE PODERES - PODER JUDICIAL - FILOSOFÍA DEL DERECHO

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *EL DERECHO: Ética y política*, por ALBERTO ANTONIO SPOTA, ED, 175-901; *La enseñanza universitaria de la ética de la abogacía*, por ARMANDO S. ANDRUET (h.), ED, 189-920; *Política, derecho, moral, democracia*, por ANTONIO CARLOS PEREIRA MENAUT, ED, 187-1528; *Política, ideología, patria*, por EDUARDO P. AYERRA, ED, 196-847; *Política y derecho. Sobre la enseñanza de la política en la carrera de derecho*, por SERGIO RAÚL CASTAÑO, ED, 196-1040; *Para una teoría general de la política. Pro aris et foci*, por JOSÉ MARÍA MEDRANO, ED, 248-1065; *La ley como decisión política*, por FERMÍN PEDRO UBERTONE, EDCO, 2011-725; *Los pasos iniciales de los profesores de derecho*, por JULIO CHIAPPINI, ED, 271-870; *La profesión de profesor profesional de derecho: una alternativa posible y deseable*, por SANTIAGO LEGARRE, ED, 275. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Abogado, con diploma de honor (Universidad Nacional de Rosario). Máster in Global Rule of Law and Constitutional Democracy, con máxima calificación extraordinaria (Universidad de Génova, Italia). Especialista en Derecho Público Global (Universidad de Castilla, La Mancha). Profesor adjunto por concurso de la Facultad de Derecho (Universidad Nacional de Rosario). Profesor de posgrado de distintas universidades nacionales y del exterior. Investigador director de proyectos en la Universidad Nacional de Rosario e integrante de proyectos en las Universidades de Vigo y León (España).

Néstor P. Sagüés con palabras

por NICO BOIXADER^(*)



Néstor P. Sagüés (1942-2024)

Retrato de la pluma del ilustrador Nico Boixader, sobrino y ex alumno de Néstor P. Sagüés. En el trazo se descubren algunos de los términos y frases que acuñó el profesor o que formaron parte de su obra: derecho constitucional, derecho procesal constitucional, amparo, *habeas corpus*, escuelas judiciales, “desconstitucionalización”, “gatopardismo constitucional”, “cronoterapia”, “mundo jurídico, mundo político”, “presagio y poder”, “constitución convencionalizada” y tantas otras.

VOCES: CONMEMORACIONES - ABOGADO - CONSTITUCIÓN NACIONAL - CULTURA - EDUCACIÓN - UNIVERSIDADES – DERECHO CONSTITUCIONAL - FILOSOFÍA DEL DERECHO

(*) Ilustrador, artista gráfico y músico. Se destacan sus trabajos para *Diario La Capital* de Rosario, Editorial Difusión (España), Valeria Schapira, Miguel A. Cheruti, Les Luthiers, Rodrigo “Vagoneta” Rodríguez, y el bar de Messi en Rosario (“El VIP”). Ha realizado música ilustrada en variados recintos culturales, empresariales e institucionales; y ha abierto shows del Bahiano, Memphis La Blusera, Andrés Calamaro y el TedxRosario2010. En 2012, su cortometraje animado “La Democracia no es un cuento” fue exhibido en todas las escuelas de Rosario, como obra didáctica y educativa. Instagram: @nicoboix_ilustra. Facebook: nicolas boixader. Webs: dibujosnico.com.ar e ilustrasonico.com.ar.



Segunda sección

*En la senda del maestro:
artículos de doctrina
en homenaje*

Primera parte.
Tensión entre poderes:
frenos y contrapesos

Las tensiones de un gobierno democrático

En homenaje a Néstor Pedro Sagüés

por ALBERTO B. BIANCHI^(*)

La democracia es el tipo de gobierno más difícil de manejar.
JOHN F. KENNEDY^(**)

Sumario: I. NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS. – II. LAS BUENAS Y LAS MALAS TENSIONES DEMOCRÁTICAS. – III. UNA ADVERTENCIA INICIAL: CONSTITUCIÓN FORMAL VS. CONSTITUCIÓN REAL. – IV. LAS TENSIONES HORIZONTALES Y VERTICALES. A. LA SEPARACIÓN DE PODERES. 1. La Corte Suprema y el Poder Ejecutivo. 2. El Congreso y el Poder Ejecutivo. 3. El presidente y el vicepresidente. 4. Acuerdos y desacuerdos en la designación de jueces. B. EL RÉGIMEN FEDERAL. – V. LAS TENSIONES ELECTORALES. A. LA POLARIZACIÓN. B. LA CURIOSA ELECCIÓN DE 1877 EN LOS ESTADOS UNIDOS. – VI. LAS TENSIONES INTERNAS EN EL CONGRESO Y LA CORTE. A. ÁSPEROS DEBATES LEGISLATIVOS. B. VOTOS DISIDENTES, FRACTURAS IDEOLÓGICAS Y HOSTILIDADES PERSONALES. – VII. LAS TENSIONES INTERNACIONALES. – VIII. LAS TENSIONES DESDE FUERA DEL PODER. – IX. CONCLUSIONES.

I. Néstor Pedro Sagüés

Muy honrado y con gran emoción participé, a fines de 2023, en el merecido homenaje que se le tributó en la Universidad Austral al Dr. Néstor P. Sagüés, una de las figuras estelares del Derecho Constitucional argentino y latinoamericano del último medio siglo.

Escuchamos allí, una vez más, sus palabras de sabio y experimentado profesor que tanto nos han enriquecido. Pese a que su salud ya estaba comprometida, no había perdido la lucidez, ni la profundidad de su pensamiento. Sus reflexiones, como siempre, fueron una clase magistral.

Sagüés es el fundador de la escuela argentina del Derecho Procesal Constitucional, y como tal ha sido un estudioso y difusor infatigable de esta rama del Derecho

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *El Preámbulo*, por FELIPE SEISDEDOS, ED, 91-913; *Hoy como ayer: los 150 años de los objetivos del Preámbulo*, por MARÍA CECILIA RECALDE, EDCO, 2003-302; *La acción declarativa y los controles de constitucionalidad, de supremacía federal y de legalidad*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2006-382; *Control de convencionalidad como método de supremacía de los tratados internacionales: hacia un nuevo rumbo en la jurisprudencia nacional*, por CARLOS ALBERTO FOSSACECA, EDCO, 2010-580; *Aspectos del control de constitucionalidad con motivo de una sentencia constitucional (preámbulo, tratados y modulación)*, por DIEGO A. DOLABJIAN, EDCO, 2010-226; *La invocación a Dios como fuente de toda razón y justicia del Preámbulo de la Constitución Argentina*, por FÉLIX A. MONTILLA ZAVALÍA, EDCO, 2010-445; *El control de convencionalidad en el sistema de control de constitucionalidad argentino*, por ROMINA ARIANA DÍAZ, ED, 253-684; *Una sentencia pedagógica sobre el control de convencionalidad en el derecho argentino*, por SILVIA MARRAMA, ED, 255-335; *Supremacía constitucional y control judicial de constitucionalidad. Aclaraciones conceptuales*, por PEDRO A. CAMINOS, EDCO, 2015-378; *La Argentina en el mundo de los sistemas de control de constitucionalidad*, por PEDRO A. CAMINOS, EDCO, 2015-520; *Conversación sobre la jurisprudencia actual de la Corte Suprema y el control de constitucionalidad*, por MIRTHA ABAD, EDCO, 2015-539; *Las invocaciones religiosas en los preámbulos*, por EUGENIO L. PALAZZO, EDCO, 2017-455; *¿Existen normas inconstitucionales en la Constitución? (En torno al preámbulo de la Constitución como silogismo práctico teleológico)*, por MARCELO BAZÁN LAZCANO, El Derecho Constitucional, Marzo 2021 - Número 3; *El Preámbulo de la Constitución Nacional en la doctrina y la jurisprudencia*, por JAVIER MARCELO AYALA, ED, 298-759; *La fraternidad como categoría político-jurídica en la Constitución de 1853*, por Lucio Palumbo, El Derecho - Constitucional, Agosto 2023 - Número 8; *1º de mayo. Día de la Constitución Nacional. Una Constitución de 171 años*, por ENRIQUE H. DEL CARRIL, ED, 306-1265; *A treinta años de la reforma constitucional y en el Día de la Constitución: nuestro programa de Estado es el programa constitucional para el desarrollo humano y federal*, por PABLO MARÍA GARAT, El Derecho Constitucional, Mayo 2024 - Número 5; *La Convención Constituyente de 1994: un ejemplo de convivencia política*, por MARÍA CRISTINA BENZI, El Derecho Constitucional, Agosto 2024 - Número 8. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Miembro titular y actual presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Miembro titular de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires. Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires (1991). Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (2012). Premio Konex en el área Derecho Constitucional (2016). Personalidad Destacada de las Ciencias Jurídicas de la Ciudad de Buenos Aires (2024).

(**) "A democracy is the most difficult kind of government to operate". Discurso de campaña en Pocatello, Idaho, 6 de septiembre de 1960.

Constitucional⁽¹⁾, sin perjuicio de haber abordado también el estudio integral de esta disciplina en numerosos trabajos, reuniendo su experiencia y pensamiento en un tratado de tres volúmenes⁽²⁾, escritos sin sesgo ideológico parcializado, pero con fundadas opiniones personales.

Lo conocí hace más de cuarenta años, cuando despuntaba la década de 1980. Sagüés era todavía un joven pero maduro jurista, que ya se proyectaba, sin sombra de dudas, en lo que luego se convertiría: un auténtico Maestro.

Desde entonces mi vida académica estuvo muy ligada con él. Fue jurado de mi Tesis Doctoral en 1988 y tuvo la gentileza de prologar la primera edición de mi libro *Control de Constitucionalidad* en 1992⁽³⁾. Además de múltiples jornadas académicas, hemos compartido también muchas charlas, en las que inmediatamente afloraban su espíritu culto y refinado y su inquebrantable vocación por el Derecho, que acompañaba con gran conocimiento de la historia, puesto de manifiesto en "*Presagio y Poder*" (2019), donde pasa revista al pensamiento político de Platón a Balmes, en clave del presagio astral.

No arrió las velas ni hasta en el último instante, que lo encontré investigando y escribiendo, con la humildad de los grandes. Estaba preparando una nueva Tesis Doctoral.

Hace ya un año lamentamos profundamente su partida, pero nos queda su obra, rica y extensa y su ejemplo de vida, su honestidad intelectual y sus valores personales. Néstor no solo fue un jurista de talento singular, sino también un padre de familia ejemplar.

Quiero agradecer, entonces, muy especialmente a su hija, la Dra. María Sofía Sagüés, que ha recogido la antorcha de su padre, su amable invitación a participar con algunas notas históricas y reflexiones en una obra que publicará la editorial Astrea, que dará testimonio de la admiración y el cariño de quienes tuvimos la suerte de conocerlo y poder disfrutar de manera personal sus enseñanzas y que ha tenido, asimismo, la generosidad de permitir su reproducción en este número de homenaje de la editorial EL DERECHO.

Elegí para ello un tema que imagino sería del agrado de nuestro querido Néstor, porque fue un apasionado de la vida institucional y de la defensa de la democracia, a la que consagró tantas horas de su fecunda vida académica.

II. Las buenas y las malas tensiones democráticas

En los estados totalitarios no hay muchas tensiones. La principal de ellas es la que impone el líder autoritario para mantenerse en el poder a cualquier costo, aplastando toda forma posible de disenso.

Allí está hoy en día para demostrarlo, Kim Jong-un, el brutal dictador norcoreano, heredero de una de las últimas monarquías de derecho divino. Algunos podrían creer que estas concluyeron con las revoluciones de las cuales emergió el Derecho Constitucional, pero no es así. El gobierno de Kim Jong-un es más tiránico aún que el de los monarcas del despotismo ilustrado del Renacimiento. Su abuelo, Kim Il-sung, inventó para la familia reinante un pretendido origen celestial, con el que se presentan como salvadores de la patria y justifican la opresión despiadada que la familia impone desde fines de la Segunda Guerra Mundial a todos sus súbditos.

Tampoco sufre de mayores tensiones Vladimir Putin, quien, en 2002, para reprimir la ocupación del teatro Dubrovka en Moscú por un grupo de separatistas chechenos, no dudó en enviar gas venenoso por las tuberías de aire matando a los chechenos y a un centenar de inocentes ciudadanos rusos que asistían a la función. No tuvo,

(1) Obras excepcionales como *Recurso Extraordinario* (5 ediciones); *Acción de Amparo* (6 ediciones); *Hábeas Corpus* (5 ediciones) y *Compendio de Derecho Procesal Constitucional*, entre muchas otras, dan prueba cabal de esta dedicación. Además de ellas, miríadas de artículos y notas a fallos pueblan los diarios de amplia circulación y las revistas especializadas.

(2) Sagüés, Néstor P., *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2017.

(3) Bianchi, Alberto B., *Control de Constitucionalidad. El proceso y la jurisdicción constitucionales* (1º ed.), Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1992.

asimismo, miramiento alguno en eliminar físicamente a todos sus opositores⁽⁴⁾. Alexei Navalny, el último de ellos, por el momento, fue acusado de crímenes políticos, sufrió largas horas de encierro en celdas de aislamiento en diversas cárceles y fue luego trasladado a una prisión de máxima seguridad en el Artico donde murió, pocos meses después, en febrero de 2024, en circunstancias no aclaradas pero evidentes, como sucedía en las peores épocas de Stalin⁽⁵⁾.

Algo similar se puede decir del régimen cubano, que se volcó a la Unión Soviética cuando Fidel Castro bajó de la Sierra Maestra en 1959 y desde entonces se ha perpetuado en el poder, o de Nicolás Maduro, que pretende –y lo está logrando– gobernar a perpetuidad en Venezuela bajo una grotesca farsa de democracia. Las elecciones del 28 de julio de 2024 son una prueba más de este propósito. Podría seguir con los ejemplos, pues lamentablemente abundan⁽⁶⁾, pero son bien conocidos y no me interesa detenerme en ellos, pues el objeto de este trabajo es otro⁽⁷⁾. Solo quiero recordar que en las dictaduras los problemas se resuelven de una manera sencilla: los opositores van al exilio, a la cárcel o son ejecutados. Tal como sentenció Edmund Burke, “*cuanto más grande es el poder, más peligroso es el abuso*”⁽⁸⁾. Salvo los avances tecnológicos, nada ha cambiado desde entonces.

En las democracias la cuestión es muy diferente. En ellas los problemas y las pasiones y enfrentamientos políticos tienen soluciones más sanas, pero también más complejas. El poder está compartimentado y de esa división y de la pugna entre las múltiples fracciones, nacen las tensiones del Estado democrático, donde reina –o debe reinar– la discusión libre, dentro y fuera del poder, pues esa es la madre nutricia de una república. A diferencia de las dictaduras, donde solo se escucha una voz, en las democracias hay muchas y todas son respetables, en tanto no atenten contra el sistema.

Si se traza una línea muy gruesa, podría decirse que las tensiones de un Estado democrático son de dos tipos: buenas y malas. Las primeras surgen usualmente de las situaciones de emergencia, las segundas, en cambio, pertenecen al normal desenvolvimiento de las instituciones. Las primeras son malas, porque con ellas la democracia se debilita. Ya sean económicas o políticas y sin perjuicio de que sus institutos estén previstos expresamente en la Constitución, como el estado de sitio y la intervención federal, o surjan implícitos de ellas, tal como reconoció la Corte en “*Avico c/ de la Pesa*”⁽⁹⁾, repitiendo el voto mayoritario de Hughes en “*Home Building & Loan Association v. Blaisdell*”⁽¹⁰⁾, las emergencias exigen el empleo de poderes extraordinarios que, por lo general, ejerce el Ejecutivo y la Administración en desmedro del Congreso. Las segundas, en cambio, son de la esencia misma de la democracia y la fortalecen.

Por lo general, cuando nos hablan de las tensiones de un Estado democrático, tendemos a pensar en las malas y no en las buenas. Ello es lógico, pues las tensiones están asociadas a la idea de crisis. Pero no debemos olvidar la otra cara de la moneda, mucho más refrescante, que nos provee del oxígeno cívico indispensable para vivir en libertad. Mientras las situaciones de emergencia opacan y

retrasan el Derecho Constitucional, las tensiones naturales de una república lo revitalizan y lo hacen crecer.

Es por ello que quiero referirme en los párrafos siguientes a las buenas tensiones del Estado democrático. Son todas bien conocidas, por supuesto, pero mi intención es recordarlas aquí en clave de conflicto, es decir, del debate con que se coordinan y resuelven, pacíficamente, los diferentes intereses que anidan en todo gobierno, dentro del marco institucional.

III. Una advertencia inicial: Constitución formal vs. Constitución real

Antes de referirme a las tensiones “buenas” no puedo pasar por alto una muy negativa, pues no se trata de una emergencia pasajera, sino de un mal crónico. Se trata de la tensión existente entre la Constitución formal y la Constitucional real, pues la grieta entre ambas no es un dato que puede ni debe pasar desapercibido⁽¹¹⁾. La Constitución no es marco decorativo de cumplimiento voluntario, de modo tal que el apartamiento de la Constitución real, respecto de la formal, es un fenómeno digno de preocupación. Esta separación entre lo normativo y lo fáctico se advierte claramente en el célebre ensayo del socialista Ferdinand Lasalle, cuando en abril de 1862 arengaba contra Guillermo I de Prusia y se preguntaba: “¿Qué es una Constitución?”⁽¹²⁾.

Entre nosotros, esta advertencia fue hecha por Bidart Campos a fines de la década de 1960 en su *Derecho Constitucional*⁽¹³⁾ y repetida por este autor en sus obras posteriores⁽¹⁴⁾. A este respecto, Sagüés ha diferenciado entre la Constitución contrato y la Constitución promesa⁽¹⁵⁾. Por cierto, este no es solamente un “mal argentino”, empleando una expresión de Víctor Massuh⁽¹⁶⁾, sino que aqueja a numerosas naciones, como lo puso de manifiesto Linares Quintana en la primera edición de su *Tratado* al referirse al fenómeno de la “desconstitucionalización”, con citas de la situación constitucional de muchos otros países⁽¹⁷⁾.

Todo ello genera muchas preguntas y muchas respuestas, que están irremediablemente lejos del alcance de este modesto trabajo. A fin de dejarlo planteado tan solo, pues el objetivo que persigo aquí es otro, creo que dos ejemplos palpables son suficientes, aunque hay muchos más. Me refiero al llamado “hiperpresidencialismo”, según la calificación de Carlos Nino⁽¹⁸⁾, y al federalismo, tantas veces proclamado y pocas veces practicado. Vanossi ha dicho que el presidencialismo y el federalismo son dos notas vertebrales de nuestro sistema constitucional y nadie podría objetar esta afirmación⁽¹⁹⁾. “[D]e la constitución del poder ejecutivo, depende la suerte de los Estados de la América del Sud”, decía Alberdi⁽²⁰⁾ y esta observación es todavía la preocupación de nuestros días.

Ya es redundante decir, a esta altura, que el poder extraordinario del Poder Ejecutivo en la Argentina es un mal crónico que la reforma de 1994 intentó corregir sin éxito. Queriendo combatirlo, me atrevería a decir que lo incre-

(4) The Economist, “Russia: how Putin is silencing his opponents”, 11 de noviembre de 2021, disponible en: <https://www.economist.com/films/2021/11/11/how-putin-is-silencing-his-opponents> (último acceso: 28/7/2023).

(5) The Economist, “Russia’s opposition has lost a crucial leader but gained a martyr”, 17 de febrero de 2024, disponible en: <https://www.economist.com/europe/2024/02/17/russias-opposition-has-lost-a-crucial-leader-but-gained-a-martyr> (último acceso: 28/7/2023).

(6) Integra también esta lista siniestra Isaias Afwerki, primer y único presidente de Eritrea desde 1993, que lidera otra de las dictaduras más temibles del planeta. Véase: Plaut Martin *Understanding Eritrea: Inside Africa’s Most Repressive State*, Oxford University Press, 2019.

(7) Una enumeración bastante completa de los actuales tiranos y de sus metodologías puede verse en APPLEBAUM, Anne: *Autocracy Inc. The dictators who want to run the World*, Penguin Books, 2025.

(8) “The greater the power, the more dangerous the abuse”, discurso en la Middlessex Election, 7 de febrero de 1771.

(9) Fallos: 172: 21 (1934).

(10) 290 U.S. 398 (1934). Según la Corte: “La emergencia no crea el poder, ni aumenta el poder concedido, ni suprime, ni disminuye las restricciones impuestas sobre el poder concedido, o reservado. La Constitución fue adoptada en un período de grave emergencia. Sus concesiones de poder al gobierno federal y sus limitaciones del poder de los Estados fueron determinadas a la luz de la emergencia, y ellas no son alteradas por la emergencia. Qué poder fue así concedido y qué limitaciones fueron así impuestas son cuestiones que han sido siempre y que serán siempre objeto de minucioso examen bajo nuestro sistema constitucional”.

(11) Es cierto que muchos estados totalitarios también tienen constituciones que parecen garantizar el Estado de derecho, y en ellos la división entre la realidad y la ficción constitucional es abismal, pero ello prueba que cuando esta división entre lo jurídico y lo político tiene lugar en las democracias, el peligro para las instituciones republicanas es muy grande. Sobre las constituciones totalitarias véase Sagüés, Néstor P., *Derecho Constitucional...*, pp. 251-254.

(12) De las numerosas traducciones al español de esta obra puede verse la de Temis, Colombia, 2016, con la introducción de Franz Mehring de 1908.

(13) Bidart Campos, Germán J., *Derecho Constitucional. Realidad, normatividad y justicia en el Derecho Constitucional*, Buenos Aires, EDIAR, T. I, pp. 22-28.

(14) Bidart Campos, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, EDIAR, 2000, t. I-A, pp. 293-295.

(15) Sagüés, Néstor P., *Derecho Constitucional*, pp. 262-263.

(16) En una obra que es una verdadera pieza de sociología, que luego de cuatro décadas tiene plena vigencia, tomando una expresión de Alain de Peyrefitte (*Le mal français*) se preguntaba, al comenzar su ensayo, donde radicaba la fuente de nuestra decadencia, es decir, cuál era el “mal argentino” que la ocasionaba. Massuh, Víctor, *La Argentina como sentimiento*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1982, pp. 9-28.

(17) Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, Buenos Aires, Alfa, 1953, pp. 138-154.

(18) Nino, Carlos, *Fundamentos de Derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 504.

(19) Vanossi, Jorge R., *Estado de Derecho*, 4ª edición, Buenos Aires, Astrea, 2008, p. 402.

(20) Bases, Cap. XXV.

mentó, incorporando los decretos de necesidad y urgencia, un arma de doble filo que corta diariamente en el sentido contrario al esperado. Hace más cien años, Octavio Amadeo escribía que “el Presidente nuestro, prescindiendo de personas y partidos es hoy una monstruosidad política y un peligro nacional”⁽²¹⁾. Por su lado Carlos Sánchez Viamonte sostenía que “[l]a preponderancia del Presidente de la Nación sobre los poderes legislativo y judicial es enorme. Se puede afirmar sin vacilaciones que tiene en sus manos los principales resortes del poder público”⁽²²⁾.

Nada ha cambiado desde entonces, pese a que la Corte Suprema ha sostenido que los tres poderes son jerárquicamente iguales desde el punto de vista de la teoría constitucional. Esta equiparación fue expresamente puesta de manifiesto por la Corte Suprema el mismo año de su instalación (1863) cuando resolvió el caso Ramón Ríos⁽²³⁾ donde dijo que: “...siendo un principio fundamental de nuestro sistema político la división del Gobierno en tres grandes Departamentos, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, independientes y soberanos en su esfera, se sigue forzosamente que las atribuciones de cada uno le son peculiares y exclusivas; pues el uso concurrente o común de ellas harían necesariamente desaparecer la línea de separación entre los tres altos poderes políticos, y destruiría la base de nuestra forma de Gobierno”⁽²⁴⁾, doctrina que ha sido repetida en forma constante⁽²⁵⁾ hasta el presente, en casos como “*Provincia de Catamarca c/ Provincia de Salta*”⁽²⁶⁾ y “*Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería*”⁽²⁷⁾.

Sin perjuicio de esta equiparación formal de los tres poderes, ningún análisis sensato de la separación de poderes en la Argentina puede pasar por alto que una de sus notas más típicas es la hegemonía fáctica del Poder Ejecutivo, fuertemente alimentada por el populismo⁽²⁸⁾, que ha sido y sigue siendo un elemento distorsionante del equilibrio de poderes y, por ende, de la libertad individual⁽²⁹⁾. Si bien el liderazgo político de la rama ejecutiva, y el consiguiente debilitamiento de la rama legislativa, es un fenómeno que campea desde hace más de un siglo en todos los sistemas políticos, incluso los parlamentarios, sin importar cuán desarrolladas y estables sean sus instituciones democráticas⁽³⁰⁾, no es menos cierto que en la Argentina la figura del Presidente siempre ha sido avasallante y, en numerosas ocasiones, ha cruzado los límites de la Constitución, al punto que Sagüés lo califica como un “César republicano”⁽³¹⁾.

Similar distorsión sufre el régimen federal destinado a descentralizar territorialmente el poder. Es cierto que los constituyentes de 1853, pese a proclamar que seguían fielmente el modelo federal de los Estados Unidos⁽³²⁾, optaron

por un federalismo mucho más atenuado, lo que en su momento fue apuntado detalladamente por Sánchez Viamonte⁽³³⁾. Pero estas diferencias, lejos de atenuarse, se han incrementado con el paso de los años y tampoco fueron corregidas por la reforma de 1994, pese a sus declaraciones e intentos en contrario. Realmente no entiendo cómo puede fortalecerse el federalismo dando rango constitucional a la coparticipación federal (art. 75, inc. 2). En el punto siguiente, analizaré esta cuestión con más detalle.

Se suman a ello los mandatos constitucionales incumplidos. Además de no haber sido sancionada todavía –luego de 30 años– la ley convenio de coparticipación que ordena el artículo citado, tampoco se ha dictado una nueva ley que reglamente el artículo 45, última parte, según el cual: “Después de la realización de cada censo, el Congreso fijará la representación con arreglo al mismo, pudiendo aumentar pero no disminuir la base expresada para cada diputado”. Rige todavía al respeto la Ley 22.847 de 1981, sancionada por un gobierno de facto que, tal como lo ha señalado Dalla Vía, produce en la actualidad una fuerte distorsión representativa en la Cámara de Diputados⁽³⁴⁾.

IV. Las tensiones horizontales y verticales

Veamos ahora las tensiones horizontales y verticales⁽³⁵⁾. Las primeras son el producto de la separación de poderes, donde el arte de la buena política constitucional consiste en que cada uno de ellos controle a los restantes, pero sin invadir sus funciones propias⁽³⁶⁾. Las segundas tienen eje en las fuerzas centrípetas y centrífugas del régimen federal, como las llamó James Bryce comparando al federalismo con un sistema solar⁽³⁷⁾.

A. La separación de poderes

1. La Corte Suprema y el Poder Ejecutivo

Son innumerables los casos que ilustran históricamente los conflictos y tensiones que se han suscitado entre los

[33] Sánchez Viamonte, Carlos, *Manual de Derecho constitucional*, 4ª edición, Buenos Aires, Kapelusz, 1967, pp. 81-83.

[34] Dalla Vía, Alberto R., “‘Nos, los representantes...’: otro mandato constitucional pendiente”, *La Ley* 2022-F, pp. 115-122.

[35] Sigo aquí la clásica distinción de Loewenstein ente controles horizontales y verticales. Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2ª edición, traducción de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 1975.

[36] En relación con sus propias funciones, la Corte Suprema ha dicho y repetido que “la misión más delicada de la justicia es saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a otros poderes”. “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería”, Fallos 339:1077 (2016); “P., A. c/ Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas”, Fallos 338:488 (2015); “Badaro c/ ANSeS”, Fallos 329:3089 (2006); “El Muelle Place S.R.L. c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallos 329:1675 (2006); “Brandi c/ Provincia de Mendoza”, Fallos 328:3573 (2005); “Eduardo Moliné O’Connor”, Fallos 327:2048 (2004); “Partido Demócrata Progresista c/ Provincia de Santa Fe”, Fallos 326:2004 (2003); “Bussi c/ Estado Nacional (Congreso de la Nación - Cámara de Diputados)”, Fallos 324:3358 (2001); “Roberto Felicetti”, Fallos 323:4130 (2000); “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional (PEN)”, Fallos 321:1187 (1998); “PRODELCO c/ Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos 321:1252 (1998); “Jorge Rodríguez - Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación”, Fallos 320:2851 (1997); “Néstor H. Buján”, Fallos 319:324 (1996); “Polino c/ Poder Ejecutivo”, Fallos 317:335 (1994); “Instituto Nacional de Vitivinicultura”, Fallos 317:126 (1994); “Alberto Oscar Nicosia”, Fallos 316:2940 (1993); “Kreimbohn c/ Caja Administradora del Fondo Especial del Seguro”, Fallos 316:2732 (1993); “Molinas c/ Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos 314:1091 (1991); “Sánchez Abelenda c/ Ediciones de la Urraca S.A.”, Fallos 211:2553 (1988); “Baricalla de Cisilotta c/ Nación Argentina”, Fallos 310:112 (1987); “Victor Rolón Zappa”, Fallos 308:1848 (1986).

[37] “Of the many analogies that have been remarked between Law in the Physical and Law in the Moral World, none is more familiar than that derived from the Newtonian astronomy, which shows us two forces always operative in our solar system. One force draws the planets towards the sun as the centre of the system, the other disposes them to fly off from it into space. So in politics, we may call the tendency which draws men or groups of men together into one organized community and keeps them there a Centripetal force, and that which makes men, or groups, break away and disperse, a Centrifugal. A political Constitution or frame of government, as the complex totality of laws embodying the principles and rules whereby the community is organized, governed, and held together, is exposed to the action of both these forces. The centripetal force strengthens it, by inducing men (or groups of men) to maintain, and even to tighten, the bonds by which the members of the community are gathered into one organized body. The centrifugal assails it, by dragging men (or groups) apart, so that the bonds of connexion are strained, and possibly at last loosened or broken”. Bryce, James, “The action of centripetal and centrifugal forces on political constitutions”, en *Studies in History and Jurisprudence*, New York, Oxford University Press, 1901, vol. 1, pp. 216-262, p. 217.

[21] Amadeo, Octavio, *El Presidente Argentino*, Buenos Aires, Establecimiento Gráfico “Oceana”, 1917, p. 6.

[22] Sánchez Viamonte, Carlos, *Historia institucional de Argentina*, México, FCE, 1948, p. 189.

[23] Fallos 1:32 (1863).

[24] Fallos 1:32, en pp. 36-37.

[25] “*Bidegain c/ Junta Nacional de Carnes*”, Fallos 287:250 (1973); “*Cohen c/ Instituto Nacional de Cinematografía*”, Fallos 313:228 (1990); “*Provincia del Chaco c/ Estado Nacional (Senado de la Nación)*”, Fallos 321:3236 (1998), entre muchos otros.

[26] Fallos 338:1060 (2015), considerando 24°.

[27] Fallos 339:1077 (2016), considerando 26°.

[28] Mucho se ha escrito sobre este tema. Entre los trabajos más recientes y completos, véase Cassagne, Juan Carlos, *El Estado populista*, Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2017.

[29] Recordemos, tal como lo ha hecho notar Cassagne, que el propósito de la doctrina de Monstesquieu era la protección de las libertades individuales antes que del imperio de la ley positiva. Cassagne, Juan Carlos, *Los Grandes Principios del Derecho Público (Constitucional y Administrativo)*, 2ª edición, Buenos Aires-Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2021, p. 176.

[30] “Se habla mal del parlamento en todas partes –decía Ortega y Gasset en 1930 cuando escribió La Rebelión de las Masas– pero no se ve que en ninguna de las naciones que cuentan se intente su sustitución, ni siquiera que existan perfiles utópicos de otras formas de Estado que, al menos idealmente, parezcan preferibles”. Ortega y Gasset, José, *La rebelión de las masas en Ortega y Gasset*, Madrid, Gredos, 2012, t. I, pp. 245-444, esp. p. 381.

[31] Sagüés, *Derecho Constitucional*, t. 2, p. 338.

[32] Según Gorostiaga, “[s]u Proyecto [el de la Constitución] está vaciado en el molde de la Constitución de los Estados Unidos”, dijo en la sesión del 20 de abril de 1853. Véase Ravignani, Emilio, *Asambleas constituyentes argentinas*, Buenos Aires, 1937, t. 4, p. 468. Esta idea fue suscripta también por Gutiérrez en la misma sesión. Ídem, p. 479. Años después, como diputado, Gorostiaga dijo en la sesión del 31 de julio de 1863: “[l]a federación será bien entendida si se comprende como en los Estados Unidos del Norte, única federación modelo que existe en el mundo civilizado”. *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación*, t. I, p. 307.

tres grandes órganos del Estado. La propia Constitución les da un marco institucional al prever la interpelación a los ministros del Poder Ejecutivo, el veto presidencial de las leyes y el juicio político, el cual, cuando el enjuiciado es el Presidente, el tribunal del Senado está presidido por el Presidente de la Corte Suprema⁽³⁸⁾, lo que pone a los tres poderes en juego. En la Argentina nunca se ha enjuiciado políticamente al Presidente de la Nación, pero la Corte Suprema fue prácticamente “vacuada” en 1947 y 2003 por medio del “*impeachment*”⁽³⁹⁾. En los Estados Unidos, en cambio, varios Presidentes han comparecido ante el tribunal del Senado, aunque todos lograron sobrevivir. Andrew Johnson (1868)⁽⁴⁰⁾, Richard Nixon (1973-1974)⁽⁴¹⁾, Bill Clinton (1998)⁽⁴²⁾ y Donald Trump pasaron por tal experiencia, este último en dos oportunidades⁽⁴³⁾.

Además de estas instancias específicamente previstas en la Constitución, entre los poderes del Estado se han suscitado históricamente numerosos contrapuntos, propios de la separación de poderes. Algunos de ellos son muy conocidos y el control de constitucionalidad ha sido una fuente importante de estas disputas, al punto que Raoul Berger en *Congress v. The Supreme Court* centra su obra en dicho control⁽⁴⁴⁾. Como todos recordamos, este conflicto tuvo dos episodios iniciales muy conocidos. El primero de ellos se suscitó en 1610 entre el juez Edward Coke y el rey James (Jacobo) I, con motivo del caso de Thomas Bonhan⁽⁴⁵⁾ y el segundo hizo explosión, casi dos siglos después, entre la Corte Suprema –más específicamente entre John Marshall, su *Chief Justice*–, y Thomas Jefferson, a raíz de *Marbury v. Madison*⁽⁴⁶⁾, provocando la indignación del entonces presidente de los Estados Unidos que, muchos años después, seguía criticando el poder que se le había otorgado a la Corte⁽⁴⁷⁾.

Años después, Theodore Roosevelt, que había elegido a Oliver W. Holmes para cubrir la primera vacante que se produjo en la Corte durante su presidencia, también se mostró muy molesto con su elegido porque Holmes no era –a su juicio– suficientemente enérgico en la aplicación de la legislación antimonopólica que Roosevelt impulsaba para ganarse el favor de la clase media. Con su arrebatado estilo habitual, en medio de la campaña política, dijo que podía extraer de una banana un juez con más espina dorsal (*backbone*) que Holmes⁽⁴⁸⁾. Se quejaba, en particular, del voto disidente de Holmes en la extensa sentencia dictada en *Northern Securities Co. v. United States*⁽⁴⁹⁾, donde este comienza con una de sus conocidas frases: “los grandes casos, del mismo modo que los casos difíciles, producen mal derecho”⁽⁵⁰⁾.

Fue épica también la oposición de la Corte Suprema, por entonces dominada por los conservadores, al New

Deal de Franklin D. Roosevelt⁽⁵¹⁾. Inicialmente, los jueces Hughes y Roberts hicieron mayoría con el ala liberal para admitir las intensas regulaciones económicas⁽⁵²⁾, pero esta convivencia armónica entre Roosevelt y la Corte se quebró en dos célebres casos que crearon una gran preocupación, pues se relacionaban directamente con las leyes centrales del New Deal⁽⁵³⁾, atacándolas en la estructura misma de las delegaciones de facultades otorgadas por el Congreso al Ejecutivo. El primero de ellos fue *Panama Refining Co. v. Ryan*⁽⁵⁴⁾, conocido como el caso del *hot oil* (petróleo caliente) donde toda la Corte, con excepción de Cardozo, votó en contra de una de las disposiciones de la NIRA⁽⁵⁵⁾. El segundo caso –que resultó más demoledor aun para el gobierno– fue *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*⁽⁵⁶⁾, liderado también por el voto de Hughes. Se cuestionaba aquí la autoridad presidencial –delegada por la sección 3 de la NIRA– para dictar el llamado “Código de las Aves Vivas”, que regulaba los estándares de competencia para la comercialización de las aves de corral en el área metropolitana y en el distrito de New York⁽⁵⁷⁾.

Otro célebre disgusto con la Corte lo tuvo Harry S. Truman cuando, en *Youngstown Sheet & Tube Company v. Sawyer*⁽⁵⁸⁾, fue declarada inconstitucional la Orden Ejecutiva 10.340 por medio de la cual se habían intervenido las compañías productoras de acero a raíz de un conflicto sindical producido durante la Guerra de Corea. Pero probablemente el mayor pico de tensión entre la Casa Blanca y la Corte tuvo lugar con motivo del caso “Watergate”, que verdaderamente puso a prueba la resistencia institucional del sistema norteamericano ante Richard Nixon que lo había desafiado abiertamente. Cuando la Corte le ordenó entregar a Nixon las cintas grabadas que probaban

(51) Son muchas las obras que se han escrito acerca de la lucha entre Roosevelt y la Corte. Entre ellas, menciono a: Baker, Leonard, *Back to Back, The Duel Between FDR and the Supreme Court*, New York, Macmillan, 1967. Asimismo, un análisis detenido de algunos de los casos más célebres puede verse en: Irons, Peter H., *The New Deal Lawyers*, New Jersey, Princeton University Press, 1982. El caso ha despertado interés también fuera de los Estados Unidos. Entre los autores franceses, véase: Pinto, Roger, *La Cour Suprême et le New Deal. Jurisprudence Constitutionnelle de la Cour Suprême des États Unis (1935-1936) et Réforme du Pouvoir Judiciaire (1936-1937)*, Paris, Recueil Sirey, 1938.

(52) Entre los casos más notables, cabe citar *Home Building and Loan Association v. Blaisdell*, 290 U.S. 398 (1934) donde se había planteado la inconstitucionalidad de una ley una ley de Minnesota de 1933, que había dispuesto una moratoria hipotecaria y *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502 (1934) donde se discutía la constitucionalidad de una ley de ese estado, que creaba una comisión reguladora del comercio de la leche. También –con igual mayoría– la Corte fue favorable al gobierno en los casos vinculados con la eliminación de la obligación del pago en oro a los titulares de bonos, reemplazándolo por el pago en moneda devaluada, con el propósito de preservar las reservas en metálico. La situación era dramática. Cuando estos casos fueron resueltos la emisión en bonos alcanzaba una suma de 100.000 millones de dólares y las reservas en oro solo alcanzaban a 8.000 millones, lo que hacía imposible el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el gobierno. Vid. Bates, Ernest Sutherland: *The Story of the Supreme Court*, The Bobbs Merrill Co., New York, 1936, p. 263 (reimpresión, 1982), p. 296. Fueron tres casos resueltos el 18 de febrero de 1935 por el voto de Hughes, denominados *Gold Clause Cases*. Un buen resumen de trabajos publicados con ocasión de estos casos puede verse en *The Gold Clause. What it is and how to use it profitable*, edited by Henry Mark Holzer, Books in Focus, New York, 1980. El primero de ellos, *Norman v. Baltimore & Ohio Railroad Co.*, 294 U.S. 240 (1935) se relacionaba con deuda privada, en tanto que en los otros dos, *Nortz v. United States* 294 U.S. 317 (1935) y *Perry v. United States*, 294 U.S. 330 (1930), se trataba de deuda pública nacional. En nuestro país Estela B. Sacristán ha analizado con detalle esta jurisprudencia. Sacristán, Estela B.: *Régimen de las Tarifas de los Servicios Públicos. Aspectos regulatorios, constitucionales y procesales*, Buenos Aires, Ábaco, 2007, pp. 435-439.

(53) La *National Industry Recovery Act* (NIRA) y la *Agricultural Adjustment Act* (AAA).

(54) 293 U.S. 388 (1935).

(55) Esta ley había delegado en el Ejecutivo facultades para imponer restricciones al comercio interestatal del petróleo con el objeto de controlar la sobreproducción y evitar la caída de los precios. La Corte –a través del voto del Chief Justice Hughes– declaró la inconstitucionalidad de la ley y del Código del Petróleo sancionado en su consecuencia, afirmando que el Congreso había producido una delegación de facultades excesiva, contraria a la separación de poderes. Inmediatamente después del rechazo constitucional del Código del Petróleo, el Congreso sancionó una ley que vino a reemplazarlo (Connally Hot Oil Act).

(56) 295 U.S. 495 (1935).

(57) Para una explicación más amplia de esta cuestión me remito a: Bianchi, Alberto B., “Horizontes de la delegación legislativa luego de la reforma de la Constitución”, *Derecho Administrativo. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, Buenos Aires, Depalma, 1994, Año VI, Nro. 17, p. 379-430.

(58) 343 U.S. 579 (1952).

(38) Así está previsto en la Argentina (art. 59) y en los Estados Unidos (art. I, sec. 3, cl. 6).

(39) Sobre la primera de ellas la defensa de Antonio Sagarna puede verse en: Palacios, Alfredo L., *La Corte Suprema ante el Tribunal del Senado*, Buenos Aires, Ed. Jus, 1947 y la defensa de Benito Nazar Anchorena en Drago, Mariano J., *El Juicio Político como Instrumento de Oposición*, El Ateneo, Buenos Aires, 1947. En relación con la segunda, la defensa de Antonio Boggiano puede verse en Gelli, María Angélica y Sancinetti, Marcelo A., *Juicio Político. Garantías del acusado y garantías del Poder Judicial frente al poder político*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005.

(40) Véase, Wineapple, Brenda, *The Impeachers: The Trial of Andrew Johnson and the Dream of a Just Nation*, New York, Random House, 2020.

(41) Este proceso no llegó a su fin, pues Nixon renunció antes de ser enjuiciado.

(42) Véase Bianchi, Alberto B., *Historia del Congreso de los Estados Unidos*, Buenos Aires, Cátedra Jurídica, 2023, pp. 226-232.

(43) Ídem, pp. 409-414 y pp. 416-418.

(44) Berger, Raoul, *Congress v. The Supreme Court*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1969.

(45) Véase Bianchi, Alberto B., *Control de Constitucionalidad*, 2ª edición, Buenos Aires, Ábaco, 2002, t. 1, pp. 63-70.

(46) Bianchi, *Historia del Congreso de los Estados Unidos*, pp. 264-270.

(47) En la carta dirigida al juez Spencer Roane el 6 de septiembre de 1819, Jefferson se quejaba de que la Corte Suprema fuera el “*last resort*” (último recurso) para interpretar la Constitución y decía: “La Constitución según esta hipótesis es, en las manos de la administración de justicia, un mero objeto de cera, que pueden ellos torcer y darle la forma que deseen”. Carta reproducida en: *Thomas Jefferson Writings*, con notas de Merrill D. Peterson, New York, The Library of America, 1984, pp. 1425-1428, esp. p. 1426.

(48) “[I] could carve out of a banana a judge with more backbone than that”. Citado por Budiansky, Stephen, *Oliver Wendell Holmes. A Life in War, Law and Ideas*, New York-London, W.W. Norton & Company, 2019, p. 299.

(49) 193 U.S. 197 (1904).

(50) “*Great cases like hard cases make bad law*”. 193 U.S. en p. 400 (1904).

su participación en el espionaje de las oficinas del Partido Demócrata⁽⁵⁹⁾, la vida política de Nixon llegó a su fin⁽⁶⁰⁾.

2. El Congreso y el Poder Ejecutivo

Tampoco han faltado las desavenencias entre el Poder Ejecutivo y el Congreso, una cuestión que ha dado lugar a estudios específicos en la Argentina⁽⁶¹⁾ y en los Estados Unidos⁽⁶²⁾. En la historia de los Estados Unidos hay tres sucesos en los que el Senado demoró o rechazó las propuestas en las que el Presidente había puesto en juego mucho caudal político.

El primer incidente lo sufrió nada menos que el padre de la patria, George Washington. El 22 de agosto de 1789, acompañado por Henry Knox, su Secretario de Guerra, Washington concurrió personalmente al Senado para urgir la firma de un tratado con los indios de la tribu Creek en el sur. Según el relato del senador William McClay de Pennsylvania, no solo el ruido de los carruajes que circulaba por la calle impedía escuchar bien a Washington, sino que los senadores, en lugar de aprobar inmediatamente el tratado, como Washington esperaba, lo enviaron a comisión para estudiarlo, un gesto que irritó al presidente. Finalmente, lo aprobaron la semana siguiente. A partir de entonces, todas las comunicaciones entre Washington y el Senado se hicieron por escrito⁽⁶³⁾.

Mucho peor le fue a Woodrow Wilson. Durante sus dos períodos como presidente (1913-1921), Wilson revivió la antigua costumbre de Washington y Adams, luego abandonada por Jefferson y los presidentes siguientes, de concurrir personalmente al Congreso con el objetivo de impulsar la legislación que le interesaba, trabajando en ello, muy estrechamente, con los líderes demócratas en ambas cámaras. Estos esfuerzos fueron exitosos, inicialmente, en el orden interno, pues, en el 63º Congreso (1913-1915), Wilson logró que fueran sancionadas leyes importantes en materia impositiva⁽⁶⁴⁾, bancaria⁽⁶⁵⁾, antimonopólica⁽⁶⁶⁾ y de regulación económica⁽⁶⁷⁾.

No tuvo igual suerte, en cambio, en materia internacional, donde, ya desde 1913, enfrentó la oposición de su propio partido. Cham Clark, el *Speaker* y Oscar W. Underwood, líder de la mayoría demócrata en el *House*, confrontaron con Wilson sobre su política respecto del peaje (*toll*) en el Canal de Panamá, recién abierto por el propio Wilson, que coronaba, de esa manera, los esfuerzos comenzados por Theodore Roosevelt⁽⁶⁸⁾. También tuvo dificultades para declarar la guerra a Alemania en 1917 e imponer la conscripción obligatoria, donde enfrentó la oposición de Claude Kitchin, de North Carolina, que había sucedido a Underwood como líder de la mayoría demócrata, bien que esta oposición fue luego superada con amplia mayoría⁽⁶⁹⁾. Pero su mayor derrota en política internacional tuvo lugar en noviembre de 1919 y marzo de 1920, cuando el Senado, con mayoría republicana liderada por Henry Cabot Lodge, un antiguo rival de Wilson⁽⁷⁰⁾, rechazó la aprobación del Tratado de Versailles y el ingreso de los Estados Unidos en la Liga de Naciones,

que el propio Wilson había impulsado con toda energía. Esta derrota, que afectó gravemente su salud, marcó el fin de su carrera política y de su vida⁽⁷¹⁾.

Franklin D. Roosevelt también conoció derrotas legislativas. Frente a las decisiones adversas de la Corte al *New Deal*, pero fortalecido políticamente luego de su reelección en 1936, en la cual obtuvo un triunfo abrumador⁽⁷²⁾, Roosevelt decidió reformar el tribunal de los “nueve ancianos” (*the nine old men*), como se le decía despectivamente a esa Corte, con miras a designar en ella nuevos magistrados que fueran favorables al *New Deal*⁽⁷³⁾. Tal vez si en ese momento hubiera advertido que una reforma en el sistema jubilatorio de los jueces era una solución mucho menos conflictiva, que le hubiera permitido, probablemente, la concreción de los mismos objetivos sin producirle desgaste político alguno, Roosevelt no habría encarado el cuestionable proyecto que, finalmente, fracasó; sin embargo, a comienzos de 1937, cuando este fue elaborado, ello no fue tomado en cuenta⁽⁷⁴⁾.

El *Judicial Procedures Reform Bill of 1937* o “*Court Packing Plan*”, como fue denominado en su momento⁽⁷⁵⁾, pretendía ser un sistema integral de reformas de la justicia federal, pero era claro que estaba dirigido directamente a la Corte. En lo esencial, permitía la designación de un nuevo juez federal por cada uno de los existentes que habían ocupado el cargo por espacio de 10 años o más, y no se hubieran retirado dentro de los 6 meses de haber cumplido 70 años⁽⁷⁶⁾. Ese nuevo juez sería designado en el tribunal donde se desempeñaba cada uno de los magistrados que se hallaran en la situación descripta. En lo que

(71) Wilson había ido personalmente al Senado a entregar el Tratado y defenderlo en el mes de julio de 1919. Cuando entró al recinto, él mismo llevaba el documento bajo su brazo derecho. Pero, probablemente por su entusiasmo y sus ansias personales de liderar el nuevo orden mundial emergente de la “Gran Guerra”, había cometido el error político de negociarlo y firmarlo sin consultar con los líderes republicanos, a quienes había ignorado abiertamente. Luego de su discurso, que duró unos 40 minutos, se encontró con una actitud hostil por parte de los senadores de la oposición. Entre sus opositores, además de Henry C. Lodge, estaban William Borah de Idaho, Robert La Follette, de Wisconsin y Hiram Johnson de California, que integraban el grupo de los “Irreconcilables”. Pero Wilson había jugado sus cartas a todo o nada, señalando la necesidad imperiosa de aprobar el Tratado (“*The stage is set, the destiny disclosed. It has come about by no plan of our conceiving, but by the hand of God. We cannot turn back. The light streams on the path ahead, and nowhere else*”) y la respuesta que obtuvo en ese momento fue muy fría, apenas un aplauso de compromiso. Lodge y su grupo habían formulado 14 reservas al Tratado, que Wilson no estaba dispuesto a negociar. Inició, entonces, en septiembre, una campaña por casi todo el país en busca de apoyo que lo agotó por completo. En octubre sufrió un derrame cerebral, que lo dejó parcialmente paralizado y apenas pudo hacerse cargo del gobierno. Las comunicaciones con sus asesores las hacía a través de su mujer, a quien se la empezó a llamar la “primera presidenta de los Estados Unidos”. Con sus fuerzas muy debilitadas, Wilson no tuvo posibilidad alguna ya de continuar defendiendo el Tratado, que fue rechazado en las dos oportunidades que fue objeto de tratamiento, el 19 de noviembre de 1919 y el 19 de marzo de 1920. Véase: Hazelgrove, William, *Madam President: The Secret Presidency of Edith Wilson*, Washington DC, Regnery History, 2016.

(72) Roosevelt obtuvo el 60,8% del voto popular, contra tan solo el 36,5% de Alfred M. Landon, su oponente republicano. En el colegio electoral la diferencia fue de 523-8.

(73) Un estudio detallado de este conflicto y del “*Court Packing*” puede verse en McKenna, Marian C., *Franklin Roosevelt and the Great Constitutional War. The court packing crisis of 1937*, New York, Fordham University Press, 2002. Véase también: Cushman, Barry, “The Judicial Reforms of 1937”, *William & Mary Law Review*, vol. 61, issue 4 (2020), pp. 995-1051.

(74) El gran problema que hasta entonces enfrentaban los jueces retirados era que sus haberes jubilatorios eran magros, de modo tal que permanecían en el Tribunal hasta avanzada edad sin ánimo de retirarse. La situación cambió en 1937 cuando el Congreso sancionó la *Supreme Court Retirement Act of 1937*, más benévola para los magistrados del Tribunal, la cual, una vez sancionada, facilitó rápidamente varias renunciaciones en el Tribunal de los “nueve ancianos”. A partir de allí, comenzaron a producirse una serie de vacantes –algunas de ellas ocasionadas también por el fallecimiento de algunos jueces– que dieron a Roosevelt la oportunidad de nombrar en total ocho jueces en el Tribunal y designar *Chief Justice* a Harlan F. Stone, lo que le permitió ser, después de Washington, el Presidente que más nombramientos ha efectuado hasta el presente.

(75) Esta designación se le atribuye a Edward Rumely, uno de los fundadores del National Committee to Uphold Constitutional Government, una institución opositora a Roosevelt y sus políticas.

(76) Por aquellos años, la edad de los jueces de la Corte era elevada como consecuencia de que carecían de un sistema jubilatorio adecuado y preferían no retirarse aun cuando tuvieran edad suficiente para hacerlo. De hecho, cuando Roosevelt finalmente entendió el problema y fue sancionada en marzo de 1937, la ley de jubilaciones para los jueces de la Corte (*Supreme Court Retirement Act*), que permitió a aquellos percibir una pensión, se produjo inmediatamente el retiro de Willis Van Devanter, que tenía 70 años. Roosevelt tuvo así la primera oportunidad de hacer su primera designación en el Tribunal.

(59) *Nixon v. United States* 418 U.S. 683 (1974). La decisión fue 8-0. Votaron los jueces Burger (*Chief Justice*), Douglas, Brennan, Stewart, White, Marshall, Blackmun y Powell. Se excusó de intervenir el entonces juez y luego *Chief Justice* Rehnquist. La decisión adquiere más singularidad si se tiene en cuenta que Nixon había nombrado a Burger, Blackmun y Powell.

(60) He relatado con mucho más detalle todo ese caso en *Historia del Congreso de los Estados Unidos*, pp. 259-270. Véase también: Ehrlich, Walter, *Presidential Impeachment. An American Dilemma*, Saint Charles, Missouri, Forum Press, 1974.

(61) Molinelli, Guillermo N., *Presidentes y Congresos en Argentina. Mitos y Realidades*, Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano, 1991.

(62) Fisher, Louis, *Constitutional Conflicts Between Congress and the President*, 6ª edición, Lawrence, Kansas, University Press of Kansas, 2014.

(63) Véase *Guide to Congress*, 7ª edición, Washington DC, Sage Reference CQ Press, 2013, p. 77.

(64) *Revenue Act of 1913*, 38 Statutes at Large 114, que impuso el *Income Tax* (Impuesto a las Ganancias) en el orden federal y redujo los derechos aduaneros.

(65) *Federal Reserve Act of 1913*, 38 Statutes at Large 251, por medio de la cual se creó el banco central (*Federal Reserve*).

(66) *Clayton Antitrust Act of 1914*, 38 Statutes at Large 730.

(67) *Federal Trade Commission Act of 1914*, 15 USC §§ 41-58.

(68) Véase Baker, George W. (Jr.), “The Wilson Administration and Panama, 1913-1921”, *Journal of Inter-American Studies*, Cambridge University Press, vol. 8, Nro. 2, abril, 1966, pp. 279-293.

(69) El único voto en el House en contra de que Estados Unidos entrara en la Primera Guerra Mundial fue el de Jeannette Rankin.

(70) Henry Cabot Lodge tenía, por entonces, una larga trayectoria legislativa. Fue senador por Massachusetts por más de 30 años (1893-1924) y presidía la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado.

a la Corte interesaba, ello habría permitido a Roosevelt designar allí 6 nuevos jueces, elevando su número a 15.

Roosevelt anunció el Plan en marzo de 1937, a comienzos del 75° Congreso (1937-1939) y lo difundió en una de sus célebres “*fireside chats*”, las emisiones radiales vespertinas con las que se dirigía frecuentemente al pueblo norteamericano. Si bien el proyecto debería haber sido tratado en el *House*, como cámara de origen, Roosevelt cometió el error de no consultarlo antes con los líderes del partido, de modo que se encontró con una fuerte resistencia en Hatton W. Sumners, de Texas, presidente del *Judiciary Committee* del *House*. El proyecto fue entonces enviado al Senado, donde el encargado de impulsarlo fue Joseph Taylor Robinson, de Arkansas, líder de la mayoría demócrata, pero la iniciativa encontró un oponente, dentro de los propios demócratas, en Henry F. Ashurst, de Arizona, presidente del *Judiciary Committee* del Senado, quien demoró el tratamiento del proyecto por varios meses. Finalmente, en junio de 1937, la comisión elaboró un informe rechazando el proyecto por 10-8 votos. Cuando fue enviado al recinto, el 2 de julio, Robinson tomó a su cargo la defensa de la iniciativa, pero la suerte no estaba del lado del “*Court Packing*”. Robinson falleció de un ataque al corazón el 14 de julio y Roosevelt cometió otro error al no asistir a su funeral, enviando en su reemplazo a John Nance Garner, su vicepresidente, lo que enojó aun más a los senadores demócratas⁽⁷⁷⁾. El 22 de julio, por un voto de 70-20, el Senado decidió enviarlo nuevamente a comisión y, una semana después, a pedido de Alben W. Barkley, de Kentucky, el nuevo líder de la mayoría, se introdujeron reformas en el proyecto que no incluían la designación de nuevos jueces. Este nuevo proyecto fue sancionado y Roosevelt lo promulgó el 26 de agosto.

Lo que había comenzado como una batalla entre Roosevelt y la Corte, terminó convirtiéndose en un conflicto de aquel con su propio partido, que tuvo influencias negativas en la elección legislativa de 1938, donde los demócratas perdieron bancas en ambas cámaras⁽⁷⁸⁾.

3. El presidente y el vicepresidente

Se supone –y ya es mucho suponer– que las relaciones entre el presidente y el vicepresidente son armónicas. Finalmente, desde que se inventó la fórmula presidencial, es usual que el candidato presidencial elija a quien será su compañero de ruta, lo que debería favorecer la buena convivencia entre ellos. En la Argentina hemos tenido varias experiencias distintas, en este campo, desde la fórmula matrimonial Perón-Perón de 1973, hasta el antagonismo de ciertos presidentes con el vicepresidente. Lo cierto es que la vicepresidencia, como toda figura híbrida⁽⁷⁹⁾, cuyo enclave constitucional es difícil de definir, pues tanto está en el Poder Ejecutivo como en el Legislativo, suele ser fuente de confusiones sobre su enclave constitucional⁽⁸⁰⁾, y de conflictos entre ambos mandatarios.

Históricamente, el más conocido es el de Sarmiento con Adolfo Alsina, dos líderes políticos de fuerte personalidad que chocaban frecuentemente. Es risueña la anécdota según la cual, para desmerecer la figura del Alsina, Sarmiento dijo que la única función del vicepresidente es la de tocar la campanilla en el Senado. También se enturbio la relación de Frondizi con Alejandro Gómez con motivo de los contratos petroleros, provocando la renuncia del vicepresidente. En tiempos más recientes Carlos Menem y Eduardo Duhalde terminaron políticamente enfrentados; no fue armónica la relación de Fernando de la Rúa con Carlos (“Chacho”) Álvarez, que también renunció en forma sorpresiva; Julio Cobos votó en contra de Cristina Fernández de Kirchner en la áspera discusión legislativa de la Resolución 125/2008 del Ministerio de Economía sobre las retenciones a las exportaciones del sector agropecuario; Alberto Fernández, delfín político de su vicepresidente (Cristina Fernández de Kirchner) careció de todo apoyo político por parte de su mentora y en la actualidad la re-

lación entre Javier Milei y Victoria Villarruel, ya desde el comienzo, está lejos de transitar por un lecho de rosas y se agrava día a día, al punto que en un programa periodístico reciente el presidente aludió indirectamente a la vicepresidente llamándola “traidora” por haber habilitado una sesión en la cual el Senado aprobó un incremento del 7,2% en los haberes jubilatorios que pondría en jaque el equilibrio fiscal⁽⁸¹⁾.

Si vamos a los Estados Unidos, veremos que, ya en los tiempos de la joven República, la relación entre John Adams y Thomas Jefferson fue conflictiva desde la tumultuosa elección de 1800⁽⁸²⁾. Como si fuera un capricho de la historia, ambos murieron, con escasas horas de diferencia, el 4 de julio de 1826, cada uno en su respectivo estado natal.

4. Acuerdos y desacuerdos en la designación de jueces

Otra contienda, a veces muy áspera, se produce con los acuerdos del Senado para la designación de jueces. Es famosa la controversia suscitada con motivo de la nominación de Louis D. Brandeis por Woodrow Wilson en enero de 1916, para suceder a Joseph Rucker Lamar⁽⁸³⁾. El “Abogado del pueblo”, como se lo llamaba, era judío y sus ideas progresistas para la época eran fuertemente resistidas por el *establishment* conservador. Egresado de Harvard con honores, se había hecho célebre en Boston por su práctica profesional en favor de los menos protegidos. Una de sus peculiaridades profesionales era que acompañaba sus escritos con muchos datos estadísticos, lo que comenzó a llamarse el “*Brandeis Brief*”⁽⁸⁴⁾. Consciente de que la nominación de Brandeis sería resistida en el Senado, Wilson buscó el apoyo del influyente senador Robert La Follette, de Wisconsin, para contrarrestar la oposición de otros líderes políticos también poderosos, como William Howard Taft. Luego de cuatro meses de arduas discusiones, Brandeis fue confirmado en junio de 1916 por una mayoría de 47-22 y 27 abstenciones.

Años después Ronald Reagan sufriría su única derrota en la nominación de un juez para la Corte al intentar la designación de Robert Bork en 1987. Por ese entonces, Reagan ya había cubierto dos vacantes en la Corte Suprema con jueces afines al ideario republicano⁽⁸⁵⁾ y, en junio de 1987, se le presentó una tercera oportunidad cuando Lewis F. Powell, un conservador moderado que usualmente actuaba como *swing vote* entre liberales y conservadores, anunció inesperadamente su retiro. Si bien tensar la cuerda con la propuesta de Robert Bork, un candidato ideológicamente más radical que los dos anteriores, era toda una apuesta⁽⁸⁶⁾, el Presidente decidió jugar fuerte y envió la propuesta al Senado el 1 de julio de 1987, pocos días después de producida la vacante de Powell⁽⁸⁷⁾. Finalmente, si esta nominación era rechazada –algo que siempre está en los cálculos de un típico “animal político” como Reagan– le quedaba todavía tiempo suficiente para elegir a un republicano más atenuado, como en definitiva ocurrió⁽⁸⁸⁾.

Robert Heron Bork, profesor de Derecho Constitucional en la Yale University y, por entonces, juez de la *U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*⁽⁸⁹⁾,

(81) Véase “La Nación” del 1 de agosto de 2025, p. 13.

(82) Véase Ferling, John, *Adams vs. Jefferson: The Tumultuous Election of 1800*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

(83) Pueden verse las alternativas de esta designación en Abraham, Henry J., *Justices & Presidents. A Political History of Appointments to the Supreme Court*, 2ª edición, New York - Oxford, Oxford University Press, 1985, pp. 178-181.

(84) Así lo hizo por primera vez en *Muller v. Oregon*, 208 U.S. 412 (1908), para sostener la constitucionalidad de una ley que limitaba a 10 horas la jornada de trabajo femenino en establecimientos industriales, demostrando el daño a la salud que provocaban períodos más largos.

(85) En 1981 había nombrado a Sandra Day O’Connor, conservadora moderada y primera mujer en la Corte Suprema de los Estados Unidos, que sucedió a Potter Stewart. Luego, en 1986, fue designado Antonin Scalia, que ocupó el sillón de William Rehnquist, cuando este fue designado *Chief Justice* en reemplazo de Warren Burger.

(86) Recordemos que los republicanos habían perdido la mayoría en el Senado en las elecciones de 1986.

(87) Bork esperaba ser propuesto para ocupar un sitio en la Corte desde 1974. Nixon se lo había prometido siendo *Attorney General*, pero el escándalo de Watergate lo impidió. De hecho, cuando en 1975 se retiró William O. Douglas, la vacante fue cubierta por Gerald Ford con la designación de John Paul Stevens, un conservador muy moderado que fue tornándose liberal a medida en que la Corte se fue inclinando hacia la derecha.

(88) De hecho, el sucesor de Powell fue Anthony Kennedy, que también cumplió el rol de “*swing vote*”, inclinando la balanza entre liberales y conservadores en uno u otro sentido.

(89) Había sido nombrado por Reagan en 1982.

(77) Otro contratiempo para el proyecto fue que, en mayo de 1937, el juez Willis Van Devanter anunció su retiro de la Corte acciéndose a la nueva ley jubilatoria sancionada en marzo. Si bien ello le daba a Roosevelt la oportunidad de designar un nuevo juez, le quitaba, al mismo tiempo, fuerza a su reforma judicial, fundada en la necesidad de cambiar la orientación política del Tribunal.

(78) Perdieron 8 bancas en el Senado y 72 en el House.

(79) Así la califica Ekmekdjian. Ekmekdjian, Miguel Á., *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Depalma, 1991, p. 482.

(80) Un análisis de esta cuestión puede verse en Manili, Pablo A., *Tratado de Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, 2ª edición, Buenos Aires, Thomson Reuters-La Ley, 2024, t. VI, pp. 183-188.

fue –y así ha pasado a la historia– como la quinta esencial del intelectual de la derecha norteamericana. Fuertemente antiabortista⁽⁹⁰⁾ y con perspectivas muy particulares e impopulares sobre la legislación antimonopólica⁽⁹¹⁾, su credo político antiliberal ha quedado reflejado en numerosos trabajos⁽⁹²⁾. Cargaba en su haber, además, la llamada “*Saturday Night Massacre*”, ocurrida siendo *Attorney General* de Nixon, cuando este forzó la dimisión de Archibald Cox como fiscal especial en el caso Watergate⁽⁹³⁾, algo que los demócratas no le perdonarían.

En el Senado, donde los demócratas habían recuperado la mayoría en las elecciones de 1986⁽⁹⁴⁾, le esperaba a Bork una dura batalla que no superó. El tratamiento de la propuesta fue inaugurado con un célebre e inflamado discurso del entonces senador Edward Kennedy, pronunciado el mismo día en que se formuló la candidatura⁽⁹⁵⁾, donde sostuvo que la designación de Bork acarrearía calamidades tales como un retroceso en la libertad de las mujeres para abortar, la segregación de los afroamericanos, la censura de escritores disidentes, el allanamiento nocturno de los domicilios, etc.⁽⁹⁶⁾. Luego de esta poco cálida bienvenida, Bork tuvo que enfrentar al *Judiciary Committee*, cuya presidencia había retornado a manos de los demócratas. Si bien se esperaba que volviera a presidirla Edward Kennedy, este optó por la de Trabajo (*Labor Committee*) y el entonces senador Joseph (“Joe”) Biden, de Delaware, se hizo cargo, con cierta reticencia, de la Comisión de Asuntos Judiciales⁽⁹⁷⁾. Su primera tarea fue formar con sus colaboradores más estrechos⁽⁹⁸⁾ un equipo que revisara las nominaciones y aconsejara rechazar las que se consideraran inaceptables, de modo tal que Biden no tuviera que invertir demasiado tiempo en chequear los antecedentes de los candidatos. Ello le permitió dedicar mucho tiempo a la candidatura de Bork que, por su importancia, lo colocaba en la primera fila de la escena política.

Biden atacó a Bork en todos los campos⁽⁹⁹⁾. En lo político organizó una fuerte campaña en su contra con la ayuda de líderes sureños⁽¹⁰⁰⁾, a quienes advertía muy te-

nazmente que la nominación de Bork pondría en peligro todo el régimen de los derechos civiles. También logró que testificaran en las audiencias de confirmación William Coleman, ex Secretario de Transporte y Barbara Jordan, activista de los derechos civiles y exrepresentante por Texas⁽¹⁰¹⁾. Ambos afroamericanos, sus testimonios fueron sumamente efectivos para desacreditar a Bork. En lo doctrinario, para revisar las opiniones jurídicas de Bork, fue consultado Laurence Tribe, un acreditado profesor de Derecho Constitucional en Harvard, de tendencia ultraliberal⁽¹⁰²⁾. Tampoco faltó la propaganda publicitaria, donde un grupo denominado *People for the American Way*, contrató a Gregory Peck para que presentara a Bork como un extremista enemigo de la libertad.

Con todos estos antecedentes, las audiencias en el Senado, que tuvieron lugar en noviembre, se convirtieron en un plebiscito nacional en torno a lo que el pueblo norteamericano interpretaba sobre la Constitución y el rol de los jueces. En ellas, el desempeño de Bork no fue bueno. No porque le faltara talento, sino por su falta de tacto y sensibilidad. Si bien fue afable, se mostró intelectual y distante, y cuando le preguntaron por qué quería ser juez de la Corte Suprema, cometió el error de responder “*for the intellectual feast*” (por el banquete intelectual). Obviamente no es eso lo que el público espera de un candidato a ocupar el más alto tribunal del país y las encuestas posteriores le fueron claramente desfavorables. Luego de Bork declararon 110 testigos expertos sobre temas constitucionales, 62 lo hicieron a favor y 48 en contra. Terminadas las audiencias, el 6 de octubre la Comisión votó 9-5 por el rechazo de la candidatura. Si bien se esperaba que Bork desistiera de su postulación, no lo hizo. Impulsado por Reagan, sostuvo –aun admitiendo que tenía pocas chances– que era necesario debatir la cuestión en el pleno del Senado. Allí, el 23 de octubre, la votación fue nuevamente contraria. Una mayoría de 58-42 concluyó con sus aspiraciones a ocupar un sillón en la Corte Suprema⁽¹⁰³⁾.

No menos colorida fue la candidatura de Clarence Thomas, aunque este logró superar la prueba en el Senado por una ajustada mayoría. Los hechos tuvieron lugar en 1991, durante la presidencia de George H. Bush, cuando Thurgood Marshall, una figura icónica de los derechos civiles⁽¹⁰⁴⁾, anunció su retiro de la Corte Suprema. Bush había logrado, el año anterior, nombrar a David Souter, un conservador moderado, en reemplazo de William Brennan, otro de los “*liberals*” emblemáticos de los años ‘60 y ‘70. Esta vez, sin embargo, la situación era más difícil, pues Marshall era afroamericano y si bien –en teoría– los sillones en la Corte no se asignan por raza, ni religión, ni por ningún criterio de este tipo, parecía políticamente correcto que el sucesor fuera también afroamericano. Obviamente, no era fácil encontrar un conservador entre los juristas negros. La elección recayó en Clarence Thomas, cuyo principal antecedente era que el propio Bush lo había designado, el año anterior, como juez del *U. S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*. Antes de ello había presidido la *Equal Employment Opportunity Commission*, cargo en el cual fue nombrado por Reagan en 1982⁽¹⁰⁵⁾.

Pese a las molestias que la propuesta de designar a Thomas produjo en la NAACP y en otras asociaciones de derechos civiles⁽¹⁰⁶⁾, quienes sospechaban que el candidato

(90) Bork, Robert H., *The Tempting of America, the political seduction of the law*, New York, Simon & Schuster, 1991, esp. pp. 199/200.

(91) Bork, Robert H., *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, New York, Basic Books, 1978.

(92) Entre otros: Bork, Robert H., *Slouching Towards Gomorrah: Modern Liberalism and American Decline*, Regan Books/Harper Collins, 1996.

(93) Véase Bianchi, *Historia del Congreso de los Estados Unidos...*, pp. 265-266.

(94) En esa elección, además, los republicanos habían perdido algunos “*hardliners*” como Jeremiah Denton, de Alabama, un marino que había sido prisionero de guerra de los vietnamitas durante ocho años; James Abdnor, de South Dakota y Paula Hawkins, de Florida.

(95) El discurso ha pasado a la historia como “*Robert Bork’s America*”, porque así comienza una de sus párrafos más duros en contra de Bork.

(96) En textuales palabras, Kennedy sostuvo, en la parte principal de su discurso: “*Robert Bork’s America is a land in which women would be forced into back-alley abortions, blacks would sit at segregated lunch counters, rogue police could break down citizens’ doors in midnight raids, schoolchildren could not be taught about evolution, writers and artists could be censored at the whim of the Government, and the doors of the Federal courts would be shut on the fingers of millions of citizens for whom the judiciary is –and is often the only– protector of the individual rights that are the heart of our democracy. President Reagan is still our president. But he should not be able to reach out from the muck of Irangate, reach into the muck of Watergate and impose his reactionary vision of the Constitution on the Supreme Court and the next generation of Americans. No justice would be better than this injustice*”. Véase C-Span, “*Judge Bork Nomination*”, 1 de julio de 1987. Disponible en: <https://www.c-span.org/video/?172452-2/judge-bork-nomination> (último acceso: 28/7/2024).

(97) Por aquel entonces, “Joe” Biden ya estaba preparando su candidatura presidencial, una aspiración que recién pudo concretar muchos años después en las elecciones de 2020. De hecho, fue candidato en 1988 y también en 2008, aunque en esta segunda ocasión finalmente integró, como vicepresidente, la fórmula con Barack Obama. Ciertamente, ocupar la presidencia de la Comisión de Asuntos Judiciales le restaba tiempo para su campaña política y, además, es un cargo de poca importancia presupuestaria, en el cual deben tomarse decisiones que generan adversarios. No obstante, presidir una comisión importante le otorgaba una notoriedad por la que todo aspirante a ocupar la Casa Blanca clama.

(98) Esta “*task force*” estaba liderada por Patrick J. Leahy, senador por Vermont, quien además es actor, y como tal ha actuado en varias películas de Batman.

(99) Un recuento muy detallado de la intensa actividad de Biden para obtener el rechazo de la nominación de Bork puede verse en: Schwartz, Herman, *Packing the Courts. The Conservative Campaign to Rewrite the Constitution*, New York, Charles Scribner’s Sons, 1988, pp. 122-142.

(100) Uno de ellos fue J. Bennett Johnson, de Louisiana, que organizó una serie de seminarios para aleccionar a otros senadores más jóvenes sobre el peligro que implicaban Reagan y sus acólitos para los derechos civiles.

(101) Recordemos que años antes, en 1973, Jordan había participado muy efectivamente también, en las audiencias para promover el juicio político contra Nixon.

(102) Bork fue invitado a participar con Tribe en varios paneles simulando la audiencia de confirmación, pero se negó, lo que dio la oportunidad a Biden y Tribe de hacerlos por su cuenta con gran desventaja para el candidato.

(103) Como era de esperar, casi toda la bancada demócrata votó en contra, salvo 2 senadores, y entre los republicanos 6 lo hicieron también en contra de Bork. Entre ellos los muy conservadores John Stennis, de Mississippi y John Warner, de Virginia, que, como dato de color, había sido el sexto marido de Elizabeth Taylor.

(104) Marshall, como director de legales de la National Association for the Advancement of Colored People (NAACP), había obtenido la victoria contra la segregación racial en el caso *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

(105) Desde el punto de vista republicano, la elección de Thomas era impecable. Se continuaba con un juez afroamericano, era profundamente conservador y, además, muy joven. Nació en 1948, de modo tal que, por entonces, tenía apenas 43 años. Asimismo, había egresado de Yale, una de las universidades más prestigiosas del país.

(106) Entre ellas, la National Urban League y la National Organization for Women.

volcaría los votos de la Corte hacia la derecha⁽¹⁰⁷⁾ y la magra calificación que obtuvo en la *American Bar Association*⁽¹⁰⁸⁾, en las audiencias de confirmación, que tuvieron lugar en septiembre de 1991, el candidato tuvo un desempeño aceptable⁽¹⁰⁹⁾ y el 27 de septiembre la Comisión de Asuntos Judiciales por una mayoría de 13-1 recomendó la aprobación del pliego.

Si bien en el 102° Congreso (1991-1993) el Senado conservaba la mayoría demócrata, todo parecía marchar sobre ruedas y no se avizoraba un rechazo de la candidatura, hasta que, a comienzos de octubre, Nina Totenberg, una periodista de la *National Public Radio*, denunció públicamente que Anita Hill, profesora de derecho en la Universidad de Oklahoma, había sido sexualmente molestada por Thomas cuando trabaja en el Ministerio de Educación y luego en la *Equal Employment Opportunity Commission*⁽¹¹⁰⁾. Naturalmente esto produjo un gran revuelo y fue necesario reabrir las audiencias en el Senado que, por cierto, entraron en turbulencia. Anita Hill declaró como testigo, afirmando que mientras trabajaba a las órdenes de Thomas había sido objeto de insinuaciones sexuales en reiteradas oportunidades⁽¹¹¹⁾, pero ante una falta de pruebas concretas, todo quedó entre los dichos de Hill y las negaciones de Thomas, corroboradas por otras colaboradoras que negaron los hechos denunciados. Finalmente, el pleno del Senado confirmó la nominación por una mayoría de 52-48⁽¹¹²⁾.

Más recientemente, en la Argentina hemos asistido a una verdadera batalla entre el Poder Ejecutivo y el Senado por las designaciones de Manuel García Mansilla y Ariel Lijo. Dado que los hechos son bien conocidos, me abstendré de comentarlos. Basta recordar que, en marzo de 2024, fueron enviados ambos pliegos al Senado y, ante su falta de tratativa en el período ordinario de sesiones y en las extraordinarias⁽¹¹³⁾, los candidatos fueron nombrados “en comisión”⁽¹¹⁴⁾, y sus pliegos fueron rechazados en abril de 2025.

B. El régimen federal

De la oposición entre las fuerzas centrípetas y centrífugas, por las que pugnan los componentes de un estado federal, nacen también innumerables conflictos. Tal vez sea necesario recordar que esto no ocurre solamente entre los estados formalmente federales, es decir, aquellos que la Constitución organiza como tales, sino de todos en los que existe alguna forma autónoma de descentralización política⁽¹¹⁵⁾. Pensemos, por ejemplo, en el Reino Unido, que no es un Estado federal, pero está compuesto por cuatro unidades políticas o regiones⁽¹¹⁶⁾: Inglaterra, Escocia,

Gales e Irlanda del Norte, que siempre han estado en conflicto con el gobierno central de Westminster en pos de obtener mayores grados de autonomía, una conquista que recién se hizo realidad hacia finales del siglo XX durante el gobierno laborista de Tony Blair, por medio de la llamada “Devolución” (*Devolution*)⁽¹¹⁷⁾.

En los estados formalmente federales, estas tensiones son naturales y cotidianas, pues son numerosos los posibles puntos de fricción que produce la convivencia del gobierno federal y de los estados locales, y la de estos entre sí. En este último caso la Constitución prevé dos foros judiciales específicos para la solución de tales conflictos en los artículos 117 y 127, los cuales, tal como ha demostrado recientemente Laplacette, son mucho más similares de lo que parece⁽¹¹⁸⁾.

Por cierto, el Estado federal lleva las de ganar en esta puja, ya que generalmente son los órganos nacionales los que tienen la última palabra en la disputa. Así ocurre con el control de constitucionalidad, ya que es la Corte Suprema quien resuelve, en definitiva, si una ley provincial es constitucional o no lo es. De allí que hace muchos años González Calderón sostuvo que, por medio del recurso extraordinario, se ejercía una “intervención judicial” en las provincias⁽¹¹⁹⁾, expresión que luego fue criticada por Bielsa⁽¹²⁰⁾. Se suma a ello un factor político que ha sido denunciado por Sagüés al criticar a los legisladores que, en lugar de representar a las provincias, representan a los intereses de los partidos nacionales votando leyes “unitarizantes”⁽¹²¹⁾.

Hay ciertos puntos en los cuales la fricción entre los tres estamentos del orden federal se hace particularmente sensible y el deslinde de las competencias entre la Nación, las provincias y los municipios no ha sido sencillo. Tal es el caso del poder de policía; de la llamada “cláusula de comercio” (art. 75, inc. 13), donde la Corte Suprema de los Estados Unidos marcó inicialmente el rumbo en *Gibbons v. Ogden*⁽¹²²⁾, ya que allí la Constitución tiene una cláusula similar (art. I, sec. 8, cl. 3)⁽¹²³⁾; o de los “establecimientos de utilidad nacional”, hasta que la reforma de 1994 puso más claridad en la cuestión (art. 75, inc. 30), optando por una solución más favorable a las provincias, al recoger un principio que estaba sentado por la Corte Suprema⁽¹²⁴⁾. Por lo demás, tal como ha aclarado Sagüés, el lugar o territorio que ocupan estos establecimientos continúa siendo provincial, bien que bajo jurisdicción nacional⁽¹²⁵⁾. Tampoco ha sido menor la impronta de los municipios por obtener su autonomía, reconocida por la Corte en *Rivademar c/ Municipalidad de Rosario*⁽¹²⁶⁾, y luego volcada en el artículo 123. Se ha sumado a todo ello la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires (art. 129), cuya federalización derramó sangre en la revolución de Tejedor de 1880⁽¹²⁷⁾.

Peele, Gillian, *Governinf the UK*, 3ª edición, Blackwell Publishers Ltd. Oxford, 1995, p. 387.

(117) Como su nombre lo indica, *Devolution* es el proceso de devolución de ciertos poderes ejercidos hasta entonces directamente por el gobierno central desde la anexión de cada territorio. Las materias comprendidas en la Devolución, que son múltiples, están enumeradas (a) en relación con Gales en el *Schedule* (Anexo) 9 de la *Government of Wales Act 2006*; (b) en relación con Escocia en el *Schedule* 6 de la *Scotland Act 1998* y (c) en relación con Irlanda del Norte en el *Schedule* 10 de la *Northern Ireland Act 1998*. Esta denominación es relativamente nueva, pero el propósito que la anima es bastante anterior. Ya hacia fines del siglo XIX, William Gladstone proponía el llamado *Home Rule* (el gobierno propio o autónomo) de Irlanda, una cuestión que fue dominante en la política británica hasta 1920. Véase, entre muchos otros: Bogdanor, Vernon, *Devolution in the United Kingdom*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 3.

(118) Laplacette, Carlos, *El Tribunal de la Federación. Los conflictos subnacionales y la competencia originaria de la Corte Suprema*, Buenos Aires, EDIAR, 2024.

(119) González Calderón, Juan A., “La intervención judicial de la Corte Suprema en las provincias”, en *La Prensa*, 4 de octubre de 1927.

(120) Bielsa, Rafael, *La Protección Constitucional y el Recurso Extraordinario. Jurisdicción de la Corte Suprema*, 2ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1958, p. 133.

(121) Sagüés, Néstor P., *Derecho Constitucional...*, t. 2, p. 162.

(122) 22 U.S. 1 (1824).

(123) Un estudio sobre la cuestión puede verse en Coenen, Dan T., *The Commerce Clause*, New York, Foundation Press, 2004.

(124) Véanse Bianchi, Alberto B., “Los establecimientos de utilidad nacional en las provincias y el sistema federal de gobierno”, *El Derecho*, 136-468 (1990) y Manili, Pablo L., *Establecimientos de Utilidad Nacional. Espacios destinados a ejercer el poder federal*, 2ª edición, Astrea, Buenos Aires, 2017.

(125) Sagüés, Néstor P., *Derecho Constitucional...*, t. 2, p. 183.

(126) Fallos 312-326 (1989).

(127) Sobre el régimen de la Ciudad de Buenos Aires puede verse, entre muchos otros: Hernández, Antonio M., *Federalismo y Constitucio-*

(107) Preocupaban, en particular, sus críticas hacia la *affirmative action* y las sospechas de que intentaría revertir lo decidido en *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), sobre el derecho de las mujeres a abortar.

(108) El *Standing Committee on the Federal Judiciary* lo había considerado –por mayoría– apenas como “qualified”.

(109) Si bien con algunas evasivas, logró responder las preguntas de Biden, como presidente del *Judiciary Committee*, sobre sus convicciones sobre el derecho de propiedad y si se consideraba a sí mismo un “libertarian”, es decir, si entendía que debe prevalecer la autonomía de la voluntad frente a la autoridad del Estado. Una de las anécdotas de estas audiencias es que las preguntas de Biden eran tan largas y complicadas, que al momento de responderlas Thomas ya se había olvidado de cuál era la pregunta.

(110) Según Totenberg, la información la había obtenido de una fuente del FBI.

(111) Otras dos mujeres que también habían trabajado con Thomas, Angela Wright y Rose Jourdain, afirmaron también haber sido objeto de insinuaciones sexuales, pero el Senado no las convocó a testificar dado que hasta los senadores demócratas dudaban de su credibilidad.

(112) Fueron 11 los senadores demócratas que votaron favorablemente.

(113) Fueron convocadas por el Decreto 23/2025; BO 13/1/2025.

(114) Decreto 137/2025; BO 26/2/2025.

(115) Sobei Mogi, un estudiante indio, discípulo de Harold Laski, escribió hace casi un siglo un verdadero tratado sobre el federalismo, en el cual no analizó solamente el régimen de los Estados Unidos, sino también el de naciones europeas como el Reino Unido y la Alemania de entonces. Mogi, Sobei, *The problem of Federalism. A Study in the History of Political Theory*, London, George Allen & Unwin Ltd, 1931.

(116) Si bien no son asimilables exactamente a las regiones autónomas de otros países europeos, ni tampoco son estados que componen un sistema federal, la autonomía que hoy día poseen permite –provisionalmente– darles este estatus. Tengamos en cuenta que dos de ellos, Escocia e Irlanda del Norte, tienen autoridades legislativas, ejecutivas y judiciales propias. En algunos casos, se los llama “países” (*countries*), aunque esta denominación tiene un contenido más sociológico que político. Véase The Commonwealth, “The Commonwealth”, disponible en: <http://thecommonwealth.org/> [último acceso: 28/7/2024]. Otros autores las llaman simplemente “unidades” (*units*):

Si tuviera que elegir hoy en día cuál es la principal tensión que tiene el régimen federal diría que es la coparticipación federal de impuestos, elevada a rango constitucional en el artículo 99, inciso 2. Esto, lejos de ser la solución del problema, lo ha agravado. Nacida como medida de emergencia a raíz de la crisis de 1930⁽¹²⁸⁾, la coparticipación le da un extraordinario poder fiscal a la Nación sobre las provincias, que estas finalmente resignaron con la reforma de 1994 y los 30 años transcurridos desde entonces, sin que se haya podido sancionar la ley convenio prevista en la norma citada, es una clara muestra de las dificultades que ello acarrea. La propia Constitución ha impuesto la dependencia fiscal de las provincias respecto del gobierno federal, más exactamente del Poder Ejecutivo, que percibe y distribuye lo recaudado⁽¹²⁹⁾. En síntesis, la coparticipación es, en sí misma, un semillero de conflictos y algunos casos recientes lo ponen de manifiesto⁽¹³⁰⁾.

V. Las tensiones electorales

A. La polarización

Llamar “tensiones electorales” a las agrias disputas existentes en el campo electoral es casi un eufemismo, pero debemos reconocer que este terreno se alimenta de ellas. Si bien, tal como señala Sagüés, en la Argentina de hoy los procesos electorales se llevan a cabo en general con gran normalidad⁽¹³¹⁾, las tensiones electorales existen, pues son naturales y necesarias, de lo contrario caeríamos en el uniforme cementerio político de las dictaduras. Lo que sí resulta problemático hoy día, pues se está difundiendo, alarmantemente, es el fenómeno de la “polarización”, es decir, de la fuga hacia los extremos ideológicos del arco político, lo que debilita sus estamentos centrales, que son, en definitiva, los que dan estabilidad y continuidad armónica a los regímenes políticos.

Esta es una tendencia peligrosa que suscita la falta de diálogo entre las diferentes facciones y, en un extremo muy grave, puede conducir a la guerra civil, como en la España de 1936, donde republicanos y falangistas eran irreconciliables. Son muchos los países de Europa actualmente “polarizados” o en vías de serlo⁽¹³²⁾ y algo similar ocurre en los Estados Unidos, donde, en la elección presidencial de 2024, Donald Trump y Kamala Harris estaban ubicados hacia los extremos de cada uno de sus partidos. y, desde su triunfo electoral, Trump no ha hecho más que tensar todas las relaciones domésticas e internacionales, provocando incluso a sus aliados tradicionales como Canadá.

nalismo Provincial, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, Primera Parte, capítulo V.

(128) Roberto Cortés Conde lo ha explicado de esta manera: “La crisis mundial de 1930, con la caída del comercio exterior, hizo imposible continuar financiando al Estado con los impuestos a la importación. Aunque existieron intentos por obtener una solución de largo plazo, los gobiernos casi siempre apelaron a medidas de emergencia para obtener ingresos alternativos, sin que se diseñara un régimen fiscal consensuado que posibilitara finanzas estables. En general, las medidas producto de la emergencia representaron una mayor centralización en la apropiación de los recursos y la apelación a la emisión, lo que después de la Segunda Guerra Mundial generó una persistente y cada vez más elevada inflación. Se había roto el acuerdo político y fiscal que había consagrado la Constitución. En la práctica fiscal, había avanzado un fuerte centralismo. Pero, a la vez, avanzaba el Poder Ejecutivo sobre facultades legislativas, al realizar gastos más allá de lo que obtenía de los impuestos. Así, el federalismo comenzó a perder su base fiscal de sustento y las provincias quedaron a merced del gobierno central. Estos conflictos de las provincias con el Estado central por los impuestos perduraron hasta nuestros días. A partir de entonces, el Ejecutivo actuó muchas veces sin atender al Congreso, y provocó una crisis de legitimidad que se reflejó en una crónica inestabilidad política”. Cortés Conde, Roberto, “La decadencia de nuestro federalismo”, *La Nación*, 6 de septiembre de 2011.

(129) En relación con este tema, la bibliografía es amplísima. Entre otros, véase la obra colectiva Borghonovo, Félix (dir.), *El Federalismo fiscal a partir de la reforma constitucional*, Buenos Aires, Asociación Mutual Federal de Empleados de la DGI, 1995; Bulit Goñi, Enrique, “Sistemas de coordinación de potestades tributarias a distintos niveles en el régimen federal argentino”, en García Belsunce, Horacio (dir.), *Tratado de tributación*, Buenos Aires, Astrea, 2003, t. I, vol. 2, cap. X; Pérez Hualde, Alejandro, *Coparticipación federal de impuestos*, Buenos Aires, Depalma, 1999.

(130) “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional”, Fallos 345:1498 (2022).

(131) Sagüés, Néstor P., *Derecho Constitucional...*, t. 2, p. 232.

(132) Son tantos los artículos que se escriben a diario sobre este tema, que no es posible abarcarlos a todos. Elijo este, entre muchos otros: Corradini, Luisa, “Una Europa alterada por la extrema derecha y la guerra se acerca a las urnas”, *La Nación*, 19 de mayo de 2024, disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/una-europa-alterada-por-la-extrema-derecha-y-la-guerra-se-acerca-a-las-urnas-nid18052024/> (último acceso: 28/7/2024).

Para no caer en la crónica de lo cotidiano, en el punto siguiente recordaré una elección muy disputada, con muchas tensiones políticas, cuya curiosidad es que, al final del camino, terminó siendo resuelta por una sola persona, Joseph Bradley, que era juez de la Corte Suprema.

B. La curiosa elección de 1877 en los Estados Unidos

En 1876, al concluir el segundo mandato de Ulysses S. Grant, se produjo una contienda electoral que puso en jaque al sistema. Compitieron por la presidencia Rutherford B. Hayes, por el Partido Republicano, y Samuel J. Tilden, por el Partido Demócrata. Los demócratas estaban fuera de la presidencia desde el gobierno de James Buchanan (1857-1861), pero tenían fuertes posibilidades de retornar a la Casa Blanca dada la oposición a la política republicana de la Reconstrucción y a la depresión económica reinante. Si bien Tilden obtuvo la mayoría de los votos populares, se produjo una disputa con los emitidos en Louisiana, Florida y North Carolina, estados controlados por los republicanos. Ello comprometía el resultado del colegio electoral, donde además se cuestionaba un voto proveniente de Oregon, ya que sin los votos objetados Tilden no llegaba a la mayoría necesaria para ser proclamado⁽¹³³⁾. Los resultados electorales fueron enviados al Congreso, que debía dirimir la cuestión. Allí la situación política estaba dividida, pues en el 44º Congreso (1875-1877) los republicanos tenían mayoría en el Senado y los demócratas en el *House*. Para colmo, la Enmienda XII – que regula la elección presidencial – no decía exactamente a quien correspondía decidir sobre la validez de los votos emitidos. Naturalmente, si la decisión recaía en el Senado, el ganador sería Hayes, en tanto que el *House* daría el triunfo a Tilden.

Cada cámara designó entonces sendas comisiones para estudiar el problema, pero tampoco se avanzó mucho. La del Senado encontraba soluciones favorables a Hayes y los representantes propiciaban las que daban el triunfo a Tilden. Alguien sugirió entonces que una comisión de jueces de la Corte Suprema resolviera la cuestión, simulando con ello que estos no obrarían motivados por preferencias partidarias, pero la propuesta fracasó porque cada partido pretendía tener una mayoría de jueces propios en la comisión. Finalmente se sancionó una ley que creó una “Comisión Electoral”⁽¹³⁴⁾, integrada por quince miembros: 5 por el Senado, 5 por el *House* y 5 jueces de la Corte Suprema. La ley establecía, además, el método a ser empleado para contar los votos.

Era obvio que los integrantes del Senado tendrían mayoría republicana y los del *House* tendrían, a su vez, mayoría demócrata, de modo que el delicado equilibrio residía en la selección de los jueces de la Corte. Para evitar lo que en definitiva resultó inevitable, la ley dispuso que se elegirían cuatro jueces quienes, a su vez, designarían al quinto. Si bien la elección de cada juez se hizo en función de los distritos judiciales que cada uno de ellos presidía, para dar con ello una apariencia de representación territorial, lo cierto es que en la práctica ello aseguró la presencia de dos republicanos y dos demócratas: por los primeros fueron elegidos los jueces Samuel Miller y William Strong, y por los demócratas, los jueces Nathan Clifford y Stephen Field.

En síntesis, el acuerdo político plasmado permitía que la “Comisión Electoral” se constituyera con 7 republicanos y 7 demócratas. Si cada uno de ellos votaba por el candidato de su partido, lo cual era esperable, la elección presidencial quedaba, en definitiva, en manos del juez de la Corte Suprema elegido por sus propios colegas. Parecía que la elección recaería en David Davis⁽¹³⁵⁾, cuyas vacilaciones políticas no permitían determinar exactamente cuál partido prefería, aunque era probable que se inclinara por Tilden⁽¹³⁶⁾. En el ínterin, Davis fue electo senador por Illinois y renunció a la Corte. Si bien su renuncia se

(133) Tilden obtuvo 4.301.000 votos populares y Hayes solamente 4.036.000, pero en el colegio electoral Hayes aventajaba a su oponente por un solo voto, tenía 185 votos contra 184 de Tilden.

(134) *Electoral Commission Act*, 19 Statutes at Large 227.

(135) Designado por Abraham Lincoln en 1862, había hecho su carrera política en Illinois, donde había sido diputado, convencional constituyente y luego juez.

(136) Era un republicano moderado, oriundo de Maryland y establecido en Illinois, que se convirtió en el director de la campaña presidencial de Lincoln, esfuerzo que luego fue premiado con una designación en la Corte Suprema en 1862. En 1872, había apoyado al *Liberal Republican Party*, que se oponía a la reelección de Ulysses Grant, cuya candidatura sostenían los republicanos radicales.

haría efectiva recién en marzo de 1877, lo que le daba tiempo para cumplir la tarea en la Comisión, declinó el ofrecimiento de integrarla⁽¹³⁷⁾. La elección recayó, entonces, en Joseph Bradley, el menos partisano de los jueces, pero republicano al fin, quien votó por el candidato de su partido dándole el triunfo a Hayes que, naturalmente, llegó a la presidencia muy debilitado políticamente, en medio de las fuertes críticas de los demócratas, dirigidas en especial contra Bradley. Estos, no obstante, decidieron acatar la decisión luego de celebrar el Compromiso de 1877, un acuerdo no escrito por medio del cual, en esencia, los republicanos se comprometieron a retirar las tropas federales de los estados del sur. Con ello concluyó la Reconstrucción y los afroamericanos quedaron a merced de los gobiernos sureños, hostiles a sus libertades, sin ayuda del gobierno nacional. Desde entonces y hasta la sanción de la *Civil Rights Act* de 1964, los demócratas controlaron férreamente lo que se denominó el Bloque del Sur (*Southern Bloc*) integrado por los 16 estados ubicados en el sudeste y el centro sud del país, a los que se suma el Distrito de Columbia⁽¹³⁸⁾.

VI. Las tensiones internas en el Congreso y la Corte

A. Ásperos debates legislativos

Si existe un lugar en el cual la disputa política encuentra su sede natural, es el Congreso y las convenciones constituyentes. Si nos detenemos en estas últimas, podremos ver el intenso debate entre Gorostiaga y Zenteno sobre la cuestión religiosa en la convención de 1853⁽¹³⁹⁾. Tampoco fueron menores los debates en la convención de 1994, donde, entre otros muchos, figura el de los Decretos de Necesidad y Urgencia, que Estela B. Sacristán ha analizado con detalle recientemente⁽¹⁴⁰⁾. No menos trabajo les dio a los constituyentes de Filadelfia en 1787 ponerse de acuerdo en la estructura bicameral del Congreso hasta que acordaron el “*Great Compromise*”⁽¹⁴¹⁾.

Los diarios de sesiones dan cuenta de algunos de estos célebres y acalorados debates, pero muchas veces lo más picante transcurre en los despachos y pasillos, donde se escriben páginas de historia que usualmente no podemos conocer, salvo por testigos presenciales que se animan a contar estos episodios.

En la Argentina, el más destacado de ellos fue Ramón Columba, jefe de taquígrafos del Congreso, gran dibujante, humorista, empresario editorial y una figura verdaderamente singular de trascendencia internacional⁽¹⁴²⁾. Cuando se retiró del Congreso en 1946, la Editorial Columba, fundada junto con su hermano, comenzó a publicar “*El Congreso que yo he visto*”, una obra en tres volúmenes que abarca el período 1906-1943, en la que narra la “historia chica” del Congreso, plagada de anécdotas, algunas entretenidas, otras dramáticas, e ilustrada con simpáticas caricaturas de los legisladores. Según Columba “[e]l Congreso Nacional no solo es la institución básica de nuestro sistema democrático, sino el espectáculo más atrayente que no es dado presenciar”⁽¹⁴³⁾. Se han hecho cuatro ediciones de esta obra y la tercera (1978) fue prologada por Jorge L. Borges. Voy a recorrer aquí algunas de las páginas del Congreso visto por Columba, en una época en que todavía no se fomentaba la mediocridad que alimenta el populismo⁽¹⁴⁴⁾.

(137) Parece ser, incluso, que los republicanos apoyaron su candidatura, pues la elección como senador desnudaba su partidismo y lo descalificaba como supuesto miembro independiente de la Comisión.

(138) Esos estados son: Delaware, Florida, Georgia, Maryland, North Carolina, South Carolina, Virginia, West Virginia, Alabama, Kentucky, Mississippi, Tennessee, Arkansas, Louisiana, Oklahoma y Texas.

(139) He resumido esta contienda verbal en Bianchi, Alberto B., *Historia de la Formación Constitucional Argentina y Latinoamericana*, Buenos Aires, Cátedra Jurídica, 2023, pp. 193-197.

(140) Sacristán, Estela B., “Decretos de necesidad y urgencia en la Convención Constituyente de 1994: dos aspectos de interés permanente,” en Juan Carlos Cassagne (dir.) y Pedro Aberastury (coord.), *Derecho público y decretos de necesidad y urgencia. A propósito del decreto de necesidad y urgencia 70/2023*, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, pp. 73-108.

(141) Véase Bianchi, Alberto B., *Historia del Congreso de los Estados Unidos...*, pp. 34-35.

(142) Viajó numerosas veces por Europa y los Estados Unidos, entrevistándose allí con Charles Chaplin (1925). También disertó con Walt Disney cuando estuvo en Buenos Aires en 1941, en una audición de Radio El Mundo.

(143) Columba, Ramón, *El Congreso que yo he visto*, 4ª edición, Buenos Aires, Editorial Columba, 1983, t. I, p. 5.

(144) Otro célebre taquígrafo en su juventud fue Antonio De Tomaso (originariamente Di Tomasso) que luego fue diputado socialista

Su relato comienza en 1906 cuando visitó a Benito Villanueva, por entonces presidente provisional del Senado, en su casona de Quintana y Ayacucho, para pedirle que lo nombrara taquígrafo en el Congreso. Tenía por entonces 15 años e iba con una recomendación familiar y un dibujo hecho a lápiz de Villanueva, que lo recibió con gran cordialidad y lo nombró poco después. Uno de sus primeros recuerdos es haber visto en la sala de taquígrafos el pupitre del Senado quebrado por el puñetazo de Pellegrini cuando en el recinto lo acusaron de ponerse del lado que más calienta el sol⁽¹⁴⁵⁾.

Tal vez el momento más dramático de esos años iniciales tuvo lugar en enero de 1908, cuando Figueroa Alcorta clausuró, por decreto, las sesiones del Congreso para evitar el juicio político que le estaba promoviendo Marcelino Ugarte. Columba, que observaba la escena desde la vereda, relata las diferentes actitudes de los legisladores a quienes la policía y los bomberos les impedían el ingreso al todavía flamante edificio. Desfilan por su recuerdo, Manuel Láinez, Pedro Cernadas, Francisco Caracciolo y Alfredo Palacios. Figueroa Alcorta finalmente se salió con la suya y, en las elecciones de marzo de ese año, ingresaron diputados leales a sus filas que impidieron continuar con el juicio político. Ello produjo encendidos debates. Se lo escuchó vociferar a Antonio “Feroz” Piñero, cuya fogosidad contrastaba con la calma del joven diputado Carlos Saavedra Lamas, un “atildado y estudioso universitario”, según lo describe Columba. Más sereno, pero igualmente enérgico, el diputado Emilio Mitre, hijo del general, de grandes bigotes y magra figura, pronunció unas palabras proféticas: “A este paso, no está lejano el día en que esta cámara pase a ser una dependencia del Poder Ejecutivo”⁽¹⁴⁶⁾.

Una figura destacada de esa época fue Joaquín V. González, uno de los padres del Derecho Constitucional argentino. Había ingresado a la Cámara de Diputados por su provincia natal, La Rioja, en 1886, cuando no tenía todavía 25 años, edad mínima que requería –y todavía requiere– la Constitución para el cargo. Fue luego Ministro del Interior y de Relaciones Exteriores de Roca y senador por su provincia entre 1907 y 1923. Cuenta Columba que en una oportunidad un ministro del Poder Ejecutivo con prepotencia le dijo: “Vea señor Senador que hace diez años que vengo estudiando la Constitución”, a lo que González le respondió “y yo hace treinta y todavía no sé nada”⁽¹⁴⁷⁾. El Ministerio del Interior se lo ofreció Roca preguntándole: “¿Ud. le tiene miedo a Pellegrini?” La pregunta, que fue respondida con una negativa sin rodeos, venía porque Felipe Yofre, su antecesor, había tenido que renunciar luego de una violenta interpelación del “piloto de tormentas”. Poco después, siendo canciller, González tuvo que enfrentar otra interpelación de Pellegrini por la cuestión de límites con Chile. Habló durante 9 horas y cuando finalizó su interpelante dijo: “Después de lo que se ha oído, nada hay que agregar”⁽¹⁴⁸⁾.

González también fue interpelado por Alfredo Palacios, el 1 de mayo de 1904, el mismo día en que este se incorporaba como diputado⁽¹⁴⁹⁾. “Traigo la expresión de agravios de la clase proletaria”, comenzó diciendo el diputado por la Boca, al que la Universidad de Buenos Aires le había rechazado su Tesis Doctoral sobre “La Miseria en la República Argentina” y tuvo que reemplazar por una menos polémica sobre quiebras. Palacios fue otra figura singular y colorida de su época. Entre sus encendidos discursos figura el pedido de derogación de la Ley de Residencia de 1902 (Ley 4144), contra la que años después seguía arengando Sánchez Viamonte⁽¹⁵⁰⁾, que permitía la expulsión de extranjeros, acusados de revolucionarios o anarquistas, sin asegurar mínimamente el debido proceso. “Puede ser peligroso un individuo [sostenía Palacios] en Rusia, donde impera el látigo del amo, donde la tiranía, la libertad, el despotismo del zar irritan a un individuo,

(1914-1930) y Ministro de Agricultura en el gobierno de Agustín P. Justo hasta su muerte en 1933.

(145) Columba, Ramón, *El Congreso...*, t. I, p. 18.

(146) Columba, Ramón, *El Congreso...*, t. I, p. 29.

(147) Columba, Ramón, *El Congreso...*, t. I, p. 108.

(148) Columba, Ramón, *El Congreso...*, t. I, pp. 113-114.

(149) Palacios fue célebre en este terreno. Una de sus famosas y póstumas interpelaciones fue la Alfredo Roque Vítolo, Ministro del Interior de Frondizi, con motivo de llamado “Plan Conintes” (Plan de Conmoción Interior del Estado, Decreto S 9880/1958, B.O. 5/3/2013), en 1961.

(150) Sánchez Viamonte, Carlos, *Biografía de una ley antiargentina. La Ley 4144*, Buenos Aires, Editorial Near, 1956.

que siente sangre de rebelde en sus venas; pero indudablemente ese mismo individuo no será transportado a un país que tiene una constitución liberal, que da garantías y en donde se respetan esas garantías”⁽¹⁵¹⁾. Sus encendidos debates lo llevaron, en 1915, al borde de batirse a duelo con Horacio Oyhanarte por una discusión sobre una ley de distribución de semillas, en la que el futuro canciller de Irigoyen llamó “secta” al Partido Socialista.

En la Argentina de aquel entonces, “se elegía bien, aunque se votaba mal”, en el decir socarrón de un conservador “orejudo”⁽¹⁵²⁾, y la discusión sobre la ley electoral de 1912 dio lugar a encendidos debates entre el presidente Roque Sáenz Peña y Benito Villanueva, que se oponía a la ley. “Vea presidente [le dice Villanueva a Sáenz Peña], sus ideas son muy buenas, pero el país no está preparado para su ley electoral”, y Sáenz Peña le replica “para mí, lo urgente es crear al sufragante y que este reconquiste su fe en la libertad”⁽¹⁵³⁾. La “Ley Sáenz Peña” fue sancionada y en la elección siguiente entraron a la Cámara de Diputados nuevas figuras del socialismo y del radicalismo que, por supuesto, debatirían con los conservadores pero, al mismo tiempo, no tardarían en polemizar agriamente entre ellos, disputándose la clientela política a la que ambos partidos se dirigían.

Entre los socialistas figura Antonio De Tomaso, antiguo taquígrafo del Congreso, luego recibido de abogado y volcado a la política. Su esgrima verbal se mide con Estanislao Zeballos, un veterano político⁽¹⁵⁴⁾, con motivo de la legislación de fomento agrícola-ganadero. Con la voz en alto, Zeballos había dicho “mientras el crédito privado esté a merced de los bancos oficiales, no se podrán formar grandes partidos nacionales que aseguren las libertades públicas”. Y De Tomaso, sin amedrentarse por la figura de Zeballos, le replica: “Los hombres que formamos el socialismo no tenemos nada que temer de los bancos oficiales ni particulares; no tenemos con ellos relaciones de ninguna naturaleza. Nosotros pensamos y sentimos de una manera distinta y vivimos también de distinta manera”⁽¹⁵⁵⁾. Discuten luego sobre la convertibilidad de la moneda y De Tomaso, defendiéndola, emplea una frase de Mirabeau: “todo papel moneda inconvertible es una orgía de despotismo en delirio”. En ese momento, interviene Luis María Drago y señala algo que parece dicho para el día de hoy pues critica “las emisiones por decreto que aumentan la circulación de papel sin aumentar la riqueza pública”⁽¹⁵⁶⁾.

Pero los socialistas encontrarán en Horacio B. Oyhanarte, flamante diputado radical por Buenos Aires, un adversario más filoso, dispuesto a competir y destronarlos de las luchas en defensa de las clases obreras. Ferviente admirador de Irigoyen⁽¹⁵⁷⁾, ya mencioné su espíritu fogoso que lo llevó al borde del duelo con Palacios. En su discurso inicial en la Cámara denunció el fraude en las elecciones de la Provincia de Buenos Aires y no ahorró críticas a sus adversarios políticos, conservadores y socialistas. A los primeros los llamó “el régimen”, a los segundos “la secta”, para sus partidarios empleó el nombre de “la causa”. A los socialistas, además, los acusó de criticar la propiedad ajena, pero de considerarse “felices poseedores” cuando aludían a la propia⁽¹⁵⁸⁾.

Otro joven legislador que comenzó a destacarse en ese momento fue Matías G. Sánchez Sorondo, diputado conservador, famoso por su oratoria, su buena memoria⁽¹⁵⁹⁾ y

un frontal opositor a Irigoyen. En noviembre de 1919, sin haberlo consultado previamente con el partido, presentó un proyecto de juicio político contra el presidente acusándolo de dictador⁽¹⁶⁰⁾. “Yo me pregunto, señor presidente [expuso Sánchez Sorondo] si no ha llegado el momento de levantarse contra la dictadura en marcha y aplicarle el procedimiento que la Constitución pone en nuestras manos [...] no me sentiría cómodo en esta banca si, habiendo comprobado que el señor presidente de la Nación es un peligro para las instituciones y una amenaza para la paz interna, yo no ejercitara la extrema acción de mi mandato”⁽¹⁶¹⁾.

Este recuento de sucesos podría seguir hasta el presente, pero, aunque lo narrado aquí son hechos históricos, este no es un trabajo de historia exactamente. Simplemente la utilizo para demostrar que la democracia está plagada de aquellas tensiones que he calificado como “buenas”, en tanto la fortifican. Louis Brandeis, en un famoso ensayo originalmente publicado en 1914, decía que “el mejor desinfectante es la luz del sol y el policía más eficiente es la luz eléctrica”⁽¹⁶²⁾. Pues bien, la democracia, como obra humana, está llena de miserias y turbulencias, pero crea los medios necesarios para que estas puedan ser expuestas a la luz del sol.

Voy a concluir, entonces, este relato recordando uno de los sucesos más trágicos del Congreso argentino, donde la pasión y el descontrol de sus protagonistas terminó produciendo un homicidio en el recinto del Senado. Me refiero, por supuesto, a la denuncia y discusión sobre el acuerdo para la venta de carne a Gran Bretaña, firmado el 1 de mayo de 1933 entre Julio A. Roca (h), vicepresidente de la Nación, y Walter Runciman, ministro de comercio del gobierno inglés. Al tratar el acuerdo en el Senado se produjeron violentos cruces verbales entre Lisandro de la Torre, que presidía la comisión investigadora del acuerdo creada en 1934 y los ministros Luis Duhau, de Agricultura y Ganadería y Federico Pinedo, de Economía⁽¹⁶³⁾. Luego de 13 días de ácidos debates, el ambiente en el Senado se había tornado casi irrespirable y De la Torre, desde el comienzo, no daba respiro a sus acusados⁽¹⁶⁴⁾. En la sesión

zó diciendo “debéis desconfiar siempre de los políticos rasurados, con lentes de naturalista” y lo miró a Sánchez Sorondo, quien respondía a esa descripción, y luego agregó: “como el señor Cantillo”, que era el candidato radical. Columba, Ramón, *El Congreso...*, t. II p. 160.

(160) Ciertamente es que, a esa altura de su mandato, Irigoyen ya había dispuesto intervenciones federales por decreto en: Buenos Aires (1917 y 1919); Corrientes (1917); Mendoza (1917 y 1918); Salta (1918); San Juan (1919); Santiago del Estero (1919). Luego en 1920 intervino también Tucumán. Véase Sola, Juan V., *Intervención Federal en las Provincias*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1981, pp. 151-166.

(161) Columba, Ramón, *El Congreso...*, t. II, pp. 149-151.

(162) “Sunlight is said to be the best of disinfectants; electric light the most efficient policeman”. Brandeis, Louis, *Other people's money and how the bankers use it*, Chapter V: “What Publicity Can Do”, California, reprint by CreateSpace Independent Publishing Platform, 2018.

(163) La izquierda argentina, como sabemos, ha hecho del “Pacto Roca-Runciman” una bandera permanente de lucha contra la llamada “Década Infame” y las publicaciones de ese sector se han repetido a lo largo de décadas, pero la realidad siempre es más compleja que las simplificaciones ideológicas que intentan reducirla a un esquema maniqueo de buenos y malos. Si bien De la Torre denunciaba al gobierno, su objetivo era la defensa de los productores de Santa Fe y el Litoral, su clientela política, frente a los grandes ganaderos de la Provincia de Buenos Aires. No olvidemos, además, que, si bien el acuerdo era favorable a los intereses ingleses, la posición negociadora de la Argentina en ese momento era muy débil. Nuestra balanza comercial dependía, por entonces, de la venta de productos agrícolas al Reino Unido y este sistema quedó muy afectado con la crisis económica de 1930 y, en especial, luego de la Conferencia de Ottawa de 1932, en la cual los dominios ingleses, en particular Canadá y Australia, exigieron al gobierno de Londres un retorno al proteccionismo de sus productos, lo que implicaba reducir sensiblemente la cuota de carne que se le compraba a la Argentina. Una explicación del caso, más serena que las habitualmente difundidas, puede verse en Rapoport, Mario, *Historia económica, política y social de la Argentina (1880-2003)*, Buenos Aires, Ariel, 2006, pp. 210-214.

(164) Ya en la sesión del 8 de septiembre de 1934, De la Torre decía “[...] el ministro argentino, señor Duhau, parece el ministro de algunos de los dominios británicos. El ministro de Agricultura sabe perfectamente que los frigoríficos constituyen un monopolio escandaloso; el ministro de Agricultura sabe perfectamente que realizan ganancias ilícitas; el ministro de Agricultura sabe mejor que yo que se quedan con la mitad de los cambios. Esta es obra del monopolio...; pero nunca se ha visto un gobierno como el actual, y sobre todo un ministro de Agricultura como el actual, entregado desemboladamente a la tarea de impedir que comience, aunque sea débilmente, la exportación cooperativa. Incumplimiento de leyes; suspensión del cobro de multas; falta de fiscalización en el pago de impuestos, regalo de un 25 por ciento de divisas; tolerancia del apoderamiento de los beneficios en el cambio; ocultación de los bajos precios de compra de los novillos mediante la publicación de estadísticas inexactas; ignorancia igualmente

(151) Columba, Ramón, *El Congreso...*, t. I, pp. 128-129.

(152) Columba, Ramón, *El Congreso...*, t. I, p. 11.

(153) Ídem.

(154) Nacido en 1854, había sido tres veces Ministro de Relaciones Exteriores y ocupaba, por tercera vez, una banca en la Cámara Diputados. Entre sus muchas actividades había sido cofundador en 1872 de la Sociedad Científica Argentina.

(155) Columba, Ramón, *El Congreso...*, t. II, p. 9.

(156) Columba, Ramón, *El Congreso...*, t. II, p. 11.

(157) En 1916, escribió un libro titulado *El Hombre. Hipólito Irigoyen. Apóstol de la Democracia*, cuya título ya indicada la pasión que despertaba, en él, el futuro presidente.

(158) Columba, Ramón, *El Congreso...*, t. II, p. 139.

(159) Una anécdota prueba su memoria. Corría el año 1922 y los conservadores transitaban la provincia de Buenos Aires haciendo campaña por la fórmula Moreno-Sánchez Elía. En la comitiva iban Sánchez Sorondo y Francisco Uriburu quien, en cada ciudad, repetía el mismo discurso, sin cambiar una letra. Cansados de escucharlo, sus correligionarios le pidieron que lo cambiara, pero “Panchito”, como le decían, se excusó diciendo que el público era siempre diferente. Obviamente, los medios de comunicación en ese entonces eran muy limitados. Llegados a Trenque Lauquen, Sánchez Sorondo, que hablaba primero, pronunció letra por letra, el discurso de Uriburu, quien quedó sorprendido. De todos modos, “Panchito” era un buen orador y comen-

del 23 de julio de 1935, De la Torre dejó su banca y fue a increpar directamente a los ministros a la mesa donde estaban sentados. Duhau, muy alterado, empujó a De la Torre, que cayó en el piso. Fue en ese momento que el excomisario Ramón Valdez Cora sacó su arma y disparó, matando al senador Enzo Bordabehere, de Santa Fe, que intentaba auxiliar a De la Torre. Bordabehere recibió tres disparos y murió pocas horas después.

Un hecho como este, trágico por donde se lo mire, enluta a la democracia. Si lo menciono es porque pone en evidencia, una vez más, que las tensiones en ella son muy fuertes y pueden desencadenar sucesos de este calibre. La democracia como forma de gobierno está muy lejos de ser perfecta, pero, tal como lo sugirió el cinismo de Churchill, todavía no se ha inventado un sistema mejor⁽¹⁶⁵⁾.

Si miramos a los Estados Unidos, encontraremos también batallas judiciales formidables. Pensemos, por ejemplo, en la sanción del llamado “*Obamacare*” que fue el resultado de una puja que lleva décadas. Es bien sabido que la organización del sistema de salud en los Estados Unidos no ha tenido una historia simple y siempre ha ocasionado fuertes controversias⁽¹⁶⁶⁾. De hecho, al día de hoy, Estados Unidos es el único país del mundo desarrollado que carece todavía de un sistema de salud, público o privado, que abarque la totalidad de su población⁽¹⁶⁷⁾. No existen allí los hospitales públicos que, en teoría, cubren a la totalidad de la población, sin requerir el pago de un seguro médico para ello. De hecho, cuando en agosto de 1935 –durante la presidencia de F.D. Roosevelt– fue sancionada la *Social Security Act*⁽¹⁶⁸⁾, las disposiciones sobre seguros universales de salud fueron excluidos a raíz de la insistencia de la *American Medical Association* (AMA), que procuraba evitar la socialización de la medicina⁽¹⁶⁹⁾. Aun así, la constitucionalidad de la ley fue aprobada por la Corte Suprema, con muy estrecho margen, en *Steward Machine Co. v. Davis*⁽¹⁷⁰⁾, relativo a seguro de desempleo y en *Helvering v. Davis* –con un mayor margen a favor de la ley– sobre seguros de retiro⁽¹⁷¹⁾. Fue recién en 1965, durante el gobierno de Lyndon Johnson, que pudo organizarse, por primera vez, un sistema un poco más generalizado de seguros de salud que, renovando la disputa anterior, generó grandes controversias por parte de quienes podían pagar estos seguros y no querían contribuir con sus impuestos a pagar los de quienes no podían pagarlos. Pese a esta oposición, fue sancionada la *Social Security Amendments of 1965*⁽¹⁷²⁾, que creó dos grandes programas de salud el “*Medicare*”⁽¹⁷³⁾ y el “*Medicaid*”. Básicamente, el primero de ellos⁽¹⁷⁴⁾ provee seguros de salud a personas mayores de 65 años y a algunos menores con discapacida-

des. El segundo⁽¹⁷⁵⁾ otorga fondos federales a los estados para la asistencia de personas que carecen de seguro de salud.

A pesar de haber extendido el sistema de salud a favor de muchos que no tenían hasta entonces cobertura médica, el *Medicare* y el *Medicaid* no resultaron suficientes⁽¹⁷⁶⁾. En los años siguientes la cuestión siguió debatiéndose y numerosos legisladores presentaron proyectos de ampliación del sistema, tales como el de Martha Griffiths en 1970⁽¹⁷⁷⁾, al que luego se sumó Edward Kennedy, y el de los senadores Russell B. Long⁽¹⁷⁸⁾ y Abraham Ribicoff⁽¹⁷⁹⁾ presentado en 1973. Bill Clinton recogió el guante en su campaña presidencial de 1992 y la portavoz principal de esta iniciativa fue su mujer, Hillary, que tomó las riendas del proyecto. Ambos crearon la llamada “*Task Force on National Health Care Reform*”, que proponía extender universalmente el seguro de salud⁽¹⁸⁰⁾. El ala más conservadora de los republicanos inmediatamente se movilizó en contra⁽¹⁸¹⁾ y el triunfo de estos en las elecciones legislativas de 1994, con Newt Gingrich a la cabeza, dio por tierra con la iniciativa⁽¹⁸²⁾.

Quince años después, Barack Obama volvió a plantear el tema en su campaña presidencial de 2008. Competía con el senador John McCain, de Arizona, que también propiciaba una reforma en el sistema de salud, basada en los principios del libre mercado. Apenas iniciado su mandato, Obama comenzó a diseñar su propuesta con la ayuda de un grupo de senadores de ambos partidos, integrantes del *Senate Committee on Finance*, evitando que fracasara por ser demasiado partisana, como había ocurrido con la del matrimonio Clinton⁽¹⁸³⁾. La discusión en ambas cámaras, no obstante, fue ardua⁽¹⁸⁴⁾.

Para mayor complicación, el Senado y el House trabajaban paralelamente en proyectos distintos⁽¹⁸⁵⁾. Mientras el primero elaboraba el citado borrador, en el *House*, como cámara iniciadora de las leyes que tienen carga impositiva, tomaba cuerpo otro distinto, que fue aprobado en noviembre de 2009 y enviado al Senado⁽¹⁸⁶⁾. Este, por su lado, sancionó en diciembre el proyecto en el cual se venía trabajando, que finalmente se convirtió la *Patient Protection and Affordable Care Act*. Con estos dos proyectos en danza, los demócratas creían que podrían imponer el del *House*, pues tenían 60 votos para quebrar el *filibuster* en el Senado por medio de la llamada “regla de clausura” (*cloture rule*).

Lamentablemente para ellos, perdieron esta ventaja cuando Edward Kennedy falleció y fue reemplazado en enero de 2010 por Scott P. Brown, un republicano que se ocupó de dejar muy en claro que favorecería el *filibuster* cuando el Senado tuviera que tratar el proyecto del *House*⁽¹⁸⁷⁾. Nancy Pelosi, la *Speaker*, comprendió que, de no aprobarse el proyecto sancionado en el Senado, la cuestión podía demorarse mucho. Convenció entonces a los legisladores demócratas que lo aprobaron y, finalmente, la

oficial de los precios de venta; persecución a las compañías frigoríficas argentinas; regalo de la cuota del 11 por ciento durante dos años a los frigoríficos del pool extranjero; aceptación de que los argentinos sean inhibidos, que Inglaterra sea dueña de mantener un monopolio sobre la exportación del 85 por ciento de la carne argentina, eligiendo ella los importadores, condición deprimente esta última que no se ha atrevido a imponer ni a sus propios dominios”.

(165) “*Many forms of Government have been tried, and will be tried in this world of sin and woe. No one pretends that democracy is perfect or all-wise. Indeed, it has been said that democracy is the worst form of Government except for all those other forms that have been tried from time to time*”. House of Commons, 11 de noviembre de 1947.

(166) Una historia de su desarrollo inicial puede ver en el web site de la U.S. National Library of Medicine (NLM): U. S. National Library of Medicine “Origins of the National Institutes of Health”, 2010, disponible en: https://wayback.archive-it.org/org-350/20160831195413/https://www.nlm.nih.gov/exhibition/nih_origins/independent.html (último acceso: 28/7/2024).

(167) Según datos del U.S. Census Bureau, en 2020 un 8,7% de la población no tenía seguro de salud. Véase: United States Government (s/f) “Search. United States | Without Health Care Coverage in United States”, disponible en: <https://www.census.gov/search-results.html?q=Unsecured+health+population&page=1&stateGeo=none&searchtype=web&cssp=SERP&charset=UTF-8> (último acceso: 28/7/2024).

(168) Public Law 74–271, 49 Statutes at Large 620.

(169) En contra de la AMA estaba la central sindical (AFL-CIO), la *American Nurses Association*, la *National Association of Social Workers* y el *Socialist Party USA*.

(170) 301 U.S. 548 (1937).

(171) 301 U.S. 619 (1937).

(172) *Health Insurance for the Aged Act Old-Age, Survivors, and Disability Insurance Amendments of 1965*. Public law 89-97; 79 Statutes at Large 286.

(173) United States Government (s/f) “*Medicare.gov*.” A federal government website managed and paid for by the U.S. Centers for Medicare and Medicaid Services. 7500 Security Boulevard, Baltimore, MD 21244, disponible en: <https://www.medicare.gov/> (último acceso: 28/7/2024).

(174) Su nombre es una apócope de “*medical care*” (cuidados médicos).

(175) Es una apócope de “*medical aid*” (ayuda médica).

(176) Una crítica muy fuerte al sistema de salud en los Estados Unidos puede verse en: Emanuel, Ezekiel J., *Reinventing American Health Care*, New York, Public Affairs, 2015.

(177) Griffiths era representante demócrata de Michigan.

(178) Demócrata de Louisiana.

(179) Demócrata de Connecticut.

(180) El extenso proyecto de ley denominada “*Health Security Act*” fue introducido en el 103° Congreso (1993-1995) por medio de la *House Resolution No. 3600*. Ver: U.S. Congress (1993) “H.R.3600 - Health Security Act” 103rd Congress (1993-1994). Disponible en: <https://www.congress.gov/bills/103rd-congress/house-bill/3600/text> (último acceso: 28/7/2024).

(181) Uno de los soportes intelectuales de la oposición fue dado por *The Heritage Foundation*, un influyente “*think-tank*” republicano.

(182) Llegó, incluso, a presentarse una demanda judicial contra Hillary Clinton por su participación en las reuniones de la “*Task Force*” que, se alegaba, violaban los procedimientos establecidos en la *Federal Advisory Committee Act*. La demanda, no obstante, fue rechazada por la *U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*.

(183) Colaboraron en esta tarea los demócratas Maxwell S. Baucus, de Montana; Gaylord Kent Conrad, de North Dakota, y Jesse F. Bingaman, de New Mexico. Entre los republicanos participaron: Charles E. Grassley, de Iowa; Olympia J. Snowe, de Maine, y Michael B. Enzi, de Wyoming.

(184) En su ánimo por impulsar la reforma, Obama pronunció un discurso ante ambas cámaras legislativas el 9 de septiembre de 2009 instando a sancionar la legislación correspondiente.

(185) Este dato es curioso, pues en ambas cámaras los demócratas tenían mayoría.

(186) Era la llamada *Affordable Health Care for America Act*.

(187) Además de perder el emblemático senador por Massachusetts, este cambio era un auténtico “*game changer*” que les daba a los republicanos la posibilidad de dilatar el proceso de sanción de la ley, algo que estaban claramente predispuestos a hacer.

Patient Protection and Affordable Care Act (o *Affordable Care Act*, como se la conoce habitualmente) se convirtió en ley y fue promulgada por Obama en marzo de 2010⁽¹⁸⁸⁾. Como último paso, para armonizar las diferencias existentes entre el *House* y el Senado, los senadores demócratas acordaron usar el llamado “*Budget reconciliation process*”⁽¹⁸⁹⁾, para el cual basta una simple mayoría y no hay *filibuster*, del cual surgieron algunas enmiendas al texto de la ley⁽¹⁹⁰⁾.

B. Votos disidentes, fracturas ideológicas y hostilidades personales

Alguien ajeno al foro podría creer que la vida en los tribunales es armoniosa y pacífica, pues la justicia parecería estar alejada de las pasiones políticas propias de las legislaturas, pero no es así. Entre los jueces también suele haber intensas disputas. En una comida que ofreció la Harvard Law School el 15 de febrero de 1913, Holmes lo puso de manifiesto diciendo “estamos muy tranquilos allí [en la Corte Suprema], pero es la calma del centro de una tormenta como todos sabemos”⁽¹⁹¹⁾, una frase que luego ha dado lugar al título de algunos trabajos⁽¹⁹²⁾.

Los votos disidentes en los tribunales colegiados son un buen ejemplo de estas tensiones, y tanto en la Argentina⁽¹⁹³⁾ como en los Estados Unidos⁽¹⁹⁴⁾ han sido objeto de estudios específicos. Jueces, como John Marshall Harlan, se han hecho famosos por sus disidencias⁽¹⁹⁵⁾, y algunas son más célebres aun que la propia sentencia, como es la de Holmes en *Lochner v. New York*⁽¹⁹⁶⁾. También las ha habido muy fuertes, como la del caso *Texas v. Johnson*⁽¹⁹⁷⁾ en relación con la quema de la bandera como expresión protegida por la Primera Enmienda. Las disidencias, a su vez, pueden ser ocasionales o bien seriales. Esto último ocurre cuando están marcadas por fracturas ideológicas profundas en cuestiones centrales, tal como ocurre actualmente en la Corte de los Estados Unidos entre la mayoría republicana y la minoría demócrata. *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*⁽¹⁹⁸⁾, sobre el aborto; *Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College*⁽¹⁹⁹⁾, sobre el *affirmative action* y *Loper Bright Enterprises v. Raimondo y Relentless, Inc. v. Department of Commerce*⁽²⁰⁰⁾, sobre el control judicial de los reglamentos, dan testimonio de esta división ideológica.

Del mismo modo que sucede en la sociedad política toda, la ausencia de jueces en el centro, que puedan ejercer el “*swing vote*”, como lo hicieron en su momento Anthony Kennedy y Sandra Day O’Connor, ahonda la grieta. Obviamente esta puede ser exagerada por el periodismo, como ocurrió en la Argentina en la época de Carlos Menem, donde la idea de una “mayoría automática” fue hábilmente fogoneada por la prensa opositora⁽²⁰¹⁾. Por supuesto hubo casos en los que la fractura entre los jueces designados por Menem y los anteriores fue evidente y ambas dejaron muy en claro sus diferencias⁽²⁰²⁾, pero

si observamos las mayorías y minorías en otros casos, el producto periodístico ofrecido al público pierde consistencia⁽²⁰³⁾. Alfonso Santiago ha hecho un análisis muy detallado y sereno de esta Corte, al que me remito⁽²⁰⁴⁾.

No han faltado tampoco los enfrentamientos personales. Si bien estos, en general, quedan “*in pectore*” del Tribunal, algunos saltan la cerca y los ha habido muy marcados. Fue famosa, por ejemplo, la antipatía que James McReynolds, un conocido antisemita, le profesaba a Louis Brandeis, el primer juez judío designado en la Corte⁽²⁰⁵⁾. Y una última anécdota risueña que cuenta Hughes. Hacia el final de su vida, Stephen Field había perdido su lucidez y ya casi no participaba de los acuerdos ni redactaba sentencias. Pasaba largas horas en silencio con su mente abstraída de la realidad. No obstante, no se retiraba del Tribunal y sus colegas creyeron que era prudente aconsejarle que lo hiciera. Conocedores del carácter volcánico de Field y temerosos de su reacción, comisionaron a John Marshall Harlan para que le hiciera la propuesta. Harlan, entonces, creyó conveniente recordarle a Field que, muchos años antes, él mismo había tenido que pedirle la renuncia al juez Robert Cooper Grier en circunstancias similares. Field escuchó a Harlan como si estuviera distraído y cuando hubo terminado los ojos se le encendieron y le dijo: “Sí, lo recuerdo y ese fue el trabajo más sucio que hice en mi vida”⁽²⁰⁶⁾. Field se retiró poco después, en diciembre de 1897, luego de 34 años de servicio en la Corte.

Somos testigos también de ciertas tensiones internas en nuestra Corte Suprema actualmente.

“[S]olo la ambición desmedida y la mediocridad en los objetivos pueden explicar lo que está sucediendo en esta Corte Suprema en las cuestiones de Superintendencia en este año, en que la desesperación se apoderó de algunas voluntades”, comienza diciendo la disidencia anotada por el Dr. Lorenzetti en la Acordada 44/2024 por medio de la cual fue creado un nuevo cargo en la Secretaría Judicial No. 2.

Son, sin duda, palabras muy fuertes para con sus colegas, a quienes les imputa a renglón seguido “[...] desde que se anunció la nominación de dos nuevos jueces, se

de la Nación”, Fallos 320:2851 (1997); “*Molinas c/ Poder Ejecutivo Nacional*”, Fallos 314:1091 (1991); “*Miguel A. Rossi Cibils*”, Fallos 315:2074 (1992) y “*Chocobar c/ INPS*”, Fallos 319:3241 (1996).

(203) Ello puede verse en: “*Ekmekdjian c/ Sofovich*”, Fallos 315:1492 (1992) donde se hizo lugar al derecho de réplica y se modificó el orden jerárquico entre tratados internacionales y leyes, donde votan en disidencia los jueces Levene, Belluscio, Petracchi y Moliné (estos últimos en voto conjunto); “*Servini de Cubría c/ Borensztein*”, Fallos 315:1943 (1992), donde la Corte revocó una sentencia que había permitido la censura previa de un programa de televisión y casi todos los jueces hacen votos individuales, con disidencias parciales de Belluscio, Barra y Petracchi; “*Santiago Omar Riveros Riveros*”, Fallos 313:1392 (1990), sobre indulto a procesados, donde los jueces Oyhanarte y Petracchi hacen en conjunto un voto separado; “*Mercedes Aquino*”, Fallos 315:2421 (1992), también sobre indulto a procesados, donde la disidencia la firman los jueces Belluscio y Levene; “*Marcelo Bahamondez*”, Fallos 316:479 (1993), sobre la objeción de conciencia de los Testigos de Jehová para recibir transfusiones de sangre, donde los jueces Barra y Fayt suscriben un voto conjunto, y en disidencia votan los jueces Belluscio, Petracchi y Cavagna Martínez; “*Comunidad Homosexual Argentina*”, Fallos 314:1531 (1991), un caso en el cual casi todos los jueces hacen su propio voto y Belluscio integra con el suyo la mayoría; “*Joaquín Morales Solá*”, Fallos 319:2741 (1996), en el cual, sin perjuicio de las disidencias parciales de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert, el fallo es unánime en revocar la condena por injurias impuesta al periodista; “*Mill de Pereyra c/ Provincia de Corrientes*”, Fallos 324:3219 (2001), sobre control de constitucionalidad de oficio, en el cual los jueces Fayt y Belluscio votan en la mayoría, López y Bossert firman un voto conjunto y Moliné O’Connor, Nazareno y Petracchi (estos últimos en un voto conjunto) votan en disidencia; “*Horacio Giroldi*”, Fallos 318:514 (1995), un fallo unánime sobre requisito de la doble instancia en materia penal; “*Roberto Felicetti (La Tablada)*”, Fallos 323:4130 (2000), un caso complejo sobre la legitimidad del Procurador del Tesoro para representar al Estado nacional como querellante, donde votan en la mayoría los jueces Nazareno, Moliné O’Connor, Belluscio, López y Vázquez y en la minoría Fayt, Bossert, Boggiano, y Petracchi; “*Ragnar Hagelin*”, Fallos 326:3268 (2003), relativo a los efectos de un acuerdo amistoso celebrado entre el Estado nacional y los familiares de una desaparecida, donde solo disiente el juez Vázquez y hay votos conjuntos de Belluscio y Moliné O’Connor y de Petracchi y López.

(204) Santiago, Alfonso, “La Corte de los Nueve”, *Historia de la Corte Suprema Argentina*, Marcial Pons, 2014, t. III, pp. 1295-1676, esp. pp. 1667-1676.

(205) Un buen anecdótico de estas disputas, muchas de ellas producidas en el acuerdo (*conference*) están relatadas en Cooper, Philip J., *Battles on the Bench, Conflicts inside the Supreme Court*, University Press of Kansas, 1995. Véase especialmente el capítulo 4.

(206) Hughes, Charles Evans, *The Supreme Court of the United States. Its foundations, methods and achievements: An interpretation*, New York-London, Columbia University Press, 1928, pp. 75-76.

(188) Entre otras muchas publicaciones, una explicación bastante comprensible del “*Obamacare*” puede verse en Brooks, Robert G., *Understanding the Affordable Care Act*, Robert Brooks, 2016.

(189) Este procedimiento se emplea solamente en leyes presupuestarias y tiende a conciliar las diferencias entre ambas cámaras, sin que el Senado emplee la técnica de *filibuster*.

(190) La aprobación de estas enmiendas dio lugar a la *Health Care and Education Reconciliation Act of 2010*; Public law 111-152; 124 Statutes at Large 1029.

(191) “*We are very quiet there [in the Supreme Court] but it is the quiet of a storm center, as we all know*”. Holmes, Oliver Wendell, “*Law and the Court*,” *Collected Legal Papers*, Harcourt, Brace & Howe, New York, 1920, pp. 291-297, en p. 292.

(192) O’Brien, David M., *Storm Center. The Supreme Court in American Politics*, New York-London, W.W. Norton & Co., 1986.

(193) Dalla Vía, Alberto R., “Los votos en disidencia en los tribunales colegiados”, *La Ley*, 2022-A, pp. 96-104; Lau Alberdi, Jerónimo: “En disidencia. Historia del voto en soledad en la Corte Suprema”, en: *La Corte Suprema: 160 años de jurisprudencia, El Derecho*, martes 14 de noviembre de 2023, pp. 58-65, ED-VLIX-757.

(194) Urofsky, Melvin I., *Dissent and the Supreme Court, Its Role in the Court’s History and the Nation’s Constitutional Dialogue*, Pantheon Books, New York, 2015.

(195) Canellos, Peter S., *The Great Dissenter, The Story of John Marshall Harlan, America’s Judicial Hero*, Simon & Schuster, New York-London, 2011.

(196) 198 U.S. 45 (1905).

(197) 491 U.S. 397 (1989).

(198) 597 U.S. ____ (2022).

(199) 600 U.S. ____ (2023).

(200) 603 U.S. ____ (2024).

(201) Verbistky, Horacio, *Hacer la Corte. La construcción de un poder absoluto sin justicia ni control*, Buenos Aires, Planeta, 1993.

(202) Cito, por ejemplo, los casos “*Cocchia c/ Estado Nacional*”, Fallos 316:2624 (1993); “*Rodríguez - Jefe de Gabinete de Ministros*

han creado cantidades increíbles de oficinas sin sentido, cargos de secretarios de Corte como nunca hubo en el Tribunal, secretarios letrados, acordadas para vaciar la decisión del plenario de los jueces delegándolas a secretarios que obedecen a un ministro. Algo nunca visto en la historia de la Corte, que solía tener magistrados con otro nivel de principios morales”.

No menos dura es la disidencia del mismo juez en la Acordada 45/2024 dictada con motivo de la creación de otro cargo judicial:

“[...] se han creado cantidades increíbles de oficinas sin sentido, cargos de secretarios de Corte como nunca hubo en el Tribunal, secretarios letrados, acordadas para poner en cabeza de otros funcionarios decisiones de superintendencia que corresponden a los jueces de la Corte, fijación de reglas generales para que las causas sean juzgadas por conjueces, presiones a los secretarios de Corte para que se jubilen, y designaciones de personas sin concurso ni experiencia con la sola prueba de la vinculación con algún ministro y otras más que se enunciarán en considerandos posteriores.

Que esta ambición desmedida implica que no solo hubo un aumento de gasto, sino una pérdida de ingresos. Hubo un abandono total de los fondos anticíclicos, sin gestión alguna, que han perdido valor y que, seguramente afectará el funcionamiento, con las consiguientes responsabilidades.

Es una falta de respeto a la sociedad, que ha reclamado austeridad en el Estado y es una falta de respeto al resto del Poder Judicial, que carece de los recursos necesarios para brindar un adecuado servicio de justicia a la población.

Que, es evidente que se trata no solo de un fin de año, sino de un fin de ciclo, y es relevante que la sociedad conozca las posiciones en la Corte Suprema de Justicia de la Nación”.

Poco antes de ello, también con motivo de la creación de otro cargo judicial en la Corte, el Dr. Lorenzetti, en la Acordada 18/2024, había expresado en su disidencia: “[...] la invocación de principios de buena administración o gestión, no logran iluminar la oscuridad de los intereses que inspiran una serie de decisiones de los últimos tiempos en materia de superintendencia de esta Corte Suprema. Es lo que ocurre cuando la excelencia es desplazada por la ambición. Lamentablemente considero necesario ponerlo de manifiesto porque la obligación de un magistrado es con la sociedad y, además, con los próximos colegas que integren este tribunal [...] no es grato, y siento verdadera tristeza por el estado de situación de esta Corte [...]”.

Para quienes estamos fuera de la Corte, este tipo de intrigas palaciegas por lo general no trascienden. Son parte de los arcanos del poder que se ventilan en los pasillos y despachos, pero no llegan al gran público, salvo como un rumor, con todas las deformidades que estos tienen. En este caso, sin embargo, no salen de un mentidero del foro, sino que están registradas en documentos oficiales del Tribunal. Son su letra en estado puro.

VII. Las tensiones internacionales

Aunque sea muy brevemente, no podría omitir que existen también las tensiones en el mundo de las relaciones internacionales. El campo para ellas es amplísimo y la firma de un tratado con otra potencia extranjera⁽²⁰⁷⁾, y las relaciones de un país con un sujeto de derecho internacional, pueden ser fuente de muchas idas y vueltas, tal como ha ocurrido con el Reino Unido y la Unión Europea⁽²⁰⁸⁾.

Hace 40 años la Argentina ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁽²⁰⁹⁾ y, desde entonces, nuestras relaciones con el Sistema Interamericano fueron pacíficas al punto que la Corte Suprema llegó a reconocer el carácter obligatorio de los dictámenes de la Comisión⁽²¹⁰⁾. Sin embargo, las relaciones entre la Corte Argentina y la Corte Interamericana se tensaron en el caso “Fontevecchia”, en el cual, a mi juicio, nuestro Tribunal

obró correctamente en la defensa de su jurisdicción frente a una decisión improcedente del tribunal internacional⁽²¹¹⁾.

VIII. Las tensiones desde fuera del poder

Además de las tensiones internas, las democracias tienen que enfrentar a las externas y, entre muchas de ellas, una de las más poderosas es la que ejerce la prensa. No en vano Oscar Wilde decía: “*In old days men had the rack. Now they have the press*”⁽²¹²⁾.

En cualquiera de sus formas, desde los tradicionales diarios impresos en papel hasta las más sofisticadas redes sociales digitales, la prensa asegura el ejercicio de la libertad de expresión, una de las más esenciales o majestuosas que tenemos, como la calificó Laurence Tribe⁽²¹³⁾. Las luchas de los gobiernos por acallar a la prensa son épicas. Antes de garantizarla plenamente, los reyes ingleses libraron una fuerte batalla en contra de ella y la castigaron duramente⁽²¹⁴⁾, hasta que, merced a la doctrina de Blackstone —que resume el clamor de la época— se fue imponiendo la prohibición de la censura previa sin perjuicio de la responsabilidad posterior⁽²¹⁵⁾.

En la Argentina, la acción de amparo nació triunfante en el caso “*Ángel Siri*”⁽²¹⁶⁾, con motivo el cierre de un diario, pero tal vez la batalla más intensa y prolongada entre un gobierno y un grupo económico propietario de medios de comunicación tuvo lugar siendo Presidenta Cristina Fernández de Kirchner con la llamada “Ley de Medios”⁽²¹⁷⁾, que concluyó, sin una victoria definitiva para ninguna de las partes, en el caso “*Grupo Clarín S.A. y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional*”⁽²¹⁸⁾. Todo un gobierno había puesto su energía y todo su aparato jurídico-político para destruir al “Grupo Clarín”, pero no pudo lograrlo. El caso es bien conocido y dio lugar a una extensa serie de trabajos en esa época⁽²¹⁹⁾.

Desearía continuar, pues el homenaje a Néstor Sagüés lo merece, pero el espacio disponible es tirano y, como dije al principio, este trabajo solo pretende mostrar, por medio de ejemplos tomados al azar, un puñado de las muchas tensiones existentes en los gobiernos democráticos y

(211) “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina”, Fallos 340:47 (2017). Véase Sacristán, Estela B., “Ejecutando sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una contestación de oficio muy especial”, *El Derecho - Constitucional*, tomo 2017, 58, Cita Digital: ED-DCCLXXVI-574 pp. 58-67.

(212) “Antiguamente los hombres tenían el potro [de tormento]. Ahora tienen a la prensa”. “The Soul of a Man under Socialism”, en: Guy, Josephine M. (ed.), *The Complete Works of Oscar Wilde*, Oxford University Press, 2007, vol. IV, pp. 231-268.

(213) Tribe, Laurence H., *American Constitutional Law*, 2da edición, New York, The Foundation Press, 1988, p. 785.

(214) Estos antecedentes pueden verse en Carter, T. Barton; Franklin, Marc A.; Wright, Jay J., *The First Amendment and the Fourth Estate - The Law of Mass Media*, 6ª edición, New York, The Foundation Press, 1994, p. 24 y ss.

(215) “La libertad de prensa es ciertamente esencial a la naturaleza de un estado libre: pero esta consiste en no imponer restricciones previas a las publicaciones y no en liberar de la censura por cuestiones criminales luego de llevadas a cabo. Todo hombre libre tiene el derecho indubitable de expresar públicamente los sentimientos que le plazcan: prohibir esto es destruir la libertad de prensa, pero si publica lo que es impropio, dañino o ilegal, debe asumir las consecuencias de temeridad. Someter a la prensa al poder restrictivo del detentador de una licencia tal como ocurrió antes y después de la revolución es someter toda la libertad de opinión a los prejuicios de un hombre y convertirlo en el juez arbitrario e infalible de todos los puntos controvertidos del saber, la religión y el gobierno. Pero castigar (como la ley lo hace en el presente) cualquier escrito peligroso u ofensivo una vez que ha sido publicado, cuando en un proceso justo e imparcial ha sido juzgado de tendencia pernicioso, es necesario para la preservación de la paz y el buen orden del gobierno y de la religión, el único basamento sólido de la libertad civil”. Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England* (facsimile of the first edition of 1765-1769), The University of Chicago Press, 1979, Vol. 4, Ch. 11, pp. 151/152.

(216) Fallos 239:459 (1957). Una amplia reseña de los antecedentes del caso puede verse en Sagüés, Néstor P., *Acción de Amparo*, 6ª edición, Buenos Aires, Astrea, 2022, capítulo primero.

(217) Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual (Ley 26.522); B.O. 10/10/2009.

(218) Fallos 336:1774 (2013). Véase Bianchi, Alberto B. y Sacristán, Estela B., “El caso ‘Grupo Clarín’. Una versión debilitada del control de constitucionalidad y de los derechos adquiridos”, *El Derecho - Constitucional*, tomo 2014, 233, Cita Digital: ED-DCCLXXIV-334, pp. 233-256.

(219) Mochkofsky, Graciela, *Pecado Original. Clarín, los Kirchner y la lucha por el poder*, Buenos Aires, Planeta, 2011; Zunino, Edi, *Patría o medios: La loca guerra de los Kirchner por el control de la realidad*, Sudamericana, Buenos Aires, 2009, p. 350; Sirvén, Pablo, *Perón y los medios de comunicación: La conflictiva relación de los gobiernos justicialistas con la prensa 1943-2011*, Buenos Aires, Sudamericana, 2012; Sivak, Martín Ernesto, *Espejo de la Argentina. Clarín. Una historia*, 2ª edición, Buenos Aires, Planeta, junio 2013; entre otros.

(207) Un extenso análisis constitucional de la cuestión puede verse en Vanossi, Jorge R. y Dalla Vía, Alberto R., *Régimen Constitucional de los Tratados*, 2ª edición, Abeledo-Perrot, 2000.

(208) Véase: Bianchi, Alberto B., *El Parlamento del Reino Unido*, Buenos Aires, Cátedra Jurídica, 2021, pp. 104-113.

(209) Santiago, Alfonso y Ruhl, Luciano, “A cuarenta años de la ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)”, *La Ley*, 13 de junio de 2024, pp. 1-10.

(210) “*Carranza Latrubesse c/ Estado Nacional*”, Fallos 336-1024 (2013).

creo haber dado algunos que ponen de relieve la cuestión. Vayamos entonces a las conclusiones, que serán breves.

IX. Conclusiones

Conforme una noción generalmente aceptada, la república está apoyada en cinco elementos: (a) el sufragio; (b) la responsabilidad de los funcionarios, (c) la publicidad de los actos de gobierno; (d) la renovación periódica de los mandatos, y (e) la separación de poderes⁽²²⁰⁾. Si nos detenemos en ellos, veremos que cada uno genera las tensiones a las que me he venido refiriendo. Puede concluirse, entonces, que estas son de la esencia del gobierno republicano.

Lejos de ser un elemento negativo, ello es altamente favorable, pues estas tensiones no debilitan a las democracias, sino que las fortalecen. A diferencia de los gobiernos totalitarios, que emplean la fuerza de su aparato

estatal-policial-militar para ahogar y reprimir estas tensiones, porque al desnudar sus perversiones y atrocidades los debilitan, la discusión política que anida en ellas fortifica a las democracias.

No debe preocuparnos, entonces, que un gobierno democrático sufra tensiones. Lo único que debe cuidarse es que estas no desborden los límites institucionales, pues ello allana el camino que conduce a la anarquía, la cual, más pronto que tarde, tal como enseñan miles de páginas de historia, termina en la dictadura de un líder carismático que se autoproclama como salvador.

VOCES: CONSTITUCIÓN NACIONAL - PODER EJECUTIVO - PODER LEGISLATIVO - CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD - PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - JURISPRUDENCIA - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - ESTADO NACIONAL - PODER JUDICIAL - DERECHO POLÍTICO - HISTORIA DEL DERECHO - DERECHO CONSTITUCIONAL - DEMOCRACIA - DIVISIÓN DE PODERES - CONGRESO - PRESIDENTE

(220) Así la definía González Calderón, partiendo de la definición de Aristóbulo del Valle. González Calderón, Juan A., *Derecho Constitucional. Historia, teoría y jurisprudencia de la Constitución*, 3º edición, Buenos Aires, J. Lajouane & Cía. Editores, 1930, t. I, pp. 428-433.

La relación entre derecho y política en la configuración del fenómeno constitucional

por ALFONSO SANTIAGO(*)

“El ejercicio de un poder absoluto es muy peligroso para el príncipe, muy odioso para los súbditos, y contrario a las leyes, tanto divinas como humanas”.
BARUCH SPINOZA, *Tratado político*

“Los problemas constitucionales no son primariamente problemas de Derecho, sino de Poder”.
FERNANDO LASALLE, *¿Qué es una Constitución?*

“En la consolidación de un Estado de Derecho, lo complicado son los primeros quinientos años”.
Gordon Brown

Sumario: I. PRESENTACIÓN. – II. CONSTITUCIONALISMO Y DERECHO CONSTITUCIONAL. 1. FINES Y TÉCNICAS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL. – III. LA RELACIÓN DIALÉCTICA ENTRE DERECHO Y POLÍTICA COMO CLAVE DEL FENÓMENO CONSTITUCIONAL. – IV. EL ENTRELAZAMIENTO DE LAS DIMENSIONES POLÍTICA Y JURÍDICA DEL FENÓMENO CONSTITUCIONAL PRESENTES EN ALGUNAS INSTITUCIONES CONSTITUCIONALES. – V. CONCLUSIONES.

I. Presentación

Uno de los primeros libros que forma parte de la vasta obra del muy querido Néstor P. Sagüés lleva como título *Mundo jurídico y mundo político*⁽¹⁾, lo que refleja el interés del autor en intentar desentrañar las múltiples y complejas relaciones entre ambas dimensiones de la vida humana, especialmente en su dimensión social.

Esa temática, que atraviesa a todo el fenómeno constitucional, también ha estado presente en otros varios trabajos de este destacadísimo jurista argentino e iberoamericano⁽²⁾.

Sagüés no solo fue profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Procesal Constitucional, sino que también

lo fue de Derecho Político en el inicio de su carrera docente, en la Universidad Católica Argentina, sede Rosario.

Con su habitual capacidad para plantear y resolver siempre de modo muy sugerente las distintas cuestiones del derecho constitucional, acerca de la relación entre el mundo jurídico y el político, afirma lo siguiente: “Una de las creencias más pacíficamente aceptadas por la cultura contemporánea consiste en la separación del mundo político del mundo jurídico. A nivel universitario, en la praxis política y aun para el hombre medio, tal punto de vista no merece mayor discusión. Se admite así que determinados fenómenos son políticos, y otros, en cambio, jurídicos. En cualquier caso, el estudioso podría distinguir cuándo un suceso reviste un carácter, y cuándo otro. Tal creencia produce una serie de secuelas de evidente interés. No solamente el mundo jurídico y el político serían distintos, sino que deben, forzosamente, diferenciarse: por ejemplo, se juzga que al jurista no le corresponde actuar como político, cuando se desempeña como hombre de derecho. Los razonamientos jurídicos debieran por tanto ser impermeables a las tentaciones políticas (y si cayeran en pecado, en la medida que el mundo jurídico se tiñera de político, dejaría proporcionalmente de ser derecho). A su vez, quien hace política aprecia muchas veces la tarea jurídica como oficio burocrático y molesto, enemigo quizá del rápido desenvolvimiento de una ideología. Aquí, en el mundo político, lo jurídico puede ser visto entonces como algo potencialmente nocivo, rara mezcla de legalismo, formulismo y burocracia judicial. No todas las corrientes políticas contemporáneas, por ejemplo, admitirían como razonable (y aun como justo) que sus líderes o activistas fueran nunc ‘juristas’ que ‘políticos’ [...] La creencia indicada nunca ha ofrecido una justificación del todo convincente. Hoy, otros factores la tornan más vulnerable e insinúan, en cambio, la afirmación de la teoría opuesta; es decir, la coincidencia del fenómeno político y del fenómeno jurídico. Veamos una crítica ‘permanente’ a la creencia distintiva. En el proceso gubernativo, ¿cuándo concluye la actividad política, y cuándo comienza la jurídica? ¿El gobernante que sanciona una norma, realiza un acto político, uno jurídico o uno mixto? Al estructurar el Estado u ordenar la Sociedad, el acto parece político; mas nadie negaría que la actividad legislativa afecta igualmente al mundo jurídico. Una sentencia, en otro orden de ideas, implica también un acto jurídico, pero efectiviza al mismo tiempo la voluntad de un legislador (sujeto político), explicitada en una norma. Por lo demás, numerosos actos jurídicos (compraventas, pagos, donaciones, testamentos), pueden verificarse por cuanto una legislación impregnada de principios ideológicos políticos (libre concurrencia, abstención estatal, liberalismo –o dirigismo–), así lo permite. Infinitos actos jurídicos, en resumen, serían tributarios del ‘techo’ político existente en una comunidad [...] Frente a las tres posiciones más definidas que pueden presentarse (separación absoluta, interrelación o identidad), la primera puede darse por excluida. La segunda, a su vez, es la corrientemente más aceptada. La tercera (o sea, la coincidencia entre ambos mundos, o del fenómeno jurídico-político) merece ser considerada, y es de interés. Por cierto, una nueva radiografía del sector jurídico, y otra también nueva del campo político, pueden, como en el caso de los seres humanos, aportar nuevos datos sobre el crecimiento y la evolución de ambos. Inclusive, llegar a advertir que el cuerpo estudiado es el mismo, si bien los radiólogos han sido distintos”.

El objetivo de este artículo –en homenaje a quien fuera mi director de tesis doctoral y titular de cátedra en los comienzos de mi carrera docente– es hacer algunas consideraciones sobre el constitucionalismo, el derecho constitucional y la relación dialéctica entre derecho y política que se advierte en el fenómeno constitucional, y cómo ella puede ser analizada.

II. Constitucionalismo y derecho constitucional

El constitucionalismo es un proceso histórico que, nacido de las cuatro grandes revoluciones modernas (inglesa, norteamericana, francesa e hispanoamericana) y de las

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *El Derecho*: *El Preámbulo*, por FELIPE SEISDEDOS, ED, 91-913; *Hoy como ayer: los 150 años de los objetivos del Preámbulo*, por MARÍA CECILIA RECALDE, EDCO, 2003-302; *La acción declarativa y los controles de constitucionalidad, de supremacía federal y de legalidad*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2006-382; *Control de convencionalidad como método de supremacía de los tratados internacionales: hacia un nuevo rumbo en la jurisprudencia nacional*, por CARLOS ALBERTO FOSSACECA, EDCO, 2010-580; *Aspectos del control de constitucionalidad con motivo de una sentencia constitucional (preámbulo, tratados y modulación)*, por DIEGO A. DOLABJIAN, EDCO, 2010-226; *La invocación a Dios como fuente de toda razón y justicia del Preámbulo de la Constitución Argentina*, por FÉLIX A. MONTILLA ZAVALÍA, EDCO, 2010-445; *El control de convencionalidad en el sistema de control de constitucionalidad argentino*, por ROMINA ARIANA DÍAZ, ED, 253-684; *Una sentencia pedagógica sobre el control de convencionalidad en el derecho argentino*, por SILVIA MARRAMA, ED, 255-335; *Supremacía constitucional y control judicial de constitucionalidad. Aclaraciones conceptuales*, por PEDRO A. CAMINOS, EDCO, 2015-378; *La Argentina en el mundo de los sistemas de control de constitucionalidad*, por PEDRO A. CAMINOS, EDCO, 2015-520; *Conversación sobre la jurisprudencia actual de la Corte Suprema y el control de constitucionalidad*, por MIRTHA ABAD, EDCO, 2015-539; *Las invocaciones religiosas en los preámbulos*, por EUGENIO L. PALAZZO, EDCO, 2017-455; *¿Existen normas inconstitucionales en la Constitución? (En torno al preámbulo de la Constitución como silogismo práctico teleológico)*, por MARCELO BAZÁN LAZCANO, *El Derecho Constitucional*, marzo de 2021 - número 3; *El Preámbulo de la Constitución Nacional en la doctrina y la jurisprudencia*, por JAVIER MARCELO AYALA, ED, 298-759; *La fraternidad como categoría político-jurídica en la Constitución de 1853*, por LUCIO PALUMBO, *El Derecho Constitucional*, agosto de 2023 - número 8; 1º de mayo. *Día de la Constitución Nacional. Una Constitución de 171 años*, por ENRIQUE H. DEL CARRIL, ED, 306; *A treinta años de la reforma constitucional y en el Día de la Constitución: nuestro programa de Estado es el programa constitucional para el desarrollo humano y federal*, por PABLO MARÍA GARAT, *El Derecho Constitucional*, mayo de 2024 - número 5; *La Convención Constituyente de 1994: un ejemplo de convivencia política*, por MARÍA CRISTINA BENZI, *El Derecho Constitucional*, agosto de 2024 - número 8. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Doctor en Derecho (UBA). Catedrático 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 Legislación y Jurisprudencia de España.

(1) Buenos Aires, Depalma, 1978.

(2) Véase, entre otros, sus artículos: Sagüés, Néstor P., “Politicidad y apoliticidad de la decisión judicial”, *La Ley*, 1981-D-943; Sagüés, Néstor P., “Acercas de la unidad del mundo político y del mundo jurídico”, *Derecho PUCP* (31), págs. 148 - 153, disponible en: DOI: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.197301.012> (fecha de consulta 4/10/2024).

ideas políticas modernas, se ha desarrollado durante los siglos XIX, XX y XXI. Pretende lograr el sometimiento del proceso político a reglas, principios y valores jurídicos, y conseguir gradualmente una organización política conforme al principio de la igual e inviolable dignidad de la persona humana, que constituye su fundamento, sentido y finalidad última.

Por su parte, el derecho constitucional es la rama del derecho público que estudia la organización política fundamental del Estado y su funcionamiento. Conforme a la teoría constitucional personalista que postulamos, la igual e inviolable dignidad de la persona humana se presenta como principio y fin de todo el ordenamiento jurídico. Según lo señalado por Néstor P. Sagüés, el derecho constitucional es el sector del mundo jurídico que se ocupa de la organización fundamental del Estado. El contenido de lo que es fundamental o no para un Estado depende del criterio jurídico-político de cada comunidad. Por supuesto, se refiere a la estructuración de los poderes básicos de ese Estado y a la delimitación de las facultades, competencias y atribuciones de este, así como al reconocimiento de los derechos personales y sociales que se reputen esenciales⁽³⁾.

El fenómeno constitucional está conformado por el encuentro del derecho con la política, del mundo político con ese genial y civilizador invento humano que es el derecho⁽⁴⁾. El derecho constitucional pretende civilizar,

racionalizar, humanizar, limitar y controlar el proceso político, que se manifiesta naturalmente violento, conflictivo y tiende continuamente al desborde y al exceso. Por esto, lo que más le incomoda al poder son los límites.

Buena parte del ideal constitucional viene expresado por aquella célebre respuesta del juez Coke al rey absolutista inglés Jacobo I, cuando este pretendía manipular arbitrariamente la asignación de causas judiciales. El valiente y memorable juez, precursor del control judicial de constitucionalidad, le recordó al monarca que él, como rey, al igual que todo súbdito y autoridad pública, estaba sometido *non sub homines, sed sub Deo et leges* (“no a los hombres, sino a Dios y a las leyes”). Esa frase latina, que hoy preside el emblemático edificio de la Biblioteca de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard, es una ajustada síntesis de buena parte de las pretensiones del constitucionalismo: no vivir sometido al poder arbitrario de los gobernantes, sino subordinados únicamente a la razón natural y a las leyes justas y legítimas, respetuosas de la igual e inviolable dignidad de la persona humana, una de cuyas consecuencias más directas e inmediatas es el respeto a la intangibilidad de la vida humana.

En ese mismo sentido, en el inicio de nuestra era constitucional, el Congreso Constituyente de Santa Fe, en su última sesión del 7 de marzo de 1854, exhortaba al pueblo argentino con las siguientes palabras: “En nombre de lo pasado y de las desgracias sufridas, el Congreso Constituyente les pide y aconseja la obediencia a la Constitución que han jurado. Los hombres se dignifican postrándose ante la ley, porque así se libran de arrodillarse ante los tiranos”.

Ya hemos afirmado que el constitucionalismo es el intento de someter el proceso político a reglas, procedimientos y principios del derecho. Es decir, procura encuadrar jurídicamente la actividad social consistente en la lucha por la obtención del poder político y su ejercicio desde los órganos de gobierno. En el proceso político se da una faz agonal, de lucha por la obtención del poder, y, a la vez, una faz arquitectónica, en la que se ejerce el poder conquistado.

Así como a partir del derecho romano se intentó precisar el marco jurídico de las relaciones humanas básicas y, siglos más tarde, el derecho comercial pretendió regular la actividad comercial de acuerdo con la nueva realidad del intercambio, modernamente el derecho constitucional ha buscado lograr –con mayor o menor éxito– el encuadre jurídico de la actividad política, tanto en su dimensión agonal como en la arquitectónica y plenaria.

En todos los fenómenos que hemos mencionado aparece siempre una actividad humana con sus propias características y requerimientos, y un régimen jurídico que pretende garantizar las exigencias de justicia en las relaciones que surgen en un determinado campo de la vida social. En este sentido, André Hauriou afirma: “Las diversas ramas del derecho son sistemas de encuadramiento de las relaciones humanas para introducir en ellas el orden y la justicia. El derecho civil es un sistema de encuadramiento de los comportamientos humanos en el ámbito de la familia y de las relaciones patrimoniales, para introducir en el mismo, seguridad, orden, equidad, etc. El derecho mercantil es un sistema de encuadramiento de actividades de los comerciantes de cara a introducir orden, exactitud, sinceridad, justicia, etc. El derecho laboral enmarca y reglamenta las relaciones entre jefes de empresa y asalariados, a fin de alcanzar objetivos del mismo orden. Este esfuerzo de encuadramiento, que ha tenido lugar muy pronto para el fenómeno de la vida de relaciones entre los individuos, al menos para el derecho civil y mercantil, ha sido emprendido también, aunque más tardíamente, para las manifestaciones de la vida política. El resultado de este esfuerzo es lo que se llama derecho constitucional. No obstante, es necesario señalar que el encuadramiento de la realidad política no es una empresa fácil, por tres razones. En primer lugar, porque la violencia es inherente en las relaciones políticas. En segundo lugar, porque la vida política tiene, además de la violencia, una espontaneidad y un poder de evolución considerables. Finalmente, porque

(3) Cfr. Sagüés, Néstor P., *Manual de derecho constitucional*, 3.ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2019, pág. 15.

(4) Describiendo el surgimiento del derecho público moderno, afirma Pedro Serna: “La primera de las transformaciones pone fin a un rasgo muy característico del derecho occidental moderno: su pretensión de supremacía. Desde la ruptura de la unidad religiosa como consecuencia de la Reforma, Europa inició un camino de diferenciación progresiva entre la esfera pública y la vida privada, en el cual el derecho estaba llamado a desempeñar un papel determinante: rota la unidad religiosa, la divergencia entre las convicciones morales, es decir, la ruptura ética, era simplemente cuestión de tiempo, y la coordinación y cohesión social no podía ser ya asegurada a la manera tradicional. Fue, por ello, confiada al derecho, que hasta ese momento había permanecido casi exclusivamente circunscrito al ámbito de las relaciones privadas. Puede decirse que es en este momento cuando nace el derecho público tal y como hoy lo conocemos. La nueva tarea encomendada al derecho implicaba constituir a las reglas y procedimientos jurídicos en criterio supremo de resolución de controversias. Por su parte, y coincidiendo más o menos en el tiempo, la política misma inició un proceso que, si bien en un sentido suponía autonomizarla, es decir, desvincularla de la religión e incluso de la ética, de las que había dependido en la Antigüedad y, sobre todo, en la Edad media; de otra parte condujo a una racionalización, que se llevó a cabo mediante la despersonalización del poder y su estructuración institucional y burocrática. Esto no se podía hacer sino plasmándolo mediante reglas que definiesen instituciones y procedimientos, y fue así como la política, desvinculada de la moral y de la religión, adoptó nuevos compromisos, al hacer suya la forma del Derecho. Durante el transcurso de la Modernidad, el espacio y la actividad política han experimentado un proceso progresivo de formalización y juridificación que se plasma, sobre todo en la idea de ‘Rule of Law’, es decir, de sometimiento del poder al derecho, y más débilmente en la de Rechtsstaat o Estado de Derecho, esto es, en la de actuación del poder conforme a reglas jurídicas. Este espíritu fue el que condujo a los redactores de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 a proclamar enfáticamente que “*Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution*” (Cfr. Hervada-Zumaquero, 1992: 53). Si bien se mira, esta proclamación expresa la convicción política de la modernidad de que solo la limitación material del poder mediante el respeto a los derechos fundamentales y la limitación funcional mediante procedimientos que distribuyan competencias y aseguren controles pueden hacer posible un orden político racional en el que puedan habitar ciudadanos libres (para más detalles, cfr. Aragón, 2002, 83 ss.; 129 ss.; 136 ss.). Al día de hoy, el derecho todavía ostenta la pretensión de ser el quien delimita cuál es el ámbito de la esfera pública, cuál corresponde a la privada, qué reglas definen básicamente las actividades económicas, el funcionamiento del sistema financiero público y privado, y cómo se resuelven los conflictos cuando surgen incompatibilidades entre usos, costumbres o convicciones éticas e incluso religiosas (Robles, 1993: 141-147). Esta pretensión es identificada por la teoría jurídica actual como un rasgo esencial de todo sistema jurídico moderno, y se la denomina pretensión de supremacía (cfr. Raz, 1982: 152-153; y Raz, 1991: 176-177). Lo específico del derecho es actuar siguiendo reglas. (Empleo la expresión ahora en un sentido general, prescindiendo de las distinciones técnicas al uso entre reglas, principios, etc., que no son necesarias en ese momento). Seguir reglas implica, de entrada, actuar según un comportamiento regular y previsible: es lo contrario de actuar según el capricho, las preferencias momentáneas o las necesidades coyunturales, meramente percibidas, pues para las eventualidades reales el derecho tiene también sus mecanismos de excepción. Seguir reglas implica, pues, un cierto compromiso con pautas de actuación constantes a lo largo del tiempo. Además, seguir reglas jurídicas es actuar conforme a pautas de una índole o condición bien determinada. Lo específico de las reglas jurídicas es su orientación al logro de ciertos valores que podemos llamar valores jurídicos. La filosofía neokantiana de la cultura estableció la tesis, que hoy es un lugar común, según la cual todas las realidades culturales, tanto si se trata

de objetos como si se trata de actividades, son artificios que han sido creados y desarrollados por la humanidad para ver hechos realidad ciertos valores o ideales: el arte, para la belleza; el saber económico, para la eficiencia en el empleo de los recursos o en la generación de riqueza, y el Derecho –como enfatiza Gustav Radbruch– para la justicia y la seguridad (Radbruch)”, Serna, Pedro, “Política posmoderna y crisis de la razón jurídica”, *AFUDUC*, n.º 13, 2009, pág. 1089 y ss.

los preceptos el derecho constitucional se dirigen a ‘actores jurídicos particularmente poderosos, que no siempre obedecen las reglas establecidas’”(5).

El constitucionalismo –como proceso histórico– y el derecho constitucional –como disciplina jurídica– tienen uno de los más arduos desafíos que se ha planteado la historia humana: civilizar, racionalizar, juridizar y domesticar el siempre conflictivo proceso político consistente en la obtención del poder público y su ejercicio desde los órganos de gobierno. Por ello, el derecho constitucional se presenta como una rama medular sobre la que se sustenta todo el derecho, al tiempo que la Constitución es la norma fundamental del ordenamiento jurídico.

1. Fines y técnicas del derecho constitucional

El derecho constitucional moderno aparece en su conjunto como un instrumento al servicio de una finalidad: lograr un poder político eficaz para el logro de los objetivos comunitarios (bien común político), pero, a la vez, limitado, previsible y respetuoso de los derechos de los ciudadanos y de los grupos sociales que integran el Estado.

Ampliando lo dicho hasta ahora, podemos señalar los siguientes fines que se propone lograr el derecho constitucional a través de sus instituciones:

a) la protección de la igual e inviolable dignidad de cada persona humana y de los derechos humanos que de ella se derivan;

b) un ejercicio eficaz pero controlado del poder político;

c) la lucha contra la arbitrariedad en el ejercicio del poder;

d) el logro del bien común político accesible a todos los habitantes, logrado con la participación de todos ellos.

Para que esta finalidad sea posible, desarrolla una serie de técnicas e instituciones jurídicas que facilitan su obtención:

i. la existencia de una constitución rígida con la correspondiente separación entre poder constituyente extraordinario y poderes constituidos ordinarios;

ii. la supremacía constitucional;

iii. el control judicial de constitucionalidad a cargo de uno de los poderes constituidos que asegure la ya mencionada supremacía constitucional;

iv. la descentralización espacial del poder a través del federalismo y de la autonomía municipal;

v. la división de funciones y las relaciones recíprocas de cooperación y control entre los poderes constituidos;

vi. la periodicidad en la duración de los mandatos y la limitación de las reelecciones, especialmente de los cargos ejecutivos;

vii. la representación política a través de la elección popular de las autoridades por el electorado en comicios transparentes y la existencia de mecanismos de participación ciudadana en la toma de decisiones públicas (iniciativa popular, consulta popular, revocatorias de mandatos, audiencias públicas, etc.); el reconocimiento de derechos humanos individuales y de incidencia colectiva, y la existencia de garantías tendientes a su protección efectiva;

viii. protección internacional (regional y universal) subsidiaria de los derechos humanos, mediante la existencia de tratados, organismos y tribunales internacionales sobre esta materia;

ix. el principio de legalidad para el ejercicio de las potestades estatales;

x. las normas y cláusulas programáticas, mediante las cuales el poder constituyente pretende orientar la actuación de los poderes constituidos.

Estos son los principales instrumentos y técnicas desarrollados por el derecho constitucional para alcanzar sus altos fines(6). Que los logre depende, en buena medida, de su efectiva existencia y operatividad en la vida política del Estado.

III. La relación dialéctica entre derecho y política como clave del fenómeno constitucional

La propia realidad del fenómeno constitucional nos lleva de la mano a lo que consideramos el núcleo central del derecho constitucional: la relación entre derecho y política. El modo de pensar y resolver esta relación dialéctica del fenómeno constitucional incidirá decisivamente en el

modo de concebir el derecho constitucional y cada una de sus instituciones.

Esta trascendente cuestión estuvo de algún modo presente en los debates y contrapuntos entre Hans Kelsen, Carl Schmidt y Hermann Heller, que se sucedieron en la escuela alemana de derecho constitucional en la segunda y tercera década del siglo xx(7).

Para autores como Kelsen, el fenómeno constitucional es esencialmente jurídico y normativo y, como tal, debe ser “purificado” de todo elemento ético, político, sociológico, económico, etcétera. Para el jurista constitucional, la constitución es solo norma jurídica, la principal de ellas, y así tiene que ser entendida. La constitución no tiene, jurídicamente hablando, contenidos necesarios ni inherentes. Solo debe ser considerada en su aspecto formal como la norma que contiene el procedimiento de creación de las demás normas.

En cambio, para Schmidt, y en general para los autores decisionistas, la constitución es fundamentalmente decisión política que se expresa jurídicamente mediante normas e instrumentos jurídicos(8). Ellos no serían otra cosa que una simple fachada, *packaging* o envoltorio, de una decisión y realidad de poder subyacente que no es alterada ni condicionada en su esencia por las instituciones jurídicas(9). El fenómeno constitucional será esencialmente un fenómeno político y el derecho constitucional no será otra cosa que el “lenguaje del poder”, como recordara el presidente Menem en su discurso de inauguración de la Asamblea Constituyente de 1994(10).

En esta visión decisionista del fenómeno constitucional convergen también la concepción marxista, que no considera a las instituciones constitucionales sino como superestructuras que ponen las relaciones de dominación económicas, que son las estructuras profundas que determinan la organización social y política de un Estado. También suscribirán visiones similares el realismo jurídico norteamericano y, más modernamente, el deconstructivismo de Foucault y Derrida.

Por su parte, Heller propondrá una concepción dialéctica de la constitución y del derecho constitucional en la que normas y realidades sociales interactúan y se influyen entre sí. Inspirados en parte en la concepción dialéctica *helleriana*, adherimos a una concepción político-jurídica del fenómeno constitucional. La raíz última de este fenómeno, su substancia, es política, pero la dimensión jurídica condiciona y mejora esa dimensión política del fenómeno constitucional. En el marco del constitucionalismo, no se puede hacer política de cualquier modo: hay que respetar una juridicidad formal y material sin la cual la decisión política carece de legitimidad y eficacia. Es el derecho el que racionaliza la naturaleza política del hombre, y, por lo tanto, no pueden pensarse de manera aislada. Sin dejar de ser político, el fenómeno constitucional está afectado por el derecho que progresivamente lo va racionalizando, juridizando y asegurando derechos y libertades. Dicho de este modo, cabe afirmar que el derecho constitucional es el encuentro entre dos mundos: política y derecho. Por realizar un paralelismo, podríamos decir que el derecho constitucional es como el Cabo de Hornos que une los océanos Pacífico y Atlántico.

Al analizar la relación existente entre el poder, objeto central de la política, y el derecho, Maurice Hauriou sostiene que “el poder es la libre energía que, gracias a su superioridad, asume la empresa del gobierno de un grupo hu-

(7) Acerca de la célebre polémica entre Kelsen y Schmidt, puede verse con provecho la obra: De Miguel Bárcena, Josu y Tajadura Tejada, Javier, *Kelsen versus Schmidt. Política y derecho en la crisis del constitucionalismo*, Guillermo Escoba Editor, Salamanca, 2022.

(8) “La esencia de la Constitución no está contenida en una ley o norma. En el fondo de toda normación reside una decisión política del titular del poder constituyente”, Schmidt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1982, pág. 47.

(9) “Referirse a Schmidt, a derecha o izquierda, significa yuxtaponer de modo simplista el derecho a la política y excluir que el derecho pueda cumplir otra función que no sea la de realizar una cobertura mistificante de la violencia y la opresión política”, Zolo, Danilo, *Democracy and Complexity. A Realist Approach*, The Pennsylvania State University Press, Pennsylvania, 1992.

(10) En 1926, afirmaba Hans Kelsen: “La cuestión a la que apunta el derecho natural es el problema eterno de qué es lo que hay tras el derecho positivo. Quien busque la respuesta, hallará, me temo, no la absoluta verdad de una metafísica, ni la absoluta justicia de un derecho natural. Quien levante el velo y no cierre los ojos se encontrará frente a la cabeza de la Gorgona del poder”, citado por De Miguel Bárcena, Josu y Tajadura Tejada, Javier, *Kelsen versus Schmidt. Política y derecho en la crisis del constitucionalismo*, Guillermo Escoba Editor, Salamanca, 2022, p. 44.

(5) Hauriou, André, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Barcelona, Ariel, 1980, pág. 27.

(6) Hemos desarrollado el contenido de cada una de estas técnicas en nuestra obra a la cual donde remitimos. (Santiago, Alfonso y otros, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Tomo I, Ediciones Austral, 2023).

mano por la creación continua del orden y del derecho”⁽¹¹⁾. El poder político predominante se expresa y genera un orden jurídico que, a su vez, está llamado a regularlo y limitarlo en su ejercicio⁽¹²⁾. Se tratará, por tanto, de moderar la célebre sentencia hobbesiana *auctoritas, non veritas, facit legem*, por aquella más antigua: “rey serás si hicieres derecho, y si no hicieres derecho, no serás rey”.

Por su parte, Alberto Spota señala que el poder constituyente que da origen y modifica la constitución es “poder político que se juridiza al normarse”. Esa juridización es una transformación parcial del poder político que, sin embargo, no pierde su politicidad que continuará viva, aunque más condicionada y limitada, en la dinámica de todo el proceso constitucional. La acción de los poderes constituidos, también la de jueces, mantendrá ese componente de politicidad, de ciertos márgenes de discrecionalidad para configurar de una u otra forma, dentro de los casi siempre amplios, pero no ilimitados marcos constitucionales, la vida social, adoptando las decisiones que considere más acertadas en cada caso para la comunidad política. En eso consiste, precisando, el núcleo central de la vida política: la libre y fundada decisión de configurar la sociedad de un determinado modo a través del ejercicio del poder político.

La constitución pretende fijar límites de procedimiento y de contenido al ejercicio del poder político de los órganos de gobierno, pero sin querer ni poder predecirlos por completo. Como señalara Otto Mayer, cabe sostener una “irreductibilidad jurídica del poder público”.

Es en la relación dialéctica de la constitución jurídica y la constitución real donde se desarrollan los procesos de la creciente juridización y judicialización del proceso político⁽¹³⁾. La constitución jurídica mira y se orienta hacia la constitución real a fin de intentar configurarla. La normatividad constitucional presionará sobre la normalidad política pretendiendo encauzarla a través de las provisiones normativas y exigiendo su cumplimiento. A su vez, la realidad social intentará ampliar o modificar las reglas constitucionales a través de lo que se ha dado en llamar la “fuerza normativa de lo fáctico”.

El derecho tiene un carácter performativo, una capacidad para graduar y progresivamente ir transformando la realidad conforme a sus provisiones. Cabe reconocer un “moderado, condicional y razonado optimismo en la capacidad del derecho para producir cambios institucionales reales que conduzcan a mejoras”⁽¹⁴⁾.

Seguramente la constitución jurídica es algo más que la hoja de papel a la que aludía Lasalle, pero tiene algo menos de poder normativo que un reglamento deportivo con su reglamentarismo y estrictez que le son propias.

Podemos analizar las relaciones entre las dimensiones jurídicas y políticas del fenómeno constitucional acudiendo a una comparación analógica con los jugadores de un deporte, las reglas por la que este se rige y el rol de los árbitros. Las reglas deportivas configuran en buena parte el juego, pero, sobre esa base, los jugadores y los directores técnicos desarrollan sus propias estrategias de juego, sin poder desconocerlas ni violarlas. Los árbitros conocen y aplican el reglamento, pero no necesariamente han de saber las mejores estrategias de juego, ni ser ellos mismos buenos jugadores. Los protagonistas son los jugadores, no los árbitros pero, sin ellos y sin un reglamento escrito, el juego deportivo corre un alto peligro de desnaturalización,

de conflicto y violencia. Actualmente, hemos decidido jugar al fútbol estableciendo un reglamento, contando con árbitros y *lineman* y, para algunas jugadas, utilizando también el VAR. Del mismo modo, hoy la vida política se enmarca en las reglas constitucionales, hay jueces que controlan la constitucionalidad de los actos de gobierno y, para determinadas situaciones donde están comprometidos derechos fundamentales básicos y preferidos, aplicamos test de proporcionalidad y razonabilidad más estrictos.

El derecho pretende dar certeza, previsión y estabilidad a las relaciones jurídicas, mientras que, en ocasiones, la política requiere atender a lo excepcional, a lo que exige una decisión fuera de lo ya previsto normativamente. Se da la tensión entre estar a lo acordado (*pacta sunt servanda*) o atender a las exigencias de lo nuevo (*rebus sic stantibus*)⁽¹⁵⁾.

El derecho y la política combinan en distintas dosis las influencias ideológicas, el respeto de las normas y procedimientos establecidos, la coactividad, la continuidad y el dinamismo⁽¹⁶⁾, las relaciones de poder entre distintos actores, la previsión de las consecuencias de lo decidido. En términos relativos, podemos decir que el derecho presta más atención que la política al respeto a las normas y procedimientos establecidos y emplea en un grado mayor el elemento coactivo, mientras que la política ofrece una mayor apertura relativa a la ideología, al dinamismo, al juego de poderes entre los actores y a las consecuencias de las decisiones. En términos weberianos, podríamos decir que la ecuación entre ética de la convicción y ética de la responsabilidad tiende a ser más favorable a esta última en la política que en el derecho.

En el escudo chileno se puede leer el siguiente lema: “por la razón o por la fuerza”. El derecho se apoya más en la razón⁽¹⁷⁾, en argumentos “no forzados de las razones” – al decir de Habermas –, mientras que en la acción política es la fuerza del poder, más que sus razones, la que tiende a predominar y pretende imponerse⁽¹⁸⁾.

La relación entre derecho y política puede guardar una cierta analogía con los combates romanos entre el reciario y el secutor, un gladiador equipado con armamento y armadura pesada. El reciario estaba munido de un tridente y una red con la que intentaba enredar y detener al secutor que poseía mejores armas. La desventaja de armas del reciario tenía que ser compensada con su habilidad y velocidad para “enredar” al secutor. El derecho, natural-

(15) Schimdt afirma que “la cláusula *rebus sic stantibus* debe ser la característica del derecho público” (Schimdt, Carl, *Ensayo sobre la Dictadura*, Tecnos, Madrid, 2023, pág. 88). Frente a ello, sostendrá Kelsen que “la asunción de la cláusula *rebus sic stantibus* es en realidad la claudicación del punto de vista del derecho, el desplazamiento de la consideración desde la esfera del derecho al mundo de las realidades desnudas”. Kelsen, Hans, *El problema de la soberanía y la Teoría del Derecho Internacional*. *Aportación a una teoría Pura del Derecho*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1920.

(16) Sintetizando la interesante postura de Hannah Arendt (Hannover 1906-Nueva York 1975) sobre la relación entre política y derecho, expone Alfonso Ballesteros: “la política surge de la capacidad eminentemente humana de la innovación, mientras que el derecho, de la capacidad para conservar. La política se refiere a la capacidad para actuar mientras que el derecho busca la constitución permanente de la libertad estableciendo los límites de esta [...] Es necesario precisar que por ‘acción’ (action, Handeln), en sentido arendtiano se debe entender la acción política al modo griego, como espontánea, extraordinaria, impredecible, perecedera y extralegal, por señalar sus rasgos principales [...] Por su parte el ‘derecho’ ha de entenderse como sinónimo de ‘ley’, en un sentido amplio, como derecho objetivo, o bien como orden de los asuntos humanos que se establece a través de las leyes. Aunque Arendt describe el derecho o la ley de manera diversa, haciendo referencia ordenamientos históricos concretos que difieren entre sí (el nomos griego, la torah, la lex romana o la Constitución americana), lo que estos parecen compartir, desde su punto de vista es la búsqueda de estabilidad política y, en cuanto son un orden o aspiran a un orden, la limitación de la acción en mayor o menor medida. Así como se ve, la acción tiende a la transgresión espontánea de límites mientras que el derecho tiene como objetivo hacer posible la libertad de manera estable limitando para ello las posibilidades de la acción”. Ballesteros, Alfonso, *Innovación versus conservación. La tensión entre la política y el derecho en la obra de Hannah Arendt*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pág. 15 y ss.

(17) “No permitimos que mande un ser humano, sino la razón, porque el hombre manda en su propio interés, y se convierte en tirano. Por el contrario, el magistrado es guardián de la justicia, y si lo es de la justicia, también de la igualdad” (Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, libro V, cap. 6, 1134a-b).

(18) Afirmaba ya Cicerón: “la misma naturaleza del acontecer político sobrepasa muchas veces a la razón. Recordad lo que he dicho al principio: que la república no puede conservar su estabilidad a no ser que se de en ella un equilibrio de derecho, deber y poder, de suerte que los magistrados tengan la suficiente potestad, el consejo de los ciudadanos principales tenga la suficiente autoridad, y el pueblo tenga la suficiente libertad” (Cicerón, *De República*, Libro II, 33, 57).

(11) Hauriou, Maurice, *Derecho Público y Constitucional*, Madrid, Reus, 1927. Por su parte, Alberto Spota define al poder político como “la capacidad efectivizada en la acción producida realmente de condicionar el quehacer y devenir de una comunidad, como todo. Quienes, o quien, posean y practiquen en los hechos esa capacidad condicionante sobre el quehacer de una comunidad como todo poseen poder político”, Spota, Alberto Antonio, *Lo político, lo jurídico, el derecho y el Poder Constituyente*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1993, pág. 17.

(12) Nos recuerda Hannah Arendt que “el poder solo es realidad donde palabra y acto no se han separado, donde las palabras no están vacías y los hechos no son brutales, donde las palabras no se emplean para velar intenciones sino para descubrir realidades, y los actos no se usan para violar y destruir sino para establecer relaciones y crear nuevas realidades”. (Arendt, Hannah, *La condición humana*, Paidós, Buenos Aires, 2009, pág. 223).

(13) Puede verse, entre otros, el reciente artículo de Lau Alberdi, Jerónimo, “La judicialización de la política”, *Revista Jurídica Austral*, Vol. 5, N° 1 (junio de 2024), DOI: <https://doi.org/10.26422/RJA.2024.0501.alb>, págs. 211-254.

(14) Fernández Blanco, Carolina, *Un aporte jurídico a los debates sobre instituciones y desarrollo. Aproximación desde problemáticas compartidas por los países de América Latina*, Tesis Doctoral, Universitat de Girona, Programa de Doctorado en Derecho, Economía y Empresa, 2017, pág. 16.

mente algo más débil que la política, debe saber enredar y controlar con habilidad a la política para poder someterla a sus designios.

IV. El entrelazamiento de las dimensiones política y jurídica del fenómeno constitucional presentes en algunas instituciones constitucionales

Consideramos que la presencia de estas dos dimensiones del fenómeno constitucional y sus relaciones mutuas son claramente visibles en muchas de las instituciones constitucionales. A continuación, mencionaremos algunas:

a. La constitución es, a la vez, un documento político que expresa las decisiones de una determinada comunidad política sobre su organización y objetivos y una norma jurídica suprema que rige el ordenamiento jurídico de un país, estableciendo qué clases de normas existirán, cuál será su procedimiento de sanción, qué jerarquía existirá entre ellas y cuáles serán los contenidos esenciales que deberán respetar. *El poder constituyente, al fin y al cabo, es –como enseñaba Spota– “poder político que se juridiza al normarse”*⁽¹⁹⁾. Pero con esa juridización no desaparece la dimensión política en la actuación de los poderes constituidos. Ella sigue siendo muy significativa, más allá de que ahora haya normas y principios jurídicos que pretendan regularla.

b. Suele ser la voluntad y decisión política del legislador, más que las razones de estricta conveniencia técnico-jurídica que la tornan conveniente, las que movilizan y explican la sanción de una determinada ley⁽²⁰⁾.

c. En los actos estatales cabe distinguir aspectos discrecionales y reglados, todos sometidos al derecho, pero de diverso modo. Así, en el ámbito del derecho administrativo, se distinguen los actos administrativos (por ejemplo, otorgamiento de un registro para conducir), los políticos (por ejemplo, nombramiento de un ministro o concesión de un indulto) y los institucionales (declaración del estado de sitio, de la intervención federal o de la Guerra), según el grado de discrecionalidad con que puede actuar el órgano de gobierno o los organismos administrativos al momento de dictarlos. Los aspectos discrecionales aparecen más vinculados a la dimensión política, mientras que los reglados son más propios de la dimensión jurídica. Es imposible reducir y anular por completo la discrecionalidad, expresión del ejercicio del poder, de la politicidad irreductible presente en todo ejercicio de poder público.

d. Los ordenamientos constitucionales prevén lo que podríamos llamar “válvulas de escape” para encauzar la dinámica propia de la dimensión política que amenaza con romper los moldes la juridicidad constitucional: las instituciones constitucionales como el estado de sitio, la intervención federal, las emergencias económicas, las amnistías e indultos, los decretos de necesidad y urgencia, la delegación legislativa, la antigua doctrina sobre las cuestiones políticas no justiciables, etc. son algunas de esas “válvulas de escape” de uso excepcional, previstas para la expansión de la dimensión política cuando ella no puede ser contenida por los cauces jurídicos ordinarios. Ellas son vistas con cierta desconfianza y descréditos por los juristas preocupados por mantener la fuerza de la juridicidad, a la vez que suelen ser reclamadas por los actores políticos para llevar adelante sus programas y acciones de gobierno.

e. En el control judicial de constitucionalidad de algunos actos estatales, también se diferencia el grado de control sobre la base de la distinción entre aspectos discrecionales y reglados. Así, por ejemplo, en la revisión judicial de un juicio político, ella se limitará –de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema– a examinar si se ha respetado el debido proceso, en tanto no se revisará la apreciación del Senado o del Jurado de Enjuiciamiento acerca de si hubo o no mal desempeño. Algo análogo ocurre en el control de constitucionalidad de actos como la intervención federal, el estado de sitio o el indulto.

f. En las condiciones para ser elegido juez, en especial de la Corte Suprema, se examinarán y valorarán no solo sus conocimientos técnico-jurídicos, sino muy especialmente sus concepciones filosóficas y políticas, ya que se

sabe que ellas pueden ser decisivas a la hora de ejercer la función judicial y resolver un caso de modo definitivo⁽²¹⁾.

g. En la resolución de los que hemos denominado “fallos institucionales”, además de razones y argumentos jurídicos, influyen claramente componentes de carácter político: la relación con los otros poderes de gobierno y con la opinión pública, las consecuencias que se pueden derivar del fallo, la incidencia en la configuración de la vida social que se pretende lograr a través del fallo, la consolidación o debilitamiento del propio poder institucional de la Corte Suprema, etc.⁽²²⁾.

h. A la hora de resolver un determinado fallo institucional, formulamos en su momento la máxima de que la Corte Suprema ha de exigir el máximo respeto a la juridicidad constitucional vigente que sea compatible con el funcionamiento del sistema político en su conjunto, evitando llegar a situaciones de bloqueo que terminan perjudicando al poder más débil.

i. El derecho constitucional y la actuación de la Corte no se pueden comprender acabadamente si no se los inserta en la realidad política que les es propia, en los contextos históricos y políticos en que se desarrollan las instituciones y los procesos constitucionales⁽²³⁾. Ello es clave para entender las normas jurídicas incorporadas por el poder constituyente en el momento de la sanción o reforma de la constitución, las leyes de contenido constitucional y las decisiones de nuestro más alto tribunal.

V. Conclusiones

Luego de haber examinado la naturaleza, el origen histórico, los fines y medios que emplea el constitucionalismo y la relación dialéctica entre las dimensiones políticas

(21) Así el Prof. Kenneth Mack, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard, ha sostenido que el período reciente del año 2024 de la Corte Suprema norteamericana, “refuerza la percepción entre muchos en el público estadounidense de que, más que en cualquier otro período de la historia estadounidense moderna, el derecho –ya sea el derecho de interpretación de estatutos, el derecho administrativo o el derecho constitucional– tal como se refleja en la Corte, es simplemente política por otros medios”. Véase, “Evaluating the Supreme Court: Harvard Law faculty weigh in on 2023-2024 SCOTUS term”, Harvard Law Today, disponible en: https://hls.harvard.edu/today/evaluating-the-supreme-court-harvard-law-faculty-weigh-in-on-2023-scotus-term/?utm_campaign=06Jul2024&utm_medium=email&utm_source=hltnewsletterAlum (fecha de consulta: 4/10/2024). Esto también aparece reconocido por Alberto Bianchi, cuando al analizar el funcionamiento de la Suprema Corte norteamericana, afirma: “Si hay algo que define políticamente a los Estados Unidos es el bipartidismo, el cual se refleja no solo en el Congreso y en la Casa Blanca, sino también en la Corte Suprema. Cada presidente, con su mayoría en el Senado, ha logrado colocar en la Corte a jueces de su partido y ello divide al Tribunal. Si luego ello se refleja en los fallos, es una cuestión muy diferente. En algunos casos se nombran magistrados moderados y, en otros, se logran imponer a quienes representan tendencias más extremas. Buenos ejemplos de los primeros fueron Sandra Day O’Connor y Anthony Kennedy, entre los conservadores, y Stephen Breyer en los liberales. Entre los segundos militan William Rehnquist, Antonin Scalia, Clarence Thomas y Ruth Bader Ginsburg. Asimismo, a Stevens y Souter, nombrados ambos por jueces republicanos, los vemos luego ubicados en el ala liberal de la Corte. Es más, en Bush v. Gore, votaron en la minoría. Como resultado de ello, si bien es cierto que en este último quinquenio de la Rehnquist Court se produjeron una gran cantidad de fallos en los que la decisión se obtuvo con una escasa mayoría de 5-4, esta división no siempre es el fruto del triunfo sistemático de una tendencia política sobre la otra. Por el contrario, en muchos de estos casos fueron mayoría los conservadores, pero en otros tantos la alcanzaron los liberales, ayudados con los swing votes de Kennedy y de O’Connor. No han faltado, por cierto, casos de sentencias unánimes, pues los hay en buena cantidad, pero ello no es la regla. Las disidencias, aun las cuantitativamente menores, son frecuentes. Todo ello impide calificar a la Corte del último quinquenio de la Rehnquist Court bajo un determinado signo político, al menos de una tendencia muy marcada, pues, en el balance general, los triunfos entre liberales y conservadores se reparten con bastante equilibrio. En algunos casos, asimismo, en la mayoría y minoría se alinean jueces de ambas tendencias y existen casos curiosos, como *Ashcroft v. ACLU* donde Scalia vota con los liberales; y Breyer, con los conservadores. Consecuentemente, la mayoría formalmente conservadora de 5-4, no se impuso brutalmente. Por el contrario, O’Connor y Kennedy, en particular, se encargaron de evitar que la Corte se convirtiera en un tribunal partisano, un objetivo que se cumplió durante este período con bastante éxito, si excluimos por supuesto el caso ‘Bush v. Gore’, donde la pertenencia a cada partido se hizo sentir con marcada influencia” (Bianchi, Alberto B., “La Corte Suprema de los Estados Unidos - 2000-2005”, *Revista Jurídica Austral*, 5[1], 9-115, 2024, DOI: <https://doi.org/10.26422/RJA.2024.0501.bia>).

(22) Hemos estudiado con profundidad este tema en nuestro libro *La Corte Suprema y el control político*, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 1999, al cual remitimos.

(23) “Los politólogos dicen que la Corte es parte de la política a pesar de ser un tribunal de justicia porque todo el derecho, incluido el derecho constitucional, es parte de la política” (Shapiro, Martin, “Morality and the Politics of Judging”, *Tulane Law Review*, 63[6], 1989, págs. 1555-1556). Agradezco a Jerónimo Lau esta cita.

(19) Cfr. Spota, Alberto Antonio, *Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1993.

(20) Por ejemplo, hace varias décadas que la doctrina administrativa juzgaba conveniente algunas reformas a la Ley 19.549 de procedimientos administrativos. Sin embargo, ello no ocurrió hasta que el presidente Milei decidió incluirla en el proyecto de la Ley Bases y el Congreso la sancionó, como modo de instrumentar su plan de gobierno.

y jurídicas del fenómeno constitucional, podemos concluir que el derecho no logra eliminar, absorber ni someter por completo a la dimensión política presente en todas las realidades e instituciones constitucionales que sigue presente en cada una de ellas. Sí, en cambio, la condiciona, encauza, modifica y limita, a la vez que dicho componente político del fenómeno constitucional intenta muchas veces evadir y quebrar esos límites y controles jurídicos. Es la tensión dialéctica, permanente, central e insalvable que se da en el fenómeno constitucional y en cada una de sus expresiones e instituciones.

Progresivamente, a lo largo de la historia, la dimensión jurídica del fenómeno constitucional ha conseguido importantes avances en su intento de controlar el ejercicio del poder público, sin lograrlo aún de modo pleno y absoluto. Esos avances se verifican en lo que hemos denominado creciente proceso de juridización y judicialización del proceso político. Sin embargo, la dimensión política del fenómeno político sigue estando presente y tiende muchas veces a predominar en sus concreciones operativas y prácticas.

La buena relación entre las dimensiones políticas y jurídicas del fenómeno constitucional reclama que los ac-

tores políticos adopten la decisión “política” de respetar los principios, las normas y los procedimientos jurídicos como mejor modo de actuar políticamente, a la vez que el marco jurídico adopte la necesaria flexibilidad para encauzar con habilidad el proceso político, sin encorsetarlo ni bloquearlo y procurando evitar la excesiva *sobrejudicialización* de los procesos políticos.

Los operadores y estudiosos del derecho constitucional han de identificar y reconocer con realismo la *dialecticidad* existente entre las dimensiones políticas y jurídicas en el fenómeno constitucional, en sus instituciones y en su dinámica histórica, procurando armonizarlas entre sí con inteligencia y creatividad, sin falsas rigideces ni flexibilidades desnaturalizadoras.

VOCES: CONSTITUCIÓN NACIONAL - PODER EJECUTIVO - PODER LEGISLATIVO - CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD - PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - JURISPRUDENCIA - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - ESTADO NACIONAL - PODER JUDICIAL - DERECHO POLÍTICO - HISTORIA DEL DERECHO - DERECHO CONSTITUCIONAL

Sumario: PRESENTACIÓN. – 1. UNA TENSIÓN ESENCIAL. – 2. ¿ECLIPSE DEL CONSTITUCIONALISMO? – 3. CAMBIOS ESTRUCTURALES EN LA LEGISLACIÓN Y LA JURISDICCIÓN. – 4. JURISDICCIÓN Y GOBIERNO EN TIEMPOS DE TRANSFORMACIÓN. – 5. UNA NUEVA PERSPECTIVA DE LA REGULACIÓN. – 6. NUEVAS FRONTERAS Y LÍMITES DE LA COMPLEJIDAD. – 7. HACIA NUEVAS FORMAS DE GOBERNANZA SOCIAL.

Presentación

El conflicto creciente al interior de las estructuras del poder es el dato central y definitorio de la crisis del Estado constitucional de Derecho. La casi totalidad de los sistemas políticos de América Latina vive, en efecto, un conflicto abierto entre las estructuras gubernativas, los poderes legislativos y el poder jurisdiccional, que abarca un arco extenso de experiencias tan diversas como las de México, Brasil, Chile, Colombia, Perú o Argentina. La deriva autoritaria que se avizora a partir de la reciente victoria de Donald Trump en los Estados Unidos, completa un pronóstico reservado para la salud de las instituciones republicanas.

Los problemas de la teoría y la práctica constitucional frente a los conflictos de poder preocuparon desde siempre y de un modo central a Néstor P. Sagüés. Desde su perspectiva de realismo tridimensional, vio en ellos una muestra evidente de las insuficiencias de la perspectiva normativista y la existencia de verdaderas lagunas o vacíos constitucionales. De allí –pensaba Sagüés– que el tratamiento judicial de las “crisis de poder” careciera de una perspectiva sistemática, sin que por ello dejaran los poderes judiciales de atender este tipo de conflictos mediante soluciones jurídicas efectivas, atentas a la responsabilidad política del poder, a través de soluciones basadas en una interpretación integradora no muy diferente a las ensayadas en muchos otros casos de lagunas o vacíos constitucionales⁽¹⁾.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *El Preámbulo*, por FELIPE SEISDEDOS, ED, 91-913; *Hoy como ayer: los 150 años de los objetivos del Preámbulo*, por MARÍA CECILIA RECALDE, EDCO, 2003-302; *La acción declarativa y los controles de constitucionalidad, de supremacía federal y de legalidad*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2006-382; *Control de convencionalidad como método de supremacía de los tratados internacionales: hacia un nuevo rumbo en la jurisprudencia nacional*, por CARLOS ALBERTO FOSSACECA, EDCO, 2010-580; *Aspectos del control de constitucionalidad con motivo de una sentencia constitucional (preámbulo, tratados y modulación)*, por DIEGO A. DOLABJIAN, EDCO, 2010-226; *La invocación a Dios como fuente de toda razón y justicia del Preámbulo de la Constitución Argentina*, por FÉLIX A. MONTILLA ZAVALÍA, EDCO, 2010-445; *El control de convencionalidad en el sistema de control de constitucionalidad argentino*, por ROMINA ARIANA DÍAZ, ED, 253-684; *Una sentencia pedagógica sobre el control de convencionalidad en el derecho argentino*, por SILVIA MARRAMA, ED, 255-335; *Supremacía constitucional y control judicial de constitucionalidad. Aclaraciones conceptuales*, por PEDRO A. CAMINOS, EDCO, 2015-378; *La Argentina en el mundo de los sistemas de control de constitucionalidad*, por PEDRO A. CAMINOS, EDCO, 2015-520; *Conversación sobre la jurisprudencia actual de la Corte Suprema y el control de constitucionalidad*, por MIRTHA ABAD, EDCO, 2015-539; *Las invocaciones religiosas en los preámbulos*, por EUGENIO L. PALAZZO, EDCO, 2017-455; ¿Existen normas inconstitucionales en la Constitución? (En torno al preámbulo de la Constitución como silogismo práctico teleológico), por MARCELO BAZÁN LAZCANO, El Derecho Constitucional, Marzo 2021 - Número 3; *El Preámbulo de la Constitución Nacional en la doctrina y la jurisprudencia*, por JAVIER MARCELO AYALA, ED, 298-759; *La fraternidad como categoría político-jurídica en la Constitución de 1853*, por LUCIO PALUMBO, El Derecho - Constitución, Agosto 2023 - Número 8; *1° de mayo. Día de la Constitución Nacional. Una Constitución de 171 años*, por ENRIQUE H. DEL CARRIL, ED, 306-1265; *A treinta años de la reforma constitucional y en el Día de la Constitución: nuestro programa de Estado es el programa constitucional para el desarrollo humano y federal*, por PABLO MARÍA GARAT, El Derecho Constitucional, Mayo 2024 - Número 5; *La Convención Constituyente de 1994: un ejemplo de convivencia política*, por MARÍA CRISTINA BENZI, El Derecho Constitucional, Agosto 2024 - Número 8. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Profesor Emérito (Universidad de Buenos Aires). Profesor Titular de Teoría General del Derecho y de Sociología Jurídica (Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires). Académico de Número de la Academia Nacional de Educación. Miembro del Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires.

(1) Para un análisis de las ideas de Sagüés respecto al papel de la Corte Suprema ante las crisis de poder o “crisis institucionales”, expuestas a lo largo de toda su obra, cabe subrayar Sagüés, Néstor P., “La Corte Suprema y los conflictos de poderes”, en Santiago, Alfonso (h)

La temática del tratamiento judicial de conflictos extremos entre poderes tiende a cobrar en la actualidad una importancia creciente. La doctrina comparada habla así de “*constitutional showdowns*”, para aludir a la idea de “enfrentamientos decisivos” o instancias de resolución final a través del desencadenamiento de choques institucionales entre poderes. La idea de “*showdown*” refleja casi gráficamente la existencia de decisiones importantes adoptadas ante situaciones de choques que enfrentan a poderes públicos en casos complejos o controvertidos, que carecen de procedimientos de resolución preestablecidos⁽²⁾.

Una idea complementaria es la de “*constitutional hardballs*”, referida a la práctica cada vez más frecuente de conflictos institucionales, en los que las partes escalan el nivel del conflicto hasta un punto en el que no caben más que soluciones transaccionales, basadas en el temor al daño que puede generar una situación en la que una de las partes inflija una derrota a la otra parte, de consecuencias mutuamente inconvenientes para todos. El conflicto se resuelve a través de una fórmula que innova en la situación crítica planteada⁽³⁾. Como en los supuestos de “*chicken game*”, las partes en conflicto aceleran, confiando en el reflejo defensivo de la contraparte, que, en el último instante, depondrá su actitud ante la evidencia de los daños y los costos que un choque “a todo o nada” significará para todas las partes enfrentadas.

Ambas ideas reflejan, complementándose entre sí, la situación de vacío de una respuesta institucional satisfactoria frente a la escalada de conflictos entre los poderes públicos enfrentados entre sí. En el final, se especula, prevalecerá la decisión de evitar males mayores, a través de la adopción de soluciones que tengan ese objetivo.

Se trata de situaciones sin soluciones aparentes a la luz de los patrones establecidos. Fenómenos cada vez más frecuentes en el contexto democracias fragmentadas y desbordadas por la entidad e intensidad de problemas que superan la capacidad de respuesta desde los marcos institucionales establecidos.

La situación de *showdown* ocurre cuando uno de los poderes o una rama del gobierno confronta con otra en torno a un tema constitucional en un contexto de incertidumbre acerca de la legitimidad de las posiciones que se contraponen. En tales situaciones, las partes en conflicto perciben que la confrontación mutua producirá seguramente los peores resultados para ambas partes. Ejemplos de este tipo de situaciones pueden ser los casos de juicio político o los de decisiones parlamentarias que establecen barreras para las funciones de control judicial de constitucionalidad de una reforma constitucional o de una determinada legislación.

Las reflexiones que siguen se inspiran en una visión de este tipo de problemas como la que Sagüés desarrolló a partir de un muy cultivado sentido de la prudencia judicial, ilustrada por una singular erudición en el campo del derecho constitucional comparado, aplicada a conflictos que tienden a situar a los ordenamientos constitucionales actuales ante los límites extremos del constitucionalismo convencional.

1. Una tensión esencial

El derecho público contemporáneo sufre una tensión esencial entre, por un lado, la necesidad de asegurar y garantizar la vigencia y eficiencia de su sistema institucional, y por otro, las presiones desbordantes propias de la dinámica social de las sociedades democráticas avanzadas.

De un lado, el esquema de fuentes del derecho y los principios, reglas y procedimientos heredados de la gran tradición institucional del liberalismo republicano, inspirado en los valores y concreciones del Constitucionalismo

y Álvarez, Fernando (coord.), *Función política de la Corte Suprema. Obra en homenaje a Julio Oyhanarte*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2000, cap. III.

(2) Para una visión de conjunto, cfr. Posner, Eric A. y Vermeule, Adrian, “Constitutional showdowns”, 156 *University of Pennsylvania Law Review*, 2008, pp. 991-1048.

(3) Al respecto, puede verse el tratamiento de conjunto de Tushnet, Mark, “Constitutional hardball”, 37 *J. Marshall Law Review*, 2004, pp. 523- 553.

del siglo XIX –heredado en nuestros países como legado central de la tradición de la Revolución Atlántica–. Por otro, la presión de una revolución vertiginosa de expectativas crecientes, que desafía los equilibrios cada vez más precarios de un sistema de frenos y contrapesos desbordada por conflictos ni siquiera imaginados en los tiempos fundacionales del Constitucionalismo clásico.

El derecho y sus operadores centrales afrontan desafíos inéditos, generados por un estado de emergencia permanente. Sociedades fragmentadas, cada vez más desiguales, enfrentadas en conflictos de intensidad creciente, agravados por el deterioro de los mecanismos tradicionales de representación, participación y cooperación social y amplificadas por climas crecientes de insatisfacción e indignación colectiva y agravados.

La crisis de gobernabilidad es desde hace ya décadas uno de los datos centrales en la agenda actual y futura del Estado Constitucional de Derecho. Compromete no solo el desempeño futuro de sus instituciones, sino también el mecanismo de protección de los derechos y libertades fundamentales. De allí el reto para los valores y principios que informan su plexo axiológico y la idea misma de ciudadanía.

Las nuevas preguntas giran en torno a un interrogante central: ¿cómo explicar el proceso a través del cual instituciones inicialmente diseñadas para afirmar y proteger los derechos y libertades contra el riesgo de los abusos del poder hayan comenzado a experimentar interpretaciones “alternativas” que tergiversan su sentido originario y pasan a operar, en los hechos, como instrumentos que cuestionan la vigencia efectiva de los valores inicialmente consagrados?

El rasgo fundamental de los nuevos cuestionamientos es que ya no provienen tanto de los poderes gubernativos –ejecutivos o legislativos– como de los propios poderes judiciales, pensados como poderes contramayoritarios, orientados a la protección de las libertades.

Los cambios provienen, en efecto, de la energía desequilibrante que ejercen los poderes jurisdiccionales. El riesgo al equilibrio en el sistema de frenos y contrapesos viene del propio poder judicial y su pretensión de pasar del papel de un poder contramayoritario de control y salvaguarda de los equilibrios al de una fuerza innovadora que influye y condiciona el sentido del cambio constitucional.

El derecho y la jurisdicción dejan así de ser instrumentos de una cultura del encuentro y el diálogo plural entre los poderes y de la sociedad con el poder, para operar como instrumentos y maquinarias bélicas de nuevas formas de guerra social. La propia jurisdicción abandona sus tradiciones de autorrestricción y asumen las tendencias negacionistas desde siempre presentes en las dinámicas conflictivas de las democracias. Contribuyen así a la desarticulación de la lógica de las instituciones, erosionando su autonomía y su sentido originario. La justicia pasa a constituir un nuevo frente de batalla, una continuación de la lucha social por otros medios. La judicialización de la política obedece a un conjunto de fuerzas externas e internas. Por un lado, la instrumentación de la justicia desde el poder político y los poderes sociales que procuran monopolizarlo; por otro, desde fuerzas internas que luchan por ejercer un nuevo protagonismo social.

Emergen así nuevas formas de “legalismos autocráticos”. Formas de dominación política nacidas al amparo de las instituciones, como respuesta a tensiones sociales que someten a los equilibrios institucionales recibidos a presiones imposibles de soportar. Es lo que algunos analistas no dudan en caracterizar como una nueva forma de dictadura: la dictadura de minorías extremas, capaces de capitalizar los “resquicios institucionales” pensados para proteger las libertades en un sentido favorable a las nuevas minorías⁽⁴⁾. Se habla incluso de una nueva forma de tiranía. No necesariamente antidemocrática ni ilegítima, aunque sus riesgos sean evidentes. Es la tiranía de minorías extremas que, a través de un “uso alternativo” de las instituciones, pasan a ocupar resortes centrales de las estructuras formales e informales del poder. No preten-

den, por cierto, resolver mejor los muchos problemas no resueltos en la sociedad.

Las nuevas formas de autocracia democrática aspiran a capitalizar el descontento y la insatisfacción de sectores en estado crítico, situados al límite de su resistencia social. Es la sociedad de la indignación⁽⁵⁾. Ricos y pobres dispuestos a cuestionar de modo radical el orden recibido. A cuestionarlo desde la raíz y sin importar los costos ni las consecuencias, y avanzar como sea hacia un nuevo orden.

No cabe buscar nuevas ideologías ni concepciones alternativas. Se trata de corrientes heterogéneas que atraviesan en horizontal a la sociedad y que serán ultraliberales o ultrasocialistas en lo económico. Poco importa, ya que su sentido programático es algo secundario que irá siendo definido por los “nuevos estrategias del caos”, en función de lo que sugieran la guerra abierta en las redes sociales.

En todos los casos, el estilo de ejercicio del poder será el mismo: concentrado, despiadado, reactivo a cualquier tipo de acuerdo, y orientado contra todo lo que implique debilidad hacia las dinámicas tradicionales del diálogo republicano, el respeto, la concertación social o los esfuerzos de construcción de escenarios de paz. Pensar que se está ante una simple anomalía transitoria de la democracia, de esas que se curan con más y mejor democracia, puede llegar a constituir una peligrosa equivocación.

Lo cierto es que las democracias afrontan, en realidad, una verdadera mutación de sus contenidos y promesas originarias. Ante el desencadenamiento de las consecuencias sociales e institucionales de un proceso social de larga gestación, con raíces filosóficas muy profundas, que viene siendo estudiado desde siempre⁽⁶⁾.

La política contemporánea afronta el estallido de formas de antipolítica que ya no responden al desinterés o la indiferencia de la sociedad hacia la política y las instituciones. Más bien al contrario, es un antipolítica altamente politizada. Es la expresión de un sentimiento de negatividad profunda que emerge no solo como un reflejo antioligárquico o “anticasta”, del tipo que sufrieron otras experiencias del pasado. Es más bien un cuestionamiento abierto a toda forma de poder “cartelizado”.

De allí que se cuestione ante todo a la justicia, en lo que muchos sectores sociales ven hoy una expresión paradigmática de grupo de poder social privilegiado, autosostenido y blindado a toda forma de innovación. De allí que el cuestionamiento se extienda también a los grandes medios de comunicación, las universidades, los partidos, sindicatos o a cualquier otra instancia de mediación social institucionalizada.

Tampoco debe verse en las nuevas formas de política un reflejo contra los poderes económicos, porque la nueva antipolítica reverencia a los mercados y, en especial a la nueva élite del hipercapitalismo tecnológico, del cual admira su individualismo radical y extremo, su agresividad despiadada, y su capacidad para destrozarse las fronteras y límites del orden establecido.

Para comprender las formas de expresión de este nuevo fenómeno en el ámbito del poder jurisdiccional, es necesario entender que negatividad y desconfianza no quieren decir “despolitización”. La revolución contra los jueces y su poder en la sociedad es una revolución *política*, que busca volver a la justicia contra sí misma, politizarla y convertirla así en un ariete contra el orden establecido. Es un rechazo a “los políticos”, no a la política. Busca, por tanto, someter a la justicia a las formas más extremas de la politización, que son precisamente las de la campaña electoral permanente⁽⁷⁾.

La agenda que nos ocupa es amplia. Sobre todo, en la cultura jurídica de democracias inacabadas y siempre en transición. De allí que los ejemplos de “jurisdicción sin Constitución” –o contra la Constitución– tengan que ver con procesos de transiciones políticas, con el ejercicio del poder jurisdiccional en zonas de guerra o de conflicto armado permanente, la ocupación de zonas enteras de los territorios nacionales, o los casos de *lawlessness*, y las políticas de *shock* antiinflacionario planteadas por los

(5) Cfr. Innerarity, Daniel, *La política en tiempos de indignación*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2015.

(6) Acaso convenga recordar la reflexión de la gran filosofía de entreguerras en el siglo XX –como Jaspers, Heidegger y su meditación sobre el humanismo–. O recordemos la meditación de Max Scheler, en la línea de Nietzsche, sobre el papel fundamental del resentimiento en la moral en el hombre contemporáneo.

(7) La reforma judicial mexicana ofrece un banco de pruebas de esta nueva concepción.

(4) Para el caso de la democracia estadounidense, Levitsky, Steven y Ziblatt, Daniel, *La dictadura de la minoría. Como revertir la deriva autoritaria y forjar una democracia para todos*, Gómez Sesé, Guillem (trad.). Barcelona, Planeta, 2024. En general, véase: Schepel, Kim Lane, “Autocratic legalism”, 85 *University of Chicago Law Review*, 2018, p. 545 y Ginsburg, Tom, “Authoritarian international law”, 114 *The American Journal of International Law*, 2020, p. 221.

experimentos de estabilización drástica de las economías latinoamericanas.

Abarca, de modo creciente, situaciones aún más dramáticas, cuando la ausencia o el anacronismo de las normas constitucionales generan un campo abierto a la discrecionalidad del poder. Constituciones sin respuesta ante innovaciones sociales, políticas o tecnológicas que desencadenan riesgos para las garantías del Estado de Derecho y para la protección de derechos individuales y sociales.

Casos en los que se desencadenan auténticas guerras abiertas a través del derecho. Procesos extremos de judicialización de la política, en los que la política cede espacios ante la ofensiva de posiciones extremas, sin límites, que combina acciones y reacciones desde la política, las redes sociales, los medios de comunicación y el compromiso militante de la judicatura. Situaciones en las que la sociedad vuelve a interrogarse sobre el sentido y los límites entre el derecho, el poder y la moral.

Las democracias actuales viven un proceso de auténtica mutación institucional. La vigencia de las notas propias del Estado de Derecho no puede darse por supuesta. Atraviesan por situaciones de emergencia y cuestionamiento casi constantes. Enfrentan retos desconocidos para las visiones tradicionales y nada lleva a pensar en un futuro de características como las conocidas.

2. ¿Eclipse del Constitucionalismo?

Sería ingenuo postular la idea de que el Constitucionalismo clásico ha entrado en un crepúsculo final. Nada indica, en efecto, que haya perdido su fuerza estructuradora de los sistemas institucionales. Sin embargo, parecería también claro que los desafíos que afronta y que lo condicionan sean cada vez más importantes.

El Constitucionalismo superó los desafíos de la sociedad de masas y sobrevivió incluso a las catástrofes bélicas y a las “cortinas de hierro” de la Guerra Fría. A partir de los años 70 logró animar las cuatro últimas olas de transiciones democráticas iniciadas desde la segunda posguerra hasta la actualidad⁽⁸⁾. Sin embargo, el hecho es que el ritmo de evolución actual de los sistemas constitucionales comparados ha desbordado con rapidez las predicciones iniciales de la promesa republicana clásica.

El reconocimiento de estas ideas por parte de la teoría y la teoría constitucional parecería a salvo de dudas fundamentales. De hecho, su vigencia no parece amenazada en el plano de las ideas. Los problemas surgen en el plano de las realizaciones, a partir, sobre todo, de una serie de fenómenos que parecerían erosionar la base cultural y política que garantizó su vigencia a lo largo más de trescientos años.

Cabe considerar, sin embargo, la evolución profunda de la idea de “poder jurisdiccional”. En el cuarto de siglo transcurrido desde el final de la Guerra Fría, el cuerpo de instituciones que forzaron su derrumbe parece haber entrado en un período de cuestionamientos abiertos. Las olas diversas de cambio abarcan desde la teoría y las formas de la representación hasta la participación y la movilización política, cimientos centrales de la idea y la práctica de la democracia. Las presiones se manifiestan bajo la forma de nuevos liderazgos, la multiplicación de escenarios y modalidades inéditas de conflicto y la multiplicación de canales alternativos de resolución de controversias cada vez más profundas, que paralizan la dinámica básica de los sistemas democráticos.

Frente a la idea de la unidad del sistema jurídico, expresada a través de la pirámide normativa, en un análisis de conjunto de la fragmentación creciente de los sistemas jurisdiccionales, Fischer-Lescano y Teubner señalan la existencia de 125 Cortes y Tribunales Internacionales, en las que jueces independientes toman decisiones judiciales finales.

Ello sin contar la Corte Internacional de Justicia de La Haya, la Corte Marítima Internacional, varios tribunales de reparación, tribunales penales internacionales, tribunales híbridos nacional-internacionales, tribunales internacionales y nacionales de derechos humanos, además de la fuerza expansiva de tribunales internacionales de alcance regional que han pasado a desempeñar funciones globales cada vez más importantes, tales como el Tribunal de Jus-

ticia de la Comunidad Europea, el Tribunal de Justicia del Benelux o los tribunales arbitrales de diversa naturaleza como el CIADI o los tribunales arbitrales europeos⁽⁹⁾.

Los métodos alternativos de resolución de controversias desplazan a los tribunales ordinarios, tanto nacionales como internacionales. Una proporción abrumadora de las grandes causas planteadas a partir de los grandes conflictos derivados de las regulaciones económicas globales tramita a través de formas diversas de resolución alternativa de conflictos. Los MARCs han dejado de ser “la otra justicia”, para convertirse en un cauce principal de sustanciación de conflictos que, por su naturaleza y características no pueden ya ser sometidos a los procedimientos judiciales propios de la jurisdicción ordinaria.

El derecho asume la demanda de una nueva cultura del derecho como instrumento de consolidación de una cultura de la paz. En este contexto, el derecho se afianza como un instrumento colaborativo. El nuevo derecho es un derecho flexible y abierto a la colaboración entre las partes. Proporciona soluciones equilibradas, en las que no hay ganadores ni perdedores netos y sí equilibrios sostenibles a lo largo del tiempo, que permiten a las partes seguir interactuando y colaborando, una vez resueltas diferencias sobre aspectos no definitivos de la convivencia.

Una nota característica del derecho contemporáneo es la apertura de un arco cada vez más diverso y completo de soluciones transaccionales. No todas las soluciones están, por cierto, al alcance del acuerdo entre las partes, así como no todas pueden tampoco ser resueltas autoritativamente desde la decisión jurisdiccional.

Surge así un arco de soluciones que recorre una gradación de soluciones, entre las que cabe mencionar, de un modo sucinto, el arbitraje y sus formas híbridas de arbitraje-mediación, la investigación neutral de los hechos mediante el concurso de terceros expertos, el juicio provisional, el juicio privado, la evaluación natural temprana, la conciliación, la facilitación, la mediación, las prácticas colaborativas, la negociación y la construcción de escenarios de paz.

El análisis de estas nuevas realidades ha dejado hace tiempo de ser la descripción de una anomalía del derecho estricto. Se está más bien, simplemente, frente a un mundo nuevo, producto de cambios estructurales del fenómeno jurídico, de sus funciones en la sociedad y de la reflexividad pronosticada por la teoría de sistemas en sus comienzos en primeros los años 70.

Los juristas convencionales apuntan a una serie de razones explicativas y depositan una confianza en la propia evolución del derecho global como factor de normalización y equilibrio. Nada permite, sin embargo, ser optimistas. Se habla, en efecto, de ausencia o falta de órganos centralizados de producción normativa y arbitraje de conflictos, de niveles crecientes de especialización, diferenciación estructural de las normas, superposición de regulaciones, proliferación de normas secundarias y avance en las regulaciones económicas transnacionales. Se postulan, en consecuencia, nuevas estrategias de diseño institucional y esfuerzos de cooperación y convergencia normativa internacional. Cualquiera de estos escenarios está, sin embargo, lejos de ofrecer evidencias tangibles de progreso.

El punto de vista de la teoría actual reconoce como referencia básica una sociedad horizontal, en la que tienden a desdibujarse las demarcaciones axiológicas y normativas tradicionales. Una sociedad en la que tienden también a difuminarse los factores tradicionales de la confianza apriorística en las instituciones recibidas, cuestionadas de modo radical desde una actitud de ansiedad crítica y exasperada por parte de la sociedad.

Es la sociedad red, caracterizada por la extensión, la intensidad, la velocidad y el impacto potencial sobre las comunidades del proceso de interconexión entre las redes institucionales. La globalización puede ser comprendida si se la considera como un proceso o conjunto de procesos superpuestos que vinculan e integran entre sí a sistemas nacionales e internacionales.

(8) Para un resumen, véanse los trabajos reunidos en: Dobner, Petra y Loughlin, Martin (eds.), *The twilight of Constitutionalism?*, Oxford, Oxford University Press, 2010, caps. 1-3 y en especial los trabajos de Petra Dobner, Marcus Llanque y Hauke Brunkhorst, en caps. 7 a 9.

(9) Para un análisis de conjunto de las nuevas colisiones normativas y sus efectos sobre la formación de las nuevas categorías dogmáticas, es de utilidad Fischer Lescano, Andreas y Teubner, Gunther, *Colisiones entre regímenes jurídicos. Análisis de la fragmentación del Derecho Global*, Alex Valle, Franco (trad.), Santiago de Chile, Ediciones Olejnic, 2021, caps. 2 y 3. De particular interés resulta la visión de conjunto de Slaughter, Anne-Marie, *A new world order*, Princeton, Princeton University Press, 2004, cap. 8. y Ferrarese, María Rosaria, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino, 2000, cap. III.

En este contexto, la administración de justicia ve socavada su autoridad tradicional y tiende a perder muchas de sus funciones tradicionales. En casos extremos generalizados, por ejemplo, en el caso de América Latina, el sistema de justicia en su conjunto pasa incluso a ser visto como un agente socialmente sospechado y por lo tanto políticamente interpelado. Sus decisiones solo logran imponerse a través de las argumentaciones y motivaciones de sus actos, en la medida en que alcanza el convencimiento de sus destinatarios. Decae, sin embargo, el nivel de confianza en su papel constitucional hasta extremos inéditos, muy similares al de otros actores e instituciones a las que se responsabiliza de aspectos centrales de la crisis.

El derecho ve así desdibujarse sus funciones tradicionales de instrumento de control social en un proceso en el que recupera, sin embargo, algunas de sus funciones esenciales opacadas en el contexto del Constitucionalismo y la Codificación.

El derecho redescubre, de ese modo, sus funciones de instrumento de compromiso y cooperación social. Los nuevos desafíos que se le presentan desde las sociedades complejas surgen del proceso de creciente diferenciación social y del exceso de opciones contingentes que amenaza con el riesgo de desbordar sus capacidades originarias en cuanto instrumento de administración de la complejidad por vía de la prevención y el control de la diferenciación y la contingencia. La función de instrumento de gestión de compromisos y de cooperación social le permite, sin embargo, recuperar el control del riesgo.

Los márgenes de actuación son, no obstante, cada vez más exigüos. En este punto, la jurisdicción adquiere una relevancia fundamental. Gobernar es definir y resolver situaciones. Interpretar es, a su vez, generar opciones y alternativas para la decisión y, sobre todo, justificarlas desde estrategias argumentativas adecuadas, desde perspectivas a la vez múltiples y convergentes en el resultado práctico buscado.

El Poder Judicial se sitúa en el epicentro del proceso de transformación. Sus funciones básicas se politizan, a impulsos sobre todo del proceso de “judicialización” del conflicto social y político. Actitudes y propuestas que hasta no hace mucho podían pensarse como vías o “usos alternativos” del derecho configuran hoy una corriente central del pensamiento y la práctica del estamento judicial en las democracias avanzadas.

Vistos estos problemas desde una visión sistémica, cabe pensar que el estado de fragmentación creciente del derecho global no se explica en función exclusiva de un pluralismo conflictivo de intereses. Requiere tener en cuenta procesos de fragmentación más profundos, en el nivel de los conflictos de visiones que agitan la sociedad civil global. “La sociedad moderna [propone Luhmann] vive su futuro bajo la forma del riesgo en las decisiones”⁽¹⁰⁾. En definitiva, “[y]a no es el individuo la fuente primaria de la inseguridad social, sino el contexto ecológico en el que el sistema evolucionar”⁽¹¹⁾.

En el estado actual de la comunidad internacional cabe esperar, en consecuencia, procesos aún mayores de fragmentación y conflicto, frente a los cuales el derecho debe resignificar su papel fundamental, apuntando a operar como instrumentos de cooperación social, de construcción de consensos y de acoplamiento flexible de las unidades en conflicto.

3. Cambios estructurales en la legislación y la jurisdicción

Un análisis somero de las transformaciones actuales en las políticas públicas revela, a grandes rasgos, una tendencia común hacia un nuevo ciclo en las relaciones entre legislación, jurisdicción y gobierno. Por sobre matices, se imponen tendencias básicamente convergentes. Se trata de un rumbo todavía incierto y de perfiles aún no del todo definitivos, pero que es, en gran medida, común con la mayoría de las democracias actuales, que conduce hacia nuevos marcos institucionales de relaciones entre Estado y sociedad, con el auxilio de nuevas herramientas adaptadas a las nuevas relaciones entre el mercado, las instituciones y la sociedad.

El impacto de las transformaciones en marcha obliga a considerar las nuevas fronteras y alcances de la teoría y la técnica de la legislación, sobre todo en su convergencia –y en algunos aspectos conflicto– con cambios paralelos, igualmente profundos, en el ámbito, la teoría y la práctica de la función jurisdiccional.

El instrumento utilizado en muchos países⁽¹²⁾ que afrontan en la actualidad una nueva ola de políticas de ajustes estructurales de la economía es el de las *leyes ómnibus* o, leyes multipropósito, con una multiplicidad de materias que se acumulan y superponen en un mismo acto legislativo. Son las “mil reformas” a que aluden los discursos gubernamentales que tratan de expresar, en el fondo y en las formas, una metodología común en el resto de los países. Sobre todo, en los países de la Unión Europea, experiencia de referencia para este tipo de estrategias de choque⁽¹³⁾. Instrumentos legislativos similares existen hoy en varios países, en una experiencia generalizada sobre todo después de la pandemia.

La nueva legislación se inscribe en el escenario de la llegada de las nuevas tendencias de la regulación económica. Con la desregulación social, tecnológica y económica llegan nuevas instituciones, nuevos principios y procedimientos, muy diferentes de la primera ola de desregulaciones en la Argentina de los años 90.

El nuevo modelo profundiza los principios de libre iniciativa y competencia. En un sentido próximo al liberalismo económico, aunque cruzado por las restricciones y exigencias de un Estado que sigue protagonizando aspectos esenciales de la vida colectiva. Aspira a diluir la presencia estatal, la conducción gubernamental de los servicios públicos y la liberación de los mercados.

La tendencia general está marcada por la primacía del *shock* sobre las expectativas que condicionan la inflación inercial y un papel creciente de los procesos de autorregulación de la vida económica, impulsados por demandas sociales dinamizadas y favorecidas por las nuevas plataformas tecnológicas⁽¹⁴⁾.

La tendencia se refuerza a través de un recorrido creciente hacia la autorregulación de los mercados desde la iniciativa privada⁽¹⁵⁾, en políticas que no responden tanto a un impulso natural de la economía como a la decisión estratégica de reguladores y legisladores por asegurar nuevas reglas institucionales por sobre las resistencias de las propias instituciones políticas –Congreso, jueces, grupos de presión, poderes locales– y sociales –sindicatos, empresarios, empresas públicas y consumidores–.

Los conflictos que se abren alcanzan escala casi universal, a impulsos sobre todo de los grandes debates generados por el Constitucionalismo norteamericano. En especial, el avance de las tendencias conservadoras expresadas en el nuevo Constitucionalismo del Bien Común –liderado por figuras como Adrian Vermeule y algunos de los integrantes de la judicatura federal y la propia Suprema Corte–.

Esta nueva orientación en el Constitucionalismo conservador procura un retorno a la idea tradicional del “bien común”, entendida como una especie de moralidad interna al derecho, que encuentra en el Estado Administrativo una instancia generadora de ideas y criterios de gobierno autonomizados respecto de la discrecionalidad de las ideas liberales del “imperio del derecho” y la dictadura interpretativa de los jueces⁽¹⁶⁾.

(12) Es el caso de Argentina con la reciente Ley de Bases y la legislación y regulaciones dictadas en consecuencia. Un análisis de conjunto en Cassagne, Juan Carlos (dir.) y Aberastuty, Pedro (coord.), *Derecho público y decretos de necesidad y urgencia. A propósito del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni editores, 2024, pp. 15-109.

(13) Para una descripción del fenómeno en el caso europeo, puede verse Cosculluela Montaner, Luis, “El impacto del derecho de la UE en la regulación española de la intervención administrativa en la actividad económica”, *Revista de Administración Pública*, 2016, 200, Madrid, mayo-agosto, pp. 103-120.

(14) Esteve Pardo, José, *Prólogo a Darnacullea Gardella, María Mercé, Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 10.

(15) Para un estudio del proceso en su conjunto, cfr. Esteve Pardo, José, *El camino de la desigualdad. Del imperio de la ley a la expansión del contrato*, Madrid, Marcial Pons, 2023, caps. II y III.

(16) Cfr. al respecto, puede verse: Vermeule, Adrian, *Law's abnegation. From Law's Empire to the Administrative State*, Cambridge, Harvard, Harvard University Press, 2016, especialmente los caps. 1 y 6. Y, sobre todo, Vermeule, Adrian, *Judging under uncertainty. An institutional theory of legal interpretation*, Cambridge, Harvard University Press, 2006, cap. 8. Una visión de conjunto, puede encontrarse en Muñoz, Gerardo, “La jurisprudencia postliberal norteamericana: orden

(10) Luhmann, Niklas, *Observaciones de la modernidad. Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*, Fortea Gil, Carlos (trad.), Buenos Aires, Paidós, 1997, p. 132.

(11) Luhmann, Niklas, *Observaciones de la modernidad...*, p. 176.

La nueva regulación cobra impulso a través de los procedimientos e instrumentos convencionales como la legislación, los contratos o la intervención jurisdiccional. Sin embargo, lo importante es que, en el tramo final, se ve forzada a dar paso a dosis cada vez más significativas de la autorregulación, a través de acuerdos intersectoriales, adopción de estándares o códigos de *soft law*. Este último segmento crece cada vez más en importancia, reduciendo cada vez más el margen de apreciación de la regulación convencional.

El impacto de estas transformaciones conmociona la comprensión tradicional del derecho y sus funciones en la sociedad. Un impacto que se proyecta tanto en el plano de la política jurídica como en el de la legislación y las prácticas jurisdiccionales. Algunas resistencias al avance de las nuevas regulaciones –pactadas y resultado de transacciones entre actores centrales del sistema económico– provienen de poderes fácticos reactivos frente a la libertad de comercio, pero otras obedecen a la propia materia a desregular –resistencias técnicas, científicas, éticas y sobre todo económicas–.

Emergen, en efecto, ante transformaciones muy profundas generadas por cambios en la naturaleza de la litigiosidad y la afirmación de nuevos mecanismos alternativos de resolución de controversias o la jurisprudencia generada por la experiencia institucional de la transformación del ordenamiento jurídico o global. Las dificultades de la teoría y la práctica de la jurisdicción para asumir las transformaciones de la legislación contemporánea son múltiples.

Una primera dificultad reside en la formación tradicional de los juristas. Los programas de formación de grado están tradicional y predominantemente centrados en la jurisdicción y en la figura del juez. Este rasgo que Wim Voermans denomina “judicéntrico”⁽¹⁷⁾ describe la enseñanza del derecho como un entrenamiento para pensar como jueces o como abogados –también asesores legales, fiscales, funcionarios– que deben conocer cómo piensan los jueces y qué hacen los jueces cuando juzgan⁽¹⁸⁾.

La falta de atención sistemática hacia los problemas de la legislación es acaso una de las lagunas más importantes en la formación de jueces y abogados. Urge tomar conciencia de la importancia del derecho “legislado”. Sorprende la ausencia de interés por los estudios sistemáticos sobre la legislación, sus procedimientos, contenidos y sobre todo su impacto social.

La visión que tiende a imponerse en el escenario de las transformaciones sociales actuales es muy diferente. En un marco de transformaciones profundas e irreversibles, las sociedades y sus gobiernos prosperan en la medida exacta de su capacidad para asumir e incorporar la dinámica y la semántica propia de los sistemas que pretenden gobernar.

Los sistemas políticos que no logran este tipo de procesos de mutua hibridación tienden, en cambio, a imploriar bajo la presión de formas diversas de ingobernabilidad. Solo avanzan los sistemas que aciertan en el acoplamiento de las lógicas imperantes en el gobierno y la sociedad, proceso en el que las viejas y nuevas funciones del derecho cobran una importancia cada vez mayor.

y gobierno del bien-común”, *Pensamiento al margen*. Revista Digital de Ideas Políticas, número 16, 2022, pp. 8-19, disponible en: www.pensamientoalmargen.com.

(17) Voermans, Wim, “En el derecho confiamos. Reflexiones sobre la ‘laguna legislativa’ en los estudios jurídicos”, en Olivier-Lalana A. Daniel (ed.), *La legislación en serio. Estudios sobre derecho y jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 563-566. Para un panorama más amplio, véase Arana García, Estanislao (dir.), *Algunos problemas actuales de técnica legislativa*, Cizur Menor, Thomson Reuters/Aranzadi, 2015 y Sánchez Barrilao, Juan Francisco, *De la ley al reglamento delegado. Deslegalización, acto delegado y transformaciones del sistema de fuentes*, Cizur Menor, Thomson /Aranzadi, 2015. También los ensayos compilados por Martínez Roldán, Luis, Fernández Suárez, Jesús. A. y Suárez Llanos, Leonor, *La ley desmedida. Estudios de Legislación, Seguridad y Jurisdicción*, Madrid, Dykinson, 2007. Asimismo, De Giorgi, Raffaele, *Observación sociológica de la filosofía del Derecho*, México, Naucaipán, Derecho Global Editores/ de Juárez/ Ibañez, 2018, en especial, pp. 221 y ss.

(18) La jurisprudencia tiende a desplazar a la doctrina y al resto de las fuentes del derecho. Enseñan el proceso que lleva a los jueces a hacerse cargo de un conflicto a resolver, pasando por la tipificación de los hechos, la caratulación de un expediente y el tránsito a través de la prueba y la consideración de las pretensiones y alegatos hasta la construcción de una sentencia. La generalización del método de casos lleva a quienes aprenden no al descubrimiento de las determinaciones o conclusiones de la regla jurídica, sino más bien a la idea de una toma de decisiones fundada en lo que se considera un razonamiento válido a la luz de argumentos básicamente autoritativos.

Una evidencia incontestable demuestra que la crisis de confianza social en la capacidad de las instituciones –particularmente las judiciales– deriva en gran medida de su “déficit de complejidad”. Es decir, de sus limitaciones para comprender y operar sobre el tipo de problemas que deben resolver. Las ideas y las prácticas de la modernidad jurídica aún no han logrado abrirse de un modo suficiente a esta perspectiva de la complejidad de las democracias avanzadas.

Las nuevas realidades nos ponen hoy frente a un diagnóstico muy diferente. Una sociedad cada vez más dinámica, compleja, activa y exigente. Que reclama al derecho respuestas nuevas, cada vez más perentorias, con impaciencia creciente. Cada vez más suspicaz y cada vez más indignada con el poder.

El supuesto de base de la nueva idea de legislación deja de ser la sociedad jerárquica, ordenada, articulada a partir de la ficción de un contrato social inicial. Los nuevos paradigmas se articulan más bien en torno del supuesto de la sociedad-Red, entendida como un ámbito dinámico, descentralizado, horizontal y cada vez más autónomo respecto de influencias y autoridades externas. Redes sociales que, por su propia naturaleza, tienden incluso a cuestionar todo factor de institucionalidad centralizado, a la vez que pugnan por ampliar las formas de participación y las lógicas cada vez más divergentes de autoorganización social. En el nuevo contexto de la sociedad-Red, toda decisión, por clara y simple que sea, puede abrir un proceso en cascada que conduzca a un final imprevisible.

Las interacciones y efectos acumulativos son múltiples e imprevisibles. Los jueces saben también, por experiencia práctica, que el impacto de sus decisiones suele ser mucho más importante y evidente que las razones y argumentos en que se fundan. No basta con argumentar y con motivar. De lo que se trata es de que las decisiones cierren un círculo de expectativas crecientes.

4. Jurisdicción y gobierno en tiempos de transformación

La declinación del derecho legislativo tal cual como se lo concibe desde la perspectiva del Constitucionalismo ortodoxo y la emergencia de un nuevo tipo de regulaciones, en gran parte generada a partir de formas nuevas de *soft law*, tiende a generar un nuevo tipo de conflictividad. Gran parte de los problemas deben ser reinterpretados desde la perspectiva de las transformaciones del Estado y la teoría y práctica de la regulación. La complejidad creciente de la vida social y la generalización de situaciones de emergencia permanente, tanto en lo económico como en lo institucional, condicionan y desencadenan una demanda social de respuestas de muy difícil implementación, a la vista sobre todo de las lagunas cada vez más amplias de la legislación y las reacciones que suscita el discrecionalismo decisionista de la Administración y los poderes ejecutivos.

El núcleo central de este proceso radica en el crecimiento de la demanda social de relegitimación de la vida pública. La sociedad percibe el potencial de riesgo que entrañan algunos procesos centrales de la política contemporánea, tales como el desborde de la legislación, los fenómenos de delegación legislativa, las pretensiones expansivas de la Administración, la generalización de los estados de emergencia o, sobre todo, el activismo judicial.

El conflicto entre reglas generales y decisiones judiciales se plantea hoy más bien en sociedades de alto nivel de complejidad como las actuales, que viven tiempos de revolución de expectativas participativas y de ampliación y consolidación creciente de nuevas prácticas de movilización integral.

En una época de revolución digital, a impulsos de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, el ideal de la democracia, impulsado desde los conflictos y demandas sociales, deja de ser una utopía y pasa a ser una posibilidad cierta, que gravita de modo decisivo en la conformación del imaginario colectivo. En este contexto, se replantea una vez más la problemática de la legitimación de las reglas generales del derecho y de los cánones y principios inspiradores de las decisiones judiciales, políticas y administrativas.

La calidad institucional de un gobierno se define hoy por su capacidad para la toma de decisiones bajo condiciones de riesgo y de contingencia desbordada. Gobernar implica operar en situaciones de racionalidad limitada, con interdependencias difícilmente identificables, en con-

textos de inestabilidad y con fluctuaciones cíclicas poco previsibles y a veces catastróficas.

Toda intervención gubernativa supone una reacción y, con frecuencia, el desencadenamiento de consecuencias inesperadas, en entornos caracterizados por fuertes asimetrías informativas, fenómenos emergentes, dinámicas imprevisibles, externalidades difíciles de identificar y prever y reflejos de autoorganización que obligan a una redefinición constante del rumbo, en función de los objetivos fijados⁽¹⁹⁾.

Se trata de sociedades al mismo tiempo cada vez más inclusivas y abiertas al reconocimiento e institucionalización de nuevos derechos e instrumentos de legitimación activa. Sometidas, por tanto, a una escalada creciente de expectativas y demandas sociales de participación y representación.

Un primer desafío que se plantea a partir de esta recomposición del esquema de fuentes del derecho es el advenimiento de una sociedad cada vez más litigiosa. El efecto natural de ese comportamiento institucional es la deslegitimación general de los actores, las formas, los procedimientos y los principios regulativos del mundo judicial. La declinación de la confianza pública en jueces y abogados es un fenómeno mundial, paralelo a la desconfianza social creciente en los procedimientos, los tiempos y los costos de la resolución judicial de las contiendas. Esta desconfianza se extiende, además, hacia niveles igualmente altos de rechazo hacia las regulaciones y funda expresiones de la cultura profesional americana tales como la necesidad de “*regulation by litigation*”, la contienda judicial como medio de gestión de equilibrios que las leyes y regulaciones se suponen incapaces de resolver⁽²⁰⁾.

El proceso de producción del derecho se especializa bajo formas cada vez más complejas y sofisticadas. El Estado avanza en su proceso de monopolización y control de las fuentes del derecho, hasta alcanzar la estructura piramidal de un orden coactivo asistido por la función exclusiva y excluyente de la coacción estatal.

Junto a las leyes concebidas y su sentido más clásico se generan nuevos tipos de leyes que ya no son generales y abstractas. Son leyes singulares, diseñadas para resolver problemas puntuales o referidos a sujetos o sectores individualizados. Proliferan en este sentido las leyes-medida referidas a decisiones particularizadas. La legislación delegada –decretos leyes, decretos legislativos, entre otros tipos– superan en importancia y cantidad a las leyes generales. Reflejan y a la vez atienden mejor las necesidades funcionales del nuevo Estado Providencia o del Estado Regulador.

Se ha indicado con acierto⁽²¹⁾ el efecto de derogación implícita que este tipo de legislación produce. La nueva legislación se multiplica y acumula, sin tiempo siquiera de ser aplicada. Vastas zonas del ordenamiento jurídico quedan en una zona de penumbra e incertidumbre en cuanto a su aplicabilidad concreta se refiere.

La dificultad para su consulta revierte negativamente tanto sobre los procesos de aplicación como los de revisión, reforma y nueva legislación. La sobrecarga de demandas sociales tiende a producir una superproducción normativa, en perjuicio evidente de los atributos de coherencia, calidad técnica, accesibilidad y posibilidades de aplicación del derecho.

Esta es precisamente la concepción que entra en crisis con el advenimiento de fenómenos sociales que desbordan y cuestionan la mayor parte de las presuposiciones de la visión predominante acerca del derecho y el Estado de la modernidad. “La idea de que el derecho es un ordenamiento sistemático deja de ser un dato obvio, como lo era en el siglo XIX. Pasa por el contrario a ser un problema, un gravísimo problema”⁽²²⁾.

(19) Para un análisis de la epistemología de la complejidad y su reflejo en la constitución de la acción de gobierno, cfr. Innerarity, Daniel, *Una teoría de la democracia compleja. Gobernar en el siglo XXI*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, l.3. pp. 63-79.

(20) Un estudio profundizado de las diferencias entre la cultura americana del litigio y el sistema continental europeo puede verse en Garapon, Antoine y Papadopoulos, Ioannis, *Juzgar en Estados Unidos y en Francia. Cultura jurídica francesa y Common Law*. Bogotá: Legis Editores, 2006.

(21) Galiana Saura, Ángeles, *La legislación en el Estado de Derecho*, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 41-45.

(22) Zagrebelsky, Gustavo, “I diritti fondamentali oggi”, *Materiale per la Storia della cultura giuridica*, 22, n.º 1, 1992, p. 192. “Si los hechos han cambiado, deben también cambiar las teorías” –comenta F. Viola, señalando las dificultades de este cambio de perspectiva–. Cfr. Viola, Francesco, *La concorrenza degli ordinamenti e il diritto come scelta*, Nápoles, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, 2008, p. 8.

Cambia ante todo la dirección de la intervención del derecho en la sociedad. Las reglas del derecho deben ser vistas como técnicas de *management social*⁽²³⁾ capaces de establecer discriminaciones inversas o políticas positivas de reequilibramiento material. A través de estas, el derecho iguala, promueve, discrimina positivamente, identifica y elige objetivos e implementa las estrategias necesarias para su consecución.

La ley adquiere cada vez más las características del contrato. La expansión de la ley se concreta a través de la articulación de microsistemas normativos especializados, orientados a la resolución de problemas específicos, aunque vinculados entre sí por principios comunes de regulación. Son disposiciones de estructura y alcance singular, diseñadas para reconocer la diferenciación, la heterogeneidad y la complejidad.

Las tendencias del derecho comparado acentúan el giro hacia la privatización del derecho público y la publicación del derecho privado⁽²⁴⁾. No todo el derecho proviene del Estado. Una porción cada vez más importante se genera a partir de procesos de autorregulación. Las leyes adquieren las características propias de arreglos contractuales o cuasi contractuales, de alcance singular y concreto, de acuerdo con necesidades que van modificándose, a impulsos y como efecto, precisamente, de la regulación.

Las leyes derivan su fuerza no tanto de la Constitución, sino del consenso de los sectores regulados. De hecho, las regulaciones operan como formas de sobreinterpretación constitucional, cubriendo lagunas o vacíos no normados de modo directo por la Constitución. A esta sobreinterpretación se añaden las consecuencias del fenómeno creciente de la delegación legislativa, otra de las principales fuentes del cambio profundo en la naturaleza y alcances de la legislación en el Estado de Derecho.

El derecho profundiza, a su vez, sus estrategias diversas de intervención social y apunta a una superación de la perspectiva exclusiva del Estado legislador, a través de los instrumentos de la regulación económica, las diversas formas de derecho flexible, la desregulación administrativa, la privatización y el *outsourcing* tercerización de funciones estatales en otros tiempos esenciales.

Al Estado que interviene, promueve, estimula, premia, castiga, construye lo sucede el Estado que regula, reequilibra, reconoce, “empodera”, protege, posibilita, fija límites, contenidos y direccionalidades, sostiene e interviene subsidiariamente. Al Estado Providencia lo sucede la propuesta de una gobernanza “multinivel”, en la que la propia dimensión de “gobierno” tiende a difuminarse en un entorno de pluralidades normativas heterogéneas y convergentes⁽²⁵⁾. El ordenamiento jurídico se abre a normas procedentes de órganos con competencias superpuestas y entrelazadas, en una relación reticular cada vez más compleja a la que cabe agregar la constante producción de normativas reglamentarias y de implementación.

5. Una nueva perspectiva de la regulación

El desarrollo del Estado regulativo es, sin lugar a duda, uno de los mayores desafíos para la teoría y la práctica de la interpretación heredada de las doctrinas clásicas.

(23) Cfr. al respecto el tratamiento de Twining, William y Miers, David, *How to do things with rules*, 2ª ed., Londres, Weidenfeld and Nicholson, 1982, pp. 157-164.

(24) Galiana Saura, Ángeles, *La legislación en el Estado de Derecho...*, pp. 65-72.

(25) Para esta idea, cfr. el documento fundamental *The European Governance. A White Paper*, Bruselas, COM, 25 de julio de 2001, 428. Un comentario introductorio útil puede verse en: Calise, Mario, “Tra governo e governance: la costituzione nelle democrazie contemporanee”, en Ornaghi, Lorenzo (ed.), *La nuova età delle costituzioni*, Bolonia, Il Mulino, 2000, pp. 121-144. Para un desarrollo más amplio de la noción de “Gobernanza”, cfr. UNDP, *Reconceptualising Governance*, “UNDP Management Development and Governance Division”, Discussion Paper 2. N. York, 1997 y *Governance. The World Bank Experience*. Washington DC, World Bank, 1994. Asimismo, Grindle, Merilee Serrill (ed.), *Getting Good Government. Capacity building in the public sectors of developing countries*, Cambridge, Harvard Institute for International Development, 1997; Rhodes, R.A.W., *Understanding governance. Policy networks, governance, reflexivity, and accountability*, Buckingham, Open University Press, 2001 y Nye, Joseph S. y Donahue, John D. (eds.), *Governance in a globalizing world*, Washington, Brookings Institution Press, 2000; Ferrarese, Maria Rosaria, *La governance tra politica e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2010 y “When national actors become transnational: transjudicial dialogue between democracy and constitutionalism”, *9 Global Jurist*, 2009, Berkeley Electronic Press, disponible en: <http://www.bepress.com/gj/vol9/iss1/art2>, pp. 1-31. En general, cabe la consulta a los ensayos incluidos en el importante Hale, Thomas y Held, David (eds.), *Handbook on transnational governance. Institutions & Innovations*, Cambridge, Polity Press, 2011.

Las nuevas situaciones generan, a su vez, tendencias hacia una autorregulación creciente entre los actores privados de la nueva economía. El Estado solo interviene selectivamente, determinando ayudas e incentivos orientados a una nueva clase de regulación, sobre la competencia abierta entre sectores privados. Nacen así nuevas formas, instrumentos y conceptos clave, propios de un nuevo derecho, que exige a su vez una teoría también nueva y autónoma de la interpretación de las regulaciones públicas.

Surge así una zona de mutua retroalimentación entre Administración y jurisdicción. Los temas comunes son los que surgen del proceso de implementación de las leyes y regulaciones. Temas que abarcan la eficiencia económica, la racionalidad, proporcionalidad y escalas de ajuste en los costes y el avance del conocimiento experto en función de las lecciones aprendidas a partir de la práctica de implementación. Los modelos se ajustan en la práctica, a instancias de una tarea continua y permanente de interpretación de los resultados de la aplicación de las regulaciones.

Los conflictos regulatorios se producen en todos los niveles. En un primer nivel, podría señalarse el de los conflictos entre los operadores de los servicios regulados y las agencias reguladoras y el eventual jurisdiccional de esa relación. En un segundo nivel, el de la relación entre los propios operadores. Es el ámbito de la defensa de la competencia, una de las zonas más ásperas de la realidad actual de la regulación. Un tercer nivel, es el de la relación entre los operadores y los usuarios o el público en general, la protección de sus derechos subjetivos, intereses legítimos y simples expectativas⁽²⁶⁾.

En el nuevo Estado regulador, la legislación cobra una especialización cada vez mayor. Es una legislación concreta e individualizada y de aplicación inmediata a los administrados. Ello supone a su vez un nivel también creciente de especialización y destreza técnica de los jugadores. Las respuestas deben ser inmediatas. Con frecuencia, en tiempo real y sin margen para ambigüedades ni retrasos. En gran medida, tiende a ser un derecho especializado, que requiere saberes y formación también especializada.

Esta es una de las explicaciones centradas del auge correlativo de la legislación delegada. Los parlamentos carecen de esa especialidad de allí la necesidad de fortalecer su legitimidad con mecanismos transparentes de apoyo técnico. En igual sentido, se produce una “contractualización” de los contenidos, en la medida en que las leyes dejan de atender a la generalidad de sujetos iguales entre sí y adquieren el carácter de disposiciones consensuadas, que contemplan un equilibrio concreto de intereses.

De allí la legislación “negociada” y la exigencia de acuerdos específicos de los destinatarios. En este sentido debe interpretarse el proceso de “materialización” del derecho. En más de un sentido, es el efecto del tránsito desde una racionalidad formal y procedimental a una racionalidad material e instrumental⁽²⁷⁾. La lucha de los tribunales por el control de la actividad regulatoria se despliega en una frontera móvil y cambiante. En principio, no cabe dudar de la competencia propia de la jurisdicción, para controlar el alcance del interés público comprometido en la actividad regulada.

Una tendencia creciente en derecho regulatorio actual es la emergencia de un potencial de conflicto derivado de litigios estratégicos, centrados en el cuestionamiento de aspectos formales al solo efecto de lograr resultados en el plano de aspectos sustanciales. La formalidad procesal opera en estos casos como una suerte de sustituto del cuestionamiento sustancial a los servicios.

Este campo ofrece, hoy por hoy, uno de los ámbitos de mayor interés en el derecho procesal regulatorio⁽²⁸⁾. De hecho, aun cuando tendencias judiciales como la norteamericana apuntaron inicialmente a preservar el margen de deferencia de las Agencias en cuestiones políticas, la evolución más reciente refuerza un intervencionismo judicial reciente, impulsada por una presión constante de la

sociedad en favor de un mayor control de los márgenes de discrecionalidad de la Administración⁽²⁹⁾.

6. Nuevas fronteras y límites de la complejidad

El derecho contemporáneo opera en este tipo de entornos como una herramienta orientada al control y reducción de la incertidumbre. Como un instrumento institucional de reducción de los niveles de complejidad. Complejidad tanto de la sociedad como de los instrumentos institucionales diseñados para administrarla.

Surge así la demanda de una teoría de la jurisdicción más acorde con la mejora de las capacidades para convertir la información en saber y de administrar, al mismo tiempo todo lo que, por esa vía, dejamos de saber. Una teoría con mayor capacidad para responder a las exigencias de una sociedad cada vez más informada e inteligente, capaz por tanto de optimizar nuestras opciones decisionales y de garantizar una mejora de nuestras perspectivas estratégicas hacia el futuro.

Bajo las condiciones de las democracias avanzadas, el derecho pierde el monopolio del establecimiento de la verdad de las normas. De hecho, en democracia nadie puede pretender “la última palabra”.

Tanto el derecho como sus operadores centrales –legisladores, jueces, administradores, comunidades de auxiliares y expertos– deberán asumir la pérdida del monopolio de sus competencias y del control de sus actividades respectivas. Sus esferas de actuación tradicional tienden a suponerse e interpenetrarse. Las lógicas de sus respectivos subsistemas de actuación se fusionan. En la medida en que las estructuras institucionales son contingentes, la contingencia también deviene estructural.

Toda decisión supone la asunción de riesgos, lo cual introduce en las soluciones jurídicas un componente esencial de incertidumbre en las pretensiones de los operadores jurídicos. Asegurar un aspecto determinado de la realidad supone responder a expectativas que, al mismo tiempo, desencadenan en paralelo otras expectativas, imprevisibles, de riesgo e inseguridad ante la contingencia.

En la medida en que las sociedades actuales profundizan procesos de fragmentación, oligarquización, corporativismo y concentración del poder –económico, social, mediático– y la legislación pierde su referencia esencial a la idea de una racionalidad global, se acentúa el desgaste de las instituciones, la regla de la mayoría y, sobre todo, la división clásica entre los poderes y funciones del Estado. Cambian en consecuencia las fuentes y jerarquías normativas y el poder judicial deviene no solamente árbitro y mediador sino incluso promotor central de nuevas formas y equilibrios sociales.

La experiencia recogida indica que, en una fase de emergencia, puede de hecho bastar con soluciones concretas a problemas concretos. Sin embargo, en una etapa ulterior, la tendencia a confiar en unas pocas intervenciones focalizadas debe ceder paso a estrategias que abarquen a todo el sistema. Los problemas sociales complejos requieren soluciones multidimensionales, en una combinación y con un ordenamiento secuencial cuyo diseño estratégico es aún objeto de discusiones.

El dato compartido desde las más diversas ópticas ideológicas⁽³⁰⁾ es el de un Estado desbordado en su capacidad de respuesta por la sobrecarga creciente de demandas de una sociedad cada vez más dinámica y compleja. En el plano político, esta percepción común tiende a incentivar actitudes más adaptativas que proactivas, determinando un agotamiento de las actitudes y discursos maximalistas.

Se desencadenará así un conjunto complejo de cambios, con marchas y contramarchas previsibles, la continuidad de cuyos resultados dependerá en buena medida de la convicción y el esfuerzo empeñado por todos los actores en el cambio de las estructuras heredadas y en su capacidad de combinar esfuerzos tendientes a consolidar la liberalización política sin mengua de la capacidad de respuesta a los desafíos de la emergencia.

(26) Para una descripción del conflicto en estos tres niveles y el radio de acción de la jurisdicción, cfr. Esteve Pardo, José, *Principios de derecho regulatorio...*, p. 210.

(27) Cfr. Galiana Saura, Ángeles, *La legislación en el Estado de Derecho...*, p. 63 y Estévez Araujo, José A., “Estructura y límites del derecho como instrumento del Estado Social”, en AAVV, *Problemas de legitimación en el Estado Social*, Madrid, Trotta, 1991, p. 155.

(28) Para una visión de conjunto, cfr. Stephenson, Matthew. C., “The strategic substitution effect: textual plausibility, procedural formality and judicial review of agency statutory interpretations”, *120 Harvard Law Review*, 2006-2007, pp. 528 y ss.

(29) Un panorama al respecto, puede verse en: Miles, Thomas J. & Sunstein, Cass. R., “Do judges make regulatory policy? An empirical investigation of Chevron”, *75 University of Chicago Law Review*, 2006, pp. 823 y ss.

(30) Para una visión de conjunto, puede verse el panorama expuesto por: Anheier, Helmut, Glasius, Marlies y Kaldor, Mary (eds.), *Global Civil Society 2001*, Oxford, Oxford University Press, 2001 y Held, David D., McGrew, Antony, Goldblatt, David y Perraton, Jonathan, *Global transformations. Politics, economics and culture*, Stanford, Stanford University Press, 1999.

7. Hacia nuevas formas de gobernanza social

La idea básica que tiende a imponerse es la de un Poder Judicial comprometido en los grandes debates nacionales, que desarrolle una tarea de consulta abierta en orden a contribuir con respuestas a problemas graves de la convivencia social, con la idea de prevenir más que administrar o resolver los conflictos. La justicia aspira así a implementar estrategias de *brokerage* y arbitraje social. A anticipar más que a resolver problemas de modo reactivo. A actuar de un modo estratégico y no detrás de conflictos que una vez que han estallado han desencadenado consecuencias socialmente irreparables.

En el fondo de esta nueva interpretación del papel de la judicatura está la noción de que el desarrollo de las instituciones debe sustentarse en el respeto a las libertades, la subsidiariedad, la participación y los principios de un desarrollo humano sustentable. Son principios centrales del Estado de Derecho, tales como división de poderes, acceso a la justicia, garantías efectivas de los derechos fundamentales, control de la arbitrariedad y discrecionalidad de los gobernantes, respeto a las minorías políticas y sociales, integración, no discriminación, lucha efectiva contra la corrupción pública y privada, protección e inclusión social y, sobre todo, generación de confianza social, entendida como base para el pluralismo y la tolerancia democrática.

Este espíritu de adaptación a los nuevos escenarios de la complejidad social termina por imponerse sobre criterios ideológicos, postulados programáticos y aún posiciones de conveniencia personal de líderes y referentes sociales y políticos. La sociedad actual exige a las instituciones y a quienes las representan al interior de dichas instituciones, respuestas inmediatas en áreas y temas que, en una sociedad ordenada, están fuera de la competencia de la política. Temas cuyo procesamiento y solución correspondería en realidad a instancias técnicas o, en última instancia, a los esfuerzos concertados de toda la sociedad en su conjunto –tales, por ejemplo, los casos del empleo, la educación, la salud, la seguridad ciudadana o la cohesión e inclusión social–.

La política ha dejado de monopolizar los intereses y expectativas de los ciudadanos y ello replantea la problemática tradicional de la representación. La primera respuesta viene del propio sistema de justicia, a través del activismo judicial. La justicia interviene, procurando colmar las lagunas que dejan abiertas y vacantes el resto de las instituciones.

Si hubiera que denominar de algún modo esta demanda fundamental que las nuevas realidades sociales plantean a la teoría jurídica, deberíamos prestar una atención creciente al concepto de “*thoughtfulness*”⁽³¹⁾. Es decir, una teoría básicamente reflexiva, capaz de profundizar y focalizar su atención en las relaciones entre el derecho establecido –legal o jurisprudencialmente– y la razón práctica, reflejada en la tradición de principios y de estándares, de criterios normativos que incorporan desde una lógica de lo razonable y equitativo una dimensión de responsabilidad institucional por el contenido de las decisiones de jueces, funcionarios y otros actores de la vida del derecho.

La democracia requiere hoy mejoramientos institucionales sustanciales. Que le permitan resistir y administrar la energía transformadora que proviene de este embate de expectativas insatisfechas y de minorías extremas, que si triunfan es porque interpretan la indignación de las mayorías ante los desafíos no resueltos y la cobardía de élites que dimiten de sus responsabilidades colectivas.

Se impone así con urgencia una nueva teoría y, sobre todo, una nueva práctica de las instituciones. Una visión más constructiva y dinámica de la interpretación de nuestras Constituciones, más abierta a una lectura razonable, equitativa e imparcial de las leyes, en contextos sociales que exigen una integración inteligente de métodos y herramientas nuevas que completen y trasciendan el legado de nuestras tradiciones jurídicas más valiosas.

Esta fue, sin duda, la enseñanza fundamental de Néstor P. Sagüés, expresada en su aporte extraordinario a casi todos los capítulos del derecho y la política constitucional, desde una visión erudita, informada, sensible y, sobre todo, profundamente comprometida con los problemas de su tiempo.

VOCES: CONSTITUCIÓN NACIONAL - CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD - PODER EJECUTIVO - PODER LEGISLATIVO - PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - JURISPRUDENCIA - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - ESTADO NACIONAL - PODER JUDICIAL - DERECHO POLÍTICO - HISTORIA DEL DERECHO - DERECHO CONSTITUCIONAL - JURISDICCIÓN - DIVISIÓN DE PODERES

(31) Propongo esta dimensión de la razón práctica en el sentido postulado por Waldron, Jeremy: *Thoughtfulness and the Rule of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2023, cap. 1.

El rol institucional de la Corte Suprema de Justicia, entre la política y el derecho

por IGNACIO COLOMBO MURÚA^(*)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. – II. ANOTACIONES PRELIMINARES. – III. DISTINCIONES NECESARIAS. – IV. CONSECUENCIAS INSTITUCIONALES DE CADA POSICIÓN. – V. LA DESCRIPCIÓN FRENTE A LA PRESCRIPCIÓN. – VI. ALGUNAS CONSECUENCIAS POSITIVAS DE ESTA POSICIÓN. – VII. CONCLUSIONES.

I. Introducción

Néstor Pedro Sagüés, como teórico constitucional que fue, se interesó por la vinculación, inevitablemente estrecha, entre el constitucionalismo y la política. Así, explicaba que en el constitucionalismo existe una “simbiosis entre lo jurídico y lo político” puesto que “el derecho constitucional se ocupa de la vertebración y operatividad esenciales del Estado, y que éste es sujeto político por excelencia”⁽¹⁾. En ese mismo marco llamó la atención e indagó, en reiteradas oportunidades, sobre la naturaleza del rol institucional del Poder Judicial y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en particular. Todo ello, claro, con su aguda y acostumbrada precisión conceptual y analítica que, sobre la base de una serie de clasificaciones previas, desmenuzaba inteligiblemente a cada uno de los fenómenos bajo estudio.

El objetivo de este trabajo es, entonces, siguiendo las enseñanzas del profesor Sagüés, llamar la atención sobre el sentido y alcance del rol político que ejerce la Corte Suprema. En específico, intentaré mostrar los distintos sentidos con los que se puede afirmar que la Corte “hace política” o es “un actor político” y por qué creo que dicha aseveración debe ser matizada y utilizada con ciertas prevenciones. A su vez, señalaré que según cuál sea el sentido que se le asigne a este rol político se dispararán distintas preocupaciones sobre los arreglos institucionales necesarios para abordarlas.

Así, se presentarán, en primer lugar, los problemas que se generan en la cuestión cuando no se efectúan las precisiones semánticas pertinentes. Luego, se marcará cuáles son las distinciones previas que se deben realizar para no incurrir en inferencias inadecuadas. Se señalará que los diversos enfoques que se sigan al respecto plantean distintos desafíos institucionales y, por último, se postulará un

marco conceptual que, según entiendo, es el más adecuado para caracterizar el rol institucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

II. Anotaciones preliminares

Se sabe que el diseño constitucional argentino abrevia, sustancialmente, en el estadounidense⁽²⁾ y, por ello, el rol institucional de la Corte Suprema es relevante, pues se articula como un verdadero poder del Estado y se le asigna una importante función respecto de los mecanismos de pesos y contrapesos. Así, a través principalmente del control judicial de constitucionalidad, controlará a los demás poderes estatales y, en ese sentido, ejercerá una función política⁽³⁾.

Pero además desarrolla otras actividades que también son, en cierto sentido, políticas: por ejemplo, la Corte, a través de su presidente, integra y es cabeza del Consejo de la Magistratura (al menos por ahora); tiene funciones de superintendencia; tiene poder de agenda (selecciona los casos que va a resolver y que pueden tener más o menos impacto político).

Ahora bien, cuando se afirma que la Corte, como cabeza del Poder Judicial, es un órgano también político, resulta necesario realizar una serie de precisiones analíticas; puesto que, de no hacerse ello, se podría llegar a conclusiones desacertadas desde los principios estructurantes del Poder Judicial (como el de independencia e imparcialidad) y, sobre todo, desde el propio diseño institucional en que se ha enmarcado el funcionamiento de la Corte. El principal problema es que, sobre la base de esas imprecisiones, podría legitimarse una actuación inadecuada de la Corte Suprema de Justicia.

Entonces, según se dijo, la finalidad de este artículo será analizar cuáles son los posibles sentidos en los que puede señalarse que la Corte es o hace “política” y proponer una comprensión de su rol compatible con el diseño constitucional y los principios que regulan su actuación⁽⁴⁾.

Estos principios, como se verá, tienen que ver con las garantías que se le asignan para asegurar su independencia e imparcialidad respecto, precisamente, del poder político, y con su rol concreto como tribunal de justicia que ha sido estipulado por la Constitución. Así, por ejemplo, la Constitución estipula que los jueces deben ser idóneos (art. 16) y cuentan con inamovilidad e intangibilidad de sus remuneraciones (art. 110). Se veda al Poder Ejecutivo arrogarse el conocimiento de causas judiciales (art. 109) y se establece que la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuenta con competencia solo para conocer en casos o controversias determinadas (art. 116).

[2] Véase, en general, García-Mansilla, Manuel y Ramírez Calvo, Ricardo, *Las fuentes de la Constitución Nacional. Los principios fundamentales del Derecho Público argentino*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006.

[3] Señala Alfonso Santiago: “[t]endríamos una visión insuficiente y por ser parcial también falsa, si concibiéramos a la Corte Suprema como un mero tribunal de justicia, llamado a resolver en última instancia las diversas causas que llegan a su conocimiento. Si todo ejercicio de la función jurisdiccional tiene sus matices de politicidad, ello aumenta de manera considerable cuando hablamos de la actualización de un órgano que, siguiendo el modelo institucional norteamericano, es cabeza de un Poder del Estado y tiene el enorme poder de controlar en última instancia la validez de las normas y actos estatales”. Santiago, Alfonso, “Los modelos institucionales de Corte Suprema”, en Alfonso, Santiago y Álvarez, Fernando (coords.), *Función política de la Corte Suprema*, Buenos Aires, Ábaco, 1998, p. 41.

[4] Sagüés reflexionaba que “la naturaleza política y el alcance de los roles de los tribunales siempre fueron dudas de difícil respuesta. Aparentemente sin paternidad política, el Poder Judicial, poder entonces huérfano, intenta presentarse como una suerte de ‘poder neutro’ frente a los otros dos. Su presunta neutralidad estaría pensada en aras de actuar como ‘poder jurídico’, a fin de preservar el derecho, y en particular, a la Constitución. Sin embargo, como la Constitución es un documento político, teñido de ideología y de metas políticas, así como el resto del orden jurídico tampoco es ajeno a connotaciones políticas, la soñada ‘neutralidad apolítica’ del Poder Judicial, y en particular de una Corte Suprema, duró poco”. Sagüés, Néstor P., “El Poder Judicial y el equilibrio institucional de los poderes del Estado”, *El Derecho*, 176-800. Recuperado de: <https://cdi.mecon.gob.ar/bases/jurid/2677.pdf> (fecha de consulta: 19/8/2025).

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *EL DERECHO*: *Apostillas sobre la denominada apelación implícita*, por JORGE W. PEYRANO, ED, 187-519; *Meditaciones sobre la apelación [El fundamento constitucional, legal y doctrinario de la prohibición de reformatio in peius]*, por JUAN JOSÉ AZPELICUETA, ED, 195-959; *Meditaciones sobre la Apelación [Solución de cuestiones, vencimiento y “devolución” implícita]*, por JUAN JOSÉ AZPELICUETA, ED, 195-1068; *Meditaciones sobre la Apelación [La adecuación oficiosa de costas y honorarios por la Alzada]*, por JUAN JOSÉ AZPELICUETA, ED, 200-950; *El origen de la anomia*, por ALBERTO M. SÁNCHEZ, ED, 255-938; *La doble instancia como garantía convencional*, por TORIBIO ENRIQUE SOSA, ED, 257-780; *Reposición inadmisibile y apelación en subsidio*, por JULIO CHIAPPINI, ED, 283-928; *Efecto adhesivo de los recursos en el Código Procesal Penal de la Nación*, por CARLOS ENRIQUE LIERA, *Revista de Derecho Penal*, mayo 2021 - Número 5; *La implementación de la Apelación Horizontal a partir del precedente “Scalione” de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe*, por JONATAN ERIC PATERSON, *Revista de Derecho Penal*, junio 2023 - Número 6; *Una nueva definición de la naturaleza jurídica del aporte solidario en un reciente precedente de la sala III del fuero Contencioso Administrativo Federal*, por PAMELA JURSA, *El Derecho Tributario*, diciembre 2023 - Número 4; *“Anomia, polarización y precedentes”*, de Leandro J. Giannini, por FLORENCIA RATTI MENAÑA, ED, 307-1255. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA). Diplomado en Estudios Avanzados de Investigación (DEA) por la Universidad de Castilla-La Mancha. Especialista en Derecho Constitucional. Profesor Adjunto de Derecho Constitucional en las universidades Nacional y Católica de Salta. Este artículo se inscribe en el marco del proyecto “Seminario de investigación de Proyecciones Constitucionales” (SePC), de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina.

[1] Sagüés, Néstor P., *Teoría de la Constitución*, 1ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 60. En la misma línea: “[...] dada la coincidencia sustancial entre el mundo jurídico y el político, va de suyo que los hechos que estudia el derecho constitucional son conductas políticas; que las normas constitucionales son igualmente preceptos políticos, y que los valores del derecho constitucional resultan asimismo valores políticos, ya que, en definitiva, esas conductas, normas y valores aluden a la problemática política del poder”, pp. 60 y 61. También puede verse, en un sentido más amplio: Sagüés, Néstor Pedro, *Mundo jurídico y mundo político*, Buenos Aires, Depalma, 1978, *passim*.

III. Distinciones necesarias

En esa línea, resultan necesarias, al menos, dos distinciones previas que suelen estar confundidas en el debate:

1) Como marco general, debe tenerse especialmente en consideración la distinción epistémica entre lo descriptivo y lo prescriptivo-normativo. Esto supone, en este tema, que de la descripción de que la Corte, en ocasiones, actúa como un actor político (fácticamente) no se debe desprender que, por consiguiente, esté legitimada para comportarse de ese modo (que es un argumento usual en el debate sobre la cuestión). Uno podría, en efecto, observar que la Corte se conduce como un sujeto político y, no obstante, criticar aquel comportamiento como reñido con los principios que deben regular su actuación. De otro modo tal proceder supondría incurrir en una inferencia indebida, es decir, concluir que ese actuar se fundamenta en una habilitación normativa. Se pasaría así, y de un modo inadecuado, del plano del ser al del deber ser.

Al respecto, decía Genaro Carrió: “[...] frente a estos desbordes del lenguaje pseudo-normativo con los que se pretende legitimar ciertos fenómenos presentándolos como el resultado del ejercicio de competencias conferidas por un orden normativo, es correcto señalar, en son de crítica, que si bien ‘todos decimos que la lluvia moja’ [...] a nadie se le ocurre decir que ‘tiene competencia’ para mojar”⁽⁵⁾.

Primero, entonces, cabe considerar las normas de competencia para luego analizar, desde aquel marco normativo, el comportamiento fáctico de la Corte.

2) La determinación precisa de qué significa que la Corte tenga un rol institucional político⁽⁶⁾. En este sentido, sostengo que el actuar “político” del tribunal podría referir a dos situaciones divergentes y con distintas implicancias:

a) A que la Corte (en realidad, sus integrantes) en ocasiones se desprende del derecho vigente, es decir, actúa como un actor más que ingresa a la faz agonal de la política intentando imponer sus preferencias ideológicas en la conducción del Estado. Claro que esta es una posición difícil de sostener, pero, no obstante, se suelen presentar en el debate público afirmaciones que se apoyan en este tipo de consideraciones.

b) A que, en el ejercicio del control de constitucionalidad, la Corte Suprema efectúa una revisión respecto de los actos de los demás poderes del Estado y, con ello, se involucra en una actividad política. Ahora bien, en este punto debe realizarse una nueva distinción analítica, pues tal afirmación puede aludir, a su vez, a dos cosas bien distintas respecto del sentido y alcance del control de constitucionalidad y, por ende, del rol político que su ejercicio implica. Esto es:

i. Por un lado, que el control de constitucionalidad, como actividad jurisdiccional, es meramente un acto de decisionismo (y, por ello, una mera acción de ejercicio del poder). En esta concepción, no tan extraña como parece, la Constitución y su texto es manipulable e interpretable de un modo en extremo *dúctil*⁽⁷⁾. El derecho es, en última instancia, lo que los jueces dicen que es⁽⁸⁾ y, por ello, es

(5) Carrió, Genaro, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, 1ª reimpression, Buenos Aires, Astrea, 2021, pp. 52 y 53. Continúa Carrió afirmando: “[...] hemos traspuesto los límites fuera de los cuales el lenguaje normativo cesa de funcionar significativamente, no solo carece de sentido decir que la lluvia ‘tiene competencia’ para mojar, sino que también carece de sentido decir que la lluvia ‘no tiene competencia’ para ello”. *Idem*, p. 53.

(6) Esta tarea ha sido emprendida, aunque en una línea bien distinta de la que acá planteo, por Richard Hooper-Williams, quien distingue seis nociones diferentes con las que se utiliza la expresión “política” referida a la actuación de la Corte estadounidense. Véase: Hooper-Williams, Richard, “Six Notions of ‘Political’ and the United States Supreme Court”, *British Journal of Political Science*, 1992; 22(1), pp. 1-20.

(7) Expresión acuñada por Gustavo Zagrebelsky en *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 5ª. ed. (trad. de Marina Gascón), Trotta, Madrid, 2003.

(8) Frase que, aunque simplificando, sintetiza el postulado esencial del realismo norteamericano que, al decir de García Figueroa, “es escéptico ante las normas, pues considera que no son sino puro papel hasta que no se demuestre lo contrario, una serie de enunciados susceptibles de las más insospechadas interpretaciones, y se muestra escéptico frente a la lógica, pues la vida del derecho no ha sido lógica, la vida del derecho ha sido experiencia”. García Figueroa, Alfonso, “Palabras, palabras, palabras: De lo que el Derecho le dice a los jueces”, *Derecho & Sociedad* [15], 2000, pp. 267-279. Recuperado de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17176> (fecha de consulta: 19/8/2025). Puede verse, también, Llewellyn, Karl, “Una teoría del Derecho realista: el siguiente paso”, trad. de Pompeu Casanovas, en Casanovas, P. y Moreso, J. J. (comps.), *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, Crítica, 1994, pp. 244-293.

una mera herramienta que se utiliza de una manera ideológica. Los jueces de la Corte, entonces —a la par de hacer control de constitucionalidad (o mejor, con dicha excusa)—, decidirían, también de acuerdo con sus intereses, qué posición adoptar respecto del gobierno; por ejemplo, siguiendo la clasificación propuesta por Alfonso Santiago, ser hostil, permisiva o moderada⁽⁹⁾. En este sentido, pueden leerse las líneas de filosofía del derecho críticas⁽¹⁰⁾ y teorías como la *political jurisprudence*⁽¹¹⁾ que plantean una Corte que opera como un actor político más y que no se encuentra sujeta a normas preestablecidas.

ii. Por el otro, que el control de constitucionalidad tiene naturaleza jurídica en el sentido de implicar la aplicación de un ordenamiento constitucional que tiene, al menos en cierto sentido, un contenido objetivo y cognoscible⁽¹²⁾. A su vez, como la Constitución tiene significado y enmarca la actuación de la Corte, ella también debe mantenerse en la esfera de sus competencias, respetar la división de poderes y actuar estrictamente en los casos habilitados por la normativa⁽¹³⁾.

Las implicancias de una y otra posición son en extremo relevantes. Si se concluye que el control es meramente político, pues entonces la Corte se convierte, indefectiblemente, en un sujeto, también, político. Dicho de otro modo, su intervención para revisar e invalidar las acciones de los demás órganos estatales se transformaría en arbitraria y se imbricaría, por ende, en una lucha agonal intrapoderes. Desde esta perspectiva entra en crisis la garantía de imparcialidad a la vez que la propia autoridad del tribunal —pues esta se respalda, precisamente, en la norma constitucional—. Si, por el contrario, se sostiene que la Constitución tiene un contenido objetivo y cognoscible, la Corte debe obrar imparcial y objetivamente y, con ello, cumple con los precisos dispositivos que regulan su actuación y que ya se han enunciado.

IV. Consecuencias institucionales de cada posición

Cada una de estas concepciones encuentra su correlativa problemática y soluciones. Así:

a) Si el rol “político” de la Corte supone que ella se desentiende del derecho y articula su actuación como un actor más de la arena agonal, entonces el gran problema a solucionar, tanto desde la teoría constitucional como del diseño institucional, será cómo se controla a esa Corte, cómo se evita que, como órgano contra-mayoritario que es, tome decisiones contrarias a los intereses comunitarios y se mantenga en la órbita de la Constitución. Se han propuesto, así, desde articulaciones que le quitan la última palabra al Tribunal en materia de control y de interpretación constitucional⁽¹⁴⁾, hasta planteos que promueven la resis-

(9) Véanse también las reflexiones efectuadas por Néstor Pedro Sagüés en *La Constitución bajo tensión*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro México, 2016, pp. 202 y 203.

(10) Véase: Kennedy, Duncan, “Form and Substance in Private Law Adjudication”, *Harvard Law Review*, 1976, 89, p. 16; y “Legal Education and the Reproduction of Hierarchy”, *Journal of Legal Education*, 1982, 32(4), pp. 591-615.

(11) Véase, en general, Shapiro, Martin, *Courts, a comparative and political analysis*, The University of Chicago Press, 1981. También: Shapiro, Martin, “Political Jurisprudence”, *Kentucky Law Journal*, Vol. 52, Iss. 2, Article 2, 1963. Recuperado de: <https://uknowledge.uky.edu/kj/vol52/iss2/2> (fecha de consulta: 19/8/2025).

(12) Guastini clasifica a las tesis interpretativas. Indica que las llamadas posiciones “cognitivistas” comprenden a la interpretación como un acto de conocimiento mediante el cual se extrae el sentido objetivo que se encuentra en los textos normativos. El fin de la interpretación es, en definitiva, descubrir el significado o la intención preexistentes, ya incorporados en la ley. Por ello, una interpretación puede ser verdadera o falsa, según capte adecuadamente o no el sentido prefijado. Guastini, Ricardo, “Enunciati interpretativi”, *Ars Interpretandi, Anuario di ermeneutica giuridica*, Testo e diritto, Padova, Cedam, 2, 1995, pp. 35-42.

(13) Claro, como puntualiza Sagüés, ese control de naturaleza jurídica puede, a su vez, concebirse de distintas maneras, según se lo piense en término de principios o reglas. En ese sentido, señala que hay dos modelos, el constitucionalista judicialista, que “considera que la Ley suprema contiene en sí un proyecto político que deja poco margen de maniobra al legislador, al que le correspondería más bien ejecutarlo. Y a los jueces le tocaría, vía interpretación, y con facultades intensas para ello, determinar el cerco constitucional, bastante limitativo, que condiciona al Poder Legislativo. La otra concepción, tributaria de un modelo democrático o legalista, piensa en cambio que la Constitución ‘no predetermina la solución a todos los conflictos’, sino que solamente fija las reglas fundamentales de juego, y deja al legislador, representante del pueblo, un muy amplio margen para realizar sus opciones políticas. La jurisdicción constitucional debería solamente actuar si el poder legisferante traspasara las fronteras de la Constitución”. Sagüés, Néstor Pedro, *La Constitución bajo tensión...*, p. 204.

(14) Véase: Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away from the Courts*, New Jersey, Princeton University Press, Princeton, 1999.

tencia popular frente a los pronunciamientos judiciales que no resultan compatibles con los intereses mayoritarios⁽¹⁵⁾.

b) Si se postula que el rol político está referido a que, al hacer control de constitucionalidad, la Corte interpreta a la Constitución de conformidad con sus propias preferencias e ideología, entonces lo relevante será dotar de legitimidad y representatividad al tribunal. Cobrarán sentido, en este marco, propuestas que se han hecho y que, en principio, parecen inadecuadas (como la llamada “democratización de la justicia”⁽¹⁶⁾) o secundarias, por ejemplo, el planteo que afirma que es esencial dotar al tribunal de una representación plural y que su funcionamiento se deba encaminar a reproducir mecanismos deliberativos para la toma de decisiones⁽¹⁷⁾. De ese modo, y con herramientas de esa naturaleza, se puede “neutralizar” cualquier sesgo en la tarea que, en definitiva y desde esta perspectiva, termina siendo política.

c) Si, por el contrario, se considera que lo más significativo es que la Corte Suprema opere como un poder independiente e imparcial –que aplica e interpreta normativa con cierta objetividad (y que no es necesariamente maleable o susceptible de ser interpretada en cualquier sentido)–, pues entonces lo importante será contar con mecanismos objetivos y técnicos de selección y dotar a los jueces de las mayores garantías posibles para asegurar su independencia e imparcialidad. Dentro de este esquema su rol “político” deberá ser restrictivo y limitarse a ejercer, con objetividad, un determinado control de constitucionalidad, más o menos intenso, dependiendo de la legitimidad democrática y republicana de las decisiones de los demás poderes del Estado⁽¹⁸⁾.

Acá plantearé, entonces, que hay que volver a afirmar que la Corte Suprema es, antes que nada, un tribunal de justicia. Ello, a su vez, no resulta necesariamente contradictorio con reconocerle una actuación “política”, pues el sentido de esa actuación debe estar anclado indefectiblemente en su primordial rol de tribunal que está destinado a aplicar el derecho e interpretar la Constitución. Dicho de otro modo, su función política estará dada porque puede ejercer un rol de revisión respecto de la actuación de los demás poderes, pero desde la perspectiva de un tribunal jurisdiccional que realiza dicho control desde la normativa constitucional vigente y manteniéndose en la esfera competencial asignada por los propios dispositivos normativos. El deslizamiento hacia las otras visiones muchas veces se produce por el segundo problema marcado, esto es, la falta de distinción entre los planos descriptivos y prescriptivos.

V. La descripción frente a la prescripción

De la descripción que reconoce que en nuestro sistema el Poder Judicial (y la Corte en particular) ejerce un rol político se puede derivar, inadecuadamente, la justificación de ciertas conductas que no serían compatibles

con los principios que informan su actuación. En otras palabras, decir que la Corte es “política” sin hacer las precisiones pertinentes podría tener el potencial de justificar, por ser ellas “políticas”, acciones inconsistentes con una justicia imparcial e independiente y que, asimismo, debe respetar la estricta división de poderes.

La falta de distinción de planos es una falacia argumental que ha sido advertida en diversas disciplinas, por ejemplo, en el campo de la epistemología se ha contrapuesto la epistemología descriptiva con la normativa –en esta línea, se ubican Sellars⁽¹⁹⁾, Goldman⁽²⁰⁾–, y, en teoría social, ha referido a esta falacia de manera especial Karl Popper, quien ha destacado que la descripción sociológica no tiene potencial normativo o legitimante⁽²¹⁾.

Entonces, en este contexto, uno podría tener la equivocada idea de que la afirmación de que la Corte es política implica habilitarla a que se inmiscuya en políticas públicas, decida asumiendo funciones que, en principio, les corresponden a los demás poderes⁽²²⁾, especule políticamente y se “oponga” o “favorezca” a cierto gobierno por coincidencias ideológicas de sus miembros⁽²³⁾.

En consecuencia, y más allá de los comportamientos fácticos que las cortes pueden desplegar, el análisis prescriptivo debe partir desde lo estrictamente normativo. En ese punto no puede más que concluirse que la Corte Suprema de Justicia de la Nación es, aunque algo más que eso, principalmente un tribunal de justicia que debe aplicar el derecho vigente y saber mantenerse en la órbita de sus competencias⁽²⁴⁾. Esto viene definido por su diseño institucional y normativo al que me he referido y que sitúa a la Corte en dicho marco predeterminado.

VI. Algunas consecuencias positivas de esta posición

Este enfoque, creo, permite contar con un mejor marco teórico para analizar las disputas que se generan con relación a la actuación de la Corte, tanto desde el punto de vista de su comprensión como desde su evaluación.

Por dar un ejemplo, si se toma el supuesto de las llamadas “cortes hostiles”, el esquema propuesto permite definir con qué estándares deben analizarse las medidas que impulsan los gobiernos descontentos con ellas. En efecto, el enfoque acá delimitado habilita a evaluar de un modo más adecuado ciertas conocidas recetas que suelen implementar los gobiernos frente a Cortes que consideran hostiles.

Desde esta perspectiva puede concluirse que, cuando la Corte reacciona frente a violaciones de derechos y ejerce un robusto control de constitucionalidad, no sería acertado recurrir a mecanismos políticos para “neutralizarla”; pues su “hostilidad” está justificada y hasta demandada por un correcto entendimiento de sus deberes constitucionales y, por ende, de su rol institucional-constitucional.

Si, en cambio, la Corte no cumple con sus obligaciones constitucionales y, por ejemplo, no garantiza los derechos frente a los poderes del Estado que los violentan o, en otro contexto, invade esferas reservadas a los otros órganos sin que existan conductas inconstitucionales, pues, entonces, sus integrantes podrán ser pasibles de procesos de remoción o de acciones tendientes a redefinir su diseño para adecuar su funcionamiento.

Por último, si “política” no significa ello, sino simplemente que la Corte se posiciona ideológicamente como un jugador político más, esto es, en el marco de la política

(15) Afirma Larry Kramer: “Todo lo que importa es si la gente está o no de acuerdo con los resultados de la Corte. Las decisiones sobrevivirán mientras los resultados agraden o, por lo menos, mientras no resulten lo suficientemente perturbadores como para dejar de presumir las buenas intenciones de la Corte (lo que los científicos sociales denominan ‘un apoyo difuso’).” Kramer, Larry, *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, trad. Paola Bergallo, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 282 y 283. En la misma línea se ubican Post y Siegel: “[...] las opiniones constitucionales basadas en la razón jurídica profesional pueden adquirir legitimidad democrática sólo si la razón profesional está arraigada en valores e ideales populares”. Post, Robert y Siegel, Reva, *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013, p. 51.

(16) Que se llevó adelante por la ley 24.937 y que fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Rizzo” (CSJN, Fallos: 336:760).

(17) Al respecto puede verse el trabajo de Dalmata, Gabriela, “¿Más democracia ante la judicialización de los conflictos? Reformas democratizadoras de la justicia en Argentina (2003-2019)”, *Temas y Debates*, 2024, [47], pp. 181-196. Recuperado de: <https://temasydebates.unr.edu.ar/index.php/tyd/article/view/672> (fecha de consulta: 19/8/2025).

(18) Ese fue, precisamente, el espíritu de la inclusión, en 1994, del Consejo de la Magistratura en el proceso de selección de los jueces. Como acertadamente explica Ambroggio, además de la intención de fortalecer la dimensión de la idoneidad, la inclusión del Consejo de la Magistratura dentro del sistema de selección de jueces buscó dotar al Poder Judicial de mayores grados de independencia. “Pues si el concurso público asegura, a priori, un determinado nivel de idoneidad técnica y humana, la imposición de una terna vinculante al Poder Ejecutivo por parte del Consejo de la Magistratura limita la discrecionalidad presidencial y, con ello, asegura en mejor medida el principio de independencia judicial”. Ambroggio, Adrián F., “El Consejo de la Magistratura a 30 años de la reforma constitucional de 1994”, *Revista Omnia*, 7(2), 2024, 117-138, p. 119.

(19) Sellars, Wilfrid, “Empiricism and the Philosophy of Mind”, *Minnesota Studies in the Philosophy of Science*, vol. 1, 1956, pp. 253-329.

(20) Goldman, Alvin, *Epistemology and Cognition*. Cambridge, MA, Harvard University Press, 1986.

(21) Véase Karl, Popper, *The Poverty of Historicism*, 2nd ed., Routledge & Kegan Paul, London, 1972.

(22) Véase, al respecto: Lau Alberdi, Jerónimo, “La judicialización de la política”, *Revista Jurídica Austral*, 5(1), 2024, pp. 211-254. DOI: <https://doi.org/10.26422/RJA.2024.0501.alb>.

(23) Como para dar un ejemplo de este modo de mirar la cuestión, el constitucionalismo popular ha visto en el Poder Judicial un poder contramayoritario y conservador, en resguardo de las élites económicas, obstaculizando las legítimas aspiraciones populares.

(24) Oyhanarte afirmaba: “O hay armonía entre la Corte Suprema y los poderes políticos, en cuyo caso todo va bien, o hay conflicto; y si hay conflicto, la Corte comienza actuando como una superlegislatura y atribuyéndose facultades equivalentes al veto, y termina siendo derrotada, con deterioro de su prestigio y de su independencia. Porque el ‘poder’ más débil y la dura ley de la realidad política decide que los poderes más débiles siempre pierdan. En tanto y en cuanto favorece la eficiencia del sistema y ahorra choques dañosos, pue la armonía es deseable”. Oyhanarte, Julio, “Historia del Poder Judicial”, *Todo es historia*, Buenos Aires, 1972, p. 90.

agonal, pues entonces está habilitada la lucha descarnada y eventualmente el triunfo del poder más fuerte⁽²⁵⁾. En esa línea todas estas conocidas recetas serían admisibles:

a) La remoción de algunos o todos los integrantes mediante el juicio político a cargo del Congreso: esto es lo que sucedió en nuestro país en 1947, tras la instalación del justicialismo en el poder.

b) La búsqueda de ampliar el número de los miembros de la Corte Suprema por una ley del Congreso para, a través de los nuevos integrantes, asegurar un cambio de actitud en el tribunal: esto fue lo que instaló Roosevelt en 1937 durante su presidencia, pero su propuesta fue rechazada por el Congreso norteamericano.

c) La reducción, mediante una ley del Congreso, de la competencia de la Corte Suprema, para no permitirle que intervenga en determinados temas que son conflictivos. Por ejemplo, una norma dictada por el Congreso de Estados Unidos impedía a la Corte de aquel país intervenir en los *habeas corpus* interpuestos en relación con aquella legislación. El tribunal estadounidense admitió la constitucionalidad de este dispositivo⁽²⁶⁾.

VII. Conclusiones

En definitiva, la tesis que acá planteo es que el posicionamiento de la Corte no debiera ser discrecional, ideológico o arbitrario, sino que debería estar motivado en factores objetivos que tienen que ver con el sentido normativo determinado por la Constitución. La Corte es un tribunal de justicia y de garantías constitucionales. Con ello, por consiguiente, se delimita el sentido de lo “político” de su rol.

(25) Claro que acá sería necesario un análisis más profundo sobre el sentido de “política” y las reglas propias que enmarcan el ejercicio del poder. No obstante, esta simplificación sirve para demostrar el principal argumento que aquí propongo.

(26) Santiago, Alfonso, “Los modelos institucionales de Corte Suprema”, en *Función ...*, pp. 50 a 55.

De eso se sigue que, si el poder político, dentro del pluralismo propio de nuestro sistema democrático, se comporta de modo respetuoso de los mandatos legales y constitucionales pues, en consecuencia, el rol de la Corte debe ser moderado y permisivo. Si, por el contrario, el poder político se concentra indebidamente, no respeta la división de poderes y dicta disposiciones que vulneran derechos constitucionales, pues, entonces, el rol de la Corte deberá ser activo u “hostil” con relación al gobierno. En síntesis: un tribunal deferente respecto de los gobiernos que actúan en el marco de sus competencias constitucionales pero hostil respecto de los que no lo hacen.

Si esto es así, cualquier intento de remoción, de recurrir a mecanismos como el “*court-packing*”, etc., será inconstitucional, por afectar el principio estructural de independencia judicial y por significar un avance indebido de los poderes estatales que pretenden desatarse⁽²⁷⁾ de todo control jurisdiccional y, en última instancia, de los propios límites constitucionales.

Por último, ello supone que la Corte Suprema, como última intérprete que es, asiente su autoridad en la Constitución que, lejos de ser dúctil y maleable –de acuerdo con los intereses y los sesgos involucrados–, constituye una norma objetiva sobre la que se funda el sistema institucional y se articulan los mecanismos de pesos y contrapesos entre los poderes.

VOCES: CÁMARAS DE APELACIONES - PODER JUDICIAL - JURISPRUDENCIA - SENTENCIA - INTERPRETACIÓN DE LA LEY - LEY - CONSTITUCIÓN NACIONAL - FILOSOFÍA DEL DERECHO - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - RECURSO DE INAPLICABILIDAD DE LEY - DERECHO PROCESAL - CÓDIGO PROCESAL PENAL - PROCESO JUDICIAL - RECURSOS PROCESALES - PROCESO PENAL

(27) Elster, Jon, *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, Barcelona, Gedisa, 2002.

La declaración de emergencia en la Ley 27.742

En homenaje a Néstor P. Sagüés

por JUAN SANTIAGO YLARRI^(*)

Sumario: I. PALABRAS PRELIMINARES. – II. INTRODUCCIÓN. – III. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA ANTES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994. – IV. LOS REQUISITOS PARA LA VALIDEZ DE LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA EN EL ART. 76 DE LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY 27.742. A. MATERIAS QUE PUEDEN SER DELEGADAS. a.1. Las materias deben ser “determinadas”. a.2. Materias de administración. a.3. Emergencia pública. a.4. Materias vedadas. a.5. Las materias de la ley de bases. B. LAS BASES DE LA DELEGACIÓN. C. EL PLAZO DE LA DELEGACIÓN. – V. CONTROL POLÍTICO Y JUDICIAL DE LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA. A. CONTROL POLÍTICO. B. EL CONTROL JUDICIAL DE LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA. b.1. El leading case “Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”. b.2. Test diferenciado de constitucionalidad. – VI. CONCLUSIONES.

I. Palabras preliminares

“Gracias, perdón y ayuda”. A estas tres palabras se refirió Néstor Sagüés el 22 de noviembre de 2023 en las Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional Latinoamericano “La Constitución bajo tensión”, que se realizaron en su homenaje, y en la que se le entregó el diploma de Profesor Emérito de la Universidad Austral. Agradeció “a Dios por todo lo que me ha dado, y a mi familia, especialmente a mi esposa [...] Perdón si alguna vez dañe a alguien [...] Ayuda: Les pido una oración por mi bienestar espiritual, el bien más preciado”⁽¹⁾. Palabras que sonaban a despedida.

Siempre recordaré con muchísimo cariño al Prof. Néstor Pedro Sagüés. Fue una persona excepcional –y a través

de su ejemplo y sus escritos, seguirá siendo– un verdadero maestro. En el año 2013, con muchísima generosidad aceptó ser mi director de tesis. Aceptó ser el director de un joven de 28 años que solo conocía por alguna referencia. Durante los años siguientes, a pesar de que viajaba mucho y vivía en otra ciudad, siempre estuvo disponible para resolver mis dudas y enseñarme. A través de un correo, al cruzarnos en un congreso o al recibirme en su casa en Belgrano. Cada encuentro con él fue un gran aprendizaje. Muchas gracias por todo, querido doctor Sagüés.

II. Introducción

Quería aprovechar este homenaje para referirme a la declaración de emergencia en la Ley 27.742, “Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos”⁽²⁾.

La emergencia es una cuestión que fue abordada por Sagüés en numerosas oportunidades. Así, hizo un tratamiento sistemático y brillante en un trabajo titulado “Derecho constitucional y derecho de la emergencia”, publicado en 1990⁽³⁾, y que fue reproducido más de un cuarto de siglo después en su obra *La Constitución bajo tensión*⁽⁴⁾.

En ocasión de prologar mi libro *La emergencia económica. El control de constitucionalidad de la situación de emergencia económica y su declaración normativa*, que fuera mi tesis doctoral, sobre la naturaleza de la emergencia señalaba que “[e]n verdad, la emergencia económica es un capítulo más del antipático estado de necesidad, un personaje prepotente y rudo que aparece cuando él quiere, por cierto que sin pedir permiso, y se queda hasta que decida marcharse. Desde Roma, ese estado de necesidad mostraba ambigua y maquiavélicamente, como Jano, dos caras. Por un lado, decía estar exento de ley: ‘necessitas non habet legem’. Por otro, que generaba ‘su’ ley: ‘necessitas ius constituit’”⁽⁵⁾.

A su vez, en aquella ocasión se refirió a la relación entre el derecho de emergencia y la Constitución. Indicó que “[l]a cohabitación entre la necesidad-emergencia y su correlativo derecho de necesidad-emergencia (el originado para asumirla y resolverla) con el derecho constitucional nunca ha sido pacífica. Los constitucionalistas han intentado domesticar la necesidad, subordinándola a la Constitución. A su turno, el derecho de necesidad y de emergencia no es, precisamente, sumiso, y de vez en cuando alega, incluso, rango supraconstitucional. Una tentativa de armonización, ensayada en el escenario estadounidense, propone la ‘doble lectura’ de la Constitución: una cosa es interpretar la ley suprema para períodos de normalidad, y otra para momentos de emergencia. Algún espectador perspicaz, sin embargo, se preguntará: ¿estamos en realidad hablando de dos lecturas, o de dos constituciones? La incógnita sigue abierta”⁽⁶⁾.

Finalmente, con su pluma característica señalaba que la emergencia es una cuestión recurrente en nuestro país. En efecto, indicó que la emergencia es “un tema que, como el ave fénix, parece morir en cierto momento pero que pronto, o más tarde, renace de sus propias cenizas y reaparece fulgurante en el horizonte jurídico, con nuevos bríos e ingeniosos vuelos rasantes”⁽⁷⁾.

Ahora bien, en relación con el tema que voy a abordar, existen distintos tipos de normas jurídicas que se han utilizado y pueden ser utilizadas para combatir una emergencia. Es el Congreso la rama de gobierno a la cual, en principio, le corresponde declarar la situación de emergencia. También, aquel órgano se encuentra facultado pa-

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *El nuevo Código del Proceso Administrativo en Italia*, por SIMONE RODOLFO MASERA, EDA, 2013-566; *El constructor del moderno derecho administrativo español e iberoamericano*, por JUAN CARLOS CASSAGNE, EDA, 2013-740; *El derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso contencioso administrativo. Análisis de las problemáticas que plantea la aplicación de astreintes al Estado y a los funcionarios públicos en la etapa de ejecución de sentencias*, por FELIPE MIGUEL GONZÁLEZ BARIATAY, EDA, 2014-623; *Cómo controlar a la Administración sin sustituirla en el marco de la ejecución de políticas públicas*, por DOMINGO J. SESIN, EDA, 2015-589; *Responsabilidad por omisión en la ley 26.944. El requisito del incumplimiento de un deber estatal normativo expreso y determinado. Una lectura desde el fallo de la CS “C. de P.”*, por FABIÁN O. CANDA, EDA, 2015-458; *El juez contencioso administrativo y el principio de juridicidad (legalidad administrativa). Los intereses a proteger*, por JULIO R. COMADIRA, EDA, 2015-659; *Algunas breves reflexiones en torno a la discrecionalidad administrativa y su control judicial*, por GUSTAVO E. SILVA TAMAYO, EDA, 2016-518; *Confianza legítima y discrecionalidad de la Administración*, por CARLOS E. GUARIGLIA, Revista de Derecho Administrativo, 2017-635; *El control judicial de la actividad administrativa: extensión y límites*, por CARMEN CHINCHILLA MARÍN, EDA, 2018-313; *Decreto 1070/18: un paso más hacia un derecho administrativo eficaz y eficiente*, por IGNACIO GONZÁLEZ ZAMBÓN, ED, 285-590; *Aportes sobre la causa contencioso administrativa en el orden federal, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, por PAMELA MAFFÍA, Revista de Derecho Administrativo, marzo 2020, N° 3; *El procedimiento administrativo y el acceso a la justicia: la regla del agotamiento de la vía administrativa*, por JUAN CARLOS CASSAGNE, Revista de Derecho Administrativo, Abril 2021 - Número 4; *Acto y procedimiento administrativo. Las vías administrativas previas. El proceso administrativo bonaerense. Agotamiento de la vía y la regla de la demandabilidad directa*, por OSVALDO HÉCTOR BEZZI, Revista de Derecho Administrativo, Febrero 2023 - Número 1/2; *La confianza legítima en la reforma a la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Apuntes introductorios a su estudio*, por PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO, Revista de Derecho Administrativo, Julio 2024 - Número 7. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Doctor en Derecho Constitucional (Universidad de Buenos Aires, UBA). Equivalencia de título de Doctor (Universidad Autónoma de Madrid). Máster en Derecho Constitucional (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España). Especialista en Derecho Administrativo Económico (Pontificia Universidad Católica Argentina). Abogado (UBA). Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES). Profesor de Derecho Constitucional (UBA y UCES). Profesor de posgrado en diversas universidades públicas y privadas. Es investigador y ha publicado dos libros y más de 70 artículos y capítulos de libros en Argentina y en el exterior. Subdirector Nacional de Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación.

(1) El video está disponible en: Facultad de Derecho Universidad Austral, “Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional Latinoamericano, Día 1”, https://www.youtube.com/watch?v=uQUkc_ITaTg (fecha de consulta 12/10/2024).

(2) BO 8/7/2024.

(3) Sagüés, Néstor P., “Derecho constitucional y derecho de la emergencia”, LL, t. 1990-D, p. 1036.

(4) Sagüés, Néstor P., *La Constitución bajo tensión*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016, pp. 57 a 96.

(5) Sagüés, Néstor P., “Prólogo”, en Ylarri, Juan Santiago, *La emergencia económica. El control de constitucionalidad de la situación de emergencia económica y su declaración normativa*, Ciudad de Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2019, pp. 11-12.

(6) Sagüés, Néstor P., “Prólogo”, p. 12.

(7) Sagüés, Néstor P., “Prólogo”, p. 14.

ra delegar en el Poder Ejecutivo las atribuciones necesarias en orden a poner fin a la emergencia económica, de conformidad con el art. 76 de la norma fundamental. Por su parte, cuando se configuren los supuestos de necesidad y urgencia, el Poder Ejecutivo podría hacer uso de la facultad prevista en el art. 99, inc. 3, de la Constitución nacional y dictar un decreto de necesidad y urgencia.

El Decreto 70/23 declaró “la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, sanitaria y social hasta el 31 de diciembre de 2025”.

Por su parte, lo que será objeto de estudio en este trabajo, la Ley 27.742 en su Título I, “Declaración de emergencia”, art. 1º, estableció lo siguiente: “Declárase la emergencia pública en materia administrativa, económica, financiera y energética por el plazo de un (1) año.

Deléganse en el Poder Ejecutivo nacional las facultades dispuestas por la presente ley, vinculadas a materias determinadas de administración y de emergencia, en los términos del artículo 76 de la Constitución nacional, con arreglo a las bases aquí establecidas y por el plazo dispuesto en el párrafo precedente.

El Poder Ejecutivo nacional informará mensualmente y en forma detallada al Honorable Congreso de la Nación acerca del ejercicio de las facultades delegadas y los resultados obtenidos.”

Néstor Sagüés desde hace mucho tiempo se dedicó al análisis del ejercicio de las facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo, tanto a través del dictado de decretos delegados⁽⁸⁾ como de necesidad y urgencia⁽⁹⁾. También ha estudiado las consecuencias de la oposición entre una delegación legislativa y un decreto de necesidad y urgencia⁽¹⁰⁾, y la influencia de los tratados de derechos humanos en esta materia⁽¹¹⁾.

En este contexto, en este trabajo me propongo analizar la declaración de emergencia en la Ley 27.742 a la luz de las pautas que establece la Constitución nacional sobre el tema, así como lo establecido por la doctrina y la jurisprudencia.

Con ese objetivo en miras, en primer lugar, me referiré a los alcances de la delegación legislativa con carácter previo a la reforma constitucional de 1994. Seguidamente, analizaré la ley delegante 27.742 a la luz de las pautas previstas en el art. 76 de la Constitución. En particular, las materias sobre las que versa la delegación, las bases y el plazo. Finalmente, me referiré a los alcances del control político y jurisdiccional sobre los decretos que se dicten como consecuencia de la delegación efectuada por la Ley 27.742.

III. Antecedentes y fundamentos de la delegación legislativa antes de la reforma constitucional de 1994

La Constitución no preveía, hasta la reforma constitucional de 1994, los reglamentos delegados en forma expresa. No obstante, Bianchi señala que no por ello carecían de fundamento normativo suficiente. De este modo, el autor, al igual que García Pelayo⁽¹²⁾, encontraba el fundamento de los reglamentos delegados en la doctrina de los poderes implícitos. Así, entendía que la facultad del Congreso para delegar sus funciones procedía de los poderes implícitos que le acordaba el entonces art. 67, inc. 28 de la Constitución (actual art. 75, inc. 32), que dispone que le correspondía al Congreso “[h]acer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros

concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina”⁽¹³⁾.

En sentido contrario, también en un trabajo previo a 1994, Sagüés discrepaba de aquella postura, y consideraba inaceptable la idea de “constitucionalizar” las delegaciones *congresionales* al entenderlas incluidas en el entonces art. 67, inc. 28, ya que esa norma “confiere una tarea al Congreso, y no al Poder Ejecutivo u otros entes; y de reputarse lo contrario, el artículo en cuestión significaría alterar toda la arquitectura constitucional de división de poderes”⁽¹⁴⁾.

De esta manera, si bien la delegación legislativa tuvo recepción constitucional de modo expreso en la reforma constitucional de 1994, con carácter previo se puede hablar —como bien señala Gelli— de un modelo de “leyes delegantes y decretos de ejecución-delegados”. En la Constitución histórica solo el Congreso tenía la atribución de reglamentar los derechos constitucionales de conformidad con las disposiciones del art. 14 y el entonces art. 67, inc. 16, de la Constitución nacional (actual art. 75, inc. 18). Sin perjuicio de ello, y en función de lo establecido por el antiguo art. 86, inc. 2, de la Constitución (actual art. 99, inc. 2), cabe destacar que el Poder Ejecutivo “expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias”.

Este tipo de reglamentos se designan con el nombre de reglamentos de ejecución o decretos reglamentarios de leyes, y eran dictados siempre que lo requería la aplicación de las leyes, dependiendo ello de la mayor o menor precisión y exactitud con que el Congreso las sancionara, debiendo respetarse el principio de legalidad establecido de modo general en el art. 19 de la Constitución nacional, o de modo más específico en materia de legalidad tributaria previsto en el art. 17 o el principio de legalidad en materia penal previsto en el art. 18. Sin embargo, “los lindes entre la sujeción al principio de legalidad o su violación —por parte del poder legislativo al delegar lo indelegable, o por parte del presidente al ejercer competencias no atribuidas— no siempre son nítidas”⁽¹⁵⁾.

En lo que respecta a los fundamentos para admitir la delegación, se han distinguido diversas posturas⁽¹⁶⁾. Una de ellas es que la delegación se puede fundar en la necesidad. Por ejemplo, en el precedente “Prattico” (1960) se admitió una delegación ante una situación de emergencia “como medio de hacer pronta y eficaz la acción del Estado para el logro de los fines legales perseguidos”⁽¹⁷⁾. Otros consideran que la delegación se funda en la eficacia. Al respecto, en el precedente “Laboratorios Anodia” (1968), se expresó que ejecutar una política legislativa determinada “implica también el poder de dictar normas adaptadas a las cambiantes circunstancias, sobre todo en una materia que por hallarse tan sujeta a variaciones como la de que se trata, se estimó conveniente dejarla librada al prudente arbitrio del Poder Ejecutivo en vez de someterla a las dilaciones propias del trámite parlamentario”⁽¹⁸⁾. Una tercera postura es que la delegación legislativa se funda en la conveniencia y oportunidad.

Sentado ello, cabe destacar el primer *leading case* sobre la materia, el precedente “Delfino” de 1927. En el caso se precisó que existe “una distinción fundamental entre la delegación de poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al poder ejecutivo o a un cuerpo administrativo, a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquella. Lo primero no puede hacerse, lo segundo es admitido aun en aquellos países en que, como los Estados Unidos de América, el poder reglamentario del poder ejecutivo se halla fuera de la letra de la constitución”⁽¹⁹⁾. De este modo, la Corte Suprema

(8) Sagüés, Néstor P., “Legislación del Poder Ejecutivo detraída del Poder Legislativo. (A propósito de los decretos ‘delegados’ y de ‘necesidad y urgencia’)”, *Revista de Derecho Bancario y de la Actividad Financiera*, Nos. 1-2, ene.-abr. 1991, pp. 97-140.

(9) Sagüés, Néstor P., “Los decretos de necesidad y urgencia: derecho comparado y derecho argentino”, *LL*, t. 1985-E, p. 798; y “Decretos de necesidad y urgencia: estado actual del problema. (A propósito del decreto 2284/91 de desregulación económica, y su complementario 2424/91)”, *LL*, t. 1992-B, p. 916.

(10) Sagüés, Néstor P., “Oposición entre un decreto de necesidad y urgencia y una ley de delegación legislativa”, *JA*, t. 2003-II, p. 1313.

(11) Sagüés, Néstor P., “Conexiones entre la declaración del estado de emergencia económica en el derecho constitucional argentino y en el pacto de San José de Costa Rica. Su control judicial”, *LL*, t. 2004-A, p. 1318; y “La declaración del estado de emergencia económica por el derecho nacional y el transnacional”, *Revista Iberoamericana de Derecho Constitucional*, vol. 2003-1, Buenos Aires, Ad-Hoc, pp. 113-117.

(12) García Pelayo, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza, Madrid, 1999, p. 391.

(13) Bianchi, Alberto, B., *La delegación legislativa. Teoría de los reglamentos delegados en la Administración Pública*, Buenos Aires, Abaco, 1990, pp. 51-52.

(14) Sagüés, Néstor P., “Legislación del Poder Ejecutivo...”, pp. 112-113.

(15) Gelli, María Angélica, “La doctrina de la emergencia económica y el control de razonabilidad en el sistema constitucional argentino”, en Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Emergencia pública y reforma al régimen monetario*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 36-37.

(16) Véase, Sagüés, Néstor P., “Legislación del Poder Ejecutivo...”, pp. 117-118.

(17) CSJN, “Prattico, Carmelo y otros c/ Basso y Cía.”, sentencia del 20/5/1960, Fallos 246:345.

(18) CSJN, “Laboratorios Anodia”, sentencia del 13/2/1968, Fallos: 270:42.

(19) CSJN, “Delfino y Cía.”, sentencia del 20/6/1927, Fallos: 148:430.

distinguió entre lo que se denominó la delegación propia e impropia.

Poco tiempo después, la Corte Suprema señaló que “los decretos reglamentarios del poder administrador pueden apartarse de la estructura literal de la ley, siempre que se ajusten al espíritu de la misma; el texto legal es susceptible de ser modificado en sus modalidades de expresión, siempre que ello no afecte su acepción sustantiva”. En consecuencia, estableció que las instrucciones y reglamentos que se expidan para la mejor ejecución de las leyes no vulneran el principio instituido en el inc. 2º del art. 86 de la Constitución cuando esa reglamentación se dicte “cuidando” de que se mantengan inalterables los fines y el sentido o concepto con que dichas leyes han sido sancionadas⁽²⁰⁾.

Más adelante en el tiempo, en el ya mencionado caso “Prattico”⁽²¹⁾, cuando se discutía la validez de un decreto por el cual se había establecido un aumento mínimo de emergencia, el máximo tribunal entendió que no se daba una inválida delegación de facultades legislativas en el Poder Ejecutivo, en tanto la política legislativa había sido claramente establecida. En efecto, afirmó la Corte Suprema que “tratándose de materias que presentan contornos o aspectos tan peculiares, distintos y variables que al legislador no le sea posible prever anticipadamente la manifestación concreta que tendrán en los hechos, no puede juzgarse inválido, en principio, el reconocimiento legal de atribuciones que queden libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida”.

A su vez, en el caso “Potosí” (1973), la Corte Suprema sostuvo que en su jurisprudencia se había admitido la delegación de facultades legislativas más allá de la potestad reglamentaria del entonces art. 86, inc. 2 de la Constitución nacional. Con relación a un decreto que se impugnaba en el caso, manifestó que “es jurisprudencia conocida de esta Corte la que admite tal delegación de las facultades del Congreso, para que las ejerza más allá de las ordinarias de reglamentación que le otorga el art. 86, inc. 2º, de la Ley Fundamental, aunque dentro de los límites previstos en su art. 28”⁽²²⁾. En el mismo sentido, la Corte Suprema en el precedente “D’Anna” (1988) distinguió los decretos reglamentarios de los decretos delegados, admitiendo con claridad cuando hay propiamente delegación y no reglamentación⁽²³⁾.

Con posterioridad, en 1993, la Corte Suprema efectuó la distinción entre delegación propia e impropia en el precedente “Cocchia”⁽²⁴⁾. Entonces, sostuvo que en nuestro sistema no podría considerarse la existencia de reglamentos delegados o de delegación legislativa, en sentido estricto, entendiendo por tal al acto del órgano legislativo por el cual se transfiere, aun con distintos condicionamientos, en beneficio del ejecutivo, determinada competencia atribuida por la Constitución al primero de tales órganos constitucionales. “Distinto es el supuesto de lo que es posible denominar ‘delegación impropia’ –por oposición a la antes indicada delegación en sentido estricto, donde existe una verdadera transferencia de competencia o dejación de competencia– la que ocurre cuando el legislador encomienda al Ejecutivo la determinación de aspectos relativos a la aplicación concreta de la ley, según el juicio de oportunidad temporal o de conveniencia de contenido que realizará el poder administrador”. En el caso, consideró que era válido un decreto que modificaba un convenio colectivo de una actividad portuaria, en tanto respetaba el “bloque de legalidad”⁽²⁵⁾.

En este contexto jurisprudencial, se ha afirmado que la delegación impropia, con un alcance más o menos amplio, recorrió en nuestro país dos caminos: el ordinario o el extraordinario de emergencia. “El tiempo mostró como la administración ejercía cada vez más amplio las facultades delegadas y como el poder ejecutivo las encontraba incluso allí donde no las otorgaba la ley, ya sea que la

norma del Congreso dejara las determinaciones al Poder Ejecutivo por causas de administración eficaz y oportuna o para responder, rápidamente, a las convulsiones económicas y sociales que planteaba la emergencia”⁽²⁶⁾.

En esta línea, Sagüés ha puntualizado que en la Argentina existía una sólida corriente jurisprudencial de la Corte Suprema que “merced a juegos de palabras y disfraces normativos, consienten verdaderas delegaciones de competencias congresionales al presidente, encubiertas bajo el manto del ejercicio de las potestades reglamentarias del art. 86, inc. 2 de la CN. La jurisprudencia de marras niega casi siempre que exista delegación, pero ella queda de todos modos consumada y aprobada”⁽²⁷⁾. En este sentido, el autor citado ha precisado que, con carácter previo a la reforma constitucional de 1994, el derecho constitucional consuetudinario había autorizado la delegación de competencias legislativas en el presidente. En este sentido, refiere que la jurisprudencia de la Corte Suprema “ha aceptado esa delegación, denominándola, las más de las veces ‘ejercicio de las potestades reglamentarias del Poder Ejecutivo’, bajo el disfraz del art. 86, inc. 2, de la CN”. De este modo, indicó que hasta la reforma de 1994 parecía que del derecho constitucional consuetudinario emergía una especie de art. 67 *bis* de la Constitución con el siguiente contenido normativo: “El Congreso podrá delegar por ley determinadas competencias suyas en el Poder Ejecutivo u otros órganos. La ley de habilitación deberá enunciar la política legislativa”⁽²⁸⁾.

IV. Los requisitos para la validez de la delegación legislativa en el art. 76 de la Constitución y la Ley 27.742

En la reforma constitucional de 1994 se incorporó el art. 76 que estableció los requisitos de validez de la delegación legislativa. El art. 76 de la Constitución dispone en su primer párrafo que “[s]e prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca”⁽²⁹⁾.

Se ha señalado que el constituyente de 1994 no pretendió confirmar el esquema de delegación legislativa anteriormente vigente, sino crear uno nuevo y distinto, por lo que su intención central fue separar definitivamente los conceptos de delegación y reglamentación legislativa, quebrando así la anterior asimilación sobre la que se basaba el régimen jurisprudencial anteriormente vigente⁽³⁰⁾.

a. Materias que pueden ser delegadas

De este modo, la Constitución admite la delegación “en materias determinadas de administración o de emergencia pública”.

a.1. Las materias deben ser “determinadas”

Muy acertadamente la doctrina ha señalado que cuando el texto utiliza el término “determinadas” está usado en la acepción de “precisadas”, por lo que el artículo prohíbe una delegación legislativa genérica o ambigua⁽³¹⁾. Del mismo modo, se ha sostenido que la delegación debe ser concreta, específica, limitada, por lo que no puede ser abierta o indeterminada⁽³²⁾.

a.2. Materias de administración

En cuanto a las materias de administración, el Congreso ha reglamentado su alcance en la Ley 25.148⁽³³⁾.

(26) Gelli, María Angélica, “La doctrina de la emergencia económica...”, pp. 37-38.

(27) Sagüés, Néstor P., “Legislación del Poder Ejecutivo...”, p. 108.

(28) Sagüés, Néstor P., “Legislación del Poder Ejecutivo...”, pp. 114 y 126.

(29) A su vez, el segundo párrafo del mencionado artículo establece: “La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa”.

(30) Santiago (h.), Alfonso y Thury Cornejo, Valentín, *Tratado sobre la delegación legislativa*, Buenos Aires, Ábaco, 2003, p. 367.

(31) Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación argentina. Comentada y concordada*, 4º ed., Buenos Aires, La Ley, 2008, t. II, p. 269. En igual sentido, se señala que la delegación debe ser como principio en materia expresa y concreta (no indeterminada) (Castro Videla, Santiago M. y Maqueda Fourcade, Santiago, *La delegación legislativa y el Estado regulatorio. Una mirada crítica al agujero negro de la regulación*, Ciudad de Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2017, p. 91).

(32) Barra, Rodolfo C., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ábaco, 2002, t. I, pp. 492 y 495-496.

(33) BO 24/8/1999.

(20) CSJN, “Administración de Impuestos Internos c/ Chadwick, Weir y Cía. Ltda.”, sentencia del 9/4/1928, Fallos: 151:5.

(21) CSJN, “Prattico, Carmelo y otros c/ Basso y Cía.”, sentencia del 20/5/1960, Fallos 246:345.

(22) CSJN, “Potosí S.A. y otros c/ Nación”, sentencia del 17/5/1973, Fallos: 285:443, considerando 7.

(23) CSJN, “D’Anna, Carlos Alberto y otros c/ Siam Sociedad Industrial Americana Maquinarias S.A.”, sentencia del 17/3/1988, Fallos: 311:290.

(24) CSJN, “Cocchia, Jorge D. c/ Estado Nacional y otro”, sentencia del 2/12/1993, Fallos: 316:2624.

(25) Considerando 13.

De este modo, dispuso que se considerarán materias determinadas de administración, aquellas que se vinculen con las siguientes cuestiones: la creación, organización y atribuciones de entidades autárquicas institucionales y toda otra entidad que por disposición constitucional le compete al Poder Legislativo crear, organizar y fijar sus atribuciones; la fijación de las fuerzas armadas y el dictado de las normas para su organización y gobierno; la organización y atribuciones de la Jefatura de Gabinete y de los Ministerios; la creación, organización y atribuciones de un organismo fiscal federal, a cargo del control y fiscalización de la ejecución del régimen de coparticipación federal; la legislación en materia de servicios públicos, en lo que compete al Congreso de la Nación, y “toda otra materia asignada por la Constitución Nacional al Poder Legislativo, que se relacione con la administración del país”.

Por su parte, la doctrina ha delimitado este concepto en tres áreas: (i) Las materias de contenido administrativo propias del ámbito de competencia del Poder Ejecutivo, pero cuya reglamentación requiere ley formal del Congreso (por ejemplo, la ley de Ministerios, el régimen de empleo público y las otras materias enunciadas en el art. 2º de la Ley 25.148); (ii) las materias que pertenecen a lo que parte de la doctrina administrativa ha denominado “administración especial del Congreso” (por ejemplo, en materia bancaria, universitaria, de deuda externa, de tierras públicas, etcétera), y (iii) las materias en las cuales la ejecución de la decisión legislativa requiere intervención del Poder Ejecutivo o de los organismos administrativos⁽³⁴⁾.

a.3. Emergencia pública

En lo que respecta al término “emergencia pública”, se ha dicho que el mismo no exhibe claridad⁽³⁵⁾, o que no resulta claro qué debe entenderse por esta⁽³⁶⁾. Así, este vocablo ha sido visto de un modo crítico por parte de la doctrina al entender que la apelación a la emergencia pública no constituye “límite alguno en una realidad institucional como la argentina”⁽³⁷⁾. Por el contrario, otro autor ha relacionado aquel concepto con el poder de policía de emergencia, de modo que considera que no se trata de un concepto desconocido en el derecho público argentino⁽³⁸⁾.

En este contexto, cabe señalar que la noción de emergencia pública constituye un concepto jurídico indeterminado⁽³⁹⁾, y se la ha definido como una “situación fáctica excepcional que altera negativamente a la sociedad o a alguno de sus sectores, impidiendo la concreción del bien común al desestabilizarla institucional, económica o socialmente. De allí que la ‘emergencia pública’ no es una materia, sino una circunstancia imprevisible o que siendo previsible es inevitable, de tal manera que ella podrá referirse a distintas materias”⁽⁴⁰⁾. En el mismo sentido, se ha indicado que la situación de emergencia pública es un concepto jurídico indeterminado y “requiere que se produzca una gravísima situación de emergencia, que esa emergencia sea pública y general, que sea susceptible de afectar la subsistencia del Estado y que ella sea reconocida y declarada por el Congreso”⁽⁴¹⁾.

Por otro lado, se han enumerado distintos tipos de emergencias que pueden ser encuadradas dentro del vocablo “emergencia pública”: “naturales (inundaciones, terremotos, incendios, sequías, etc.), políticas (sublevaciones, saqueos, etc.), militares (guerras), económicas (hiperinflación, recesiones prolongadas, *default*, etc.), administrativas (necesidad de transformaciones profundas en la organización o actividades de la Administración Pública,

ca, situaciones de parálisis o bloqueo administrativo, etc.), sociales (huelgas prolongadas, situaciones de pobreza extrema que afecten a sectores importantes de la sociedad, tasas elevadas y continuas de desempleo), alimentarias, habitacionales, etc.”⁽⁴²⁾.

a.4. Materias vedadas

Si bien de modo expreso el art. 76 de la Constitución no establece materias vedadas, como sí lo indica el art. 99, inc. 3, respecto de los decretos de necesidad y urgencia, cabe añadir que la Corte Suprema ha señalado, por ejemplo, que los elementos esenciales del derecho tributario no tienen cabida en las materias del art. 76 de la Constitución nacional⁽⁴³⁾.

a.5. Las materias de la ley de bases

En este contexto, el primer párrafo del art. 1º de la Ley 27.742⁽⁴⁴⁾ declara la “emergencia pública” en diversas materias: administrativa, económica, financiera y energética. Seguidamente, en su segundo párrafo se dispone que se delegan en el Poder Ejecutivo las facultades dispuestas por la ley, “vinculadas a materias determinadas de administración y de emergencia”, en los términos del artículo 76 de la Constitución nacional.

De este modo, podría decirse que en la ley se encuentran entremezcladas ambas nociones. Por un lado, la de emergencia y, por el otro, las materias de administración. Como se expuso anteriormente, la emergencia pública también puede ser de tipo administrativo, como, por ejemplo, cuando hay necesidad de transformaciones profundas en la organización o actividades de la Administración Pública. Esta situación es abordada por la Ley 27.742.

b. Las bases de la delegación

Por otro lado, cabe referirse a las bases de la delegación en la ley. Como ha explicado la doctrina, para que una delegación sea válida, en la ley de delegación el Congreso le debe expresar al Presidente lo que desea que este haga, con sus alcances, sus límites, su sentido y objetivos a cumplir. Es decir, debe establecer un principio inteligible que limite la actuación del Presidente⁽⁴⁵⁾.

A través de la Ley 27.742 se han adoptado numerosas disposiciones sobre distintas materias. Así, contiene regulaciones en materia de “Reforma del Estado” (título II⁽⁴⁶⁾), en particular, sobre reorganización administrativa (capítulo I), privatizaciones (capítulo II), procedimiento administrativo (capítulo III) y empleo público (capítulo IV). Por otro lado, regula los contratos y acuerdos transaccionales (título III⁽⁴⁷⁾), en particular la fuerza mayor en los contratos vigentes y acuerdos transaccionales (capítulo I) y concesiones (capítulo II). A su vez, regula la promoción del empleo registrado (título IV) y la modernización laboral (título V⁽⁴⁸⁾). También establece diversas regulaciones en materia de energía (título VI). Finalmente, prevé un Régimen de Incentivo para Grandes Inversiones (RIGI) (título VII⁽⁴⁹⁾) y estipula medidas fiscales para un ajuste equitativo y de calidad (título VIII).

La ley enumera las bases de la delegación puntualmente en dos oportunidades. En particular, en el art. 2º cuando establece las bases de la delegación respecto de la reorganización administrativa, indica las siguientes:

“a) Mejorar el funcionamiento del Estado para lograr una gestión pública transparente, ágil, eficiente, eficaz y de calidad en la atención del bien común;

b) Reducir el sobredimensionamiento de la estructura estatal a fin de disminuir el déficit, transparentar el gasto y equilibrar las cuentas públicas, y

(34) Santiago (h.), Alfonso y Thury Cornejo, Valentín, *Tratado sobre la delegación...*, pp. 385-386.

(35) Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, Buenos Aires, 2000, t. III, p. 156.

(36) Sánchez Brígido, Rodrigo, “Control de constitucionalidad y delegación legislativa”, *Discusiones*, N° 12, 2013, p. 83.

(37) Sabsay, Daniel A. y Onaindia, José M., *La Constitución de los argentinos*, 6º ed., Buenos Aires, Errepar, 2004, p. 255.

(38) Comadira, Julio R., “Los reglamentos delegados”, en AA. VV., *Acto Administrativo y Reglamento, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral*, Buenos Aires, RAP, 2002, pp. 679-695.

(39) Santiago (h.), Alfonso y Thury Cornejo, Valentín, *Tratado sobre la delegación...*, p. 393.

(40) Salvadores de Arzuaga, Carlos I., “Formulaciones, proposiciones y anotaciones para interpretar la delegación legislativa”, *La Ley*, t. 1997-A, p. 977.

(41) Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, t. I, pp. 187-188.

(42) Santiago (h.), Alfonso y Thury Cornejo, Valentín, *Tratado sobre la delegación...*, p. 394.

(43) CSJN, “Selcro S.A. c/ Jefatura de Gabinete de Ministros”, sentencia del 21/10/2003, Fallos: 326:4251; “Camaronera Patagónica S.A. c/ Ministerio de Economía y otros s/ amparo”, sentencia del 15/4/2014, Fallos: 337:388, y “Festival de Doma y Folklore c/ Estado Nacional s/ acción meramente declarativa de derecho”, sentencia del 20/2/2018, Fallos: 341:101, disidencia de los doctores Lorenzetti y Maqueda.

(44) BO 8/7/2024.

(45) Barra, Rodolfo C., *Tratado...*, t. I, pp. 498 y ss.

(46) El título II de la Ley 27.742 fue reglamentado por el Decreto 695/24 (BO 5/8/2024).

(47) El título III de la Ley 27.742 fue reglamentado por el Decreto 713/24 (BO 12/8/2024).

(48) Los títulos IV y V de la Ley 27.742 fueron reglamentados por el Decreto 847/24 (BO 26/9/2024).

(49) El título VII de la Ley 27.742 fue reglamentado por el Decreto 749/24 (BO 23/8/2024).

c) Asegurar el efectivo control interno de la administración pública nacional con el objeto de garantizar la transparencia en la administración de las finanzas públicas”.

En el marco de esas bases, el art. 3° de la ley faculta al Poder Ejecutivo a disponer, en relación con los órganos u organismos de la administración central o descentralizada contemplados en el inciso a) del artículo 8° de la Ley 24.156 que hayan sido creados por ley o norma con rango equivalente, la modificación o eliminación de las competencias, funciones o responsabilidades dispuestas legalmente cuyo mantenimiento resulte innecesario, y la reorganización, modificación o transformación de su estructura jurídica, centralización, fusión, escisión, disolución total o parcial, o transferencia a las provincias o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, previo acuerdo que garantice la debida asignación de recursos. Al mismo tiempo, se excluyeron determinados organismos y respecto de otros se estipuló que no podría disponerse su disolución.

En similar sentido, el art. 4° faculta al Poder Ejecutivo a disponer, en relación con las empresas y sociedades contempladas en el inciso b) del artículo 8° de la Ley 24.156, además de su privatización, la modificación o transformación de su estructura jurídica; y su fusión, escisión, reorganización, reconfiguración o transferencia a las provincias o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, previo acuerdo que garantice la debida asignación de recursos⁽⁵⁰⁾.

El otro artículo que enumera las bases es el 162, que se ubica en el título VI, referido a energía, específicamente en el capítulo V sobre “Adecuación de las leyes 15.336 y 24.065”. De este modo, el Congreso facultó al Poder Ejecutivo a adecuar las mencionadas leyes y la normativa reglamentaria correspondiente conforme a diversas pautas, como, por ejemplo, “promover la apertura del comercio internacional de la energía eléctrica en condiciones de seguridad y confiabilidad, con el objeto de lograr la mayor cantidad de participantes en la industria, pudiendo el Estado formular objeciones por motivos fundados técnica o económicamente en la seguridad del suministro” [inc. a)] y “asegurar la libre comercialización y máxima competencia de la industria de la energía eléctrica, garantizando a los usuarios finales, la libre elección de proveedor” [inc. b)], entre otras.

Consecuentemente, es importante que los decretos delegados que se dicten justifiquen que constituyen una concreción de la específica política legislativa que tuvo en miras el Congreso al aprobar la cláusula delegatoria, sobre todo en caso de que se considere que las bases de la delegación son amplias o genéricas.

Por otro lado, cabe destacar que no todo el contenido de la Ley 27.742 supone una delegación legislativa. De este modo, por ejemplo, la reforma a la ley de procedimientos administrativos (si bien la última reforma a la Ley 19.549 también se dio en el marco de una ley de emergencia⁽⁵¹⁾) supone una regulación ordinaria del Congreso, por lo que el Ejecutivo ejerce su potestad reglamentaria en el marco del art. 99, inc. 2, de la Constitución.

c. El plazo de la delegación

El art. 76 de la Constitución establece que la delegación está sujeta a un plazo, aunque no prevé un plazo determinado. La doctrina ha señalado que la delegación no puede otorgarse por plazo indefinido y que debe tener un plazo cierto, que, por su naturaleza, ha de ser breve. No obstante, el Congreso podría prorrogar la delegación que estime corresponder “justificando adecuadamente –en el trámite parlamentario– la razón de la prórroga”. A su vez, la expiración del plazo provoca la caducidad automática de la delegación⁽⁵²⁾.

(50) Asimismo, el art. 5° autoriza al Poder Ejecutivo nacional a modificar, transformar, unificar, disolver o liquidar los fondos fiduciarios públicos de conformidad con determinadas reglas, y las que surjan de sus normas de creación, instrumentos constitutivos u otra disposición aplicable.

Por su parte, el art. 6° autoriza al Poder Ejecutivo a intervenir, los organismos descentralizados, empresas y sociedades mencionadas en los incisos a) y b) del artículo 8° de la Ley 24.156, con exclusión de algunos organismos. En esa línea, estipula que el interventor ejerce las competencias del órgano de administración y dirección y actuará: (i) conforme a lo ordenado en el acto de intervención dictado por el Poder Ejecutivo nacional, y (ii) bajo la supervisión y control de tutela del ministro bajo cuya jurisdicción el ente actúa.

(51) Cfr. Ley 25.344 (BO 21/11/2000).

(52) Barra, Rodolfo C., *Tratado...*, t. I, pp. 496 y ss. Por su parte, el autor indica que, aunque dependerá de las circunstancias, “sería muy difícil de justificar plazos superiores a los doce o dieciocho meses”.

Teniendo en cuenta las pautas expuestas, creo que el plazo de un año fijado por la Ley 27.742 cumple con las pautas constitucionales.

En lo que respecta al plazo para el ejercicio de la delegación, no puede decirse que las pautas emanadas del art. 76 de la Constitución hayan servido para limitar el modo en que se ha utilizado la delegación legislativa.

Cabe destacar de forma particular la sanción de la Ley 25.561⁽⁵³⁾ que, para hacer frente a la crisis de finales del año 2001, y con arreglo a lo dispuesto en el art. 76 de la Constitución, declaró la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, delegando al Poder Ejecutivo nacional numerosas facultades, por el término de dos años. Sin embargo, la mencionada norma ha sido prorrogada en nueve ocasiones, y se mantuvo vigente hasta el mes de diciembre del año 2017, sin perjuicio de que la declaración de emergencia social fue prorrogada hasta el mes de diciembre de 2019. Así las cosas, la Ley 25.561 fue prorrogada por la Ley 25.972 hasta el 31/12/2005; por la Ley 26.077⁽⁵⁴⁾ hasta el 31/12/2006; por la Ley 26.204⁽⁵⁵⁾ hasta el 31/12/2007; por la Ley 26.339⁽⁵⁶⁾ hasta el 31/12/2008; por la Ley 26.456⁽⁵⁷⁾ hasta el 31/12/2009; por la Ley 26.563⁽⁵⁸⁾ hasta el 31/12/2011; por la Ley 26.729⁽⁵⁹⁾ hasta el 31/12/2013; por la Ley 26.896⁽⁶⁰⁾ hasta el 31/12/2015, y por la Ley 27.200⁽⁶¹⁾ hasta el 31/12/2017. Finalmente, la Ley 27.345⁽⁶²⁾ prorrogó la emergencia social hasta el 31/12/2019. No solo es criticable que la norma haya permanecido en vigencia durante un plazo extremadamente extenso, sino que la doctrina ha puesto de relieve que aquellas facultades delegadas se aproximaban peligrosamente a la prohibición del art. 29 que determina que el Congreso no puede conceder al Poder Ejecutivo la suma del poder público⁽⁶³⁾.

Concluida esta ley de delegación, hacia finales del año 2019, el Congreso sancionó la Ley 27.541⁽⁶⁴⁾ que declaró la emergencia en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, y delegó numerosas facultades al Ejecutivo. Pocas semanas después, sobrevino la crisis del Covid-19 y se dictaron numerosos decretos de necesidad y urgencia para atender la emergencia sanitaria y sus consecuencias económicas y sociales. De manera particular, el Decreto 260/20, amplió “la emergencia pública en materia sanitaria establecida por Ley N° 27.541”⁽⁶⁵⁾. Sin embargo, creo que el Presidente no podría ampliar una “emergencia pública”, pues precisamente es al Congreso a quien le corresponde declarar las características de la “emergencia pública” y establecer las bases de la delegación y el plazo de la misma. Al mismo tiempo, tampoco podría el Poder Ejecutivo prorrogar la norma delegante tal como lo hizo a través de diversos decretos hasta el 31/12/2023⁽⁶⁶⁾. Es decir que se ha dado un caso en que el Presidente se ha “auto-delegado” funciones legislativas, y ha “auto-prorrogado” su vigencia, lo cual contraviene claramente la Constitución⁽⁶⁷⁾.

(53) BO 7/1/2002.

(54) BO 10/1/2006.

(55) BO 20/12/2006.

(56) BO 4/1/2008.

(57) BO 16/12/2008.

(58) BO 22/12/2009.

(59) BO 28/12/2011.

(60) BO 22/10/2013.

(61) BO 4/11/2015.

(62) BO 23/12/2016. A su vez, en la mencionada norma se creó el Consejo de la Economía Popular y el Salario Social Complementario.

(63) Bianchi, Alberto B., “La emergencia desjuridiza. La emergencia absoluta desjuridiza absolutamente (análisis de la ley 25.587)”, *Debates de Actualidad*, AADC, vol. 187, p. 23.

(64) BO 23/12/2019, ley denominada de Solidaridad Social y Reactivación Productiva.

(65) A modo de ejemplo, cabe mencionar que en los considerandos del Decreto 319/20 se indica que la norma “se dicta en el marco de la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social establecida por la Ley N° 27.541, la ampliación de la emergencia sanitaria dispuesta por el Decreto N° 260/20 y su modificatorio...”. A su vez, en los considerandos del Decreto 320/20 se sostiene que “por el Decreto N° 260 del 12 de marzo de 2020 se amplió en nuestro país la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la Ley N° 27.541, por el plazo de UN (1) año, en virtud de la pandemia declarada”.

(66) Cfr. Decretos 167/2021 (BO 11/3/2021), 687/2021 (BO 24/12/2021) y 863/2022 (BO 30/12/2022).

(67) Sobre la cuestión, me remito a lo que expuse en “El control judicial de las medidas de emergencia”, en AA. VV., *Potestades administrativas y Garantías en el Estado Constitucional contemporáneo*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Procuración del Tesoro de la Nación, 2023, pp. 645-673.

V. Control político y judicial de la delegación legislativa

Quiero, ahora, referirme brevemente al control político y judicial al que estarán sujetos los decretos que se dicten como consecuencia de la delegación.

a. Control político

El art. 100, inc. 12, de la Constitución establece que le corresponde al Jefe de Gabinete “[r]efrendar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso, los que estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente”, que la propia Constitución refiere en el art. 99, inc. 3⁽⁶⁸⁾.

El control político de los decretos delegados está regulado en la Ley 26.122. Así, en el capítulo II se establece, por un lado, que “[l]as bases a las cuales debe sujetarse el poder delegado no pueden ser objeto de reglamentación por el Poder Ejecutivo”⁽⁶⁹⁾. A su vez, estipula que “[e]l Poder Ejecutivo, dentro de los diez días de dictado un decreto de delegación legislativa lo someterá a consideración de la Comisión Bicameral Permanente”⁽⁷⁰⁾. Seguidamente, regula sobre el dictamen de la Comisión Bicameral Permanente. Así, determina que la mencionada comisión “debe expedirse acerca de la validez o invalidez del decreto y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento. El dictamen debe pronunciarse expresamente sobre la procedencia formal y la adecuación del decreto a la materia y a las bases de la delegación, y al plazo fijado para su ejercicio. Para emitir dictamen, la Comisión Bicameral Permanente puede consultar a las comisiones permanentes competentes en función de la materia”.

En lo que respecta al trámite parlamentario de los decretos delegados, hay que remitirse al capítulo IV de la ley. El capítulo regula conjuntamente el trámite de los decretos de necesidad y urgencia, de delegación legislativa y de promulgación parcial de leyes. Cabe precisar que el art. 24 estipula que “[e]l rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación”⁽⁷¹⁾.

b. El control judicial de la delegación legislativa

b.1. El *leading case* “Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”

Como ya indiqué, la reforma constitucional de 1994 incorporó el art. 76, que estableció los presupuestos de admisibilidad de la delegación legislativa y sus límites. Así, teniendo en cuenta el nuevo texto constitucional, en el precedente “Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”⁽⁷²⁾, la Corte se refirió específicamente a los requisitos y alcances del control judicial sobre la delegación legislativa⁽⁷³⁾.

(68) Sobre el control político, véase Santiago (h.), Alfonso; Veramendi, Enrique y Castro Videla, Santiago, *El control del congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo*, Ciudad de Buenos Aires, La Ley, 2019.

(69) Art. 11 de la Ley 26.122.

(70) Art. 12 de la Ley 26.122.

(71) No obstante las pautas previstas el art. 99, inc. 3, referido a los decretos de necesidad y urgencia, y los parámetros de la Ley 26.122, en relación con la inmediatez del control político del Congreso, lo cierto es que el Poder Legislativo en la mayoría de las ocasiones no ejerce el control de ese modo e incluso en muchas ocasiones ni siquiera se expide. Por este motivo, recientemente Barra ha sostenido que si el Congreso no ejerce el control en el plazo de 30 días, el mismo caduca. En esta línea, señala que “el tiempo en el que debe desarrollarse el control ‘propio’ es de treinta días corridos: diez para la presentación por el Jefe de Gabinete, diez para el despacho de Comisión y ‘de inmediato’, sin duda de otros diez días, para la decisión de ambos plenarios, plazo este último que correrá en forma paralela, sin sumarse. El efecto de lo expuesto es trascendente: vencido tal plazo de treinta días el control propio caduca, es decir, ya no podrá ejercerse según el procedimiento específico del art. 99.3, CN, y de la Ley 26.122” (Barra, Rodolfo C., “Los plazos para el control de los decretos con fuerza de ley”, *El Derecho Constitucional. Revista de Doctrina y Jurisprudencia*, agosto de 2024, N° 8, pp. 3-4).

(72) CSJN, “Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/ EN - PEN - ley 25.414 - dto. 1204/01 s/ amparo”, sentencia del 4/11/2008, Fallos: 331:2406.

(73) Esta doctrina fue reiterada con posterioridad en el caso CSJN, “Provincia de Santa Fe c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, 24/11/2015, Fallos: 338:1389, considerando 21 y ss. También, estas pautas fueron aplicadas más adelante en la disidencia del ministro Rosenkrantz a la tercera cuestión debatida en la causa “Compañía Mega S.A. c/ EN -AFIP DGI resol. 93/04 94/04 (RDEX) y otros s/ Dirección General Impositiva”, sentencia del 11/7/2019, Fallos: 342:1170 [considerando 13, apartado h)].

El máximo tribunal señaló que el art. 76 de la Constitución, referido a los decretos dictados en uso de facultades delegadas (o “decretos delegados”), establece tres requisitos básicos: 1) que se limiten a “materias determinadas de administración o emergencia pública”; 2) que se dicten dentro del plazo fijado para su ejercicio y 3) que se mantengan “dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca”. El art. 100, inc. 12, añade un cuarto requisito, a saber, 4) que los decretos así dictados sean refrendados por el jefe de gabinete de ministros y sometidos al control de la Comisión Bicameral Permanente del Congreso de la Nación⁽⁷⁴⁾.

En este contexto, la Corte Suprema se refirió a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Estados Unidos sobre el modo constitucionalmente aceptable en que debe tratarse la práctica de la delegación legislativa. Sostuvo que un factor central de la validez de la actividad llevada a cabo en ejercicio de facultades delegadas es la formulación por el Congreso de un patrón o directriz inteligible y clara a la cual debe sujetarse el Presidente (“*intelligible principle*”)⁽⁷⁵⁾.

De este modo, con cita de la Suprema Corte norteamericana, precisó que “no es suficiente decir que el Congreso manifestó su voluntad de delegar una cierta atribución (*authority*)”, pues, “como regla general, debe también establecer por acto legislativo un principio inteligible al cual la persona o cuerpo autorizado tiene que conformarse. La regla del principio inteligible busca hacer cumplir la idea de que el Congreso no puede delegar el poder de hacer leyes y, por ende, puede delegar no más que el poder de decidir los programas y medidas que pongan en práctica sus leyes”⁽⁷⁶⁾.

Así las cosas, el máximo tribunal de nuestro país indicó que la exigencia del derecho constitucional norteamericano de que las leyes delegatorias contengan un principio claro e inteligible al cual debe ajustarse la autoridad delegada tiene su correlato en dos conceptos contenidos en el art. 76 de la Constitución nacional: el carácter determinado de las materias de administración y la exigencia de que la actividad delegada se mueva “dentro de las bases que el Congreso establezca”. En este contexto, la Corte Suprema sostuvo que el riesgo que enfrentan las constituciones al admitir la delegación legislativa “es que esta se lleve a cabo de manera extremadamente amplia e imprecisa. Los caminos que se abren a los tribunales que deben resolver impugnaciones fundadas en el uso excesivo de facultades delegadas de manera indeterminada son en general dos: o bien anular la ley delegatoria por no fijar un lineamiento inteligible, o bien interpretar muy restrictivamente la eficacia de la delegación y, por lo tanto, limitar las posibilidades de que el acto en cuestión pueda encontrar apoyo en la delegación excesivamente vaga”⁽⁷⁷⁾.

Por lo tanto, estableció que de lo expuesto se desprendería que: “1º) la delegación sin bases está prohibida y 2º) cuando las bases estén formuladas en un lenguaje demasiado genérico e indeterminado, la actividad delegada será convalidada por los tribunales si el interesado supera la carga de demostrar que la disposición dictada por el Presidente es una concreción de la específica política legislativa que tuvo en miras el Congreso al aprobar la cláusula delegatoria de que se trate”⁽⁷⁸⁾.

b.2. Test diferenciado de constitucionalidad

La Corte Suprema en el precedente “Colegio Público de Abogados de la Capital Federal” ha aplicado un test diferenciado de constitucionalidad, en particular, el de interpretación restrictiva.

Ciertamente, existen diversos tipos de control diferenciado de constitucionalidad, entendidos estos como una

Sin embargo, cabe notar que hay parte de la doctrina que si bien reconoce que el caso “Colegio Público de Abogados” constituye un intento por delimitar el ejercicio de facultades legislativas por el Poder Ejecutivo, lo cierto es que la doctrina sentada es “notoriamente confusa” (Sánchez Brígido, Rodrigo, “Control de constitucionalidad...”, pp. 81-100).

(74) Considerando 9.

(75) Para el control de la delegación legislativa, la Corte Suprema ha seguido de cerca la jurisprudencia de la Suprema Corte norteamericana. En relación con la delegación legislativa en Estados Unidos, véase el trabajo de mi autoría: “La influencia de la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos en la doctrina de la emergencia económica en Argentina”, *El Derecho Administrativo*, N° 10, octubre 2020, cita digital: ED-CMXXXII-874.

(76) *Loving v. United States*, 517 U.S. 748, 771 (1996).

(77) Considerando 11.

(78) Considerando 12.

regla o conjunto de reglas que establece que, en ciertos casos, el control de constitucionalidad debe efectuarse de una manera diferente a la habitual⁽⁷⁹⁾. En el derecho norteamericano se distinguen diversos niveles de escrutinio, cuando se analiza la razonabilidad de una norma. Estos son el test de la base racional, el escrutinio intermedio y el escrutinio estricto⁽⁸⁰⁾. En nuestro ámbito, sobre la base de la jurisprudencia de la Corte Suprema de nuestro país, se han desarrollado diversos tipos de control diferenciado de constitucionalidad entre los cuales se encuentra la interpretación estricta⁽⁸¹⁾ antes mencionada y la interpretación restrictiva, entre otros.

Ahora bien, teniendo en cuenta el principio general de prohibición al Poder Ejecutivo de dictar disposiciones de carácter legislativo, ¿debe aplicarse a este tipo de normas un control diferenciado de constitucionalidad? Como lo indicó la Corte Suprema en el caso antes mencionado, a la delegación legislativa corresponde aplicarle una interpretación restrictiva. Dicha interpretación supone “que una norma que confiere facultades (en el caso, la de dictar decretos delegados) debe ser identificada de cierto modo (mediante una interpretación restrictiva), de manera que el interesado debe probar en ciertas condiciones (cuando las bases son poco claras) que un acto de supuesto ejercicio de esa facultad (el dictado de un decreto delegado específico) constituye un ejercicio válido de esa facultad”⁽⁸²⁾.

De este modo, se considera que a la delegación legislativa corresponde aplicarle un test diferenciado de constitucionalidad, que se aparte de una extrema deferencia a lo decidido por los órganos políticos. La “interpretación restrictiva” es una pauta de control de constitucionalidad adecuada para la revisión judicial de este tipo de normas, teniendo en cuenta que de modo claro la Constitución establece que en principio están prohibidas⁽⁸³⁾.

Con relación a la procedencia de este tipo de control diferenciado, cabe señalar que la interpretación restrictiva ya había sido puesta de relieve en los debates de la Convención Constituyente⁽⁸⁴⁾. En la misma línea, la doctrina ha destacado que el ejercicio de las facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo constituye una excepción⁽⁸⁵⁾ y que son de interpretación restringida⁽⁸⁶⁾. Así, se ha señalado que las facultades legislativas del Presidente deben estar sujetas a un examen riguroso⁽⁸⁷⁾, o cuidadoso⁽⁸⁸⁾, de-

biendo ser interpretadas con carácter restrictivo⁽⁸⁹⁾. A su vez, la doctrina ha señalado que los supuestos de delegación legislativa a favor de entes u órganos administrativos, deben interpretarse aún más restrictivamente⁽⁹⁰⁾.

Por su parte, Barra sostiene que la interpretación restringida es aplicable respecto del Congreso, mas no respecto de las facultades del Presidente, quien gozaría de una “muy amplia discrecionalidad”. En efecto aduce que en la delegación, el Congreso actúa con un margen de discrecionalidad reducido, ya que la Constitución limita los supuestos en los que la delegación legislativa se encuentra autorizada. Así, indica que la delegación es excepcional, por ende de interpretación restrictiva, y, por regla general, se encuentra prohibida. En cambio, refiere que, en esos casos, el Presidente goza de una muy amplia discrecionalidad de creación normativa, solo constreñida por la materia, por las “bases” de la delegación y por el plazo dispuesto para su ejercicio⁽⁹¹⁾.

De este modo, considero que no correspondería aplicar un escrutinio severamente estricto y presumir dichas normas inconstitucionales. Es que no puede desconocerse que es un mecanismo normativo previsto en la Constitución, aunque sujeto a muchas limitaciones⁽⁹²⁾.

Finalmente, debe indicarse que más recientemente la Corte Suprema ha reafirmado el criterio de interpretación restrictiva sentado en el caso “Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”. Así, en el precedente “YPF c/ Esso” (2012), en el cual se debatía la validez de una subdelegación, señaló que “no resulta suficiente invocar una ley genérica o poco específica para justificar que la subdelegación se encuentra permitida. En este punto, cabe recordar que el instituto de la delegación es de interpretación restrictiva, tanto cuando ocurre entre órganos de la administración (artículo 3° de la ley 19.549), como cuando se trata de delegación de facultades de un Poder del Estado a otros, en particular, cuando se delegan facultades legislativas en órganos del Poder Ejecutivo, en tanto se está haciendo excepción a los principios constitucionales de legalidad y división de poderes”⁽⁹³⁾.

Asimismo, en el caso “Provincia de Santa Fe” (2015), la Corte Suprema se refirió nuevamente a la “interpretación restrictiva”. Expuso que “a la hora de examinar la validez constitucional de una detracción de recursos sobre la masa coparticipable como la que consagra la norma impugnada en este proceso, así como los límites constitucionales fijados al ejercicio de la potestad en virtud de la cual ese mecanismo fue dispuesto, se impone una interpretación restrictiva pues, en definitiva, lo que se encuentra en juego es una facultad con una trascendente incidencia sobre el régimen de distribución de recursos y el sistema federal en su conjunto”⁽⁹⁴⁾.

en: <http://digitalcommons.law.yale.edu/ylsd/5/> (fecha de consulta: 30/9/2024).

(89) Sabsay, Daniel A., “Control de la facultad del PEN de dictar decretos de necesidad y urgencia”, *La Ley*, t. 2010-A, p. 278; Elías, José Sebastián, “Urgencia, necesidad y decretos”, *Suplemento Universidad de San Andrés*, *La Ley*, 21/12/2010, p. 7 y ss.

(90) Castro Videla, Santiago M. y Maqueda Fourcade, Santiago, “Aproximación al principio restrictivo en el dictado e interpretación de regulaciones económicas. Aportes sobre sus fundamentos, alcances y aplicaciones”, *Suplemento Administrativo*, *El Derecho*, diario del 31/3/2017, p. 3.

(91) Barra, Rodolfo C., *Tratado...*, t. I, p. 482. De este modo, en otro trabajo en coautoría, afirma de modo alguno corresponde aplicar una interpretación restrictiva en el control de las facultades legislativas del Presidente (Barra, Rodolfo - Licht, Miguel, “Los decretos de necesidad y urgencia”, *La Ley*, 3/3/2016, p. 1 y ss.).

(92) En esta línea, puede destacarse la opinión de la doctrina que señala que “[s]i bien no somos partidarios de la utilización de normas de emergencia en virtud de que estamos convencidos de que el Estado de emergencia es inversamente proporcional al Estado de Derecho, lo cierto es que tales normas resultan constitucionales cuando se dan los presupuestos fácticos que justifiquen esa situación” (Sabsay, Daniel A. y Fernández, Cristian H., “El fomento de las industrias y la emergencia económica”, *La Ley*, diario del 5/7/2016, p. 1 y ss.).

(93) CSJN, “YPF S.E. c/ Esso SAPA s/ proceso de conocimiento”, sentencia del 3/7/2012, Fallos: 335:1227, considerando 6. Este precedente fue citado más recientemente en el voto Highton de Nolasco en la causa “Blanco, Lucio Orlando c/ ANSeS s/ reajustes varios”, sentencia del 18/12/2018, Fallos: 341:1924, considerando 18, en el cual recordó que “la delegación es amplia e imprecisa no otorga atribuciones más extensas sino que, por el contrario, debe ser interpretada restrictivamente”.

(94) CSJN, “Provincia de Santa Fe c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, sentencia del 24/11/2015, Fallos: 338:1389, considerando 13. En el caso, la Corte Suprema puntualizó que la Ley 25.414 “en ningún caso permite apreciar siquiera la intención de que el Poder Legislativo haya querido delegar en el Ejecutivo la posibilidad de asignar específicamente recursos coparticipables a la creación, organización o modificación de entes autárquicos” (considerando 20).

(79) Sánchez Brígido, Rodrigo y Elías, José Sebastián, “Tipos de control diferenciado de constitucionalidad. A propósito de los decretos de necesidad y urgencia”, *Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, *Jurisprudencia Argentina*, 26/12/2012, p. 5 y ss.

(80) Con relación a los diversos niveles de escrutinio, véase Chermirsky, Erwin, *Constitutional law: principles and policies*, 2° ed, New York, Wolters Kluwer Law and Business, 2002, p. 642 y ss.; y Sullivan, Kathleen M. y Gunther, Gerald, *Constitutional law*, 15° ed., New York, Foundation Press, 2004, p. 640, quienes tratan la cuestión cuando analizan el derecho a la igualdad. En particular, sobre el escrutinio estricto, véase Fallon (jr.), Richard H., “Strict Judicial Scrutiny”, *UCLA Law Review*, vol. 54, 2007, p. 1267 y ss.

(81) Este tipo de escrutinio es aquel “que exige presumir que esos actos o normas son inconstitucionales y distribuir la carga probatoria al interesado (con cierto contenido específico). Ese mecanismo se activa cuando hay actos o normas discriminatorias que establecen distinciones sobre la base de criterios prohibidos. Y se justifica por el carácter categórico, claro o expreso, de la prohibición [o, si se quiere, por la importancia de los valores en juego según el argumento que se acaba de sugerir]” (Sánchez Brígido, Rodrigo y Elías, José Sebastián, “Tipos de control diferenciado...”, p. 5 y ss.). Un ejemplo de este tipo de escrutinio es el precedente “Hooff, Pedro C. F. c/ Provincia de Buenos Aires”, sentencia del 16/11/2004, Fallos: 327:5118.

(82) Sánchez Brígido, Rodrigo y Elías, José Sebastián, “Tipos de control diferenciado...”, cit., pág. 5 y ss.

(83) Esta cuestión la desarrolló en el libro *La emergencia económica...*

(84) En efecto, el ministro Maqueda en su disidencia en el caso “Caligiuri, Rosa Clara c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados”, sentencia del 26/8/2008 (Fallos: 331:1927), citó los debates de la Convención Constituyente de 1994, donde se expresó que “es nuestra intención principal atenuar el presidencialismo y desconcentrar las facultades del Presidente. Por ello —a nuestro criterio— cada vez que exista una duda acerca del alcance que haya que otorgar a las cláusulas que estamos sancionando, la duda debe ser resuelta interpretando de la manera más restrictiva posible las facultades presidenciales” (considerando 8).

(85) Gelli, María Angélica, “La revisión judicial de la normativa de emergencia, entre las coordenadas del control de constitucionalidad”, *Suplemento Constitucional*, *La Ley*, agosto 2010, p. 41 y ss.

(86) Dalla Vía, Alberto R., “Control de la emergencia...”, p. 19).

(87) Gargarella, Roberto, “In Search of Democratic Justice—What Courts Should Not Do: Argentina, 1983-2002”, en Glöppen, Siri; Gargarella, Roberto y Skaar, Elin (eds.), *Democratization and the Judiciary. The Accountability Function of Courts in New Democracies*, Portland, Oregon, Frank Cass, 2004, p. 139.

(88) Elías, José Sebastián, “The Constitutional Protection of Property Rights in Argentina: A Reappraisal of the Doctrine of Economic Emergency”, *Yale Law School Dissertations*, 5, 2014, p. 422, disponible

VI. Conclusiones

En el presente trabajo he analizado la declaración de emergencia en la Ley 27.742. Así las cosas, luego de referirme a los alcances de la delegación legislativa con carácter previo a la reforma constitucional de 1994, me detuve en el cumplimiento de los requisitos constitucionales por parte de la ley delegante 27.742, en particular, las materias sobre las que versa la delegación, las bases y el plazo. Finalmente, expuse respecto de los alcances del control político y jurisdiccional sobre los decretos que se dicten como consecuencia de la delegación efectuada por la Ley 27.742.

La emergencia, en general, y el ejercicio de las facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo, en particular, han sido materia de un profundo análisis por parte de Nés-

tor Pedro Sagüés. Sus enseñanzas nos acompañarán siempre para seguir abordando y debatiendo en torno a estos grandes temas del derecho constitucional, y para que las directrices que emanan de la Constitución sean cumplidas.

VOCES: JURISPRUDENCIA - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - COMPETENCIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - DERECHO ADMINISTRATIVO - JURISDICCIÓN - CONSTITUCIÓN NACIONAL - PODER JUDICIAL - EXPEDIENTE JUDICIAL - PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO - DEMANDAS CONTRA LA NACIÓN - ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ESTADO NACIONAL - CONFIANZA LEGÍTIMA - INTELIGENCIA ARTIFICIAL - COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

***Segunda parte.
Derechos humanos:
retos y desafíos***

Margen de apreciación nacional como diálogo bidireccional

por MARÍA GABRIELA ÁBALOS(*)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. – II. VÍAS DE COMPATIBILIZACIÓN. – III. MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL COMO DIÁLOGO BIDIRECCIONAL.

I. Introducción

A. Con la inclusión en los ordenamientos jurídicos nacionales de la jerarquización constitucional de instrumentos internacionales sobre derechos humanos se produce un cambio de paradigma en torno al pluralismo normativo que impacta de lleno en la supremacía de las constituciones nacionales.

Los múltiples interrogantes que ello plantea, las derivaciones y consecuencias en el funcionamiento de los distintos órganos estatales y la articulación que demanda en las relaciones con los organismos internacionales fueron objeto de importantes reflexiones del maestro rosarino Néstor Pedro Sagüés. Sus aportes en EL DERECHO en general y en el suplemento *El Derecho Constitucional*, en particular, dan muestra de su pluma inteligente, ágil y aguda para desmenuzar los contenidos de la reforma constitucional de 1994, deteniéndose muy especialmente en los múltiples alcances del control de convencionalidad y su incidencia en el derecho interno. De ahí que el repaso de su pensamiento sea una buena forma de homenajear a quien tanto contribuyó a la configuración y fortalecimiento de la cultura del respeto de los derechos humanos.

B. El camino de apertura desde los ordenamientos jurídicos nacionales hacia la internacionalización es una temática común en los países del continente americano. Las influencias llegan desde la Carta Magna de Portugal (1976), pasando por la constitución española (1978), la peruana (1979), la de Brasil (1988), la de Colombia (1991), la de Perú (1993), la de Argentina (1994), la de Venezuela (1999), la de Ecuador (2008), la de Bolivia (2009) y la reforma de la constitución mexicana de 2011. Todas, con sus matices, exponen decididas fórmulas de apertura hacia el derecho internacional de los derechos humanos⁽¹⁾.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Provincias y municipios ante el desafío federal de la hora actual*, por NÉSTOR OSVALDO LOSA, ED, 200-615; *Federalismo vs. Globalización. Acerca del proceso de declinación de la estructura federal*, por GUIDO RISSO, ED, 201-738; *Del federalismo formal de base constitucional al centralismo informal de base social*, por ORLANDO J. GALLO, EDCO, 2003-363; *Breves cronologías del constitucionalismo y del federalismo: tiempos paralelos*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2003-534; *La reforma constitucional de 1994 y el federalismo argentino*, por ALBERTO R. ZARZA MENSAQUE, EDCO, 2004-667; *Novedades de derecho constitucional provincial: Las violaciones a la autonomía municipal en Córdoba*, por ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ, EDCO, 2006-790; *Bicentenario: Cabildo y Municipio*, por NORBERTO RAMÓN MARANI, EDCO, 2010-555; *¿Fin del federalismo?*, por ROBERTO F. BERTOSI, EDCO, 2011-335; *Interpretación jurisprudencial de la autonomía municipal*, por MARÍA GABRIELA ÁBALOS, EDCO, 2013-291; *Régimen jurídico de los municipios*, por JAVIER INDALICIO BARRAZA, EDA, 2014-488; *La autonomía en el nuevo régimen municipal de Entre Ríos*, por NORBERTO RAMÓN MARANI, EDCO, 2014-531; *Federalismo y autonomía municipal: La Corte Suprema reafirma su función arquitectónica en el desarrollo constitucional argentino*, por MARÍA GABRIELA ÁBALOS, EDCO, 2015-20; *Periodicidad en la función ejecutiva. Provincias y municipios argentinos*, por MARTA SUSANA MALDONADO, EDCO, 2917-578; *Autonomía política de los municipios: límites a las reelecciones a través de ordenanzas locales*, por MARÍA GABRIELA ÁBALOS, EDCO, 2017-289; *Autonomía municipal, margen de apreciación local y libertad de comercio. Interpretación jurisprudencial en el diseño federal*, por MARÍA GABRIELA ÁBALOS, EL DERECHO Constitucional, agosto de 2021 - número 8; *El federalismo cultural y el margen de apreciación local*, por MARÍA GABRIELA ÁBALOS, EL DERECHO Constitucional, edición especial. Suplemento en homenaje a Germán J. Bidart Campos, a 20 años de su fallecimiento, septiembre de 2024. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Directora de *El Derecho Constitucional*. Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales. Especialista y Magíster en Magistratura y Gestión Judicial. Profesora titular de Derecho Constitucional y de Derecho Público Provincial y Municipal en las Facultades de Derecho de las Universidades de Mendoza y Nacional de Cuyo. Jueza del Tribunal de Gestión Judicial, Asociada en lo Tributario de Mendoza.

(1) Morales Antoniazzi, Mariela, "Interacción entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales. Construcción de un *Ius Constitutionale Commune*", en Casas, Manuel G.; Díaz Ricci, Sergio; López Testa, Daniela y Nader, Esteban (coords.), *Ius commune ¿Hacia un orden jurídico global?*, Buenos Aires, Astrea, 2020, pág. 280. Para ampliar sobre la jerarquía de los instrumentos internacionales desde una perspectiva comparada en Bolivia, Brasil,

El contexto descripto muestra una clara tendencia hacia la internacionalización del derecho constitucional respecto de lo cual se ha dicho que se han trasladado las "‘garantías constitucionales’ como instrumentos procesales para la tutela de los derechos fundamentales y salvaguarda de la ‘supremacía constitucional’ a las ‘garantías convencionales’ como mecanismos jurisdiccionales y cuasijurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos previstos en los pactos internacionales cuando aquellos no han sido suficientes, configurando así una especie de ‘supremacía convencional’"⁽²⁾.

Este escenario exhibe un reacomodamiento complejo que, para algunos, supone el paso de la "pirámide" de Kelsen a un "trapezio" con la cúspide ocupada por más de una norma jurídica⁽³⁾, o bien al "acoplamiento" a realizarse entre la normativa de derecho internacional y la de derecho nacional⁽⁴⁾, sin dejar de mencionar la tesis de la "coordinación" que desecha la posición de jerarquía para priorizar la complementariedad, la interconexión y la convergencia normativa⁽⁵⁾.

En esta línea se van generando exigencias de articulación, de adecuación e incluso de modificación desde las esferas supranacionales hacia los ordenamientos nacionales con miras de crear un sistema abierto hacia el derecho internacional de los derechos humanos. Ello va dando nacimiento a distintas respuestas locales que muchas veces muestran poca actitud de cooperación y baja receptividad, ocasionando el aumento de tensiones y desencuentros.

Cabe preguntarse qué puentes, qué vías de comunicación podrían facilitar la interconexión entre el sistema internacional y el nacional. Un elemento aglutinante que

Colombia, Chile, Costa Rica, Ecuador, Nicaragua, Estados Unidos de Norteamérica, México, Honduras, El Salvador, Perú, Paraguay, Venezuela, véase Amaya, Jorge Alejandro, *Fronteras del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Astrea, 2023, pág. 123 y ss. También, Rodríguez, Mónica S., "La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre", en Carnota, Walter F. y Maraniello, Patricio A. (directores), *Tratado de los tratados internacionales comentados*, Buenos Aires, La Ley, 2011, tomo II, págs. 202 - 210.

(2) Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en su voto razonado en el caso Corte IDH, Caso "Cabrera García y Montiel Flores vs. México" (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 21. También, en su trabajo "Control de convencionalidad y buenas prácticas: sobre el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales, en Von Bogdandy, Armin; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela; Saavedra Alessandri, Pablo (coords.), *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*, México, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público; Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro; Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2019, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6273/25a.pdf> (fecha de consulta 8/10/2024).

(3) Se señala que "[...] se añaden a los parámetros constitucionales los parámetros convencionales, la composición de un trapezio jurídico abierto al diálogo, a los préstamos y la interdisciplinariedad, para replantear el fenómeno jurídico bajo la inspiración de un *human rights approach*". (Piovesan, Flávia, "*Ius Constitutionale Commune* latinoamericano en derechos humanos e impacto del Sistema Interamericano: Rasgos, potencialidades y desafíos", en Von Bogdandy, Armin; Morales Antoniazzi, Mariela; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Construcción de un ius constitutionale commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017).

(4) Von Bogdandy, Armin, "Configurar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional público", en *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, Universidad Nacional Autónoma de México, Biblioteca Jurídica UNAM, disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3019-hacia-un-nuevo-derecho-publico-estudios-de-derecho-publico-comparado-supranacional-e-internacional> (fecha de consulta 8/10/2024). Aclara, en este sentido: "El acoplamiento puede llevarse a cabo a través de las instituciones políticas y judiciales. Respecto a estas últimas, existen dos doctrinas principales para lograr el acoplamiento: la doctrina del efecto directo, o del carácter auto-ejecutivo (*self-executing*) del derecho internacional, y la doctrina de la interpretación conforme (la llamada doctrina "Charming Betsy"). A su juicio, "[...] ambas son a menudo erróneamente consideradas doctrinas técnicas, en lugar de doctrinas constitucionales. Mi tesis es que una y otra deben ser reconstruidas y concebidas como el resultante de un balance entre principios constitucionales, tales como la cooperación internacional, el gobierno democrático o la subsidiariedad".

(5) Landa Arroyo, César, *Tribunal constitucional y estado democrático*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1999, pág. 114.

podría amalgamar los estándares interamericanos y la realidad interna de los países sería la aplicación razonable y justa de la doctrina del margen de apreciación nacional como modelo de *diálogo bidireccional*.

II. Vías de compatibilización

El maestro rosarino afirma que no es tarea sencilla lograr una interpretación y aplicación uniformes por la jurisdicción supranacional y la local de los derechos humanos contenidos en un instrumento internacional. Esboza, por eso, posibles vías de compatibilización.

A. En primer lugar, alude a la tesis negatoria. Se trataría de una *pseudoruta* de solución del conflicto sosteniendo que una cosa es la interpretación de un derecho humano enunciado en un tratado y repetido en el ordenamiento interno de un Estado –por ejemplo, en su texto constitucional, realizado por los tribunales domésticos, lo que supondría “derecho local” interpretado por los tribunales locales– y otra es la interpretación que de ese derecho haga un órgano de la jurisdicción supranacional –lo que sería “derecho supranacional” interpretado por tribunales supranacionales–.

Sagüés indica que se trataría de la “teoría de los dos derechos”, que podría ser considerada seria e ingeniosa, pero es formalista y no concluyente en su opinión, dado que, en los estados que constitucionalizan derechos de fuente internacional (como en el art. 75, inc. 22, de la CN), esos derechos valen también como derechos constitucionales locales y tanto los tribunales domésticos como los supranacionales estarían interpretando el mismo derecho⁽⁶⁾.

B. En segundo lugar, refiere a la doctrina del seguimiento nacional, lo que supone que los tribunales nacionales se sometan a los criterios interpretativos por los órganos jurisdiccionales supranacionales. Advierte que el fundamento estaría dado por el reconocimiento indirecto de la mayor calidad, jerarquía e imparcialidad de los criterios de tal jurisdiccional en cuanto a la interpretación de los derechos humanos y tal vez también por motivos de economía procesal.

Esta doctrina se visualiza incluso antes de la reforma constitucional de 1994 cuando, en el caso “Ekmekdjian c/Sofovich” (1992)⁽⁷⁾, la Corte Suprema –en posición en mayoría– hizo referencia a la Opinión Consultiva 7/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), diciendo que “la interpretación del Pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José”⁽⁸⁾.

Se refuerza en el caso “Giroldi” (1995)⁽⁹⁾, en el cual la Corte Suprema de Justicia reconoció que el intérprete último de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) es la Corte IDH, “de ahí que su jurisprudencia debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de dicha Corte para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana. (confr. arts. 75, Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y 2º, ley 23.054)” (cons. 11). También se refleja en el caso “Bramajo” (1996)⁽¹⁰⁾, donde el voto mayoritario estableció el criterio de que la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) debía servir como guía para la interpretación de los preceptos de la CADH.

C. En tercer lugar, Sagüés refiere a la doctrina del margen nacional de apreciación. Señala que consiste en que los órganos de la jurisdicción internacional, cuando in-

terpretan un derecho humano declarado en un tratado o convenio, no lo hagan con criterios puramente generales o abstractos, sino teniendo en cuenta las particularidades normativas y fácticas del país donde se presenta el problema, respetando asimismo la interpretación que de esos derechos tengan los tribunales locales.

Se ha dicho que su legitimidad parte de la afirmación de que no constituye un privilegio para los Estados sino una consecuencia de la democracia y del pluralismo, ya que es bueno comprender las realidades jurídicas, económicas y sociales de cada país, y la apreciación que de ellas hagan los tribunales nacionales, que son los más próximos y autorizados en principio para evaluar, en cada terreno concreto, los problemas de aplicación de los derechos humanos provenientes de una fuente jurídica internacional⁽¹¹⁾.

Sagüés advierte que, si bien esta doctrina postula la adaptación de una normatividad general sobre derechos humanos al ambiente donde debe aplicarse, tal armonización tiene sus topes puesto que mal podría argumentarse la doctrina del “margen nacional” para consentir violaciones a los derechos humanos⁽¹²⁾. Esa zona apreciativa responde a una actitud judicial de deferencia hacia las autoridades internas, al estar ubicadas en una mejor sede para el enjuiciamiento de ciertos conflictos de intereses y responder democráticamente ante sus electorados.

Puntualiza que, así como en el contexto de la gran diversidad cultural de los Estados Parte del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales tal doctrina es “necesaria”, como ocurre con los estados en el Pacto de San José de Costa Rica, es un criterio muy difícil de objetivar y que ha recibido diversas críticas pues el Tribunal de Estrasburgo –en ocasiones– lo ha aplicado de manera “caprichosa”. Indudablemente, habría que buscar un equilibrio por medio de la configuración de un estándar común mínimo⁽¹³⁾.

Agrega que este margen puede funcionar como mecanismo de *implementación* de derechos –por ejemplo, para instrumentar los preceptos genéricos de un tratado relativos a crear, por los estados nacionales, procedimientos judiciales expeditivos para la garantía de los derechos de fondo–, pero también puede actuar como modo de *entendimiento* de derechos, vale decir, como dispositivo para entenderlos, aplicarlos y correlacionar un derecho con otro.

Por último, advierte que, en cualquier caso, su invocación y aplicación deberán estar sometidas al contralor de la autoridad supranacional para evitar la inobservancia del derecho con la alegación impune de su “margen de apreciación nacional”⁽¹⁴⁾. Ello sería una suerte de *necesidad jurídica* ya que, de no haberla, un estado podría eximirse del respeto y observancia del derecho, alegando impune su margen de apreciación nacional⁽¹⁵⁾.

III. Margen de apreciación nacional como diálogo bidireccional

En sintonía con el pensamiento del maestro rosarino, el margen de apreciación nacional debería fortalecer la instancia de diálogo entre el ordenamiento local y las esferas

(6) Sagüés, Néstor P., *Derecho Constitucional. Tomo 3. Estatuto de los derechos*, Buenos Aires, Astrea, 2017, pág. 28.

(7) CSJN, “Ekmekdjian, Miguel Á. c/Sofovich, Gerardo y otros”, sentencia del 7/7/1992, Fallos: 315:1492. El voto de mayoría lo conformaron los magistrados Mariano A. Cavagna Martínez, Carlos S. Fayt, Rodolfo C. Barra, Antonio Boggiano y Julio S. Nazareno, con las disidencias de Eduardo Moliné O’Connor y Enrique S. Petracchi, Ricardo Levene (h.) y Augusto C. Belluscio.

(8) Corte IDH, Opinión Consultiva OC-7/86, “Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta” [arts. 14.1, 1.1 y 2], Serie A, N° 7, pág. 13, párr. 14] (véase el cons. 22, CSJN, “Ekmekdjian”).

(9) CSJN. “Giroldi, Horacio D. y otro”, sentencia del 7/4/1995, Fallos: 318:514. Magistrados: Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O’Connor, Carlos S. Fayt, Augusto César Belluscio, Enrique S. Petracchi y Antonio Boggiano.

(10) CSJN, “Bramajo, Hernán J. s/Incidente de excarcelación – causa n° 44.891”, sentencia del 12/9/1996, Fallos: 319:1840. Magistrados: Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O’Connor, Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López y Adolfo R. Vázquez. En disidencia: Carlos S. Fayt, Augusto C. Belluscio y Gustavo A. Bossert.

(11) Sagüés, Néstor P., *Derecho Constitucional. Tomo 3...*, op. cit., pág. 32.

(12) Como ocurriría “[s]i en un Estado se padecen cegueras axiológicas colectivas decididamente intolerables a la luz del desarrollo actual de la conciencia ética global (piénsese, v. gr., en casos de semiesclavitud todavía imperantes en ciertas regiones de la Tierra, o en la infracondición femenina que algunos países –especialmente musulmanes– practican en materia de vestimenta, negación de educación y de acceso a ciertos empleos, movilidad física o derechos sobre los hijos)”, Sagüés, Néstor P., “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica”, *Ius et Praxis*, vol. 9, n.º 1, Talca, 2003.

(13) Sagüés, Néstor P., “Dificultades operativas del ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano”, LA LEY, 11/08/2010, 1, LA LEY 2010-D, 1245, 1, Cita: TR LALEY AR/DOC/5213/2010. Reconoce que esta tesis ha mostrado una extendida aunque proteica utilización en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), asentado en Estrasburgo; sin embargo, su receptividad en la praxis interamericana ha sido discreta. Alerta que la aplicación de este “margen de apreciación nacional” en el ámbito interamericano presenta sus riesgos e imprecisiones atento a no tener pautas objetivas, a la imposibilidad de medirse los contornos de ese “margen”, todo lo cual puede ocasionar una verdadera desvirtualización de la tutela de los derechos humanos.

(14) Sagüés, Néstor P., “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica”, *Ius et Praxis*, vol. 9, n.º 1, Talca, 2003.

(15) Sagüés, Néstor P., *Derecho Constitucional. Tomo 3. Estatuto de los derechos*, op. cit., pág. 32.

internacionales, sobre bases precisas. Ello por su esencia instrumental para modular decisiones internacionales que generan tensión con los ámbitos estructurales de las constituciones y con las distinciones culturales e idiosincráticas de los estados.

El punto de partida infranqueable es la clara obligación convencional de cumplimiento de las decisiones supranacional conforme disponen los arts. 68.1 y 62.3 de la Convención Americana.

Bajo este presupuesto, se propone el abordaje del margen de apreciación nacional como un instrumento de interconexión entre las órbitas nacionales e internacionales, que posibilite la implementación de estándares internacionales en el derecho interno a través de pronunciamientos nacionales que respeten el *corpus* interamericano junto con las particularidades locales.

Mastromarino advierte que el margen de apreciación viene a poner límites a un proceso que pretende desarrollarse de manera unívoca, olvidando que la protección de los derechos es una lucha multinivel que tiene que comprometer a todos y que se gana solamente mediante una acción coordinada, a través una idea de sistema integrado. En esta perspectiva, el uso del margen, a pesar de su aplicación ambigua y de su escasa sistematización, se ha mostrado como un instrumento fundamental de interacción⁽¹⁶⁾.

En línea con lo referido, la doctrina del margen nacional de apreciación se constituye en un criterio hermenéutico utilizado por los tribunales regionales de derechos humanos con el fin de interpretar y aplicar las convenciones americanas y europeas. Dos componentes son claves en esta doctrina: la deferencia y el consenso. Es decir, deferencia hacia los estados partes, en los casos o circunstancia en los cuales no existe consenso interestatal. Sin embargo, ese poder de deferencia –dice Barboza Delgado– tiene como condición esencial la existencia de un Estado de Derecho y la constatación de una sociedad democrática a través de sus componentes tales como el pluralismo, tolerancia y el espíritu abierto. Estas dos condiciones deben ensamblarse con el principio de que los estados deben respetar los límites impuestos por las convenciones europeas y americanas y los criterios desarrollados por la jurisprudencia de las Cortes regionales, *so pena* de perder su capacidad de determinación y alcance de los derechos humanos en su territorio⁽¹⁷⁾.

En mi opinión, el margen de apreciación nacional debería fortalecer la instancia de diálogo entre el ordenamiento local y las esferas internacionales. Ello así dado que la mayor viabilidad de cumplimiento de una decisión interamericana⁽¹⁸⁾ se encuentra vinculada a las posibilidades que brinda el sistema jurídico propio del estado condenado. De ahí que el margen de apreciación nacional podría ser una herramienta útil a tal fin.

En esta propuesta de diálogo bidireccional cabe tener presente los aportes de Gargarella en cuanto a que “participar de un emprendimiento dialógico implica reconocer que uno (individuo, grupo u órgano) participa como un igual dentro de un emprendimiento colectivo y cooperativo, en búsqueda de la toma de decisiones respetuosas de los justos reclamos y argumentos de las distintas partes”. En tal sentido, señala: “Los actores incumplen con el papel que les corresponde, o lo desempeñan mal, cuando se asumen ocupando un lugar por encima del resto; o se sienten relevados de las obligaciones argumentativas que tienen; o se muestran por completo insensibles a ‘la fuerza del mejor argumento’”. De ahí que cabe que “[...] las distintas partes reconozcan el tipo de obligaciones que son propias de su lugar institucional” y por ello ajustarse al “[...] deber de cooperar con los demás participantes en

la tarea de construir conversacionalmente el derecho frente al que todos estamos sujetos como iguales”⁽¹⁹⁾.

Bajo estas premisas se propone construir un diálogo en dos direcciones:

A. Por un lado, desde la instancia interamericana, con el acercamiento a la doctrina judicial nacional, con el análisis previo del ordenamiento interno del estado que será condenado. A partir de esa revisión, entonces, podrán disponerse las reparaciones correspondientes con la indicación de las opciones a adoptar dentro de dicho ámbito⁽²⁰⁾.

1. Citas doctrinarias y jurisprudenciales recíprocas

Morales Antoniazzi advierte que, en ocasiones, los tribunales constitucionales y altas cortes han venido incorporando en sus decisiones algunos estándares normativos desarrollados por la Corte IDH y, a su vez, esta ha mostrado una creciente deferencia judicial al considerar en sus sentencias algunos estándares normativos desarrollados por las cortes nacionales como así también citando jurisprudencia de cortes de otros países⁽²¹⁾.

Bazán plantea la necesidad de fortalecer cualitativamente una relación concertada y de diálogo entre la Corte IDH y los tribunales de cúspide en materia constitucional de los estados partes del sistema interamericano, a partir de la función de integración que ostentan los derechos humanos⁽²²⁾. Sin embargo, surge evidente que, en el caso argentino, el diálogo ha sido en general unidireccional. Es decir, es la Corte Suprema la que ha estado atenta a las directrices interamericanas y así las ha citado en sus pronunciamientos, sin que esa misma mirada sea devuelta al ámbito local. En esta línea, Jiménez afirma que el diálogo no puede ser impuesto autoritariamente “desde arriba” por la Corte IDH, por loable que sea el intento de coordinación, sino que debe articularse democrática y participativamente⁽²³⁾.

Se observa una preponderante unidireccionalidad en el diálogo interjurisdiccional ya que excepcionalmente se encuentran decisiones interamericanas donde se citen doctrinas específicas del máximo tribunal argentino. Santiago⁽²⁴⁾

(19) Gargarella, Roberto, “La rípida conversación sigue. Consideraciones sobre el diálogo constitucional, a partir de la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en ‘Fontevecchia’”, *La Ley*, 7/11/2017, 7, LA LEY 2017-F, 60, Cita: TR LALEY AR/DOC/2925/2017.

(20) Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), “Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales”, México, Tirant Lo Blanch, 2013; Bazán, Víctor, “Control de convencionalidad. Influencias jurisdiccionales recíprocas”, *La Ley*, 4/4/2012, 1, LA LEY 2012-B, 1027, Cita: TR LALEY AR/DOC/659/2012. Y del mismo autor “El control de convencionalidad y la necesidad de intensificar un adecuado diálogo jurisprudencial”, *Sup. Act. La Ley*, 1/2/2011, 1, Cita: TR LALEY AR/DOC/7901/2010. También Pizzolo, Calógero, *Comunidad de intérpretes finales. Relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos. El diálogo judicial*, Buenos Aires, Astrea, 2017; Sagüés, María Sofía, “Diálogo jurisprudencial y control de convencionalidad a la luz de la experiencia en el caso argentino, en *Control de Convencionalidad*, Max-Planck-Institut, 2017; Gozaini, Osvaldo, “El impacto de la jurisprudencia internacional en el derecho interno”, Albanese, Susana (coord.), *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2008, pág. 81, del mismo autor “Control de constitucionalidad y de convencionalidad”, Colombia, Nueva Jurídica, 2017; Ábalos, María Gabriela, “Diálogo jurisprudencial y valor del precedente. Desafío de los superiores tribunales de justicia en el federalismo argentino”, *La Ley*, 20/9/2017, 1, LA LEY 2017-E, 904, Cita: TR LALEY AR/DOC/2406/2017, entre otros.

(21) Morales Antoniazzi, Mariela, “Interacción entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales. Construcción de un *Ius Constitutionale Commune*”, en Casas, Manuel G.; Díaz Ricci, Sergio; López Testa, Daniela y Nader, Esteban (coords), *¿Hacia un orden jurídico global?*, Buenos Aires, Astrea, 2020, pág. 274.

(22) Bazán, Víctor, “El control de convencionalidad y la necesidad de intensificar un adecuado diálogo jurisprudencial”, *Sup. Act. 1/2/2011*, 1. Véase, también de este autor: “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”, *Revista Contexto*, n.º 5, 2013, pág. 2 y *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2014. También García Roca habla del “diálogo de Cortes” definido como “una conversación entre varios sujetos, preferentemente jurisdiccionales, que se comunican usando un mismo código o lenguaje y buscan la avenencia en una exégesis interpretativa de unos derechos comunes” (García Roca, Javier, “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo”, UNED. *Teoría y realidad constitucional*, n.º. 30, 2012, pág. 192).

(23) Jiménez, Eduardo P., “Acerca de las ‘normas interconectadas’”, *La Ley*, 29/1/2016, 1, LA LEY 2016-A, 902, LL. 29/01/2016, Cita: TR LALEY AR/DOC/3533/2015.

(24) Santiago, Alfonso, *Principio de subsidiariedad y margen nacional de apreciación*, Buenos Aires, Astrea, 2020; pág. 84. Véase también, Amaya, Jorge Alejandro, “El principio de subsidiariedad y la teoría del margen nacional de apreciación”, Amaya, Jorge Alejandro, *Fronteras del Sistema Interamericano*, pág. 219 y ss.

(16) Mastromarino, Anna, “El margen de apreciación: ¿una posible estrategia de integración regional?”, *Revista General de Derecho Público Comparado* 27 (2020).

(17) Barboza Delgado, Francisco, “El margen nacional de apreciación el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el Estado Derecho y la sociedad democrática”, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos*, Tirant Lo Blanch, 2013, págs. 1089-1118, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31242.pdf> fecha de consulta: 20/9/2024).

(18) Véanse las reflexiones y datos estadísticos en Rousset Siri, Andrés, *Ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Ediar, 2018. También, entre otros, véase Albanese, Susana (coord.), *Incumplimiento de sentencias internacionales*, Buenos Aires, Ediar, 2018.

cita como un caso aislado la opinión consultiva 8/87 donde, en referencia al *habeas corpus* en situaciones de emergencia, la Corte IDH –en el párrafo 41– refiere a la doctrina elaborada por la Cámara Federal de Buenos Aires⁽²⁵⁾.

Ferrer Mac-Gregor se ocupa de referir a otros casos en los cuales el tribunal regional procedió a citar pronunciamientos locales, como el caso “Gomes Lund y otros (Guerilha do Araguaia) vs. Brasil” (2010), donde en relación con leyes de amnistía, cita a su par argentina en el caso “Simón”⁽²⁶⁾; de Chile, el caso 2477 (2004); del Tribunal Constitucional del Perú, el caso de “Santiago Martín Rivas”. Luego, en relación con el derecho a la identidad, en el caso “Gelman vs. Uruguay” (2011), la Corte regional cita decisiones de la Corte Constitucional Colombiana en la tutela T-477/1995; del Tribunal Constitucional del Perú, en la sentencia de recurso de agravio constitucional del 25 de julio de 2005, y del Tribunal Oral en lo Criminal nro. 6 de la Capital Federal Argentina, “Rei, Víctor Enrique s/sustracción de menor de 10 años”. En relación con el derecho a la consulta previa, en el caso “Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador” (2012), hizo referencia a disposiciones del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y cita de Corte Suprema de Justicia de Argentina el caso “Comunidad Indígena Eben Ezer c/provincia de Salta - Ministerio de Empleo y la Producción s/amparo” (2008)⁽²⁷⁾.

Cabe referir que, en la resolución del caso “Rico contra Argentina”⁽²⁸⁾, la Corte IDH bien pudo reforzar sus fundamentos citando los precedentes de su par nacional como “Graffigna Latino”⁽²⁹⁾, “Nicosia”⁽³⁰⁾, “Brusa”⁽³¹⁾, “Trova”⁽³²⁾, y “Parrilli”⁽³³⁾, entre otros que, en la misma línea interpretativa, convalidan la constitucionalidad del procedimiento de enjuiciamiento a magistrados y de funcionarios, con la revisión judicial, con las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio, tanto a nivel nacional como provincial.

No deja de advertirse que el hecho de que un tribunal haga referencia o cite la jurisprudencia de otro tribunal no constituye, por sí solo, un supuesto de diálogo interjurisdiccional, ya que haría falta además un análisis razonado y una aplicación significativa en la decisión del caso. Ello constituiría un camino constructivo al doble *proceso de fertilización* dado por la internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional⁽³⁴⁾.

En ese sentido, la propuesta que se formula tiende a profundizar los canales de diálogo desde la Corte IDH, con el compromiso de interiorizarse en el derecho interno de cada estado, citando y referenciando la doctrina de los

tribunales nacionales latinoamericanos. Bien se ha dicho que el tribunal regional debería desarrollar una política sistemática para que sus jueces y abogados conozcan de manera actualizada los desarrollos jurisprudenciales de los países latinoamericanos que aplican la CADH⁽³⁵⁾. Ello tendrá por objetivo construir un diálogo bidireccional, de forma tal que los pronunciamientos locales en general y los que hagan efectivo el control de convencionalidad en particular sean especialmente observados por la instancia interamericana.

Como acciones concretas por parte de la Corte federal argentina se destacan, por un lado, la plena disponibilidad de todas las sentencias, acordadas y resoluciones de dicho Tribunal en el sitio web oficial⁽³⁶⁾, más la publicación de decisiones de otros tribunales a través del sitio web del Centro de Información Judicial, creado por Acordada 17/2006 y sus modificaciones, y la actualización continua de los datos abiertos del Tribunal. Por otro lado, la reciente creación del portal del Poder Judicial Argentino⁽³⁷⁾, que busca articular un espacio de colaboración interjurisdiccional que facilite el acceso a información pública sobre la estructura, organización y funcionamiento de la justicia del país a través de un único portal, complementario de las distintas páginas web institucionales correspondientes a cada uno de los poderes judiciales de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, al Consejo de la Magistratura de la Nación y a la propia Corte.

Por su parte, en línea con la presente propuesta dialógica, ha dicho la Comisión IDH que “[...] el fortalecimiento de los procesos de cumplimiento de decisiones internacionales debe ser dialógico, asumiendo la complejidad de los procesos de cumplimiento, pero valorando las distintas experiencias, capacidades y necesidades de los actores que intervienen en su adelantamiento. A juicio de la Comisión, este esfuerzo puede reducir la brecha que separa lo real de lo imaginado que contribuya a asegurar la plena efectividad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”⁽³⁸⁾.

2. Comprensión del derecho interno de cada estado latinoamericano

Con la construcción de este diálogo real y efectivo se conseguiría mejorar el entendimiento recíproco entre las esferas nacionales e internacionales y además se lograría una mayor efectividad en el cumplimiento de las condenas. Ello así porque desde el conocimiento del derecho interno y los pronunciamientos locales, las disposiciones de reparación se ordenarían, contemplando razonablemente el margen de apreciación nacional del estado condenado y, en su caso, con la indicación de los límites dentro de los cuales podría invocarse válidamente ese margen.

Bien afirma Loianno que un pronunciamiento de la Corte IDH que ignora o desconoce la importancia de los aspectos propios de la idiosincrasia nacional deviene entonces como un elemento de formación doctrinaria en materia de derechos humanos, pero no alcanza a modificar el estatus jurídico que dio origen a la violación constatada en el proceso⁽³⁹⁾ y muchas veces su incumplimiento así lo demuestra.

En este sentido, Sagüés reafirma que un derecho no puede ser juzgado en abstracto, omitiendo los marcos culturales y económicos que lo circundan, los condicionamientos materiales y sociales cuyo desconocimiento quitaría realidad o vigencia y hasta razonabilidad a un

(25) Se trata Corte IDH, OC 8/1987, del 30 de enero de 1987, Serie A N.º 8, sobre *habeas corpus* bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos) solicitada por la CIDH, donde cita en el apartado 41 el fallo dictado en abril de 1977, en el caso número 1980, por la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal de la República Argentina, acogiendo un recurso de *habeas corpus*.

(26) CSJN, “Simón, Julio Héctor y otros”, sentencia del 14/6/2005 (en LL, 2005-E, 331).

(27) Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Control de convencionalidad y buenas prácticas: sobre el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales”, en Von Bogdandy, Armin; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela; Saavedra Alessandri, Pablo (coords.), *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana...*, op. cit.

(28) Corte IDH, Caso Rico Vs. Argentina (Excepción preliminar y fondo), sentencia del 2 de septiembre de 2019. Véase el comentario de Ábalos, María Gabriela, “Enjuiciamiento de magistrados en el derecho argentino: análisis convencional y margen de apreciación nacional”, LA LEY, 19/03/2020, 2, LA LEY 2020-B, 26, LL, 19 de marzo de 2020, 6, Cita: TR LALEY AR/DOC/405/2020.

(29) CSJN, “Graffigna Latino, Carlos y otros”, 19 de junio de 1986, Fallos: 308:525.

(30) CSJN, “Nicosia, Alberto Oscar s/recurso de queja”, 9 de diciembre de 1993, Fallos: 316:2940.

(31) CSJN, “Brusa, Víctor Hermes s/pedido de enjuiciamiento”, 11 de diciembre de 2003, Fallos: 326:4816.

(32) CSJN, “Trova, Facundo Martín s/jurado de enjuiciamiento”, 10 de noviembre de 2009, Fallos: 332:2504.

(33) CSJN, “Parrilli, Rosa Elsa s/rec. s/denuncia efectuada por el señor ministro de justicia y seguridad del GCBA”, 18 de septiembre de 2012, Fallos: 335:1779.

(34) Véase, entre otros, García Ramírez, Sergio, “Reflexiones sobre los tratados internacionales de derechos humanos”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Universidad Nacional Autónoma de México, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/15/7355/9.pdf> (fecha de consulta: 8/10/2024); también Albanese, Susana, “La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional”, en Albanese, Susana (coord.), *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2008, pág. 13 y ss.

(35) Dulitzky, Ariel E., “El impacto del control de convencionalidad. ¿un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos?; Rivera, Julio César (h); Elías, José Sebastián; Grosman, Lucas Sebastián y Legarre, Santiago (dirs.), *Tratado de los derechos humanos*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, tomo I, pág. 567.

(36) Disponible en: www.csjn.gov.ar.

(37) CSJN, resolución 2512/24 del 25 de septiembre de 2024, donde se pone de resalto la política de transparencia y gobierno abierto que viene desarrollando dicha Corte, conforme con el principio republicano de publicidad de los actos de gobierno y participación ciudadana en el marco de una democracia moderna, orientada a facilitar la difusión de información jurisdiccional e institucional, como forma de simplificar el acceso a justicia y rendir cuentas de su actividad.

(38) CIDH, *Mecanismos Nacionales de Implementación de Recomendaciones de Derechos Humanos*, del 23 de febrero de 2023, disponible en https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2023/MecanismosSeguimiento_ES.pdf (fecha de consulta 8/10/2024), párr. 112.

(39) Loianno, Adelina, “Margen de apreciación nacional”, en XIV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho UBA. Tema 2: El derecho constitucional frente al derecho internacional. Subtema 3 Margen de Apreciación Nacional, Buenos Aires, 2019.

régimen de derechos humanos. Ello exige que los órganos de la jurisdicción internacional, cuando interpretan un derecho humano declarado en un tratado o convenio, lo hagan teniendo en cuenta las particularidades normativas y fácticas del país donde se presenta el problema, y respetando asimismo la interpretación que de esos derechos hagan los tribunales locales⁽⁴⁰⁾.

Mastromarino subraya la importancia de una mirada al interior de cada estado, especialmente en el proceso de construcción de una memoria colectiva acerca de los traumas de la historia más reciente. Advierte que en este punto se observa un alto nivel de intromisión por parte de la Corte IDH en un ámbito sensible, cuyos aspectos –que son al mismo tiempo de naturaleza social, política e histórica además de jurídica– aconsejarían, preferiblemente, el reconocimiento de un rol principal al Estado, al fin de buscar el correcto equilibrio entre las diferentes exigencias (justicia y paz; pasado y presente; reconciliación y reparación...) de una sociedad en busca de su propia identidad⁽⁴¹⁾.

La formulación propuesta pretende enriquecer la afirmación esbozada por García Ramírez en cuanto a que le cabe a la Corte IDH “[...] establecer patrones de interpretación y cauces de comportamiento que fertilicen el orden americano e impulsen, en cada Estado y en el conjunto, transformaciones plausibles”⁽⁴²⁾. Pero para ello primero deberá empaparse, conocer y comprender el ordenamiento nacional, doctrinas e interpretaciones jurisprudenciales locales, a fin de concretar esa interacción y producir resultados transformadores concretos.

3. Precedente a seguir

Cabe referir que la formulación que se propone encuentra un buen ejemplo en el párrafo 21 de la resolución de supervisión de sentencia, del 18 de octubre de 2017, de la Corte IDH en el caso “Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina”⁽⁴³⁾. Ello a raíz de la respuesta dada en el expediente “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”⁽⁴⁴⁾ por la Corte Suprema de Justicia frente a la decisión interamericana recaída el 29 de noviembre de 2011 en el caso mencionado⁽⁴⁵⁾.

(40) Sagüés, Néstor P., “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica”, *Ius et Praxis*, vol. 9, n° 1, Talca, 2003. Véase también a Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Control de convencionalidad y buenas prácticas: sobre el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales”, en Von Bogdandy Armin; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela y Saavedra Alessandri, Pablo (coord.), *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2019, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6273/25a.pdf> (fecha de consulta: 8/10/2024).

(41) Mastromarino, Anna, *Memoria y políticas públicas*, Buenos Aires, Astrea, 2023. Véase, entre otros, el análisis del caso del monumento dedicado a las víctimas, llamado “Ojo que llora” y situado en la ciudad de Lima donde se ponen de manifiesto las tensiones y la conflictividad generada por el excesivo protagonismo judicial de la Corte IDH (pág. 136 y ss.). En el mismo sentido se expresa Gelli, María Angélica, “Cooperación, conflictos y tensiones entre la jurisdicción constitucional y la convencional”; en Capaldo, Griselda; Sieckmann, Jan; Clérico, Laura (dirs.), *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, pág. 423, donde señala que ese tipo de reparaciones simbólicas que el Tribunal interamericano impone “... pueden causar o agravar conflictos internos no resueltos del todo, tragedias en cuyas circunstancias se cometieron las violaciones a los derechos humanos que procuran reparar las sentencias de la Corte Interamericana”.

(42) García Ramírez, Sergio, “Cumplimiento de Sentencias y Transcendencia de la Jurisprudencia Interamericana”, prólogo a la Revista RYD República y Derecho, Volumen IV (2019), Dossier: *Ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Cuyo, disponible en: www.revistaryd.derecho.uncu.edu.ar (fecha de consulta 8/10/2024).

(43) Corte IDH, caso “Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina”, resolución de supervisión de sentencia, del 18 de octubre de 2017, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/fontevecchia_18_10_17.pdf (fecha de consulta 12/10/2024).

(44) CSJN, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso “Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, del 14/02/17, voto de mayoría conformada por los magistrados Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, Carlos Rosenkrantz, y el voto concurrente de Horacio Rosatti, con la minoría de Juan Carlos Maqueda.

(45) Ábalos, María Gabriela, “Control de constitucionalidad y de convencionalidad sobre una decisión interamericana”, *Suplemento de Derecho Constitucional*, La Ley, marzo de 2017, Cita: TR LALEY AR/DOC/709/2017.

Esta materialización del modelo de diálogo bidireccional que se propone merece una breve introducción del caso.

a. La decisión interamericana, en la sentencia de fondo, reparaciones y costas, determinó la responsabilidad internacional del Estado Argentino por la condena civil impuesta a Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico, debido a una publicación que supuestamente habría afectado la vida privada del entonces presidente de la Argentina. En consecuencia, se declaró que el Estado argentino había violado el derecho a la libertad de expresión reconocido en el art. 13 de la CADH en perjuicio de los actores y condenó al país a dejar sin efecto la condena civil impuesta a los accionantes y sus consecuencias, a publicar el resumen de la decisión –tanto en el diario oficial como en un diario de amplia circulación nacional– y la sentencia completa en la página del Centro de Información Judicial de la Corte Suprema, y por último, a restituir las sumas reconocidas en concepto de reintegro de montos de condena más las reparaciones admitidas en la decisión internacional⁽⁴⁶⁾.

Años después, se emitieron dos resoluciones de supervisión de cumplimiento de sentencia por parte del tribunal interamericano en relación con este caso, en 2015 y 2016, puntualizándose que Argentina recién en abril de 2016 presentó el primer informe en torno a la medida de reparación relativa a la publicación y difusión de la sentencia, manteniéndose abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento respecto de las otras dos medidas de reparación citadas.

Intertanto, en mayo de 2013, la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Argentina remitió a la Corte Suprema un oficio en el que se le hacía saber el pedido formulado por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación para que cumpla, en lo que corresponda y de conformidad con su competencia, la sentencia del 2011 dictada por el tribunal con asiento en Costa Rica.

b. La respuesta de la Corte argentina demoró algunos años y recién se resolvió el 14 de febrero de 2017. En dicho pronunciamiento se expidieron en posición de mayoría los magistrados Lorenzetti, Highton de Nolasco y Rosenkrantz, más el voto concurrente de Rosatti con la disidencia de Maqueda. En torno al primer punto de condena, los primeros cuatro magistrados resolvieron no hacer lugar a lo solicitado por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación en cuanto a dejar sin efecto la condena civil a los periodistas Fontevecchia y D’Amico, mientras que el voto de Maqueda –en disidencia– se pronunció por la afirmativa, es decir, dar cumplimiento acabadamente a la manda interamericana⁽⁴⁷⁾.

Puntualmente, en relación con el primer punto de condena, es decir, con la orden de dejar sin efecto una resolución firme emanada en el caso de la misma Corte Suprema, la posición de mayoría interpretó que se trataría de revocar una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, por lo que la solución por la negativa se impuso.

Valga puntualizar que la posición de mayoría, si bien reafirmó el deber del Estado argentino y de sus jurisdicciones locales de dar fiel cumplimiento a los instrumentos internacionales con los que se ha comprometido respecto a las sentencias interamericanas, aún en los casos en que la Argentina ha sido parte, agregó que no puede hacerse prevalecer automáticamente el derecho internacional, ya sea normativo como jurisprudencial, sobre el ordenamiento constitucional. Ello así dado que los principios de derecho público referidos en el art. 27 de la CN actúan

(46) Corte IDH, Caso “Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina” (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 29 de noviembre de 2011, disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_238_esp.pdf (fecha de consulta 12/10/2024).

(47) En relación con los restantes puntos de condena, por un lado, los cinco magistrados intervinientes reconocen que se encuentra cumplida la sentencia interamericana en lo que respecta a las publicaciones del pronunciamiento internacional. Mientras que, en relación con la entrega de las sumas reconocidas en concepto de reintegro de los montos de condena, el voto de la mayoría advierte que el Estado argentino puede voluntariamente cumplir sin intervención judicial y Rosatti agrega que se encuentra en vías de cumplimiento atento al informe del Ministerio respectivo. Por su parte, Maqueda, en disidencia, expresamente señala que no corresponde efectuar consideraciones al respecto por depender de medidas administrativas y de otra índole que pertenecen al ámbito competencial de otros poderes del estado (véase, Ábalos, María Gabriela, “Control de constitucionalidad y de convencionalidad sobre una decisión interamericana”, *Suplemento de Derecho Constitucional*, La Ley, marzo de 2017, Cita: TR LALEY AR/DOC/709/2017).

como margen de apreciación nacional y tienen prelación por sobre el art. 75, inc. 22, de la CN.

El mencionado art. 27 –que data del texto constitucional del siglo XIX– afirma que el Gobierno Federal “está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”⁽⁴⁸⁾. Joaquín V. González refiere que los tratados, una vez concluidos, son ley suprema de la Nación, pero para ello deben hallarse en conformidad con los principios de derecho público de la Constitución. Como ejemplo, cita que un convenio no podría alterar la supremacía de la Constitución Nacional; cambiar la forma de gobierno; suprimir una provincia o incorporar otras nuevas; limitar atribuciones expresamente conferidas a los poderes de gobierno; desintegrar social o políticamente al territorio; restringir los derechos civiles, políticos y sociales reconocidos por la Constitución a los habitantes del país, ni las prerrogativas acordadas a los extranjeros ni suprimir o disminuir en forma alguna las garantías constitucionales creadas para hacerlo efectivo⁽⁴⁹⁾.

En especial, el voto concurrente del magistrado Rosatti expresa: “El constituyente ha consagrado en el citado art. 27 una esfera de reserva soberana (margen de apreciación nacional) delimitada por ‘los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional’, a los cuales los tratados internacionales –y con mayor razón aun la interpretación que de tales tratados se realice– deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad”⁽⁵⁰⁾.

Cabe aclarar que esta posición no es nueva en la doctrina ni en la jurisprudencia de la propia Corte Suprema; parecen retomarse las principales líneas argumentales seguidas en “Cantos”⁽⁵¹⁾, en las disidencias sentadas en “Arancibia Clavel”⁽⁵²⁾, “Simón”⁽⁵³⁾, “Mazzeo”⁽⁵⁴⁾ y en el dictamen fiscal de “Acosta, Jorge”⁽⁵⁵⁾. Encuentra, a mi juicio, apoyatura en la interpretación que da Badeni al inc. 22 del citado art. 75 que, cuando habla de la “no derogación” por parte de los tratados de artículo alguno de la primera parte de la Constitución, significando que dicha parte –con el plexo de derechos y garantías– tiene prelación sobre los tratados con jerarquía constitucional. Ello así porque dichos tratados internacionales no integran la Constitución sino que la complementan, y lo complementario es accesorio de lo complementado porque no se ha modificado el art. 27. De ahí que la validez de todos los tratados internacionales, y su condición para quedar incorporados al derecho interno, está supeditada a su adecuación a la Ley Fundamental⁽⁵⁶⁾.

(48) Advierte Amaya que la delimitación de estos principios de derecho público constituye el interrogante central alrededor de la identidad constitucional argentina que constituye una esfera de reserva soberana. (véase Amaya, Jorge Alejandro, “Fronteras del Sistema Interamericano...”, pág. 212 y ss.).

(49) González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Ángel Estada y Cía. Editores, 1897, págs. 435 y 519.

(50) Continúa en el cons. 5, diciendo que: “A partir de esta cláusula no es posible hacer prevalecer automáticamente, sin escrutinio alguno, el derecho internacional –sea de fuente normativa o jurisprudencial– sobre el ordenamiento constitucional”.

(51) CSJN, “Cantos, José María”, resolución 1404/2003 del 21/08/2003, Fallos: 326:2968, 21/08/2003. La mayoría conformada por los magistrados Carlos S. Fayt, Eduardo Moliné O’Connor, Enrique S. Petracchi (por su voto), Guillermo A. F. López (por su voto), Adolfo R. Vázquez (por su voto), con la disidencia de Antonio Boggiano y Juan Carlos Maqueda.

(52) CSJN, “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros”, sentencia del 24/8/2004, magistrados Enrique S. Petracchi (según su voto), Augusto C. Belluscio (en disidencia), Carlos S. Fayt (en disidencia), Antonio Boggiano (según su voto), Adolfo R. Vázquez (en disidencia), Juan Carlos Maqueda (según su voto), E. Raúl Zaffaroni y Elena I. Highton de Nolasco.

(53) CSJN, “Simón, Julio Héctor y otros”, sentencia del 14/6/2005 (en LL, 2005-E, 331). Magistrados Enrique S. Petracchi, Carlos S. Fayt (en disidencia), Antonio Boggiano (según su voto), Juan C. Maqueda (según su voto), E. Raúl Zaffaroni (según su voto), Elena I. Highton de Nolasco (según su voto), Ricardo L. Lorenzetti (según su voto) y Carmen M. Argibay (según su voto).

(54) CSJN, “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/rec. de casación e inconstitucionalidad”, sentencia del 13/07/2007, Fallos: 330:3248. Mayoría conformada por los magistrados Ricardo L. Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco, Juan C. Maqueda y E. Raúl Zaffaroni, con la disidencia de Carlos Fayt y parcial de Carmen Argibay. Véase, entre otros, Loianno, Adelina, “El marco conceptual del control de convencionalidad en algunos fallos de la Corte Suprema argentina ‘Arancibia Clavel’, ‘Simón’, ‘Mazzeo’”, en Albanese, Susana (coord.), *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2008, pág. 122.

(55) Dictamen del Procurador General Esteban Righi del 10/03/2010. Expediente 93/2009, letra A. Véase: www.mpf.gov.ar.

(56) Badeni, Gregorio, “El caso Simón y la supremacía constitucional”, LA LEY 2005-D, 639, Supl. Penal 2005 (julio), 9. Cita: TR LALEY AR/DOC/2132/2005. Del mismo autor, *Tratado de Derecho Constitu-*

En esta línea de pensamiento, el juez Rosatti –quien fuera convencional constituyente en 1994– es conteste en su voto, con la posición que ya había adoptado con anterioridad, al decir que la reforma constitucional de 1994 no autoriza a hablar de un control de convencionalidad “por fuera” del control de constitucionalidad porque los tratados no están desligados de la Constitución, ya que la introducción del art. 75, inc. 22, no autoriza a desligar la interpretación judicial de los tratados realizada por un tribunal nacional en el marco de un caso concreto (el llamado control de convencionalidad) del control general de constitucionalidad⁽⁵⁷⁾. Y agrega que en la Convención Constituyente no se pensó detraer (de modo abierto o encubierto) competencias a la jurisdicción nacional (menos aún a la Corte Suprema de Justicia), ni dejar una “cláusula gatillo” accionable a futuro por un tribunal internacional que pudiera contradecir el texto expreso de la Constitución Nacional, reformándola por un mecanismo distinto del art. 30. En suma, Rosatti sostiene desde hace tiempo que: “En definitiva (y con expresa referencia a lo que creo de buena fe era la intención de la Convención reformadora de 1994), sostengo que la pretensión de un control de convencionalidad alimentado por sus propias fuentes (normativas e interpretativas) que subordine apriorísticamente toda otra fuente normativa e interpretativa nacional es inconstitucional por violación de los arts. 27, 30, 31, 75, inc. 22) y 118 de la C.N.”⁽⁵⁸⁾.

c. De esta forma, en este caso, la condena de “dejar sin efecto” una sentencia interna y la interpretación de “revocar” que adoptó la Corte nacional supuso el punto en disputa entre el Superior Tribunal nacional y su par interamericana.

En este escenario es la propia Corte IDH la que se abre al diálogo en la resolución de supervisión de sentencia del 18 de octubre de 2017. Así, en el párrafo 20, explica que “... esa misma reparación de ‘dejar sin efectos’ sentencias internas ha sido cumplida por otros Estados y por Argentina en casos similares a este, en los que se constató una violación a la Convención Americana por la imposición judicial de responsabilidades penales o civiles ulteriores contrarias al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión”, es decir, lo primero que advierte es una reparación que ya ha sido impuesta en otros casos y que Argentina ha cumplido, como en el caso “Kimel” (2008)⁽⁵⁹⁾.

Luego, agrega las medidas que tomaron los estados para cumplir con dicha manda, correspondiendo a la Corte IDH la valoración en cada caso concreto. Así “[...] entre tales medidas o acciones los Estados han efectuado las siguientes: acuerdo del Pleno de la Corte Suprema de Justicia disponiendo remitir el fallo a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia para que revisara la sentencia penal condenatoria y emisión de una posterior sentencia de revisión por dicha Sala Penal; emisión de una decisión judicial mediante la cual el mismo tribunal penal que emitió la sentencia penal violatoria a la Convención ordenó que se dejara sin efecto en todos los extremos dicha sentencia y emisión de una sentencia contencioso administrativa para ordenar al Estado la restitución de las sumas que habían pagado las víctimas por concepto de la condena que recibieron en la acción civil resarcitoria por daño moral relacionada con la referida sentencia penal violatoria de la Convención; resolución del Director del Servicio del

cional, Buenos Aires, tomo I, pág. 358 y ss. En concordante sentido se pronuncia Bianchi, Alberto B., “Una reflexión sobre el llamado ‘control de convencionalidad’”, en LL, 2010-E-1090. También Amaya, Jorge A., “Argentina. El sistema federal y los sistemas provinciales”, Amaya, Jorge A. (dir.), *Tratado de control de constitucionalidad y de convencionalidad*, Buenos Aires, Astrea, 2018, tomo 2, pág. 45.

(57) Rosatti, Horacio, “El llamado ‘control de convencionalidad’ y el ‘control de constitucionalidad’ en la Argentina”, LL, 2012-A, 911. Ábalos, María Gabriela, “Supremacía constitucional y control de convencionalidad a veinte años de la reforma de 1994”, LL DC, 16/07/14.

(58) Rosatti, Horacio, “El llamado ‘control de convencionalidad’ y el ‘control de constitucionalidad’...”, op. cit. Del mismo autor, véase también “Globalización, convencionalidad y estatidad. Sobre el ‘margen de apreciación nacional’ en la aplicación de normas internacionales”, *Academia Nacional de Derecho* 2016 (diciembre), 05/12/2016, 145; “El margen de apreciación nacional y el margen de apreciación local”, en *Revista de Derecho Público*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018-1; “El derecho como sistema y los márgenes de apreciación. La integración de las distintas fuentes del derecho en la jurisprudencia de la Corte”, en EBOOK-TR 2024-2 (Gelli), 3. Cita: TR LALEY AR/DOC/1798/2024.

(59) Corte IDH, Caso “Kimel vs. Argentina” (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, punto resolutive séptimo.

Registro Civil que ordenó la eliminación de antecedentes penales del Registro General de Condenas, y emisión de sentencia de revisión penal de la sentencia violatoria de la Convención”. De esta forma, está mostrando una apertura hacia la admisión de soluciones nacionales diversas.

En esta línea, el apartado 21 contiene el ejemplo de la utilización del margen de apreciación nacional en la apertura de diálogo que se propone. En efecto, afirma “[...] en el presente caso, al tratarse de una sentencia civil que no queda constando en registros de antecedentes de delinquentes, el Estado podría adoptar algún otro tipo de acto jurídico, diferente a la revisión de la sentencia, para dar cumplimiento a la medida de reparación ordenada, como por ejemplo la eliminación de su publicación de la páginas web de la Corte Suprema de Justicia y del Centro de Información Judicial, o que se mantenga su publicación pero se le realice algún tipo de anotación indicando que esa sentencia fue declarada violatoria de la Convención Americana por la Corte Interamericana”.

Como respuesta de este ejemplo de diálogo en el reconocimiento del margen de apreciación nacional, la Corte Suprema argentina emitió la resolución N.º 4015 del 5 de diciembre de 2017 donde, en primer lugar, señala que la aclaración formulada por su par interamericana en torno a que no debía proceder a revocar su sentencia civil era “[...] plenamente consistente con los argumentos desarrollados por este Tribunal para fundar su pronunciamiento de fecha 14 de febrero de 2017, en el que se decidió la improcedencia de revocar una de sus sentencias pasada en autoridad de cosa juzgada”. En segundo lugar, advierte que la anotación sugerida por la Corte IDH en el párrafo 21 “[...] no vulnera los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional (art. 27), resulta adecuado acceder a lo sugerido”. De ahí que se resuelve “[o]rdenar que se asiente junto a la decisión registrada en Fallos: 324:2895 la siguiente leyenda: ‘Esta sentencia fue declarada incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos por la Corte Interamericana (sentencia del 29 de noviembre de 2011)’”⁽⁶⁰⁾.

De esta forma, el 10 de marzo de 2020, se emite la cuarta supervisión de cumplimiento de sentencia por la Corte IDH, indicándose en el párrafo 10 que la anotación hecha en la sentencia civil condenatoria del 25 de septiembre de 2001 es suficiente para declarar el cumplimiento del componente de la reparación relativo a dejar sin efecto la atribución de responsabilidad civil a los señores Fontevecchia y D’Amico, sin perjuicio de quedar pendiente que el Estado cumpla con reintegrar las sumas pagadas por las víctimas como consecuencia de la condena civil.

Se cumple así con la condena impuesta y se respetan los principios de derecho público que configuran el margen de apreciación nacional invocado por el estado argentino y aceptado por la instancia interamericana.

B. Por otro lado, para completar esta propuesta de diálogo bidireccional, se impone una carga expresa para los estados partes, quienes, frente a decisiones interamericanas condenatorias, no pueden oponer una respuesta negativa. El art. 68.1. de la CADH claramente impone el cumplimiento de las decisiones en los casos que han sido parte. Para ello deben revisar primeramente las opciones habilitadas por su ordenamiento interno y, en función de ellas, cumplir con las reparaciones impuestas, proponiendo distintas alternativas de cumplimiento acordes con un razonable margen de apreciación nacional⁽⁶¹⁾.

Ello así debería contemplarse que, bajo la supervisión interamericana, las autoridades nacionales propongan vías de cumplimiento de las decisiones condenatorias en los márgenes razonables de su derecho interno sin que exista la opción al incumplimiento.

Ya lo decía Sagüés, hace falta contar con resoluciones de la Corte IDH que sean –sin hesitación– intrínsecamente razonables y justas, y al mismo tiempo, hábiles y prudentes; que alcancen sus fines básicos (la custodia de los derechos humanos) mediante los caminos procesales

más adecuados según el contexto existente. Ello así dado que hace a la estrategia y política judicial del Tribunal imaginar las rutas más eficaces para lograr sus objetivos en función de la meta de proteger el derecho vulnerado⁽⁶²⁾.

Este diálogo bidireccional, que se sustenta en la aplicación razonable del margen de apreciación nacional, plantea exigencias tanto para la instancia interamericana como para los gobiernos nacionales y subnacionales, y se encontraría en línea con lo solicitado en 2019 por la Argentina⁽⁶³⁾, sobre la base de la necesaria e ineludible obligación de dar cumplimiento a las decisiones condenatorias.

En efecto, en abril de 2019, Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay suscribieron una *Declaración sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos* reafirmando su compromiso con la defensa y promoción de los derechos humanos en el continente y reconociendo al Sistema Democrático y al Estado de Derecho como condiciones fundamentales para que esos derechos puedan ser efectivamente respetados y promovidos en la región. Particularmente, afirmaron que “[...] con el ánimo de perfeccionar la operatividad, funcionalidad y eficacia del Sistema [...]”, subrayan por un lado, el principio de subsidiariedad y, por otro, destacan “[...] la importancia de una estricta aplicación de las fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del reconocimiento del margen de apreciación de los Estados en el cumplimiento de las obligaciones que establece la Convención. Asimismo, recuerdan que las resoluciones y sentencias de los órganos del sistema interamericano solo tienen efectos para las partes del litigio”. Y “[...] enfatizan la importancia del debido conocimiento y consideración de las realidades políticas, económicas y sociales de los Estados por parte de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos. En este marco, resaltan la necesidad de que las formas de reparación guarden una debida proporcionalidad y respeten tanto los ordenamientos constitucionales y jurídicos de los Estados como las exigencias propias del Estado de Derecho”.

De esta forma, se impone un esfuerzo interpretativo bidireccional. Por un lado, desde la Corte IDH que contemple las asimetrías de los estados partes y procure tenerlas presente en las decisiones condenatorias y en las reparaciones que imponga. Y, por otro lado, desde las autoridades locales que hagan los esfuerzos necesarios para dar cumplimiento a las decisiones interamericanas buscando en sus ordenamientos internos las opciones claramente compatibles con los mandatos convencionales.

En esta línea, cabe referir al ejemplo que, desde el ámbito europeo, muestra el Protocolo 16, denominado “el Protocolo del diálogo”. Albanese señala que el diálogo entre cortes constituye el fundamento central del Protocolo 16 que se dirige a la eficiencia de los procedimientos internacionales en materia de derechos humanos. Afirma que adquiere, desde el campo internacional, decisiones concretas teniendo en cuenta que debe primar –en referencia al Protocolo 16 y su objetivo central– la palabra del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el espacio interno. Se avala el principio *pro personae* que compromete a todas las jurisdicciones y a todos los ordenamientos sobre derechos y garantías, sin circunscribir o acrecentar por ello el desempeño de los tribunales internacionales. Propicia la iniciativa de solicitar opiniones consultivas a

[62] Sagüés, Néstor P., “¿Puede válidamente la Corte Interamericana obligar a que una Corte Suprema nacional deje sin efecto una sentencia suya?”, *El Derecho - Diario*, Tomo 272, 437, 4/4/2017, Cita Digital: ED-DCCLXXVI-603. Se preguntaba el maestro rosarino en un artículo publicado en 2010 si “¿la doctrina judicial sostenida por la Corte Interamericana en un caso contencioso, o en una opinión consultiva, debe ser efectivizada robóticamente por los jueces de todos los Estados que han aceptado la competencia de la Corte, o pueden estos tamizarla en virtud de su ‘margen de apreciación nacional’? Entendemos que la respuesta es afirmativa, ya que al sentar las bases del control de convencionalidad, la Corte Interamericana no ha dicho que quedaba sin vigencia la doctrina del margen de apreciación nacional; y siempre, naturalmente, que medie una aplicación honesta y adecuada del referido margen local, en el sentido que su uso no se convierta en un mecanismo liso y llano de evasión de la doctrina judicial de la Corte Interamericana”. [Sagüés, Néstor P., “Dificultades operativas del ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano”, *La Ley*, 11/08/2010,1, LA LEY 2010-D, 1245, Cita: TR LALEY AR/DOC/5213/2010].

[63] *Declaración sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, formulada por la Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay, abril de 2019, disponible en: <https://www.mre.gov.py/index.php/noticias-de-embajadas-y-consulados/gobiernos-de-argentina-brasil-chile-colombia-y-paraguay-se-manifiestan-sobre-el-sistema-interamericano-de-derechos-humanos> (fecha de consulta 12/10/2024).

[60] CSJN, resolución n.º 4015, del 5 de diciembre de 2017.

[61] Así se expuso en Ábalos, María Gabriela, “Control de convencionalidad y margen de apreciación nacional: herramienta para la eficacia del Sistema Interamericano”, en el libro de ponencias de las I Jornadas Rioplatenses de Derecho Constitucional: Sagüés, María Sofía (coord.), *El cuidado de la persona humana ante los desbordes del poder: una mirada de los derechos humanos y el control de convencionalidad*, Buenos Aires, Osmar D. Buyatti, Librería Editorial, octubre de 2022, págs. 296 a 310.

un tribunal internacional que alcanza, desde el ámbito interno, un reconocimiento hacia la ley especial y sus efectos, más que un encuentro de competencias alineadas⁽⁶⁴⁾.

Bien resume Mastromarino: “La doctrina del margen de apreciación y su empleo nos invita a buscar sin descanso el equilibrio entre integración e identidad nacional, espacio supranacional y espacio nacional, entre estados y tribunales supranacionales”⁽⁶⁵⁾, ello en el camino del diálogo bidireccional que se propone fortaleciendo el margen de apreciación bajo el respeto absoluto de los derechos humanos.

El maestro Sagüés cierra expresando que “[e]se desafío de comprensión es mutuo, y requiere una especie de esfuerzo compartido. Por un lado, los tribunales nacionales deben asumir el nuevo orden de cosas y adoptar una ami-

(64) Albanese, Susana, “Diálogo entre Cortes. El Protocolo 16 a la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH)”, *La Ley*, 29/8/2014, 1, LA LEY 2014-E, 724, Cita: TR LALEY AR/DOC/1700/2014. Véase también, entre otros, López Guerra, Luis, “Los protocolos de reforma n.º 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Española de Derecho Europeo* 49, enero - marzo 2014, págs. 11-29.

(65) Mastromarino, Anna, “El margen de apreciación: ¿una posible estrategia de integración regional?”, *Revista General de Derecho Público Comparado* 27 (2020).

gable política de seguimiento de lo que indique la Corte Interamericana. Por otro, esta última tiene que comprender las diversas realidades en las rigen los Derechos regionales y valorar el entendimiento que los tribunales constitucionales y cortes supremas domésticas hagan de esa problemática, circunstancia que puede justificar modulaciones en la interpretación, extensión y actuación de esos mismos Derechos”⁽⁶⁶⁾.

VOCES: PROVINCIAS - COMPETENCIA PROVINCIAL - COMPETENCIA FEDERAL - MUNICIPALIDADES - PODER LEGISLATIVO - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - DERECHO POLÍTICO - ESTADO - JURISDICCIÓN - PODER JUDICIAL - JURISPRUDENCIA - DERECHO CONSTITUCIONAL - DIVISIÓN DE PODERES - PODER EJECUTIVO - DECRETOS - CONSTITUCIONES PROVINCIALES - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - DEMOCRACIA - CONSTITUCIÓN NACIONAL - CONGRESO NACIONAL

(66) Sagüés, Néstor P., *Guía práctica de control latinoamericano de convencionalidad*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2020, pág. 89. Véase, del mismo autor, *La Constitución bajo tensión*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétalo, 2016.

La doctrina del control de convencionalidad de la Corte IDH y la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay: ¿Una relación de tensión o legitimidad?

Al querido Maestro y mejor ser humano Néstor Pedro Sagüés

por FRANKLIN ALEJANDRO FUENTES SANTANA^(*)

Sumario: I. PREÁMBULO. – II. INTRODUCCIÓN. – III. ANTECEDENTES DE LA DOCTRINA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. – IV. CONCLUSIONES.

I. Preámbulo

Es para mí un gran honor participar de este merecido homenaje al querido Maestro Néstor Pedro Sagüés. Hoy me embarga la emoción por contribuir a esta edición colectiva en la memoria de quien vive entre nosotros a través de su legado, que se proyecta a través del conocimiento transmitido en cada una de sus obras. A pesar del agravamiento de su salud, nunca perdió la lucidez y profundidad en las reflexiones que caracterizaron toda su vida. Desde el lugar en el cielo reservado a los grandes maestros, él seguirá intercambiando conocimientos y nosotros desde aquí continuaremos proyectando las ideas de ese ser humano inmensamente generoso, capaz de conversar con sus discípulos de la misma forma que con los grandes maestros.

II. Introducción

A partir de un análisis crítico de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁽¹⁾ del 20 de mar-

zo de 2013 en el caso “Gelman vs. Uruguay”⁽²⁾ y de las sentencias de la Suprema Corte de Justicia N.ºs 392 del 19 de agosto de 2013 y 286 del 10 de mayo de 2022, procuraremos:

a) Definir si la doctrina del control de convencionalidad contenida en la jurisprudencia de la Corte IDH posee un fundamento para atribuir efectos jurídicos *erga omnes* sobre los estados que no han sido parte de un litigio internacional ni han tenido la oportunidad de defender una interpretación diferente del Pacto de San José de Costa Rica⁽³⁾.

b) Determinar si esta doctrina posee legitimidad para tener efecto vinculante para obligar todos los órganos estatales –especialmente aquellos más cercanos a la administración de justicia– a realizar un control de convencionalidad difuso y no aplicar las normas internas contrarias a esta.

c) Determinar si los Estados parte del Sistema Interamericano están obligados a cumplir únicamente las sentencias dictadas en los litigios en los que han sido parte (*res iudicata*) o también deben dar cumplimiento a la interpretación que se deduce de la *ratio decidendi* como cosa interpretada (*res interpretata*).

III. Antecedentes de la doctrina del control de convencionalidad

El caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”⁽⁴⁾ (2006) representó el origen del control de convencionalidad en cabeza de los jueces nacionales. La Corte IDH –que hasta ese momento ejercía por sí misma el control de convencionalidad– reclamó que, cuando un Estado ha ratificado el Pacto de San José de Costa Rica, “sus jueces –como parte del aparato estatal– están sometidos a [...] este], lo que les obliga a velar por que los efectos de [...] sus] disposiciones no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”⁽⁵⁾.

En el mismo año, en otra sentencia –en el caso “Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú (2006)”⁽⁶⁾– la Corte IDH sostuvo que ese mismo control debe realizarse respecto de todas las normas jurídicas internas, cualquiera sea su jerarquía (no solo las leyes), opuestas al Pacto, incluso respecto de la Constitución⁽⁷⁾.

El problema es que este control de convencionalidad difuso que la Corte IDH exige a los jueces domésticos no emerge de ningún instrumento internacional de derechos humanos ratificados por los estados. Los jueces nacionales se encuentran obligados a aplicar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ratificado por los Estados, en tanto y en cuanto constituya derecho positivo vigente de fuente internacional y no porque emerge de una doctrina que no consintieron ni contribuyeron a conformar.

Si esto no es así, entonces debemos admitir que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se encuentra por encima del derecho interno (incluso de la Constitución). Esto podría ser posible si los ordenamientos jurídicos internos le confieren jerarquía supranacional al Pacto o, en su caso, a los derechos contenidos en este.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Análisis de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Mendoza en punto al control de convencionalidad en el marco del control de constitucionalidad*, por VÍCTOR ENRIQUE IBÁÑEZ ROSAZ, EDCO, 2015-475; *Control de convencionalidad como método de supremacía de los tratados internacionales: hacia un nuevo rumbo en la jurisprudencia nacional*, por CARLOS ALBERTO FOSSACECA, EDCO, 2010-580; *El control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio*, por ISABEL GRILLO, EDCO, 2011-330; *La revisión del control de convencionalidad difuso y la identidad institucional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, por VALENTÍN THURY CORNEJO, EDCO, 2012-327; *Algunas inquietudes en torno al control de convencionalidad*, por MATÍAS SUCUNZA, EDCO, 2013-327; *El control de convencionalidad en el sistema de control de constitucionalidad argentino*, por ROMINA ARIANA DÍAZ, ED, 253-684; *Una sentencia pedagógica sobre el control de convencionalidad en el derecho argentino*, por SILVIA MARRAMA, ED, 255-335; *Una novedosa categoría jurídica: el “querer ser”*. *Acerca del pretendido carácter normativo erga omnes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del “control de convencionalidad”*, por ALFREDO M. VITOLO, EDCO, 2013-637; *Supremacía constitucional y control judicial de constitucionalidad. Aclaraciones conceptuales*, por PEDRO A. CAMINOS, EDCO, 2015-378; *La Argentina en el mundo de los sistemas de control de constitucionalidad*, por PEDRO A. CAMINOS, EDCO, 2015-520; *Conversación sobre la jurisprudencia actual de la Corte Suprema y el control de constitucionalidad*, por MIRTHA ABAD, EDCO, 2015-539; *Ejecutando sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una contestación de oficio muy especial*, por ESTELA B. SACRISTÁN, EDCO, 2017-58; *El desenlace del conflicto entre la Corte Suprema argentina y la Corte interamericana*, por NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, ED, 275-938; *La doctrina del margen de apreciación nacional y la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, por EDUARDO BUENADER, ED, 279-489; *El Poder Ejecutivo frente al sistema internacional de derechos humanos y la ejecución de sentencia internacional*, por MARÍA MACARENA ALURRALDE URTUBEY, ED, 280-688; *La República Argentina ante la Corte IDH: año 2018*, por PAULINA R. CHIACCHIERA CASTRO, ED, 283-659; *El margen de apreciación nacional en la lectura de los tratados internacionales: ¿laberinto o techo del derecho internacional de los derechos humanos?*, por LAUTARO E. PITIER y RICARDO G. RINCÓN, ED, 283-795; *La revisión de la cosa juzgada nacional frente a las sentencias de la Corte IDH*, por SERGIO NICOLÁS JAUIL, ED, 284-919. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Profesor Adjunto en Derecho Constitucional (UDELAR - URU). Profesor de Posgrado en (Universidad Austral, Argentina). Profesor de Posgrado (Universidad de Mendoza, Argentina). Coordinador Académico de la Diplomatura en Derecho Constitucional Latinoamericano (Universidad Austral). Asesor Parlamentario en el Poder Legislativo (URU). Profesor Adscripto de Derecho Público (UDELAR - URU). Magíster en Derecho Constitucional (UCLM, Toledo, España). Magíster en Derecho Parlamentario y Técnica Legislativa (UCLM, Toledo, España). Diplomado en Derecho Constitucional Latinoamericano (Universidad Austral, Argentina). Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Derechos Fundamentales (UCLM, Toledo, España). Diplomado en Argumentación Jurídica (Silex, España), Especialista en Alta Formación en Justicia Constitucional y tutela jurisdiccional de los derechos (Universidad de Pisa, Italia), Especialista en Derechos Humanos (UCLM, Toledo, España). Ha cursado Metodología de la Comparación Jurídica (Universidad de Bolonia, Italia).

(1) Corte IDH.

(2) Corte IDH, caso “Gelman vs. Uruguay”, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Supervisión de cumplimiento de sentencia, 20 de marzo de 2013.

(3) El Pacto, Pacto de San José, la Convención o la CADH.

(4) Corte IDH, caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

(5) Sagüés Néstor P., “Conferencia Control de Convencionalidad”, del 21/10/2015, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=3qDfGlbCuDU> (fecha de consulta 13/12/2021, 8:10).

(6) Corte IDH, caso “Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C 158, sentencia de 24 de noviembre de 2006.

(7) El caso de la Corte IDH, “La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile” (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C 73, sentencia de 5 de febrero de 2001, resulta ser un buen antecedente al respecto.

Cuando esto no ocurre, falta el consentimiento del Estado, de su comunidad o sociedad, en obligarse por los instrumentos internacionales de derechos humanos.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) establece que un Estado puede formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar, aprobar o adherir a un tratado. Pero esto no ocurre con la doctrina del control de convencionalidad de la Corte IDH cuando obliga a los jueces nacionales a ser jueces del sistema y pasar, incluso, por encima de la voluntad de los Estados.

El derecho internacional es, en este sentido, un “derecho autorregulado”, que en último término depende de la voluntad de los Estados en lo que hace a su existencia y a su alcance. Cada uno se obliga en los términos del instrumento internacional que ratifica de forma libre y soberana. Esto puede resultar entendido de manera diferente, pero, en ese caso, tendríamos que admitir que existe una soberanía supranacional por encima de los estados miembros con el poder de hacer la ley y no solo con el poder de ser la boca de la ley. Este poder se lo autoatribuye la Corte IDH sin el consentimiento previo de los Estados, sin necesidad de una legitimación democrática canalizada a través de los carriles constitucionales.

Que los jueces nacionales son jueces del Sistema Interamericano y están sometidos a los mandamientos de la doctrina del control de convencionalidad no emerge de ninguna norma jurídica internacional. Sin embargo, para la jurisprudencia de la Corte IDH es derecho positivo vigente y obligatorio para los Estados y no cumplirla equivale a una responsabilidad internacional para el Estado.

Ocorre que los únicos y más importantes sujetos de derecho internacional son los Estados, pero no los órganos estatales nacionales que se encuentran sometidos a este y al derecho interno de fuente nacional e internacional. Si no aceptamos esto, tenemos que admitir que la Corte IDH se encuentra habilitada a mandar a los jueces y órganos nacionales y que, ante un conflicto entre ambos ordenamientos, deben aplicar la referida doctrina y desaplicar del derecho interno contrario. Los Estados ratificaron los tratados libre y soberanamente, aceptaron la competencia de la Corte IDH para que ella aplique los instrumentos internacionales de derechos humanos, pero también, por añadidura, se les hace exigible una doctrina que no consintieron ni contribuyeron a conformar. Pero, además, si así fuera, los Estados ya no poseerían potestades sobre sus propios órganos de gobierno y estos no deberán obedecerlo como tal, sino a la doctrina del control de convencionalidad. Se advierte que todo órgano del Estado debe dar cumplimiento a los instrumentos internacionales en los términos que lo ha ratificado e incorporado al derecho interno.

En el año 2009, en el caso “Radilla Pacheco vs. México”⁽⁸⁾, la Corte IDH reclamó a los jueces y tribunales nacionales que interpreten las disposiciones del derecho interno conforme al Pacto y su jurisprudencia.

Para Sagüés, la Corte IDH, en esta última sentencia, invierte el orden: pasa de un control de convencionalidad inicialmente represivo (de desaplicación del derecho interno contrario al Derecho Internacional de los Derechos Humanos) a un control constructivo armonizador del derecho interno y el Pacto de San José. No pretende aquí destruir o desaplicar las normas internas, sino reciclarlas o adaptarlas al Pacto y a la jurisprudencia de la Corte IDH y, para el caso que ello no sea posible, recién entonces desaplicarlas⁽⁹⁾.

Aquí la Corte descendió un escalón para reclamar a los órganos de los Estados que no desapliquen las normas internas, sino que las apliquen de manera conforme el Pacto de San José y su jurisprudencia.

La Corte advierte que la pretendida supremacía de esta doctrina impacta directamente con la naturaleza “coadyuvante o complementaria” del Pacto respecto del derecho interno, previsto en su Preámbulo (principio de subsidiariedad).

Cuando, en el ámbito interno, se dictan leyes a través del Poder Legislativo se elaboran conforme a la Constitución de cada Estado y por un Poder que ejerce democracia representativa. Se crean normas jurídicas conforme a un

procedimiento que la propia Constitución establece. El Poder Judicial no goza de legitimidad para crear normas, sino para aplicarlas. No sería legítimo que un Poder que no tiene potestad para crear normas lo hiciera y esto, por supuesto, aplica a la Corte IDH.

En el año 2013, en “Gelman vs. Uruguay 2”⁽¹⁰⁾, la Corte reclamó que el control de convencionalidad sea realizado no solamente por los jueces y tribunales, sino por todos los órganos del Estado, especialmente aquellos más cercanos a la administración de justicia.

La Corte IDH sostiene que las obligaciones convencionales “vinculan a todos los poderes y órganos del Estado –todos los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, u otras ramas del poder público)– y otras autoridades públicas o estatales, de cualquier nivel, incluyendo a los más altos tribunales de justicia [...]” (párr. 59).

La Corte sostiene que la doctrina del control de convencionalidad ha sido acuñada en la jurisprudencia interamericana “como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, específicamente, la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia” (párr. 65).

Sigue la Corte: “todas la[s] autoridades estatales están en la obligación de ejercer *ex officio* un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (párr. 66).

Se van a observar aquí dos “manifestaciones distintas de esa obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, dependiendo de si la Sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no” (párr. 67).

En primer lugar, “cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada internacional respecto de un Estado que ha sido parte de un caso sometido a la jurisdicción de la Corte, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, están sometidos al tratado y a la sentencia de ese Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte no se vean mermodos por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin” (párr. 68).

En este supuesto, sostiene la Corte, “se está en presencia de *cosa juzgada internacional*, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia” en un todo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 68 del Pacto, conforme con el cual los Estados “se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes” (párr. 68, *itálica añadida*).

La “segunda manifestación” del control de convencionalidad refiere a los casos en los que un Estado no ha sido parte del proceso internacional en que fue establecida dicha jurisprudencia: así “todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado” (párr. 69), por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la elaboración y aplicación de normas, en su validez y compatibilidad con la Convención, “como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana” (párr. 69).

El artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana establece que “[e]l ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos. La democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional”.

(8) Corte IDH, sentencia del 23 de noviembre de 2009, en el caso “Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C 209.

(9) Sagüés Néstor P., “Conferencia Control de Convencionalidad”, del 21/10/2015, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=3qDfGibcuDU> (fecha de consulta 13/12/2021, 9.10).

(10) Corte IDH, caso “Gelman vs. Uruguay”, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Supervisión de cumplimiento de sentencia, 20 de marzo de 2013, párr. 69.

La Corte IDH en el caso “Yatama vs. Nicaragua” (sentencia de 23 de junio de 2005) ha establecido «que “la democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte”, y constituye “un ‘principio’ reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano”. Los derechos políticos protegidos en la Convención Americana, así como en diversos instrumentos internacionales, propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político»⁽¹¹⁾. La democracia representativa es, entonces, un pilar o instrumento fundamental del Sistema Interamericano de Derechos Humanos aceptado por los Estados miembros y por la propia Corte en su jurisprudencia.

Sin embargo, las “instancias democráticas” de los Estados —como pueden ser la democracia representativa o los institutos de democracia directa, tales como las reformas constitucionales—, como sostiene la Corte en “Gelman vs. Uruguay 2”, matizan ese pilar fundamental que es la democracia representativa. Las normas internas que dicten los poderes representativos y las reformas constitucionales que ratifique el Cuerpo Electoral están limitados por la cosa interpretada. La Corte condiciona la aprobación de normas jurídicas de cualquier jerarquía al propio tratado (que los Estados ratificaron) y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte IDH que no consintieron ni contribuyeron a conformar.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de Uruguay (sentencia 392/2013) advierte “que ninguna disposición de la CADH establece que la jurisprudencia sentada en las sentencias u opiniones consultivas de la Corte IDH o en los informes de la Com. IDH sea obligatoria para las autoridades nacionales. El artículo 68.1, CADH, que establece que los Estados partes se comprometen a cumplir la decisión de la Corte Interamericana en todo caso en que sean partes, ‘no se refiere a la jurisprudencia, sino a la parte resolutive de la sentencia o resolución de la Corte IDH. Por ello, en la CADH no puede encontrarse el fundamento de un deber de derecho internacional de seguir la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano’”.

En el caso “Gelman vs. Uruguay 2”, la Corte IDH también sostuvo que el control de convencionalidad se extiende a los precedentes, o lineamientos jurisprudenciales, las doctrinas sentadas, las cuales proyectan un efecto *erga omnes* a todos los Estados parte del sistema que aceptaron su jurisdicción contenciosa (*res interpretata*), a pesar de que no hayan tenido la oportunidad de defender una interpretación diferente del tratado.

La jurisprudencia internacional es una fuente auxiliar para la determinación de las reglas de derecho (cfr. artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia)⁽¹²⁾. No existe ninguna norma jurídica en el ámbito interno o en el derecho internacional que le atribuya el carácter de fuente principal a esta doctrina, tampoco esto surge del artículo 68 del Pacto.

Sagüés sostiene que esta doctrina supone una “interpretación mutativa por adición realizada sobre el Pacto por la Corte Interamericana, en su condición de intérprete definitiva del mismo” (art. 67). Y suma: “El tribunal ha agregado algo al contenido inicial del Pacto, aunque el texto literal de este no ha variado”⁽¹³⁾.

García Ramírez, por su parte, sostiene que “[l]a jurisdicción interamericana no pretende y jamás se propuso sustituir a las jurisdicciones nacionales en oficio de protector de Derechos Humanos”⁽¹⁴⁾.

En la propia sentencia, la Corte entiende que este efecto *erga omnes* de su jurisprudencia “tiene íntima relación con el ‘principio de complementariedad’, en virtud del cual la responsabilidad estatal bajo la Convención solo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios”. Este principio de complementariedad, en los términos del Preámbulo de la propia CADH, es “coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos” (párr. 70).

El problema es que, cuando la Corte IDH extiende esta doctrina del control de convencionalidad, sus precedentes y argumentos jurisprudenciales a los Estados que no han tenido oportunidad de defender una interpretación diferente del Pacto pone al derecho interno en carácter complementario o subsidiario, en tanto aquel debe adaptarse a este. De ese modo, para que el Estado no incurra en responsabilidad internacional, invierte el principio de subsidiariedad.

Sagüés sostiene que, con el efecto vinculante de su jurisprudencia, la Corte IDH “ha afirmado como obligatoria una tesis semejante, de algún modo, al *stare decisis*, o valor del precedente estadounidense de su Corte Suprema de Justicia, doctrina creada en aquel país, también sin un texto constitucional expreso”⁽¹⁵⁾ que le sirva de sustento.

En último término, el derecho internacional es un “sistema autorregulado” en cuanto a su existencia y alcance, y por tanto está sujeto a la voluntad de los Estados que lo conforman. La Corte IDH ha caído en “una suerte de autismo jurídico”, y eso la ha llevado a interpretar “los derechos humanos emergentes de un instrumento internacional solamente ‘desde’ tal documento, desconociendo las realidades y el contexto normativo del Estado donde se debate una posible infracción a aquellos derechos”, concluye Sagüés⁽¹⁶⁾.

La Corte se convierte así en árbitro de la dignidad humana, de la democracia representativa y del debido proceso legal.

Todos los seres humanos tienen sus raíces, por ejemplo, en el cristianismo, en el liberalismo, en el socialismo, en las teorías que nos han enseñado nuestros antepasados. Mi idea de dignidad quizás pueda ser la misma que tienen casi todos ustedes, pero cuando se aplica a una comunidad indígena, cabe preguntarse: ¿por qué el juzgador debe ser el árbitro?

Hay quienes están convencidos de que arriba de las constituciones, por encima de los pueblos, están sus ideas sobre la forma de protección de los derechos humanos, y muchas veces resulta difícil de aceptar que la elección de los valores puedan hacerla los pueblos o las comunidades.

Existen cláusulas abiertas que permiten a los tribunales decidir lo que es digno: entonces quién decide esto, hombres de ciencia intelectualmente valiosos, pero con la falibilidad de cualquier ser humano, que seguramente no se encuentran habilitados para modificar el sistema de fuentes.

El concepto de dignidad no lo deciden el pueblo o las comunidades, sino hombres de carne y hueso entre cuatro paredes. Desde luego que el fin perseguido por estos cuando se producen flagrantes violaciones a los derechos humanos es muy loable. Pero esto debe explicarse y entenderse estudiando empíricamente cada cultura, cada tradición o conquistas de valores por parte de los pueblos latinoamericanos.

Sería necesario que la Corte IDH, cuando dicta una sentencia, piense en clave de cada sociedad, sobre cómo cada comunidad ha resuelto a lo largo de generaciones sus problemas, porque al querer proteger y promover derechos humanos en una determinada nación, puede estar afectando o destruyendo esto mismo en otra.

Eso no se logra cuando la Corte extiende la cosa interpretada a Estados que no fueron parte de un litigio ni tuvieron la oportunidad de defender una interpretación diferente. En el mejor de los casos, cada juez podrá conocer la situación de hecho planteada y cómo el Estado lo resolvió, pero no cómo lo hizo otra comunidad frente a una situación similar. ¿Es lo mismo una sociedad confesional que una no confesional al momento de resolver problemas como el comienzo y fin de la vida, o el matrimonio igualitario?

En contenido esencial de los derechos, los valores, deben ser compartidos por las más diversas comunidades y no impuestos por organismos jurisdiccionales supranacio-

(11) Corte IDH, caso “Yatama vs. Nicaragua” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C No. 1271, párr. 192.

(12) Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

(13) Sagüés, Néstor P., “Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad”, *Estudios constitucionales*, 2010, pp. 125-126.

(14) García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, IUS, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año V, n.º 28, 2011, pp. 123-159, especialmente véase la p. 139.

(15) Sagüés, Néstor P., “Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad”, *Estudios constitucionales*, 2010, pp. 125-126.

(16) Sagüés, Néstor P., “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos: experiencias en Latinoamérica”, *Ius et Praxis*, 9(1), 205-221, 2003, DOI: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122003000100011>. Y también, véase, Sagüés, Néstor P., “El Control de Convencionalidad como Instrumento para la Elaboración de un Ius Commune Interamericano”, en Von Bogdany, Armin; Ferrer Mac Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (coord.) *La Justicia Constitucional y su Internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, UNAM, México, 2010, tomo II, pp. 449-468.

nales. Porque el riesgo puede ser la desaprobación de las sociedades y comunidades y que conlleve incumplimientos por parte de los Estados o, lo que es peor, el abandono del sistema de protección. Esta doctrina impone interpretar una cultura y una tradición jurídica a través de parámetros establecidos en un proceso contra otra, lo que puede resultar completamente incompatible.

Cada caso es distinto de otro para un juez o tribunal. Debemos pensar que no existe una solución única para todos, no constituyen cosa buena los universalismos jurisprudenciales cerrados o sin apertura. La cosa interpretada no es solo la que la Corte interpreta, sino la que pueden interpretar los jueces nacionales que conocen más de cerca los valores de la sociedad en la que viven.

No se puede pretender exportar la cosa interpretada a Estados, cuyas sociedades no dieron su consentimiento para que ello sea así. Se exportan soluciones normativas que muchas sociedades o comunidades no pueden siquiera entender y eso puede producir una ineficiencia del sistema que todo jurista debe cuidar.

Entendemos que la Corte IDH no es última instancia de los tribunales nacionales y que la multicitada doctrina es obligatoria para todos los órganos del Estado, lo que difiere incluso del *stare decisis* vertical que aplica solo entre tribunales superiores e inferiores.

La Corte, al argumentar, no se esfuerza en mostrar que su razonamiento constituye una práctica común de los Estados parte, no procura generar un *ius commune* interamericano, porque en su jurisprudencia no está contenido un derecho común aceptado por todos los Estados, sino su “deber ser”.

En los sistemas del *stare decisis*, cuando un tribunal advierte que cometió un error en un caso previo, puede derogar la regla antigua. Si la Corte comete un error previamente, no deroga la decisión anterior; si modifica su jurisprudencia, ambas siguen siendo obligatorias para los jueces domésticos.

Una regla *stare decisis* puede resultar derogada cuando factores sociales, legales u otros importantes en la sociedad hubiesen cambiado desde que su decisión previa fue emitida. Esto no se tiene en cuenta en la jurisprudencia de la Corte regional. La modificación en la integración de la Corte puede producir cambios fundamentales porque, jurídica y moralmente, los nuevos integrantes tengan valores diferentes a sus antecesores.

Es imposible encontrar casos similares entre sociedades tan heterogéneas como existen en el Sistema Interamericano. El efecto *erga omnes* de la jurisprudencia de la Corte no busca su aplicación en hechos similares, sino que se aplica a todos los estados la misma doctrina, independientemente de las realidades sociales.

La Corte IDH, en “Gelman vs. Uruguay 2”, sostiene como fundamento de esta doctrina “que los tribunales de la más alta jerarquía en varios estados de la región [...] han referido al carácter vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana o han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por esta” (párr. 74). Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Argentina sostuvo en el caso “Mazzeo” (2007): “que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, ya que se “trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”⁽¹⁷⁾.

Se advierte que el hecho de que la jurisprudencia de la Corte IDH sea entendida por los jueces nacionales como una *insoslayable pauta de interpretación* para los poderes constituidos no lo convierte en derecho positivo vigente, sino que es un importante criterio de interpretación, pero que no se encuentra obligado a seguir.

El Tribunal Constitucional de Bolivia –citado por la Corte IDH– sostiene que el Pacto de San José compone el bloque de constitucionalidad constituido por tres partes esenciales, estrictamente vinculadas entre sí: el preámbulo, la denominada dogmática y la parte orgánica. En con-

secuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional “sistémico” debe establecerse que este órgano –y por ende las decisiones que de este emanan– forman parte también de este bloque de constitucionalidad⁽¹⁸⁾.

Entendemos que tampoco aquí se produce ninguna inconsistencia porque la doctrina del control de convencionalidad es aceptada por el Tribunal Constitucional como parte del bloque de constitucionalidad. Con esto tampoco se puede legitimar que los demás Estados que no han tomado esta posición tengan la obligación de hacerlo porque se considere a esta doctrina derecho positivo vigente.

La Corte IDH entiende que “de esto se desprende que varios tribunales nacionales de la más alta jerarquía han entendido que la jurisprudencia internacional es fuente de derecho, si bien con distintos alcances, y han utilizado los *obiter dicta* o la *ratio decidendi* de dicha jurisprudencia para fundamentar o guiar sus decisiones e interpretaciones” (párr. 86).

Eso es así porque tales altos tribunales han tomado a la doctrina como pauta de interpretación en sus sentencias, sin perjuicio de lo cual esto no determina que se pueda atribuir efecto *erga omnes* a esta jurisprudencia, porque no emerge de ninguna norma jurídica. Puede, lógicamente, ocurrir que cada ordenamiento interno adopte a la doctrina del control de convencionalidad sentada en la jurisprudencia de la Corte IDH como derecho positivo, pero en ese caso el consentimiento se producirá por los canales democráticos de cada Estado. También puede ocurrir que algún tribunal sienta precedente en sus fallos y de esa manera esta doctrina se convierta en obligatoria con ese carácter, pero siempre mediante la legitimación de situaciones que no hacen de esto un *ius commune* interamericano.

La Suprema Corte de Justicia de Uruguay en la sentencia 392/2013⁽¹⁹⁾ advierte: “solo es posible afirmar que existe un deber de seguir la jurisprudencia de la Corte IDH, en virtud de la doctrina judicial del control de convencionalidad, si antes se ha concluido que la jurisprudencia de la Corte IDH (también aquella que estableció el control de convencionalidad) es obligatoria. Para eludir caer en una petición de principio es necesario encontrar razones independientes a la misma jurisprudencia de la Corte IDH que permitan concluir el deber de seguir dicha jurisprudencia”. Así, “[u]n tribunal de última instancia tiene ciertamente la última palabra sobre un caso, sostiene el máximo tribunal, pero la doctrina del caso no es necesariamente obligatoria para otros ni para otros tribunales. Para que esto sea así el sistema debe contar con una regla adicional que establezca el carácter vinculante de los precedentes (*stare decisis et quia non muovere*) y esta regla no existe en el sistema interamericano. Por eso, mal puede derivarse una obligación de seguir la jurisprudencia del solo hecho de que un tribunal tenga la autoridad final para decidir un caso”.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de Uruguay (sentencia 286/2022⁽²⁰⁾) ha expresado que “no puede invocarse la teoría clásica de la soberanía para limitar la protección de los derechos humanos. Los derechos humanos han desplazado el enfoque del tema y ya no se puede partir de una potestad soberana ilimitada para el Estado en su rol de constituyente”. “Por el contrario, la regulación actual de los derechos humanos no se basa en la posición soberana de los estados, sino en la persona en tanto titular, por su condición de tal, de los derechos esenciales que no pueden ser desconocidos con base en el ejercicio del Poder Constituyente, ni originario ni derivado (Cfm. SCJ N.º 365/2009)”⁽²¹⁾.

Entendemos que no existe un conflicto entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la soberanía de los Estados porque, una vez que aquel ha sido ratificado, es derecho positivo vigente y obligatorio para el Uruguay. La Suprema Corte es un poder constituido y, como tal, está sometida a la Constitución, mucho más cuando en nuestro país los derechos humanos expresa e

(17) Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”, 13 de julio de 2007, Fallos: 330:3248, cons. 20.

(18) Sentencia emitida el 10 de mayo de 2010 por el Tribunal Constitucional de Bolivia (Expediente N.º 2006-13381-27-RAC), apartado III.3. sobre “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Fundamentos y efectos de las Sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

(19) Sentencia SCJ N.º 392/2013, de 19/8/2013, disponible en Base de Datos CADE, Uruguay.

(20) Sentencia SCJ N.º 286/2022, de 10/5/2022; disponible en Base de Datos CADE, Uruguay.

(21) Sentencia SCJ N.º 365/2009, de 19/10/2009; disponible en Base de Datos CADE, Uruguay.

implícitamente comprendidos en el derecho internacional forman parte de nuestra Constitución en tanto sean inherentes a la persona humana o derivados de la forma republicana de gobierno.

La Corte sostiene finalmente que “los derechos humanos representan por tanto obligaciones inderogables (como parte del *jus cogens*) y que prevalecen sobre la reivindicación de la soberanía de los estados. Son derechos cuya violación o limitación de parte del Estado constituye un ilícito de tipo fundamental, un ilícito más grave de aquellos que el Estado comete si viola un derecho constitucional. Como tal, el derecho humano prevalece sobre los mismos derechos constitucionales”.

Pero más adelante sostiene que estas normas del *jus cogens*, “con prescindencia de su ratificación por un Estado, están integradas al sistema normativo base [...de este], y sin lugar a dudas, en temas como el que nos ocupa que refiere a la protección –garantía– de los derechos humanos, por explícita aplicación del artículo 72 de la Constitución”, lo que comparto.

IV. Conclusiones

La jurisprudencia es fuente auxiliar del derecho internacional, porque así lo establece el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. La sentencia tiene eficacia *inter partes* y *respecto del caso que se ha decidido* (artículo 68 del Pacto y artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia). No existe fundamento jurídico para atribuirle efecto *erga omnes*.

Queda “fuera de toda discusión que la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la intérprete última de la Convención Americana de Derechos Humanos –naturalmente en el ámbito de sus competencias–” y que “la intérprete última de la Constitución de la República Oriental del Uruguay es la Suprema Corte de Justicia”⁽²²⁾.

La Corte IDH obliga a todos los jueces o tribunales a ejercer sus funciones jurisdiccionales a nivel interno como si fuera última instancia de estos, pero no lo es. El juez doméstico acaba sin opción sobre el cumplimiento de la jurisprudencia internacional. “Si la idea de la [doctrina] del control de convencionalidad como obligación exige considerar necesariamente la jurisprudencia internacional, optar por no seguirla [...] generará como consecuencia una responsabilidad internacional del Estado”⁽²³⁾.

(22) Sentencia SCJ N.º 20/2013, del 22/2/2013, disponible en Base de Datos CADE, Uruguay.

(23) Bandeira Galindo, George Rodrigo, “El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Bandeira Galindo, George Rodrigo; Urueña, René y Torres Pérez, Aída (coords.), *Protección Multinivel de Derechos Humanos. Manual*, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013, p. 269.

La idea seguida por la Corte IDH de atribuir efectos *erga omnes* a sus decisiones está fundada en una jerarquía superior del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la doctrina del control de convencionalidad respecto del derecho interno, pero eso no surge del Pacto ni de sus antecedentes, tampoco de otros instrumentos internacionales ratificados por el Estado. La supremacía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la *res interpretata* de la Corte IDH puede contribuir a generar una única soberanía internacional protectora de los derechos humanos sin el consentimiento previo de los Estados.

La Corte IDH olvida el consentimiento otorgado por los Estados al ratificar la Convención y aceptar su competencia obligatoria. Al aceptarla, establecieron sus atribuciones y en esa medida limitaron su soberanía.

Una justificación podría consistir en conformar un *stare decisis* interamericano en el que la jurisprudencia de los tribunales nacionales resultara sometida a la jurisprudencia de la Corte. Sin embargo, esto no es posible en este estado de situación porque el *stare decisis* vertical aplica solo entre los tribunales superiores e inferiores, pero no para el resto de los órganos del Estado y tampoco la Corte IDH es superior de los tribunales domésticos.

Cuando la Corte obliga a los Estados a no aplicar las normas internas que sean contrarias a su *res interpretata*, no es porque estas constituyan una práctica común a todos los Estados parte. En su jurisprudencia no está contenido un derecho común aceptado por todos los Estados que pretenda generar un *ius commune* interamericano sin obtener el consentimiento de los Estados, sobre la base de un derecho no consensuado e impuesto por la jurisprudencia.

Un Estado que abandona el Sistema Interamericano recibe una condena colectiva de la comunidad internacional y debe seguir siendo así. El problema puede ocurrir cuando a un Estado le resulte menos gravoso abandonar el Sistema que quedarse en él. Por eso, el Sistema debe encontrar una fuente de legitimidad que hoy no tiene, lo cual genera muchas tensiones con los órganos internos más cercanos a la administración de justicia. Ese es el desafío que el Sistema Interamericano debe superar en el futuro.

VOCES: CONSTITUCIÓN NACIONAL - LEY - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD - PODER JUDICIAL - DERECHO CONSTITUCIONAL - PROCESO JUDICIAL - CONTROL DE CONVENCIONALIDAD - TRATADOS Y CONVENIOS - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - JURISPRUDENCIA - DERECHO COMPARADO - DERECHOS HUMANOS - PODER EJECUTIVO - CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - PODER LEGISLATIVO

Herramientas para optimizar el ejercicio del control de convencionalidad a cargo de los tres poderes del Estado

por MARCELO F. TRUCCO(*)

Sumario: I. DEDICATORIA ESPECIAL. – II. INTRODUCCIÓN: DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS “CONOCIDO” AL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS “EFICIENTE” EN LOS ORDENAMIENTOS INTERNOS. – III. LA NECESARIA ARMONÍA DE LOS PODERES ESTATALES PARA RESPETAR Y GARANTIZAR LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES. – IV. DIMENSIONES Y ALCANCES DEL EJERCICIO DEL CONTROL JUDICIAL DE CONVENCIONALIDAD. – V. PAUTAS PARA EL CONTROL LEGISLATIVO DE CONVENCIONALIDAD. – VI. ASPECTOS DISTINTIVOS DEL CONTROL EJECUTIVO DE CONVENCIONALIDAD. – VII. REFLEXIONES FINALES: CÓMO MEJORAR LA INVOCACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH EN CASOS PARTICULARES.

I. Dedicatoria especial

Quiero dedicar las siguientes reflexiones y mi eterno agradecimiento al querido maestro Néstor P. Sagüés, quien ha inspirado en mí la pasión por profundizar los contornos y alcances del control de convencionalidad y, en general, la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en los ordenamientos internos. Sin duda, sus enseñanzas, su inteligencia para poder identificar los problemas actuales del control de convencionalidad y su claridad para abrir nuevos debates y horizontes posibles quedarán para siempre presentes en quienes tuvimos el enorme honor de formarnos a su lado. Querido Néstor: que tu humildad, sabiduría y pasión por la docencia sean el faro que nos siga iluminando en el recorrido académico y en la búsqueda de la mejor promoción y defensa de los derechos y libertades de todas las personas.

II. Introducción: del derecho internacional de los derechos humanos “conocido” al derecho internacional de los derechos humanos “eficiente” en los ordenamientos internos

A mediados del siglo XX, el reconocimiento del individuo como sujeto del derecho internacional tuvo un im-

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *EL DERECHO: Análisis de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Mendoza en punto al control de convencionalidad en el marco del control de constitucionalidad*, por VÍCTOR ENRIQUE IBÁÑEZ ROSAZ, EDCO, 2015-475; *Control de convencionalidad como método de supremacía de los tratados internacionales: hacia un nuevo rumbo en la jurisprudencia nacional*, por CARLOS ALBERTO FOSSACECA, EDCO, 2010-580; *El control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio*, por ISABEL GRILLO, EDCO, 2011-330; *La revisión del control de convencionalidad difuso y la identidad institucional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, por VALENTÍN THURY CORNEJO, EDCO, 2012-327; *Algunas inquietudes en torno al control de convencionalidad*, por MATÍAS SUCUNZA, EDCO, 2013-327; *El control de convencionalidad en el sistema de control de constitucionalidad argentino*, por ROMINA ARIANA DÍAZ, ED, 253-684; *Una sentencia pedagógica sobre el control de convencionalidad en el derecho argentino*, por SILVIA MARRAMA, ED, 255-335; *Una novedosa categoría jurídica: el “querer ser”. Acerca del pretendido carácter normativo erga omnes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del “control de convencionalidad”*, por ALFREDO M. VITOLO, EDCO, 2013-637; *Supremacía constitucional y control judicial de constitucionalidad. Aclaraciones conceptuales*, por PEDRO A. CAMINOS, EDCO, 2015-378; *La Argentina en el mundo de los sistemas de control de constitucionalidad*, por PEDRO A. CAMINOS, EDCO, 2015-520; *Conversación sobre la jurisprudencia actual de la Corte Suprema y el control de constitucionalidad*, por MIRTHA ABAD, EDCO, 2015-539; *Ejecutando sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una contestación de oficio muy especial*, por ESTELA B. SACRISTÁN, EDCO, 2017-58; *El desenlace del conflicto entre la Corte Suprema argentina y la Corte interamericana*, por NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, ED, 275-938; *La doctrina del margen de apreciación nacional y la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, por EDUARDO BUENADER, ED, 279-489; *El Poder Ejecutivo frente al sistema internacional de derechos humanos y la ejecución de sentencia internacional*, por MARÍA MACARENA ALURRAIDE URTUBEY, ED, 280-688; *La República Argentina ante la Corte IDH: año 2018*, por PAULINA R. CHIACCHIERA CASTRO, ED, 283-659; *El margen de apreciación nacional en la lectura de los tratados internacionales: ¿laberinto o techo del derecho internacional de los derechos humanos?*, por LAUTARO E. PITIER y RICARDO G. RINCÓN, ED, 283-795; *La revisión de la cosa juzgada nacional frente a las sentencias de la Corte IDH*, por SERGIO NICOLÁS JAILI, ED, 284-919. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (Pontificia Universidad Católica Argentina). Docente de Derechos Humanos (Pontificia Universidad Católica Argentina) y de Derecho Internacional Público (UNR). Docente de Posgrado en temas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos en diversas universidades nacionales y del extranjero. Autor de libros y artículos sobre la especialidad.

pacto significativo. Desde aquel momento, la comunidad internacional entendió que el mundo de la posguerra no podía reconstruirse sino a partir de repensar los valores y los principios que deben ser reconocidos por las normas, teniendo siempre en el horizonte el respeto por la dignidad humana. Fue entonces que, a partir de consensos mínimos plasmados en instrumentos universales y regionales de derechos humanos, se edificó el derecho internacional de los derechos humanos como espacio coadyuvante y complementario a la protección hasta ese momento solo prevista en los ordenamientos internos.

A lo largo de las siguientes décadas –y con mayor énfasis en nuestro país a partir de la reforma constitucional de 1994– las convenciones en materia de derechos humanos se ofrecen como herramientas que, respetando su fuente internacional, conviven con las normas de fuente doméstica en el propósito de adoptar la decisión que resulte más favorable a la persona humana. La creciente invocación de tratados internacionales de derechos humanos, de interpretaciones vertidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en casos contenciosos y en opiniones consultivas dan muestra del creciente desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y su aplicación de manera transversal en todas las ramas del derecho. Tal dinamismo implica que ya ningún operador pueda invocar el “desconocimiento” de las normas internacionales como justificación para su falta de aplicación.

Frente a esta realidad se imponen las siguientes preguntas: ¿Basta solo con el mero conocimiento de la “existencia” de la ratificación por parte de nuestro país de los instrumentos internacionales universales y regionales de derechos humanos? ¿Puede un estado “conformarse” con ese reconocimiento formal de los compromisos en sede internacional? Necesariamente, las respuestas nos llevan a advertir, por un lado, que estamos pasando de una etapa de conocimiento de las convenciones a una etapa en donde hay que insistir en su efectiva aplicación. Es decir, de nada sirve firmar todos los tratados internacionales si luego no se adoptan a nivel interno las medidas legislativas, las políticas públicas y las decisiones judiciales necesarias para satisfacer realmente los derechos y libertades reconocidos convencionalmente. El desafío es, sin duda, trabajar para dotar de eficacia y de efecto útil a las obligaciones internacionales.

De cara a ese objetivo, cobra relevancia la necesidad de practicar un adecuado control de convencionalidad en sede nacional, dado que la operatividad y cumplimiento de las obligaciones internacionales deben hacerse presentes en las políticas públicas y normas orientadas a tutelar en la realidad cotidiana, en el día a día, los derechos fundamentales de millones de personas que reclaman la protección de los Estados. La propia Corte IDH ha señalado que “[l]os Estados Partes en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos”⁽¹⁾.

III. La necesaria armonía de los poderes estatales para respetar y garantizar las obligaciones internacionales

Las obligaciones internacionales deben ser asumidas por el Estado en su conjunto. Un órgano o poder estatal no puede desligarse del compromiso bajo la excusa de que la tutela de un derecho determinado excede su competencia. En este sentido, conviene recordar las palabras del ex juez de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, quien, en ocasión de brindar su voto razonado en el caso “Myrna Mack Chang”, sostuvo: “[...] [p]ara los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale

(1) Corte IDH, caso del “Tribunal Constitucional vs. Perú”. Competencia, sentencia de 24 de septiembre de 1999, párr. 36. Se eliminó el resaltado del original.

el derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte solo a uno o algunos de sus órganos, entregar a estos la representación del Estado en el juicio –sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto– y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del ‘control de convencionalidad’ que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional”⁽²⁾.

Primigeniamente, la Corte IDH puso en manos del Poder Judicial la obligación de dar efectividad a los derechos reconocidos convencionalmente. Así, sostuvo en “Almonacid Arellano” que “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin”⁽³⁾. Tiempo más tarde, el Tribunal regional concretó debidamente los alcances del control de convencionalidad al sostener con claridad que “todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un ‘control de convencionalidad’”⁽⁴⁾.

Esta amplitud con que está concebida la obligación de verificar a nivel doméstico la garantía de derechos y libertades ratificados convencionalmente nos recuerda que el Estado es uno solo. Dicha comprensión implica que, si bien por el principio republicano de división de poderes las competencias son distribuidas y ejercidas por poderes distintos e independientes, ello no obsta que, al momento de asumir la responsabilidad internacional, la obligación sea ejercida por todos los que expresan la voluntad del Estado, ya sea en el ámbito ejecutivo, legislativo y judicial.

Tal obligación, compartida por los tres poderes del Estado, refuerza la necesidad del diálogo interinstitucional al momento de garantizar los derechos. La decisión que la justicia adopte sobre un caso determinado muchas veces depende, en su concreción y en su eficacia, de la participación de otros actores institucionales. Existe, en ciertas ocasiones, el temor a que entre los poderes se “invadan” esferas de competencias mutuas. En realidad, si bien la independencia y la separación de poderes están arraigadas en principios constitucionales, lo cierto es que, dentro del cuidado respetuoso de dichas competencias, debería articularse –en un sentido coadyuvante y complementario– las políticas necesarias a la debida satisfacción de los derechos de los habitantes. Recordemos que, desde sus primeras sentencias, la Corte IDH remarcó que la obligación que tienen los Estados de garantizar los derechos y libertades reconocidos en la Convención (CADH) “implica el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”⁽⁵⁾.

Esta necesaria articulación entre los poderes ratifica lo sostenido anteriormente en orden a que, en la mayoría de los casos, la violación a las obligaciones convencionales queda configurada por la inacción de uno de los órganos estatales, por “no hacer lo debido” en el marco de sus competencias. Bien sostiene Sagüés que “si un Estado firma una convención, que según la Constitución debe cumplirse, la inacción del Estado para dictar las normas locales consecuentes para cumplir con aquella convención, o de instrumentar las políticas públicas de ejecución de la convención o tratado, importa un acto de omisión inconventional”⁽⁶⁾, y que “[e]stas inconventionalidades pueden detectarse también en el diseño (o en la falta de diseño) de ciertas políticas públicas. Por ejemplo, en ‘Campo Algodonero’ [...] la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado por no implementar políticas que hubieran permitido impedir violaciones a

derechos humanos. Como anticipamos, ha dicho igualmente que los estados no pueden alegar dificultades económicas o previsiones presupuestarias insuficientes, para justificar situaciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en la materia y que no respeten la dignidad inherente al ser humano (‘Montero Aranguren’ [...] y ‘Vélez Loor’ [...])”⁽⁷⁾.

IV. Dimensiones y alcances del ejercicio del control judicial de convencionalidad

En el objetivo de hacer efectiva la compatibilidad de las normas internas con las convenciones adoptadas por el Estado, los jueces tienen un rol determinante. Son ellos quienes expresan la voluntad del Estado plasmada en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Por lo tanto, si bien no se duda del ámbito de libertad y sana crítica que tiene el operador judicial al momento de interpretar y hacer cumplir las normas, desde que el Estado, ratificó los tratados y aceptó la competencia de los órganos internacionales, el margen de discrecionalidad judicial encuentra límites. El apartamiento injustificado de las obligaciones internacionales al momento de decidir un asunto determinado puede comprometer gravemente la responsabilidad internacional del Estado⁽⁸⁾.

Como se anticipó, la Corte IDH pone no solo en los jueces, sino de manera más amplia en “todos los órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”⁽⁹⁾ la garantía del cumplimiento de las obligaciones internacionales. Esto implica que los jueces, además de ser jueces nacionales –es decir, de hacer cumplir en los casos que se le presentan a su competencia la Constitución y demás normas del país– se convierten también en “jueces del sistema interamericano y universal de derechos humanos”, dado que descansa en ellos el efectivo acatamiento a nivel interno de los mandatos y estándares convencionales. El control primario de convencionalidad a cargo de los jueces asume una importancia fundamental, especialmente porque los fallos y decisiones judiciales que firman quedan incluidos entre “las otras medidas” que los Estados se obligan a adoptar para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en las convenciones⁽¹⁰⁾.

La obligación que tienen los jueces de realizar de oficio el control implica, por un lado, no poder excusar su práctica bajo el argumento de la falta de invocación convencional dada por las partes, pero además significa la tarea del magistrado local para buscar y (eventualmente encontrar) el instrumento o la interpretación internacional que resulte más pertinente para tutelar los derechos denunciados en un caso determinado. Muchas veces suele ocurrir que las partes invocan tratados internacionales que no se vinculan concretamente con lo discutido en un asunto concreto o bien que pretendan convencer al magistrado sobre la base de cláusulas o jurisprudencia internacional “recortada” o “sacada de contexto”, lo que claramente obsta a una correcta aplicación del derecho convencional en ese asunto doméstico.

Asimismo, los operadores judiciales deben hacer el test de convencionalidad de manera completa. Es decir, deben analizar la adecuación de las reglas jurídicas internas con los tratados internacionales, pero también tener en cuenta la compatibilidad con la interpretación o alcance que de esos derechos realizó la Corte IDH. Así lo señaló expresamente el Tribunal regional al decir que “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”⁽¹¹⁾.

(7) Sagüés, Néstor P., “La inconventionalidad por omisión...”, op. cit.

(8) Téngase presente que numerosos casos que llegan a la competencia contenciosa de la Corte IDH se originan en decisiones judiciales inconventionales.

(9) Corte IDH, caso “Cabrera García y Montiel Flores Vs. México”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C No. 22.

(10) En el caso de la CADH, véase al respecto el artículo 2.

(11) Además del citado caso “Almonacid Arellano vs. Chile”, la Corte IDH mantuvo dicha interpretación en numerosos casos, por ejemplo, Corte IDH, caso “Liakat Ali Alibux vs. Surinam”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de enero de 2014, párr. 151; Corte IDH, caso de “Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 311 y Corte IDH, caso “Colindres Schonenberg vs. El Salvador”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 4 de febrero de 2019, Serie C No. 373, párr. 75.

(2) Corte IDH, caso “Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 25 de noviembre de 2003, voto razonado del juez Sergio García Ramírez.

(3) Corte IDH, caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154; párr. 124.

(4) Corte IDH, caso de “Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282.1.

(5) Corte IDH, caso “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 166.

(6) Sagüés, Néstor P., “La inconventionalidad por omisión: Niveles y perspectivas”, *Revista Jurídica del Noroeste Argentino*, número 1, diciembre de 2019, Cita IJ-CMVIII-874.

En la práctica, se advierten numerosas decisiones judiciales donde se analizan los alcances de un determinado derecho convencional, pero en “sintonía nacional”, es decir, conforme la interpretación (o “modulación”, al decir de Sagüés) dada por intérpretes locales. Este error parte de no reconocer que las convenciones tienen una naturaleza internacional propia e intérpretes internacionales propios que señalan las condiciones de vigencia con que dichos instrumentos deben aplicarse a nivel interno. En esta obligación de seguir la jurisprudencia de la Corte IDH no debe olvidarse que quedan incluidas las opiniones consultivas brindadas por el Tribunal. La Corte IDH ha despejado toda duda sobre el valor vinculante, obligatorio de sus opiniones consultivas, haciendo a estas también parte del control de convencionalidad.

Así lo afirmó al decir que “estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, ‘la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos’”⁽¹²⁾.

En relación con los efectos del control, en la actualidad debe preferirse agotar los recaudos a los fines de poder generar un control constructivo de convencionalidad, es decir, aplicar e interpretar las normas y prácticas internas conforme las obligaciones convencionales y no contra ellas, de manera de rescatar o salvar la normativa doméstica antes de declarar su invalidez o declararlas inaplicables para el caso concreto (control destructivo de convencionalidad). La construcción de “interpretaciones conformes” puede asumir distintas variables o modalidades cuya eficacia dependerá de la sagacidad y oficio del operador local para dotar de mayor concreción a la tutela de derechos y libertades comprometidos. Es la exigencia actual de un activismo judicial, que requiere de jueces que intervengan con dinamismo en el proceso, buscando, interpelando e incluso comprometiendo en el abordaje de complejos asuntos jurídicos a otros actores institucionales. Compartimos la reflexión de Sagüés cuando sostiene que “[n]aturalmente, todo este manejo de variables alerta que la tarea del intérprete-operador actual es mucho más trabajosa que años atrás, al par que demanda en quien la haga cualidades especiales de olfato jurídico, perspicacia, imaginación y acierto. Es mucho más sencillo invalidar un precepto antes que reciclarlo. Pero esta última operatoria es necesaria, antes de destruir o inaplicar reglas locales, máxime si ellas son constitucionales”⁽¹³⁾.

Por otra parte, debe reconocerse que aún persiste cierta resistencia en ámbitos judiciales en torno a seguir las interpretaciones formuladas por la Corte IDH o bien las decisiones adoptadas por la CIDH u otros comités del sistema universal de protección. Pienso que, para alejar estas tensiones, debe recordarse que en ningún momento el derecho internacional exige la aplicación “robótica”, automática o descontextualizada de sus interpretaciones. Si bien, en principio, es obligación convencional el acatamiento y cumplimiento de las convenciones y de las decisiones de la Corte IDH, debe siempre analizarse su aplicación en el caso concreto. Deben tenerse en claro las vías legítimas de evasión de las obligaciones internacionales asumidas como, por ejemplo, la posibilidad de aplicar la norma o interpretación más favorable contenida en una norma o interpretación doméstica (principio *pro persona*) o bien fundamentar la “evasión legítima” de un precepto o interpretación internacional alegando un margen de apreciación local.

El conocimiento por parte de las autoridades judiciales de todo lo vinculado a la aplicación y efectos del derecho internacional de los derechos humanos resulta absolutamente necesario para adaptar la aplicación del ordenamiento interno a los nuevos paradigmas constitucionales y convencionales, y así fortalecer la correcta administración de justicia. En este sentido, cobra trascendencia la necesidad de evaluar debidamente en los concursos de magis-

trados el conocimiento de derecho internacional de los derechos humanos⁽¹⁴⁾.

V. Pautas para el control legislativo de convencionalidad

La tutela de los derechos y libertades consagradas en las convenciones de derechos humanos debe ser acompañada, a nivel interno, por normas que logren concretar de manera efectiva aquella protección. En este sentido, el art. 2 de la CADH recuerda el compromiso que asumen los Estados partes de “[...] adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas [...] que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

La obligación de realizar control legislativo de convencionalidad es resaltada por la Corte IDH en varios antecedentes. Entre otros, el Tribunal sostuvo que los efectos de las disposiciones de la CADH no pueden verse mermados “por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin”⁽¹⁵⁾. En otro caso⁽¹⁶⁾, como se ha explicado, la Corte IDH remarcó que “el control de convencionalidad que deben hacer los operadores nacionales, jueces incluidos, versa tanto sobre la aplicación como respecto de la emisión de normas”⁽¹⁷⁾, y agregó, en su labor consultiva, que “un tratado internacional, por ejemplo, la CADH, obliga a todos los órganos del Estado parte, incluyendo al Poder Judicial y al Legislativo (Corte IDH, OC 21/14)”. A su vez, y en relación con el contenido de la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, la Corte IDH indicó que “[e]n el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas”⁽¹⁸⁾.

Cabe aclarar que hablamos del Poder Legislativo en sentido amplio, incluyendo los ámbitos legislativos nacionales, provinciales y también los municipales (concejos deliberantes). Asimismo, vale también para las convenciones constituyentes que deben analizar proyectos de reforma constitucionales. A ellos también les cabe la obligación de realizar el control de convencionalidad para que esa reforma constitucional resulte conforme a las convenciones internacionales ratificadas por el país.

Si se sigue a Sagüés, el “control legislativo” de convencionalidad supone el deber del Estado a “modificar, adaptar y en su caso abolir”⁽¹⁹⁾ las normas opuestas al bloque de convencionalidad o a la jurisprudencia de la Corte IDH (en ocasiones dicha obligación ha sido ordenada por la Corte IDH a modo de reparación y como garantía de no repetición ante violaciones de derechos consagrados en la CADH⁽²⁰⁾). A su vez, dice Sagüés, puede implicar “sancionar las normas que por compromisos internacionales debe emitir”, como así también abarca la obligación de “no dictar normas contrarias al bloque de convencionalidad de ese Estado o la jurisprudencia de la Corte Interamericana”⁽²¹⁾. Esta última obligación revela que hay límites a lo “debatible” legislativamente. Muchas veces hay proyectos de normas que se discuten en los ámbitos legislativos existiendo obstáculos conven-

(14) Incluso, el apartamiento manifiesto y reiterado de los preceptos e interpretaciones convencionales ha generado el pedido de *jury* de enjuiciamiento y de destitución de magistrados porque compromete gravemente la responsabilidad del Estado que representan.

(15) Corte IDH, caso “Gelman vs. Uruguay”, Fondo y Reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 2011.

(16) Corte IDH, caso “Gelman vs. Uruguay”, Supervisión de cumplimiento de resolución del 20 de marzo de 2013.

(17) Sagüés, Néstor P., “La inconvencionalidad por omisión...”, op. cit.

(18) Corte IDH, “Cinco Pensionistas vs. Perú”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de febrero de 2003, párr. 164, con cita de varios casos anteriores.

(19) Sagüés, Néstor P., “La inconvencionalidad por omisión...”, op. cit.

(20) Pueden mencionarse algunos ejemplos de casos contra Argentina. Así, en el caso “Kimel vs. Argentina” (Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 2 de mayo de 2008, Serie C 177) se ordenó adecuar la figura de calumnias e injurias de la legislación penal de manera que la regulación no afecte la libertad de expresión. En el caso “Mendoza y otros vs. Argentina” (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, sentencia de 14 de mayo de 2013, Serie C No. 260) la Corte IDH obligó al país a ajustar su marco legal a los estándares internacionales señalados en la sentencia en materia de justicia penal juvenil.

(21) Sagüés, Néstor P., “La inconvencionalidad por omisión...”, op. cit.

(12) Corte IDH, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, Serie A No. 21, párr. 31. Se omitieron las citas al pie de página.

(13) Sagüés, Néstor P., “Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XXI, Bogotá, 2015, págs. 141-149.

cionales para avanzar en su tratamiento y eventual aprobación⁽²²⁾.

Una nota distintiva del control legislativo con perspectiva de derechos humanos es la necesidad de su práctica con carácter preventivo, pues procura evitar que una ley sea declarada inconstitucional o inconvencional por el órgano judicial y así evitar la posible responsabilidad internacional del Estado. Una posibilidad poco utilizada por los estados es consultar a la Corte IDH sobre la convencionalidad de ciertos proyectos legislativos, más cuando estos abordan temas de gran sensibilidad en la opinión pública. Dicha posibilidad se encuentra habilitada expresamente por la CADH, en el artículo 64.2: “La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”.

A los fines de pensar cómo puede optimizarse el ejercicio del control de convencionalidad en los ámbitos legislativos resultaría práctico, por un lado, revisar adecuadamente el contenido de los proyectos legislativos a los fines de realizar los “ajustes convencionales” necesarios que permitan eliminar las cláusulas que se muestren incompatibles con los parámetros internacionales; y, por otro lado, recordar que las convenciones internacionales de derechos humanos siempre constituyen bases de consenso “mínimas” que los estados asumen cumplir, son pisos pero nunca techos, lo que implica que las leyes internas están llamadas a ampliar, enriquecer y mejorar los alcances y protecciones plasmados en los tratados internacionales.

Como podemos apreciar, la relevancia que asume el control de convencionalidad en cabeza del Poder Legislativo debe llevar a redoblar el esfuerzo en la adecuada capacitación de nuestros legisladores y legisladoras y de sus cuerpos de asesoría para un ejercicio responsable de tan importante función⁽²³⁾.

VI. Aspectos distintivos del control ejecutivo de convencionalidad

La realización del control “ejecutivo” de convencionalidad ofrece alcances particulares. Por un lado, encuentra su fundamento en que su realización “es función y tarea de cualquier autoridad pública”⁽²⁴⁾, y debe ser practicado por “todas las autoridades de un Estado parte en la Convención”⁽²⁵⁾. Comprende, entonces, al presidente de la Nación (como máxima autoridad) y alcanza de manera amplia a gobernadores, intendentes, ministros, secretarios, directores y demás funcionarios del Estado a nivel nacional, provincial, municipal, comunal. El Tribunal regional, con claridad, sostuvo que “[e]l respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es, así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención”⁽²⁶⁾.

El control se orienta especialmente a que las normas que los órganos ejecutivos emitan (decretos, resoluciones, ordenanzas, protocolos de actuación y cualquier otra regla jurídica) resulten compatibles con los instrumentos internacionales de derechos humanos, con la jurisprudencia de la Corte IDH y con las recomendaciones dictadas por los comités universales y regionales de protección. Pienso que, aquí también, el control ejecutivo de convencionalidad debe manifestarse de manera preventiva, es decir, de modo que se evite la adopción de disposiciones contrarias al bloque de convencionalidad⁽²⁷⁾. En esta manifestación preventiva, Sagüés incluye la opción del “veto u objeción presidencial a un proyecto de ley, que bien puede fun-

darse, llegado el caso, en el hecho de que esa iniciativa legislativa vulnere alguna disposición del derecho internacional de los derechos humanos”⁽²⁸⁾.

En relación con los efectos que puede generar el control ejecutivo de convencionalidad, podría pensarse en la posibilidad de que, como consecuencia del control, un decreto del Poder Ejecutivo deje sin efecto, inaplique, un decreto precedente al cual se reputa inconvencional⁽²⁹⁾.

El control ejecutivo de convencionalidad no solo debe verificarse en relación con la emisión de normas, sino que también abarca la necesidad de que las políticas públicas y prácticas estatales también resulten conformes a los tratados internacionales y a la jurisprudencia de la Corte IDH. El artículo 2 de la CADH resulta claro al exigir, por parte de los estados, la adopción de “cualquier otra medida” que sea necesaria para satisfacer los derechos y libertades reconocidos en la Convención. Precisamente, esas “otras medidas” aluden a las políticas públicas que se decidan desde los órganos ejecutivos y que deben acompañar la protección brindada por las normas jurídicas. Pensemos, por ejemplo, en políticas públicas de niñez, en materia de discapacidad, políticas orientadas a eliminar toda forma de violencia contra las mujeres, o en prácticas dirigidas a respetar especialmente la libertad y la seguridad.

Por otra parte, hay otra dimensión del control ejecutivo. En este caso, vinculado a los actos de la administración pública y demás entes descentralizados. La obligación que pesa sobre la administración de velar por la aplicación efectiva de los derechos consagrados convencionalmente representa un desafío actual que debe ser tomado con seriedad y responsabilidad. No debe olvidarse que la Corte IDH obliga a interpretar, con un alcance amplio, las garantías contempladas en el artículo 8 de la CADH. Así, en el caso “Baena vs. Panamá”, remarcó que “[...] la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y esta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso [...]”⁽³⁰⁾.

VII. Reflexiones finales: cómo mejorar la invocación de los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la jurisprudencia de la Corte IDH en casos particulares

Si bien hemos reflexionado sobre la obligación que recae en los tres poderes del Estado de realizar control de convencionalidad, los abogados particulares también tienen una gran responsabilidad en adquirir las herramientas necesarias para invocar correctamente el derecho internacional de los derechos humanos y así contribuir a su mayor efectividad a nivel interno. En ese sentido, la primera recomendación apunta a evitar la invocación de los instrumentos internacionales de derechos humanos con la creencia de que, cuantos más tratados se mencionan, más probabilidades tengo de que mis pretensiones sean aceptadas. No es un problema de cantidad, sino de seleccionar el instrumento internacional y luego la cláusula más específica en la que pueda justificar la obligación de su cumplimiento. Se advierte, en muchos escritos, que solo se menciona la normativa o la jurisprudencia, pero no se la “trabaja” en el marco del caso concreto en la que se la está invocando. En otras palabras, se requiere que dicha enunciación sea acompañada doctrinariamente, ubicándola en una determinada estrategia de litigio en clave convencional.

A su vez, hay que “animarse” a invocar la normativa internacional y la jurisprudencia de la Corte IDH en los procesos administrativos, de modo de generar la real conciencia de que la administración pública debe dar res-

(22) Por ejemplo, no podría pensarse una ley que reestableciera amnistías para casos de graves violaciones a derechos humanos o una normativa en nuestro país que intentara reestablecer la pena de muerte para ciertos delitos.

(23) Trucco, Marcelo, *Control de convencionalidad (en pocas palabras)*, Buenos Aires, Editorial Dunken, 2021, pág. 71.

(24) Corte IDH, caso “Gelman vs. Uruguay”, Fondo y Reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 239.

(25) Corte IDH, caso “Gorogoiita vs. Argentina”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 2 de septiembre de 2019, párr. 55.

(26) Corte IDH, caso del “Tribunal Constitucional vs. Perú”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C No. 71, párr. 68.

(27) Resulta importante en este caso el adecuado asesoramiento previo de órganos técnico-legales que puedan realizar este análisis de convencionalidad.

(28) Sagüés, Néstor P., *Guía práctica de control latinoamericano de convencionalidad*, Colombia, Tirant Lo Blanch, Konrad Adenauer, 2020, pág. 76.

(29) Sería un típico supuesto de control “destrutivo o negativo” de convencionalidad. Por ejemplo, la decisión del entonces presidente Alberto Fernández de derogar, en el año 2021, el decreto 70/2017 (BO: 30/01/2017) sancionado por el expresidente Macri, por entender que este decreto violaba obligaciones convencionales relativas al debido proceso vinculado a extranjeros y personas migrantes.

(30) Corte IDH, caso “Baena, Ricardo y otros vs. Panamá”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C No. 72, párr. 126.

puestas de manera efectiva y así evitar la judicialización de casos cuya respuesta debería venir de instancias no judiciales, que garanticen sin demora la tutela efectiva de derechos y libertades reconocidas convencionalmente.

Otro aspecto para tener en cuenta radica en exigir el cumplimiento del derecho internacional de los derechos humanos con la fuerza que nos otorga la propia Constitución Nacional. Proponer de manera enfática ante las autoridades judiciales y administrativas la obligación que tienen de realizar el control de convencionalidad al momento de aplicar una regla jurídica interna. Tratar de alegar la jurisprudencia de la Corte IDH, pero en un contexto determinado. No forzar o recortar interpretaciones sacadas de contexto o queriendo hacer decir a la Corte IDH cosas que el Tribunal no dijo. Para ello habrá que mantenerse actualizado en las novedades de jurisprudencia de la Corte IDH, tanto en materia contenciosa como consultiva, revisar sus cuadernillos de sistematización, identificar los nuevos alcances que el Tribunal va otorgando a ciertos derechos y notar cuando la Corte IDH abandona un determinado estándar interpretativo que venía sosteniendo en anteriores fallos. Estar actualizado permitirá aportar visiones novedosas que pueden plantearse ante autoridades judiciales o administrativas.

En definitiva, y como se puede apreciar a lo largo de este breve recorrido, el control de convencionalidad –a casi veinte años de sus primeras formulaciones por la Corte IDH– nos interpela e invita a redoblar el esfuerzo, a cada uno en el ámbito profesional donde le toque actuar, para dar plena vigencia a nivel local a los derechos humanos ratificados en sede internacional. En esa tarea, la labor comprometida y orientada a alejar las tensiones que históricamente existieron al concebir las relaciones entre el derecho internacional de los derechos humanos y los derechos internos nos recordará que la mirada siempre debe dirigirse hacia la dignidad de la persona humana, auténtica y final destinataria de toda protección.

VOCES: CONSTITUCIÓN NACIONAL - LEY - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD - PODER JUDICIAL - DERECHO CONSTITUCIONAL - PROCESO JUDICIAL - CONTROL DE CONVENCIONALIDAD - TRATADOS Y CONVENIOS - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - JURISPRUDENCIA - DERECHO COMPARADO - DERECHOS HUMANOS - PODER EJECUTIVO - CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - PODER LEGISLATIVO

El principio de razonabilidad

Trabajo en homenaje al Dr. Néstor Pedro Sagüés

por MAXIMILIANO TORICELLI(*)

Sumario: PRELUSIÓN. ALGUNAS PALABRAS SOBRE NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS. — 1. LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO. 1.1. LOS PRINCIPIOS COMO NORMAS QUE FUNDAMENTAN EL SISTEMA. 1.2. LOS PRINCIPIOS COMO NORMAS SUPLETORIAS. 1.3. LOS PRINCIPIOS COMO NORMAS ABIERTAS. — 2. NUESTRA IDEA DE LOS PRINCIPIOS. — 3. EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD. 3.1. LOS CRITERIOS DOCTRINARIOS. 3.2. LAS NORMAS QUE LO REGULAN. 3.3. LA JURISPRUDENCIA. — 4. CONSIDERACIONES FINALES.

Prelusión. Algunas palabras sobre Néstor Pedro Sagüés

Antes de ingresar a estas breves palabras sobre mi admirado maestro, quiero agradecerles a María Gabriela Ábalos y a María Sofía Sagüés por organizar este tan merecido homenaje y permitirme participar. No escapa a ninguno de mis conocidos el gran cariño y admiración que sentí (y siento) por Néstor.

Su partida he dejado un hueco enorme, ese espacio que ocupan los grandes como él y que no resulta sencillo de llenar, ni en lo académico, ni en lo afectivo. Nos deja un legado de obras de un extraordinario valor como sus tratados de *Derecho Constitucional* y de *Derecho Procesal Constitucional*, llenas de información, sistematización y de un análisis agudo que siempre admiré y que sanamente envidio.

Me quedan recuerdos maravillosos de los momentos compartidos, desde congresos, eventos académicos y clases, pero especialmente de mesas de café, asados y paseo por las islas que miran a la querida ciudad de Rosario.

Tengo la tranquilidad de haber podido organizar y participar en eventos que lo homenajearon, como el que se realizó en Rosario, con motivo del VII Encuentro de Jóvenes Profesores de Derecho Constitucional o el Encuentro de Profesores de Derecho Constitucional realizado en la ciudad de La Plata, en el año 2022, con motivo de su octogésimo aniversario.

Pero también me queda el sabor amargo de saber que ya no podremos compartir más tiempo juntos y el dolor que la pérdida de un maestro y amigo tan querido me deja.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *El Derecho*: *La acción declarativa y los controles de constitucionalidad, de supremacía federal y de legalidad*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2006-382; *El control judicial de constitucionalidad. Génesis histórica y algunas reflexiones*, por GUILLERMO J. CORNEJO-BOSCH, EDCO, 2011-232; *El control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio*, por ISABEL GRILLO, EDCO, 2011-330; *El control de convencionalidad en el sistema de control de constitucionalidad argentino*, por ROMINA ARIANA DÍAZ, ED, 253-684; *El caso "Grupo Clarín". Una versión debilitada del control de constitucionalidad y de los derechos adquiridos*, por ALBERTO B. BIANCHI y ESTELA B. SACRISTÁN, EDCO, 2014-233; *Control de constitucionalidad de oficio: oscilaciones de la Corte Suprema entre una tesis débil y una tesis fuerte*, por JUAN JOSÉ LAGO, EDCO, 2014-544; *Declaración de inconstitucionalidad del art. 13, segundo párrafo, de la ley 25.761: ¿Control de constitucionalidad o acto de suma gravedad institucional jurisdiccional?*, por MARIANO HERNÁN IGLESIAS, EDPE, 03/2015-5; *Supremacía constitucional y control judicial de constitucionalidad. Aclaraciones conceptuales*, por PEDRO A. CAMINOS, EDCO, 2015-378; *Análisis de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Mendoza en punto al control de convencionalidad en el marco del control de constitucionalidad*, por VÍCTOR ENRIQUE IBÁÑEZ ROSAZ, EDCO, 2015-475; *La Argentina en el mundo de los sistemas de control de constitucionalidad*, por PEDRO A. CAMINOS, EDCO, 2015-520; *Conversación sobre la jurisprudencia actual de la Corte Suprema y el control de constitucionalidad*, por MIRTHA ABAD, EDCO, 2015-539; *El principio del "debido proceso" en el procedimiento disciplinario, con énfasis en la prueba*, por GRACIELA RUOCCO, EDA, 2019-591; *Impugnación y control judicial de las sanciones administrativas. Sus particularidades a la luz de los principios y garantías constitucionales aplicables*, por JUAN CARLOS SANGUINETTI, Revista de Derecho Administrativo, febrero 2020, n° 1-2; *Alcances del control judicial en las omisiones inconstitucionales*, por JUAN MANUEL GALLO, Revista de Derecho Administrativo, julio 2021, n° 7; *Breve repaso del control de razonabilidad hasta la actualidad a partir de distintos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, por HERNÁN RODRÍGUEZ VAGARÍA, El Derecho Constitucional, Mayo 2022 - Número 5. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Profesor Titular de Derecho Constitucional y Derechos Humanos (Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario); Profesor titular de Derecho Constitucional y de Derechos y garantías (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Pontificia Universidad Católica Argentina).

Alguna vez me escribió Germán Bidart Campos: “la vida nos va regalando vacíos”. Y esa es la sensación que su partida me dejó.

1. Los principios en el derecho

Uno de los aspectos que genera grandes controversias es el alcance de la expresión principios. De qué hablamos cuando nos referimos a los principios constitucionales en materia de derechos humanos y cuáles son.

Estos interrogantes encontrarán casi tantas respuestas como autores traten el tema.

Atienza y Ruiz Manero entienden que los criterios sobre el alcance de esta expresión, en el ámbito jurídico, puede clasificarse en ocho sentidos diferentes. Así nos hablan de principio como:

a) norma muy general (por ejemplo, si se dice que los contratos y las obligaciones que de estos surgen tienen fuerza de ley para las partes);

b) norma redactada en términos vagos o abiertos (por ejemplo, cuando se enuncia que la ley no ampara el abuso del derecho);

c) norma programática o directriz (como, por ejemplo, cuando se dice “los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”, según se establece en el art. 51 de la Constitución Española);

d) norma que expresa valores superiores de un ordenamiento jurídico (el reconocimiento de la igualdad, la libertad o la dignidad de la persona);

e) norma especialmente importante, aunque no muy general (como, por ejemplo, si se dice que la Corte Suprema es la intérprete final de la Constitución);

f) norma de elevada jerarquía (por ejemplo, todas las normas constitucionales);

g) norma dirigida a los órganos de aplicación y que señala como aplicar o seleccionar la norma aplicable, interpretarla, etc. (Es el caso, en nuestro medio, del art. 1 del Código Civil y Comercial en cuanto expresa: “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”);

h) como enunciado o máxima de la ciencia jurídica y que permite la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector de este (como ocurre con los arts. 31 o 75 inc. 22 de la Constitución Nacional en cuanto regulan las relaciones jerárquicas)⁽¹⁾.

Si comenzamos por el análisis lingüístico vemos que, en la Real Academia Española, cuando se busca la alusión “principios”, se brinda más de una veintena de significados. Uno de ellos considera al principio como “base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discutiendo en cualquier materia”, así como “norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta”, pero específicamente cuando habla de principio de derecho lo define como “norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales”⁽²⁾.

Si hacemos una simplificación y recurrimos a su significado más generalizado podemos decir que los principios son utilizados a partir de tres acepciones: como el fundamento u origen de un sistema, que condiciona el desenvolvimiento de las normas; como pauta supletoria que sirve para completar la interpretación o aplicación de una norma; y como norma vaga e imprecisa que, para su aplicación, requiere una técnica especial no sólo de inter-

(1) Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, “Sobre principios y reglas”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 10, Alicante 1991, pp. 103 a 105.

(2) RAE, *Diccionario de la lengua española*, 23° ed., 2014, disponible en: <https://dle.rae.es/principio> (fecha de consulta 10/8/2024).

pretación, sino también de comparación con normas de similares características. Analizaremos cómo los autores se sitúan en alguna de estas posiciones.

1.1. Los principios como normas que fundamentan el sistema

Entre los defensores de esta postura podemos encontrar principalmente autores enrolados con el iusnaturalismo, en sus diversas variantes (o que al menos le otorgan una gran preponderancia al valor justicia). Así, Ciuero Caldani afirma que “tal como lo concebimos, los principios quedan en un nivel distinto y de cierto modo superior a las meras exteriorizaciones positivas (de modo principal, las normas). Los principios son mojones que al fin valen por lo que hay antes y después. La noción de principio tiende a expresar un comienzo y, de cierta manera, el principio es creador. Puede decirse que en los principios llega a expresarse el pensamiento jurídico latente”⁽³⁾.

Sagüés entiende por principio constitucional idea-fuerza o idea-directiva, al decir que “el papel de los principios constitucionales es orientativo de la gestión del constituyente y del operador de la constitución (jefe de Estado, legislador, juez, ministro, etc.) y también del doctrinario”, que “no son normas jurídicas, pero sí deben inspirar a los preceptos de la constitución, a sus normas reglamentarias, a las sentencias judiciales y, en general, al comportamiento de los ejecutores de la constitución”⁽⁴⁾.

Eto Cruz considera que los principios constitucionales tienen cuatro notas distintivas, a) son directrices generales incorporadas a la Constitución; b) poseen un valor jurídico directo o indirecto; d) integran la esencia de la Constitución y; d) constituyen la aspiración y el límite infranqueable de la legislación ordinaria en cualquier materia que se pretenda regular⁽⁵⁾.

Aun cuando su opinión puede resultar ambigua en la clasificación sobre el concepto que le otorga a la expresión principios, e importantes autores consideran que sus criterios han dado origen a las teorías que especialmente Alexy continuó desarrollando, entendemos que Dworkin es otro autor que considera al principio como norma basal.

Enseñaba que principio es un “estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad, o alguna otra dimensión de la moralidad”⁽⁶⁾. En su ejemplo, remarcaba cómo, pese a que la situación encuadraba en una norma, no se reconocía el derecho de la persona porque existía un principio de justicia que impedía que alguien se beneficiara de su propio ilícito.

1.2. Los principios como normas supletorias

En esta segunda concepción, es decir como norma supletoria, podemos encontrar autores de la talla de Kant. Para este reconocido filósofo un principio es una “norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales”⁽⁷⁾.

También es la acepción que había recogido el Código Civil argentino, actualmente sin vigencia, en su art. 16 al expresar: “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

1.3. Los principios como normas abiertas

Un concepto distinto de la expresión principios, a las acepciones arriba analizadas, es utilizado por Robert Alexy y ha sido seguido por muchos autores que se enrolan en el neoconstitucionalismo. Dada la influencia que

este jurista tiene no sólo en Argentina, sino en distintos países latinoamericanos, no podemos dejar de analizar su significado.

Para Alexy los principios son “mandatos de optimización” y como tales “demandan que algo sea realizado en la mayor extensión posible dadas las posibilidades jurídicas y fácticas”. Estas posibilidades jurídicas son determinadas por la existencia de principios opuestos y por tanto los principios son un requerimiento *prima facie*⁽⁸⁾.

Alexy diferencia los principios de las reglas, entendiendo por estas últimas “normas que requieren algo definitivamente”, es decir, mandatos. Mientras la regla se caracteriza por la subsunción, el principio debe ser ponderado.

En definitiva, para el jurista alemán, las reglas son normas completas mientras que los principios son normas vagas cuya aplicación al caso concreto dependerá del análisis que al respecto haga el juez cuando le toque decidir un conflicto que se haya generado.

En este mismo sentido, Prieto Sanchís nos dice que “las pautas normativas que suelen recibir el nombre de principios, como la libertad o la igualdad, estaban y siguen estando presente en las leyes en forma de apelación al orden público, a la moralidad, a la equidad, etc.; y no creo que a primera vista se adivinen diferencias en la forma de aplicación de todas estas pautas. De manera que, si cabe hablar de alguna peculiaridad de la interpretación constitucional, la diferencia sería más de carácter cuantitativo que cualitativo: las Constituciones parecen presentar en mayor medida que las leyes un género de normas, que suelen llamarse principios y que requieren el empleo de ciertas herramientas interpretativas. El estudio de una de estas herramientas nos conducirá luego al último de los rasgos enunciados: más ponderación que subsunción [...] Pero, en este sentido, la presencia de normas sustantivas en la Constitución ha venido a imprimir una mayor determinación frente al legislador, pues, por mucho que los principios y derechos suelen calificarse de vagos, inconcretos o porosos, lo cierto es que ofrecen pautas o estándares normativos allí donde antes sólo existía la discrecionalidad o el arbitrio político”⁽⁹⁾.

Atienza y Manero sostienen que en el razonamiento jurídico, los principios son menos que las reglas en cuanto no presentan sus ventajas porque “no permiten ahorrar tiempo a la hora de decidir un curso de acción”, dado que si la regla es aceptada, entonces se “evita tener que entrar en un proceso de ponderaciones de razones en pro y en contra; la regla opera, por tanto, como un elemento que reduce la complejidad de los procesos de argumentación”; pero los principios también son más que las reglas, en cuanto al estar enunciados “en términos más generales, entran también en juego en un mayor número de situaciones; esto es, al tener un mayor poder explicativo que las reglas, tienen también un mayor alcance justificatorio. Por otro lado, la menor fuerza de los principios en cuanto premisas del razonamiento práctico va aparejada a una mayor fuerza expansiva”⁽¹⁰⁾.

Dentro de esta corriente, aunque con matices propios, puede encontrarse a Ferrajoli, quien diferencia principios directivos y principios regulativos o imperativos. Los principios directivos, al decir del jurista italiano, “enuncian valores y directivas de carácter político, cuya observancia o inobservancia no es fácil identificar”, que se caracterizan como “expectativas genéricas e indeterminadas, no de hechos sino de resultados”⁽¹¹⁾. Encuentra estos principios en el art. 1º de la Constitución italiana cuando dice que Italia es una República democrática, fundada en el trabajo; o en el art. 9 que expresa: “La República promoverá el desarrollo de la cultura y la investigación científica y técnica. Tutelaré el paisaje y el patrimonio histórico y artístico de la Nación”.

Con respecto a ellos, coincide con Alexy en cuanto los considera mandatos de optimización, “caracterizados por el hecho que pueden ser cumplidos en diferentes grados

(3) Ciuero Caldani, Miguel Ángel, “Principios y valores en el Derecho Constitucional”, en Bidart Campos, Germán J. (dir) y Gil Domínguez, Andrés (coord.), *Los valores en la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Ediar, 1999, p. 39.

(4) Sagüés, Néstor P., *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 2001, pp. 87 y 88.

(5) Eto Cruz, Gerardo, “Los principios rectores del sistema de jurisdicción constitucional en República Dominicana”, *Revista dominicana de derechos procesal constitucional*, año 3, n.º 3, Santo Domingo 2018, pp. 158 y 159.

(6) Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Editorial Ariel, 1989, p. 72.

(7) Kant, Immanuel, *Principios metafísicos del Derecho*, (trad. Suárez, G. Lizzarraga), Madrid, 1873, p. 40.

(8) Alexy, Robert, “¿Cómo proteger los derechos humanos? Proporcionalidad y racionalidad”, en Alexy, Robert; Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato y Alonso, Juan Pablo (coords.), *Argumentación, derechos humanos y justicia*, Buenos Aires, Astrea, 2017, p. 27.

(9) Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 130 y 131.

(10) Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, “Sobre principios y reglas”, p. 116.

(11) Ferrajoli, Luigi, “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, (trad. Nicolas Guzman), *DOXA*, N.º 34, 2012 p. 37.

por carecer de supuestos de hecho que hagan concebible su inobservancia”. Habla de que los derechos sociales ocupan un lugar intermedio entre los principios directivos y los regulativos, dado que “imponen al legislador la producción de leyes de actuación que introduzcan sus garantías primarias –como las normas sobre la escuela pública, el servicio sanitario gratuito y similares–, obviamente sin poder precisar sus formas, la calidad ni el grado de protección: principios regulativos inderogables, por tanto, en lo que se refiere al margen de su actuación legislativa, pero al mismo tiempo directivos en lo que se refiere al *quomodo* y al *quantum*, es decir, las formas y la medida de la actuación misma”⁽¹²⁾.

Los principios regulativos o imperativos, como igualdad y libertad, son inderogables y expresan “expectativas específicas y determinadas, a los que corresponden límites o vínculos, es decir garantías, consistentes en las correspondientes prohibiciones de lesión y obligaciones de prestación”. “Consisten en normas simplemente formuladas de manera diversa a las reglas: con referencia a su respeto y no –como ocurre con las reglas– a su violación y a su consiguiente aplicación. Prueba de ellos es que también las reglas, incluso las penales –a las que se exige la máxima taxatividad–, cuando son observadas, son también consideradas como principios, que no se aplican, sino que se respetan: por ejemplo, la observancia de las normas sobre el homicidio, las lesiones personales o el hurto, equivale al respeto de los principios de la vida, la integridad personal y la propiedad privada. Se puede incluso afirmar que detrás de cada regla hay también un principio: hasta detrás de la prohibición de estacionamiento de los vehículos o detrás de la obligación de frenar ante el semáforo rojo, hay principios como los de la seguridad y la mayor eficiencia y racionalidad del tráfico rodado. A la inversa, también los principios regulativos, cuando son violados, se presentan como reglas, que no se respetan sino que se aplican: por ejemplo, el principio constitucional de igualdad, cuando es violado, se manifiesta, en relación con sus violaciones, como regla: precisamente la que prohíbe las discriminaciones. Y éstas son seguramente supuestos típicos de la correspondiente prohibición, cuya comprobación no consiste en una ponderación, sino en una subsunción. Incluso principios tan vagos e imprecisos como la dignidad de la persona o los de taxatividad o lesividad propios del derecho penal, cuando son violados por comportamientos lesivos de la dignidad o por leyes penales que prevén como delitos hechos inciertos o inofensivos, se manifiestan como reglas, cuya violación es subsumida en éstas, de modo similar a lo que sucede con cualquier acto ilícito o inválido; y lo opinable de la subsunción no depende, en estos casos, de la formulación de las respectivas normas en principios, sino sólo –tal como ocurre también con las reglas– del uso de palabras vagas o imprecisas, como dignidad, certeza y lesividad”.

Finaliza diciendo que “la diferencia entre la mayor parte de los principios y las reglas es de carácter no estructural, sino poco más que de estilo. La formulación de muchas normas constitucionales –y, en particular, de los derechos fundamentales–, en forma de principios, no es sólo un hecho de énfasis retórico, sino que tiene una indudable relevancia política: en primer lugar porque los principios enuncian expresamente y, por ello, solemnemente, los valores éticos-políticos que proclaman, en relación con los cuales las reglas son opacas; y en segundo lugar, y sobre todo, porque aquellos, cuando enuncian derechos, sirven para explicitar la titularidad de las normas constitucionales que confieren derechos a las personas o los ciudadanos y, de ahí, la colocación de éstos en posición supra-ordenada al artificio jurídico, como titulares de otros tantos fragmentos de la soberanía popular”⁽¹³⁾.

2. Nuestra idea de los principios

En nuestra concepción existen dos clases de principios, aquellos que dan fundamento al sistema, y aquellos que corrigen estructuras jurídicas.

Los principios que son la base o fundamento del sistema son superiores a las normas y los derechos que consagran; cumplen una función legitimadora del sistema. Si las normas y los derechos que en ellas se consagran no cumplen con los estándares fijados por los principios, esas normas no son válidas.

Estos principios son también aspiraciones ideales que se procuran alcanzar en la mayor medida y que tienen cierta variabilidad según los valores que cada sociedad va descubriendo y asumiendo. Aun cuando son inalcanzables en su máxima expresión, su búsqueda es la guía que legitima el sistema. Son mensajes prescriptivos dirigidos no sólo a los gobernantes, también a la sociedad que los acoge.

Este es el alcance que, a nuestro modo de ver, tiene la expresión principios utilizada en la Constitución Nacional, como ocurre con el art. 5 cuando habla de “los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional” que deben seguir las provincias al dictar su Constitución; el art. 27 cuando habla de que los tratados con potencia extranjera deberán estar “en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”, o el art. 28 que dice: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”, lo cual nunca puede entenderse como norma supletoria de interpretación.

El art. 33, al hablar del principio de soberanía del pueblo, así como el 37 al referirse al principio de soberanía popular; el 75, inc. 12, al regular la nacionalidad conforme al principio de nacionalidad natural y por opción; los principios de gratuidad y equidad de la educación pública del inc. 19 del art. 75; o la mención a los principios del derecho internacional de la cláusula transitoria primera son una muestra que la expresión principio se utiliza en sentido de esencialidad, aun cuando en estos casos también pueden interpretarse, como lo hace Alexy, como mandato de optimización.

La Corte Suprema no siempre fue unívoca en el alcance dado a la expresión, pero, en especial en el último tiempo, ha entendido a los principios como ideas directrices que incluso pueden descalificar una normativa por inconstitucional cuando se apartan de ellos.

En tal sentido, sostuvo que el instituto de la delegación es de interpretación restrictiva “en tanto se está haciendo excepción a los principios constitucionales de legalidad y división de poderes”⁽¹⁴⁾. También declaró la inconstitucionalidad del art. 92 de la Ley 11.683 en tanto permitía al agente fiscal disponer embargos, inhibiciones o cualquier otra medida sobre bienes y cuentas del deudor, porque tales atribuciones vulneran los principios de división de poderes, tutela judicial efectiva y de la defensa en juicio⁽¹⁵⁾.

Incluso en “Fontevicchia” dejó sin efecto una decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que le imponía revocar una sentencia propia, por vulnerar los principios de derecho público de nuestra Constitución. Al respecto, sostuvo en el considerando 16 que “dejar sin efecto la sentencia de esta Corte pasada en autoridad de cosa juzgada es uno de los supuestos en los que la restitución resulta jurídicamente imposible a la luz de los principios fundamentales del derecho público argentino. Desde esta perspectiva constitucional, el art. 27 de la Carta Magna prescribe “[e]l Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”. Estos principios reseñados se traducen en el modo en que deben ser interpretadas las obligaciones asumidas por el Estado argentino. El constituyente ha consagrado en el art. 27 una esfera de reserva soberana, delimitada por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, a los cuales los tratados internacionales deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad (Fallos: 316:1669; entre otros)”⁽¹⁶⁾. Además, en el considerando 17, la Corte Suprema agregó: “entre dichos principios incommovibles se encuentra, sin duda alguna, el carácter de esta Corte como órgano supremo y cabeza del Poder Judicial, conforme surge del art. 108 de la Constitución Nacional (Fallos: 256:114; 289:193; 318:986; 319:1973; 328:2429; 329:3235, 5913; 330:49, 251; 338:1575; entre muchos otros). Revocar la sentencia firme dictada por este Tribunal implica privarlo de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino y sustituirlo por un tribunal internacional, en

(14) CSJN, “YPF S.A. c. Esso SAPA s. proceso de conocimiento”, sentencia del 3/7/12, Fallos: 335:1227.

(15) CSJN, “Administración Federal de Ingresos Públicos c. Inter-corp S.R.L. s. ejecución fiscal”, sentencia del 15/6/10, Fallos: 333:935, cons. 12.

(16) Se omitió el subrayado del original.

(12) Ferrajoli, Luigi, “Constitucionalismo...”, p. 38.

(13) Ferrajoli, Luigi, “Constitucionalismo...”, pp. 38 y 39..

clara transgresión a los arts. 27 y 108 de la Constitución Nacional”⁽¹⁷⁾.

Este sentido de superioridad que ostentan algunos principios no significa que siempre una norma deba ser descalificada por un principio, dado que en general este buscará, más que descalificar, corregir la dirección de ella o desplazarla en su aplicación concreta. Incluso algunos principios tienen ese fin específico, como sucede con los principios correctores.

La mayor dificultad que presentan estos principios es la de su determinación, dado que muchas veces se han fundado en el puro voluntarismo de aquél que los invoca, si tener asidero alguno en el ordenamiento jurídico que los alberga⁽¹⁸⁾.

El segundo grupo de principios, es decir, aquellos que vienen a provocar ciertos cambios en las estructuras del ordenamiento jurídico, los denominaremos principios correctores. Si bien no tienen la “*fundamentalidad*” de los otros, resultan de gran importancia y han tenido mucho desarrollo en el último tiempo, no sólo en aquellos países que lo consagran constitucionalmente, sino también por su reconocimiento en los tratados de derechos humanos y la jerarquía constitucional que muchos países⁽¹⁹⁾ les han dado a dichos tratados.

Dentro de los principios legitimadores se encuentran el de dignidad humana, de libertad, de igualdad, de legalidad y de razonabilidad. En este trabajo nos ocuparemos de este último⁽²⁰⁾.

3. El principio de razonabilidad

Cuando estudiamos el principio de razonabilidad no encontramos tanta dificultad en saber de qué estamos hablando. Lo razonable se equipara con lo justo, con lo legítimo; es lo que proviene de la deliberación, del análisis; y se opone a lo arbitrario, a lo ilegítimo, a lo injusto, al simple capricho. Sin embargo, que exista un mayor consenso sobre el término no significa que no sea complejo determinar cuándo una norma, un acto o una conducta resultan razonables.

En toda decisión existe un margen de discrecionalidad, y es en ella donde la razonabilidad juega un papel preponderante. Hart se encargó de analizar esta relación, entendiendo que “la discrecionalidad ocupa un lugar intermedio entre las elecciones dictadas por el puro capricho personal o momentáneo y aquéllas realizadas en aplicación de métodos claros para alcanzar objetivos definidos o para adecuarse a reglas cuya aplicación al caso concreto resulta evidente”. En su explicación, decía que en “la discrecionalidad no hay una opción claramente correcta o equivocada”, sino distintos puntos de vista, “y aunque hay argumentos a favor de las opciones, ninguno es definitivo pese a su relevancia”; y concluía en que “la discrecionalidad es una esfera en la que los argumentos a favor de una decisión u otra pueden ser racionales sin ser definitivos”⁽²¹⁾. La dificultad está en encontrar esos argumentos racionales.

3.1. Los criterios doctrinarios

Bidart Campos enseñaba que el “principio de razonabilidad no se limita a exigir que sólo la ley sea razonable”, sino que entendía que era mucho más amplio, que abarcaba la conducta de cada órgano de poder así como de los actos de particulares; y que la “razonabilidad consiste en una valoración axiológica de justicia, que nos muestra

lo que se ajusta o es conforme a la justicia, lo que tiene razón suficiente”, y agregaba que “el sentido común y el sentimiento racional de justicia de los hombres hacen posible vivenciar la razonabilidad, y su opuesto, la arbitrariedad. La constitución formal suministra criterios, principios y valoraciones que, integrando su ideología y su sistema axiológico, permiten componer y descubrir en cada caso la regla de razonabilidad”⁽²²⁾.

Finalmente expresaba que la “razonabilidad técnica nos dirá si para determinado fin es conducente determinado medio (uno o varios); la racionalidad axiológica nos proporcionará un plexo de valores fundados en la justicia. Entonces, no habrá razonabilidad en sentido constitucional si solamente ocurre el aspecto técnico, aislado del aspecto axiológico”⁽²³⁾.

Sagüés, por su parte, analiza fundamentalmente la razonabilidad de las normas y exige requisitos negativos, que la norma no sea arbitraria; y positivos, donde deben superarse tres niveles, normativo, técnico y axiológico.

La razonabilidad normativa “debe cuidar especialmente que las normas legales mantengan coherencia con las constitucionales, de suerte que su aplicación no resulte contradictoria con lo establecido en la Constitución Nacional. Específicamente, pues, el contenido previsto por la ley reglamentaria debe coincidir con el marco de posibilidades regulatorias que brinda la Constitución”.

La razonabilidad técnica “impone una apropiada adecuación entre los fines postulados por una ley y los medios que planifica para lograrlos”, siendo “irrazonable la ley cuando los medios que arbitra no se adecuan a los objetivos cuya realización procura o a los fines que requiere su sanción, o cuando no media correspondencia entre las obligaciones que impone y los propósitos que pretende alcanzar”. La razonabilidad axiológica exige “una cuota básica de justicia intrínseca en las normas, de tal modo que las notoriamente injustas resultan inconstitucionales”⁽²⁴⁾.

Otros autores han planteado que la razonabilidad exige “que la medida limitativa sea adecuada o idónea para la consecución del fin perseguido; que sea la mínima imprescindible para tal finalidad y que haya proporcionalidad entre el sacrificio exigido al derecho limitado por esa medida y el concreto derecho, bien o interés que se pretende proteger”⁽²⁵⁾.

Robert Alexy ha efectuado un importante desarrollo del principio de razonabilidad, al que denomina de proporcionalidad, “conformado por tres subprincipios, los principios de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto”.

El subprincipio de idoneidad “prohíbe la adopción de medios que obstruyan la realización de al menos un principio, sin promover algún principio u objetivo por el cual ha sido adoptado”.

El subprincipio de necesidad “requiere que de dos medios para promover P1 que son, a grandes rasgos, igualmente idóneos, aquel que interfiere menos intensamente con P2 debe ser elegido. Si existe un medio que interfiere menos intensamente y es igualmente idóneo, una posición puede ser mejorada sin costo para la otra. Bajo esta condición, P1 y P2, tomados en conjunto, requieren que el medio que interfiera menos intensamente sea aplicado”.

En el tercer subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, la ponderación, es el corazón de la razonabilidad en este autor, al indicar “cuál es la optimización relativa a las posibilidades jurídicas”. Así, cuanto “mayor es el grado de la no satisfacción, o de afectación, de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”.

“La ley de Ponderación excluye, *inter alia*, una interferencia intensiva con el principio P1, que está justificada únicamente si se le asigna una baja importancia a la satisfacción del principio en colisión P2. Una solución como esa no sería una optimización de P1 en conjunto con P2”⁽²⁶⁾.

Explica el jurista alemán que “los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización respecto

(17) CSJN, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, resolución del 14/02/2017, Fallos: 340:47.

(18) Hemos visto fallos que desconocían la aplicación de normas concretas sin más invocación que la de principios; y muchas veces inexistentes, como por ejemplo situaciones en las que se invocan “principios del derecho procesal constitucional de familia”, que no sólo no son principios reconocibles, sino que ni siquiera existe un derecho procesal constitucional de familia.

(19) Más allá de la jerarquía constitucional expresada con contundencia en algunos textos constitucionales, como en el art. 75, inc. 22, de la Constitución argentina; el art. 13 de la Constitución de Bolivia o el art. 23 de la Constitución venezolana, mayoritariamente los tribunales encargados del ejercicio del control de constitucionalidad, han reconocido la existencia de un bloque de constitucionalidad integrado por normas de la Constitución y de los tratados de derechos humanos suscriptos por los propios países.

(20) Para una ampliación del tema, Toricelli, Maximiliano, *Derechos humanos fundamentales. Teoría general*, Buenos Aires, Astrea, 2023, especialmente véase el capítulo IV.

(21) Hart, Herbert L. A., “Discrecionalidad”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, cit., N° 37, 2014, pp. 92 y 98.

(22) Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 2000, tomo I-A, pp. 805 y 806.

(23) *Idem*.

(24) Sagüés, Néstor P., *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2017 tomo 3 (Estatuto de los derechos), pp. 702; 703 y 704.

(25) Bastida, Francisco J.; Villaverde, Ignacio; Requejo Ignacio; Presno, Miguel Ángel; Aláez, Benito y Sarasola, Ignacio F., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 42.

(26) Alexy, Robert, “¿Cómo proteger los derechos...”, pp. 28 a 31.

de las posibilidades fácticas. El principio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la optimización respecto de las posibilidades jurídicas⁽²⁷⁾.

3.2. Las normas que lo regulan

El principio de razonabilidad no suele ser expresado en términos tan contundentes como la dignidad, la libertad o la igualdad, sino que suele inferirse de las expresiones vertidas en diversos artículos.

En Argentina, este principio se entendió ínsito en el art. 28 de la Constitución Nacional, en cuanto expresa: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. A partir de la reforma de 1994, también puede considerarse incluido en el art. 43 de la Constitución en tanto reconoce la garantía del amparo a toda lesión o amenaza de lesión a un derecho, efectuada con “arbitrariedad o ilegalidad manifiesta”.

En Colombia también se entendió el principio incluido en el art. 4 en cuanto, en su primer párrafo, establece: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

En la Constitución brasileña, este principio puede inferirse del art. 3 apartado I, en cuanto declara que “construir una sociedad libre, justa y solidaria” es uno de sus objetivos; así como en Bolivia puede extraerse del art. 9, inc. I, en cuanto establece como fines y funciones esenciales del Estado la de “[c]onstituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales”.

En los pactos internacionales, el principio surge de normas específicas que protegen contra arbitrariedades, como el art. 9 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que dice: “Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”; el art. 12 que dice: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”; el art. 15.2 en cuanto establece: “A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad”; el art. 17.2 que consagra: “Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad” o el art. 24 al decir: “Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas”.

El Pacto de San José de Costa Rica también consagra el principio en diversos artículos como el 7.3: “Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”; 7.5: “Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”; el 8.1: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

También lo consagra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el art. 9.1.: “Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”; 9.3: “Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier

otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dice en el art. 10.2: “Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social”; el art. 14 dice “Todo Estado parte en el presente Pacto que, en el momento de hacerse parte en él, aún no haya podido instituir en su territorio metropolitano o en otros territorios sometidos a su jurisdicción la obligatoriedad y la gratuidad de la enseñanza primaria, se compromete a elaborar y adoptar, dentro de un plazo de dos años, un plan detallado de acción para la aplicación progresiva, dentro de un número razonable de años fijado en el plan, del principio de la enseñanza obligatoria y gratuita para todos”.

3.3. La jurisprudencia

La jurisprudencia de los tribunales no ha sido ajena al análisis de este principio, y más allá de la formulación en general, es importante corroborar el casuismo existente e incluso, la conjugación con otros principios.

La Corte Constitucional de Colombia, al analizar la razonabilidad en un caso donde se cuestionaba la constitucionalidad de una ley por vulnerar el principio de igualdad, dijo que “una vez que se ha determinado la existencia fáctica de un tratamiento desigual y la materia sobre la que él recae (cf. 6.3.1.), el análisis del criterio de diferenciación se desarrolla en tres etapas, que componen el *test* de razonabilidad y que intentan determinar:

a. La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual.

b. La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución.

c. La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido. El orden de estas etapas corresponde a necesidades no sólo lógicas sino también metodológicas: el *test* del trato desigual pasa a una etapa subsiguiente sólo si dicho trato sorteó con éxito la inmediatamente anterior. El primer paso no reviste mayor dificultad, como quiera que pueda llevarse a cabo a partir del solo examen de los hechos sometidos a la decisión del juez constitucional; se trata únicamente de la determinación del fin buscado por el trato desigual. El segundo paso, por el contrario, requiere una confrontación de los hechos con el texto constitucional, para establecer la validez del fin a la luz de los valores, principios y derechos consignados en éste. Si el trato desigual persigue un objetivo, y éste es constitucionalmente válido, el juez constitucional debe proceder al último paso del *test*, que examina la razonabilidad del trato diferenciado. Este es el punto más complejo de la evaluación, y su comprensión y aplicación satisfactoria dependen de un análisis (descomposición en partes) de su contenido. La teoría jurídica alemana, a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, ha mostrado cómo el concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente sólo si se concreta en otro más específico, el de proporcionalidad [...]. En el caso concreto del principio de igualdad, el concepto de proporcionalidad significa, por tanto, que un trato desigual no vulnera ese principio sólo si se demuestra que es (1) adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato. Sobre este último punto, el de la proporcionalidad en sentido estricto, ha dicho la Corte en la sentencia T-422 de 1992: “Los medios escogidos por el legislador no sólo deben guardar proporcionalidad con los fines buscados por la norma, sino compartir su carácter de legitimidad. El principio de proporcionalidad busca que la medida no sólo tenga fundamento legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo⁽²⁸⁾”.

(27) Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 91, 2011, p. 13.

(28) Corte Const. Colombia, 23/1/96, “Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 40, literal b, de la Ley 48 de 1993”, Sentencia C-022/96.

La Corte Suprema argentina tiene una abundante jurisprudencia en materia de razonabilidad⁽²⁹⁾. Desde antiguo ha sostenido que la “reglamentación legislativa no debe ser, desde luego, infundada o arbitraria sino razonable, es decir, justificada por los hechos y las circunstancias que le han dado origen y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido, y proporcionado a los fines que se procura alcanzar con ella [...]”, por lo que al Tribunal “sólo incumbe pronunciarse acerca de la razonabilidad de los medios elegidos por el Congreso; es decir que sólo debe examinar si son o no proporcionados a los fines que el legislador se propuso conseguir, y, en consecuencia, decidir si es o no admisible la consiguiente restricción de los derechos individuales afectados”⁽³⁰⁾.

En reiteradas ocasiones⁽³¹⁾, expresó que “si bien es cierto que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma trascendencia institucional y que el acierto o conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que quepa pronunciarse al Poder Judicial, no lo es menos que las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran, o cuando consagran una manifiesta iniquidad”⁽³²⁾.

Sobre las condiciones en abstracto para analizar la razonabilidad sostuvo que esta debe ser “justificada por los hechos y las circunstancias que le han dado origen y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido y proporcionado a los fines que se procura alcanzar, de tal modo de coordinar el interés privado con el público y los derechos individuales con el de la sociedad”⁽³³⁾.

En otro grupo de precedentes⁽³⁴⁾, vinculó la razonabilidad con las consecuencias que derivan de la interpretación, entendiendo que “en la tarea de interpretar las leyes, además de dar pleno efecto a la intención del legislador, no debe prescindirse de las consecuencias que derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma”, y concluyó que “no puede ser aceptada una pauta que quiebre la unidad del sistema”⁽³⁵⁾.

Con respecto a la razonabilidad en la aplicación de las penas, entendió que no podían medirse en comparación con la fijación para otros delitos, pero consideró que “la única interpretación posible es la que enjuicia la razonabilidad de la ley penal confrontándola con las normas de jerarquía constitucional que la fundan y limitan. De la confrontación de la norma legal con su correspondiente de la Ley Fundamental, surge, pues, como criterio que permite precisar los límites a considerar ante la invocación de falta de proporcionalidad entre la pena conminada y la ofensa cometida, el que se deriva de la propia naturaleza garantizadora del principio de la proporcionalidad de la pena, que opera únicamente para limitar los excesos del poder punitivo estatal respecto de eventuales transgresores a las leyes, y que determina que la proporcionalidad no puede resolverse en fórmulas matemáticas, sino que sólo exige un mínimo de razonabilidad para que la conminación penal pueda ser aceptada en un Estado de Derecho. En ese sentido son incompatibles con la Constitución las penas crueles o que consisten en mortificaciones mayores que aquellas que su naturaleza impone (art. 18 de la Constitución Nacional), y las que expresan una falta de correspondencia tan inconciliable entre el bien jurídico lesionado por el delito y la intensidad o extensión de la privación de bienes jurídicos del delincuente como consecuencia de la comisión de aquél, que resulta repugnante a la protección de la dignidad de la persona humana, centro sobre el que gira la organi-

zación de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional”⁽³⁶⁾.

Más cercana en el tiempo, y con motivo del aumento de tarifas, sostuvo que del “principio basal de la división de poderes se desprende la diferenciación de las potestades propias de los tres departamentos del Estado en la decisión de políticas públicas como las examinadas en la presente causa, es decir, entre lo que le incumbe al Congreso de la Nación, al Poder Ejecutivo Nacional y, finalmente, lo que puede dirimir el Poder Judicial. Desde esta comprensión, le atañe al primero la adopción de las pautas propias de la política tributaria federal; al segundo, la implementación de la política energética, que abarca la fijación de las tarifas del servicio público; y, a la rama judicial, el control de la razonabilidad de tales decisiones y su conformidad con los derechos fundamentales reconocidos por la Ley Suprema de la Nación”⁽³⁷⁾.

Agregó que “debe distinguirse entre el ejercicio del control jurisdiccional de la legalidad, razonabilidad y proporcionalidad de las tarifas, y el ejercicio mismo de la potestad tarifaria, que no compete a los jueces, sino al poder administrador, al que no cabe sustituir en la determinación de políticas o criterios de oportunidad o, menos aún, en la fijación o aprobación de tarifas por la prestación del servicio”⁽³⁸⁾.

Sostuvo también que “este Tribunal estima necesario fijar los criterios rectores con relación a la razonabilidad de la política tarifaria a adoptarse respecto a servicios públicos esenciales, con la expectativa de que sean asumidos en el futuro para casos similares”⁽³⁹⁾; concluyendo que “todo reajuste tarifario, con más razón frente a un retraso como el que nos ocupa, debe incorporar como condición de validez jurídica –conforme con la previsión constitucional que consagra el derecho de los usuarios a la protección de sus ‘intereses económicos’ (art. 42 de la Constitución Nacional)– el criterio de gradualidad, expresión concreta del principio de razonabilidad antes referido. En efecto, la aplicación de dicho criterio permitiría la recuperación del retraso invocado y, a la vez, favorecería la previsión de los usuarios dentro de la programación económica individual o familiar, elemento que ha merecido la oportuna ponderación de este Tribunal (conf. arg. Fallos: 325:2059)”⁽⁴⁰⁾.

No fue ajena a sus estándares la aplicación del principio de razonabilidad al analizar el principio de igualdad. Así, entendió que “para decidir si una diferencia de trato es ilegítima se analiza su mera razonabilidad; esto es, si la distinción persigue fines legítimos y constituye un medio adecuado para alcanzar esos fines. Sin embargo, cuando las diferencias de trato que surgen de las normas están basadas en categorías ‘específicamente prohibidas’ o ‘sospechosas’ corresponde aplicar un examen más riguroso, que parte de una presunción de invalidez. En estos casos, se invierte la carga de la prueba y es el demandado quien tiene que probar que la diferencia de trato se encuentra justificada por ser el medio menos restrictivo para cumplir un fin sustancial”⁽⁴¹⁾.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) también ha dado pautas sobre el principio de razonabilidad, al entender que, en una sociedad democrática, además del principio de legalidad, las restricciones deben cumplir con los requisitos de necesidad y proporcionalidad. En cuanto al requisito de necesidad lo entendió como los objetivos que se tienen en miras y por los cuales se restringe un derecho. Sostuvo al respecto que “la primera decisión judicial en que no se autorizó al señor Canese a salir del país fue emitida el 29 de abril de 1994, aproximadamente un mes después de dictada la sentencia de primera instancia. La Corte observa que, con respecto al requisito de necesidad en una sociedad democrática, el Estado señaló que la restricción al derecho de circulación impuesta al señor Canese buscaba ‘asegurar la sujeción del infractor al proceso’, lo cual pareciera indicar que la restricción impuesta a la presunta víctima durante ocho

(29) Puede verse una cita de fallos sobre razonabilidad en Bianchi, Alberto B., *La separación de poderes. Un estudio desde el derecho comparado*, Buenos Aires, Editorial Cathedra Jurídica, 2019, p. 293, nota 140.

(30) CSJN, “Pedro Inchauspe Hermanos c/ Junta Nacional de Carnes. Junta Nacional de Carnes c/ Baurin, Juan J. Junta Nacional de Carnes c/ Corbett Hnos”, sentencia 1/9/1944, Fallos: 199:483.

(31) Doctrina de Fallos: 304:972; 305:159; 307:906; 308:418; 311:395, 460, 1435 y 2478, entre otros.

(32) CSJN, “Hussar, Otto c. ANSeS s. reajustes por movilidad”, sentencia del 10/10/96, Fallos: 319:2215, consid. 39.

(33) CSJN, “Portillo, Alfredo s/ infr. art. 44 ley 17.531”, sentencia del 18/4/1989, Fallos: 312:496, consid. 7°.

(34) CSJN, Fallos: 303:917; 307:1018 y 2200.

(35) CSJN, “Bigma S.R.L. c. E.N.Tel. s. contrato administrativo”, sentencia del 5/11/96, Fallos: 319:2594, consid. 8.

(36) CSJN, “Pupelis, María Cristina y otros s/ robo con armas causa n° 6491”, sentencia del 14/05/1991, Fallos: 314:424Fallos: 314:424, consid. 8.

(37) CSJN, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería s. amparo colectivo”, sentencia del 18/8/2016, Fallos: 339:1077, consid. 26.

(38) Consid. 27.

(39) Consid. 30.

(40) Consid. 32.

(41) CSJN, “Castillo, Carina Viviana y otros c. Provincia de Salta s. amparo”, sentencia del 12/12/17, Fallos: 340:1795, consid. 19.

años y casi cuatro meses se debió a que las autoridades judiciales estimaban que existía un peligro de fuga del señor Canese⁽⁴²⁾.

Respecto a la proporcionalidad, hizo suya la Observación 27 del Comité de Derechos Humanos, y sostuvo que las “medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse. El principio de proporcionalidad debe respetarse no sólo en la ley que defina las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que la apliquen. Los Estados deben garantizar que todo procedimiento relativo al ejercicio o restricción de esos derechos se lleve a cabo con celeridad y que se expliquen las razones de la aplicación de medidas restrictivas”. Por ello consideró que la restricción “al derecho a salir del país que se imponga en un proceso penal mediante una medida cautelar debe guardar proporcionalidad con el fin legítimo perseguido, de manera que se aplique solamente si no existe otro medio menos restrictivo y durante el tiempo estrictamente necesario para cumplir con su función⁽⁴³⁾”.

En otro caso, donde la Corte IDH debió analizar una condena por injurias a las Fuerzas Armadas, ponderó el derecho a la libre crítica con el honor de la institución entendiendo que para “efectuar esta ponderación se debe analizar i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro⁽⁴⁴⁾”.

En su aplicación con la igualdad sostuvo “los criterios de análisis para determinar si existió una violación al principio de igualdad y no discriminación en un caso en concreto pueden tener distinta intensidad, dependiendo de los motivos bajo los cuales existe una diferencia de trato. En este sentido, la Corte estima que, cuando se trata de una medida que establece un trato diferenciado en que está de por medio una de estas categorías, la Corte debe aplicar un escrutinio estricto que incorpora elementos especialmente exigentes en el análisis, esto es, que el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso. Así, en este tipo de examen, para analizar la idoneidad de la medida diferenciadora se exige que el fin que persigue no sólo sea legítimo en el marco de la Convención, sino además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino también necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, se incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados⁽⁴⁵⁾ con esa medida.”

4. Consideraciones finales

El principio de razonabilidad tiene una intensa articulación no solo con los demás principios (de los cuales también se alimenta), sino con todas las demás normas, tanto abiertas como cerradas, y especialmente, cuando existe una confrontación entre los derechos por ellas reconocidos.

Razonable deriva del latín “*rationabilis*”, adjetivo que significa arreglado, justo, conforme a razón. La razonabilidad se corresponde con lo justo, con lo que permite deducirse del proceso de selección dado por la inteligencia humana, por la aplicación de la razón; y se opone a lo caprichoso y arbitrario.

La razonabilidad de una norma o de un precepto normativo no puede escindirse del caso concreto, dado que una norma puede ser razonable en una circunstancia determinada y no en otra. Así, en Argentina puede considerarse una restricción razonable que un club de fútbol impida que ingresen en sus instalaciones simpatizantes de un club rival con distintivos propios de este, lo que difícilmente pase tal examen en un país europeo, donde este deporte no genera tantas pasiones ni es excusa para la violencia.

Además, la razonabilidad no puede tampoco separarse de los demás principios que rigen un ordenamiento, sino que debe nutrirse de ellos para llegar a una solución adecuada. Y los preceptos legales, claro está, deben respetar dichos principios.

Lo primero que debe evaluarse es la validez del fin esgrimido. Cuando se legisla, siempre se esgrimen fines loables, pero lo malo es que muchas veces ello no es cierto⁽⁴⁶⁾, o el fin invocado no es posible de alcanzar⁽⁴⁷⁾, por lo que corresponde que, en primer lugar, se profundice el análisis de cuáles son los verdaderos objetivos buscados, dado que, si ello no ocurre, la norma es inválida.

Una vez comprobada la legitimidad del fin invocado, se deberá considerar que este principio requiere también una adecuación de los medios hacia los fines argumentados, lo que implica que, incluso para obtener un fin legítimo y posible, no se puede utilizar cualquier medio, sino precisamente aquel que en menor medida restrinja los derechos que debe afectar para alcanzarlo. Este análisis de adecuación tiene un doble estándar, por un lado, de aptitud o concordancia, por el otro, de magnitud de la afectación.

El primer nivel de comprobación, es decir el control de aptitud debe corroborar que el medio sea idóneo para obtener el fin buscado (por ejemplo, si pretendo disminuir los accidentes de tránsito no puedo restringir la libertad de prensa porque ello en nada contribuiría).

El segundo nivel, referido al control de magnitud de la afectación, debe centrarse en verificar que no exista una forma menos dañina de restringir un derecho para alcanzar el fin procurado (para evitar que la gente beba en exceso cuando tiene que conducir, no puedo directamente prohibir la venta de bebidas alcohólicas, pues no sólo limitaría a quienes conducen sino también a todas las demás personas).

Finalmente, si todo lo anterior se ha cumplido, deberá corroborarse que el fin procurado sea más valioso que los derechos que he sacrificado. Por ejemplo, aun cuando la salud es un bien esencial, en pos de protegerla no puedo confinar a toda la ciudadanía a permanecer aislada de manera permanente, para no arriesgarla, porque al sacrificar todas sus libertades, e incluso su dignidad y obligarla a llevar una vida de encierro, de forma paradójica causo daños mayores a la salud que intento proteger.

El análisis de que las conductas sean acordes con los principios, y especialmente con el de razonabilidad involucra a toda la actividad estatal, como nos enseñara el querido maestro Néstor Pedro Sagüés. Que sus aportes nos sigan guiando para alcanzar una convivencia mejor y una sociedad más justa.

VOCES: CONSTITUCIÓN NACIONAL - DERECHO CONSTITUCIONAL - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD - TRATADOS INTERNACIONALES - CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD - PODER JUDICIAL - PROCESO JUDICIAL - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - ESTADO - ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - ECONOMÍA - PODER LEGISLATIVO - JURISPRUDENCIA - DERECHO ADMINISTRATIVO - PODER EJECUTIVO - DIVISIÓN DE PODERES

(42) Corte IDH, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 31 de agosto de 2004, párr. 130. En el caso la condena por el delito imputado preveía una pena máxima de prisión 22 meses y se le impidió salir del país por más de 8 años.

(43) Corte IDH, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, párrs. 132 y 133.

(44) Corte IDH, *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 20 de noviembre de 2009, párr. 80.

(45) Corte IDH, *Caso IV vs. Bolivia* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 30 de noviembre de 2016, párr. 241.

(46) Ello ocurre cuando se dice que se persigue un fin, pero el fin perseguido es otro. Por ejemplo, se han sancionado tributos con valor fijo para ciertos productos, como el tabaco, alegando que se buscaba cuidar la salud, pero en realidad procuraba asegurar un oligopolio de empresas multinacionales; o bien se decía que mediante el impuesto de valor fijo se protegía la salud porque menos gente accedía a fumar, con lo que parecía evidenciarse que solo importaba cuidar la salud de quienes menos recursos económicos tienen.

(47) Como, por ejemplo, si pretendiera que los trabajadores sigan percibiendo sus salarios y mantengan sus empleos mientras obligo a las empresas a cerrar.

Tecnologías disruptivas y derechos humanos desde la invención del lenguaje hasta nuestros días.

En homenaje a Néstor P. Sagüés

por OSCAR R. PUCCINELLI(*)

Sumario: 1. UN RECUERDO PREVIO DIRIGIDO AL MAESTRO, SEGUNDO PADRE Y AMIGO. — 2. UN POCO DE HISTORIA SOBRE LAS REACCIONES FRENTE A LOS AVANCES DE LAS TIC DESDE LA INVENCION DE LA ESCRITURA HASTA PRINCIPIOS DE SIGLO. — 3. LA WEB 2.0 Y LA INCESANTE ECLOSION DE TECNOLOGIAS DISRUPTIVAS HASTA LA INCORPORACION DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL GENERATIVA. — 4. BALANCE CONCLUSIVO.

1. Un recuerdo previo dirigido al maestro, segundo padre y amigo

Querido maestro, segundo padre-mentor y amigo: escribo estas líneas con la ilusión de que pudieras leerlas. Las comienzo en uno de los tantos viajes académico-turísticos por los que transitamos juntos a lo largo de más de tres décadas y a más de cuatro de haberte conocido, cuando fuera tu alumno de grado en la UCA de Rosario.

La sensación es agri dulce: recordar tantas anécdotas vividas me anima a seguir en el camino en el que tanto me impulsaste, pero, también —no te lo voy a negar— me invade de a ratos esa inevitable tristeza que me produce tu ausencia física, la que trato de convertir en la alegría de haber tenido el privilegio de contarte entre mis más preciados afectos (claro que luego de superar ese temor reverencial que nos producía a muchos de tus alumnos tu intimidante personalidad y tremenda e inigualable cultura).

Me toca ahora el honor de participar en un homenaje que te brindamos los amigos y desde luego sobrevuela la certeza de que nunca podré hacerlo mejor que vos. Tal vez pueda acercarme en algún aspecto en el mejor de los casos (ya estoy escuchándote relativizando el comentario, en medio de una sonrisa que se me escapa), pero siempre sabiendo que tus enfoques fueron, son y serán inigualables. Tal vez algún día un sistema de inteligencia artificial pueda llegar a emularte, pero jamás logrará reemplazar, entre otras cosas, la profundidad y precisión de tus aná-

lisis ni las finas ironías con las que destruías con gran elegancia (y sin arrogancia) alguna teorías sostenidas con los más sólidos argumentos.

Elegir el tema me llevó bastante, porque primero me pareció que tenía que ser uno que ya hubieras tratado, pero no me convencía la labor de mero comentarista, por lo que opté por la idea contraria. Esto es, la de abordar un tema muy específico que no hubieses tratado por haber surgido muy recientemente y sobre el cual al menos haya-mos alcanzado a conversar.

Por eso me volqué a los efectos sociales, políticos y jurídicos que históricamente generaron y actualmente generan la irrupción de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC), entendiendo que ese análisis multidimensional te hace honor. Es que toda tu vida cultivaste con gran entusiasmo tanto a la Historia como a la Ciencia Política y especialmente a la historia de las ideas políticas, disciplinas que manejabas tan brillantemente como lo hacías con el Derecho y que tanto utilizaste para fundar sus posiciones en el derecho constitucional, el derecho procesal constitucional y los derechos humanos.

Bueno, manos a la obra entonces y hasta cada momento, mientras transcurre el tiempo que lleve el reencontrarnos, Dios mediante, para continuar con nuestras tertulias sobre tantos temas donde, si bien nuestra pasión por el derecho estaba presente, rara vez ocupaba el primer plano.

2. Un poco de historia sobre las reacciones frente a los avances de las TIC desde la invención de la escritura hasta principios de siglo

El encuadre en una edición homenaje al maestro requiere hacer una referencia histórica para “entrar en calor” con el tema. En esta dirección, me parece indispensable puntualizar primeramente que no hubo avance alguno en el campo de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) que no generara temores e incluso contara con ilustres detractores —fenómeno que, como veremos, se observa especialmente en la actualidad con las renovadas preocupaciones habidas en todo el orbe por la irrupción de la inteligencia artificial generativa—, aunque finalmente estos avances se impusieron con un mayor o menor grado de regulación legal tendiente a morigerar sus consecuencias negativas.

Arrancando por las primeras TIC —el lenguaje y mucho tiempo después las distintas formas de escritura⁽¹⁾—, las resistencias comenzaron a surgir especialmente con la aparición de los libros, a partir del año 3.000 aC⁽²⁾. De hecho, el mismísimo Sócrates los detestaba, pues estaba convencido de que éstos destruirían el mundo, condenando a la humanidad a las tinieblas de la ignorancia⁽³⁾. Su discípulo, Platón —por quien conocemos su pensamiento, dada la referida aversión de su maestro no tenía esa visión agorera de la cultura escrita⁽⁴⁾.

(1) Se calcula que entre 100.000 a 40.000 años aC se desarrolló el lenguaje; luego, unos 30.000 años aC surgieron las primeras pictografías en las cuevas del occidente de Europa; y finalmente, unos 3000 años aC aparecieron las primeras escrituras en Sumeria (Mesopotamia asiática) y los primeros libros.

(2) Entre los más relevantes de la antigüedad merecen cita “La Epopeya de Gilgamesh” (circa 2100 aC, un poema épico mesopotámico que narra las aventuras del rey Gilgamesh); el “Libro de los Muertos” (circa 1550 aC, un texto funerario egipcio que contenía hechizos y oraciones para ayudar a los difuntos en su viaje al más allá); “Los Vedas” (circa 1500 aC, textos sagrados del hinduismo que contienen himnos, rituales y filosofía); “La Ilíada y La Odisea” (circa 800 aC, poemas épicos griegos atribuidos a Homero); el “Libro de los Salmos” (circa 500 aC, poesías y oraciones del Antiguo Testamento hebreo) y el “Tao Te Ching” (circa 400 aC, un texto fundamental del taoísmo chino).

(3) Sócrates sólo confiaba en la oralidad, en la transmisión de los conocimientos de sabio a sabio, porque entendía que permitiendo que cualquiera escribiera un libro y que cualquiera pudiera leerlo, no podrían estar seguros de nada y además, cada vez habría más libros, y sería imposible abarcarlos todos o, al menos, separar la paja del trigo, de modo que lo correcto se mezclaría con lo incorrecto, lo veraz con lo falso, lo sublime con lo indigno.

(4) En *Fedro*, al tratar algunos aspectos de la escritura y la difusión del pensamiento, afirmaba: “Una vez que algo se escribe, la compo-

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *EL DERECHO: Responsabilidad civil en internet: avance de las nuevas tecnologías de la información y asignaturas pendientes del sistema jurídico*, por MARCELO OSCAR VUOTTO, ED, 261-860; *¿El control del trabajador por medio de tecnologías que posibilitan conocer su ubicación afecta su derecho a la intimidad? Nota al caso “Pavlotzki”*, por JUAN ÁNGEL CONFALONIERI (H.), TySS, 2016-297; *El uso de la tecnología y la gestión de la comunicación en la mediación actual*, por JUAN FERNANDO GOUVERT, ED, 275-771; *El derecho ante la inteligencia artificial y la robótica*, por VERÓNICA ELVIA MELO, ED, 276-493; *La protección de los datos personales en internet (una tarea ineludible)*, por ESTEBAN RUIZ MARTÍNEZ, ED, diario n° 14.706 del 5-9-19; *La comunidad humana en la era tecnológica*, por LEONARDO PUCHETA, ED, 282-1044; *Algoritmos de inteligencia artificial con fines de control fiscal: ¿puede el derecho embridar a las nuevas tecnologías?*, por JOSÉ MANUEL CALDERÓN CARRERO, *El Derecho Tributario*, marzo 2020 - Número 1, cita digital: ED-CMXIII-759; *El Derecho en la nueva era tecnológica*, por JULIA INÉS IMPERIALE, ED, 287-805; *La inteligencia artificial en la Administración Pública y los derechos fundamentales*, por RICARDO A. MUÑOZ (H.), *Revista de Derecho Administrativo*, mayo 2020 - Número 5; *La inteligencia artificial en el mundo jurídico actual. (Implicancias, aplicaciones y posibilidades)*, por ALBERTO B. BIANCHI, *Derecho, Innovación & Desarrollo Sustentable*, Número 3 - octubre 2021; *El Vaticano propone ante la ONU regular el uso pacífico de la inteligencia artificial*, *Diario de Derecho Constitucional*, *El Derecho Constitucional*, diciembre 2021 - Número 12; *Administración de justicia e inteligencia artificial: una mirada ética sobre la relación entre eficiencia y equidad*, por ESTELA JOSEFINA CONDRAC, *Derecho, Innovación & Desarrollo Sustentable*, Número 6 - abril 2022; *Breves consideraciones sobre el encuadre ético de la Inteligencia Artificial (IA)*, por CRISTINA MARGARITA ROSA HOFKAMP, *El Derecho Constitucional*, diciembre 2022 - Número 12; *Ética en tiempos de inteligencia artificial. Reflexiones en torno a los planteos éticos de las IA en tiempos laberínticos de vulnerabilidad y transhumanismo que propone la Cuarta Revolución Industrial*, por GUSTAVO ANDRADE FIGUEROA, *Derecho, Innovación & Desarrollo Sustentable*, Número 14 - agosto 2023; *Inteligencia artificial generativa: Desafíos éticos en el ejercicio profesional de los abogados*, por MIGUEL JARA, *Derecho, Innovación & Desarrollo Sustentable*, Número 18 - Abril 2024. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Abogado (Universidad Nacional de Rosario). Doctor en Derecho Constitucional (Universidad de Buenos Aires). Docente investigador categorizado en el sistema nacional argentino. Profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Procesal Constitucional (Universidad Católica Argentina y Universidad Nacional de Rosario). Doctor y profesor *honoris causa* de varias universidades peruanas. Juez de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario (Argentina).

El gran adelanto (bastante) posterior –la imprenta– tampoco fue recibido con un beneplácito homogéneo. Algunos críticos de Gutenberg cuestionaron que –tal y como ocurre hoy con las *fake news* publicadas en la web, especialmente si están destinadas a públicos susceptibles de creerlas– los errores que se imprimían llegaban más rápido a los lectores, tal y como ocurrió con la “Biblia maldita” publicada en 1631, que omitía la palabra “no” del séptimo mandamiento (“No cometerás adulterio”).

Un escritor de la talla de Jonathan Swift (“Los viajes de Gulliver”, “La batalla de los libros”) y un personaje de la caladura de Francis Bacon (*Lord Canciller* de Inglaterra y uno de los fundadores del método científico) fueron muy críticos respecto de los efectos de las publicaciones generalizadas. Bacon, por ejemplo, luego de reconocer que la pólvora, la brújula y la imprenta cambiaron el mundo (permitiendo por un lado la expansión del poder humano, el descubrimiento y la comunicación, y, por el otro, la aparición de nuevos peligros y corrupciones al proporcionar medios para hacer el mal y convertir a las personas en más vanidosas y arrogantes), postulaba regular contra los abusos de la imprenta, sometiendo a las publicaciones a la dirección y el juicio de hombres doctos y sabios que pudieran seleccionar, editar y publicar los libros más útiles y fiables para beneficio del público⁽⁵⁾.

Invencciones posteriores como la litografía, la prensa rotativa, el telégrafo (“la internet victoriana”), el teléfono y la cámara fotográfica también fueron cuestionados, especialmente por sus efectos. Así, por ejemplo, en la edición del *New York Times* del 18 de septiembre de 1899 se informa sobre el acoso que los “diabólicos seguidores de Kodak” ejercían sobre las damas de Newport, dado que a lo largo de toda la avenida se topaban permanentemente, cara a cara, con una cámara que las fotografiaba. Y sobre el teléfono las críticas eran aún más fuertes: se afirmaba que perturbaba la paz hogareña (pues al sonar en cualquier momento obligaba a interrumpir la vida doméstica); afectaba la costumbre de visitar a los amigos; propiciaba las conversaciones irreflexivas y banales (dado que, a diferencia de lo que ocurría con la comunicación epistolar, los interlocutores carecían de tiempo para meditar sobre qué decir y cómo decirlo); afectaba los ritos de cortejo, conducía a contactos sexuales inapropiados e incluso permitía el acceso a conversaciones privadas por parte de los operadores telefónicos.

En el marco de tales adelantos y al calor de la competencia por suscriptores, la prensa escrita amplió su tradicional función de control institucional lo que le valió el reconocimiento como “cuarto poder” dotado de una libertad privilegiada, para pasar a inmiscuirse preponderantemente en cuestiones privadas prohiendo la aparición del erróneamente denominado “periodismo amarillo”⁽⁶⁾. A esas alturas, se produjo la inevitable reacción de juristas de la talla de Thomas Cooley quien aludió al “derecho a ser dejado solo”⁽⁷⁾ y de Samuel Warren y Louis Brandeis quienes cimentaron, a partir de las ideas de Cooley, el más abarcativo “derecho a la privacidad”⁽⁸⁾, precisamente en pos de dar un marco de contención a las injerencias arbitrarias en la vida privada de las personas tanto del Estado como de los particulares.

sición, sea ésta la que fuere, empieza a moverse por todas partes, cayendo en las manos de aquellos que la comprenden, sino de igual manera en la de aquellos que nada tienen que ver con ellas; el escrito no sabe cómo dirigirse a la gente adecuada y no dirigirse a la equivocada”.

(5) La crítica de Bacon a la imprenta se centraba en que había: a) inundado el mundo con demasiados libros, obsoletos, irrelevantes o engañosos; b) fomentado la idolatría de libros y autores así como la pereza al no examinarse méritos, fuentes o métodos; c) obstaculizado el avance del saber al promover la imitación y repetición de viejas opiniones, y d) auspiciado la difusión de conocimientos falsos, frívolos o perjudiciales, como supersticiones, fábulas, libelos y escándalos, que corrompían la mente y la moral de los lectores.

(6) La traducción de *yellow journalism* por “periodismo amarillo” no es del todo feliz ya que en realidad *yellow* en inglés significa no sólo “amarillo”, sino también “cruel” o “cobarde”, siendo esta última la acepción que mejor refleja el sentido de la alocución.

(7) Thomas MacIntyre Cooley aludió al derecho a ser dejado solo o de no ser perturbado o molestado por injerencias externas no deseadas (*The Elements of Torts*, 1873), definiéndolo en el fallo “*Brents v. Morgan*” (221 Ky. 765) de la Corte Suprema de Michigan como “el derecho que tiene cada persona de no ser objeto de una publicidad ilegal; el derecho de vivir sin interferencias ilegales del público en lo concerniente a asuntos en los cuales ese público no tiene un interés legítimo”.

(8) Warren, Samuel y Brandeis, Louis, “The right to privacy”, *Harvard Law Review*, vol. 4, n.º 5, (diciembre 1890), pp. 193-220.

La aparición de la radiofonía tampoco escapó a las críticas, provenientes principalmente de sus competidores, los editores de la prensa escrita, quienes sostenían que el periodismo radiofónico ponía en peligro diversos ideales vigentes hasta entonces (los periodísticos de objetividad, los sociales del servicio público, los capitalistas de la propiedad y los políticos de la democracia), dado que las emisoras radiofónicas, además de no disponer de suficientes periodistas para mantener los estándares de calidad de la prensa escrita, violentaban la ley de propiedad intelectual, con la consecuente afección económica, al reproducir gratuitamente las noticias elaboradas por los periodistas del medio escrito y producir una merma en sus ventas.

En el caso de la televisión, al igual que sucedió con la radio, los editores de periódicos y los periodistas de la prensa escrita enseguida la catalogaron como un medio de comunicación de mala calidad y por tal motivo a los aparatos de televisión se los comenzó a llamar “caja boba”.

Tampoco las computadoras fueron recibidas con unánime beneplácito. Luego de la aparición de la primera y gigante computadora electrónica (ENIAC, 1945), Heidegger se mostró muy crítico respecto del impacto de las nuevas tecnologías en la sociedad y la cultura. Y, aunque no se oponía a estos adelantos, advirtió que por medio de la tecnificación se comenzaba a cambiar nuestra relación con el mundo, con el consiguiente riesgo de que la tecnología se convirtiera en un fin en sí misma al alejarnos de nuestras raíces y esencia.

Varias décadas más tarde, luego de que Arpanet (1969), poco después de la aparición de Internet (1982), desapareciera al tiempo de la introducción de la “web 1.0” (la “web estática”, 1990) al mudarse al protocolo de Internet y también a poco de la aparición de las primeras computadoras personales de consumo masivo (Apple McIntosh, 1984), las críticas se renovaron. Y más allá de que los comentarios favorables predominaron⁽⁹⁾, también hubo quienes cuestionaron a la gran red, tanto por su utilidad como por su impacto económico y social en lo individual y en lo colectivo⁽¹⁰⁾.

3. La web 2.0 y la incesante eclosión de tecnologías disruptivas hasta la incorporación de la inteligencia artificial generativa

Apenas comenzado este siglo –y luego de superado el tan temido cataclismo de los sistemas por el “efecto del año 2000” (Y2K), ya que se temía que las fallas en la programación de los *softwares* pudieran causar fallos masivos en sistemas críticos como los bancarios, de telecomunicaciones, de energía y otros (lo que podría llevar a una interrupción significativa en la vida diaria y la economía global)– los cambios sustanciales no se hicieron esperar. Debido a la confluencia de múltiples novedades y fenómenos tecnológicos disruptivos se configuró la denominada “web 2.0” (la “web dinámica” o “web participativa”)⁽¹¹⁾, lo que llevó a un gran entusiasmo en los internautas pero también generó altisonantes críticas a un nuevo ecosistema que obligaba ya prácticamente a la humanidad entera a sumergirse en el entorno digital.

En efecto, al permitir –y fomentar– las redes sociales el acceso generalizado a la posibilidad generalizada de expresarse y ser oído, pensadores muy relevantes reeditaron las críticas que ya habían esbozado Sócrates y Bacon

(9) Señalaba al respecto Umberto Eco: “El ordenador e Internet son la verdadera revolución del siglo y, como la imprenta, pueden modificar nuestra manera de pensar y de aprender. La prensa de Gutenberg produjo la libre interpretación de la Biblia, arruinó a los iluminados y provocó la aparición de una nueva pedagogía, basada en los libros y en las imágenes. Antes de la imprenta, un niño no podía acceder a un manuscrito. Hoy, con Internet, podemos saber cosas que nuestros antepasados tardaban una vida en conocer”.

(10) Por ejemplo, John C. Dvorak (periodista y analista) dijo en 1984 que internet no sería popular; Clifford Stoll (astrónomo y escritor) cuestionó su utilidad (“La verdad sobre internet”, 1995); Nicholas Negroponte (profesor del MIT) predijo en el mismo año que internet no reemplazaría a los libros ni a los periódicos; Robert Samuelson (columnista) escribió en 1995 que internet era una “moda pasajera”; Andrew Keen: criticó la democratización de la información en internet (“La cultura del amateur”, 2007) y en el mismo sentido Evgeny Morozov (escritor y activista) cuestionó el impacto de internet en la política y la sociedad.

(11) El “*big data*”, la computación en la nube, la Internet de las cosas (con especial efecto en la tecnología para llevar puesta y la domótica), las *smartcities*, la consagración de la tecnología *blockchain* (sistema de información descentralizado, conocido por su utilización para las criptomonedas), los metaversos, las neurotecnologías, las *fake news*, los discursos del odio y peligrosos en la web, la cultura de la cancelación, etc.

respecto de los libros y la imprenta. Tal fue el caso de Umberto Eco –un otrora entusiasta de internet y de las computadoras–, quien sostuvo lapidariamente: “Las redes sociales le dan el derecho de hablar a legiones de idiotas que primero hablaban sólo en el bar después de un vaso de vino, sin dañar a la comunidad. Ellos eran silenciados rápidamente y ahora tienen el mismo derecho a hablar que un premio Nobel. Es la invasión de los idiotas”⁽¹²⁾.

Este nuevo entorno, caracterizado por nuevos riesgos para los internautas, asimilables a los que motivaron la publicación del citado trabajo de Warren y Brandeis allá por 1890, requirió la adopción de respuestas jurídicas específicas, que fundamentalmente se cimentaron a través de cambios normativos y jurisprudenciales –especialmente en el ámbito de la Unión Europea⁽¹³⁾– tendientes a mitigar las consecuencias negativas de tales avances. Aparecen entonces en el escenario nuevos derechos y principios específicamente diseñados para enfrentar la defensa de los derechos humanos en el ámbito digital (dando origen a los denominados “derechos humanos digitales”). Merece destacarse, en este sentido, los contenidos en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea 2016/679⁽¹⁴⁾ que, además de reforzar los que ya estaban contenidos en la Directiva 95/46⁽¹⁵⁾, agregó los principios de transparencia y responsabilidad proactiva o demostrada (*accountability*), los derechos al olvido y a la portabilidad de los datos y la obligación de adoptar medidas específicas, como las de protección de datos desde el diseño y por defecto, mantenimiento de un registro de tratamientos, realización de evaluaciones de impacto sobre la protección de datos, notificación de violaciones de la seguridad de los datos al titular y al órgano de control, análisis de riesgo de los tratamientos. También incorpora la figura del delegado de protección de datos y promueve la adopción de códigos de conducta y esquemas de certificación.

Cuando parecía haberse alcanzado un marco tanto tecnológico, como regulatorio, que podía perdurar un buen tiempo sin cambios altamente significativos, otros avances recientes sacudieron el esquema vigente. Entre ellos, especialmente, el uso cada vez más intensivo y para múltiples fines de la tecnología *blockchain*, que al cambiar el paradigma de los ficheros centralizados por el de los ficheros descentralizados a través de conexión *peer to peer* (P2P), con su típica inmutabilidad de los registros –su principal fuerte– torna en algunos casos impracticable y en otros muy dificultoso el ejercicio de varios de los derechos reconocidos en el Reglamento General de Protección de Datos (como el derecho a la cancelación, el derecho de rectificación, el derecho a la seudonimización, el derecho al olvido, etc.).

También generó alta preocupación el fenómeno de las noticias falsas (*fake news*), no sólo por el daño que pueden causarle a cualquier persona (esto provocó que, por ejemplo, en tiempos de pandemia las redes sociales etiquetaran las noticias sobre tratamientos y potenciales curas que resultaban científicamente discutibles), sino también por el daño social que provoca por su uso con fines políticos y electorales al dirigírselas a partir de técnicas de ingeniería social a determinados grupos y personas susceptibles a creerlas. Tal como ocurriera en el caso de las votaciones por el Brexit y la elección presidencial

de los Estados Unidos de 2016, que generó el escándalo “Facebook-Cambridge Analytica”, donde quedó probado que, a partir de la recopilación sin consentimiento de los datos personales de los perfiles de Facebook de millones de personas, se establecieron perfiles psicográficos de los usuarios permitiéndole así, a través de la remisión de noticias falsas a través de la red social, la manipulación de su comportamiento con fines políticos. El hecho provocó que las Relatorías especiales de la ONU, de la OEA y de la Comisión Africana para la Libertad de Expresión y el Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la OSCE firmaran cada año declaraciones conjuntas que aludieron total o parcialmente a esta problemática⁽¹⁶⁾.

Este fenómeno se acentuó más recientemente con la irrupción de la Inteligencia Artificial generativa, que facilitó los *deepfakes* al tornar prácticamente indetectable la falsedad de imágenes y voces –lo que ha llevado a que, por ejemplo, MetaAI le coloque marcas de agua a las imágenes que genera–. Finalmente, la difusión de *fake news* especial (pero no exclusivamente) a través de las redes sociales ha provocado otro fenómeno muy preocupante por sus consecuencias individuales sobre las personas involucradas, como es el de la cultura de la cancelación (*cancel culture*), que en definitiva es un fenómeno social en el que personas, marcas o entidades son boicoteadas o excluidas por comentarios o acciones consideradas inaceptables u ofensivas que pueden haberle sido atribuidas falsamente.

Prácticamente al mismo tiempo en que se extendieron estos fenómenos se sucedieron interesantes novedades en el campo de las neurociencias⁽¹⁷⁾, especialmente en el área de las neurotecnologías. Algunas innovaciones muy disruptivas comenzaron a generar preocupación por el impacto que su libre uso podía causar sobre los derechos humanos, especialmente porque se empezó a disponer de dispositivos muy avanzados (en particular, los intracraneales) capaces de registrar y alterar la actividad del sistema nervioso, incluido el cerebro, la médula espinal y los nervios periféricos.

Tales dispositivos tecnológicos –aún en fase embrionaria a la luz de lo que se espera ocurrirá en poco tiempo– son ya capaces tanto de recopilar información como de incidir en la actividad cerebral, con impactos impredecibles tanto positivos (por ejemplo, en tratamientos relacionados con la salud, en la ampliación de nuestros sentidos, en la eliminación de recuerdos que pudieron resultar traumáticos) como negativos (por ejemplo, la posibilidad de alterar procesos cerebrales sin consentimiento de la persona, la de captar solapadamente información personal a partir del análisis de los datos neuronales, etc.), efectos que seguramente se verán amplificados por el uso de la inteligencia artificial generativa (IAGen).

Esta nueva realidad y sus proyecciones esperadas en el corto plazo, por sus implicancias en diversos campos –como el de la bioética–, llevó, por ejemplo, a que en 2013 Barack Obama destacara el potencial impacto de la neurociencia en los derechos humanos. De ese modo, enfatizó la necesidad de abordar cuestiones relativas a la privacidad, la autonomía de la voluntad, la responsabilidad moral por las acciones personales, la estigmatización y la discriminación sobre la base de la inteligencia y rasgos de carácter, así como otras cuestiones acerca del apropiado uso de la neurociencia en el sistema de justicia penal. Por esa razón, creó en 2014 una comisión presidencial *ad hoc* (la *Presidential Commission for the Study of Bioethical Issues*).

En ese contexto, prestigiosos autores como Ienca y Andorno sostuvieron, por ejemplo, que “a la luz del cambio disruptivo que la neurotecnología está provocando en el ecosistema digital, es urgente que el terreno normativo esté preparado para prevenir el mal uso o las consecuencias

(12) Nicoletti, Gianluca, “Umberto Eco: ‘Con i social parola a legioni di imbecilli’”, *La Stampa*, 11 de junio de 2015, disponible en: <https://www.lastampa.it/cultura/2015/06/11/news/umberto-eco-con-i-social-parola-a-legioni-di-imbecilli-1.35250428/> (fecha de consulta 14/10/2024).

(13) En esta dirección, por ejemplo, en 2014 la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) reconoció el “derecho al olvido” o “a ser olvidado” en “modo desindexación” en el famoso caso “Costeja” (véase: TJUE, “Google Spain SL y Google Inc. vs. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González”, del 13/5/2014). Lo que provocó que fuera reconocido normativamente, en el “Reglamento General de Protección de Datos”, adoptado en 2016 por el Parlamento y el Consejo de la Unión Europea, que incluye además una importante cantidad de nuevos derechos y principios que no se encontraban en la Directiva 95/46 (a la sazón derogada a partir de la entrada en vigencia de dicho reglamento, en mayo de 2018).

(14) Reglamento (UE) 2016/679 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (“Reglamento general de protección de datos”), que deroga la Directiva 95/46/CE e impone la revisión de la Directiva 2002/58/CE.

(15) Directiva 95/46/CE, del 24/10/95, sobre la protección de los individuos con relación al procesamiento de los datos personales y sobre el libre flujo de esos datos [Directiva de protección de datos].

(16) Así se aprobaron la “Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión y Noticias Falsas, Desinformación y Propaganda” (2017), la “Declaración Conjunta sobre la Independencia y la Diversidad de los Medios en la Era Digital” (2018), la “Declaración Conjunta del Vigésimo Aniversario: Desafíos a la Libertad de Expresión en la Próxima Década” (2019), la “Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión y Elecciones en la Era Digital” (2020), y la “Declaración Conjunta sobre Políticos y Funcionarios Públicos y la Libertad de Expresión” (2021).

(17) Las neurociencias abarcan desde el estudio molecular y celular de las neuronas hasta el análisis de sistemas complejos como la corteza cerebral y el cerebelo, incluyendo a la neurociencia cognitiva, que se centra en cómo el cerebro genera procesos mentales como la memoria, el aprendizaje y la percepción, por lo que nos ayudan a comprender cómo funciona el cerebro y el sistema nervioso, y cómo estos influyen en nuestro comportamiento y nuestras capacidades cognitivas.

negativas no deseadas”⁽¹⁸⁾. Y, en tren de revisar el elenco de derechos, principios y garantías disponibles, a fin de establecer si lucen suficientes o no (tanto en su función protectoria respecto de los riesgos que generan estas tecnologías como en la promotora del acceso, en condiciones de igualdad, a los beneficios que estas acarrearán), propusieron una serie de nuevos derechos (los “neuroderechos”) dotados de principios propios para enfrentar la nueva problemática, en concreto, el “derecho a la libertad cognitiva”⁽¹⁹⁾, el “derecho a la integridad mental”⁽²⁰⁾ y el “derecho a la continuidad psicológica”⁽²¹⁾.

La preocupación comenzó a acentuarse con nuevos avances a partir de que, en 2019, el director del Centro de Neurotecnología de la Universidad de Columbia (EEUU), el neurocientífico Rafael Yuste informó que, mediante electrodos implantados en el cerebro de ratas, se les podía hacer ver cosas que en realidad no estaban ahí, lo que implicó admitir que ya se estaba comenzando a controlar la actividad cerebral. En ese contexto, en dicha universidad se creó la “*NeuroRights Initiative*”, que jugó un papel preponderante en la definición y promoción de los citados “neuroderechos”⁽²²⁾, los cuales, ya enmarcándose dentro del transhumanismo⁽²³⁾, buscan garantizar que las tecnologías que interactúan con el cerebro humano se utilicen de manera ética y segura, protegiendo la privacidad mental, la identidad personal y la autonomía de los individuos.

Fruto de este movimiento, diversas recomendaciones y normas específicas comenzaron a dictarse, siendo la primera la “Recomendación sobre Innovación Responsable

en Neurotecnología”, adoptada por el Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)⁽²⁴⁾. La recomendación fue seguida por la Carta de Derechos Digitales (emitida por la Secretaría de Estado española de Digitalización e Inteligencia Artificial) que incorpora a los neuroderechos en su art. XIX.5⁽²⁵⁾ y por la Constitución chilena que, en su art. 19, reformado en 2021, expresa: “El desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y psíquica. La ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella”. Esta reforma inspiró a legisladores brasileños y mexicanos, que presentaron también proyectos de reforma a sus cartas políticas⁽²⁶⁾.

También en 2021 el Comité Jurídico Interamericano emitió su “Declaración sobre Neurociencia, Neurotecnologías y Derechos Humanos: Nuevos desafíos jurídicos para las Américas”⁽²⁷⁾, donde refiere a los desafíos jurídicos que acarrearán los avances en neurociencias y neurotecnologías y hace hincapié en la importancia de proteger principios como la dignidad humana, la privacidad y la autonomía. En el mismo año, el Comité Internacional de Bioética de la UNESCO (CIB) presentó un Informe proponiendo un marco de principios éticos a los desafíos que plantean la neurotecnologías, donde se analizan dichos desafíos y se realizan propuestas, incluyendo la de elaborar una “Declaración Internacional sobre Derechos Humanos y Neurotecnología”.

En 2022, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas adoptó una Resolución sobre “Neurotecnologías y Derechos Humanos”⁽²⁸⁾, donde se reconocen los prometedores avances de la neurociencia pero se marca la preocupación por “cuestiones éticas, jurídicas y sociales que plantean esos desarrollos, incluyendo el plano de los derechos humanos”. En el mismo año, el Parlamento Latinoamericano y Caribeño (Parlatino) emitió una “Declaración con recomendaciones sobre la necesidad de introducción de los neuroderechos en las legislaciones de los Congresos de este Parlatino”⁽²⁹⁾, y al año siguiente su “Ley Modelo de Neuroderechos para América Latina y el Caribe”⁽³⁰⁾.

En 2023, primero, el mismo Comité Jurídico aprobó la “Declaración de Principios interamericanos en materia de neurociencias, neurotecnologías y derechos humanos”⁽³¹⁾;

(18) Andorno, Roberto y Ienca, Marcelo, “A new category of human rights: neurorights”, *Research in Progress Blog*, 26 de abril de 2017, disponible en: <http://blogs.biomedcentral.com/bmc-blog/2017/04/26/new-category-human-rights-neurorights/> (fecha de consulta 14/9/2024); Andorno, Roberto y Ienca, Marcelo, “Towards new human rights in the age of neuroscience: and neurotechnology”, *Life Sciences, Society and Policy*, 2017, 13:5, disponible en: <https://lssjournal.biomedcentral.com/articles/10.1186/s40504-017-0050-1> (fecha de consulta 14/9/2024). Una versión en español, puede verse en: Andorno, Roberto y Ienca, Marcelo, “Hacia nuevos derechos humanos en la era de la neurociencia y la neurotecnología”, *Análisis Filosófico*, vol. 41, núm. 1, 2021, DOI: <https://doi.org/10.36446/af.2021.386>, pp. 141-185.

(19) Se trata de una extensión del antiguo derecho a la libertad de pensamiento y de conciencia, que se integra con dos principios (el derecho a usar las neurotecnologías emergentes y la protección contra usos coercitivos o no consentidos de tales tecnologías) y tres dimensiones (la libertad de cambiar de pensamiento; la protección contra intervenciones de terceros en la propia mente –se protege la integridad mental y se promueve la libertad cognitiva– y el derecho a la privacidad mental –tutela de cualquier dato cerebral, consciente o inconsciente registrado por un neurodispositivo, se protegen las ondas cerebrales no sólo como datos sino también como fuente de información–).

(20) Este derecho protege la dimensión mental de los individuos de daños potenciales, como el “hackeo malicioso del cerebro” (*malicious brain hacking*), que busca influir en el funcionamiento de los neurodispositivos.

(21) Este derecho protege la identidad personal y la coherencia de la conducta individual contra cambios en la personalidad que podrían resultar del uso malicioso de ciertos dispositivos cerebrales (por ejemplo, los usados para “estimulación profunda del cerebro” –*deep brain stimulation*–). Se tutela la continuidad de los pensamientos habituales, preferencias y opciones, a través de la protección de las funciones neuronales subyacentes. Se busca prevenir las modificaciones de la actividad cerebral personal por acceso no autorizado a neurodispositivos, que pueden llevar al robo de información mental, afectación de la privacidad mental, cese de la estimulación y daños en tejidos o en funciones motoras e incluso alteraciones del control de los impulsos, modificación de emociones o afectos e inducción al dolor.

(22) En concreto, se proponen cinco neuroderechos para proteger la autonomía, privacidad e igualdad de las personas: a) el derecho a la identidad personal, el cual consiste en que la tecnología no debe alterar el sentido del yo; b) el derecho al libre albedrío, entendido como el control sobre las propias decisiones de los individuos; c) el derecho a la privacidad mental, ello significa que los datos neuronales deben ser privados; d) el derecho a un acceso igualitario a la mejora mental, el cual busca que las mejoras mentales deben estar disponibles para todos y e) el derecho a la protección contra el “prejuicio algorítmico”, que se basa en la necesidad de que la inteligencia artificial sea imparcial y garantice la justicia (“The Five NeuroRights”, *NeuroRights Initiative*, (s.f.). Columbia.edu; disponible en: https://neurorights-initiative.site.drupaldisttest.cc.columbia.edu/sites/default/files/content/The%20Five%20Ethical%20NeuroRights%20updated%20pdf_0.pdf (fecha de consulta 14/10/2024).

(23) Por decirlo de una manera simple, partiendo del hecho de que actualmente y mucho más en un futuro muy próximo, con intervenciones profundas, las personas pueden contar con sus capacidades mejoradas a través de lo que se conoce como “antropotecnía” –fenómeno posible por los ingentes avances de las biotecnologías y las TIC–, el transhumanismo, como movimiento intelectual, cultural y científico, propugna la superación artificial de las limitaciones actuales del ser humano, tanto en sus capacidades físicas como cognitivas, mediante la aplicación de mejoras genéticas, orgánicas y tecnológicas en el cuerpo, enmarcadas en principios bioéticos, con el objetivo de superar las limitaciones actuales de la condición humana, como el envejecimiento, las enfermedades y el sufrimiento.

(24) OECD-Council, “OECD Recommendation on Responsible Innovation in Neurotechnology”, *Organisation for Economic Co-operation and Development*, 11/12/19, disponible en: <https://www.oecd.org/science/recommendation-on-responsible-innovation-in-neurotechnology.htm> (fecha de consulta 14/10/2024).

(25) “Carta de Derechos Digitales”, disponible en: https://portal.mineco.gob.es/recursosarticulo/mineco/ministerio/participacion_publica/audiencia/ficheros/sediadcartaderechosdigitales.pdf (fecha de consulta 14/10/2024).

(26) En Brasil, se presentó el proyecto de enmienda constitucional 29/2023, por el cual se incorporaría en el art. 5, numeral LXXX, lo siguiente: “El desarrollo científico y tecnológico garantizará la integridad mental y la transparencia algorítmica, según lo establezca la ley”. En el caso de México, también en 2023 se propuso la reforma del art. 73, fracción XVII, facultando al Congreso a “dictar leyes sobre vías generales de comunicación, tecnologías de la información y la comunicación, radiodifusión, telecomunicaciones, incluida la banda ancha e Internet, así como sobre inteligencia artificial y sus aplicaciones, ciberseguridad, neuro derechos, postas y correos, y sobre el uso y aprovechamiento de las aguas de jurisdicción federal”.

(27) Declaración del Comité Jurídico Interamericano sobre neurociencia, neurotecnologías y derechos humanos: nuevos desafíos jurídicos para las Américas, 99º periodo ordinario de sesiones, 11 de agosto de 2021, disponible en: https://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-DEC_01_XCIX-O-21.pdf (fecha de consulta 14/10/2024).

(28) Véase: ONU, Consejo de Derechos Humanos, Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 6 de octubre de 2022, 51er periodo de sesiones, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G22/525/04/PDF/G2252504.pdf> (fecha de consulta 14/10/2024).

(29) Parlamento Latinoamericano y Caribeño, “Declaración con recomendaciones sobre la necesidad de introducción de los neuroderechos en las legislaciones de los Congresos de este Parlatino”, disponible en: <https://parlatino.org/wp-content/uploads/2017/09/declaracion-neuroderechos.pdf> (fecha de consulta 14/10/2024).

(30) Parlatino, “Ley modelo de neuroderechos para América Latina y el Caribe”, Panamá, 26 de noviembre de 2022, disponible en: <https://parlatino.org/wp-content/uploads/2017/09/ley-modelo-neuroderechos-7-3-2023.pdf> (fecha de consulta 14/10/2024).

(31) Comité Jurídico Interamericano, “Declaración de principios interamericanos en materia de neurociencias, neurotecnologías y derechos humanos”, CJI/RES. 281 (CII-O/23) corr.1, 102º periodo ordinario de sesiones, 9 marzo 2023, disponible en: https://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-RES_281_CII-O-23_corr1_ESP.pdf (fecha de consulta 14/10/2024).

luego, la Red Iberoamericana de Protección de Datos (RI-PD) aprobó su “Declaración sobre neurodatos”⁽³²⁾, donde además de tratar específicamente la temática, adhirió a las dos declaraciones del Comité Jurídico Interamericano. Y en la XXVIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno de 2023 se aprobó la “Carta Iberoamericana de Principios y Derechos en Entornos Digitales”⁽³³⁾, donde se establecen estándares para proteger los derechos humanos en el mundo digital y elaborar marcos regulatorios nacionales para las tecnologías novedosas como la inteligencia artificial y las neurotecnologías. Al mismo tiempo, en México, el Instituto Nacional de Transparencia y Protección de Datos (INAI), junto con el Sistema Nacional de Transparencia, aprobaron la “Carta de derechos de la persona en el entorno digital. Código de buenas prácticas”⁽³⁴⁾, que en su capítulo VII alude específicamente a los neuroderechos.

También en 2023, en León (España), los ministros de Telecomunicaciones y Asuntos Digitales de la Unión Europea (UE) aprobaron la primera declaración sobre neurotecnología (“Declaración de León”)⁽³⁵⁾, por la que se busca fomentar el desarrollo de una neurotecnología humanista que proteja los derechos digitales, impulse la competitividad y fortalezca la autonomía estratégica abierta de Europa. Por su parte, la UNESCO emitió el documento “Neurotecnologías y Derechos Humanos en América Latina y el Caribe: desafíos y propuestas de políticas públicas”, donde se establecen diez principios concretos a observar en este campo⁽³⁶⁾.

Desde luego, mientras se sucedían estas regulaciones, los avances tecnológicos no se detuvieron. Al punto tal que, a mediados de 2023, Neuralink –una empresa que diseña dispositivos para que el cerebro interactúe directamente con ordenadores a través de una interface (BCI, *brain computer interface*), ayudando por ejemplo al tratamiento de personas con parálisis o enfermedades neurológicas⁽³⁷⁾– fue autorizada por la Administración de Medicamentos y Alimentos de los Estados Unidos (FDA) para probar sus implantes cerebrales en humanos luego de sus pruebas en monos y cerdos.

Como si esto fuera poco, concomitantemente con estos avances y con Meta a la cabeza anunciando en 2021 su metaverso Horizon Worlds (además de otras experiencias inmersivas como Horizon Workrooms y Horizon Ho-

me), casi todos los gigantes tecnológicos comenzaron a desarrollar proyectos vinculados con los metaversos⁽³⁸⁾. Fenómeno que generó una honda preocupación por los variados efectos que podrían causarse sobre los derechos humanos, ya que, en definitiva, un metaverso, a diferencia de los multiversos, implica para la persona una prolongación de su vida en el mundo físico a un entorno virtual⁽³⁹⁾, y más allá de que pueda variar el modo de afectación, sus derechos no son menores –por más que en ese entorno la persona esté representada por un avatar– y es claro que los derechos que rigen en el mundo físico son igualmente exigibles en los mundos virtuales⁽⁴⁰⁾.

En esa atmósfera de entusiasmo y preocupación por la aparentemente inminente inmersión de la humanidad en los metaversos, la industria pegó un giro en seco con preeminente dirección al desarrollo de sistemas dotados de inteligencia artificial generativa, con base en “tecnología *transformer*” (una arquitectura de aprendizaje profundo que ha revolucionado el campo del procesamiento del lenguaje natural y de la generación de imágenes), al lanzar OpenAI al mercado ChatGPT. Se trata del primer *chatbot* con tecnología GPT (*Generative Pre-trained Transformer*), capaz de comprender y responder conversacionalmente en lenguaje natural y DALL-E, un programa de inteligencia artificial que crea imágenes a partir de descripciones textuales o estímulos, aplicación similar a la más conocida Midjourney.

Esta disruptiva irrupción de la tecnología *transformer*, acompañada por nuevas generaciones de supercomputadoras con capacidades de procesamiento y almacenamiento inusitadas, generó reacciones de lo más diversas. Reacciones que, incluso, se iniciaron antes de que se pusieran a disposición generalizadas aplicaciones de ese tipo en el mercado.

Así, poco después de que, en 2015, se fundara OpenAI y de que en 2016 y 2017 el AlphaGo de Google DeepMind lograra al vencer primero a un experto y luego al campeón mundial de Go –con, además, una jugada sin precedentes que despertó preocupación entre los expertos–⁽⁴¹⁾, en 2018

(32) Red Iberoamericana de Protección de Datos, Secretaría General Iberoamericana, “Declaración sobre neurodatos de la red iberoamericana de protección de datos”, aprobada en sesión cerrada del encuentro de la Red Iberoamericana de Protección de Datos, con motivo del XX aniversario celebrada en La Antigua, Guatemala el 25 de septiembre de 2023, disponible en: <https://www.redipd.org/sites/default/files/2023-10/declaracion-neurodatos-ripd.pdf> (fecha de consulta 14/10/2024).

(33) “Carta Iberoamericana de Principios y Derechos en Entornos Digitales”, aprobada durante la XXVIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, 25 de marzo de 2023, disponible en: <https://www.segib.org/?document=carta-iberoamericana-de-principios-y-derechos-en-entornos-digitales> (fecha de consulta 14/10/2024).

(34) Comisión de protección de datos personales del Sistema Nacional de Transparencia (México), Carta de Derechos de la persona, entorno digital, Código de Buenas Prácticas, disponible en: https://www.infocdmx.org.mx/doctos/2022/Carta_DDigitales.pdf (fecha de consulta 14/10/2024).

(35) Declaración de León sobre la Neurotecnología: un enfoque centrado en la persona y basado en los derechos humanos, disponible en: https://digital.gob.es/dam/es/portalmtdfp/DigitalizacionIA/declaracion_de_Leon.pdf1 (fecha de consulta 14/10/2024).

(36) Andorno, Roberto, Neurotecnologías y derechos humanos en América Latina y el Caribe: desafíos y propuestas de política pública, UNESCO Office Montevideo and Regional Bureau for Science in Latin America and the Caribbean, 2023, MTD/SC/2023/PI/05, disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000387079> (fecha de consulta 14/10/2024). Los diez principios son los siguientes: Principio 1. Adaptación de las normas legales para responder adecuadamente a los desafíos de las neurotecnologías. Principio 2. Exigencia del consentimiento informado y reconocimiento de los datos neuronales como datos personales sensibles. Principio 3. Derecho a la privacidad mental. Principio 4. Libertad de autodeterminación y libertad de pensamiento. Principio 5. Derecho a la identidad personal. Principio 6. Derecho a la integridad mental. Principio 7. Prevención de la neurodiscriminación y de los sesgos algorítmicos. Principio 8. Cautela en la autorización de neurotecnologías con fines de potenciamiento de las capacidades cognitivas (*neuroenhancement*). Principio 9. Acceso equitativo a los beneficios de las neurotecnologías en el campo de la salud. Principio 10. Establecimiento de mecanismos de tutela efectiva de los derechos asociados a las neurotecnologías.

(37) La compañía afirma que el dispositivo podría permitir un control preciso de las prótesis, dando habilidades motoras naturales a los amputados y también podría revolucionar el tratamiento de afecciones como la enfermedad de Parkinson, la epilepsia y las lesiones de la médula espinal. También muestra cierta promesa para el tratamiento potencial de la obesidad, el autismo, la depresión, la esquizofrenia y el *tinnitus*.

(38) A partir de que en 2021 Mark Zuckerberg anunció que el metaverso sería la nueva apuesta de Meta, Microsoft desarrolló Microsoft Mesh, una plataforma de realidad mixta que permite a los usuarios interactuar en un entorno virtual y aunque Apple ha sido más reservada también se sumó a esa carrera y Google ha mostrado interés en el desarrollo de experiencias de realidad aumentada y virtual. Por otra parte, empresas como Sony, Qualcomm, Nvidia, Epic Games, Unity, Huawei y Adobe también han invertido en tecnologías para el metaverso, desarrollando herramientas y plataformas que facilitan la creación y el uso de entornos virtuales.

(39) Un metaverso implica un nivel de profunda interoperabilidad entre mundos y plataformas en el que los activos y personajes fluyen de uno a otro. Un multiverso es en su mayor parte un concepto hipotético que alude a un conjunto de universos alternativos separados que comparten pocos datos o ninguno y que coexisten entre sí pero no son interoperables. El tiempo y el espacio, como limitantes de la realidad, desaparecen. Se diferencian en cuanto a: número de universos (el metaverso se entrega a las leyes del tiempo y del espacio), entidades (sólo el metaverso es un espacio virtual poblado por dobles humanos virtuales), y condiciones meteorológicas (mientras el metaverso es una réplica del mundo real, un multiverso puede no serlo, ya que cada uno de estos universos puede tener sus propias leyes físicas y realidades diferentes).

(40) Algunas de las áreas conflictivas que plantean los metaversos son las de: a) protección de datos: la recopilación de grandes cantidades de datos sobre los usuarios, biometría, geolocalización, etc., pueden usarse para la publicidad dirigida, el fraude y el robo de identidad; b) privacidad: la interacción entre usuarios de formas que antes no eran posibles puede generar mayor capacidad de rastreo de movimientos de los usuarios o escucha de sus conversaciones; c) propiedad intelectual: no está claro cómo se aplicarán las leyes existentes a las nuevas formas de propiedad intelectual, como bienes virtuales, arte digital e incluso bienes raíces virtuales; d) ciberseguridad: el metaverso será un objetivo para los ataques cibernéticos, como la piratería, las filtraciones de datos y los ataques de ransomware; e) cumplimiento normativo (*compliance*): el metaverso operará en varias jurisdicciones y no está claro qué leyes se aplicarán; f) normas antimonopolio: el metaverso podría usarse para facilitar prácticas anticompetitivas, como la fijación de precios o la colusión del mercado; g) responsabilidad por daños: no está claro quién sería responsable de las lesiones o daños que ocurran en el metaverso tanto respecto de empresas que operan en el metaverso como de los usuarios, y h) aplicación de impuestos: no está claro cómo se aplicarían los impuestos a las transacciones que ocurren en el metaverso (por ejemplo, sobre las ventas, la renta o las propiedades).

(41) AlphaGo venció primero al profesional surcoreano Lee Sedol (de los cinco juegos, cuatro fueron ganados por AlphaGo y el otro por Sedol) y al año siguiente al campeón mundial de esa disciplina, Ke Jie. El Go es un juego de estrategia en el que dos jugadores intentan derrotarse entre sí rodeando y capturando territorio que fue inventado en la antigua China y es mucho más complejo que el ajedrez, por lo que, pese a que ya se había logrado vencer al campeón mundial de ese juego, se creía que el Go era un reducto inexpugnable para la humanidad frente a las computadoras. Pero cuando AlphaGo, en el

OpenIA lanzó GPT-1 al mercado⁽⁴²⁾. En el mismo año, comenzó un despliegue normativo acelerado completamente inédito –dado que nunca antes las regulaciones se realizaron coetáneamente con la aparición de los fenómenos que se pretendían regular– en pos de responder a la alta preocupación que ya empezaba a generarse por los desarrollos.

Como se adelantó, la evolución de GPT llevó a la puesta a disposición del público, a fines de 2022, de ChatGPT (*Chat Generative Pre-trained Transformer*). El hecho repercutió inmediatamente tanto en la opinión pública en general, como en la comunidad científica en particular: si bien muchos lo recibieron con beneplácito, también se generó una honda preocupación en el mundo intelectual al reverdecir e incrementar exponencialmente los viejos temores que ya habían desatado anteriores avances de las TIC.

Es altamente esclarecedora del revuelo que generó en la comunidad científica la carta abierta que publicó en 2023 el *Future of Life Institute* (institución que cuenta con más de mil líderes e investigadores tecnológicos). En su texto, se advertía sobre los riesgos significativos asociados a los avances y desarrollos recientes en el campo de la IA, lo que en opinión de los firmantes llevaba a una situación altamente crítica y por ello se instaba a los laboratorios de inteligencia artificial a pausar el desarrollo de los sistemas más avanzados, advirtiendo sobre “riesgos profundos para la sociedad y la humanidad”, pues los desarrolladores se encontraban “atrapados en una carrera fuera de control para desarrollar e implementar mentes digitales cada vez más poderosas que nadie, ni siquiera sus creadores, pueden entender, predecir o controlar de manera confiable” y la pausa sugerida permitiría a las grandes tecnológicas aplicar conjuntamente un paquete de protocolos de seguridad compartidos para el diseño y desarrollo de inteligencias artificiales avanzadas que sean rigurosamente auditados y supervisados por expertos externos independientes.

Entre los principales pensadores que se ocuparon de analizar este fenómeno, Harari (que también firmó la carta abierta recién mencionada) en diversos trabajos y entrevistas activó las alertas respecto de las consecuencias que, en prácticamente todos los órdenes, acarrearía en su estado actual el uso de la inteligencia artificial –a la cual prefiere denominar inteligencia alienígena, porque mientras evoluciona se vuelve menos artificial y deja de depender de diseños humanos–, ejemplificando con su impacto en el mundo del trabajo (por la muy probable pérdida de muchas posiciones que serían suplantadas e incluso porque muchas personas podrían quedar desempleadas de manera permanente al no tener las habilidades básicas para el mercado laboral) y en el ámbito educativo, donde –en su visión– por primera vez en la historia estamos completamente a oscuras sobre qué vamos a tener que aprender y enseñar en veinte años, lo que obliga a plantear a los espacios educativos de una manera diferente.

En su libro más reciente, destaca el historiador israelí que, si bien algunos empresarios destacados, como Marc Andreessen (*Netscape, Mosaic*), creen que la IA acabará resolviendo todos los problemas de la humanidad, muchos filósofos, científicos sociales, empresarios y los principales expertos en IA (entre ellos, Yoshua Bengio, Geoffrey Hinton, Sam Altman, Elon Musk y Mustafa Suleyman) han advertido que la IA podría destruir nuestra civilización, tal como lo consideró posible en un 10 % más de un tercio de los 2.778 investigadores de IA encuestados en 2023, y surge de la “Declaración de Bletchley sobre IA”, en la que unos treinta gobiernos, incluidos los de China, Estados Unidos y el Reino Unido, reconocieron que “existe el potencial de daños graves, incluso catastróficos, ya sean deliberados o no intencionales, derivados de las capacidades más significativas de estos modelos de IA”.

segundo juego contra Lee Sedol, realizó la jugada 37 (*move 37*), se reescribió la estrategia del Go dado que esa jugada –considerada por los expertos un error porque no tenía sentido pero que luego fue determinante en el resultado del match a favor de AlphaGo– no se le había ocurrido a ninguno de los jugadores más brillantes en miles de años. Esto demuestra que la IA puede explorar áreas nunca transitadas por el pensamiento humano y que no se la puede comprender ya que sus creadores no pudieron explicar por qué AlphaGo realizó esa jugada, por lo que se configura una suerte de “caja negra”.

(42) Este sistema generaba texto coherente y fluido, pero tenía ciertas limitaciones, como la generación de texto repetitivo y la falta de habilidades para razonar en diálogos de múltiples turnos, pero sentó las bases para modelos más grandes y potentes basados en la arquitectura Transformer.

Si se sigue con el análisis de los riesgos de los avances en este campo, se destaca que sus propios desarrolladores han invocado poderes que ellos mismos no pueden controlar, con consecuencias impredecibles. La situación se asemeja a aquello que se describe en el antiguo mito de Faetón y en la fábula sobre el aprendiz de brujo de Von Goethe, donde luego de que ambos personajes desataran fuerzas destructivas que les resultaron incontrolables, debieron intervenir poderes superiores (Zeus y el brujo, respectivamente) para conjurar los peligros generados⁽⁴³⁾. Similarmente a lo ocurrido en ambas fábulas, continúa el autor, la aplicación de estas nuevas formas de IA sobre la enorme acumulación de información con la que contamos puede llevar a resultados negativos de alto impacto y, al no saber qué efectos puede provocar ese uso, se constituye en una amenaza sin precedentes para la humanidad, máxime cuando pasó a ser la primera tecnología de la historia que puede tomar decisiones y crear nuevas ideas por sí misma que incluso en muchos casos no tienen explicación –como ocurriera con una anormal e inusitada jugada realizada por AlphaGo al vencer por primera vez, en 2016, a un jugador profesional de Go–. De modo que, si bien todos los inventos humanos anteriores han empoderado a los humanos al ser estos quienes mantenían las decisiones sobre su uso, sin importar cuán poderosa fuera la nueva herramienta, en este caso se está empoderando a un agente artificial potencialmente más inteligente e imaginativo, con todos los riesgos que ello conlleva.

Afirma Harari que nos encontramos ante una tecnología que es capaz de crear historias y que esto es sumamente relevante puesto que, si la creencia colectiva en “historias” ha alimentado el dominio de la humanidad, ahora la IA también tiene ese poder, que puede usarse incluso para influir sobre las personas con los más variados fines, lo que es demostrativo del potencial de la tecnología, tanto para el bien como para el mal. Agrega este autor que, si además la IA ya es capaz de producir arte y hacer descubrimientos científicos por sí misma, es probable que en las próximas décadas adquiera la capacidad de crear nuevas formas de vida, ya sea escribiendo un código genético o inventando un código inorgánico que anime entidades inorgánicas, lo que podría llegar a alterar el curso no solo de la historia de nuestra especie, sino de la evolución de todas las formas de vida, convirtiéndose así la IA en un “nuevo depredador en la jungla” que puede incluso terminar con la democracia al ingresar al debate público y sustituir a las personas, haciéndose cargo de la conversación⁽⁴⁴⁾.

Precisamente, en línea con los primeros objetivos recién mencionados, concomitantemente con la aparición de GPT-1, en las más altas esferas internacionales, se inició un incesante proceso regulatorio.

Así, entre muchas otras regulaciones que se ocuparon puntualmente y de manera genérica, de los “derechos digitales”, en lo específicamente referido a la IA, la Unión Europea lanzó sus “Directrices éticas para una IA fiable”; un año más, tarde, en 2019 (con posteriores reformas en 2023 y 2024), la OCDE emitió sus “Principios sobre IA” y la Red Iberoamericana de Protección de Datos (RIPD) lanzó sus “Recomendaciones Generales para el Tratamiento de Datos en la Inteligencia Artificial” (2019). En 2020, la Asamblea Global de Privacidad (GPA) adoptó una resolución sobre la rendición de cuentas responsable (y demostrable) en el desarrollo y la utilización de la IA. En 2021, la UNESCO emitió su “Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial” y el Instituto Nacional de Estándares y Tecnología (NIST) desarrolló los cuatro principios de la inteligencia artificial explicable. En 2022,

(43) Faetón murió al tener que intervenir Zeus para restablecer el dominio que perdió Faetón por su testarudez e impericia sobre la trayectoria del sol, provocando graves desastres naturales. En el caso del aprendiz de brujo (publicado por Johann Wolfgang von Goethe a principios de la Revolución Industrial en un marco de incertidumbre sobre las consecuencias de ésta asimilable al actual), al perder éste control sobre una escoba que encantó con un hechizo que realizó a espaldas de su mentor a fin de que le trajera agua al taller y no poder pararla, la amenaza de inundación del lugar provocó la intervención del hechicero a fin de controlar el caos desatado.

(44) Harari, Yuval Noah, *Nexus “A Brief History of Information Networks from the Stone Age to AI”*, Fern Press, 2024. Véase, al respecto, la reseña publicada en: Harari, Yuval Noah, “Never summon a power you can’t control: Yuval Noah Harari on how AI could threaten democracy and divide the world”, *The Guardian*, 24 de Agosto de 2024, disponible en: <https://www.theguardian.com/technology/article/2024/aug/24/yuval-noah-harari-ai-book-extract-nexus#Echobox=1724505232> (fecha de consulta 14/10/2024).

la OCDE publicó su “Declaración sobre un futuro digital fiable, sostenible e inclusivo”; en 2023 la Unión Europea publicó la “Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital” y, finalmente, en 2024, aprobó el “Reglamento de Inteligencia Artificial” (Reglamento (UE) 2024/1689)⁽⁴⁵⁾.

4. Balance conclusivo

Como se puede vislumbrar a lo largo de este trabajo, todas las tecnologías de la información y de la comunicación fueron, en su medida, disruptivas y generaron reacciones de todo tipo, aunque las jurídicas se han intensificado recién a partir del último cuarto del siglo pasado y especialmente desde pasada la primera década de este siglo. Sin duda alguna, la tecnología que marca un hito clave en la historia de la civilización es la aparición de la IA generativa, por las diversas razones que se mencionaron y entre las cuales se presentan como muy clarificadoras las explicaciones de Harari.

Personalmente, me parece que sus reflexiones nos permiten entender los alcances tecnológicos, sociales y políticos de este “descubrimiento” tecnológico y advertir especialmente sobre los peligros que su desarrollo sin un marco legal y ético puede acarrear. Pero, a fin de cuentas, como en todas las anteriores ocasiones de avances disruptivos, habría que empezar reconociendo que el temor al cambio tiene una base psicológica muy arraigada en la humanidad para así poder superarlo a partir de sacar provecho de los beneficios de la IA. Por supuesto, sin perder de vista sus riesgos.

Tengo para mí que, a fin de enfrentar inteligentemente a esta nueva manifestación tecnológica, cabría: a) alinear la tecnología con los fines y los valores humanos; b) diseñar el futuro con la persona (y no la máquina) en el centro; c) adaptar los sectores más “impactados”, como

(45) También recientemente, en los Estados Unidos el presidente Biden emitió el 30/10/23 una Orden ejecutiva sobre inteligencia artificial segura, confiable y protegida, que exige más transparencia y nuevas normas, y en la República Popular China el Consejo de Estado aprobó en 2023 las “Medidas provisionales para la gestión de servicios de inteligencia artificial generativa” y se abocó a dar forma a un proyecto de “ley de inteligencia artificial” (véase: Executive Order 14110, October 30, 2023. Safe, Secure, and Trustworthy Development and Use of Artificial Intelligence).

la educación y el trabajo, al nuevo entorno; d) diseñar estrategias que permitan evitar los sesgos (por ejemplo, de género, políticos) y la colonización; e) instruir adecuadamente a la población sobre las características y usos posibles de esta tecnología, incluidos sus eventuales defectos (como la existencia de esos sesgos y de “alucinaciones”), y f) contar con los conocimientos básicos necesarios sobre las diversas aplicaciones disponibles para poder sintonizar con la adecuada (ya que de lo contrario, se perderá precisión, redundando negativamente en competitividad).

La labor no es fácil, especialmente a poco que se advierta que estamos frente a lo que, como ya lo expresamos, Harari denomina “inteligencia alienígena” (y creo que esta denominación le cabe con mucha precisión al homenajeado). Y, desde luego, como tal puede que comience en algún momento a generar cierto tipo de conciencia y a tomar sus propias decisiones o a aconsejarnos a tomar determinadas que no necesariamente coincidan con nuestros intereses sino con los suyos, aunque parezca lo contrario. La *move* 37 a la que aludí en estas páginas permite claramente admitir esta posibilidad ya no tan teórica. Ahora sí: la IA podrá ser muy generativa y probablemente en brevísimo tiempo arribemos a lo que se conoce como inteligencia artificial general (IAG)⁽⁴⁶⁾. Pero lo que sí tengo claro –y en esto no tengo temor a equivocarme– es que esa inteligencia siempre será artificial y hay algo en lo que jamás nos igualará, pues nunca tendrá un alma.

VOCES: DERECHO - TECNOLOGÍA - INTERNET - INTELIGENCIA ARTIFICIAL - INFORMÁTICA - ESTADO - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - DERECHOS HUMANOS - PODER JUDICIAL - ECONOMÍA - CONSTITUCIÓN NACIONAL - CÓDIGO DE ÉTICA - JUECES - ABOGADO - PROFESIONES LIBERALES - FILOSOFÍA DEL DERECHO - SENTENCIA - JUSTICIA - ACCESO A LA JUSTICIA - PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES - TRATADOS INTERNACIONALES

(46) La Inteligencia Artificial General (IAG) es una forma avanzada de IA que tiene la capacidad de entender, aprender y aplicar conocimientos de manera similar a los humanos. A diferencia de la inteligencia artificial actual, que es especializada y buena para tareas específicas (como jugar al ajedrez o traducir idiomas), podría realizar cualquier tarea intelectual que un humano pueda hacer.

***Tercera parte.
La Corte Suprema
y su jurisprudencia:
nuevas miradas***

Evolución y dinámica del precedente: apuntes para una teoría del cambio jurisprudencial

por GUSTAVO ARBALLO(*)

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 1.1. PRECEDENTE Y TEORÍA DEL PRECEDENTE. 1.2. FUNDAMENTOS DEL TRIALISMO JURÍDICO. 1.3. LA TEORÍA DEL PRECEDENTE DEBE INCLUIR UNA TEORÍA SOBRE EL CAMBIO DEL PRECEDENTE. NUESTRA PROPUESTA “TRIALISTA” (CON UN PLUS). – 2. CRITERIOS JUSTIFICATIVOS PARA UN CAMBIO DE PRECEDENTE. 2.1. CAMBIO EN LOS HECHOS DETERMINANTES. 2.1.1. Repaso de precedentes establecidos con “explicación” basada en la evaluación de hechos: el caso “Itzcovich”. 2.1.2. “La imperiosa necesidad de revisar un criterio gravemente inconveniente en su aplicación actual”: “Barreto”. 2.1.3. Un juez que explica su cambio de criterio por “las lecciones de la experiencia”: Fayt en “Arriola”. 2.2. CAMBIO EN LAS NORMAS RELEVANTES. 2.3. INCOMPATIBILIDAD CON VALORES FUNDAMENTALES. – 3. CÓMO SE MANIFIESTA EL CAMBIO DE PRECEDENTE: VARIANTES Y UNA CLASIFICACIÓN. 3.1. CAMBIOS EN LA SOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL. 3.1.1. La alteración directa. 3.1.2. La alteración por condicionamiento. 3.2. CAMBIOS EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN. 3.2.1. Ampliación. 3.2.2. Acotamiento. 3.2.3. Exclusión por diferenciación. 3.3. FORMAS DE HACERLO: ENUNCIATIVA O CASUISTA. EL CASO DEL “ESTABLECIMIENTO” (FUNDACIÓN) DE UN PRECEDENTE. 3.4. DIGRESIÓN. LA HISTORIA DE TRES PASAJEROS QUE MIRAN OVEJAS DESDE UN TREN. 3.5. FORMAS DE “MUTACIÓN” DEL PRECEDENTE: EL CAMBIO “INTERPRETATIVO”. – 4. SALVAGUARDA DE COHERENCIA SISTÉMICA: CUATRO FACTORES A CONSIDERAR. 4.1. COHERENCIA SISTÉMICA DEL ORDENAMIENTO. 4.2. EVALUACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS. 4.3. CONGRUENCIA EN EL CAMBIO. 4.4. PRINCIPIO DE PARSIMONIA. 4.5. NOTAS SOBRE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PARSIMONIA A LA “TRANSICIÓN” DEL PRECEDENTE. 4.6. CODA: A LA JURISPRUDENCIA QUE SE ABANDONA HAY QUE DEJARLE CARTAS DE DESPEDIDA. – 5. DERIVACIONES DE ESTA TEORÍA. 5.1. UNA CONTRIBUCIÓN A LA TEORÍA DEL PRECEDENTE. 5.2. UN MAPA DE REFERENCIAS PARA LA ARGUMENTACIÓN. 5.3. UNA HOJA DE RUTA PARA LA DECISIÓN JUDICIAL. – 6. CONCLUSIONES.

1. Introducción

El presente artículo examina la teoría del precedente y su posible cambio en el sistema jurídico. Partimos de una comprensión del precedente como un acto judicial concreto con proyección normativa y exploramos el principio del *stare decisis*, que exige equilibrio entre la estabilidad del sistema y su adaptación a las circunstancias cambian-

tes. Para ello, recurrimos al trialismo jurídico, que postula una interacción dinámica entre hechos, normas y valores, y proponemos que cada uno de estos elementos puede justificar la revisión de un precedente cuando las condiciones lo ameritan.

Posteriormente, presentamos una tipología de los cambios de precedente y analizamos sus manifestaciones, ya sea a través de la alteración de la solución jurisprudencial o del ámbito de aplicación de las reglas originales. Destacamos la necesidad de mantener coherencia sistémica en dichos cambios, proponiendo factores como la evaluación de consecuencias y el principio de parsimonia para guiar el proceso. Cerramos con una serie de conclusiones teóricas y prácticas, ofreciendo un marco que equilibra la continuidad y la adaptabilidad del precedente, así como una hoja de ruta para la toma de decisiones judiciales.

1.1. Precedente y teoría del precedente

La teoría del precedente explora la posible transformación de un *evento* jurídico –una decisión judicial específica que resuelve un caso particular– en una *regla* interpretativa o constitutiva de derecho, cuyo efecto “jurígeno” radica en la potencialidad de ser aplicada a futuros casos análogos.

Esta dualidad entre el acto judicial concreto y su proyección normativa se sustenta en el principio del *stare decisis*, estableciendo a la jurisprudencia como “fuente” del derecho (será “interpretativa” cuando fije una opción hermenéutica para una norma existente, y “constitutiva” cuando establezca normas que se aplican en una “laguna” o vacío legal). “La tesis de que solo los legisladores crean el Derecho es una ideología desmentida diariamente por la realidad”, decía categóricamente Julio César Cueto Rúa⁽¹⁾.

Este principio –y esta teoría– son relevantes para garantizar la estabilidad y la previsibilidad en la administración de justicia, para proteger la confianza pública en la imparcialidad del sistema judicial y también para mantener la coherencia del sistema legal.

Pero allí no se acaba su función. El precedente tiene un *día después*, y es a su vez un *producto sujeto a interpretación*, y en ese aspecto eventualmente podrá acarrear mutaciones y cambios. Para que el *stare decisis* cumpla efectivamente con su propósito, debe contar con una dimensión dinámica que permita adaptarse a los cambios en la sociedad, el derecho y las circunstancias fácticas. Esto asegura que los precedentes no se conviertan en barreras rígidas, sino en herramientas que permitan un tránsito ordenado para la adaptación y la evolución prolija del sistema legal.

Recordemos que en el conocido fallo “Kot” (la creación pretoriana del amparo) al defender un paradigma evolutivo del derecho, la Corte resaltaba que “toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, y está destinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción. De ese modo, las leyes no pueden ser interpretadas sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad”⁽²⁾. Lo que es cierto para el producto normativo legislado es también cierto –y probablemente con mayor razón– para el producto normativo pretoriano, que es la jurisprudencia.

Este dinamismo de lo contingente plantea un desafío inherente al sistema de precedentes: ¿hasta qué punto deben las cortes seguir adheridas a decisiones del pasado cuando las circunstancias presentes han cambiado radicalmente? Al respecto, Cueto Rúa decía que “no se ve qué razón de esencia pueda existir para negar a los jueces que sentaron una jurisprudencia cuando los hechos sociales presentaban ciertas características, la facultad de modificarla cuando esos hechos cambian. Tales cambios se operan dentro del ámbito lógico que delimitan los conceptos generales de la ley. Las leyes permiten variadas interpretaciones, todas ellas lógicamente fundadas. El que los jueces elijan una de ellas y no otra, depende de la na-

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Apostillas sobre la denominada apelación implícita*, por JORGE W. PEYRANO, ED, 187-519; *Meditaciones sobre la apelación (El fundamento constitucional, legal y doctrinario de la prohibición de reformatio in peius)*, por JUAN JOSÉ AZPELIQUETA, ED, 195-959; *Meditaciones sobre la Apelación (Solución de cuestiones, vencimiento y ‘devolución’ implícita)*, por JUAN JOSÉ AZPELIQUETA, ED, 195-1068; *Meditaciones sobre la Apelación (La adecuación oficiosa de costas y honorarios por la Alzada)*, por JUAN JOSÉ AZPELIQUETA, ED, 200-950; *El origen de la anomia*, por ALBERTO M. SÁNCHEZ, ED, 255-938; *La doble instancia como garantía convencional*, por TORIBIO ENRIQUE SOSA, ED, 257-780; *Reposición inadmisibles y apelación en subsidio*, por JULIO CHIAPPINI, ED, 283-928; *Efecto adhesivo de los recursos en el Código Procesal Penal de la Nación*, por CARLOS ENRIQUE LIERA, Revista de Derecho Penal, mayo 2021 - Número 5; *La implementación de la Apelación Horizontal a partir del precedente “Scalcione” de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe*, por JONATAN ERIC PATERSON, Revista de Derecho Penal, junio 2023 - Número 6; *Una nueva definición de la naturaleza jurídica del aporte solidario en un reciente precedente de la sala III del fuero Contencioso Administrativo Federal*, por PAMELA JURSA, El Derecho Tributario, diciembre 2023 - Número 4; *Anomia, polarización y precedentes*, de Leandro J. Giannini, por FLORENCIA RATTI MENDIÑA, ED, 307. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Secretario de Jurisprudencia STJ La Pampa. Profesor adjunto en la cátedra de Derecho Público Provincial y Municipal de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa. Magister en Magistratura Judicial (U. Austral). Doctor en Derecho (UN Córdoba). Agradezco los comentarios y aportes de Sofía Calderone y de Quimey Báez Sevilla a una versión anterior de este texto. Y quiero además incluir aquí unas palabras de homenaje a Néstor Sagüés: su erudición, vocación por la disección y el análisis profundo (y transversal) de los fenómenos jurídicos, claridad expositiva y espíritu docente no solo dejan un “corpus” de doctrina como legado y huella, sino que también proyectan ese camino trazando una senda de método y sustancia para el futuro del constitucionalismo argentino.

(1) Cueto Rúa, Julio César, *Fuentes del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1982. p. 143.

(2) CSJN, “Samuel Kot S.R.L.”, Fallos 241:291 (1958).

turalidad de los hechos que juzgan, y de la objetividad de la elección”⁽³⁾.

Esto no significa ignorar que el cambio de precedente, necesario en ocasiones, plantea tensiones y aparentes contradicciones. Por un lado, la seguridad jurídica exige que las reglas legales sean estables y previsibles; por otro, la equidad demanda que la ley responda a las realidades actuales, a los cambios en circunstancias y en los presupuestos que el legislador pudo tener en mira al pensar la norma. De este modo, los tribunales se encuentran en una posición delicada, donde deben equilibrar la fidelidad al pasado con la necesidad de adaptación al presente y al futuro.

El tema aparece desarrollado en la disidencia de Petracchi en “Montalvo” donde –en el cons. 12º– hacía una extensa cita de lo dicho por la Corte de los Estados Unidos en *Moragne v. States Marine Lines* [398 U.S. 375, 403 (1970)], subrayando que existen “...razones de mucho peso que subyacen al principio de que los tribunales no deberían apartarse ligeramente de sus decisiones anteriores. Entre ellas, se encuentran la conveniencia de que el derecho brinde una guía clara para la conducta de los individuos, de forma tal de poder planear sus asuntos, asegurados contra sorpresas desagradables; la importancia de promover una solución equitativa y rápida, eliminando la necesidad de volver a discutir todos los aspectos relevantes en todos los casos; y la necesidad de mantener la fe pública en el Poder Judicial como fuente de decisiones impersonales y razonadas. Los motivos para rechazar cualquier regla establecida deben ser sopesados a la luz de estos factores...”⁽⁴⁾.

Esto nos lleva a la necesidad de establecer vectores que contrarresten tal inercia “precedencial”, y ordenen la perspectiva para establecer cuándo y cómo es legítimo y funcional abandonar un precedente establecido. Para ello recurriremos de modo instrumental al marco teórico del trialismo jurídico, una teoría del derecho que estructurará nuestras respuestas.

1.2. Fundamentos del trialismo jurídico

El trialismo jurídico –con autores y difusores altamente reconocidos como Werner Goldschmidt, Miguel Ángel Ciuro Caldani y, en Brasil, Miguel Reale⁽⁵⁾– es una corriente teórica que ofrece una visión comprensiva y multidimensional del derecho. Su enfoque también forma parte de la moderna “caja de herramientas” del derecho constitucional, estando presente en las obras de Néstor Pedro Sagüés y de Germán Bidart Campos.⁽⁶⁾

A diferencia de otras teorías que tienden a centrarse exclusivamente en uno de los aspectos del fenómeno jurídico –ya sea la norma, el hecho o el valor– el trialismo sostiene que una comprensión completa del derecho solo es posible mediante la consideración conjunta e interrelacionada de estos tres elementos.

En lo sucesivo proponemos presentar los elementos básicos del sistema trialista, para luego proyectarlos al contexto de establecimiento y seguimiento del precedente.

- **“Hecho”**. En primer lugar, el hecho se refiere a la realidad social, es decir, a los sucesos y situaciones concretas que ocurren en la vida diaria y sobre los cuales el derecho actúa. Son los eventos o acciones que el derecho busca regular, resolver o a los cuales otorga una consecuencia jurídica.

- **“Norma”**. En segundo lugar, encontramos la norma, que es la dimensión prescriptiva del derecho. Las normas son las reglas o disposiciones que establecen cómo deben comportarse las personas frente a los hechos, indicando

qué conductas están permitidas, prohibidas o exigidas, y cuáles son las consecuencias de su incumplimiento. En la teoría trialista, las normas no se conciben de manera aislada, sino que están en constante interacción con los hechos y los valores.

- **“Valor”**. Por último, está el valor, que representa la dimensión axiológica del derecho. Los valores son los principios o ideales, como la justicia, la equidad, la libertad o la seguridad, que orientan y fundamentan las normas jurídicas. Para quienes adscriben al trialismo, las normas deben ser aplicadas teniendo en cuenta estos valores, los cuales guían su interpretación y aplicación en relación con los hechos.

El trialismo postula que estos tres elementos –hecho, norma y valor– se interrelacionan de manera dinámica en el proceso jurídico, permitiendo una comprensión integral del derecho. Congruentemente, formularemos aquí la tesis de que cada uno de estos elementos pueden activar y sustentar un evento “correcto” de cambio de jurisprudencia.

1.3. La teoría del precedente debe incluir una teoría sobre el cambio del precedente. Nuestra propuesta “trialista” (con un plus)

El objetivo de este artículo es, entonces, explicar una teoría razonada del cambio de precedente. La propuesta parte de la premisa de que un precedente debe ser reevaluado y, en su caso, modificado, si se cumple alguna de las siguientes condiciones: (1) si el precedente ya no se ajusta a los valores fundamentales que deben guiar el sistema legal; (2) si ha habido un cambio en las normas relevantes que sustentaban el precedente original, o (3) si han cambiado los hechos determinantes que se tuvieron en cuenta en la construcción del precedente.

A este enfoque básicamente trialista le adosaremos un “plus” de salvaguarda al que nos referiremos más adelante, con la idea de hacer un segundo control para asegurar la integridad y coherencia del sistema que pueda estar comprometida con el cambio de criterio postulado.

2. Criterios justificativos para un cambio de precedente

2.1. Cambio en los hechos determinantes

Los precedentes judiciales no solo se apoyan en normas jurídicas y valores, sino también en hechos. Hablamos aquí de “hechos del mundo” en sentido amplio, no limitándonos a los “hechos del caso”, considerando el conjunto más amplio de circunstancias que son definitorias o relevantes para definir el contexto de aplicación de las normas. En un contrato no solo existen prestaciones recíprocas predefinidas, sino un contexto (macroeconómico o microeconómico) que puede generar “onerosidad sobreviniente” (hipótesis captada por el art. 1091 del CCyC). Del mismo modo que ese contexto influye en las soluciones contractuales, también lo puede hacer en las soluciones pretorianas, en lo que constituiría una suerte de “teoría de la imprevisión judicial”.

El cambio en los hechos determinantes puede ocurrir por varias razones. Puede deberse a avances en la ciencia y la tecnología que alteran la comprensión de los hechos en cuestión, a nuevos descubrimientos que revelan información previamente desconocida, o a cambios en las condiciones sociales o económicas que modifican el contexto en el que se aplica la norma. En todos estos casos, la revisión de un precedente puede ser necesaria para asegurar que la decisión judicial sigue siendo relevante y justa en el contexto actual.

En nuestro derecho es usual (lamentablemente) tener que ponderar el impacto de una emergencia, en un arco que comienza en el clásico fallo de “Ercolano c. Lanteri de Renshaw”⁽⁷⁾. Desde entonces, podemos suponer que el evento de la emergencia habilita no solo al legislador a cambiar normas, sino también a la jurisprudencia a revisar en consonancia criterios jurisprudenciales hechos en la normalidad. Y, congruentemente, ello también implica que los precedentes construidos en un contexto puntual de emergencia (económica, sanitaria, etc.) deberán ser revisados a medida que esta situación se disipe.

Otro caso también recurrente en nuestro ámbito jurídico está dado por el derecho monetario, y los problemas causados por la inflación y su impacto en las normas que limitan la actualización de deudas o prohíben la indexa-

(3) Cueto Rúa, Julio César, *Fuentes del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1982, p. 143.

(4) CSJN, “Montalvo”, Fallos 313:1333 (1990).

(5) Cf. Ciuro Caldani, Miguel Ángel, *Una teoría trialista del derecho. Comprensión iusfilosófica del mundo jurídico*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2020; GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al Derecho*, 6ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1987; Reale, Miguel, *Filosofia do direito*, 19.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002.

(6) Cf. Sagüés, Néstor Pedro, *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2007, pp. 26-28: “Todo problema constitucional debe estudiarse mediante el triple enfoque [...] porque norma, realidad y valores se dan unidos en la experiencia jurídica”. En el mismo sentido, Bidart Campos, Germán J., iniciaba su “Tratado” con un apartado intitulado “El trialismo en el derecho constitucional”, explicando el fenómeno jurídico como integrado con tres ámbitos, dimensiones, y órdenes: el de las conductas, el de las normas y el del valor, que correspondían respectivamente a las dimensiones sociológica, normativa y dikelógica. Véase su *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1994. T. I, pp. 77-78.

(7) CSJN, “Ercolano c. Lanteri de Renshaw”, Fallos 136:161 (1922).

ción. En forma recurrente vemos que un medio inicialmente válido en este sentido puede luego redundar en que las normas implican una pérdida sustantiva del crédito en cuestión. Aquí podría hablarse, ciertamente de una “inconstitucionalidad sobreviniente” (si asumimos que en un tiempo inicial la norma no presentaba problemas), pero en todo caso esto deberá dar lugar a un cambio de precedente. La relación entre inconstitucionalidad sobreviniente y cambio de precedente es de causa a efecto: la inconstitucionalidad sobreviniente es la causa y el cambio de precedente será el efecto.

Otro ejemplo se encuentra en el derecho ambiental. Los cambios en las condiciones ecológicas, como la degradación de hábitats naturales o el impacto del cambio climático, pueden alterar los hechos determinantes en casos relacionados con la protección del medio ambiente. Precedentes establecidos en un contexto ecológico anterior pueden volverse obsoletos o inadecuados cuando los hechos sobre el terreno cambian drásticamente, lo que requiere una reevaluación de las decisiones judiciales para garantizar que se sigan protegiendo de manera efectiva los intereses ambientales.

Más notablemente, el fenómeno del consumo ha transformado profundamente las prácticas contractuales, que ya no se caracterizan por la negociación bilateral entre partes en igualdad de condiciones, sino que se estructuran en torno a cláusulas predispuestas y a menudo impuestas en contrataciones masivas. Esta evolución ha llevado a repensar y contextualizar los criterios originalmente diseñados para contratos paritarios, ajustando los precedentes para proteger mejor a los consumidores y garantizar un equilibrio justo en las relaciones contractuales.

En todos estos casos, el cambio en los hechos determinantes no solo justifica, sino que exige una revisión del precedente para que la aplicación de la norma jurídica siga siendo justa y equitativa.

Lo mismo sucede con lo que podríamos considerar un caso especial dentro del fenómeno de “cambio en los hechos”: el de los “hechos nuevos” que no existían en el momento de establecimiento del precedente, y cuyo impacto sobre la realidad obliga a revisar criterios establecidos con anterioridad.

2.1.1. Repaso de precedentes establecidos con “explicación” basada en la evaluación de hechos: el caso “Itzcovich”

Veremos en lo que sigue algunos ejemplos donde la CSJN explica a partir de situaciones fácticas su declaración de cambio de criterio. En “Itzcovich” de 2005, la Corte Suprema abordó la revisión de la Ley de Solidaridad Previsional, en particular en lo que respecta al recurso de apelación *ordinario* ante la Corte en materia previsional. Tras casi una década de experiencia con esta ley, se constató que el recurso, en lugar de evitar el dispendio jurisdiccional, lo fomentaba, además de ser utilizado frecuentemente por el Estado (como parte demandada) para demorar el cumplimiento de sus obligaciones. La Corte apuntó que: “la evidencia empírica que demuestra que la vigencia del procedimiento establecido [...] ha tenido como consecuencia una gran expansión en el ámbito de competencia de la Corte, tanto en el aspecto cuantitativo como en la diversidad de temas fácticos y jurídicos que ha debido abordar, con la consiguiente alteración del rol que venía cumpliendo como intérprete final de la Constitución Nacional para adaptar su funcionamiento, cada vez en mayor medida, al de un tribunal de instancia común”.

El fallo explica que tal expansión generaba un retardo que afectaba el debido proceso, que además despojaba de sentido a las prestaciones previsionales, cuyo objetivo es proteger la subsistencia y la ancianidad de los beneficiarios⁽⁸⁾.

2.1.2. “La imperiosa necesidad de revisar un criterio gravemente inconveniente en su aplicación actual”: “Barreto”

En “Barreto” de 2006, la Corte revisó el criterio aplicado desde 1992 sobre su competencia originaria para discernir “causas civiles”. El voto de mayoría manifiesta “la imperiosa necesidad de revisar un criterio que, sostenido en una hermenéutica posible y fundada, se muestra como gravemente inconveniente en su aplicación actual” dada

“la evidencia empírica que demuestra que el criterio empleado a partir de 1992 para discernir la presencia de una ‘causa civil’ ha tenido, como consecuencia de su amplia formulación semántica, una significativa expansión en el ámbito de la competencia originaria del Tribunal de procesos de esta naturaleza [...] con la consecuente afectación de los siempre limitados recursos humanos y materiales existentes que en gran medida están siendo destinados al conocimiento y decisión de asuntos que, por su naturaleza y más allá de su fuente, son ajenos a la trascendente e insustituible atribución institucional de este Tribunal como intérprete final de la Constitución Nacional y custodio último de las garantías superiores reconocidas en dicha Ley Suprema”⁽⁹⁾.

2.1.3. Un juez que explica su cambio de criterio por “las lecciones de la experiencia”: Fayt en “Arriola”

En “Arriola” de 2009, Fayt formará parte de la mayoría que declara la inconstitucionalidad de la tenencia de estupefacientes y lo hace cambiando la postura que había sentado previamente en los precedentes de “Bazterrica - Capalbo” y de “Montalvo”, donde había votado por su constitucionalidad⁽¹⁰⁾. En su voto, Fayt (considerando 12) alude a que: “[...] las lecciones de la experiencia conducen a realizar una serie de consideraciones acerca de la validez de una norma que, aunque no ostensiblemente incorrecta en su origen, ha devenido irrazonable, pues – como seguidamente se expondrá – no se adecua a los fines tomados en consideración para su sanción”.

Dice este voto que existen “nuevos datos de la realidad –transcurridos veintitrés años desde el dictado de los fallos ‘Capalbo’ y ‘Bazterrica’ (disidencia de los jueces Caballero y Fayt en relación al antiguo texto legal, Fallos: 308:1392)” – que “conducen a una revisión de la doctrina allí sentada, en tanto indican con el rigor que una posible declaración de inconstitucionalidad –como *ultima ratio*– requiere, la ineficacia de aplicar sanciones penales o inculpar a la mera tenencia con el objeto de combatir el flagelo de la drogadicción”. El voto reporta explícitamente que “si bien la limitación del derecho individual no lucía irrazonable en su génesis y primer desarrollo, de los nuevos datos y otros no tan evidentes en los años 80 y 90, resulta la necesidad de reconsiderar, como se dijo, la doctrina sentada en el precedente” y se permite recordar que si en “la disidencia mencionada se afirmó como *holding* que la presunción de peligro en la que se asentaba la figura descripta por la norma no aparecía como irrazonable respecto de los bienes que pretendía proteger (considerando 13)”, lo cierto es que “hoy, la respuesta criminalizadora se advierte a todas luces ineficaz e inhumana”⁽¹¹⁾.

En cada uno de estos casos vemos tanto un cambio explícito como una explicación del cambio que parece decir “probablemente no haya estado mal lo decidido, pero no podemos seguir sosteniendo ese criterio en las circunstancias actuales”. Como dice Ortega y Gasset en el “Epílogo para ingleses” de “La rebelión de las masas”: “el hombre no ha logrado todavía elaborar una forma de justicia que no esté circunscrita en la cláusula *rebus sic stantibus*”. Parafraseando a Ortega, la jurisprudencia “es ella y su circunstancia”, y una variación circunstancial fáctica obliga a repensar el constructo interpretativo edificado sobre ella⁽¹²⁾.

2.2. Cambio en las normas relevantes

El derecho es un sistema dinámico que debe adaptarse a los cambios legislativos y normativos. Las normas jurídicas, que pueden incluir leyes, reglamentos, tratados y constituciones, son el marco normativo que guía las decisiones judiciales. Sin embargo, estas normas no son inmutables; cambian en respuesta a nuevas políticas, decisiones legislativas y desarrollos internacionales. Cuando las normas relevantes que sustentan un precedente cambian, es razonable reconsiderar la validez de dicho precedente.

Queremos apuntar aquí dos precisiones. La primera es que –sorprendentemente– un criterio jurisprudencial pue-

(9) CSJN, “Barreto, Alberto D. y otra c. Provincia de Buenos Aires y otro”, Fallos 329:759 (2006), cons. 5°.

(10) CSJN, “Bazterrica, Gustavo Mario - Alejandro Carlos Capalbo” Fallos 308:1392 (1986), y “Montalvo, Ernesto Alfredo”, Fallos: 313:1333 (1990).

(11) CSJN, “Arriola, Sebastián y otros s/causa n° 9080”, Fallos 332:1963 (2009), voto del Juez Fayt.

(12) Ortega y Gasset, José, *Epílogo para Ingleses*, en “Obras Completas”, T. IV, 6ª ed., 1966, p. 292. “Pero es el caso –agrega allí Ortega– que las cosas humanas no son *res stantes*, sino todo lo contrario: cosas históricas, es decir, puro movimiento, mutación perpetua”.

(8) CSJN, “Itzcovich, Mabel c. Administración Nacional de la Seguridad Social”, Fallos 328:566 (2005), considerandos 8 y 9.

de sobrevivir a la norma en que se ha originado. El ejemplo más próximo que tenemos es la forma en que buena parte de la jurisprudencia elaborada en relación al Código Civil vigente hasta 2015 es de pertinente cita para la aplicación de normas análogas del actual Código Civil y Comercial (CCyC). Por cierto, la razón por la que esto sucede es porque las normas tienen formulación y principios similares (incluso sin coincidencia literal), lo que justifica esa suerte de sobrevivencia jurisprudencial.

La segunda precisión es que el cambio normativo puede suceder cuando un legislador decide llenar el “vacío legal” que ha justificado la solución jurisprudencial. Allí puede ocurrir, como ha sucedido muchas veces, que el criterio legislativo venga a consolidar o positivizar lo que nació como jurisprudencia. En el caso contrario, si el sentido de la nueva legislación es diferente, el criterio jurisprudencial que resolvía la cuestión con una analogía ya no tendrá razón de ser, y deberá discontinuarse en su aplicación.

Advirtamos también que el cambio en la norma relevante puede ocurrir de varias maneras. En la versión más simple, la legislación puede ser modificada directamente por el Poder Legislativo, introduciendo nuevas leyes, abrogándolas parcial o totalmente, o enmendando las existentes.

Sin embargo, debe advertirse que las normas jurídicas en los ordenamientos de derecho no se presentan aisladas, sino que se vinculan con respecto a fuentes, se estructuran en materias y se insertan en un entramado de normas generales y particulares, y tienen relaciones de jerarquía y subordinación.

Por eso, es importante tener en cuenta cómo la modificación de otras normas puede influir indirectamente en la norma en cuestión, alterando su contexto y aplicación práctica (por ejemplo: la introducción de un criterio “*favor debilis*” en la parte general de los contratos termina alterando toda la legislación aunque los contratos en particular no hayan tenido modificaciones en la normativa) y justificando la discontinuidad en un criterio jurisprudencial formulado bajo otro contexto sistémico.

Con mucha frecuencia, esto puede surgir a la luz de una reinterpretación judicial de normas constitucionales, ya sea en el escenario del control de constitucionalidad (a partir de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación) como en el escenario del control de convencionalidad (en donde pueden incidir fallos de tribunales internacionales, opiniones consultivas u observaciones generales de órganos de una convención de derechos).

2.3. Incompatibilidad con valores fundamentales

Uno de los pilares fundamentales del derecho es su capacidad para reflejar y proteger los valores éticos y morales que subyacen a una sociedad. Estos valores, que pueden incluir la justicia, la igualdad, la libertad, la dignidad humana y la equidad, son esenciales para la legitimidad del sistema jurídico, y por eso tienen expresa encarnación constitucional. Cuando un precedente judicial ya no se ajusta a estos valores fundamentales, o incluso entra en conflicto con ellos, se hace necesario reconsiderar su validez.

En este punto, y sin terciar en discusiones propias de la filosofía del derecho, cabe señalar que una concepción valorativa no aparece como intrusa en el ordenamiento, sino que la propia constitución y las leyes la toman como concepto referencial. A la pregunta de *por qué introduces valores en tu razonamiento*, el jurista puede responder, sin faltar a la verdad: es la propia norma la que lo ha hecho, y me obliga por ende a hacerlo a mí. Por citar solo un ejemplo, el art. 2 del CCyC establece: “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento” (el destacado en bastardilla es nuestro).

Consideremos, por otro lado, la jerarquía constitucional que en el art. 75, inc. 22, la Constitución Argentina otorga a los tratados internacionales sobre derechos humanos, los cuales están impregnados de valores fundamentales como la dignidad humana, la igualdad y la libertad. Este reconocimiento explícito obliga a los operadores jurídicos a interpretar y aplicar las normas en consonancia con estos valores, garantizando que las decisiones judiciales no los contradigan.

Es pertinente acotar aquí que el entendimiento y alcance de estos valores no son estáticos; evolucionan a lo largo del tiempo a medida que la sociedad cambia y se

enfrenta a nuevas realidades y desafíos. Por ejemplo, las actitudes hacia cuestiones como los derechos civiles, la igualdad de género y la justicia social han experimentado cambios significativos en las últimas décadas. Un precedente que pudo haber sido aceptable en un momento histórico específico puede resultar hoy incompatible con los valores contemporáneos.

Eventualmente, cabrá distinguir entre valores “permanentes” (dignidad humana) y otros meramente instrumentales (celeridad procesal). Esta distinción nos deja niveles diferenciales de revisión a la hora de considerar el carácter subordinado de estos últimos, y por ende advertir su mayor exposición a variaciones contextuales.

Un caso emblemático que ilustra la necesidad de un cambio de precedente por incompatibilidad con valores fundamentales es el de *Brown v. Board of Education* (1954) en Estados Unidos. Este fallo marcó un cambio radical respecto al precedente establecido en *Plessy v. Ferguson* (1896), que había legitimado la segregación racial bajo la doctrina de “separados pero iguales”⁽¹³⁾. A medida que los valores sociales evolucionaron hacia una mayor conciencia sobre la igualdad racial y los derechos civiles, el precedente de *Plessy* se volvió insostenible. El Tribunal Supremo de Estados Unidos, reconociendo este cambio en los valores fundamentales, decidió en *Brown* que la segregación racial en las escuelas públicas era inconstitucional, demostrando cómo los valores pueden y deben influir en la revisión de precedentes.

Esto se refleja también en la Corte argentina. Veamos, por ejemplo, el caso “Sejean”, en donde se declara la inconstitucionalidad de la restricción de aptitud nupcial de los divorciados. En ese fallo, el voto de Fayt dirá que: “el control judicial de constitucionalidad no puede desentenderse de las transformaciones históricas y sociales. La realidad viviente de cada época perfecciona el espíritu de las instituciones de cada país, o descubre nuevos aspectos no contemplados antes, sin que pueda oponérsele el concepto medio de una época en que la sociedad actuaba de distinta manera [...] 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”⁽¹⁴⁾.

3. Cómo se manifiesta el cambio de precedente: variantes y una clasificación

En términos generales, los cambios pueden dividirse en dos categorías principales: aquellos que alteran la solución misma y aquellos que modifican el ámbito de aplicación de la regla. A continuación, se desarrollan estos conceptos de manera más detallada.

3.1. Cambios en la solución jurisprudencial

La primera categoría de cambios se refiere a la alteración de la solución que ofrece el precedente. Dentro de esta categoría, se pueden identificar otra vez dos tipos de cambios: la alteración directa de la solución, y cambios a través del condicionamiento de la solución.

3.1.1. La alteración directa

La *alteración* de la solución implica el caso más simple y nítido de cambio, donde se genera una modificación por reemplazo de la solución previamente establecida por el precedente. En la conocida saga “Bazterrica” - “Montalvo” - “Arriola” sobre la constitucionalidad de la incriminación de tenencia de estupefacientes para consumo personal, por decir un ejemplo, lo que vemos es una sucesión clara de cambios por alteración de la solución.

3.1.2. La alteración por condicionamiento

El *condicionamiento* de la solución se caracteriza por la introducción (o exclusión) de condiciones positivas o negativas que determinan la aplicación de la regla judicial. Por ejemplo, un precedente que establecía un derecho puede mantenerse, pero ahora se requiere que se cumplan ciertas condiciones adicionales para ejercer dicho derecho. O bien, se mantendrá la doctrina en forma condicionada, con una apertura a excepciones en el formato “salvo que”.

(13) *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896); *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

(14) CSJN, “Sejean, J. B. c. Zaks de Sejean, A. M.”, Fallos 308:2268 (1986).

Podemos aquí hacer una distinción entre tres tipos de efectos del condicionamiento:

a) En el *condicionamiento reforzado* aparecen condiciones más estrictas que deben cumplirse para la aplicación de la solución del precedente, lo que implica una forma de limitar su aplicación.

b) El *condicionamiento atenuado* ocurre cuando las condiciones impuestas previamente se limitan o eliminan, de modo que la solución del precedente se expande. Este tipo de cambio puede ocurrir cuando se reconoce que las condiciones iniciales eran demasiado restrictivas o inadecuadas para ciertos casos.

c) El *condicionamiento relativizado* implica un cambio en el sentido deóntico de la solución propuesta por el precedente, que pasa de ser directa y asertiva a ser “ponderada”, y transformando entonces una “regla” en una suerte de “principio”.

3.2. Cambios en el ámbito de aplicación

La segunda categoría de cambios se refiere a la modificación del ámbito de aplicación de la regla original. Dentro de esta categoría, se pueden identificar tres tipos de cambios: la *ampliación* del ámbito, el *acotamiento* del ámbito, y la *exclusión por diferenciación*.

3.2.1. Ampliación

Por el contrario, la ampliación del ámbito expande el potencial de aplicación de la regla, permitiendo que cubra más situaciones o casos. Por ejemplo, un precedente que originalmente aplicaba una cierta protección legal solo a empleados a tiempo completo podría expandirse para incluir también a empleados a tiempo parcial. Esto implica un tránsito inverso que es posible en la historia de la evolución jurisprudencial, en donde una idea puntual puede generalizarse a potenciar su aplicación a toda una rama del derecho. La razón que subyace en los movimientos de ampliación es el principio de *ubi eadem ratio, ibi idem ius* (donde existe la misma razón, existe el mismo derecho).

3.2.2. Acotamiento

El acotamiento del ámbito implica una restricción del ámbito de aplicación de la regla original (“*narrowing*”). Por ejemplo, si un precedente aplicaba una determinada interpretación a todos los contratos de trabajo, un cambio podría limitar esa interpretación solo a ciertos tipos de contratos específicos. Esta limitación busca ajustar la aplicación de la regla a contextos más precisos, evitando una generalización que podría resultar injusta o inapropiada.

3.2.3. Exclusión por diferenciación

La exclusión por diferenciación (“*distinguishing*”) es un tipo de cambio que implica el reconocimiento de una distinción dentro del ámbito de aplicación de la regla, donde ciertos casos o situaciones se excluyen explícitamente debido a características que los diferencian de aquellos que originalmente estaban cubiertos por la regla. Este cambio no se trata de una simple restricción o expansión, sino de una reconfiguración del ámbito de aplicación basado en nuevas diferencias identificadas. Es pertinente decir que la idea de una exclusión por diferenciación implica recuperar una idea de igualdad reflexiva: si los iguales deben ser tratados como iguales, los (relevantemente) distintos deben ser tratados de modo diferenciado: Se trata de una manifestación del principio *cessante ratione legis, cessat ipsa lex* (cuando cesa la razón de una ley, cesa la misma ley) aplicado a la regla del precedente.

Consideremos el caso “Horta c. Harguindeguy”, que es fallado a partir de la misma ley que se había validado en “Ercolano”, pero en este caso resuelto –solo seis meses después– a favor del propietario. En “Horta”, la Corte explica que su doctrina de “Ercolano” estaba circunscripta a las locaciones sin término, justificando la reglamentación transitoria del precio de la locación debido al interés público y el monopolio virtual que ejercían los propietarios. En ese contexto, la Corte sostuvo que dicha reglamentación no vulneraba la garantía de la inviolabilidad de la propiedad, ya que no afectaba derechos adquiridos. Ello llevó al tribunal a distinguir el caso “Ercolano” de las circunstancias de “Horta”, en donde se trataba de un contrato con un término definido, celebrado antes de la promulgación de la ley: el tribunal encuentra que la aplicación retroactiva de la ley, que reduce el alquiler previamente acordado, afectaba un derecho contractual ya adquirido por el locador. Pertinente o no la distinción, lo

que queremos es resaltar la “granularidad” del precedente y como “Ercolano” fue desplazado sin haber sido revertido o contrariado expresamente⁽¹⁵⁾. En este sentido, surge un problema categorial, pues muchas veces el cambio del precedente –por buenas y malas razones– emerge con timidez en forma de “distinción”, o bien de “caso nuevo”.

3.3. Formas de hacerlo: enunciativa o casuista. El caso del “establecimiento” (fundación) de un precedente

Los desplazamientos de precedente pueden surgir de dos modos: uno es el modo “enunciativo”, cuando explícitamente se declara el cambio de precedente, y se fijan condicionamientos, supuestos excluidos y otros aspectos relevantes. Este enfoque es más directo y estructurado, permitiendo que el cambio sea inmediatamente reconocido y comprendido tanto por los tribunales como por la doctrina.

La otra forma, probablemente más compleja de reconocer, es la casuista, en donde se va construyendo un arco que comienza en un particularismo para terminar construyendo toda una familia de casos. En este enfoque, se señala un caso puntual en el que se desaplica un precedente, y es tarea posterior, ya sea de la doctrina o del propio tribunal al revisar sus decisiones, identificar ese caso como parte de una nueva línea jurisprudencial.

Finalmente, cabe advertir que estas mismas opciones se aplican *mutatis mutandis* al caso “cero” de un precedente, es decir, al *establecimiento* de una “doctrina judicial” cuando no existía ninguno previo en una materia dada. Así, en ocasiones, los tribunales proclaman explícitamente que están fijando una nueva jurisprudencia (nuestros ejemplos de “Itzcovich” y “Barreto”, señalados *supra*). Pero en muchas ocasiones, eso no se hace explícito, y en el momento inicial de la creación de un precedente no queda claro si lo que se ha generado es una nueva jurisprudencia que se sostendrá en el tiempo.

3.4. Digresión. La historia de tres pasajeros que miran ovejas desde un tren

Si no hay un señalamiento expreso de parte del tribunal, se abre una ventana de incertidumbre en donde no se sabe si lo que existe es una nueva jurisprudencia o una divergencia encapsulada.

Florencia Ratti Mendaña habla de la “dimensión estructural” del precedente, al considerar la cuestión del número de decisiones judiciales necesario para que un precedente sea reconocido como tal, con potencialidad para incidir en casos análogos, lo que ha recibido distintas respuestas en el derecho comparado⁽¹⁶⁾.

Aunque la cuestión excede lo que podemos desarrollar en este apartado, viene a colación aquella historia acerca de un astrónomo, un físico y un lógico que van viajando en un tren por Inglaterra. Cuando cruzan la frontera con Escocia, el astrónomo mira por la ventana, ve una oveja negra en medio de un campo y exclama: “¡Qué interesante! En Escocia todas las ovejas son negras”. El físico interviene y le corrige: “No estamos seguros, lo que podemos establecer por ahora es que en Escocia hay algunas ovejas negras”. “Lo único indudable” –terció el lógico– “es que en Escocia existe al menos una oveja que tiene al menos un lado negro”⁽¹⁷⁾.

La moraleja de esta analogía es que tanto la creación de un nuevo precedente como el desplazamiento de uno preexistente, no son procesos que se definan de manera instantánea (incluso aunque un tribunal lo haya “proclamado” así, luego puede no ser consistente en su aplicación a otros casos). Al igual que en la historia de las ovejas, donde las observaciones iniciales pueden ser interpretadas de manera diferente, según la perspectiva de cada observador, en el ámbito jurídico, las primeras interpretaciones de un caso pueden no revelar de inmediato su verdadero

(15) CSJN, “Ercolano, Agustín c/ Lanteri Renshaw, Julieta”, Fallos 136:161 (1922), “Horta, José c. Harguindeguy, Ernesto”, Fallos 137:47 (1922).

(16) Ratti Mendaña, Florencia, “Dimensiones del precedente judicial: una metodología de estudio de la doctrina del precedente”, *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, Vol. 11, N° 1 (enero-julio), Santa Rosa: FCEyJ (UNLPam); EdUNLPam; pp. 75-107, ISSN 2250-4087, e-ISSN 2445-8566, DOI: <http://dx.doi.org/10.19137/perspectivas-2021-v11n1a05>.

(17) Se trata de una historia (en verdad, un chiste satírico) de origen desconocido, que aparece con diversas formulaciones en textos diversos de lógica y razonamiento crítico. Cf., por ejemplo, Ruffino, Marco; San Mauro, Luca y Venturi, Giorgio, “At least one black sheep: Pragmatics and mathematical language”, *Journal of Pragmatics*, Volume 160, 2020, pp. 114-119.

impacto. Solo a través del análisis cuidadoso, la observación de casos posteriores y la reflexión doctrinaria se puede discernir si un cambio en la jurisprudencia representa una nueva regla general, una excepción puntual o el inicio de una tendencia que reconfigurará el paisaje jurídico.

3.5. Formas atípicas de “mutación” del precedente: el cambio “interpretativo”

Nos interesa sumar a nuestro elenco de eventos “transformadores” una maniobra jurisprudencial posible que se efectúa dentro de la galaxia del precedente: el caso de la “reinterpretación” del precedente.

Imaginemos un precedente A, adoptado en el tiempo inicial t^0 . Este precedente es aplicado sistemáticamente en múltiples casos en un período siguiente al que llamaremos tiempo t^1 . Sin embargo, otro tribunal revisa el tema en el tiempo t^2 , y entiende que las aplicaciones de t^1 han sido “infieles” al precedente de A que invocaron, y que en lo sucesivo tendrá en cuenta su autoridad bajo la específica formulación que establece en términos de A^1 .

En este caso, el tribunal afirma que no está cambiando el precedente, sino manteniendo su autoridad (y retornándolo a su cauce original), pero lo cierto es que su sentido aparece reformulado con respecto al estadio inmediato anterior. Estas maniobras son posibles porque en el contexto del *stare decisis* horizontal, los tribunales tienen la potestad de interpretar sus propios precedentes, y existe la posibilidad de que hagan variaciones, recortes o reinterpretaciones. Esto nos revela ciertamente un límite a la “predictibilidad” que supuestamente se sigue del *stare decisis*: así como es interpretable la ley, es interpretable el alcance de un precedente. Y el corolario de ello es igualmente perturbador: no todo tribunal que *invoca* un precedente está sinceramente *aplicando* ese precedente.

El tema amerita un tratamiento especial, pero a los efectos de este trabajo basta con decir que estos eventos de “mutación” –y sus “reformulaciones”– pueden ser articulados (para depurar los casos válidos de los inválidos) con los mismos vectores que proponemos para lo que es el cambio explícito del precedente, que sería el caso estándar del cambio jurisprudencial.

4. Salvaguarda de coherencia sistémica: cuatro factores a considerar

La “teoría del cambio” del precedente sería poco funcional –y problemáticamente inestable– si nos limitáramos a decir que cualquier cambio significativo en alguna de las dimensiones permite automáticamente cambiar un precedente instituido. Repasando dos ideas o ecos *dworckinianos*, diremos que el precedente debe ser “tomado en serio”, y su evolución tiene que tener una lógica de “nueva encadenada” que evite la disrupción sistémica.

Sin esta salvaguarda, nuestra teoría sería enormemente complaciente con cualquier cambio de precedente. Sin ir más lejos, la aplicación de la doctrina “de facto” en la Acordada de 1930 que reconoce un gobierno golpista podría ser considerada como un caso en donde las circunstancias fácticas imponían una nueva doctrina⁽¹⁸⁾. Pero lo que ello implicó fue un hecho jurídicamente aberrante y disruptivo, que no puede satisfacer los criterios que vamos a postular en estas consideraciones.

Por eso, queremos cerrar con un nivel de análisis adicional que debe superar toda instancia de cambio del precedente: es fundamental asegurar la coherencia sistémica. Este concepto implica que cualquier modificación en la jurisprudencia debe integrarse de manera armoniosa con el marco legal existente, evitando contradicciones y garantizando que el sistema permanezca consistente y predecible aun en el trance del cambio y evolución. Cuatro factores especiales deben tenerse en cuenta al respecto:

4.1. Coherencia sistémica del ordenamiento

En primer lugar, es necesario que el cambio propuesto mantenga la identidad y la coherencia interna del siste-

ma jurídico. Esto significa que el nuevo precedente debe alinearse con las normas y principios ya establecidos, contribuyendo a una mayor unidad y claridad en la interpretación y aplicación del derecho. Un cambio que introduzca inconsistencias o contradicciones puede debilitar la estructura del sistema legal, generando confusión y afectando la aplicabilidad uniforme de la ley.

4.2. Evaluación de las consecuencias

Es por ello que en este primer estadio debe realizarse una evaluación de impacto del cambio de precedente. Este criterio “consecuencialista” ha sido reiteradamente adoptado por la Corte como pauta interpretativa, al decir que “no cabe prescindir de las consecuencias que se derivan de los fallos, pues ello constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de su decisión”⁽¹⁹⁾.

Esto también debe considerarse como vector orientativo para la acción pretoriana, en una evaluación que debe incluir, por un lado, los efectos directos de la modificación, tales como su influencia en otros casos y normas relacionadas, y por otro, las implicaciones más amplias que el cambio podría tener en la estabilidad del orden jurídico. *Fiat justitia, pereat mundus* no es un buen criterio para aplicar en ningún aspecto del derecho, y menos en el cambio de precedente⁽²⁰⁾. Este criterio se proyectará a su turno a los siguientes aspectos: la necesidad de congruencia y la necesidad de parsimonia.

4.3. Congruencia en el cambio

En segundo lugar, es esencial que el cambio de precedente esté proporcionalmente justificado por los factores que lo motivan, ya sean cambios en los hechos, en las normas o en los valores sociales. La modificación debe ser adecuada y necesaria, evitando tanto un cambio excesivo que desestabilice el sistema como uno insuficiente que no aborde las nuevas realidades. La congruencia entre los factores de cambio y la naturaleza del nuevo precedente –y el modo de desplazamiento elegido– es clave para mantener la integridad y la coherencia del sistema legal. Dicho de otro modo que exista un hecho nuevo emergente (por ejemplo, la práctica extendida de la contratación electrónica) no es una buena razón para cambiar cualquier punto de la jurisprudencia que exista alrededor de la teoría de los contratos.

4.4. Principio de parsimonia

Finalmente, el cambio de precedente debe preservar la estabilidad y previsibilidad necesarias para la seguridad jurídica, y ello conduce a postular un “principio de parsimonia” como directriz para la introducción de nuevas reglas jurisprudenciales.

El principio de parsimonia, conocido también como la “navaja de Occam”, sugiere que, ante varias soluciones posibles, se debe optar por la más simple, siempre que esta sea suficiente para resolver el problema en cuestión. Aplicado al contexto del cambio de precedentes, este principio puede ofrecer un criterio valioso para asegurar que cualquier modificación en la jurisprudencia sea lo menos disruptiva posible, mientras siga siendo efectiva y adecuada.

Así, al considerar un cambio de precedente, debe evaluarse si la modificación propuesta es la más simple y directa que garantiza la corrección del problema o la adaptación necesaria, sin introducir complejidades innecesarias o efectos secundarios que puedan desestabilizar el sistema legal. Este enfoque parsimonioso implica optar por el cambio más sencillo que responda a las nuevas realidades normativas, fácticas o axiológicas, minimizando la extensión del impacto del cambio y preservando, en la medida de lo posible, la continuidad y estabilidad del sistema jurídico.

4.5. Notas sobre la aplicación del principio de parsimonia a la “transición” del precedente

Este principio de “parsimonia” también puede implicar la “modalización” del efecto temporal del precedente,

(18) CSJN, Acordada del 6 de septiembre de 1930, Fallos 158:290. Esta Acordada es un capítulo oscuro en la historia jurídica de Argentina, pues al reconocer la autoridad del gobierno de facto de José Félix Uriburu, la Corte puso de manifiesto su disposición a subordinar los principios democráticos y constitucionales a las circunstancias políticas y al poder militar. Este acto no solo validó el derrocamiento ilegítimo del presidente Yrigoyen, sino que también sentó un preocupante precedente para la futura legitimación judicial de gobiernos institucionales, erosionando la credibilidad del sistema judicial y facilitando la repetición de tales intervenciones antidemocráticas en las décadas siguientes.

(19) CSJN, “Baliarda, José Luis y otros”, Fallos: 303:917, “Vidal, Matías s/ Infracción ley 24.769”, Fallos 344:3156.

(20) La expresión “*fiat iustitia, pereat mundus*”, que significa “hágase justicia, aunque perezca el mundo”, proviene del latín y se atribuye al emperador Fernando I de Habsburgo (1503-1564). Representa la idea de que la justicia debe prevalecer a toda costa, sin importar las consecuencias, destacando un principio de integridad y firmeza moral incluso ante posibles riesgos o catástrofes.

que es la base de la doctrina de “Tellez” de la CSJN sobre aplicación diferida en el tiempo de un nuevo criterio jurisprudencial procesal⁽²¹⁾. En el citado “Itzcovich”, y en casos como “Anadón”, al declarar la inconstitucionalidad del recurso ordinario en causas donde es parte el Estado, la Corte creyó necesario “fijar la línea divisoria de aplicación de esta nueva jurisprudencia y fijar el preciso momento en que dicho cambio comience a operar”, considerando que “la aplicación en el tiempo de los nuevos criterios asentados ha de ser presidida por una especial prudencia con el objeto de que los logros propuestos no se vean malogrados en ese trance”⁽²²⁾.

Más significativamente, en “Yudi” (2002) la Corte consideró que “si bien nadie tiene –en principio– un derecho adquirido al mantenimiento de los criterios jurisprudenciales asentados, el abandono por el tribunal de grado de su doctrina anterior le exigía contemplar las particularidades del caso, a fin de no descolocar al justiciable en cuanto a las “reglas claras de juego” a las que debía ajustarse para no perder su derecho”⁽²³⁾. En ese mismo fallo se recuerda que tal criterio fue aplicado por la Corte tanto a sus propias decisiones (en el referido caso “Tellez”) como a las dictadas por tribunales inferiores (en “SACOAR” de 1988, en referencia a la Suprema Corte de Buenos Aires), con el fin de afianzar la seguridad jurídica, y a evitar situaciones potencialmente frustratorias de derechos constitucionales⁽²⁴⁾.

Otra variante de esta modalización se da en el llamado “*prospective overruling*”, doctrina en donde el cambio aparece diferido y el tribunal anuncia que lo aplicará solo a futuros casos y no al caso particular que motivó la modificación ni a situaciones pasadas. En otras palabras, el tribunal decide no aplicar el cambio de criterio al caso en cuestión, sino que establece que la nueva interpretación o regla tendrá efecto únicamente a partir de ese momento en adelante. En sistemas jurídicos como el de Estados Unidos, esta técnica ha sido discutida y aplicada ocasionalmente, aunque no es común⁽²⁵⁾.

En suma: si la teoría del precedente presupone una teoría de sus cambios, es pertinente imbricarla con este principio de parsimonia judicial. Los cambios deben evitar transformaciones innecesariamente complejas o disruptivas, y, ante varias posibles soluciones o modificaciones, el tribunal debe optar por la que sea suficiente para corregir el problema o responder a las nuevas circunstancias, pero sin generar cambios que puedan tener como consecuencia la erosión de garantías, la inestabilidad macroeconómica, o la coherencia del sistema legal.

4.6. Coda: A la jurisprudencia que se abandona hay que dejarle cartas de despedida

Esta previsión particular que tiene en cuenta los efectos de la “transición” en el cambio de jurisprudencia nos impulsa a explicitar que hay buenas razones para que el tribunal que adopta un cambio de precedente –en lugar de refugiarse en meras fórmulas del tipo “este tribunal, en su actual composición”, o directamente soslayar que está ejecutando una transformación– lo transparente y establezca de manera explícita. Al hacerlo corresponde que explique los fundamentos del cambio, detallando con claridad el alcance de su transformación y las razones que la motivan.

Apuntamos aquí que una de las formas en que este principio no se cumple es cuando una disidencia se transforma en mayoría (algo común si ha habido variaciones en la composición del tribunal), en donde muchos jueces podrán simplemente repetir el criterio antes minoritario y que ahora es el “nuevo” precedente. Un ejemplo de esto lo vemos en casos como la cuestión de la discrecionalidad en la asignación de publicidad oficial, que tuvo soluciones deferentes en el caso “Emisiones Platenses” de 1997.

(21) CSJN, “Tellez, María Esther c. Bagalá S.A.”, Fallos 308:552 (1986). La Corte ha elaborado un documento específico en sus “Notas de Jurisprudencia” sobre este tema. Cf. Secretaría de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Aplicación en el tiempo de un nuevo criterio jurisprudencial procesal (Doctrina del precedente “Tellez”)*, agosto de 2021. Disponible en <https://sj.csjn.gov.ar/homeSJ/notas/nota/18/documento> (fecha de consulta: 21/9/2024).

(22) CSJN, “Anadón, Tomás Salvador c/ Comisión Nacional de Comunicaciones s/ despidio”, Fallos 338:724 (2015).

(23) CSJN, “Yudi, Abdon”, Fallos 325:1578 (2002).

(24) CSJN, “SACOAR y C. c/ Provincia de Buenos Aires s/ demanda contencioso - administrativa”, Fallos 311:2082 (1988).

(25) Sobre el tema puede verse: Arden, Mary, “Prospective Overruling”, *Human Rights and European Law: Building New Legal Orders*, Oxford, 2015; *online edn*, Oxford Academic, 19 mar. 2015.

Por el contrario, al explicar de forma abierta y transparente los motivos del cambio, el tribunal proporciona una “carta de despedida” al precedente que se abandona, revisando las premisas que parecen defectuosas o no son ya válidas o presentes, examinando su papel histórico y su lógica interna, al mismo tiempo que justifica por qué las nuevas circunstancias exigen una reinterpretación. Nuestros ejemplos de los puntos 2.1.1, 2.1.2, y 2.1.3. pueden leerse, en este sentido, como eficaces “cartas de despedida”.

El acto de cambiar un precedente no debe ser tomado a la ligera, y es vital que el tribunal se esfuerce en comunicar cómo el nuevo enfoque se integra con el marco legal existente, evitando la disrupción sistémica. La coherencia interna del sistema jurídico, la congruencia con las realidades fácticas, normativas o axiológicas que motivan el cambio, y la aplicación del principio de parsimonia, son factores que deben ser considerados cuidadosamente para garantizar que el cambio sea tanto necesario como adecuado.

En esas “cartas de despedida” el tribunal se explaya con un doble sentido, retrospectivo y prospectivo, y su función es valorable porque con ellas:

a) Respeta la seriedad con la que deben tratarse los precedentes, al explicar la razón del cambio o ajuste, asegurando que se comprenda plenamente por qué se abandona una doctrina anterior, y cuáles son los nuevos principios que la reemplazan.

b) Contribuye a la coherencia sistémica del sistema legal, al articular cómo el nuevo precedente se alinea con el marco normativo y axiológico existente, garantizando que no se genere una ruptura innecesaria en el sistema jurídico.

c) Proporciona una guía para la aplicación futura del nuevo precedente, al establecer criterios precisos y parámetros para su interpretación y aplicación, lo cual permite ordenar la transición y asegurar la estabilidad del nuevo criterio para que la evolución del derecho sea ordenada, predecible, y acorde a los valores fundamentales que subyacen al cambio de jurisprudencia.

5. Derivaciones de esta teoría

Cerramos este trabajo señalando una derivación *teórica* y dos derivaciones *prácticas* de nuestro enfoque.

5.1. Una contribución a la teoría del precedente

La primera derivación, ya esbozada, es una contribución significativa a la teoría del precedente. Esta propuesta establece un marco conceptual que previene la cristalización disfuncional de los precedentes, es decir, evita que los precedentes se conviertan en normas rígidas e inamovibles que no reflejan las realidades actuales. Al mismo tiempo, limita la discrecionalidad judicial excesiva, promoviendo decisiones más consistentes y fundamentadas.

El marco aquí propuesto no solo apunta a fomentar la estabilidad jurídica, asegurando que los precedentes proporcionen una guía predecible y confiable para futuras decisiones, sino que también permite la adaptación necesaria del derecho a nuevas realidades normativas y sociales. Este enfoque reconoce que el derecho no es estático; es un sistema dinámico que debe evolucionar para mantener su relevancia y legitimidad en una sociedad en constante cambio. El desafío radica en encontrar el equilibrio adecuado entre continuidad y cambio, asegurando que cualquier modificación esté sólidamente fundamentada y justificada.

5.2. Un mapa de referencias para la argumentación

La segunda derivación práctica de nuestro enfoque es la creación de un mapa que señaliza aspectos y factores relevantes para la argumentación desde y sobre los precedentes. Este mapeo resulta invaluable tanto para quienes defienden el mantenimiento de un precedente como para aquellos que abogan por su modificación, ya que permite a los operadores jurídicos articular y organizar sus argumentos de manera estructurada, evaluando los cambios en las normas, los hechos o los valores que podrían justificar un cambio de jurisprudencia.

Al proporcionar criterios específicos para evaluar la validez de un cambio de precedente, se facilita y se ordena el debate para asegurar que la argumentación esté siempre orientada por principios de coherencia, estabilidad y adaptación.

A modo de ejemplo, el siguiente cuadro repasa un listado (no exhaustivo) de posibles preguntas relevantes a

tener en cuenta para evaluar o justificar instancias de cambio de jurisprudencia.

Foco	Pregunta
Valores	¿El precedente vigente es incompatible con los valores fundamentales que deben guiar el sistema jurídico?
Valores	¿Han evolucionado los valores sociales de manera significativa desde que se estableció el precedente?
Valores	¿El precedente actualiza y respeta los valores establecidos en tratados internacionales o normas constitucionales?
Valores	¿Existe un consenso jurisprudencial o doctrinal que sugiera que el precedente es contrario a los valores contemporáneos?
Norma	¿Ha habido cambios significativos en las normas jurídicas relevantes que sustentan el precedente?
Norma	¿El precedente está fundado en una norma que ha sido derogada, modificada o reemplazada por una nueva?
Norma	¿Han surgido nuevas interpretaciones de normas constitucionales o internacionales que justifiquen un cambio en el precedente?
Norma	¿La legislación actual ha llenado un vacío legal que originalmente justificaba la existencia del precedente?
Hechos	¿Han cambiado los hechos determinantes que fundamentaron el precedente original?
Hechos	¿Ha habido avances científicos, tecnológicos o descubrimientos que afecten la validez del precedente?
Hechos	¿Las condiciones sociales, económicas o ambientales que sustentaban el precedente han cambiado de manera significativa?
Hechos	¿El precedente se construyó en un contexto de emergencia o excepcionalidad que ya no es aplicable?
Coherencia Sistémica	¿El cambio de precedente contribuirá a una mayor coherencia dentro del sistema legal?
Coherencia Sistémica	¿El cambio de precedente garantiza la estabilidad y previsibilidad necesarias para la seguridad jurídica?
Coherencia Sistémica	¿Existe una congruencia clara entre los factores cambiados (hechos, normas, valores) y la modalidad de cambio propuesta para el precedente?

5.3. Una hoja de ruta para la decisión judicial

La tercera derivación es la propuesta de un marco de análisis para la toma de decisiones judiciales en contextos donde se considera el cambio de un precedente. Esta herramienta –correlativa en parte del modelo aquí expuesto– proporciona una guía práctica sobre cómo articular y desarrollar decisiones virtuosas y adecuadas de cambio jurisprudencial.

El punto central de esta hoja de ruta es la exigencia de congruencia entre los factores considerados (ya sean hechos, normas o valores) y la modalidad de cambio propuesta. Esto significa que cualquier modificación del precedente debe ser proporcional y directamente relacionada con los cambios en los factores que lo justifican.

Sin pretender investirla de exhaustividad o completitud, esta “hoja de ruta” puede ayudar a los jueces a estructurar su razonamiento, garantizando que las decisiones de modificar un precedente (y, en su caso, “cómo” hacerlo) no sean arbitrarias, sino que respondan a una lógica interna consistente y bien fundamentada.

6. Conclusiones

Dadas las adecuadas circunstancias, el precedente puede (y debe) cambiar, pero debe evitarse que su dinámica esté librada a la mera subjetividad, el particularismo y el antojo de los juzgadores. Al respecto, la propuesta presentada ofrece un marco teórico que equilibra continuidad y adaptabilidad por cuatro razones.

Primero, porque reconoce la importancia de definir criterios y vectores posibles para cambiar un precedente. Segundo, porque al exigir coherencia sistémica en cada revisión, asegura que los cambios mantengan la integridad del sistema jurídico. Tercero, porque permite un mapeo sistemático de las cuestiones que pueden plantearse en la práctica de la argumentación, facilitando la evaluación de hechos, normas y valores.

La cuarta y final razón es de índole epistemológica: la concatenación de estas ideas y herramientas puede pensarse como una suerte de cadena de custodia que –de ser observada y cumplida– da validez y sustentabilidad al cambio de precedente. Nos puede ayudar a decidir *cuándo* procede cambiarlo, *por qué* hay que cambiarlo, y *cómo* hay que cambiarlo. Bajo estas ciertas y rigurosas condiciones, el cambio de precedente será constitutivo y no disolvente de la autoridad del derecho.

VOCES: CÁMARAS DE APELACIONES - JURISPRUDENCIA - SENTENCIA - PODER JUDICIAL - INTERPRETACIÓN DE LA LEY - LEY - CONSTITUCIÓN NACIONAL - FILOSOFÍA DEL DERECHO - JURISPRUDENCIA - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - RECURSO DE INAPLICABILIDAD DE LEY - DERECHO PROCESAL - CÓDIGO PROCESAL PENAL - PROCESO JUDICIAL - RECURSOS PROCESALES - PROCESO PENAL

La Corte Suprema en clave empírica

por JERÓNIMO LAU ALBERDI^(*) y FINN MOKRZYCKI^(**)

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. TIPOS DE INVESTIGACIÓN EMPÍRICA: CUALITATIVA Y CUANTITATIVA. 2.1. LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA EMPÍRICA CUALITATIVA. 2.1.1. La pregunta de investigación. 2.1.2. Marco teórico y epistemología. 2.1.3. Diseño y metodología de la investigación. 2.1.4. Muestreo y selección de casos. 2.1.5. Recolección de datos y codificación. 2.1.6. Análisis de datos. 2.1.7. Garantizar el rigor, la validez y la fiabilidad. 2.1.8. Presentación de los resultados. 2.2. LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA EMPÍRICA CUANTITATIVA. 2.2.1. La pregunta de investigación. 2.2.2. El desarrollo de una hipótesis. 2.2.3. Diseño de la investigación. 2.2.4. Recolección y fuentes de datos. 2.2.5. Manipulación de datos. 2.2.6. Análisis de datos. 2.2.7. Garantizar la validez y la fiabilidad. 2.2.8. Presentación de los resultados. – 3. POR QUÉ IMPORTAN LOS DATOS Y LAS ESTADÍSTICAS EN LA CORTE SUPREMA. – 4. POR QUÉ DEBEN LAS FACULTADES DE DERECHO ENSEÑAR INVESTIGACIÓN EMPÍRICA DEL DERECHO. – 5. UNA AGENDA DE ESTUDIOS EMPÍRICOS DE LA CORTE SUPREMA. 5.1. COMPROMISO Y COOPERACIÓN EN LAS CORTES SUPREMAS. 5.2. LA POLÍTICA DE LOS NOMBRAMIENTOS EN LA SUPREMA CORTE ESTADOUNIDENSE. 5.3. MODELOS EMPÍRICOS DE TOMA DE DECISIONES JUDICIALES. 5.4. LA INFLUENCIA DE LA OPINIÓN PÚBLICA. 5.5. LOS JUECES COMO RESPONSABLES POLÍTICOS. 5.6. MEDICIÓN DEL SESGO IDEOLÓGICO. 5.7. COMPRENDER LA COLEGIALIDAD. – 6. DE CARA AL FUTURO. – 7. CONCLUSIÓN.

1. Introducción

El legado de Néstor Pedro Sagüés no solo es testimonio de su pericia doctrinal, sino también un faro para el futuro de la academia. Sus prolíficas contribuciones al derecho constitucional y procesal⁽¹⁾ han influido en gene-

raciones de abogados, jueces y académicos de toda Iberoamérica. Su riguroso escrutinio de la Corte Suprema argentina proporciona una lente crítica a través de la cual se puede comprender mejor el funcionamiento de la más alta institución judicial del país.

No cabe duda de que Sagüés ha contribuido significativamente a comprender cómo los jueces toman decisiones, problematizar la independencia judicial y darles un marco a los debates sobre la interpretación constitucional. El siguiente paso que haga la academia debería ir más allá del análisis doctrinal e introducirse en la investigación empírica. En este artículo explicamos por qué ha llegado el momento de emprender la senda de los estudios empíricos, utilizando métodos cualitativos y cuantitativos, con foco en la Corte Suprema.

A pesar del valor evidente que tiene la investigación empírica del derecho, sigue existiendo una reticencia generalizada en la profesión jurídica a adoptar plenamente este tipo de métodos científicos⁽²⁾. Esta aversión forma parte de un problema más amplio dentro de la educación y la práctica jurídica, donde muchos abogados y jueces carecen de la formación intelectual necesaria para comprometerse de forma crítica con los datos empíricos⁽³⁾. Los métodos empíricos, que se utilizan con frecuencia en las ciencias políticas, la economía y otras ciencias sociales, suelen ser vistos con recelo en los círculos jurídicos, especialmente por quienes se sienten más cómodos con los enfoques puramente doctrinales. Como dijo un juez de la Corte Suprema del estado de Georgia al resolver un litigio sobre derecho electoral: “Soy una de las muchas personas que estudiaron derecho porque me dijeron que no habría matemáticas”⁽⁴⁾. Esta actitud generalizada ha dado lugar a una profesión jurídica que se opone a adoptar enfoques basados en datos para estudiar el derecho y las instituciones judiciales, incluso en una época en la que las pruebas empíricas desempeñan un papel cada vez más importante en los litigios, la formulación de políticas públicas y la toma de decisiones judiciales.

En Argentina, esta aversión a los métodos empíricos es particularmente preocupante. La Corte Suprema, posiblemente una de las instituciones gubernamentales y políticas más importantes, sigue siendo escasamente es-

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Apostillas sobre la denominada apelación implícita*, por JORGE W. PEYRANO, ED, 187-519; *Meditaciones sobre la apelación (El fundamento constitucional, legal y doctrinario de la prohibición de reformatio in peius)*, por JUAN JOSÉ AZPÉLIGUETA, ED, 195-959; *Meditaciones sobre la Apelación (Solución de cuestiones, vencimiento y ‘devolución’ implícita)*, por JUAN JOSÉ AZPÉLIGUETA, ED, 195-1068; *Meditaciones sobre la Apelación (La adecuación oficiosa de costas y honorarios por la Alzada)*, por JUAN JOSÉ AZPÉLIGUETA, ED, 200-950; *El origen de la anomia*, por ALBERTO M. SÁNCHEZ, ED, 255-938; *La doble instancia como garantía convencional*, por TORIBIO ENRIQUE SOSA, ED, 257-780; *Reposición inadmisibles y apelación en subsidio*, por JULIO CHIAPPINI, ED, 283-928; *Efecto adhesivo de los recursos en el Código Procesal Penal de la Nación*, por CARLOS ENRIQUE LLERA, Revista de Derecho Penal, mayo 2021 - Número 5; *La implementación de la Apelación Horizontal a partir del precedente “Scalcione” de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe*, por JONATAN ERIC PATERSON, Revista de Derecho Penal, junio 2023 - Número 6; *La Corte de Lorenzetti*, por ALFONSO SANTIAGO, EDCO, 2018-680; *La difícil formación de consensos en la Corte Suprema. Un análisis de algunos casos de los últimos cinco años de su jurisprudencia*, por JORGE ALEJANDRO AMAYA, El Derecho Constitucional, noviembre 2021 - Número 11; *Reflexiones para una reforma de la Corte Suprema. Análisis de los modelos de gestión en el derecho argentino y estadounidense*, por BAUTISTA CAÑÓN, El Derecho Constitucional, julio 2023 - Número 7; *Un legado en tomos: la publicidad de sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ayer y hoy*, por FLORENCIA RATTI MENDAÑA y SOFÍA CALDERONE, El Derecho diario, La Corte Suprema: 160 años de jurisprudencia; *“Anomia, polarización y precedentes”*, de Leandro J. Giannini, por FLORENCIA RATTI MENDAÑA, ED, 307; *Los conjuntos de datos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A propósito de las estadísticas y los datasets como forma de justicia abierta*, por HELGA MARÍA LELL y RAMIRO ESCUDERO GIMÉNEZ, Diario Especial: Tres reflexiones sobre la publicidad de sentencias de la Corte Suprema (1864- 2024). Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Austral (Argentina). Doctor of Juridical Science (SJD) Candidate, University of Virginia School of Law.

(**) Master of Science (MS) Candidate, University of Virginia School of Data Science. Echols Scholar.

(1) Entre su extenso opus académico, se destacan Sagüés, Néstor P., *Derecho Constitucional*, 3ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2017; *Derecho Procesal Constitucional. Acción de amparo, Recurso extraordinario y Habeas Corpus*, Buenos Aires, Astrea, 2016; *Presagio y poder*, Buenos Aires, Astrea, 2019; *El tercer poder*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005; *La interpretación judicial de la constitución*, Buenos Aires, Porrúa, 2016; *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, México, Porrúa, 2004; *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 2001; *Elementos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1999; *Reforma judicial*, Buenos Aires, Astrea, 1978; “La vinculatoriedad de la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *La Ley*, 2008-E-837; “Las fa-

cultades de derecho y su rol como escuelas judiciales”, *Jurisprudencia Argentina*, 1982-III-702; “La Corte Suprema de Justicia de la Nación y los conflictos de poderes”, *Doctrina Judicial*, 1998-2-511; “Las escuelas judiciales en el derecho comparado”, en *Boletín mexicano de derecho comparado*, Universidad Nacional Autónoma de México, año XV, Nº 43, pp. 147-165.

(2) Véase Epstein, Lee y King, Gary, “Empirical Research and the Goals of Legal Scholarship: The Rules of Inference”, *University of Chicago Law Review*, 69(1), 2002, pp. 1-133, quienes señalaron que, tanto para los investigadores empíricos como para los miembros de la comunidad jurídica, “la investigación empírica que ofrece afirmaciones o realiza inferencias basadas en observaciones sobre el mundo real – sobre temas que van desde la imposición de la pena de muerte hasta el efecto de las decisiones judiciales sobre los organismos administrativos, pasando por las causas de fraude en el sistema de quiebra o el uso de diversos mecanismos alternativos de resolución de conflictos– puede desempeñar un papel importante en el discurso público y afectar a la forma en que nuestro sistema político aborda muchas cuestiones”; Heise, Michael, “The Importance of Being Empirical”, *Pepperdine Law Review*, 26, 1999, pp. 807-838; Nard, Craig A., “Empirical legal scholarship: Reestablishing a dialogue between the academy and the profession”, *Wake Forest Law Review*, 30, 1995, pp. 347-386; Schuck, Peter H., “Why Don’t Law Professors Do More Empirical Research?”, *Journal of Legal Education*, 39, 1989, pp. 323-336; Blumenthal, Jeremy A., “Law and Social Science in the Twenty-First Century”, *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 12, 2002-03, pp. 1-44.

(3) El Centro Judicial Federal y el Consejo Nacional de Investigación contribuyeron a la publicación del *Manual de Referencia sobre Pruebas Científicas (Reference Manual on Scientific Evidence)*, The National Academies Press, 3ª ed.) para ayudar a los jueces en la gestión de casos que implican pruebas científicas y técnicas complejas, describiendo los principios básicos de los campos científicos clave de los que se derivan normalmente los medios de prueba y proporcionando ejemplos de casos en los que se han utilizado; disponible en: <https://nap.nationalacademies.org/catalog/13163/reference-manual-on-scientific-evidence-third-edition> (fecha de consulta 22/10/2024).

(4) El juez Nels Peterson de la Suprema Corte del estado de Georgia, Estados Unidos, durante los alegatos orales en un caso en el que se impugnaba la elección del vicegobernador del estado, abordó la importancia de los análisis estadísticos que afectan a cientos de miles de votos. Véase Winston, Clifford, Burk, David y Yan, Jia, *Trouble at the Bar: An Economics Perspective on the Legal Profession and the Case for Fundamental Reform*, Washington, D.C., Brookings Institution Press, 2021.

tudiada desde una perspectiva empírica⁽⁵⁾. Aunque la academia ha realizado importantes contribuciones teóricas a nuestra comprensión del rol de la Corte en la República Argentina, existe un vacío significativo cuando se trata del estudio empírico de las decisiones, el comportamiento y la dinámica institucional del Tribunal. Sin estudios empíricos, nos limitamos a descripciones y prescripciones teóricas sobre cómo debería funcionar la Corte, cómo se espera que los jueces decidan y de qué modo factores externos –como la opinión pública, la presión política o los medios– impactan en el comportamiento judicial. Este vacío obstaculiza una comprensión más matizada y precisa de la influencia real de la Corte en el entramado jurídico y político de Argentina.

Este artículo aborda esa brecha al explorar cómo los estudios empíricos pueden aplicarse al análisis de la Corte Suprema argentina. La investigación empírica, tanto en forma de estudios cualitativos y cuantitativos⁽⁶⁾, ofrece herramientas valiosas para analizar el comportamiento de los jueces y la dinámica institucional. A través de estos métodos, los académicos pueden ir más allá de la especulación teórica y descubrir cómo funciona el Tribunal en la práctica, predecir patrones de comportamiento y contribuir a una comprensión más profunda de su rol en la configuración del derecho y la política.

Comenzamos con un análisis detallado de las metodologías empíricas en derecho, diferenciando entre los enfoques cualitativo y cuantitativo, y profundizando en cómo cada uno de ellos permite desentrañar la complejidad de los fenómenos jurídicos. A través de ejemplos concretos, mostramos las fortalezas y limitaciones inherentes a cada método. En la tercera sección, destacamos la relevancia de las bases de datos y las estadísticas como herramientas indispensables para comprender el funcionamiento de la Corte Suprema, subrayando cómo estos recursos ofrecen una perspectiva más precisa y sólida sobre su rol institucional. La cuarta sección aborda la necesidad urgente e imperiosa de integrar la investigación empírica en la formación jurídica en Argentina, argumentando su valor pedagógico y su potencial para transformar los planes de estudio. Posteriormente, esbozamos una agenda de investigación empírica que incluye ejemplos concretos con sustento en estudios rigurosos realizados en otros países, con el propósito de enriquecer el análisis de la Corte Suprema argentina en nuestro contexto constitucional. Concluimos con una serie de propuestas concretas para avanzar hacia este objetivo.

Este trabajo es, en esencia, un llamado a una nueva generación de académicos para estudiar la Corte Suprema desde un enfoque metodológico renovado. No se trata solo de entender el pasado y el presente de la Corte, sino de influir en los debates futuros sobre independencia judicial, reformas necesarias y el papel de la Corte en el polarizado contexto social argentino. Además, en un momento en el que Argentina y América Latina enfrentan desafíos significativos en cuanto a retrocesos democráticos⁽⁷⁾, independencia judicial⁽⁸⁾ y fortalecimiento del estado de dere-

cho⁽⁹⁾, los estudios empíricos de la Corte Suprema ofrecerán perspectivas fundamentales para académicos, legisladores y profesionales del derecho que se desempeñen en la Administración, el Ministerio Público o en la justicia. Así, este artículo se presenta como un homenaje al trabajo de Sagüés y como una firme invitación a la acción.

2. Tipos de investigación empírica: cualitativa y cuantitativa

La investigación empírica en los estudios jurídicos se divide en dos metodologías principales: cuantitativa y cualitativa. La investigación cuantitativa se ocupa principalmente de la recopilación y el análisis de datos numéricos, utilizando métodos estadísticos para medir los sucesos y las relaciones dentro de los fenómenos jurídicos⁽¹⁰⁾. Las preguntas que se plantean con frecuencia son “cuántos/cuántas” o “cuánto/cuánta”; por ejemplo, la frecuencia con que los tribunales invocan determinadas doctrinas jurídicas o la prevalencia de ciertos tipos de casos.

En este sentido, la estadística es una ciencia que pretende estudiar poblaciones, ya sean personas –como los jueces– o sucesos –como los casos–, utilizando números descriptivos⁽¹¹⁾. Este suele ser el primer paso, una parte del proceso denominado “análisis exploratorio de datos”, que se centra en descubrir información inicial sobre los datos⁽¹²⁾. Además de detectar valores descriptivos, los investigadores cuantitativos investigan las relaciones entre sucesos. En este caso, los usos típicos implican dos hechos concurrentes, como la representación legal y los resultados del caso.

La investigación empírica del derecho alcanza su punto álgido cuando estudia las relaciones causales entre sucesos y personas. Se trata de los llamados métodos de “inferencia causal” o “análisis confirmatorio de datos”, que amplían los sucesos que ocurren juntos y los sitúan en un marco de causa y efecto⁽¹³⁾. En la práctica, los datos cuantitativos describen bien el alcance de un fenómeno, pero a menudo carecen de la profundidad necesaria para explicar las motivaciones subjetivas que impulsan las decisiones jurídicas. Es aquí donde la investigación cualitativa sirve de complemento.

La investigación cualitativa profundiza en las dimensiones interpretativas y contextuales de los fenómenos jurídicos⁽¹⁴⁾. Trata de comprender el “cómo” y el “por qué” explorando los procesos, las percepciones y los significados sociales que conforman los resultados jurídicos. Este enfoque se emplea a través de metodologías como los estudios de casos, las entrevistas en profundidad, la observación participante y el análisis de documentos, que permiten a los investigadores captar las complejidades y matices de las interacciones jurídicas que pueden quedar oscurecidas por los datos puramente numéricos. Por ejemplo, la investigación cualitativa puede explorar cómo interpretan los jueces los principios constitucionales en diferentes contextos o cómo experimentan los litigantes el sistema jurídico. Al centrarse en los comportamientos individuales e institucionales, la investigación cualitativa descubre las dimensiones subjetivas y procedimentales que los métodos cuantitativos podrían pasar por alto.

Un enfoque de investigación “multimétodo” –también denominado triangulación– combina estas metodologías para aumentar la profundidad y la validez de la investigación jurídica⁽¹⁵⁾. Al integrar estrategias cuantitativas y cualitativas, los investigadores pueden superar las limitacio-

(5) Véase Santiago, Alfonso (h.), (ed.), *Historia de la Corte Suprema Argentina*, 3 vols., Buenos Aires, Marcial Pons, 2014, incorporando valiosa información procesada en los apéndices al final.

(6) Véase, en general, Gastwirth, Joseph L. (ed.), *Statistical Science in the Courtroom*, New York, Springer, 2000; DeGroot, Morris H., et al. (eds.), *Statistics and the Law*, New York, Wiley, 1986; Fienberg, Stephen E. (ed.), *National Research Council, The Evolving Role of Statistical Assessments as Evidence in the Courts*, Washington, D.C., National Academy Press, 1989; Finkelstein, Michael O., y Levin, Bruce, *Statistics for Lawyers*, 2ª ed., Nueva York, Springer, 2001; Gastwirth, Joseph L., *Statistical Reasoning in Law and Public Policy*, Nueva York, Academic Press, 1988; Zeisel, Hans y Kaye, David, *Prove It with Figures: Empirical Methods in Law and Litigation*, Nueva York, Springer, 1997; Llaudet, Elena, y Imai, Kosuke, *Data Analysis for Social Science*, Princeton, Princeton University Press, 2023; Chilton, Adam, y Rozema, Kyle, *Trial by Numbers*, Oxford, Oxford University Press, 2024.

(7) Véase Gamboa, Laura; García-Holgado, Benjamín, y González-Ocantos, Ezequiel, “Courts against Backsliding: Lessons from Latin America”, *Law & Policy*, 46(4), 2024, pp. 325-395; Botero, Sandra; Brinks, Daniel, y González-Ocantos, Ezequiel (eds.), *The Limits of Judicialization: From Progress to Backlash in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022.

(8) En 2023, el panorama político e institucional de Argentina sufrió importantes convulsiones. Un incidente notable fue la iniciativa de juicio político contra toda la Corte Suprema, liderada por legisladores peronistas y apoyada por el entonces presidente Alberto Fernández. Los jueces en cuestión eran Horacio Rosatti, Carlos Rosenkrantz, Juan Carlos Maqueda y Ricardo Lorenzetti. Este proceso consumió una parte considerable del año e implicó las declaraciones de más de 60 testigos, reforzando en última instancia la resistencia de la independencia judicial frente a los desafíos políticos. Véase, Lau Alberdi, Jerónimo, “La judicialización de la política”, *Revista Jurídica Austral*, 5(1), pp. 211-254, DOI: <https://doi.org/10.26422/RJA.2024.0501.alb>.

(9) Según el World Justice Project, en 2023, Argentina ocupaba el puesto 63 entre 142 países, con una puntuación global de 0,55. Véase *World Justice Project*, disponible en: <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2023/Argentina/> (fecha de consulta 11/10/2024).

(10) Epstein, Lee y Martin, Andrew D., “Quantitative Approaches to Empirical Legal Research”, en Cane, Peter y Kritzer, Herbert M. (eds.), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

(11) Fisher, R.A., *Statistical Methods for Research Workers*, Edimburgo, Oliver and Boyd, 1925.

(12) Tukey, John W., *Análisis exploratorio de datos: Past, Present, and Future*, Reading, Addison-Wesley, 1977.

(13) Véase, por ejemplo, Pearl, Judea, *Causality: Models, Reasoning, and Inference*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

(14) Webley, Lisa, “Qualitative Approaches to Empirical Legal Research”, en Cane, Peter y Kritzer, Herbert M. (eds.), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

(15) Nielsen, Laura Beth, “The Need for Multi-Method Approaches in Empirical Legal Research”, en Cane, Peter y Kritzer, Herbert M. (eds.), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

nes inherentes a cada método cuando se utiliza de forma aislada. La investigación cuantitativa ofrece una amplia generalización y rigor estadístico, pero a menudo carece de la capacidad de explicar los procesos detallados que subyacen a los fenómenos jurídicos. La investigación cualitativa, aunque rica en comprensión contextual, puede no proporcionar la potencia estadística necesaria para generalizar los hallazgos, o la solidez que valida un hallazgo. Cuando se combinan, estos enfoques permiten comprender mejor los fenómenos jurídicos.

Por ejemplo, en derecho constitucional, la investigación cuantitativa ha medido la frecuencia con la que la Corte Suprema declara inconstitucional una ley, proporcionando datos valiosos sobre el comportamiento judicial institucional⁽¹⁶⁾, los cambios en la composición del Congreso y del Ejecutivo⁽¹⁷⁾, o el número de casos que el Máximo Tribunal resuelve cada año a través del *certiorari*⁽¹⁸⁾. Sin embargo, estas cifras por sí solas no pueden explicar el razonamiento judicial que subyace a esas decisiones ni los principios jurídicos más amplios implicados. Los métodos cualitativos, como los estudios de casos de sentencias clave o las entrevistas con magistrados y secretarios que trabajan entre bastidores⁽¹⁹⁾, pueden desvelar los marcos interpretativos y los procesos deliberativos que dan forma a estas decisiones, ofreciendo una visión más profunda del enfoque del tribunal sobre la interpretación constitucional. Mediante la combinación de métodos cuantitativos y cualitativos, se puede lograr una comprensión más completa de la toma de decisiones judiciales, las instituciones jurídicas y la evolución constitucional, captando la complejidad del Derecho de un modo que un único método no puede lograr por sí solo.

En resumen, el uso de un enfoque multimétodo en la investigación jurídica permite aprovechar los puntos fuertes de las metodologías cuantitativas y cualitativas, lo que da lugar a un análisis más rico y matizado de los fenómenos jurídicos. Permite a los investigadores abordar tanto las dimensiones mensurables de los sistemas jurídicos como las complejidades interpretativas que impulsan la toma de decisiones jurídicas o judiciales, garantizando una comprensión más completa y fiable del funcionamiento del Derecho en la sociedad.

2.1. La investigación jurídica empírica cualitativa

A diferencia de los métodos cuantitativos, que a menudo se centran en relaciones y resultados mensurables, la investigación cualitativa se ocupa principalmente de los procesos interpretativos, los comportamientos institucionales y las implicancias jurídicas y sociales más amplias que informan y conforman la toma de decisiones judiciales. Este tipo de investigación es especialmente adecuado para explorar fenómenos jurídicos complejos que no pueden reducirse a variables mensurables, como la forma en que los tribunales interpretan cláusulas constitucionales, cómo responden a las presiones externas o cómo desarrollan la jurisprudencia a lo largo del tiempo.

La investigación cualitativa en derecho implica la construcción de significado a partir de datos que se recogen de diversas fuentes no numéricas, como resoluciones judiciales, entrevistas o documentos históricos. Puede adoptar distintas formas, como el análisis descriptivo, causal o interpretativo, y puede estar arraigada en distintas tradiciones epistemológicas (positivista o interpretativista). En las líneas que siguen, ofrecemos una hoja de ruta para llevar a cabo una investigación jurídica empírica cualitativa,

utilizando a los *amicus curiae* como ejemplo ilustrativo de algunos de los conceptos más generales.

2.1.1. La pregunta de investigación

Una pregunta de investigación⁽²⁰⁾ bien formulada aborda dinámicas jurídicas e institucionales complejas, al tiempo que permite un análisis en profundidad y sensible al contexto. La pregunta de investigación no solo orienta el alcance de la indagación, sino que también garantiza que el estudio se centre en fenómenos jurídicos con base empírica.

Es un error común confundir el “tema de investigación” con la “pregunta de investigación”. Un tema de investigación es un área general de interés que puede servir de base para múltiples productos académicos. Por ejemplo, si un familiar te preguntara sobre qué es lo que estás investigando, podrías responder: “Estudio la relación entre los jueces y la política”, o ser más específico con: “Mi investigación se centra en cómo los tribunales supremos de América Latina participan en el diálogo judicial y el comparativismo”. Ambas respuestas pueden inspirar una gran variedad de trabajos académicos, como varios artículos, una disertación doctoral, columnas de opinión en periódicos o blogs, o incluso varias monografías. Un tema de investigación es, por lo tanto, expansivo, y contiene numerosos ángulos potenciales de investigación y múltiples preguntas de investigación posibles.

En cambio, una pregunta de investigación es una indagación mucho más centrada y específica destinada a abordar una cuestión concreta dentro de ese tema más amplio. Está diseñada para orientar la investigación de un proyecto concreto, ya sea una ponencia, una tesis, un artículo o un libro. Una pregunta de investigación puede ser descriptiva, causal, constitutiva o normativa. Si es causal, puede centrarse en las causas de los efectos o en los efectos de las causas⁽²¹⁾. De este modo, una pregunta de investigación suele comenzar con “quién”, “qué”, “cuándo”, “dónde”, “por qué” o “cómo”, y busca directamente abordar un problema preciso. Por ejemplo, un tema de investigación sobre el Poder Judicial podría dar lugar a una pregunta de investigación del tipo: “¿Cómo participa la Corte Suprema argentina en el diálogo judicial con otras Cortes Supremas y tribunales internacionales a través de la cita de jurisprudencia extranjera?”. Se trata de una pregunta descriptiva, preocupada por comprender los mecanismos de la citación judicial. Alternativamente, una pregunta causal podría preguntar: “¿Por qué algunas Cortes Supremas latinoamericanas, como en Colombia, incorporan con más frecuencia el derecho internacional de los derechos humanos en sus decisiones en comparación con otras, como en Brasil?”. Cada pregunta de investigación tiene un enfoque más limitado que el tema en sí y busca arrojar luz sobre dinámicas jurídicas, institucionales o jurisprudenciales específicas.

Otro ejemplo sobre un tema de investigación amplio podría explorar las dinámicas institucionales y de información que influyen en la toma de decisiones judiciales, centrándose específicamente en el papel del *amicus curiae*⁽²²⁾. La pregunta de investigación correspondiente, sin embargo, acota el enfoque y podría preguntar: “¿Qué influencia tienen los escritos de *amicus curiae* en las sentencias de la Corte Suprema, y cómo reflejan estas presentaciones los intereses sociales, sectoriales, institucionales y políticos más amplios?”. Esta pregunta permite investigar cómo contribuyen a la toma de decisiones judiciales los agentes externos, como ONG, grupos de interés o asociaciones profesionales, mediante la presentación de *amicus*. También abre la puerta a examinar cómo estos escritos afectan al razonamiento del tribunal, tanto procesal como sustantivamente, analizando si los jueces citan estos escritos en sus votos, qué argumentos consideran más persuasivos y cómo los diferentes actores —como las organizaciones de derechos humanos— influyen en la jurisprudencia del tribunal.

(20) Lynch, Julia, “Choosing a Research Question”, en Cyr, Jennifer y Goodman, Sara Wallace (eds.), *Doing Good Qualitative Research*, Nueva York, Oxford Academic, 2024.

(21) Lynch, Julia, “Choosing a Research Question”, op. cit.

(22) Para una exploración en profundidad de este tema en la Suprema Corte de los Estados Unidos, véase Larsen, Allison Orr y Devins, Neal, “The Amicus Machine”, *Virginia Law Review*, 102, 2016, pp. 1901-1952; Larsen, Allison Orr, “The Trouble with Amicus Facts”, *Virginia Law Review*, 100, 2014, pp. 1757-1791; y Larsen, Allison Orr, “Constitutional Law in an Age of Alternative Facts”, *New York University Law Review*, 93, 2018, pp. 175-232.

(16) Véase, por ejemplo, Bercholz, Jorge O., *La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad. Respecto a los otros poderes políticos del Estado (1935-1998)*, Buenos Aires, Ediar, 2004.

(17) Véase, por ejemplo, Molinelli, N. Guillermo, *Presidentes y Congresos en Argentina: Mitos y Realidades*, Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano, 1991.

(18) Véase, por ejemplo, Giannini, Leandro, *El certiorari. La jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas*, La Plata, Platense, 2016; “La producción jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2020-2021)”, *Revista de Derecho Procesal*, 2022-2, pp. 489-571; “La producción jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su actual integración”, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, n.º 48, 2018, pp. 1208-1259; “La producción jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación [2018]”, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, n.º 50, 2020, pp. 791-832.

(19) Véase, por ejemplo, Barrera, Leticia, *La Corte Suprema en escena. Una etnografía del mundo judicial*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2022.

El objetivo de una pregunta de investigación de este tipo no es solo evaluar el contenido de los *amicus*, sino explorar su papel institucional y procesal más amplio. Al hacerlo, ayuda a descubrir la dinámica entre el Poder Judicial y los actores sociales externos, reflejando cómo los tribunales pueden verse influidos por una diversidad de perspectivas o, por el contrario, cómo ciertos actores de élite pueden dominar el proceso. La clave es que la pregunta de investigación debe permitir una exploración empírica del comportamiento judicial y, al mismo tiempo, proporcionar información sobre el panorama constitucional e institucional más amplio en el que opera el tribunal.

2.1.2. Marco teórico y epistemología

Un marco teórico sólido es fundamental para orientar la investigación jurídica empírica cualitativa. En este sentido, la investigación puede basarse en epistemologías positivistas⁽²³⁾ o interpretativistas⁽²⁴⁾, cada una de las cuales ofrece distintos enfoques para comprender el Derecho.

- **Enfoque positivista:** Este enfoque considera los fenómenos jurídicos como información objetiva de la realidad social, buscando hacer afirmaciones generalizables sobre el comportamiento judicial. Por ejemplo, un investigador podría estudiar si ciertos factores externos, como la presión política, influyen sistemáticamente en las decisiones judiciales, analizando múltiples casos para identificar patrones que sugieran relaciones causales.

- **Enfoque interpretativo:** Esta perspectiva se centra en la construcción de significado jurídico entre el investigador, la Corte Suprema y el contexto sociopolítico. Reconoce que el conocimiento no se “descubre”, sino que se crea a partir de las interacciones. En el caso del *amicus curiae*, un enfoque interpretativo podría explorar cómo los jueces perciben estos escritos en distintos contextos y cómo el tribunal interpreta sus significados, reflejando una dinámica política y social más amplia.

La postura epistemológica elegida influye en el diseño de la investigación y el análisis de datos. Tanto si se adopta un enfoque positivista como interpretativo, un marco teórico sólido asegura que la investigación esté basada en teoría jurídica e institucional, permitiendo al mismo tiempo la exploración empírica.

2.1.3. Diseño y metodología de la investigación

El diseño de un estudio empírico cualitativo debe alinearse con la pregunta de investigación, garantizando coherencia entre el marco teórico y los métodos de recopilación y análisis de datos. En investigación jurídica, las metodologías comunes incluyen:

- **Análisis documental:** Este método consiste en examinar sentencias judiciales, escritos legales y otros documentos relevantes para rastrear cómo interpretan los tribunales los principios jurídicos a lo largo del tiempo y su relación con fuentes externas, como los escritos de *amicus curiae*. Por ejemplo, un investigador puede analizar un conjunto de sentencias para determinar con qué frecuencia la Corte cita los *amicus curiae* y cuáles son los tipos de argumentos (científicos, de política pública, económicos o morales) que considera más persuasivos. Este análisis permite identificar patrones de razonamiento judicial influenciados por factores externos.

- **Entrevistas:** Las entrevistas con jueces, secretarios o abogados pueden aportar información valiosa sobre los procesos de toma de decisiones en los tribunales. En el contexto de los *amicus curiae*, las entrevistas pueden revelar cómo perciben los jueces estos escritos, si los consideran útiles y cómo influyen en su comprensión de las cuestiones jurídicas planteadas. Las entrevistas ofrecen una perspectiva sobre las deliberaciones judiciales que es difícil captar solo con el análisis documental.

- **Estudios de casos:** Este enfoque permite a los investigadores profundizar acerca de cómo influyen distintos factores, como presiones externas o dinámicas institucionales, en las decisiones judiciales, analizando uno o pocos casos específicos. En el caso de los *amicus curiae*, un estudio podría centrarse en todos los casos de alta relevancia en los que la Corte Suprema realizó audiencias públicas y escuchó a actores externos al proceso.

- **Observación participante:** Aunque menos común en investigación jurídica, la observación participante puede incluir la asistencia a audiencias públicas o conferencias jurídicas para observar el comportamiento judicial y las interacciones en tiempo real. Este método proporciona una perspectiva directa del proceso judicial y de cómo los jueces interactúan con litigantes, abogados, medios de comunicación y terceros, como los *amicus curiae*.

2.1.4. Muestreo y selección de casos

La investigación empírica cualitativa suele tomar como punto de partida el muestreo intencional, lo que significa que los casos o las fuentes de datos se eligen por su relevancia para la pregunta de investigación. Así, el investigador deberá explicar la metodología de selección de las resoluciones judiciales que ejemplifiquen el fenómeno más amplio que se está investigando.

2.1.5. Recolección de datos y codificación

En la investigación cualitativa, la recopilación de datos implica reunir una amplia gama de materiales que sirvan a la pregunta de investigación. Una vez recopilados, los datos deben codificarse sistemáticamente. Por ejemplo, si se analizan los *amicus curiae*, el investigador podría desarrollar categorías de codificación como “precedente judicial”, “argumento de política pública”, “derecho internacional” y “argumento económico”, “explicación científica”, etc. Estas categorías se aplicarían tanto a los propios escritos de los *amicus* como a las resoluciones judiciales que hacen referencia a ellos. La codificación permite al investigador organizar sistemáticamente los datos e identificar patrones en la forma en que el Máximo Tribunal se relaciona con las presentaciones externas.

2.1.6. Análisis de datos

El análisis cualitativo de datos es un proceso iterativo y flexible, que permite al investigador revisar y reinterpretar los datos a medida que emergen nuevos patrones y perspectivas. Los métodos analíticos más empleados en la investigación jurídica incluyen:

- **Análisis de contenido:** Consiste en la codificación sistemática de textos legales y otros documentos, con el fin de identificar temas o conceptos recurrentes que surgen en el discurso jurídico. Este enfoque permite descomponer los datos en categorías manejables, facilitando la comparación entre diferentes elementos y la identificación de patrones que revelen tendencias o preocupaciones en el campo jurídico.

- **Análisis del discurso:** Este método va más allá del contenido textual para examinar cómo el lenguaje, el tono y las estrategias retóricas influyen en el razonamiento judicial. Mediante el análisis del discurso, los investigadores pueden comprender cómo los jueces construyen narrativas persuasivas y qué impacto tiene el contexto lingüístico en la interpretación de la ley.

- **Teoría fundamentada:** La teoría fundamentada permite a los investigadores desarrollar teorías basadas directamente en los datos, sin partir de hipótesis preconcebidas. Esta metodología se caracteriza por un enfoque inductivo en el que los conceptos emergen del análisis detallado de los datos, proporcionando una comprensión teórica que es única y específica al contexto estudiado.

2.1.7. Garantizar el rigor, la validez y la fiabilidad

La investigación cualitativa requiere de prácticas metodológicas rigurosas y transparentes para asegurar la validez y la fiabilidad de los hallazgos. Para mantener un alto nivel de rigor en la investigación jurídica, se aplican diversas estrategias:

- **Triangulación:** La triangulación implica el uso de múltiples fuentes de datos y perspectivas para verificar y corroborar las interpretaciones. Este enfoque fortalece la validez de los hallazgos, asegurando que las conclusiones estén cimentadas en una diversidad de fuentes y no en una única perspectiva.

- **Validación por parte de los participantes:** En estudios cualitativos que incorporan entrevistas, la validación por parte de los participantes (o “*member checking*”) permite que los entrevistados revisen y confirmen las interpretaciones de sus declaraciones realizadas por el investigador. Este proceso incrementa la exactitud y credibilidad de los datos, al reflejar fielmente la perspectiva de los participantes.

- **Descripción densa:** Proveen descripciones detalladas y contextualmente ricas de los fenómenos jurídicos

(23) LaPorte, Jody, “Preparing a Causal Research Design”, en Cyr, Jennifer y Goodman, Sara Wallace (eds.), *Doing Good Qualitative Research*, Nueva York, Oxford Academic, 2024.

(24) Schwarz, Tanya B. y Reiling, Carrie, “Preparing an Interpretive Research Design”, en Cyr, Jennifer y Goodman, Sara Wallace (eds.), *Doing Good Qualitative Research*, Nueva York, Oxford Academic, 2024.

asegura que las interpretaciones estén sólidamente ancladas en realidades empíricas. Por ejemplo, una descripción detallada sobre la influencia de los *amicus curiae* en el razonamiento judicial aporta una visión integral sobre su impacto procesal y sustantivo en los fallos.

2.1.8. Presentación de los resultados

La presentación de resultados cualitativos requiere una narrativa clara que conecte los datos empíricos con conceptos teóricos. Así, se deben organizar las conclusiones en torno a temas clave y utilizar ejemplos específicos para ilustrar patrones institucionales. En el caso de los *amicus curiae*, se podrían destacar el uso estratégico por actores externos, los argumentos que resuenan entre los jueces y las implicaciones políticas y jurídicas de estas intervenciones.

2.2. La investigación jurídica empírica cuantitativa

La investigación jurídica empírica cuantitativa se apoya en gran medida en la estadística. Como disciplina científica, la estadística exige una atención rigurosa al diseño de la investigación para asegurar que los resultados sean sólidos, válidos y fiables.

2.2.1. La pregunta de investigación

Al igual que en la investigación cualitativa, aquí también debe definirse con claridad la pregunta de investigación. Esta pregunta generalmente busca medir una relación causal entre variables. Por ejemplo, un investigador podría plantearse: “¿Qué factores indican la probabilidad de que la Corte declare inconstitucional una ley?”.

La pregunta de investigación debe ser específica y mensurable⁽²⁵⁾, lo que implica a menudo la operativización de conceptos jurídicos abstractos en variables cuantificables. Por ejemplo, si el enfoque de la investigación es la ideología judicial⁽²⁶⁾ o la independencia judicial⁽²⁷⁾, el investigador debe determinar medir estos conceptos, como el análisis de sentencias contrarias al gobierno, así como factores externos, como la presión política y la experiencia política previa de los jueces.

En las ciencias sociales, es frecuente que los investigadores empleen aproximaciones para medir fenómenos complejos; por ejemplo, el uso de casos de exoneración mediante pruebas de ADN como un indicador indirecto de condenas erróneas⁽²⁸⁾, o el análisis de ciclos electorales para estimar tasas de criminalidad⁽²⁹⁾.

Al desarrollar la pregunta de investigación, es esencial considerar si el estudio tiene un objetivo descriptivo, predictivo o causal. Por ejemplo, una investigación descriptiva podría enfocarse en cuantificar la frecuencia de ciertos resultados, como el porcentaje de fallos favorables al gobierno en la Corte Suprema argentina. La investigación predictiva podría intentar anticipar el comportamiento judicial futuro sobre la base de patrones históricos de datos, como el uso de decisiones previas para proyectar fallos en casos específicos. La investigación causal va más allá al

intentar establecer una relación de causa y efecto entre las variables⁽³⁰⁾. Por ejemplo, un investigador podría formular la pregunta: “¿Qué factores influyen en la toma de decisiones de los jueces federales?”.

Los investigadores también deben considerar las fuentes de datos disponibles para el estudio. Por ejemplo, las decisiones judiciales de acceso público, bases de datos del Tribunal Supremo o de tribunales inferiores, y conjuntos de datos políticos o económicos externos pueden influir en el diseño de la pregunta de investigación y en la viabilidad de responderla cuantitativamente. Este aspecto será abordado luego.

Como ejemplo hipotético, consideremos la relación entre la Corte Suprema argentina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). El monólogo o diálogo entre estos dos tribunales ilustra una tendencia creciente de interacción entre cortes nacionales y tribunales internacionales de derechos humanos⁽³¹⁾. Un posible enfoque de investigación podría, por ejemplo, examinar el influjo de un caso específico con la siguiente pregunta: “¿Cómo ha impactado la resolución en el caso ‘Fontevecchia’⁽³²⁾ de 2017 en la frecuencia con la que la Corte Suprema argentina cita a la Corte IDH en casos de derechos humanos?”.

Para responder a esta pregunta, recopilaremos estadísticas descriptivas sobre los factores que inciden en la probabilidad de que un caso cite o no a la Corte IDH. El propósito es evaluar cómo afectó la decisión en “Fontevecchia” en los patrones de citación de la Corte Suprema durante el período de 2014 a 2020. Al verificar la pregunta de investigación mediante el análisis de casos anteriores, podremos entender mejor el impacto de esta decisión histórica en el compromiso de la Corte con el derecho internacional de los derechos humanos⁽³³⁾.

2.2.2. El desarrollo de una hipótesis

Una vez definida la pregunta de investigación, el siguiente paso refiere a formular una hipótesis. Es decir, una declaración formal que especifica el resultado esperado o la relación entre las variables objeto de estudio.

Una hipótesis relevante para este estudio podría formularse de este modo: “La Corte Suprema argentina disminuyó su citación de decisiones de la Corte IDH en casos de derechos humanos después del fallo ‘Fontevecchia’ de 2017”. Esta hipótesis establece una relación entre el momento del fallo “Fontevecchia” (variable independiente) y la frecuencia de citación de decisiones de la Corte IDH en casos de derechos humanos (variable dependiente). La investigación evaluará si los datos respaldan esta expectativa mediante el análisis de decisiones judiciales entre

(30) Para una explicación sobre la inferencia y la causa-efecto en estadística, junto con los errores comunes que hay que evitar, véase King, Gary, Keohane, Robert O., y Verba, Sidney, *Designing Social Inquiry: Scientific Inference in Qualitative Research*, Princeton, Princeton University Press, 1994.

(31) Existe un debate sobre el valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que gira en torno a su autoridad vinculante y moral respecto de los Estados miembros del Sistema Interamericano. Esta autoridad se formaliza en instrumentos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que obliga a los Estados a acatar las sentencias de la Corte. La jurisprudencia del tribunal se cita a menudo no solo en casos concretos, sino como parte de un diálogo judicial más amplio, lo que refleja la influencia del tribunal en la interpretación de la legislación sobre derechos humanos más allá de las fronteras nacionales. El “margen de apreciación nacional” ha sido invocado por los Estados como el margen de maniobra concedido a las autoridades nacionales para equilibrar las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos con las preocupaciones nacionales. Esta doctrina reconoce que los Estados pueden tener distintos enfoques sobre determinadas cuestiones en función de factores culturales, históricos y políticos. Sobre el tema, véase Santiago, Alfonso, *Principio de subsidiariedad y margen nacional de apreciación. Articulación del sistema interamericano de protección de derechos humanos con los regímenes nacionales*, Buenos Aires, Astrea, 2020; Díaz Solimine, Omar L. (dir.); Díaz Solimine, Ignacio L. (coord.), *El margen nacional de apreciación*, Buenos Aires, Astrea, 2020.

(32) Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Fontevecchia”, Fallos 340:47 (2017).

(33) Las referencias a la jurisprudencia anterior y a otros materiales jurídicos desempeñan un papel crucial en la justificación de las decisiones judiciales en muchas jurisdicciones de todo el mundo. Una visión general de la investigación que utiliza métodos cuantitativos para investigar las citas en las sentencias judiciales, un estudio de la literatura, una hoja de ruta para la recopilación y el análisis de datos de citas, y un debate sobre los desafíos metodológicos y las oportunidades de avance en este campo, puede verse en: Frankenreiter, Jens, “Studying Judicial Citations and Citation Data”, en Epstein, Lee y otros (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Judicial Behaviour*, edición en línea, Oxford, Oxford Academic, 18/12/2023.

(25) Para un ejemplo de cómo recopilar datos, formular preguntas de investigación y medir variables para un caso de derecho constitucional sobre la base de estadísticas, véase Sisk, Gregory C., Heise, Michael y Morris, Andrew P., “Charting the Influences on the Judicial Mind: An Empirical Study of Judicial Reasoning”, *New York University Law Review*, vol. 73, 1998, pp. 1377-1450.

(26) Véase, por ejemplo, Fischman, Joshua y Law, David S., “What Is Judicial Ideology, and How Should We Measure It?”, *Washington University Journal of Law and Policy*, vol. 29, 2009, pp. 133-214.

(27) Véase, por ejemplo, van Dijk, Frans, “Conceptualizing and Measuring Judicial Independence”, en Epstein, Lee y otros (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Judicial Behaviour*, Oxford, Oxford University Press, 2023. Para una definición, véase Law, David S., “Judicial Independence”, *International Encyclopedia of Political Science*, Thousand Oaks, Sage Publications, 2011, p. 1369.

(28) Véase, por ejemplo, Bedau, Hugo Adam y Radelet, Michael L., “Miscarriages of Justice in Potentially Capital Cases”, *Stanford Law Review*, vol. 40, 1987, pp. 21-179; véase, también, Leo, Richard A., “Has the Innocence Movement Become an Exoneration Movement? The Risks and Rewards of Redefining Innocence”, en Medwed, Daniel S. (ed.), *Wrongful Convictions and the DNA Revolution: Twenty-Five Years of Freeing the Innocent*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

(29) Levitt, Steven D., “Using Electoral Cycles in Police Hiring to Estimate the Effect of Police on Crime”, *The American Economic Review*, vol. 87, n.º 3, junio de 1997, pp. 270-290. Este estudio es uno de los principales ejemplos de cómo las ciencias sociales pueden utilizar indicadores indirectos para estimar otro valor. En este caso, se utiliza el calendario de las elecciones a la alcaldía y a la gobernación para medir la contratación de policías y la delincuencia, un ejemplo del uso de *proxies* para inferir relaciones causales entre las políticas públicas y la aplicación de la ley. Véanse las pp. 272-274 para conocer su razonamiento para seleccionar este *proxy*.

2014 y 2020, es decir, tres años antes y tres años después del fallo⁽³⁴⁾.

Las hipótesis deben estar fundamentadas en un marco teórico sólido, apoyado en la literatura existente sobre comportamiento judicial y derecho constitucional. En este caso, la investigación sobre el compromiso de la Corte Suprema argentina con el derecho internacional de los derechos humanos y su diálogo judicial con la Corte IDH sugiere que los cambios en la composición de la Corte Suprema y las sentencias históricas pueden tener un impacto significativo en sus prácticas de citación. Sobre la base de esta teoría, se pueden formular hipótesis que orienten el análisis empírico.

Por ejemplo, podrían plantearse varias hipótesis en función de los factores específicos a examinar:

a) La Corte Suprema argentina es más propensa a citar decisiones de la Corte IDH en casos de derechos humanos antes de la sentencia “Fontevicchia” en comparación con lo que ha ocurrido después.

b) Las citas de la Corte IDH en casos relacionados con la libertad de expresión, la libertad de religión y el debido proceso disminuyeron tras la decisión “Fontevicchia”.

c) La sentencia “Fontevicchia” influyó aún más en las citaciones de la Corte IDH en casos de derechos humanos políticamente sensibles (como los relacionados con la libertad de expresión) que en otros tipos de casos.

Estas hipótesis se enfocan en la relación entre “Fontevicchia” y los cambios en los patrones de citación posteriores. Mediante la comparación de las frecuencias de citas antes y después de la sentencia, la investigación busca identificar los factores más significativos que influyen en estos patrones.

2.2.3. Diseño de la investigación

El diseño de la investigación cuantitativa se centra en la recopilación y el análisis sistemático de datos numéricos. En el caso del estudio sobre la Corte, esto implica la recopilación de datos⁽³⁵⁾, sobre decisiones judiciales, la codificación de variables de interés y la aplicación de métodos estadísticos para analizar patrones y probar hipótesis. Existen varios tipos de diseños de investigación que pueden emplearse en estudios cuantitativos⁽³⁶⁾:

- **Estudios transversales:** Analizan datos recopilados en un único punto o período específico en el tiempo, proporcionando una “foto instantánea” de la situación en ese momento. Este tipo de estudio es útil para describir las características o la frecuencia de ciertos fenómenos en

un momento particular, pero no permite observar cambios o tendencias a lo largo del tiempo. Por ejemplo, un estudio transversal podría examinar todas las sentencias de la Corte Suprema en el año 2023 para determinar la frecuencia con la que el tribunal falló a favor del gobierno durante ese año⁽³⁷⁾.

- **Estudios longitudinales:** Analizan datos recopilados en múltiples puntos a lo largo del tiempo, permitiendo observar tendencias, cambios y patrones de comportamiento. Este diseño es útil para identificar cómo evoluciona un fenómeno, detectar patrones de cambio y, en algunos casos, inferir relaciones de causalidad. Un estudio longitudinal, por ejemplo, podría examinar las sentencias de la Corte Suprema durante un período de veinte años para identificar cómo ha cambiado la interpretación de derechos constitucionales, como el derecho a la intimidad o la libertad de expresión.

- **Estudios comparativos:** Analizan datos de diferentes tribunales o sistemas judiciales. Por ejemplo, un investigador podría comparar el comportamiento de la Corte Suprema argentina con el de su par brasileña o colombiana para explorar tendencias transnacionales en temas como la independencia judicial o la jurisprudencia sobre derechos humanos.

Siguiendo el ejemplo, se debería utilizar un diseño longitudinal que permita examinar las tendencias y los cambios en las prácticas de citación de la Corte Suprema argentina a lo largo del tiempo. Específicamente, el estudio abarcará el período comprendido entre 2014 y 2020, un marco temporal adecuado con un volumen suficiente de datos⁽³⁸⁾ para evaluar el impacto de la sentencia “Fontevicchia” de 2017 en la frecuencia de citas de la Corte IDH en casos de derechos humanos.

Dada la complejidad del contexto jurídico y político argentino durante este período, el diseño de la investigación también debe considerar posibles variables de confusión, como los cambios en el liderazgo político, la modificación en la integración de la Corte, las fluctuaciones económicas y el entorno más amplio del derecho internacional de los derechos humanos. Estos factores, por ejemplo, podrían afectar tanto la frecuencia de citas de la Corte IDH como el contenido de las decisiones judiciales. Al controlar estas variables en el análisis, el estudio busca aislar el impacto específico de la sentencia “Fontevicchia” en las prácticas de citación de la Corte.

2.2.4. Recolección y fuentes de datos

La investigación empírica cuantitativa exige una recopilación estructurada y sistemática de datos numéricos. En este tipo de estudios, los datos primarios procederán de las decisiones judiciales, complementados con datos políticos externos para proporcionar una comprensión contextual. A continuación, se indican las principales fuentes y tipos de datos que se utilizarán:

2.2.4.1. Decisiones judiciales

La principal fuente de datos para esta investigación serán las decisiones judiciales de la Corte, publicadas en *Fallos*⁽³⁹⁾. Se analizará cada caso para identificar si cita a la Corte IDH, prestando especial atención a los casos relacionados con derechos humanos. Los datos relevantes recopilados para cada caso incluirán:

- **Carátula del caso:** Identificación del caso examinado.
- **Fecha de la decisión:** La fecha exacta en que se emitió la decisión.
- **Tipo de caso:** La temática específica de derechos humanos en cuestión (por ejemplo, libertad de expresión, honor, propiedad, debido proceso).
- **Citación de la Corte IDH:** Variable binaria que indica si se citó a la Corte IDH (sí/no).

(34) Aislar el efecto de los cambios de personal del tribunal en las prácticas de citación podría ofrecer información valiosa sobre cómo los cambios en la filosofía judicial influyen en el compromiso de la Corte Suprema argentina con el derecho internacional. Los nombramientos de los jueces Rosatti y Rosenkrantz en 2016, tras las jubilaciones de los jueces Zaffaroni y Fayt, marcan una transición significativa en la composición de la Corte. Fuera del impacto de estos cambios de personal, podríamos evaluar si los nuevos jueces introdujeron un cambio en la disposición de la Corte a citar tribunales internacionales como la Corte IDH. Esta investigación sería relevante para comprender cómo las filosofías judiciales personales de Zaffaroni, Rosatti y Rosenkrantz afectan el razonamiento jurídico y el comportamiento de la Corte en la cita en los casos de derechos humanos.

Por lo tanto, una pregunta de investigación diferente podría centrarse en si los cambios de integración en la Corte Suprema, después de 2016, condujeron a un cambio mensurable en sus patrones de citación. Esta pregunta podría formularse de la siguiente manera: “¿Cómo han evolucionado las prácticas de citación de la Corte Suprema, en particular con respecto a la Corte IDH, después de los nombramientos de los jueces Rosatti y Rosenkrantz?”. Esta pregunta permite un análisis empírico de si la nueva mayoría bajo Rosatti y Rosenkrantz adoptó un enfoque diferente del derecho internacional de los derechos humanos en comparación con el tribunal anterior a 2016. La codificación de los patrones de citas según si los jueces estaban en la mayoría, concurrencia o disidencia –mientras se controlan factores como el tipo de caso y la complejidad– podría revelar si este cambio fue impulsado por filosofías judiciales individuales o cambios institucionales más amplos en la orientación del tribunal hacia el derecho internacional.

(35) Como señalaron Helga María Lell y Ramiro Escudero Giménez, la Corte Suprema argentina no publica datos primarios. En su lugar, la Corte proporciona datos y estadísticas sobre su jurisdicción que ya han sido procesados, disponibles en su sitio web. Este enfoque limita el acceso de los investigadores a los datos primarios en un formato adecuado para su reutilización. Véase Lell, Helga María y Escudero Giménez, Ramiro, “Los conjuntos de datos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A propósito de las estadísticas y los *datasets* como forma de justicia abierta”, en Calderone, Sofía (dir.), *Tres reflexiones sobre la publicidad de sentencias de la Corte Suprema* (1864-2024), *El Derecho. Suplemento especial*, 3 de septiembre de 2024, cita digital: ED-VDCCLX-530, disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/18718> (fecha de consulta 3/11/2024).

(36) En general, para un diseño basado en decisiones empíricas relacionadas con los jueces, véase Epstein, Lee y Knight, Jack, *The Choices Justices Make*, Thousand Oaks, Sage, 1998.

(37) Véase un estudio similar, entre los años 1976-1999, realizado por Helmke, Gretchen, *Courts Under Constraints: Judges, Generals, and Presidents in Argentina*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

(38) Aunque la Corte Suprema argentina decidió 54.537 casos desde el 1 de enero de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2020, según surge del buscador de jurisprudencia del sitio web oficial, esta investigación solo debería centrarse en los aproximadamente 1.000 casos publicados en la colección *Fallos* durante ese período.

(39) Para un estudio descriptivo-histórico sobre la colección *Fallos*, véase Ratti Mendaña, Florencia S. y Calderone, Sofía, “Un legado en tomos: la publicidad de sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ayer y hoy”, *El Derecho. Suplemento especial. La Corte Suprema: 160 años de Jurisprudencia*, 2023, pp. 46-57, ED-VLIX-756, disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/17693> (fecha de consulta 5/11/2024).

- **Resultado de la decisión:** Si la decisión fue a favor del demandante o del Estado, para examinar posibles patrones entre los resultados de los casos y las prácticas de citación.

2.2.4.2. Base de datos de la Corte Suprema

Si bien la academia argentina aún no creó una base de datos de la Corte Suprema comparable a la de la Suprema Corte de los Estados Unidos⁽⁴⁰⁾ o el *Supreme Court Compendium*⁽⁴¹⁾, esta investigación tomará como punto de partida decisiones judiciales y bases de datos legales accesibles, como las disponibles en el sitio web oficial de la Corte Suprema argentina, publicaciones legales y plataformas de investigación legal en línea. Los investigadores compilarán un conjunto de datos personalizado mediante la recopilación manual de información sobre los casos. Este conjunto de datos incluirá:

- **Votos de los jueces:** Cuando estén disponibles, los votos individuales de los magistrados, los cuales pueden proporcionar información adicional sobre la dinámica de la toma de decisiones del Tribunal.

- **Presencia de votos separados (concurrentes o en disidencia):** Registro de opiniones separadas en el caso, lo cual puede indicar divisiones dentro de la Corte, con impacto potencial en el uso de citas de la Corte IDH.

2.2.4.3. Contexto político

Para contextualizar las decisiones judiciales, la investigación incorporará datos externos a las sentencias que reflejen el entorno político y social en el cual se dictaron las sentencias. Esto permitirá explorar posibles correlaciones entre las condiciones políticas y el uso de las citas de la Corte IDH. Además, el análisis podría incluir un estudio de las críticas institucionales hacia la Corte IDH y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), especialmente en relación con la selección de jueces, las tendencias ideológicas y las implicancias del control de convencionalidad. Las fuentes clave de datos incluyen, por ejemplo:

- **Ideología política del Poder Ejecutivo:** La orientación política del presidente en ejercicio, empleada como *proxy*⁽⁴²⁾ del contexto político general en Argentina durante el período estudiado (2014-2020). Cristina Fernández de Kirchner, quien fue presidente hasta diciembre de 2015, representaba un gobierno populista de izquierda, caracterizado por una postura nacionalista y un enfoque similar a las políticas de Venezuela y Cuba, menos receptivo a la intervención internacional y con una defensa de la soberanía en asuntos internos. Por el contrario, Mauricio Macri, quien asumió a fines de 2015, se alineó con una ideología liberal de centro-derecha, promoviendo una mayor apertura a las relaciones internacionales y al comercio global. Estos datos, junto con información sobre el partido político que nominó a cada juez que falló en el caso “Fontevecchia”, permitirán evaluar si existe alguna correlación entre el nacionalismo populista o las políticas internacionales más abiertas y las tasas de cita de la Corte IDH por parte de nuestra Corte Suprema.

- **Críticas a las debilidades institucionales:** Un desafío importante para la Corte IDH es el método de selección de sus jueces, quienes son nombrados por los Estados miembros de la CADH, por votación. El proceso de selección tiene ciertas opacidades, lo que provoca preocu-

paciones sobre posibles sesgos que reflejen las ideologías de los gobiernos que los eligen⁽⁴³⁾. Debido a la naturaleza política de estos nombramientos, algunos críticos sostienen que las decisiones de la Corte pueden reflejar no solo razonamientos jurídicos, sino también influencias políticas. Esta crítica también se extiende a la CIDH, cuestionada por ciertos giros políticos en sus recomendaciones, lo cual plantea interrogantes sobre la imparcialidad y coherencia en sus interpretaciones de las normas de derechos humanos. Asimismo, la doctrina del control de convencionalidad es considerada por algunos como una extralimitación que genera preocupaciones sobre la soberanía de los Estados y la independencia judicial⁽⁴⁴⁾.

2.2.5. Manipulación de datos

La manipulación de datos permite transformar las decisiones judiciales cualitativas en datos numéricos estructurados para el análisis estadístico. El proceso de codificación debe ser sistemático, garantizando que cada decisión se trate de forma coherente en todo el conjunto de datos. La parte más difícil de la investigación cuantitativa es cómo convertir la información en números dentro de una tabla.

Si volvemos a nuestro ejemplo, detallaremos los pasos para codificar y manipular los datos que permitirán analizar las citas de la Corte Suprema a la Corte IDH en casos de derechos humanos entre 2014 y 2020, con un enfoque en los casos relacionados con la libertad de expresión, la libertad religiosa y el debido proceso.

2.2.5.1. Codificación de variables

Cada decisión judicial (*Fallos*) servirá de registro o fila en el conjunto de datos. Se han identificado las siguientes variables para su codificación y análisis estadístico:

- **Caso:** Un identificador único para cada decisión; utilizaremos la cita según *Fallos*.

- **Cita_CorteIDH:** Variable binaria que indica si el caso citó o no a la Corte IDH (“1” para sí, “0” para no).

- **Tipo_Cita_CorteIDH:** Variable binaria que explica el uso de la cita a la Corte IDH. Se codificará de la siguiente manera: “1”, si la cita es utilizada como argumento principal para fundamentar la decisión; “0”, si la cita se utiliza como argumento *obiter dictum* o se incluye solo a título de abundamiento o de relleno, sin impacto en el núcleo o *holding* del fallo.

- **Tipo_de_caso:** La cuestión específica de derechos humanos relevante para el caso, clasificada en libertad de expresión, libertad de religión y debido proceso.

- **Fecha (mes y año):** La fecha en que se dictó la resolución judicial. Esta variable ayudará a analizar las tendencias a lo largo del tiempo, en particular antes y después de la sentencia “Fontevecchia” de febrero de 2017.

- **Complejidad_del_caso:** Esta variable evaluará la complejidad del caso sobre la base de factores como el número de cuestiones jurídicas implicadas, la presencia de múltiples demandas o el número de partes interesadas (por ejemplo, el gobierno, individuos u organizaciones). La complejidad se clasificará como baja, media o alta.

Para la variable Caso_Tipo, los casos de derechos humanos se clasificarán en tres categorías:

- **Libertad de expresión (LdE):** Casos relacionados con el derecho de las personas o entidades a expresar opiniones e ideas sin restricciones gubernamentales.

- **Libertad de religión:** Casos relativos a la protección de las creencias y prácticas religiosas, o a la relación Estado-Iglesia.

- **Debido proceso:** Casos que implican la protección del debido proceso y la tutela judicial efectiva.

(43) Para las elecciones, el secretario general de la OEA solicita a los Estados miembros de la Convención que presenten una lista de sus candidatos a jueces de la Corte. Cada Estado parte puede proponer hasta tres candidatos, que pueden ser nacionales del Estado proponente o de cualquier otro Estado miembro de la OEA. Si se propone una terna, al menos uno debe ser nacional de un Estado distinto del proponente. Los jueces son elegidos a título personal por los Estados miembros mediante votación secreta y por mayoría absoluta de votos durante la Asamblea General de la OEA inmediatamente anterior a la expiración del mandato de los jueces salientes. Véase también Santiago, Alfonso y Bellocchio, Lucía, *Historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1978-2018)*, Buenos Aires, La Ley, 2018.

(44) Entre otros, véase Santiago, Alfonso, *Principio de subsidiariedad y margen nacional de apreciación. Articulación del sistema interamericano de protección de derechos humanos con los regímenes nacionales*, Buenos Aires, Astrea, 2020; Abbott, Max Silva, “Es realmente viable el control de convencionalidad?”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 45, no. 3, 2018, pp. 717-44.

(40) Véase *Washington University in St. Louis*, “The Supreme Court Database”, disponible en: <http://scdb.wustl.edu/> (fecha de consulta 24/10/2024).

(41) Epstein, Lee J., Segal, Jeffrey A., Spaeth, Harold J., y Walker, Thomas G., *The Supreme Court Compendium*, 7.ª ed., Thousand Oaks, Sage, 2021.

(42) En investigación empírica, un *proxy* es una variable que usamos como sustituto para representar algo que no podemos medir directamente. Esto es útil cuando el concepto que queremos estudiar es complejo o difícil de medir de forma directa. Para ello, elegimos un *proxy* que esté estrechamente relacionado con ese concepto y que podamos medir con facilidad. Así, al observar el comportamiento del *proxy*, inferimos información sobre la variable que realmente nos interesa. Es fundamental que el *proxy* esté bien alineado con el concepto original, ya que de lo contrario nuestras inferencias podrían no ser válidas.

Por ejemplo, supongamos que queremos estudiar la imparcialidad de los jueces en el fuero contencioso administrativo federal. La imparcialidad es un concepto abstracto y difícil de medir directamente. Sin embargo, podríamos utilizar como *proxy* el porcentaje de veces que un juez falla a favor del poder político de turno en casos similares. Si un juez sistemáticamente favorece al gobierno en casos tributarios, podríamos inferir, de manera indirecta, que tal vez no sea completamente imparcial. Este tipo de análisis nos permite aproximarnos al concepto de imparcialidad utilizando una medida objetiva y observable.

A cada caso se le asignará un valor binario que indicará si pertenece o no a un tipo de caso específico. Por ejemplo, un caso centrado principalmente en la libertad de expresión se codificará como “1” para la variable Caso_LdE y como “0” para los demás tipos de casos.

La siguiente tabla muestra un ejemplo hipotético de cómo podrían codificarse estas categorías:

Caso	Cita_CorteIDH	Tipo_Cita_Corte IDH	Caso_LdE	Caso_Religión	Caso_Debido-Proceso	Mes	Año
337:100	1	1	1	0	0	10	2014
339:200	1	0	0	1	0	9	2016
342:300	0	0	1	0	0	2	2019

La complejidad del caso es una variable que puede influir en el hecho de que la Corte Suprema cite a la Corte IDH en sus sentencias, y puede evaluarse en función de varios factores:

- *Número de cuestiones jurídicas:* Los casos con múltiples cuestiones jurídicas o reclamaciones de derechos que se solapan se consideran más complejos.
- *Presencia de múltiples partes interesadas:* Los casos en los que intervienen varias partes (por ejemplo, el gobierno, particulares y organizaciones) tienden a ser más complejos que los casos en los que solo intervienen uno o dos individuos particulares.

- *Duración y alcance de los procedimientos judiciales:* Los casos que han pasado por múltiples instancias recursivas, que han generado la atención de la opinión pública, presentaciones de *amicus curiae*, que han tenido audiencias públicas ante la Corte, o que suponen un debate jurídico sofisticado, se consideran más complejos.

La complejidad se clasificará en tres niveles (baja, media, alta) en función de los parámetros anteriormente descritos.

El cuadro siguiente muestra cómo se integrará la complejidad de los casos en el conjunto de datos:

Caso	Cita_CorteIDH	Tipo_Cita_CorteIDH	Caso_LdE	Caso_Religión	Caso_Debido-Proceso	Mes	Año	Caso_Complejidad
337:100	1	1	1	0	0	10	2014	Alta
339:200	1	0	0	1	0	9	2016	Media
342:300	0	0	1	0	0	2	2019	Alta
343:400	1	1	0	0	1	2	2020	Baja

2.2.5.2. Preparación y agregación de datos

Una vez codificadas todas las variables, es fundamental preparar los datos para su agregación y análisis. El conjunto de datos debe limpiarse y formatearse, de modo que se asegure la coherencia en todas las variables. En particular, cada caso debe transformarse en datos binarios o categóricos, según la naturaleza de la variable. Este proceso garantiza que el conjunto de datos esté listo para el análisis estadístico y facilita el examen de tendencias y patrones en la citación de la Corte IDH en casos de derechos humanos a lo largo del tiempo.

Para llevar a cabo un análisis exhaustivo, puede ser necesario combinar los datos judiciales con conjuntos de datos externos, como indicadores políticos o sociales. Por ejemplo, si se desea investigar el contexto político en el momento de cada decisión, el conjunto de datos podría fusionarse con una cronología política que registre cambios de gobierno o eventos clave que podrían influir en el comportamiento de la Corte. Cada variable, especialmente el “mes” y el “año”, actuará como clave para fusionar los conjuntos de datos. La integración de factores externos en el análisis permite una exploración más matizada de los elementos que influyen en las prácticas de citación de la Corte.

2.2.5.3. Diccionario de datos

Un diccionario de datos asegura que todos los pasos en el proceso de codificación y manipulación de datos sean transparentes y accesibles, lo que facilita la replicación o ampliación del estudio por futuros investigadores. Este diccionario define el nombre de cada columna, su significado, todos los valores posibles y cómo interpretar cada uno de ellos. También es esencial que el proceso de transformación de cada columna esté documentado y se almacene en un repositorio junto con el informe.

2.2.6. Análisis de datos

El siguiente paso es analizar los datos codificados mediante técnicas estadísticas. Los métodos principales que se utilizarán en este análisis son la estadística descriptiva

y el análisis de regresión⁽⁴⁵⁾, los cuales permitirán identificar tanto la frecuencia y los patrones de citación como la influencia de factores específicos en las prácticas de citación de la Corte.

2.2.6.1. Estadísticas descriptivas

Las estadísticas descriptivas proporcionarán una visión general del conjunto de datos, pues ofrecen información sobre tendencias centrales, variaciones y distribuciones de las variables clave. Este es el primer paso para comprender las características generales de los datos antes de realizar análisis inferenciales más complejos. Los objetivos principales de la estadística descriptiva en este contexto incluyen:

- El cálculo del porcentaje de casos que citan a la Corte IDH durante el período de estudio (2014-2020).
- El examen de la proporción de tipos de casos de derechos humanos (libertad de expresión, libertad de religión y debido proceso) para identificar cuáles sentencias tienen mayor probabilidad de incluir citas a la Corte IDH.
- La exploración de las tendencias a lo largo del tiempo calculando la frecuencia de las citas a la Corte IDH antes y después de la sentencia “Fontevecchia” en 2017.

Por ejemplo, las estadísticas descriptivas ayudarán a cuantificar la frecuencia con la que la Corte Suprema citó a la Corte IDH en casos de derechos humanos, proporcionando un desglose de estos datos por año. Esto permitirá observar si las prácticas de citación cambiaron significativamente después del fallo “Fontevecchia”. Esta visión general es un buen punto de partida para un análisis más profundo, destinado a identificar patrones en las prácticas de citación que luego podrán ser sometidos a pruebas de significación estadística.

2.2.6.2. Análisis de regresión

Después de calcular las estadísticas descriptivas, se empleará el análisis de regresión para evaluar las relaciones entre las variables y poner a prueba las hipótesis causales. Los modelos de regresión nos permitirán estimar en qué medida factores como el tipo de caso, la complejidad del caso y el momento en que se dictó la sentencia “Fontevecchia” influyen en la probabilidad de citar a la Corte IDH en un caso determinado.

La variable dependiente en este análisis es Cita_CorteIDH, una variable binaria (1 para sí, 0 para no). Las variables independientes incluyen:

- **Tipo de caso:** Variables binarias para libertad de expresión, libertad religiosa y debido proceso.
- **Complejidad del caso:** Variable categórica que indica complejidad baja, media o alta.
- **Desp_Fon:** Indica si el caso se resolvió después de la sentencia “Fontevecchia” (1 para sí, 0 para no), permitiendo controlar las tendencias temporales.

La ecuación para nuestro modelo de regresión lineal será:

$$P(\text{Cita_CorteIDH}) = \beta_0 + \beta_1 (\text{Caso_LdE}) + \beta_2 (\text{Caso_Religión}) + \beta_3 (\text{Caso_DebidoProceso}) + \beta_4 (\text{Caso_Complejidad}) + \beta_5 (\text{Desp_Fon}) + \beta_6 (\text{Tipo_Cita_CorteIDH}) + \epsilon$$

Donde:

- $P(\text{Cita_CorteIDH})$ representa la probabilidad de que un caso cite a la Corte IDH.
- β_0 es el término de intercepción.
- $\beta_1, \beta_2,$ y β_3 son los coeficientes correspondientes a cada tipo de caso (libertad de expresión, libertad religiosa y debido proceso).
- β_4 representa el coeficiente de complejidad del caso.
- β_5 capta el efecto temporal, observando si la sentencia “Fontevecchia” cambió significativamente las prácticas de citación.
- β_6 (Tipo_Cita_CorteIDH) representa el impacto de usar la cita de la Corte IDH como argumento principal en lugar de un argumento para el *obiter dicta*.
- ϵ es el término de error, que recoge la variabilidad en las prácticas de citación no explicada por el modelo.

Este modelo nos permitirá cuantificar la relación entre las variables independientes y la probabilidad de que la Corte Suprema cite a la Corte IDH. Por ejemplo, podríamos encontrar que, en los casos de libertad de expresión, hay una mayor probabilidad de que se cite al tribunal in-

⁽⁴⁵⁾ Para profundizar acerca de todos estos métodos de análisis de datos, recomendamos el trabajo de Agresti, Alan y Finlay, Barbara, *Statistical Methods for the Social Sciences*, 4.ª ed., Upper Saddle River, Prentice Hall, 2008.

ternacional o que las citaciones disminuyeron después de la sentencia “Fontev ecchia”. El análisis de regresión también proporciona la magnitud de los efectos mediante la estimación de los coeficientes (valores beta) de cada variable, que indican la influencia de cada factor en la probabilidad de que se cite a la Corte IDH.

Al ajustar el modelo de regresión, se realizarán pruebas estadísticas para evaluar la significancia de cada coeficiente. Las pruebas más comunes incluyen:

- **Prueba de Wald:** Determina si los coeficientes estimados son significativamente diferentes de cero, e indica que la variable independiente tiene un impacto significativo en la variable dependiente.

- **Valores p:** Evalúan la significancia estadística de cada coeficiente, y los valores p indican si es probable que la relación entre un factor (por ejemplo, la complejidad del caso) y otro factor (por ejemplo, las citas a la Corte IDH) sea atribuible al azar.

Un resultado significativo para la variable *Desp_Fon* sugeriría que el momento de la sentencia “Fontev ecchia” tuvo un efecto mensurable en las prácticas de citación del tribunal. De igual manera, resultados significativos para *Caso_Complejidad* podrían revelar si los casos más complejos tienen mayor probabilidad de citar a la Corte IDH.

2.2.6.3. Métodos de emparejamiento

Como complemento del análisis de regresión, se emplearán métodos de emparejamiento para comparar casos similares en condiciones distintas. El emparejamiento permitirá controlar variables de confusión y aislar el efecto de factores específicos, como la sentencia “Fontev ecchia” o la complejidad del caso. Por ejemplo, mediante el emparejamiento por puntuación de propensión, se pueden emparejar casos que sean similares en términos de tipo de caso, complejidad y momento, pero que difieran en si citan o no a la Corte IDH. Al comparar estos casos emparejados, se podrá obtener una estimación más precisa del impacto directo de factores clave, como la sentencia “Fontev ecchia”, en las prácticas de citación, reduciendo así el riesgo de sesgos derivados de conjuntos de datos desequilibrados.

La combinación de estadísticas descriptivas, análisis de regresión y métodos de emparejamiento proporcionará una visión integral de las prácticas de citación de la Corte Suprema. Las estadísticas descriptivas ofrecerán una visión preliminar de los patrones y tendencias generales en el comportamiento de citación, mientras que el análisis de regresión y los métodos de emparejamiento permitirán probar hipótesis sobre la influencia de la sentencia “Fontev ecchia” y otros factores específicos de cada caso.

2.2.7. Garantizar la validez y la fiabilidad

La validez se refiere a la precisión de las mediciones, mientras que la fiabilidad se refiere a la consistencia de los resultados en diferentes mediciones. Ambos conceptos son fundamentales para asegurar que los resultados del estudio sean significativos y reproducibles.

2.2.7.1. Validez interna

La validez interna asegura que la investigación mida con precisión las relaciones entre las variables de estudio, de modo que cualquier relación observada se corresponda con las variables analizadas y no obedezcan a factores externos no controlados. Para mejorar la validez interna, se pueden aplicar varias estrategias: el control de las variables de confusión, como de la complejidad del caso o del contexto político; el diseño adecuado de la investigación, por ejemplo, utilizando un análisis longitudinal para aislar el impacto de eventos específicos; y emplear la aleatorización en la selección de casos, para reducir el sesgo y aumentar la precisión de las conclusiones.

2.2.7.2. Validez externa

La validez externa se refiere al grado en que las conclusiones del estudio pueden generalizarse más allá de la muestra analizada, y asegura que las conclusiones derivadas de un conjunto de decisiones judiciales sean aplicables en contextos más amplios. Para garantizar la validez externa, se deben considerar un muestreo representativo, generalización entre casos y la aplicabilidad a otros sistemas jurídicos fuera del país.

2.2.7.3. Fiabilidad

La fiabilidad se refiere a la consistencia de las mediciones y los resultados; un estudio es fiable si produce los

mismos resultados al ser replicado en condiciones similares. Para asegurar la fiabilidad en la investigación jurídica empírica, es esencial aplicar criterios de codificación de uniformes, en todos los casos, proporcionando directrices claras a los codificadores. Además, la fiabilidad puede evaluarse mediante pruebas de concordancia entre codificadores para garantizar que diferentes investigadores apliquen los mismos criterios, y mediante la técnica de prueba-reprueba, que implica analizar los datos nuevamente para verificar si las conclusiones se mantienen constantes. Estas estrategias ayudan a garantizar que los resultados del estudio no se deban al azar y sean reproducibles.

2.2.8. Presentación de los resultados

El último paso consiste en presentar los resultados de forma clara, estructurada y accesible. Una presentación eficaz no solo resume los resultados clave, sino que también interpreta sus implicancias más amplias, discute las limitaciones y sugiere direcciones para futuras investigaciones.

2.2.8.1. Tablas y gráficos

Las tablas y gráficos son herramientas esenciales para comunicar visualmente los resultados. Las tablas, como las que muestran resultados de regresiones con coeficientes y valores p, organizan los datos de manera estructurada. Los gráficos, como los de barras o lineales, visualizan tendencias y relaciones, facilitando la comprensión de cambios a lo largo del tiempo, como el impacto de la sentencia “Fontev ecchia” en las citas a la Corte IDH. Estas ayudas visuales proporcionan una comprensión intuitiva de los datos y ayudan a comunicar las principales conclusiones de una forma más digerible.

2.2.8.2. Interpretación material

Aunque la significación estadística es fundamental para la investigación cuantitativa, es igualmente importante ir más allá de las cifras y explicar las implicancias sustantivas de los resultados. Esto supone responder a la pregunta: ¿Qué significan los resultados numéricos para nuestra comprensión del comportamiento judicial o del derecho constitucional? Por ejemplo, si el análisis de regresión revela que es significativamente más probable que la Corte Suprema argentina cite a la Corte IDH en casos relacionados con la libertad de expresión, el investigador debe examinar cómo afecta este hallazgo a nuestra comprensión de la postura de la Corte Suprema respecto al derecho internacional de los derechos humanos. Si después del fallo “Fontev ecchia” se reduce la probabilidad de citar a la Corte IDH en casos de debido proceso, el investigador podría explorar las posibles razones de este cambio, tales como cambios en la filosofía judicial, presiones políticas externas o el cambio de integración en el Tribunal.

La interpretación sustantiva también debería situar los resultados dentro del debate académico más amplio. ¿Cómo apoyan o cuestionan estos resultados las teorías existentes sobre el diálogo judicial, el control de convencionalidad o la redacción de los tratados internacionales sobre derechos humanos en Argentina?

2.2.8.3. Limitaciones y una agenda de investigación

Ningún estudio empírico está exento de limitaciones, y es fundamental ser transparente sobre estas limitaciones en la presentación final de los resultados. Esto puede aumentar la credibilidad de la investigación y orientar a futuros investigadores a la hora de continuar el trabajo. Entre las áreas clave que deben discutirse se incluyen:

- *Limitaciones de los datos:* La investigación puede verse limitada por la disponibilidad o la calidad de los datos. Por ejemplo, la falta de una base de datos exhaustiva de las decisiones de la Corte Suprema en Argentina podría limitar el tamaño de la muestra o la gama de variables que podrían analizarse.

- *Alcance del estudio:* Las conclusiones pueden no ser generalizables más allá del conjunto específico de casos estudiados. Por ejemplo, el estudio puede centrarse exclusivamente en casos de derechos humanos, limitando su aplicabilidad a otras áreas del derecho, como el derecho laboral o penal.

- *Limitaciones institucionales:* Los factores institucionales, como los cambios en la composición del Tribunal o las reformas de los procesos judiciales, pueden introducir una variabilidad difícil de tener en cuenta en el análisis.

Además de discutir las limitaciones, el investigador debe proponer orientaciones para futuras investigaciones. Esto podría incluir:

- La ampliación del estudio para incluir tribunales inferiores u otras jurisdicciones de América Latina.
- El análisis del impacto a largo plazo de las decisiones jurídicas internacionales en los tribunales nacionales más allá del marco temporal del estudio actual.
- La investigación sobre el papel de jueces individuales o de grupos específicos en la configuración de las prácticas de citación.

En el análisis final, es crucial comunicar los resultados no solo desde el punto de vista estadístico, sino también desde el sustantivo, garantizando que los lectores comprendan las implicancias jurídicas y constitucionales más amplias de las conclusiones. Al presentar los resultados, mediante visualizaciones e interpretaciones sustantivas, el investigador puede salvar la distancia entre el análisis empírico y el impacto jurídico en el mundo real.

3. Por qué importan los datos y las estadísticas en la Corte Suprema

La importancia de estudiar los datos y estadísticas de la Corte Suprema radica en la capacidad de extraer ideas significativas que amplían nuestra comprensión del comportamiento judicial, los procesos de toma de decisiones y los impactos institucionales⁽⁴⁶⁾. La investigación empírica en este contexto va más allá del análisis descriptivo, proporcionando un marco apoyado en datos que permite identificar patrones y tendencias en las operaciones del Tribunal, de manera objetiva, y más allá de las impresiones del investigador. Este enfoque ofrece herramientas valiosas no solo para académicos e investigadores, sino también para profesionales del derecho, responsables de políticas y jueces que buscan tomar decisiones informadas.

El análisis del comportamiento judicial es un aspecto central en la importancia de las estadísticas de cualquier máximo tribunal⁽⁴⁷⁾. El examen de decisiones anteriores, patrones de votación y resultados de casos permite una mejor comprensión del comportamiento de cada magistrado y del tribunal en su conjunto. Esto facilita a académicos y profesionales anticiparse a futuras sentencias y evaluar cómo influyen las ideologías personales, las doctrinas jurídicas o factores institucionales en las decisiones judiciales. Por ejemplo, el análisis del historial de voto de un juez en casos de derechos humanos o de derecho laboral ofrece una perspectiva crítica sobre cómo podría abordar futuros casos similares, ayudando a los litigantes a diseñar sus estrategias legales en consecuencia⁽⁴⁸⁾.

Las estadísticas de la Corte Suprema⁽⁴⁹⁾ también podrían tener aplicaciones prácticas en las decisiones acerca

de qué abogado contratar. Los datos sobre el desempeño de abogados ante el Máximo Tribunal, sus índices de éxito en determinados tipos de casos o su experiencia en áreas específicas del derecho ayudan a empresas, asesores internos y grupos de interés a tomar decisiones informadas al contratar abogados externos⁽⁵⁰⁾, lo cual es esencial en casos sensibles y de trascendentes. A la hora de decidir si presentar un recurso extraordinario o cómo estructurar los argumentos, el análisis de sentencias previas a partir de datos puede orientar estas decisiones, que, de otro modo, podrían depender exclusivamente de la intuición⁽⁵¹⁾.

Por último, la previsión de resultados para el cliente es una de las ventajas más significativas del análisis de las estadísticas de la Corte. A partir de datos históricos, los abogados pueden anticipar resultados de los casos en curso, estimar la probabilidad de éxito de argumentos jurídicos específicos y prever cómo los cambios en la composición del Tribunal podrían afectar futuras sentencias. Los modelos predictivos y las técnicas de aprendizaje automático se han convertido en herramientas clave, ofreciendo proyecciones precisas basadas en el comportamiento pasado de los jueces, optimizando así la estrategia jurídica y el asesoramiento a los clientes. Además, en un contexto donde la Corte se muestra imprevisible y pendular, el trabajo que haga la academia en la publicación y difusión de estos datos podría generar mayor control puertas adentro del Tribunal, incentivando a los jueces a mantener mayor coherencia en la toma de decisiones.

En definitiva, el análisis estadístico de la Corte Suprema es crucial para comprender el comportamiento judicial, diseñar estrategias y tomar decisiones antes y durante el litigio. Los conocimientos derivados del análisis empírico permiten una comprensión más profunda del funcionamiento del Tribunal y ofrecen beneficios prácticos tanto para académicos como para profesionales del derecho.

4. Por qué deben las facultades de Derecho enseñar investigación empírica del derecho

La profesión jurídica ha experimentado una evolución significativa en las últimas décadas, en la cual la integración de datos empíricos ha adquirido un papel crucial para comprender tanto los resultados jurídicos como el funcionamiento de los sistemas judiciales⁽⁵²⁾. Sin embargo, muchas facultades de derecho, especialmente en jurisdicciones de tradición romanogermánica, como Argentina, siguen centradas en un enfoque exclusivamente doctrinal que enfatiza la interpretación de leyes y códigos y el análisis de resoluciones judiciales. Si bien este método es indudablemente importante, no dota a los futuros profesionales del derecho de toda la gama de habilidades necesarias para desenvolverse en la sociedad contemporánea. La inclusión de la investigación empírica en los planes de estudio de las facultades de Derecho no es solo una

(46) En los Estados Unidos, dos obras se consideran seminales en el estudio del comportamiento judicial. El primer trabajo influyente es el artículo de Robert A. Dahl, "Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker", *Journal of Public Law*, vol. 6, 1957, pp. 279-295, que examina el papel del Tribunal Supremo en la configuración de la política pública y explora cómo interactúan las decisiones judiciales con el panorama político más amplio. La segunda obra es *The Behavior of Federal Judges: A Theoretical and Empirical Study of Rational Choice*, de Lee Epstein, William M. Landes y Richard A. Posner (Cambridge, Harvard University Press, 2013), que ofrece un análisis empírico del comportamiento judicial en los distintos niveles del poder judicial federal, incluido el Tribunal Supremo, con especial atención a los datos cuantitativos.

(47) El libro de Spaeth, Harold J. y Segal, Jeffrey A., *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, ofrece un análisis profundo de cómo las ideologías personales de los jueces del Tribunal Supremo influyen en su comportamiento de voto. El libro amplía el modelo actitudinal, que sugiere que las decisiones de los jueces están influidas principalmente por sus preferencias políticas personales más que por precedentes o doctrinas legales. El artículo de Epstein, Lee y Martin, Andrew D., "The Judicial Common Space", *Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 23, n.º 2, 2007, pp. 303-325, introduce un marco para situar el comportamiento judicial dentro de un espacio ideológico común, lo que permite realizar comparaciones entre jueces de distintos tribunales y proporciona una herramienta para predecir los resultados judiciales en función de la alineación ideológica.

(48) Un fenómeno inexplorado, pero igualmente significativo dentro de un tribunal colegiado, es la noción de "precedente personal". Este concepto se refiere a la adhesión constante de un juez a sus propias opiniones jurídicas previamente articuladas, reflejando así su jurisprudencia individual y su compromiso con la aplicación uniforme de ciertos principios a lo largo de diferentes casos. Véase, Re, Richard, "Personal Precedent at the Supreme Court", *Harvard Law Review*, 136, 2023, pp. 824-860; también, Brenner, Saul y Spaeth, Harold J., *Stare Decisis. The Alteration of Precedent on the Supreme Court, 1946-1992*, Cambridge University Press, 1995, p. 72-88.

(49) El 19 de marzo de 2024, la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió, mediante la Acordada CSJN 6/24, establecer una

Oficina de Estadísticas. La Corte publica estadísticas procesadas en su sitio web: <https://www.csjn.gov.ar/transparencia/datos-estadisticos> (fecha de consulta 3/11/2024).

(50) La obra de McGuire, Kevin T., *The Supreme Court Bar: Legal Elites in the Washington Community* (Charlottesville, University of Virginia Press, 1993) explora la influencia de un grupo especializado de abogados de élite en la toma de decisiones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. McGuire examina cómo estas élites jurídicas, que frecuentemente argumentan ante el Tribunal, consiguen mayores tasas de éxito en los litigios, y demuestra la importancia de la experiencia y la pericia en la configuración de los resultados judiciales.

(51) El trabajo de Cameron, Charles M., Segal, Jeffrey A., y Sogger, Donald, "An Empirical Test of the Rational-Actor Theory of Litigation", *Journal of Politics*, vol. 57, n.º 4, 1995, pp. 1119-1129, ofrece un examen empírico de la estrategia de litigación, aplicando el modelo del actor racional para comprender cómo se comportan estratégicamente los litigantes en el proceso judicial. Además, en "Strategic Defiance and Compliance in the U.S. Courts of Appeals", de Cameron, Charles M., Westerland, Chad, Segal, Jeffrey A., Epstein, Lee, y Comparato, Scott, *American Journal of Political Science*, vol. 54, n.º 4, 2010, pp. 891-905, se analiza cómo los tribunales de apelación adoptan un comportamiento estratégico al responder a las resoluciones de los tribunales superiores, lo que permite comprender mejor las jerarquías judiciales. Una continuación de este análisis, puede leerse en el capítulo de Cameron, Charles M., y Kornhauser, Lewis A., "Appeals Mechanisms, Litigant Selection, and the Structure of Judicial Hierarchies in Institutional Games and the U.S. Supreme Court", en Bond, Jon, Flemming, Roy, y Rogers, James (eds.), *Institutional Games and the U.S. Supreme Court*, Charlottesville, University of Virginia Press, 2006, en donde se investiga cómo los mecanismos de apelación conforman la toma de decisiones judiciales dentro de los sistemas judiciales jerárquicos.

(52) Véase Partington, Martin, "Empirical Legal Research and Policy-making", en Cane, Peter y Kritzer, Herbert M. (eds.), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

cuestión de enriquecimiento académico; es una adaptación esencial a las complejidades de la práctica jurídica actual. Al fomentar una educación que incorpore el análisis de datos, las facultades de Derecho pueden preparar a los estudiantes para enfrentar de manera más completa los retos que encontrarán en su ejercicio profesional.

La investigación empírica del derecho introduce una dimensión vital en la formación jurídica al proporcionar las herramientas necesarias para evaluar e interpretar críticamente estudios que analizan datos⁽⁵³⁾. Los graduados de las facultades de Derecho se encuentran cada vez más con estudios empíricos en diversos contextos, ya sea en el marco de un litigio, como asesores de un legislador o al desempeñarse en la administración pública. Un abogado que comprende los métodos empíricos está mejor preparado para evaluar la solidez de los estudios presentados en tribunales, el impacto de la legislación en la realidad social y las tendencias generales en el comportamiento judicial.

La capacidad de distinguir entre una investigación sólida y una errónea no es una habilidad que se desarrolle en los cursos tradicionales de doctrina. Por ejemplo, comprender la metodología de un estudio empírico sobre índices de delincuencia, comportamiento electoral o la eficacia de reformas jurídicas es esencial para construir argumentos jurídicos sólidos y asesorar a los clientes con fundamento. Sin formación empírica, los abogados corren el riesgo de tomar decisiones a partir de interpretaciones incompletas o inexactas de los datos, lo que puede tener graves consecuencias tanto en litigios como en contextos políticos.

En Argentina, como adelantamos, la educación jurídica sigue siendo en gran medida doctrinal. Aunque algunas facultades de derecho e incluso algunos profesores, por su cuenta, han incorporado el método de casos inspirado en las tradiciones del *common law*, la enseñanza de métodos empíricos sigue siendo prácticamente inexistente. Esto genera una brecha entre la educación jurídica y las habilidades que la práctica moderna exige cada vez más. Como resultado, muchos graduados están mal preparados para trabajar con evidencia científica, que es cada vez más frecuente tanto en los debates sobre políticas públicas como en los procesos judiciales.

La ausencia de investigación empírica en las facultades de derecho argentinas no es simplemente una cuestión de descuido; está profundamente arraigada en el predominio histórico del enfoque doctrinal dentro de la educación jurídica. Esta tradición ha sido reforzada por la estructura de manuales, tratados y otros materiales didácticos que, utilizados desde hace décadas, continúan moldeando, y en algunas ocasiones deformando, la manera en que los estudiantes perciben el Derecho. Estos textos presentan las doctrinas jurídicas como sistemas estáticos y autónomos, desvinculados de los factores sociales, económicos y políticos que influyen en los resultados jurídicos. Mientras los métodos empíricos permanezcan fuera del plan de estudios, se desincentivará a los estudiantes a cuestionar estos marcos doctrinales o a explorar las implicancias más amplias de las decisiones jurídicas.

Para integrar plenamente la investigación empírica del derecho en el currículo académico, las facultades de Derecho deben ir más allá de simplemente exponer a los estudiantes a estudios empíricos. Es fundamental enseñarles las metodologías que sustentan estos estudios, los marcos teóricos que los orientan y sus aplicaciones prácticas en entornos jurídicos reales. Esto implica un cambio pedagógico que abandone el aprendizaje memorístico y se acerque a un enfoque más crítico y analítico en la educación jurídica. Los estudiantes de grado y posgrado deben aprender a evaluar la calidad de la investigación empírica, identificar posibles sesgos en la recolección y análisis de datos, replicar y criticar investigaciones hechas por colegas, y entender cómo los resultados empíricos pueden aplicarse en argumentos jurídicos y decisiones de política pública.

Sin embargo, una transformación de este tipo en la formación jurídica enfrenta importantes retos. En primer lugar, está la cuestión de los recursos. La enseñanza de métodos empíricos requiere conocimientos especializados, de los cuales carecen muchos de los actuales profesores de Derecho. Las facultades deberían contratar docentes

con experiencia en investigación empírica o establecer colaboraciones interdisciplinarias con otros departamentos, como economía, ciencias políticas o sociología. Quizá esto resulte utópico en un contexto donde el mercado de profesores de Derecho es casi inexistente. Además, la investigación empírica suele requerir acceso a datos y herramientas analíticas que no siempre están disponibles en las facultades de Derecho, lo que podría demandar asociaciones con instituciones externas o la creación de centros de estudios empíricos dentro de las facultades.

Además, la incorporación de la investigación empírica también plantea desafíos en cuanto a la estructura del currículo⁽⁵⁴⁾. Los métodos empíricos no constituyen una disciplina única y homogénea, sino que abarcan una amplia gama de enfoques, desde el análisis estadístico hasta estudios cualitativos de casos, y desde el derecho y economía del comportamiento hasta la investigación experimental. Diseñar un plan de estudios que cubra adecuadamente esta diversidad, y, al mismo tiempo, enfatice las aplicaciones prácticas, es una tarea compleja. Las facultades de Derecho deben decidir si ofrecer cursos específicos sobre métodos empíricos o integrarlos en cursos existentes de doctrina y razonamiento jurídico.

También es crucial motivar a los estudiantes para que se interesen en la investigación empírica. Muchos optan por una carrera profesional atraídos por la naturaleza interpretativa y textual del Derecho y, para ellos, los métodos empíricos pueden parecer ajenos o irrelevantes. Sin embargo, esta percepción es errónea. La investigación empírica se ha convertido en una herramienta indispensable en diversas áreas de la práctica jurídica, desde la evaluación de reformas en justicia penal⁽⁵⁵⁾ hasta el análisis del comportamiento económico en el derecho público⁽⁵⁶⁾. Es importante hacer entender a los estudiantes que los métodos empíricos no son una distracción del núcleo de la formación jurídica, sino un complemento vital que fortalece las habilidades que ya tienen.

En los Estados Unidos, por ejemplo, la integración de la investigación empírica del derecho en los planes de estudio ya es una realidad. Las principales facultades de Derecho han creado centros de estudios empíricos del Derecho⁽⁵⁷⁾, ofrecen cursos que enseñan a los estudiantes a aplicar análisis de datos en contextos jurídicos y brindan formación especializada a quienes desean seguir carreras académicas o de políticas públicas. Las tendencias de contratación de docentes también han evolucionado hacia una mayor demanda de académicos con experiencia en investigación empírica, especialmente aquellos con formación interdisciplinaria en campos como economía, ciencia política y ciencia de datos⁽⁵⁸⁾. Además, no se pue-

(54) Bradney, Anthony, "The Place of Empirical Legal Research in the Law School Curriculum", en Cane, Peter y Kritzer, Herbert M. (eds.), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

(55) Véase, por ejemplo, Graef, Lindsay et al., "Systemic Failure to Appear in Court", *University of Pennsylvania Law Review*, 172, 2023, pp. 1-50; Stevenson, Megan T., "Cause, Effect, and the Structure of the Social World", *Boston University Law Review*, 103, 2023, pp. 2001-2050.

(56) Cooter, Robert y Gilbert, Michael D., *Public Law and Economics*, Oxford, Oxford University Press, 2022.

(57) En las últimas dos décadas, los estudios empíricos del derecho han ganado prominencia en las facultades de Derecho de los EE. UU., lo que refleja una tendencia creciente hacia la integración de análisis de datos en la educación jurídica y la erudición.

La mayoría de las mejores facultades de Derecho han creado centros y laboratorios especializados para fomentar la investigación jurídica empírica. Por ejemplo, "The Center for Empirical Studies in Law" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Virginia apoya la investigación que aplica métodos empíricos a cuestiones jurídicas, y expone a los estudiantes a metodologías interdisciplinarias que mejoran su comprensión del Derecho. Del mismo modo, laboratorios de investigación jurídica empírica como el "Legal Data Lab" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Virginia y el "Data Lab" de la Facultad de Derecho de Duke ofrecen formación práctica en métodos estadísticos, análisis de datos y aprendizaje automático, lo que permite a los estudiantes trabajar con datos jurídicos del mundo real.

Además, programas como "Harvard Empirical Legal Studies (HELS) Series" de Harvard Law School y "Empirical Research and Data Services" de la Biblioteca de la Facultad de Derecho de Yale refuerzan aún más la integración de los métodos empíricos en la formación jurídica. Estos programas no solo introducen a los estudiantes en una serie de técnicas de investigación cuantitativas y cualitativas, sino que también proporcionan la infraestructura necesaria para llevar a cabo una investigación empírica rigurosa.

(58) Al incorporar académicos con práctica en la investigación empírica a sus facultades, las facultades de Derecho se posicionan como líderes en la producción de investigaciones jurídicas rigurosas y con manejo de datos que puedan informar tanto a los tribunales como a los responsables políticos que más tarde citarán sus investigaciones.

(53) Véase Bradney, Anthony, "The Place of Empirical Legal Research in the Law School Curriculum", en Cane, Peter y Kritzer, Herbert M. (eds.), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

de pasar por alto el rol de las conferencias⁽⁵⁹⁾ y las revistas especializadas⁽⁶⁰⁾, ya que proporcionan foros específicos para mostrar investigaciones empíricas y promueven su adopción.

En última instancia, incluir la investigación empírica en los planes de estudio de las facultades de Derecho no es solo una cuestión de interés académico; es una adaptación necesaria ante la evolución de la profesión. A medida que crece la relevancia del análisis empírico, las facultades de Derecho deben asegurar que sus egresados posean las habilidades necesarias para enfrentar estos desafíos. De este modo, no solo mejorarán la calidad de la profesión jurídica, sino que también contribuirán al desarrollo de un sistema jurídico más informado y riguroso.

5. Una agenda de estudios empíricos de la Corte Suprema

La investigación empírica sobre las Cortes Supremas en todo el mundo ofrece perspectivas valiosas que pueden adaptarse para estudiar la Corte Suprema de Argentina. Al examinar diversos diseños institucionales, comportamientos judiciales y contextos políticos que influyen en los tribunales, los académicos pueden aplicar lecciones de la investigación comparada para comprender mejor la dinámica en el país. Esta sección presenta varios estudios empíricos que destacan el potencial de los métodos cualitativos y cuantitativos en el análisis de los tribunales supremos.

5.1. Compromiso y cooperación en las Cortes Supremas

En “*Commitment and Cooperation on High Courts: A Cross-Country Examination of Institutional Constraints on Judges*”⁽⁶¹⁾, Benjamin Alarie y Andrew J. Green llevan a cabo un estudio comparativo sobre cómo el diseño institucional impacta en la toma de decisiones judiciales. Analizan cómo características estructurales, tales como el método de nombramiento de los jueces, el tamaño de las salas y el número de casos juzgados, influyen en la dinámica de decisión de los jueces. El estudio sugiere que estos elementos afectan dos dimensiones clave: el “compromiso” de los jueces con sus convicciones personales y la “cooperación” en las decisiones colectivas. Por ejemplo, los autores comparan la Suprema Corte de los Estados Unidos, donde nueve jueces deciden en pleno, con la Corte Suprema de la India, que cuenta con 31 jueces organizados en salas más pequeñas, observando que esto tiende a fragmentar las decisiones en ese país mientras que el modelo *en banc* estadounidense promueve mayor coherencia.

5.2. La política de los nombramientos en la Suprema Corte estadounidense

El libro *Making the Supreme Court...*⁽⁶²⁾, de Charles M. Cameron y Jonathan P. Kastellec, analiza la dinámica política que rodea los nombramientos en la Corte de los Estados Unidos. Los autores trazan la evolución del proceso de nombramiento, desde un ejercicio relativamente apolítico a principios del siglo XX, hasta convertirse en un proceso intensamente polarizado y cargado ideológicamente en las últimas décadas. Según Cameron y Kastellec, la creciente relevancia de la Corte en la configuración de po-

líticas nacionales ha motivado que grupos de interés, partidos políticos y medios de comunicación busquen influir en los nombramientos, afectando la composición ideológica del Tribunal y, en consecuencia, sus decisiones.

5.3. Modelos empíricos de toma de decisiones judiciales

El artículo de Youngsik Lim, “An Empirical Analysis of Supreme Court Justices’ Decision Making”⁽⁶³⁾ aborda los desafíos de analizar empíricamente la toma de decisiones en sistemas de *common law*, donde el precedente es fundamental. Lim desarrolla un modelo que incorpora la dependencia en las decisiones judiciales y observa cómo las decisiones actuales pueden estar influenciadas por precedentes en los que los jueces han participado previamente. Al analizar alrededor de 600 relaciones entre decisiones y precedentes de la Suprema Corte estadounidense, cuantifica los efectos de la *stare decisis* en los resultados judiciales.

5.4. La influencia de la opinión pública

En “How Public Opinion Constrains the U.S. Supreme Court”⁽⁶⁴⁾, Christopher J. Casillas, Peter K. Enns y Patrick C. Wohlfarth exploran cómo la opinión pública influye en las decisiones judiciales. Sostienen que la opinión pública puede impactar en los jueces incluso en casos en los que el público generalmente desconoce las actividades del Tribunal, particularmente en casos menos relevantes. El estudio concluye que, aunque los jueces sean vitalicios, son conscientes del sentir público y ajustan sus decisiones, especialmente cuando estas pueden afectar la legitimidad del Tribunal.

5.5. Los jueces como responsables políticos

El artículo de Joshua B. Fischman “Do the Justices Vote Like Policy Makers?”⁽⁶⁵⁾ desafía la suposición de que los jueces deciden únicamente sobre la base de preferencias políticas unidimensionales. Mediante la utilización de escalas multidimensionales, Fischman compara los patrones de voto de los jueces con las posiciones de grupos de interés, como la Asociación Nacional de Abogados Defensores Penales y la Cámara de Comercio de los Estados Unidos, mostrando que los jueces a menudo se desvían de las posturas de estos grupos, sugiriendo que la toma de decisiones judiciales es más compleja de lo que se pensaba.

5.6. Medición del sesgo ideológico

En “Measuring Policy Content on the U.S. Supreme Court”⁽⁶⁶⁾ Kevin T. McGuire y otros autores examinan cómo medir el sesgo ideológico en decisiones judiciales. Argumentan que las clasificaciones tradicionales, como etiquetar las decisiones como liberales o conservadoras, suelen tener sesgos. Proponen metodologías más sofisticadas que consideren las interacciones más complejas que existen entre los litigantes, los tribunales inferiores y los jueces de la Corte.

5.7. Comprender la colegialidad

The Elevator Effect⁽⁶⁷⁾ realiza un análisis exhaustivo sobre la influencia de las relaciones interpersonales en la toma de decisiones judiciales y en el desarrollo de la jurisprudencia. Los autores demuestran que la interacción frecuente entre jueces reduce el peso de la ideología en las decisiones, y la vuelve estadísticamente insignificante. Este hallazgo contrasta con enfoques que ven la ideología como el principal determinante. Además, el estudio muestra que la colegialidad influye tanto en el lenguaje de los desacuerdos entre jueces como en la selección de precedentes para respaldar sus argumentos. Morgan L. W. Hazelton, Rachael K. Hinkle y Michael J. Nelson utilizan una recopilación de datos única para desentrañar cómo las relaciones personales afectan el derecho que produ-

(59) Un buen ejemplo es la “Conference on Empirical Legal Studies” (CELS), que se ha convertido en un importante foro de presentación y debate de la investigación jurídica empírica desde su creación en 2006. CELS ejemplifica la creciente importancia de la investigación empírica para comprender los sistemas jurídicos y el comportamiento judicial, y su éxito se atribuye a pioneros como Bernie Black, Jennifer Arlen y Ted Eisenberg.

(60) La revista *Journal of Empirical Legal Studies* (JELS), creada en 2004, se ha convertido en un medio fundamental para la investigación empírica de alta calidad sobre una amplia gama de temas.

Como nota adicional, cabe mencionar que, en América Latina se encuentra la revista brasileña vinculada a la Red de Estudios Empíricos en Derecho: *Revista de Estudos Empíricos em Direito* (REED). REED tiene como objetivo promover y difundir la producción de investigaciones empíricas de las más diversas áreas del conocimiento que interactúan directamente con el campo jurídico. En su declaración de misión, expresan que la consolidación y difusión de la investigación empírica transdisciplinaria contribuye a una comprensión más calificada del fenómeno jurídico y constituye un importante elemento de transformación social.

(61) Alarie, Benjamin y Green, Andrew J., *Commitment and Cooperation on High Courts: A Cross-Country Examination of Institutional Constraints on Judges*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

(62) Cameron, Charles M. y Kastellec, Jonathan P., *Making the Supreme Court: The Politics of Appointments, 1930-2020*, Oxford, Oxford University Press, 2023.

(63) Lim, Youngsik, “An Empirical Analysis of Supreme Court Justices’ Decision Making”, *The Journal of Legal Studies*, vol. 29, n.º 2, 2000, pp. 721-752.

(64) Casillas, Christopher J., Enns, Peter K., y Wohlfarth, Patrick C., “How Public Opinion Constrains the U.S. Supreme Court”, *American Journal of Political Science*, 55(1), 2011, pp. 74-88.

(65) Fischman, Joshua B., “Do the Justices Vote Like Policy Makers? Evidence from Scaling the Supreme Court with Interest Groups”, *The Journal of Legal Studies*, vol. 44(S1), 2015, pp. S269-293.

(66) McGuire, Kevin T., Vanberg, Georg, Smith, Charles E. Jr., y Caldeira, Gregory A., “Measuring Policy Content on the U.S. Supreme Court”, *The Journal of Politics*, 71(4), 2009, pp. 1305-1321.

(67) Hazelton, Morgan L. W., Hinkle, Rachael K., y Nelson, Michael J., *The Elevator Effect: Contact and Collegiality in the American Judiciary*, Oxford, Oxford University Press, 2023.

cen los jueces y demuestran hasta qué punto la estructura institucional modera sustancialmente el comportamiento judicial.

6. De cara al futuro

El estudio empírico de la Corte Suprema argentina representa una frontera crucial en la doctrina jurídica. Para desarrollar un entorno fértil de investigación empírica adaptado a la compleja realidad argentina y coincidente con las mejores prácticas internacionales, es necesario dar ciertos pasos fundamentales.

Primero, resulta esencial asegurar recursos financieros suficientes para sostener esta investigación a gran escala. La creación de bases de datos exhaustivas, la contratación de profesores y el desarrollo de infraestructura tecnológica implican costos significativos, lo que hace imprescindible la obtención de financiamiento externo. Sin un respaldo financiero adecuado, incluso los proyectos de investigación más prometedores se verán limitados en su alcance y duración.

La digitalización y mejora de los archivos jurídicos constituye otro paso esencial⁽⁶⁸⁾. La creación de archivos PDF de alta calidad y con reconocimiento óptico de caracteres (OCR) de los *Fallos* de la Corte Suprema, desde 1863 hasta la fecha (volúmenes 1 a 347), facilitaría un análisis empírico exhaustivo. Estos registros digitalizados permitirían realizar revisiones históricas, estudios longitudinales y comparativos, y fortalecerían la capacidad de análisis de texto y rastreo de citas, a la vez que aportarían un conjunto de datos accesible y completo que optimizaría y facilitaría la investigación. Este proyecto de digitalización, junto con el trabajo de la Oficina de Estadística de la Corte Suprema⁽⁶⁹⁾, desempeñaría un papel vital en el desarrollo de un conjunto de datos completo y accesible.

La creación de un Centro de Investigación Empírica en Derecho también es fundamental para dar soporte a estudios a largo plazo. Este centro proporcionaría la infraestructura tecnológica necesaria y promovería la colaboración entre profesores, bibliotecarios, estudiantes y analistas de datos. Con un equipo multidisciplinario, el Centro garantizaría que las investigaciones sean rigurosas, algo que no es muy frecuente encontrar en la literatura jurídica de derecho público local.

Para asegurar los más altos estándares, es esencial aprender de las mejores prácticas internacionales. Académicos como Harold Spaeth (Michigan State University), Lee Epstein (Washington University in St. Louis), Ted Ruger (University of Pennsylvania), Jeffrey Segal (Stony Brook University), Andrew D. Martin (University of Michigan), Adam Chilton (University of Chicago), Sara Benesh (University of Wisconsin-Milwaukee), y David S. Law, Mila Versteeg y Kevin Cope (University of Virginia) han desarrollado marcos robustos para el análisis de datos que podrían replicarse en Argentina. Además, plataformas de investigación empírica como The Supreme Court Database de la Universidad de Washington en St. Louis⁽⁷⁰⁾ proporcionan datos abiertos de incalculable valor sobre el comportamiento judicial y las tendencias en la toma de decisiones. Involucrarse con estas plataformas y con el trabajo de estos académicos permitirá a los investigadores argentinos perfeccionar sus metodologías y adaptar las mejores prácticas al contexto argentino.

La creación de una plataforma digital de acceso público facilitaría la presentación de datos y resultados de investigaciones sobre la Corte. Modelos como los recursos de visualización de datos de la *Harvard Law Review*⁽⁷¹⁾ y

SCOTUSblog⁽⁷²⁾ demuestran cómo el acceso a estadísticas y visualizaciones interactivas puede democratizar la comprensión de la información judicial, haciéndola accesible a académicos, responsables políticos y al público en general.

Por último, es crucial construir una comunidad de académicos comprometidos con la investigación empírica en Derecho en Argentina. La organización de conferencias, talleres y publicaciones especializadas permitiría el intercambio de ideas y de experiencias, colaboración en proyectos y el establecimiento de una red de conocimiento compartido. Conectar esta comunidad con centros internacionales de investigación fortalecería aún más la posición de la academia argentina en el discurso académico global. Renunciar o procrastinar el estudio empírico de los tribunales y de la Corte Suprema profundizará el aislamiento que ya existe, alejándonos aún más de la conversación académica actual, y dejándole a otros países como Colombia o Brasil la posibilidad de ser los únicos referentes en la región latinoamericana.

7. Conclusión

El futuro de la academia jurídica en Argentina, y particularmente en el análisis de la Corte Suprema, demanda un cambio profundo en mentalidad y en método. Por demasiado tiempo, se ha mantenido una resistencia hacia la evidencia empírica en la educación y en la práctica del derecho, quizás debido a la escasa formación en métodos cuantitativos o a la percepción de que las cuestiones jurídicas son exclusivamente interpretativas. Esta inercia debe ser superada. Así como Sagüés demostró la importancia de una comprensión doctrinal profunda de la Corte Suprema, ahora es el momento de que la academia dé el siguiente paso: integrar metodologías empíricas que enriquezcan y complementen el sólido trabajo teórico existente.

Es imperativo desarrollar agendas de investigación que empleen herramientas como el análisis de regresión, el análisis de contenido de las opiniones judiciales y sobre la toma de decisiones judiciales, para cuantificar patrones de comportamiento y entender en qué condiciones la Corte Suprema ejerce su influencia. Solo así podremos dar respuestas a algunas de las preguntas más urgentes sobre nuestra Corte Suprema: ¿Cómo afectan los cambios ideológicos en su composición a las tendencias jurisprudenciales? ¿Qué presiones externas –políticas o económicas o sociales– moldean sus resoluciones? ¿Hasta qué punto estas decisiones reflejan la opinión pública o, por el contrario, se mantienen al margen de las influencias sociales? Estos interrogantes, teóricamente fundamentados, requieren validación empírica para trascender las conjeturas y asentarse como hechos comprobables.

La próxima generación de académicos debe asumir el reto de construir puentes entre la investigación teórica y el análisis empírico, usando datos que rastreen la influencia de la Corte a lo largo del tiempo, mapeen sus procesos de toma de decisiones y examinen la evolución de la interpretación de los principios constitucionales en un contexto social y político en constante cambio. El legado de Sagüés no quedará relegado al pasado, sino que encontrará su continuidad en las futuras contribuciones al derecho constitucional argentino. Integrar su doctrina con herramientas empíricas nos permitirá profundizar nuestra comprensión del rol de la Corte Suprema como institución política y de gobierno en el siglo XXI.

A medida que la comunidad jurídica adopte estas metodologías empíricas, no solo honraremos el legado de Néstor Pedro Sagüés, sino que también sentaremos las bases para un estudio más exhaustivo y robusto de la Corte Suprema y su papel en la evolución del derecho constitucional. Es un paso necesario y urgente.

VOCES: CÁMARAS DE APELACIONES - JURISPRUDENCIA - SENTENCIA - PODER JUDICIAL - INTERPRETACIÓN DE LA LEY - LEY - CONSTITUCIÓN NACIONAL - FILOSOFÍA DEL DERECHO - PODER JUDICIAL - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - RECURSO DE INAPLICABILIDAD DE LEY - DERECHO PROCESAL - PROCESO JUDICIAL - RECURSOS PROCESALES - DEMANDA - INFORMÁTICA - TECNOLOGÍA - DERECHO ADMINISTRATIVO

(68) La adquisición de los tomos de jurisprudencia de la Corte Suprema a partir de microfilmaciones realizadas por la Universidad de Columbia fue referida por Sacristán, Estela B., "La jurisprudencia y su publicación. Principio de publicidad del precedente", en Sacristán, Estela B. (dir.), *Manual de Jurisprudencia y Doctrina*, La Ley, Buenos Aires, 2013, pp. 470 y 473.

(69) El 19 de marzo de 2024, la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió, mediante la acordada (CSJN) 6/24, establecer una Oficina de Estadísticas. La Corte Suprema ya publica estadísticas procesadas en su sitio web: <https://www.csn.gov.ar/transparencia/datos-estadisticos> (fecha de consulta 3/11/2024).

(70) Véase *Washington University in St. Louis*, "The Supreme Court Database", disponible en: <http://scdb.wustl.edu/> (fecha de consulta 24/10/2024).

(71) Véase *Harvard Law Review*, "Supreme Court Statistics", disponible en: <https://harvardlawreview.org/supreme-court-statistics/> (fecha de consulta 24/10/2024).

(72) Véase *ScotusBlog*, "Estadísticas", disponible en: <https://www.scotusblog.com/statistics/> (fecha de consulta 24/10/2024).

La doctrina de la arbitrariedad de sentencias

por PABLO LUIS MANILI^(*)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. — II. LA ARBITRARIEDAD DE LAS SENTENCIAS. A) ENCUADRE CONSTITUCIONAL. B) ENCUADRE LEGAL. C) ARBITRARIEDAD Y ERROR. D) ARBITRARIEDAD Y FEDERALISMO. E) NUESTRA OPINIÓN. — III. ANTECEDENTES DE LA DOCTRINA DE LA ARBITRARIEDAD DE SENTENCIAS. — IV. VICIOS QUE MOTIVAN LA ARBITRARIEDAD DE UNA SENTENCIA. A) AL OBJETO DEL TEMA EN DISPUTA. B) A LOS FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN. C) A LOS EFECTOS DE LA DECISIÓN. D) ANÁLISIS DE LAS CAUSALES REFERIDAS. — V. CRÍTICAS A LA DOCTRINA DE LA ARBITRARIEDAD.

I. Introducción

Es nuestra intención, con este modesto ensayo, sumarnos a este merecido homenaje al maestro Néstor Pedro Sagiés, quien tanto nos enseñara en materia de recurso extraordinario federal (en adelante “REF”), y de derecho procesal constitucional en general, especialmente en su monumental obra *Recurso Extraordinario*, publicada por Astrea en 1981 y sus sucesivas ediciones.

En el marco del REF, además de las cuestiones federales legisladas en el art. 14 de la Ley 48 y en el Código Procesal Civil y Comercial (CPC) (el *per saltum*, art. 257 bis y siguientes), la Corte Suprema creó⁽¹⁾ dos vías de acceso a su competencia que no estaban legisladas: la arbitrariedad de sentencia y la gravedad institucional. En este trabajo analizaremos algunos aspectos de la primera de ellas.

II. La arbitrariedad de las sentencias

Una sentencia puede ser arbitraria por ser injusta o por presentar algún vicio que la invalida. Pero, para que sea considerada tal, en los términos de esta doctrina, y para que habilite la intervención de la Corte, es necesario que el vicio se presente con una intensidad tal que la descalifique como norma válida.

En los casos en que la Corte consideró que la sentencia del tribunal superior de la causa era irrazonable por presentar algún o algunos vicios como los descriptos, abrió el REF invocando esta doctrina. Para que una causa acceda a la Corte por esta vía la sentencia definitiva dictada en ella debe ser absurda, irrazonable, insólita, y varios adjetivos más que surgen de la jurisprudencia del tribunal, por ejemplo: determinada por la sola voluntad del juez⁽²⁾, manifiestamente irrazonable⁽³⁾, desacierto total⁽⁴⁾, ausencia palmaria de fundamentos⁽⁵⁾, desprovista de todo apoyo legal⁽⁶⁾, insostenible⁽⁷⁾, anómala, etc.⁽⁸⁾.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Tres meditaciones sobre el recurso extraordinario federal*, por JORGE REINALDO VANOSI, ED, 98-811; *Algunas reflexiones acerca del recurso extraordinario federal frente a la aplicación de tratados internacionales*, por LINO ENRIQUE PALACIO, ED, 171-540; *El arbitraje voluntario y el recurso extraordinario federal (el caso “Meller”)*, por LINO ENRIQUE PALACIO, ED, 204-330; *El Tribunal Superior de la causa a los fines del recurso extraordinario federal frente a las infracciones del art. 40 de la ley 11.683*, por MARCELINO CORNEJO, ED, 220-1018; *Actualidad del control judicial de constitucionalidad “de oficio” en la República Argentina*, por EDUARDO PABLO JIMÉNEZ, EDCO, 2009-371; *El control judicial de constitucionalidad. Génesis histórica y algunas reflexiones*, por GUILLERMO J. CORNEJO-BOSCH, EDCO, 2011-232; *Recurso extraordinario federal: análisis de la causal de arbitrariedad referida al excesivo rigor formal en la sentencia [actualización jurisprudencial de la CS]*, por JULIETA TENEV, ED, 251-749; *El exceso ritual manifiesto y la renuncia del juez a la búsqueda de la verdad jurídica objetiva como supuestos de arbitrariedad procesal*, por ALEJANDRO A. FIORENZA, ED, 257-718; *La Corte de Lorenzetti*, por ALFONSO SANTIAGO, EDCO, 2018-680; *La difícil formación de consensos en la Corte Suprema. Un análisis de algunos casos de los últimos cinco años de su jurisprudencia*, por JORGE ALEJANDRO AMAYA, EL Derecho Constitucional, Noviembre 2021 - Número 11; *La Corte Suprema de Justicia de la Nación y el ejercicio colegiado de sus funciones no jurisdiccionales*, por SERGIO MARIO BAROTTO, ED, 307. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Doctor y Posdoctor en Derecho. Profesor titular de Derecho Constitucional en grado, posgrado y doctorado de la Universidad de Buenos Aires. Para más información, puede verse: www.pablomanili.com.ar.

(1) Según veremos más abajo, el uso del término “creación” de esta vía de acceso no es del todo preciso.

(2) Fallos 238:23.

(3) Fallos 238:566.

(4) Fallos 242:179.

(5) Fallos 296:177.

(6) Fallos 237:225.

(7) Fallos 244:309.

(8) Carrió, Genaro R., *El Recurso Extraordinario por Sentencia Arbitraria*, 2ª ed., actualizada por el autor con la colaboración de Alejandro Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 25.

a) Encuadre constitucional

Los distintos supuestos que generan la arbitrariedad de una sentencia (que analizaremos más abajo), aunque parecen disímiles entre sí, tienen algo en común: en virtud de los vicios que presenta la sentencia, esta en sí misma se torna inconstitucional por ser violatoria del derecho de propiedad, por no constituir una “sentencia fundada en ley” en los términos del art. 17 de la Constitución Nacional (en adelante, “CN”)⁽⁹⁾, o por ser violatoria del derecho al debido proceso consagrado en el art. 18 CN (que también se refiere a sentencia fundada en ley), o por ser irrazonable, es decir, contraria al art. 28 CN⁽¹⁰⁾.

Según Bidart Campos, una sentencia arbitraria implica un ataque a la constitución en dos aspectos fundamentales: (i) la ausencia de razonabilidad (art. 28 CN); y (ii) la lesión del derecho a la defensa en juicio y al debido proceso (art. 18 CN)⁽¹¹⁾. Palacio de Caeiro sostiene que el REF por arbitrariedad se encuentra dirigido “a la defensa de principios contenidos en el bloque de constitucionalidad federal”⁽¹²⁾. A su vez, Lino Palacio⁽¹³⁾ afirmaba que se trata de una violación del derecho de defensa en juicio, pero consideramos que ese es uno solo de los aspectos del debido proceso, el cual abarca un grupo de principios, dentro de los cuales está el de defensa en juicio, pero también existen otros cuya lesión puede generar la arbitrariedad de la sentencia, tales como: juicio previo, ley anterior al hecho del proceso, juez natural, prohibición de declarar contra sí mismo, etc.

En un fallo de 1974, la Corte Suprema⁽¹⁴⁾ sostuvo que la arbitrariedad de sentencia viola la esencia del orden constitucional y su remedio salva el primer principio de ese orden enunciado en la cláusula del preámbulo de “afianzar la justicia”.

b) Encuadre legal

Sostiene Vanossi⁽¹⁵⁾ que el REF por arbitrariedad es una especie de casación nacional de constitucionalidad de las sentencias, y aunque la propia Corte Suprema le asigna un carácter excepcional, que para nada equivale a una instancia ordinaria de revisión, completa eficazmente el sistema de control constitucional argentino. Ello parece desprenderse de ciertas aseveraciones del tribunal en el sentido de que la arbitrariedad de sentencia no constituye un fundamento autónomo del recurso extraordinario, sino el medio idóneo de reconocimiento de algún derecho o alguna garantía constitucionales.

A nuestro entender, si la doctrina de la arbitrariedad se aplica cuando hay una sentencia que, como expresamos más arriba, viola los arts. 17, 18 y 28 CN, ello implica que no es un “invento” de la Corte, sino que encuentra apoyo en el inciso 3º del art. 14 de la Ley 48 (cuestión federal simple), dado que en la causa se está discutiendo la interpretación y el alcance de normas federales: según el alcance que se le dé a la interpretación de las normas constitucionales citadas, la sentencia del *a quo* será o no arbitraria⁽¹⁶⁾.

Genaro Carrió⁽¹⁷⁾ sostenía que hay un ámbito *normal* del REF, que es el contenido en la Ley 48, dentro del cual no cabe el juzgamiento de cuestiones de hecho, ni la in-

(9) En el mismo sentido opina Lozano, Luis F., “Apuntes a propósito de un artículo de Alfredo Urteaga”, *Jurisprudencia Argentina*, 2006-III, JA 2006-III, 1385, SJA 02/8/2006, Cita: TR LALEY 0003/012703.

(10) Spota, Alberto A., “El principio de supremacía de la Constitución y los medios establecidos para garantizarla en Argentina, en el ámbito del Poder Judicial federal”, en *La Ley* 1993-C:766 y ss., esp. 791.

(11) Bidart Campos, Germán J., *La Corte Suprema: el Tribunal de las Garantías Constitucionales*, Buenos Aires, Ediar, 2010, edición actualizada por Pablo L. Manili, p. 161.

(12) Palacio de Caeiro, Silvia, “La arbitrariedad de la sentencia”, en Manili, Pablo L. (dir), *Máximos Precedentes. Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2013, tomo I, p. 425.

(13) Palacio, Lino, *El Recurso Extraordinario Federal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2ª edición, 1997, p. 228.

(14) CSJN, “Pellegrini, Leonardo D. y otro c/ Etcheverry, Pedro C.”, sentencia de 1974, Fallos 289:107.

(15) Vanossi, Jorge R., “La sentencia arbitraria: un acto de lesión constitucional (La arbitrariedad como anticonstitucionalidad)”, *El Derecho*, t. 91 p. 105.

(16) En el mismo sentido Palacio, L., *El Recurso...*, p. 229.

(17) Carrió, G., *El Recurso Extraordinario...*, p. 25.

interpretación de normas de derecho común, y que la Corte Suprema creó un ámbito *excepcional*, que es el REF por arbitrariedad de sentencia, en el cual sí juzga esos dos elementos. Pero ese ámbito excepcional no está desprovisto de apoyo legal porque, como ya explicamos, encuentra apoyo en el inciso 3° del art. 14 de la Ley 48. También expresaba ese autor que el REF por arbitrariedad sería un cuarto inciso, no escrito, del art. 14 de la Ley 48, y en el mismo sentido se expiden Sagüés⁽¹⁸⁾ (que alude a una interpretación “mutativa” de la constitución, a través de una costumbre *praeter legem*) y Vanossi⁽¹⁹⁾ (quien considera que, si bien no está regulado en el art. 14, tiene base en la supremacía constitucional). Discrepamos de esos distinguidos colegas por lo expresado más arriba: la arbitrariedad de sentencia tiene su anclaje en el inciso 3° de ese artículo. Entendemos que, por mandato del art. 117 CN (según el cual las reglas y excepciones de la jurisdicción apelada de la Corte deben ser establecidas por el Congreso), es necesario encontrar un anclaje legal al REF por arbitrariedad, y no dejarlo huérfano, como una mera creación jurisprudencial carente de apoyatura legal o como un inciso “no escrito”. Otros autores, como Lugones⁽²⁰⁾, afirman que el REF por arbitrariedad tiene cabida en los incisos 1° y 2° de ese artículo porque existe una colisión entre la constitución y la sentencia.

Hay otra circunstancia que refuerza nuestra postura: es tan fuerte la vinculación entre la arbitrariedad de sentencia y el inciso 3° del art. 14 de la Ley 48 que, en muchas ocasiones, la Corte Suprema ha decidido tratar en forma conjunta los agravios presentados por el recurrente basados en esa norma y en la doctrina de arbitrariedad de sentencia. Sostuvo la Corte que, si los agravios alegados al deducir el REF –arbitrariedad e incorrecta interpretación de una disposición federal– se hallan “inescindiblemente” ligados entre sí, la parcial concesión decidida por el tribunal implicaría una inadecuada ruptura de la unidad conceptual de la argumentación del apelante y correspondería tratar conjuntamente ambos agravios⁽²¹⁾.

c) Arbitrariedad y error

Es necesario distinguir arbitrariedad de error judicial. Así lo sostuvo la Corte en reiteradas ocasiones desde los albores del uso sistemático de esta doctrina. En un fallo de 1947, expresó: “El error en la interpretación de las leyes o en la estimación de las pruebas, sea cual fuere su gravedad, no hace arbitraria a una sentencia [...] porque la existencia de error es por sí sola demostrativa de que el pronunciamiento no se ha desentendido de la ley y de la prueba, sino que se ha hecho según una interpretación equivocada [...] es decir que no es un mero acto de arbitrariedad o capricho del juzgador”⁽²²⁾.

También aclaró que el REF no es una herramienta para corregir sentencias equivocadas, porque ello transformaría a la Corte en una tercera instancia, sino que solo procede en casos extremos que descalifican a la sentencia como acto judicial válido⁽²³⁾.

En otros fallos⁽²⁴⁾ agregó importantes conceptos para delinear los contornos de esta vía de acceso a la Corte: “El recurso por arbitrariedad de una sentencia que resuelve cuestiones de hecho y derecho común en una causa en la que no se han articulado originariamente cuestiones constitucionales o federales, si bien puede recaer en cierto modo sobre la interpretación y aplicación del derecho común, o sobre la decisión de las cuestiones de hecho consideradas tanto en sí mismas cuanto en orden a las probanzas de que fueron objeto, no hace excepción al principio esencial de que la apelación extraordinaria tiende a salvaguardar los principios constitucionales excluyendo las cuestiones de hecho, prueba y derecho común. Mediante tal recurso no se fija una interpretación o aplicación del derecho común ni se corrigen errores posibles en la apre-

ciación de los hechos y su prueba, sino que se descalifica, por arbitraria, en todo o en parte, la fundamentación de la sentencia recurrida y se somete la causa a nuevo juzgamiento por el tribunal competente [...] Pero su aplicación ha de ser extremadamente restrictiva, pues de lo contrario se convertiría en una tercera instancia ordinaria, sustituyéndose de esa forma la potestad específicamente propia de la justicia ordinaria por la de la Corte”.

Si bien los fallos referidos contienen una doctrina muy precisa para la delimitación de las sentencias arbitrarias y para diferenciarlas de las que simplemente son equivocadas o erróneas o injustas, esa distinción fue abandonada con el tiempo y ya no es tan precisa, sino que se ha ido relajando. Ello puede responder a varios motivos: la habilidad de los abogados que plantean los recursos por arbitrariedad, el deseo de la Corte –en algunas épocas– de ampliar su competencia, la existencia de más errores por parte de los tribunales inferiores (debidas, a su vez, a ciertas deficiencias en la formación de los jueces en derecho constitucional y a la sobrecarga de trabajo, entre otras).

En síntesis, a nuestro entender: así como los incisos 1° y 2° del art. 14 tienden a mantener la supremacía constitucional frente a normas federales (inciso 1°) o de normas locales (incluyendo el derecho común, inciso 2°) que la vulneran por ser inconstitucionales, el REF por arbitrariedad tiende a mantener la supremacía constitucional frente a sentencias que la vulneran, por ser inconstitucionales⁽²⁵⁾. Y para que se pueda considerar que una sentencia es inconstitucional, esta tiene que ser irrazonable y no solo errónea.

Sostiene Spota⁽²⁶⁾ que, además del vicio grave que venimos describiendo, es favorable para la procedencia exitosa del recurso que la causa a estudio revista trascendencia o importancia institucional.

d) Arbitrariedad y federalismo

Cabe destacar que, en los casos de sentencia arbitraria, la causa se torna federal con el dictado de la sentencia. Es decir, se trata de una causa que no necesariamente era de competencia federal o no necesariamente presentaba –*ab initio*– una cuestión federal, sino que esta surge en el momento en que se dicta la sentencia tachada de arbitraria⁽²⁷⁾.

Una interpretación muy extensa de este recurso puede implicar un avasallamiento de las autonomías locales, dado que las provincias se reservaron para sí la administración de justicia. En este sentido, la Corte sostuvo: “El adecuado respeto al régimen de gobierno y a la zona de reserva jurisdiccional de las provincias impone reconocer a los magistrados de todas las instancias el carácter de irrenunciables custodios de los derechos y garantías de la Ley Fundamental así como emplazar la intervención apelada de la Corte en el juicio que aquélla le ha señalado, su intérprete y salvaguarda final”⁽²⁸⁾.

e) Nuestra opinión

Por todo lo expuesto, sostenemos que el REF por arbitrariedad es la excepción de la excepción, según el siguiente razonamiento:

i. *Primer paso*: el art. 14 de la Ley 48 dispone que una vez radicada una causa en un tribunal de provincia será sentenciada y fenecida allí (esta es la regla).

ii. *Segundo paso*: “*salvo*” que en ella se presente alguna de las cuestiones federales reguladas en los incisos 1°, 2° y 3° del mismo artículo (excepción). Esas cuestiones federales que habilitan el REF en el marco de la Ley 48 solo incluyen causas regidas por el derecho federal y no admiten revisar cuestiones de hecho y prueba.

iii. *Tercer paso*: “*salvo*” que exista una sentencia arbitraria (excepción de la excepción). En ese caso, por vía de la interpretación y aplicación de los arts. 17, 18 y 28 CN, para juzgar la razonabilidad de una sentencia, la Corte Suprema puede ingresar al tratamiento de ese tipo de cuestiones porque los hechos o el derecho común han sido interpretados de un modo que lesiona esas normas consti-

(18) Sagüés, Néstor P., *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, Buenos Aires, Astrea, 4° ed., 2002, tomo II, p. 136.

(19) Vanossi, Jorge R., *Teoría Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 3° ed., 2013, tomo III, p. 2140.

(20) Lugones, Narciso J., *Recurso Extraordinario*, Buenos Aires, Depalma, 2° ed., 1992, pp. 259-260.

(21) Fallos 324:4013; 325:2875; 326:1339, 1561; 327:4495; 330:2347 (entre otros, citados por Laplacette, Carlos J., *Recurso Extraordinario federal por Arbitrariedad de Sentencia*, Buenos Aires, Hammurabi, Colección Procesos Constitucionales, dirigida por Pablo L. Manili, ejemplar n° 10, 2015, p. 103).

(22) Fallos 207:72 (citado por Carrió, G., p. 28).

(23) Fallos 244:384.

(24) Fallos 289:107.

(25) Fiorini, Bartolomé A., “Sentencias arbitrarias y sentencias inconstitucionales”, *La Ley* 88:921, *Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales*, tomo IV, 671, Cita: TR LALEY AR/DOC/3568/2008.

(26) Spota, Alberto A., “El recurso extraordinario federal y arbitrariedad de sentencia”, en Manili, Pablo L. (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires, Ed. Universidad, 2005, p. 349.

(27) Puede verse nuestro libro: Manili, Pablo L., *Tratado de Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, Buenos Aires, La Ley, 2021, tomo VI, p. 584 y ss.

(28) Fallos 331:1178.

tucionales, y el art. 14 inciso 3° de la Ley 48 la habilita a interpretar el alcance de dichas normas constitucionales.

III. Antecedentes de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias

Esta doctrina, como muchas otras, no es un invento argentino, sino que proviene del sistema constitucional norteamericano. En este título analizaremos sus antecedentes en ambos países.

La Corte Suprema norteamericana ha ido delineando los límites del recurso análogo que existe en aquel país del siguiente modo:

- En “*Murdock v. City of Memphis*”⁽²⁹⁾ de 1874, la Suprema Corte de los Estados Unidos debió decidir sobre el alcance de la *Judiciary Act* de 1867 que modificaba la sección 25 de la *Judiciary Act* de 1789 (fuente de nuestra Ley 48). La reforma eliminaba la limitación de la ley de 1789 según la cual la revisión de la Corte federal debía circunscribirse a las cuestiones federales. Esta modificación de la norma procesal podía implicar que, suprimida la prohibición legal, la Suprema Corte contara con competencia para extender su juzgamiento a todas las cuestiones involucradas en la causa que fueran necesarias para su juzgamiento y no solo las cuestiones de derecho federal. Sostuvo que “los tribunales estatales son los tribunales apropiados [...] para la decisión de cuestiones que surjan de sus legislaciones locales [...] y no es sencillo presumir que el Congreso actuó basado en un principio que implica una desconfianza a la integridad y capacidad de estos tribunales para aplicar correctamente esa legislación”.

- En “*Patterson vs. Colorado*”⁽³⁰⁾ de 1907, la Suprema Corte entendió que el apartamiento de los precedentes emanados del propio tribunal local no constituye una violación de la constitución que habilite a acudir a la Corte suprema federal

- En “*McGovern vs. New York*”⁽³¹⁾ de 1913, sostuvo que debe ocurrir algo más que un error honesto y ordinario en un juicio para que una parte pueda alegar que la han privado injustamente de su propiedad.

- En “*McDonald vs. Oregon R. and Nav. Co.*”⁽³²⁾ de 1914, sostuvo que es elemental y no requiere que se citen autoridades, que la cláusula del debido proceso no da base para controlar los métodos de los procedimientos estatales, ni confiere jurisdicción a la Corte para revisar meros errores de derecho que se pretende que han sido cometidos por los tribunales estatales en cuestiones no federales.

- En “*Chicago Life Insurance vs. Cherry*”⁽³³⁾ de 1917, expresó que siempre que se dicta una sentencia errónea alguien se ve privado de su propiedad, pero si la equivocación no es tan grosera que aparezca como algo inconcebible, ella no es más que un fruto de la imperfección humana y no una denegación de derechos constitucionales.

En la Argentina, pueden distinguirse varios períodos en la evolución de la jurisprudencia de la Corte sobre el REF por sentencia arbitraria:

- En 1909, en la causa “*Rey c/ Rocha*”⁽³⁴⁾, la Corte Suprema esbozó esta doctrina, que en un comienzo parecía excepcional, pero luego se fue ampliando y generó una enorme sobrecarga de trabajo para el tribunal, que la propia Corte nunca pudo (o nunca se propuso seriamente) controlar o, al menos, racionalizar. En ese fallo sostuvo (*obiter dictum*)⁽³⁵⁾ que el requisito constitucional de que nadie puede ser privado de su propiedad, sino en virtud de sentencia fundada en ley, da lugar a recursos ante esta Corte en los casos extraordinarios de *sentencias arbitrarias, desprovistas de todo apoyo legal, fundadas tan solo en la voluntad de los jueces*, y no cuando haya simplemente interpretación errónea de las leyes, a juicio de los litigantes. En ese fallo la Corte señaló que el REF no procede “cuando haya simplemente interpretación errónea de las leyes, a juicio de los litigantes, porque si así no fuera, la Suprema Corte podría encontrarse en la necesidad

de rever todos los fallos de todos los tribunales de toda la República en toda clase de causas, asumiendo una jurisdicción más amplia que la que le confieren los arts. 100 y 101 de la Constitución Nacional, y 3 y 6 de la ley núm. 4055”.

- Durante los siguientes treinta años⁽³⁶⁾, la doctrina permaneció adormecida y recién volvió a aplicarse en forma expresa en 1939, en el caso “*Storani de Boidanich*”⁽³⁷⁾. Sostiene Guastavino⁽³⁸⁾ que antes de 1939 hubo fallos que aplicaron tácitamente la doctrina de la arbitrariedad, pero no en forma expresa. Desde ese año en adelante, su aplicación fue muy escasa; refiere Ymaz⁽³⁹⁾ que, hasta 1952, se podían verificar solo dos casos (“*Municipalidad de Buenos Aires*”⁽⁴⁰⁾ de 1948 y “*Foschetto*”⁽⁴¹⁾ de 1951).

- La mayoría de los autores señalan que, a partir de 1955, se intensificó el acogimiento de recursos por aplicación de esta doctrina⁽⁴²⁾. En esa misma época se dictó un fallo paradigmático en esta materia, “*Colalillo, Domingo*”⁽⁴³⁾ de 1957, que acogió un REF fundado en el excesivo rigorismo ritual de un tribunal que rechazó una demanda porque un documento fue presentado fuera de término y la Corte revocó esa sentencia. El recurso extraordinario por sentencia arbitraria insume, en la actualidad, un alto porcentaje del trabajo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁽⁴⁴⁾.

Tan generalizado fue su uso a partir de ese año que, para explicar la doctrina, varios autores formularon clasificaciones de las distintas causales de arbitrariedad de sentencia. El intento de clasificar las causales de arbitrariedad responde a la necesidad de fijar criterios, estándares y parámetros a una doctrina que parece inasible⁽⁴⁵⁾. Sin embargo, hay autores⁽⁴⁶⁾ que sostienen que ello sería estéril porque esa amplitud de contornos deriva del hecho de que “la tutela del debido proceso legal [...] no permite ser encasillado con precisión”. Si bien en la actualidad esas clasificaciones han quedado superadas por la cantidad de supuestos que la Corte ha ido rotulando, caso por caso, como vicios de las sentencias de las instancias inferiores, la realizada por Genaro Carrió, en 1967⁽⁴⁷⁾, es la más difundida y, en nuestra opinión, la más didáctica.

IV. Vicios que motivan la arbitrariedad de una sentencia

Como señalamos al comienzo, una sentencia será considerada “arbitraria” si presenta vicios, que se verifican con una intensidad tal que la descalifican como norma válida. Los vicios pueden afectar:

(36) Sobre ese período puede verse Urteaga, Alfredo, “La doctrina de la arbitrariedad de sentencias: una crítica”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2006-II, ejemplar del 7/6/06, Cita: TR LALEY 0003/012607. Y su comentario o refutación en Lozano, Luis F., “Apuntes a propósito de un artículo...”.

(37) Fallos 184:137.

(38) Guastavino, Elías P., *Recurso Extraordinario de Inconstitucionalidad*, Buenos Aires, La Rocca, 1992, tomo I, p. 509. Cita las sentencias publicadas en Fallos 174:252, 178:355 y 181:418.

(39) Ymaz, Esteban, “El recurso extraordinario por sentencia arbitraria”, en *La Esencia de la Cosa Juzgada y Otros Ensayos*, Buenos Aires, Arayú, 1954, p. 84.

(40) Fallos 211:958.

(41) Fallos 219:392.

(42) Véase, entre otros: Barrancos y Vedia, Fernando N., *Sentencia Arbitraria*, La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 2; Carrió, Genaro R., *El Recurso...*, p. 15; Palacio, Lino E., *El Recurso Extraordinario...*, p. 227; Ramírez Calvo, Ricardo, “El Recurso Extraordinario por Arbitrariedad de sentencia”, en Manili, Pablo L., director, *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2010, tomo III, p. 455.

(43) Fallos 238:550.

(44) D’Alessio, Andrés J., “Origen, desarrollo, apogeo y desmadre del recurso extraordinario por sentencia arbitraria”, *Jurisprudencia Argentina*, 2006-II, ejemplar del 2/8/06, Cita: TR LALEY 0003/012702.

(45) El propio Genaro Carrió publicó una nota en 1989, después de haber sido presidente de la Corte, titulada sugestivamente: “Don Quijote en el palacio de justicia”, donde esboza la idea de que la Corte actuó con cierto grado de imprevisión al crear esta doctrina de límites imprecisos. Véase Carrió, Genaro R., “Don Quijote en el Palacio de Justicia (La Corte Suprema y sus problemas)”, *La Ley* 1989-E, 1131, Cita: TR LALEY AR/DOC/12581/2001.

(46) Morello, Augusto M. y Rosales Cuello, Ramiro, “La doctrina de la arbitrariedad: otra mirada”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2006-III, ejemplar del 27/9/06, Cita: TR LALEY 0003/012813.

(47) Carrió, Genaro R., *El Recurso Extraordinario por Sentencia Arbitraria*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1967; Fiorini, Bartolomé, “La Sentencia Arbitraria”, *La Ley* 130:1161 (1968); Linares, Juan F., “El Recurso Extraordinario contra sentencia arbitraria dictada en aplicación de normas no federales”, *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, tomo 27, año 1969, p. 219; Palacio, Lino, *El Recurso Extraordinario Federal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2ª edición, 1997, p. 230 y ss. y Sagüés, Néstor P., *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, tomo II, Buenos Aires, Astrea, 2002, p. 142 y ss.

(29) 87 US. 590 (1874).
(30) 205 US. 454 (1907) (los fallos que mencionaremos son citados por Carrió, G., *El Recurso Extraordinario...*, pp. 30 y 31).
(31) 229 US. 363 (1913).
(32) 233 US. 665 (1914).
(33) 244 US. 25 (1917).
(34) Fallos 112:384.
(35) Por oposición al “*holding*” de un fallo, el “*obiter dictum*” es una manifestación vertida por el tribunal que no constituye el fundamento lógico de la decisión adoptada para el caso. Se trata de razonamientos colaterales, que no se relacionan con el problema principal que se había planteado en la causa.

a) Al objeto del tema en disputa

- Porque la sentencia omite ponderar y resolver cuestiones debidamente propuestas y conducentes a la decisión⁽⁴⁸⁾. En este caso el superior tribunal de la causa falla en menos de lo que plantearon las partes, sea por no resolver una petición o no tomar en cuenta una alegación formulada.

- Porque resuelven cuestiones no planteadas⁽⁴⁹⁾, es decir que el tribunal falla *ultra petitem*, más de lo que se le pidió. Evidentemente ello viola la defensa en juicio porque las partes no pudieron alegar ni producir prueba sobre una cuestión no planteada. Por ejemplo, declarar una inconstitucionalidad de oficio⁽⁵⁰⁾, sin haber dado vista a las partes sobre ese punto. La Corte incurrió en este vicio en el caso “Massa”⁽⁵¹⁾, de 2006, en el cual aplicó una tasa de interés que las partes no plantearon y cuya discusión era, además, improcedente en el marco de un amparo.

b) A los fundamentos de la decisión

La Constitución Nacional contiene el requisito inexcusable de que las decisiones judiciales estén debidamente motivadas (en los hechos de la causa) y fundadas en el derecho aplicable⁽⁵²⁾. Ello se debe a la necesidad de justificar la razonabilidad de la decisión, de dar garantía contra la arbitrariedad, de facilitar el seguimiento de los precedentes. No se satisface el debido proceso si la sentencia que lo resuelve esta desprovista de fundamentación. Sostiene Ghirardi⁽⁵³⁾ que es muy frecuente que los fallos sean anulados por no tener fundamentación o tener fundamentación aparente, o por no haber sido fundados con propiedad o fundados suficientemente, en cuyos casos no se ha observado el principio. Por ello, cuando la Corte admite un REF por esta causal, y realiza el control de estas sentencias, está haciendo un control de “lógica”.

Generalmente se declaró la arbitrariedad de las sentencias que incurren en estos vicios:

- Por haber sido dictadas por jueces que se arrogaron potestades legislativas (creando normas inexistentes)⁽⁵⁴⁾, o prescindieron del texto legal sin dar razón plausible (no aplicaron normas vigentes)⁽⁵⁵⁾, o aplicaron preceptos derogados o no vigentes al momento de los hechos del caso⁽⁵⁶⁾, o dan como fundamento pautas vagas, de excesiva latitud⁽⁵⁷⁾ (por ejemplo, invocando principios que no surgen del derecho positivo vigente), o por falta total de fundamentación⁽⁵⁸⁾. La propia Corte ha incurrido en esta causal de arbitrariedad en algunos de sus fallos, por ejemplo “Galli”⁽⁵⁹⁾, de 2005, en el que convalidó la “pesificación” de los bonos de deuda pública dispuesta unilateralmente por el Estado, sin citar una sola norma legal o constitucional que avalara esa postura. No obstante, hay muchas excepciones a este requisito de fundamentación adecuada de las sentencias, dado que la Corte rechazó planteos de nulidad cuando: lo debatido es sustancialmente fáctico y lo resuelto se basa en las consideraciones de hecho peculiares de la causa⁽⁶⁰⁾, si lo fallado se refiere a normas que resultan de tal obviedad que no requieren declaración expresa⁽⁶¹⁾, si el derecho aplicable no resulta dudoso⁽⁶²⁾, si a pesar de no mencionar normas, la sentencia se motiva en lo resuelto en fallos anteriores del propio tribunal⁽⁶³⁾, etc.⁽⁶⁴⁾.

- Por prescindir de prueba decisiva⁽⁶⁵⁾ (no tener por probado algo que sí lo fue), o invocar prueba inexisten-

te⁽⁶⁶⁾ (tener por probado algo que no lo fue), o contradecir constancias de autos⁽⁶⁷⁾.

- Por realizar afirmaciones dogmáticas que solo constituyen un fundamento aparente⁽⁶⁸⁾.

- Porque incurren en un excesivo rigorismo formal⁽⁶⁹⁾ (excesivo apego a las formas rituales, por ejemplo, no considerar un escrito o una prueba presentados minutos después de su vencimiento).

- Porque resultan autocontradictorias⁽⁷⁰⁾ (afirma algo en los considerandos, pero decide lo contrario). La propia Corte incurrió en esta última causal de arbitrariedad en el caso “Chaco, Provincia de c/ Estado Nacional (Senado de la Nación)”⁽⁷¹⁾, en el cual la mayoría automática de la Corte de la década de 1990 primero afirmó que lo actuado por el Senado (cuando se arrogó la facultad de elegir dos senadores por esa provincia) estaba dentro de “sus facultades constitucionales privativas, ámbito pacíficamente excluido del control jurisdiccional”, pero luego agregó que había actuado sin apartamiento de las normas constitucionales. Es decir, utilizó argumentos típicos de las cuestiones no justiciables, que siempre se utilizaron para abstenerse de ejercer el control de constitucionalidad, pero ejerció ese control y convalidó lo actuado.

c) A los efectos de la decisión

La Corte ha anulado sentencias por pretender dejar sin efecto decisiones firmes⁽⁷²⁾ violando la cosa juzgada; por ejemplo, revocando una parte de un fallo que no había sido apelada, y que por lo tanto estaba firme, supuesto que se denomina *reformatio in pejus*. La propia Corte incurrió en esta causal en el fallo “Mazzeo”⁽⁷³⁾ de 2007, por ejemplo, en el que reabrió una causa que ella misma había sobreseído años antes.

d) Análisis de las causales referidas

Aunque algunas de las causales mencionadas más arriba puedan parecer insólitas y poco comunes, no lo son. Lamentablemente son mucho más comunes de lo que a primera vista puede pensarse y las razones para ello son variadas: la sobrecarga de tareas de los tribunales; la delegación de la confección de las sentencias en el personal a cargo de los jueces; el apuro con el que a veces deben fallar los tribunales; los errores de hecho al momento de utilizar “modelos” de sentencias que tienen archivados en sus computadoras, a los cuales luego les “pegan” párrafos extraídos de otras; y por qué no mencionar la vocación de algunos jueces de dedicarse a otras tareas aparte de la judicial (escribir demasiados libros, o dar demasiadas clases, o viajar demasiado al extranjero para dar conferencias); etc. Todo ello coadyuva para que cada día sean más las sentencias que contienen errores, y algunos de esos errores por su gravedad las colocan dentro de la doctrina de la arbitrariedad. Por tales motivos Morello afirmaba que el REF “por arbitrariedad de sentencia es un componente normal del engranaje de la litigación. Un paso o fase eventualmente posible y necesario en la trayectoria de un proceso”⁽⁷⁴⁾.

Nadie está exento de cometer errores al dictar un fallo, incluso, tal como surge de algunos ejemplos que hemos brindado más arriba, la propia Corte Suprema ha dictado sentencias dignas de ser consideradas “arbitrarias” de acuerdo a su propia doctrina (y para estas no hay solución alguna, salvo que esa arbitrariedad implique una violación del Pacto de San José de Costa Rica, en cuyo caso, tal vez intervenga la Corte IDH).

V. Críticas a la doctrina de la arbitrariedad

Si bien hubo algunos autores que criticaron la doctrina de la arbitrariedad⁽⁷⁵⁾, es interesante destacar que las críticas más ácidas provinieron de dos jueces de la Corte:

a) En una de sus tantas disidencias, el Dr. Tomás Ca-sares, en el fallo “Municipalidad de la Ciudad de Bue-

(48) Fallos 279:23; 308:112, 640; 311:948 y 322:300.

(49) Fallos 237:328; 249:641; 276:111, 290:204; 301:104 y 315:2217.

(50) Fallos 267:150.

(51) Fallos 329:5913.

(52) Bidart Campos, G., *La Corte Suprema...*

(53) Ghirardi, Olsen A., “Patologías lógico-formales de la sentencia”, *Jurisprudencia Argentina*, 2004-II, fasc. 11, Cita: TR LALEY 0003/010625, p. 3 y ss.

(54) Fallos 234:310; 326:2347.

(55) Fallos 261:223; 303:1650; 316:3219.

(56) Fallos 247:291; 304:400; 306:718.

(57) Fallos 308:941; 319:2507.

(58) Fallos 323:282; 334:541.

(59) Fallos 328:690.

(60) Fallos 265:256; 266:179; 273:171.

(61) Fallos 268:281; 306:1073.

(62) Fallos 244:162.

(63) Fallos 257:234; 258:294; 283:198; 304:389; etc.

(64) Laplacette, Carlos J., *Recurso Extraordinario federal por Arbitrariedad de Sentencia*, Buenos Aires, Hammurabi, Colección Procesos Constitucionales, dirigida por Pablo L. Manili, ejemplar n° 10, 2015, p. 82.

(65) Fallos 250:36; 285:55; 289:400; 290:252; 292:524; 307:724; 319:2298; 326:3573.

(66) Fallos 310:1589.

(67) Fallos 260:111; 316:2447; 322:437.

(68) Fallos 296:63; 301:268; 303:874; 279:355; 311:609; 316:2368 y 2004; 326:3050.

(69) Fallos 238:550; 319:2300; 322:179; 324:3612; 325:2751.

(70) Fallos 316:2718; 319:2211.

(71) Fallos 321:3236.

(72) Fallos 184:137; 238:279.

(73) Fallos 330:3248.

(74) Morello, Augusto M., *El Recurso Extraordinario*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 3° ed., 2006, p. 560.

(75) Linares, Juan F., “El Recurso Extraordinario contra sentencia arbitraria dictada en aplicación de normas no federales”, *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1969, t. 27 p. 219.

nos Aires c/ Compañía Primitiva de Gas de Buenos Aires Ltda.”⁽⁷⁶⁾, de 1948, sostuvo desde su óptica *iusnaturalista* y tomista del derecho: “[...] es preciso distinguir la injusticia de las leyes, de la que pueda comportar desde el punto de vista objetivo, la aplicación equivocada que de ellas se haga. Una ley puede ser declarada inconstitucional porque viole los principios del orden natural reconocido y acogido por la Constitución, esto es porque sea sustancialmente injusta. Ello está en el ámbito de la jurisdicción propia de la Corte (CN, arts. 31 y 100), pero la violación de ese mismo orden por la errónea aplicación, en el caso particular, de leyes que no sean injustas en sí mismas, no puede ser remediada por la vía del recurso extraordinario sin violar uno de los fundamentos del orden que se trata de afianzar, cual es el respeto de los límites puestos a las instituciones con las que dicho orden se expresa y se hace efectivo. Esas injusticias objetivas posibles no tienen en nuestro régimen, ni pueden tenerlo en ningún otro imaginable, remedio temporal. Es la deficiencia absolutamente insuperable de toda justicia discernida por los hombres y a la que esta Corte no es, por cierto, ajena, como no lo es ningún tribunal humano. Su superior función reguladora no reposa en la seguridad, ni en la probabilidad siquiera, de que le asistan posibilidades de acierto superiores a las de cualquier otro tribunal, sino en que constituye un modo homogéneo y uniforme de afianzar, con respecto a la totalidad de la legislación positiva vigente en el país, la primacía de la Constitución, y a través de ella, la de los primeros principios del orden institucional precedentemente recordados”.

b) Sesenta años más tarde, la Dra. Carmen Argibay, siendo juez de la Corte, publicó un artículo sugestivamente titulado: “La balanza de la justicia (O cómo aprendí a desconfiar de la doctrina de la arbitrariedad)”⁽⁷⁷⁾, en el cual expuso duros conceptos en contra de esta doctrina:

- Por respeto al sistema federal, la Corte Suprema no debe intervenir en aquellos casos en que se discuten leyes locales sin ataque a las federales o a la Constitución Nacional, pues lo contrario sería una forma de inmiscuirse en facultades que las provincias no han delegado y conservan para sí.

- Expuso que “con una rápida compulsa de los fallos de la Corte se advierte que las variaciones autorizando excepciones han terminado por transformarse en la regla. Demostración clara de que basta con ceder o postergar los principios una vez para que se allane el camino a su desaparición o debilitamiento grave”. Y pone como ejemplo de ello a la doctrina de la arbitrariedad, a la que define como una “creación pretoriana del alto tribunal que extiende su competencia revisora a casos que no le han sido encomendados ni por la Constitución Nacional ni por la Ley 48.

(76) Fallos 211:958.

(77) Argibay, Carmen, “La balanza de la justicia (O cómo aprendí a desconfiar de la doctrina de la arbitrariedad)”, *Jurisprudencia Argentina*, 2008-II, 1322.

Hecha, probablemente, con la mejor de las intenciones y el loable fin de remediar alguna injusticia notoria, también comenzó como una excepción utilizada con gran cautela por la Corte. Sin embargo, con el correr del tiempo se convirtió en la mayor fuente de revisiones del tribunal”.

- Agregó que “en la actualidad las estadísticas muestran que más del 65 % de las resoluciones de la Corte están fundadas en la doctrina de la arbitrariedad, con lo que ha dejado de ser excepcional como se pretendía en sus orígenes”.

- Afirmó que la doctrina: “Sigue asentándose en vagas nociones que, por lo general, tienen más que ver con la disconformidad de la parte ante una sentencia que le niega su razón [...] Esta manera de ver las sentencias se ha transformado en una rutina, en la que ha caído la propia Corte, que, so capa de la arbitrariedad, revoca o incluso anula sentencias que le disgustan”.

- Por último, hizo autocrítica respecto del Poder Judicial y de la propia Corte Suprema, al sostener que un juez que dictara una sentencia en total desconocimiento del derecho, “aun cuando no incurriera en el delito de prevaricato, mostraría tal deficiencia de conocimiento que debería ser removido de su cargo. Empero, no se advierte que la Corte haya tomado medidas al respecto cuando utiliza esta doctrina para revocar un fallo o incluso para anularlo declarándolo inexistente [...] Esta ausencia demuestra, una vez más, la arbitrariedad intrínseca con la que se maneja la doctrina de la arbitrariedad de la sentencia”.

c) A nuestro entender los ministros citados, que fueron excelentes jueces del máximo tribunal y que exhibieron, como pocos, una notable independencia del Poder Ejecutivo, exageran un poco las cosas. Consideramos que, como muchos institutos del derecho constitucional, la doctrina no es mala en sí misma, sino que su uso exagerado la ha transformado en nociva, la ha trivializado y generalizado. Tal como expresamos más arriba, lamentablemente se dictan fallos absurdos a diario en los miles de tribunales existentes en el país y la Corte Suprema a veces debe intervenir en esas causas en su condición de cabeza del Poder Judicial. Debe hacerlo para reparar violaciones a la Constitución Nacional, ya que no podemos pedirle que repare injusticias, porque estas siempre van a existir, aun cuando falle la propia Corte Suprema. Pero sí podemos exigirle que repare las violaciones a la Constitución Nacional hechas por sentencias insostenibles. Como todo lo que hacen los jueces, debe hacerlo con la debida prudencia, medida y recato.

VOCES: CONSTITUCIÓN NACIONAL - PODER JUDICIAL - SENTENCIA ARBITRARIA - DIVISIÓN DE PODERES - PROCESO JUDICIAL - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - JURISPRUDENCIA - RECURSO EXTRAORDINARIO - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - PODER LEGISLATIVO - JURISDICCIÓN - PROCESO ORDINARIO - CÁMARAS DE APELACIONES - COMPETENCIA ORIGINARIA

Prolegómenos para una teoría argumentativa de la arbitrariedad de sentencias

por EDUARDO SODERO^(*)

Sumario: I. *IN MEMORIAM*. – II. LA SENTENCIA ARBITRARIA COMO CASO ESPECIAL DE ACTO ARGUMENTATIVO INCORRECTO. – III. ¿PUEDE HABER SENTENCIAS INCORRECTAS QUE NO SEAN ARBITRARIAS? – IV. LA PLURIDIMENSIONALIDAD DEL CASE Y EL MODELO DE SISTEMA JURÍDICO DE TRES NIVELES. – V. DOBLE ORDEN NORMATIVO Y TIPOS IDEALES DE ARBITRARIEDAD. – VI. LAS ARBITRARIEDADES SUSTANTIVAS. A. ARBITRARIEDADES SUSTANTIVAS POR VIOLACIÓN A LAS NORMAS DE FONDO. B. ARBITRARIEDADES SUSTANTIVAS POR VIOLACIÓN A LAS NORMAS DE FORMA. a) Referidas al juez. b) Referidas a los hechos del caso. c) Referidas a la congruencia. d) Referidas a la litispendencia, la cosa juzgada y la preclusión. e) Referidas al mandato de optimización del derecho de defensa. – VII. LAS ARBITRARIEDADES PROCEDIMENTALES: “THIS IS THE WAY”. A) ARBITRARIEDADES LINGÜÍSTICAS. B) ARBITRARIEDADES LÓGICAS. C) ARBITRARIEDADES AXIOLÓGICAS. – VIII. CONCLUSIÓN.

I. In memoriam

Resulta siempre difícil encontrar las palabras justas cuando se trata de expresar los pensamientos que suscita la muerte de personas como Néstor Pedro Sagüés. Me cuento entre quienes, ante todo, dan gracias a Dios por su larga y fructífera vida, y se conducen con sus seres queridos, aunque participando del consuelo de la esperanza en el feliz reencuentro eterno. Tal como se lee en una vieja carta escrita por Benjamin Franklin a Mrs. Hubbard, al hablar de que el Creador llama los espíritus de quienes ya están listos para que nos precedan y nos preparen un lugar, pues no podemos irnos todos juntos⁽¹⁾.

Mas es imposible no hacer inmediatamente memoria de cuánto hemos aprendido con la lectura de los escritos de quien nos ha dejado, con la escucha de sus conferencias y –con menor frecuencia, pero con mayor impacto– con el privilegio del trato directo, siempre cordial, franco y honesto, pleno de *auctoritas*. Sin duda que Néstor P. Sagüés –entre otros incontables aportes– nos abrió a muchos las puertas al Derecho Constitucional, haciéndolo comprensible cuando casi nada sabíamos, con una cortesía que es la propia del intelectual sabio, según decía Ortega y Gasset al comenzar las reflexiones nacidas de su Curso de Filosofía de 1929, y que es la *cortesía de la claridad*⁽²⁾.

Esa claridad en la excelencia es el sello de uno de los libros fundamentales de don Néstor que expresa su oficio de sabio, el ya clásico *Derecho Procesal Constitucional*⁽³⁾,

cuyos tomos referidos al *Recurso Extraordinario* incluyen aportes invalorable al desarrollo de una doctrina que se encuentra en el centro de la praxis de los juristas cuando discuten sobre la validez de las decisiones judiciales, y que reconoce orígenes que se remontan a comienzos del siglo XX: la doctrina de la “sentencia arbitraria”.

Específicamente en el tomo 2 de dicha obra encontramos el tratamiento del “recurso extraordinario por sentencia arbitraria”⁽⁴⁾, que incluye la conceptualización de la arbitrariedad misma y el repaso de algunas de las clasificaciones de las causales de arbitrariedad propuestas (en concreto, las de Linares, Fiorini, Carrió y Gardella), para dar lugar luego⁽⁵⁾ a la exposición de una propuesta propia de clasificación de dichas causales, divididas en tres grupos: arbitrariedades normativas, fácticas y concurrentes, cada una abarcando un amplísimo repertorio de referencias a precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El objeto de esta contribución no es sintetizar tal esquema, ni mucho menos intentar una crítica de esa clasificación. Todo ello escaparía a las posibilidades de quien escribe estas líneas, y además resultaría ajeno al ánimo de esta edición colectiva de EL DERECHO, que –vale la pena insistir– pretende ante todo dar testimonio de gratitud hacia el profesor rosarino, cuyo legado seguramente ha de permanecer en vigencia, junto al de otros que lo han precedido en nuestras tierras, desde Joaquín V. González y Juan González Calderón hasta Segundo Linares Quintana y Germán Bidart J. Campos, entre otros.

Antes bien, las líneas que siguen procuran presentar el problema de la arbitrariedad de sentencias desde otra perspectiva, que no hace tanto hincapié en la diversidad de defectos que pueden dar lugar a la invalidación de un fallo por “arbitrario” (que han sido presentados de manera insuperable por la erudita obra de Sagüés), sino que más bien enfoca el tema desde la teoría de la argumentación jurídica, tomando nota del ya conocido “giro argumentativo” que experimentó la Filosofía del Derecho de la mano de autores como Neil MacCormick, Aulis Aarnio, Jerzy Wróblewski, Aleksander Peczenik y –sobre todo– Robert Alexy, que han contribuido a que este modo de “conocer el Derecho” se haya hecho presente en las sentencias judiciales, y a que sus libros empiecen a poblar los escritorios de los juristas prácticos, disputando el lugar de privilegio que antes tenían los tratados dogmáticos escritos en clave exegética.

Es que toda decisión judicial es –si bien se mira– un ejercicio de argumentación, un acto argumentativo o discursivo, a través del cual los tribunales pretenden justificar sus decisiones demostrando que ellas han sido adoptadas a partir de razones autoritativas (las “fuentes del derecho”), “transformadas”⁽⁶⁾ en respuestas concretas conforme a ciertas reglas procedimentales, una idea que anida evidentemente en la ya clásica fórmula de la Corte Suprema de Justicia de la Nación según la cual “sentencias válidas” son las que representan el “resultado de la derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa”⁽⁷⁾, fórmula

(4) Capítulo X, pp. 105 y ss.

(5) En el capítulo XI, pp. 145/277.

(6) Sobre el concepto de “transformación” (que incluye la “aplicación” de las normas), véase Aarnio, Aulis, en su *Introducción a Peczenik, Aleksander, On Law and Reason*, 2a. ed., Dordrecht, Springer, 2008, p. 6.

(7) Así, en Fallos: 256:101 (1963), se expresa que “es condición de validez de los fallos judiciales que ellos sean fundados y constituyan una derivación razonada del derecho vigente, con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa”. Los precedentes que invocan esta fórmula son prácticamente innumerables (por ejemplo, Fallos: 238:550; 261:209; 268:186 y 413; 288:373; 291:202; 296:356; 305:1945; 308:956; 326:4698, entre muchos otros).

Ya antes (en Fallos: 236:27 [1956]) la Corte había dicho que “es evidente que a la condición de órganos de aplicación del derecho vigente, va entrañablemente unida la obligación que incumbe a los jueces de fundar sus decisiones. No es solamente porque los ciudadanos puedan sentirse mejor juzgados, ni porque se contribuya así al mantenimiento del prestigio de la magistratura por lo que la mencionada exigencia ha sido prescrita por la ley. Ella persigue también, en el lenguaje de los procesalistas, la exclusión de decisiones irregulares,

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *En el estado de derecho los poderes constituidos son y deben ser limitados*, por ALBERTO SPOTA, ED, 171-1024; *Apunte preliminar para el estudio de la Historia del Derecho Constitucional*, por ALBERTO BIANCHI, ED, 183-1053; *El per saltum, ¿una vía idónea de control constitucional?*, por GRACIELA ELENA CANDA, EDCO, 2012-615; *Notas al proyecto de ley de recurso extraordinario por salto de instancia (per saltum)*, por GONZALO CANÉ, ED, 250-844; *La designación “en comisión” de los jueces de la Corte Suprema*, por NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, ED, 266-690; *De la jurisprudencia a la ley: despertares del per saltum*, por ESTELA B. SACRISTÁN, EDCO, 2013-418; *La Corte Suprema, guardiana de la Constitución: división de poderes, independencia judicial y protección de los derechos constitucionales*, por JUAN SANTIAGO YLARRI, EDCO, 2015-601; *Un desarrollo evolutivo de la división de poderes*, por CARLOS IGNACIO GIUFFRÉ, EDCO, 2016-300; *La Corte Suprema y la reforma de la Justicia*, por JORGE H. GENTILE, EDCO, 2017-572; *La separación de poderes y sus diferentes modelos en el derecho comparado. Cuarta parte: el modelo de los Estados Unidos*, por ALBERTO B. BIANCHI, EDCO, 2018; *La organización de los tribunales federales en los Estados Unidos*, por ALBERTO B. BIANCHI, EDCO, 2019-137; *Actualidad del recurso extraordinario federal por salto de instancia*, por CARLOS E. LLERA, ED, 289-1311; *La regulación local del recurso extraordinario federal*, por CARLOS J. LAPLACETTE, ED, 294-1025. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Juez de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Santa Fe. Profesor titular de Filosofía del Derecho (Universidad Nacional del Litoral). Profesor Ordinario de Filosofía del Derecho (Pontificia Universidad Católica Argentina, sede Rosario). Profesor Invitado de las Universidades de Kiel y Heidelberg (Alemania).

(1) Philadelphia, 22.ii.1756.

(2) Ortega y Gasset, José, “¿Qué es filosofía?”, *Obras Completas*, 2a. ed., Madrid, Revista de Occidente, 1964, t. vii, p. 280: “siempre he creído que la claridad es la cortesía del filósofo”.

(3) 4a ed., Buenos Aires, Astrea, 2013.

de la cual se deduce *a contrario* el concepto de “sentencia arbitraria”, que se remonta –como sabemos– al famoso *dictum* de “*Rey v. Rocha*” referido a las sentencias fundadas “solo en la voluntad de los jueces”⁽⁸⁾ y que constituye el marco principal a través del cual históricamente el tribunal ha hecho ejercicio de la competencia recursiva que le atribuye el artículo 14 de la Ley 48.

II. La sentencia arbitraria como caso especial de acto argumentativo incorrecto

La clave para repensar la doctrina de la arbitrariedad de sentencias a la luz de la teoría de la argumentación es la tesis de que todo “tipo de arbitrariedad” representa al mismo tiempo un supuesto de violación a las reglas del discurso, por lo cual toda sentencia arbitraria es el resultado de un razonamiento incorrecto, radicando en esto la “propiedad común” que poseen las decisiones a las que se atribuye ese “rótulo”⁽⁹⁾.

A la luz de las observaciones que se presentan –que en gran medida han de quedar aquí en el plazo del esbozo– no solo estaremos en condiciones de someter a crítica la práctica actual desarrollada por los tribunales a la hora de considerar una sentencia como “arbitraria” (o no), sino que además, y sobre todo, podremos superar un panorama donde sigue imperando cierto “intuicionismo”, por la confusión resultante en gran medida de la pluralidad de enfoques en cuanto a los famosos “tipos de arbitrariedad” propuestos en la amplia literatura disponible, que en gran medida dificultan la comprensión y el manejo de sus categorías analíticas, y que por eso reclaman una sistematización que la haga más comprensible y fácil de operar –y menos “inaccesible” para quienes se inician en el *thema*–, con el beneficio adicional de que incluso podremos “argumentar mejor” –sobre todo, si somos jueces–, pues es claro que también se aprende a hacer discursos correctos estudiando los incorrectos, del mismo modo que un estudiante de medicina aprende contemplando un cuerpo enfermo, tal como magistralmente lo expusiera Rembrandt en su *De anatomische les van Dr Nicolaes Tulp* (1632).

III. ¿Puede haber sentencias incorrectas que no sean arbitrarias?

Una de las notas que atraviesa la práctica judicial, y que expresa paradigmáticamente el “principio de inercia” a que aludiera Chaïm Perelman, es su mentalidad conservadora, su recurrente descanso en prácticas, cánones, brocárdicos y discursos que parecen legitimados “porque siempre se hizo así”, a pesar de que, por lo general, no se pueden explicar ni justificar racionalmente.

Uno de los ejemplos más claros lo encontramos en el enfoque restrictivo adoptado por la Corte Suprema de Justicia (y seguido por otros tribunales con análoga competencia) cuando, a la hora de aplicar la doctrina de la arbitrariedad, apela tradicionalmente al lugar común (uno de los famosos “*topoi*” de la retórica) de que la doctrina

es decir, tiende a documentar que el fallo de la causa es derivación razonada del derecho vigente y no producto de la individual voluntad del juez”, agregando que “en definitiva, la exigencia de que los fallos judiciales tengan fundamentos serios, señalada por la jurisprudencia y la doctrina unánimes sobre la materia, reconoce raíz constitucional y tiene, como contenido concreto, el imperativo de que la decisión se conforme a la ley y a los principios propios de la doctrina y de la jurisprudencia vinculados con la especie a decidir”.

En Fallos: 321:2981 y 325:1530, entre otros, se agrega el término “efectivamente”. Así, en el último precedente citado se lee: “La doctrina de la arbitrariedad procura asegurar las garantías constitucionales de la defensa en juicio y el debido proceso, exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyan derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias efectivamente comprobadas en la causa”.

(8) Fallos: 112:384 (1909): El requisito constitucional de que nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de sentencia fundada en ley, da lugar al recurso ante la Corte Suprema en los casos extraordinarios de sentencias arbitrarias, desprovistas de todo apoyo legal, fundadas tan solo en la voluntad de los jueces, y no cuando haya simplemente interpretación errónea de las leyes, a juicio de los litigantes. En el mismo sentido, “*Quebrachales Fusiónados*”, Fallos: 150:84 (1927).

De todas maneras, la fórmula “desprovistas de todo apoyo legal” solo es aceptable si se lee como “desprovistas de todo apoyo jurídico”, pues el discurso jurídico no está limitado ni es justificable solo por la ley (y los jueces son “servidores del derecho”, no solo “servidores de la ley”).

(9) En su conocida obra fundacional sobre el tema, Carrió se preguntaba: “¿es que hay tal propiedad común? ¿Es que tiene que haberla para que sea posible edificar una teoría aceptable y fructífera? (...) Hasta ahora nadie lo ha conseguido” (Carrió, Genaro y Carrió, Alejandro D., *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, 3a. ed. act., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1983, p. 44).

no funcionaría para habilitar la revisión de “sentencias erróneas”⁽¹⁰⁾, ni tendría por objeto “corregir en tercera instancia fallos equivocados o que se reputen tales”⁽¹¹⁾.

Su ámbito propio sería, entonces, el de las sentencias que exhiben aquellos errores (*mistakes*) groseros, “*impossible in a rational administration of justice*” de que hablaba *per curiam* el Justice Holmes en *Chicago Life Insurance Company et al. vs. Bertha R. Cherry*⁽¹²⁾. Una fórmula que nuestra Corte Suprema ha empleado a partir de su conocido *obiter dictum* en *Estrada*⁽¹³⁾, traduciéndola en los siguientes términos: “cada vez que se dicta una sentencia equivocada contra una persona, esta se ve privada de su propiedad cuando en derecho no debió haber ocurrido así; pero cualquiera sea el fundamento, si la equivocación no es tan grosera que aparezca como algo inconcebible dentro de una racional administración de justicia, la misma no es otra cosa que imperfección humana y no una negación de derechos constitucionales”⁽¹⁴⁾.

Este enfoque ha querido ser justificado, postulándose que a la Corte no le incumbiría “revisar el acierto o error, la justicia o injusticia de las decisiones de los tribunales inferiores en las cuestiones de su competencia, tarea que sería prácticamente imposible en razón de su cuantiosa envergadura, impidiendo a la vez la apropiada consideración de las causas en las que se ventilan puntos inmediatamente regidos por normas de rango federal y constitucional”⁽¹⁵⁾.

La objeción fundamental que enfrenta esta tesis, más allá incluso de la falacia que implica sostener la existencia de casos que no se encontrarían regidos inmediatamente por normas constitucionales, es la de que resulta prácticamente imposible pensar en una *sentencia errónea* que al mismo tiempo no haya quebrado alguna regla de argumentación (lo cual determina que ella sea incorrecta). Si, según enseña Alexy, la justicia “es corrección”⁽¹⁶⁾, y todo discurso formula necesariamente una “pretensión de corrección” (*Anspruch auf Richtigkeit*), la idea misma de considerar válida a una sentencia a pesar de ser errónea resulta inconciliable con la premisa desde la cual se desarrolla la labor de adjudicación judicial, y se traduce incluso en una suerte de renuncia consciente a la justicia (que se agrava por el dato de que nunca ha quedado claro cuándo una sentencia puede ser errónea sin llegar a ser arbitraria –o sea, cuál sería el umbral del “error tolerable”–, dando lugar así al ejercicio de una discrecionalidad incontrolable por parte del Tribunal, que en su hora motivara la objeción del ya citado Carrió: “sentencia arbitraria es aquella decisión que la Corte llama arbitraria”⁽¹⁷⁾).

Por ello es que se torna evidente la necesidad de construir *ex novo* el concepto de “sentencia arbitraria” sobre las bases expuestas, aunque sin olvidar: a) que la existencia de un vicio de arbitrariedad (que equiparamos a incorrección argumentativa) no necesariamente determina la invalidez de la decisión, si ella exhibe líneas de justificación independientes suficientes; b) que por la naturaleza práctica del saber jurídico, en general es posible pensar en dos o más soluciones válidas para un mismo caso (debiendo renunciarse con ello al postulado de la *one right answer*); c) que, por esto mismo, la evaluación de si en cada caso la decisión del juez satisface el principio de

(10) “La equivocación del juez no es lo mismo que un acto de arbitrariedad (Fallos: 205:648)”, observa Lugones en su excelente obra (Lugones, Narciso J., *Recurso extraordinario*, 2a. ed., Buenos Aires, Lexis Nexis/Depalma, 2002, p. 282).

(11) Fallos: 339:1066; 330:717, entre muchísimos otros.

(12) 244 U.S. 25 (1917).

(13) Fallos: 247:713 (1960).

(14) Véase también Fallos: 314:678; 315:804; 316:1141, voto del juez Boggiano; 317:444; 321:874, voto del juez Nazareno; 340:1756; en Fallos: 333:1657 se habla de un “error intolerable para una racional administración de justicia”.

(15) Fallos: 330:496, voto de la jueza Argibay, idea que coincide en su orientación con la ya expuesta en Fallos: 207:72 (1947).

(16) “*Gerechtigkeit ist Richtigkeit in Bezug auf Verteilung und Ausgleich*” (Alexy, Robert, “Recht und Richtigkeit”, W.; Summers, R. S.; Weinberger, O. y Wright, G. H. V. (eds.), *The Reasonable as Rational? On Legal Argumentation and Justification. Festschrift für Aulis Aarnio*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, p. 87, versión española bajo el título “Justicia como corrección” por Seoane, José Antonio y Soderó, Eduardo Roberto, en Alexy, Robert, *La institucionalización de la justicia*, Granada, Comares, 2005, p. 57). Sobre el tema véase, de mi autoría, “*Alexy und die Rehabilitierung der Frage nach dem Rechtsbegriff*”, en Clérico, Laura y Sieckmann, Jan-Reinhard (eds.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation. Studien zur Rechtslehre Robert Alexys*, Baden Baden, Nomos Verlag, 2009, p. 206.

(17) Carrió, Genaro y Carrió, Alejandro D., *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, p. 44.

“razón suficiente” (y con ello, representa la “motivación suficiente”) implica en sí misma una labor argumentativa expuesta connaturalmente a la contra-argumentación.

IV. La pluridimensionalidad del case y el modelo de sistema jurídico de tres niveles

Cualquier estudiante de abogacía con experiencia en el estudio y discusión de casos, y más aún un juez, comprende inmediatamente que el hallazgo de la respuesta jurídica (*Rechtsfindung*) siempre exige asumir racionalmente una multiplicidad de tareas referidas a las diversas dimensiones que exhiben, si es que el aludido ideal de corrección ha de realizarse en la práctica.

Esas dimensiones, que pueden o no resultar problemáticas en los casos concretos, tienen que ver: a) con las *normas* que establecen abstractamente los derechos y deberes de las partes⁽¹⁸⁾ (las “fuentes del derecho”), b) con los *hechos* del caso concreto, c) con el *lenguaje* a través del cual se expresan las ideas y, finalmente, d) con las leyes que rigen el *razonamiento*. De todas, solo la normativa es la dimensión “propia” jurídica” (configurando el “caso especial” sobre el cual Alexy construye su teoría de la argumentación⁽¹⁹⁾), aunque está claro que desde ella comprendemos y operamos las restantes (o sea, las dimensiones fáctica, lingüística y lógica).

Todas se ponen en juego en el *silogismo* sobre el cual se estructura la decisión (al configurar las premisas y la conclusión), y cada una puede dar lugar a distintas incorrecciones o defectos de fundamentación, que materializan otros tantos “tipos ideales” de arbitrariedad.

El reconocimiento de las distintas dimensiones del caso, sin embargo, solo exhibirá auténtico valor heurístico para nuestro tema si sus aportes se correlacionan con el concepto de “*derecho vigente*” al que –como vimos– alude la Corte Suprema de Justicia cuando habla de las sentencias válidas⁽²⁰⁾ (y que también rige la determinación de lo que ha de entenderse por “circunstancias comprobadas de la causa”), que representa el objeto propio del saber jurídico, cuyo conocimiento efectivo se exige a todo juez con arreglo al canon “*iura novit curia*”.

Si damos por aceptado que el derecho se define por la nota de la “autoridad” (*auctoritas*), cabe preguntarse directamente entonces cómo está integrado ese “derecho vigente” o, en otras palabras, cuál es la estructura del sistema jurídico, un interrogante que depende del concepto de derecho que cada uno sostenga. Así, los positivistas han de postular un derecho integrado por normas provenientes de fuentes sociales, que exhiben una autoridad independiente del contenido (son “*content-independent reasons*”⁽²¹⁾); frente a ello, los iusnaturalistas van a defender una idea más amplia, y sin renunciar al “test de *pedigree*” para algunas normas, reconocerán la existencia de autoridades “en razón del contenido”, que pueden llegar a prevalecer sobre las autoridades “por su origen”, y que expresan la conexión necesaria del derecho con la moral.

A la vista de estos inconciliables puntos de partida, no puede sorprender que positivistas y no-positivistas *necesariamente* defiendan modelos distintos del “sistema jurídico” (que es como se expresa en términos lógicos el “derecho vigente”), tal como se comprueba en la polémica planteada en la década del ’60 entre Hart y Dworkin. El primero, como sabemos, proponía un derecho compuesto exclusivamente por *reglas*⁽²²⁾, identificables por su origen, que conforman lo que Alexy llama “*modelo de sistema jurídico de reglas*”⁽²³⁾ (o modelo de “sistema jurídico de un nivel”), que en su hora mereciera la crítica de Dworkin por prescindir de los “*principles*”, que son normas jurídicas “en razón del contenido” y se caracterizan por ser “exigencias de igualdad, justicia o alguna otra dimensión de la moralidad”⁽²⁴⁾.

(18) Normas que tienen siempre una dimensión moral, en tanto directa o indirectamente son expresión de valores.
(19) Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurs als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt/M., Suhrkamp Verlag, 1978, p. 33.
(20) Véase *ut supra*, nota 6.
(21) Hart, H.L.A., *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1982, p. 261.
(22) Véase Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, Clarendon Law Series, Oxford University Press, Oxford, 1961, capítulo V, pp. 77/96.
(23) “*Das Regelmodell des Rechtssystems*” (Alexy, Robert, “*Rechtssystem und praktische Vernunft*”, en *Rechtstheorie* 18 (1987), pp. 405/419, en p. 410).
(24) “*I call a ‘principle’ a standard that is to be observed (...) because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality*” (Dworkin, Ronald M., “*The Model of Rules*”, *University of*

El así resultante “modelo de sistema jurídico de reglas/principios”⁽²⁵⁾, sin embargo, seguía sin ofrecer “un cuadro completo del sistema jurídico (*ergibt kein vollständiges Bild des Rechtssystems*)”⁽²⁶⁾, según observaría Alexy veinte años después⁽²⁷⁾, pues “los principios y las reglas no rigen por sí mismos su aplicación. Ellos solo conforman el lado pasivo (*passive Seite*) del sistema jurídico. Si se quiere alcanzar un modelo completo, entonces ha de agregarse al pasivo un lado activo (*aktive Seite*) referido al procedimiento de aplicación de reglas y principios. Con ello los niveles de las reglas y los principios han de ser completados con un tercer nivel”, que solo puede ser el de un procedimiento que asegure la racionalidad⁽²⁸⁾. “De esta manera [concluiría Alexy] aparece un modelo de sistema jurídico de tres niveles, que ha de ser descripto como modelo de reglas/principios/procedimiento”⁽²⁹⁾, que es el único modelo que posibilita en la práctica un control completo de la racionalidad argumentativa de la decisión.

V. Doble orden normativo y tipos ideales de arbitrariedad

El modelo de sistema jurídico de tres niveles que con claridad propone Alexy puede ser simplificado a su vez desde la perspectiva de la naturaleza de las normas, que lleva a distinguir dos órdenes coexistentes, a los que ya hemos aludido: el de las *normas sustantivas* (o, una vez más, fuentes del derecho, cuyo objeto son las conductas de los ciudadanos) y el de las *normas procedimentales* (que prescriben el modo en que el jurista debe operar con las normas sustantivas), un enfoque que se inspira con libertad (pues no coincide con ellas) en la conocida distinción *hartiana* entre reglas primarias y secundarias⁽³⁰⁾ y en la idea de “razones sustantivas” desarrollada en 1978 por Summers⁽³¹⁾.

Dado que de este enfoque ya nos hemos ocupado en otro lugar⁽³²⁾, aquí hemos de limitarnos a reproducir el cuadro que representa este doble orden normativo:

I. RAZONES SUSTANTIVAS O FUENTES DEL DERECHO (AUTORIDADES)
I.1. autoridades de primer orden o <i>stricto sensu</i> (con estatut normativo)
I.1.i. Autoridades por el contenido: Derecho Natural, Derecho suprapositivo, “ <i>principia iuris gentium</i> ”
I.1.ii. Autoridades por el origen (corregidas por la equidad):
a. tratados internacionales
b. constituciones
c. leyes, ordenanzas, etc.
d. costumbres
e. reglamentos
f. precedentes obligatorios (<i>binding</i>)
I.2. Autoridades de segundo orden (sin estatut normativo)
g. precedentes no-obligatorios (<i>not binding</i>)
h. doctrina
i. derecho extranjero
j. derecho histórico
k. derecho “posterior”
II. RAZONES PROCEDIMENTALES
II.1. Reglas lingüísticas
II.2. Reglas lógicas
II.3. Reglas axiológicas

Chicago Law Review, vol. 35 (1967), pp. 14/46, p. 23; este trabajo sería luego publicado como capítulo 2 de *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1977, pp. 14/45.
(25) “*Das Regel/Prinzipien-Modell des Rechtssystems*” (Alexy, Robert, *Rechtssystem und praktische Vernunft...*, p. 412).
(26) *Ibidem*, p. 416.
(27) Sin perjuicio de coincidir con la naturaleza moral (y a la vez jurídica) de los principios: “valores y principios son lo mismo (nada más que en el primer caso hablamos de lo bueno y en el segundo, de lo debido)” (Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt/M., Suhrkamp, 1985, pp. 133 y 509; versión española bajo el título *Teoría de los derechos fundamentales*, 1a. ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 147 y 541; 2a ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 125 y 497; “*Rechtssystem und praktische Vernunft*”, p. 409; “*Rechtsregeln und Rechtsprinzipien*”, ARSP, Beiheft NF 25, pp. 13/29, en p. 24; “*Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*”, *Doxa* 5 [1988], pp. 139/151, en p. 145).
(28) Alexy, Robert, *Rechtssystem und praktische Vernunft*, pp. 416/417.
(29) “*Auf diese Weise entsteht ein Drei-Ebenen-Modell des Rechtssystems, das als ‘Regel/Prinzipien/Prozedur-Modell’ bezeichnet werden soll*” (*ibidem*, p. 417).
(30) Donde la aquí propuesta categoría de reglas procedimentales se referiría directamente al momento de la “adjudicación”.
(31) Summers, Robert S., “Two Types of Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common-Law Justification”, 63 *Cornell Law Review* (1978), pp. 707/788.
(32) Sodero, Eduardo S., “Autoridad del Derecho y Argumentación Judicial”, en Vigo, Rodolfo y Gattinoni de Mujía, María (eds.), *Tratado de Derecho Judicial*, tomo I, Teoría General, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, pp. 72/109.

Esta categorización puede servirnos de punto de partida para ensayar un esquema comprensible y fácilmente operable de “tipos ideales” de arbitrariedad, que nos permita superar las dificultades de la apuntada diversidad de clasificaciones propuestas a partir de la ya aludida obra de Genaro Carrió⁽³³⁾.

Así tendremos, entonces, arbitrariedades “sustantivas” y arbitrariedades “procedimentales”, distinción que puede ser refinada a partir de tomar en cuenta –respecto a las primeras– que la sentencia es el resultado final de un proceso reglado, por lo que parece útil diferenciar entre arbitrariedades sustantivas *por violación a normas de fondo y por violación a normas procesales* (categoría esta última en la que cabe incluir a las llamadas “arbitrariedades fácticas”, como veremos), y en cuanto a las segundas, que las arbitrariedades procedimentales pueden derivar de la violación a reglas lingüísticas, lógicas o axiológicas, con lo cual podemos presentar un segundo esquema:

1. ARBITRARIEDADES SUSTANTIVAS
1.I. Por violación a normas de fondo (debido proceso sustantivo)
1.II. Por violación a normas de forma (debido proceso adjetivo)
2. ARBITRARIEDADES PROCEDIMENTALES
2.I. Por violación a reglas lingüísticas
2.II. Por violación a reglas lógicas
2.III. Por violación a reglas axiológicas

En lo que sigue, examinaremos brevemente conforme al esquema propuesto los “casos” de arbitrariedad, es decir, los supuestos en los cuales la sentencia “*valere non debet*”⁽³⁴⁾.

VI. Las arbitrariedades sustantivas

Las arbitrariedades sustantivas suponen un apartamiento del margen de las soluciones discursivamente posibles⁽³⁵⁾, es decir, de las respuestas que según los cánones de la argumentación pueden derivarse o extraerse de las normas (principios y reglas) que rigen las conductas humanas en juego, normas que pueden estar referidas tanto a la relación jurídica que dio lugar al conflicto (en cuyo respeto se juega el “debido proceso sustantivo”) como a la relación jurídica compleja que se suscita en todo juicio, donde ya no cabe considerar solo a las partes, sino también al juez (el “debido proceso adjetivo”).

A. Arbitrariedades sustantivas por violación a las normas de fondo

a) **Falta de fundamentación normativa:** es la sentencia “carente de todo fundamento jurídico”⁽³⁶⁾, que clásicamente se ha expresado a través de las fórmulas del “fundamento solo aparente”⁽³⁷⁾ y de las “afirmaciones dogmáticas” (de derecho)⁽³⁸⁾.

Al respecto, vale la pena señalar que este supuesto no debe ser confundido con la “fundamentación implícita adecuada”, tal como en su hora lo explicara la Corte Suprema santafesina: “aunque la fundamentación del fallo resulte económica y no abunde en citas legales, en el mismo se dan razones jurídicas –a partir de normas y principios de derecho– que permiten afirmar que aquel satisface los requerimientos de la Norma Básica provincial sobre justificación suficiente e inteligibilidad de los pronunciamientos, tanto más cuando, como resulta de la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no es procedente la tacha de arbitrariedad en casos de fundamentación implícita, adecuada e inequívoca, de los fallos, toda vez que la mención específica de las normas que rigen el caso no es siempre indispensable a los fines de su adecuada justificación”⁽³⁹⁾.

(33) Me refiero a *Recurso extraordinario por sentencia arbitraria en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, donde Alejandro y Genaro Carrió plantean trece causales de arbitrariedad, en tres categorías.

(34) *Digesto*, XLIX, 1.19 (Modestino): “*si expressim sententiam contra iuris rigorem data fuerit, valere non debet*”.

(35) Como hemos visto, la *right answer* no necesariamente ha de ser una sola.

(36) Fallos: 207:72.

(37) Así, Fallos: 250:152; 254:40 y 256:364.

(38) Carrió, Genaro R. y Carrió Alejandro D., *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, p. 231.

(39) “La falta de enunciación de las normas legales aplicadas por los jueces para dirimir el pleito no sustenta la tacha de arbitrariedad cuando se trata de hipótesis claras de fundamentación implícita”, Fallos: 295:687; cfr., también, Fallos: 245:181; 258:12; 262:210; 268:382; 296:550; 302:916, etc.).

Esto se vincula con una nota propia del silogismo jurídico, que es la de ser por lo general un entimema o “silogismo incompleto”: es que, como enseñaba Aristóteles en la *Retórica*, cuando alguna premisa “es bien conocida, no hace falta enunciarla”, pues “el propio oyente la suple”⁽⁴⁰⁾, y no por ello se afecta la validez del razonamiento.

b) **Prescindencia de la norma aplicable al caso *sin dar razón plausible alguna***⁽⁴¹⁾: aquí se trata de una construcción incompleta *defectuosa*⁽⁴²⁾ de la premisa mayor del silogismo por la omisión de considerar normas aplicables al caso, no justificada por ninguna “razón plausible” (lo cual expresa la necesidad de cumplir con una especial carga de argumentación si el juez decide no seguir la regla o el principio establecido en la norma).

Este vicio puede exhibir diversas formas, según cuál sea la naturaleza de la norma dejada de lado. Así cabe mencionar, entre los principales supuestos:

1) La prescindencia de principios (entendidos como expresión jurídica de valores o bienes): que representa lo que Ymaz llamaba “deficiencia total axiológica”⁽⁴³⁾, configurada cuando no se consideran los derechos humanos en juego (pensemos en el funesto caso “*F.A.L.*”⁽⁴⁴⁾, donde la Corte Suprema de Justicia ni siquiera alude al derecho de la vida de la persona por nacer, a pesar de que pocos años atrás había dicho que el *nasciturus* era una “persona”⁽⁴⁵⁾; o en “*Callejas*”⁽⁴⁶⁾, donde el mismo tribunal –ahora correctamente– descalificó una sentencia que había “desatendido” los derechos de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva que protegen especialmente a las mujeres que alegan ser víctimas de violencia), derechos que pueden estar o no positivizados⁽⁴⁷⁾, y cuya violación grave invalida la norma y/o la sentencia en cuestión⁽⁴⁸⁾; y también cuando se ignoran otros principios/valores fundamentales (que no expresan directamente derechos humanos) como el de equivalencia de las prestaciones⁽⁴⁹⁾, el de prohibición de aprovecharse del propio delito⁽⁵⁰⁾; el de *pacta sunt servanda*⁽⁵¹⁾.

2) La prescindencia de estándares: entre los que resulta obligado destacar el estándar republicano que les impide

(40) *Rhetorica* 1357a19.

(41) Como se lee en Fallos: 320:1492, “una extensa línea de precedentes de esta Corte –que se inicia con el *leading case* ‘Idzi’, Fallos: 237:349 (año 1957)– ha acuñado el siguiente principio: una sentencia es arbitraria si en ella se prescinde de una norma obviamente aplicable al caso, sin dar razón plausible alguna para ello (caso ‘Campos’, Fallos: 239:10 –año 1957–; caso ‘Stampone’, Fallos: 239:204 –año 1957–; caso ‘Carmoega’, Fallos: 241:121 –año 1958–; caso ‘Verón’, Fallos: 245:416 –año 1959–; caso ‘Serantes’, Fallos: 248:22 –año 1960–; caso ‘Porretti’, Fallos: 250:699 –año 1961–; caso ‘Bianchi’, Fallos: 251:309 –año 1961–; caso ‘Sottile’, Fallos: 255:19 –año 1963–; caso ‘La Opinión’, Fallos: 255:354 –año 1963–; caso ‘Muñoz’, Fallos: 256:9 –año 1963–; caso ‘Hairabedian’, Fallos: 257:207 –año 1963–; caso ‘Nación Argentina’, Fallos: 261:223 –año 1965–; caso ‘Sanmarco’, Fallos: 317:144 (...).”

La Corte también ha calificado de “falsa” a la argumentación que prescinde de la norma aplicable al caso, señalando que este defecto “revela un serio desapego a la condición de órganos de aplicación del derecho vigente” que tienen los jueces (véase Fallos: 322:1017).

(42) Tener presente lo recién apuntado acerca del entimema.

(43) Ymaz, Esteban, “Arbitrariedad y recurso extraordinario”, L.L., t. 67 (1952), p. 74.

(44) Fallos: 335:197 (2012).

(45) CSJN, “*Sánchez, Elvira*”, Fallos: 330:2304 (2007), citado luego por el juez Lorenzetti en su voto para CSJN, “*Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*”, del 4.V.2021 (cons. 4).

(46) Fallos: 343:103.

(47) En su conocida disidencia en “*Municipalidad de Buenos Aires v. Cía. Primitiva de Gas*” (Fallos: 211:958 [1948]), el juez Casares decía que “una ley puede ser declarada inconstitucional porque viole los principios del orden natural reconocido y acogido por la Constitución, esto es, porque sea sustancialmente injusta”.

(48) Completamente en el sentido de la “fórmula de Radbruch” (para lo cual me remito a mi trabajo “Sobre el antipositivismo jurídico del *Bundesverfassungsgericht*”, en Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato (coord.), *Las razones del derecho natural*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2008, pp. 389/410.

Esta invalidación puede alcanzar incluso a las normas constitucionales, dando lugar a las “normas constitucionales inconstitucionales” (Bachof, Otto, “*Verfassungswidrige Verfassungsnormen*”, en *Recht und Staat*, Nr. 163/164, pp. 11 y ss.; también NJW 1952, p. 242).

(49) En Fallos: 297:500 [1977], la Corte aludió explícitamente al “principio de derecho natural (de) que ‘nadie debe enriquecerse sin causa a costa de otro’”, agregando que esta era una “regla ética de proyección patrimonial que no solamente alcanza a las personas privadas sino también al Estado”. El funcionamiento de este principio se advierte en “*Provincia de Santa Cruz v. Nación Argentina*” (Fallos: 320:495), cuando la Corte rechaza la posibilidad de que se cobren honorarios desproporcionados o “exorbitantes”, que excedan del título generado por el trabajo efectivamente realizado.

(50) Célebremente invocado por la *Court of Appeal* de New York en el famoso *Riggs v. Palmer* (115 NY 506, 1889).

(51) Fallos: 314:491; 327:5356, entre otros.

a los jueces “atribuirse el rol del legislador”⁽⁵²⁾ (lo cual no obsta a remediar demoras legislativas que configuren una violación de normas constitucionales o convencionales⁽⁵³⁾) o “revisar la oportunidad, mérito o conveniencia” de las decisiones legislativas (o administrativas), a no ser que exista una “equivocación clara”⁽⁵⁴⁾ que permita apartarse del principio formal de precedencia *prima facie* de las decisiones del legislador legitimado democráticamente.

Es claro que el catálogo de estándares generales es casi inagotable, por lo que solo agregaremos algunos ejemplos, como las exigencias de “tomar nota del tiempo” (que significa, entre otros extremos, no dilatar la tutela “eficaz” de derechos fundamentales⁽⁵⁵⁾), controlar la subsistencia de “caso”, atender a las circunstancias existentes al momento de fallar⁽⁵⁶⁾; de “considerar las consecuencias de la decisión”⁽⁵⁷⁾; de asegurar la progresividad –y no regresión– de los derechos fundamentales⁽⁵⁸⁾; de respetar el ejercicio razonable de las competencias propias de los jueces de la causa, en particular cuando se trata de cuestiones libradas privilegiadamente a su prudencia⁽⁵⁹⁾.

A esos estándares generales se suman los estándares sectoriales, que representan pautas derivadas inmediatamente de los bienes en juego en cada materia particular, que no podrían ser dejados de lado pues ellos –precisamente– “informan” esas materias, y a partir de los mismos se las conoce (así, por ejemplo, “*pars conditio omnium creditorum*”⁽⁶⁰⁾, “interés superior del niño”, “principio de protección del trabajador”, “principio de prevención del daño”, “principio de reparación integral”, “principio pre-

cautorio”, “presunción de inocencia”, “prohibición de trato discriminatorio”, debida consideración a la “perspectiva de género”, etc.).

3) La prescindencia de normas convencionales⁽⁶¹⁾: que incluye el supuesto de omisión del control de convencionalidad, exigencia “que recae en todos y cada uno de los jueces”⁽⁶²⁾.

4) La prescindencia de normas constitucionales: ya sea porque no se toma nota de su “efecto de irradiación” (*Ausstrahlungswirkung*⁽⁶³⁾), ya sea porque se aplican normas inferiores contrarias a ellas (lo que materializa la omisión del control de constitucionalidad, que en definitiva significa que el juez “cierra sus ojos a la Constitución y mira solo a la ley”⁽⁶⁴⁾).

5) La prescindencia o apartamiento de la ley: es el supuesto de la “sentencia *contra-legem*”⁽⁶⁵⁾, que también configura un apartamiento del estándar republicano aludido más arriba: “el principio de separación de los poderes, fundamental en el sistema republicano de gobierno adoptado por la Constitución Nacional, no consiente a los jueces el poder prescindir de lo dispuesto expresamente por la ley respecto al caso, so color de su posible injusticia o desacierto”⁽⁶⁶⁾; en ese punto, y en un clima intelectual signado por el desprecio a la ley (a partir de un yerro fenomenal a la hora de interpretar el canon, objetivado en la *Grundgesetz*, de que los jueces “están sometidos a la ley y al derecho”⁽⁶⁷⁾), no es ocioso insistir en que el *iudex* “*custodiat leges, et secundum eas proferat sententias*”⁽⁶⁸⁾, lo cual ha de entenderse en el sentido de que dichos textos –cuando están llamados a regir el caso– son el punto de partida de la aludida búsqueda de la respuesta, en cuanto expresan la dimensión institucional del sistema jurídico.

6) La omisión de dar pleno efecto a la ley: es el defecto que se presenta cuando se torna inoperante la ley⁽⁶⁹⁾, adoptando una inteligencia de sus términos que equivale a convertirla en “letra muerta”.

7) El apartamiento injustificado de precedentes obligatorios⁽⁷⁰⁾: como es bien sabido, entre las autoridades que el juez debe *considerar* se encuentran los *binding precedents*, es decir, las decisiones emanadas de tribunales de jerarquía superior y del mismo juez, que exhiben similitud con el caso a resolver.

Si bien no resulta posible emprender aquí un análisis exhaustivo del tema⁽⁷¹⁾, se impone formular tres observaciones al pensar en la relación entre arbitrariedad y precedentes: en primer lugar, que no siempre el apartamiento *injustificado* de un precedente de un tribunal superior se traduce en arbitrariedad, sino solo cuando el mismo es un *authoritative precedent*⁽⁷²⁾, es decir, exhibe una “obli-

(52) Por ejemplo, creando privilegios: así, en “*Asociación Filantrópica*” (Fallos: 341:1511 [2018]), la Corte señala que el carácter privilegiado de un crédito “solo puede surgir de la ley”, y que “en virtud del principio de separación de poderes (...) no es de competencia de los jueces determinar el modo de realización de los fines de una determinada institución jurídica, ya que esta atribución es propia de los poderes políticos”.

(53) Como se detecta en los casos “*Ekmekdjian*” (Fallos: 315:1492), “*Urteaga*” (Fallos: 321:2767), “*Quisberth Castro*” (Fallos: 335:452).

(54) Tal como lo expresa la “*rule of clear mistake*” según la cual –como lo decía el *Chancellor* Waties en 1812, citado por Thayer– “la validez de una ley no debería ponerse en duda a menos que ella sea tan obviamente repugnante a la Constitución que cuando sea señalada por los jueces todos los hombres sensatos y reflexivos de la comunidad puedan darse cuenta de la repugnancia” (véase Thayer, Bradley James, “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, 7 *Harvard Law Review* [1893], p. 129; también del mismo autor, *Legal Essays*, The Boston Book Company, Boston, 1908, p. 19).

Un juez, decía Cooley, nunca puede anular una ley “*unless the nullity and invalidity of the act are placed, in their judgement, beyond reasonable doubt*”, y la duda razonable debe ser resuelta en favor del acto legislativo (Cooley, Thomas M., *A Treatise on the Constitutional Limitations which rest upon the Legislative Power of the States of the American Union*, 6a. ed., Boston, Little, Brown and Company, 1890, p. 216). “*The opposition between the constitution and the law should be such that the judge feels a clear and strong conviction of the incompatibility with each other*” (*Chief Justice Marshall, Fletcher v. Peck*, 6 Cranch 87, 128).

Como se lee en “*Delsoglio*” (Fallos: 234:82), la función de los jueces de “declarar el derecho vigente (...) ha de cumplirse sin arbitrariedad, como condición necesaria para que no exista invasión de atribuciones reservadas a otros poderes”.

(55) Por ejemplo, al obligar a transitar la vía ordinaria para reclamar una cobertura médica cuando la persona “por la vía del amparo ya lleva más de dos años litigando”, como se lee en Fallos: 332:1394.

(56) Así, Fallos: 253:346; 285:353; 290:329; 292:589; 304:984; 308:1489; 313:584; 314:1834; 316:3130.

(57) Como sabemos, Holmes destacaba la necesidad de que los jueces reconozcan su ineludible deber (“*inevitable duty*”) de “poner en la balanza consideraciones de beneficio para la sociedad” –*weighing considerations of social advantage*– (Holmes, Oliver Wendell (jr.), “The Path of Law”, 10 *Harvard Law Review* [1897] 457, en p. 467). Sobre la presencia de este canon en la jurisprudencia del Alto Tribunal nacional véase, por ejemplo, Fallos: 313:1232; 314:1477; 316:2624; 319:3241; 320:495.

(58) Fallos: 327:3753; 338:1347.

(59) Al respecto cabe pensar, paradigmáticamente, en las opciones hermenéuticas escogidas por los jueces a la hora de interpretar una norma, y en las decisiones que adoptan al fijar *quantums* indemnizatorios, que se encuentran exentas de la tacha de arbitrariedad en la medida en que permanezcan dentro de los márgenes de lo discursivamente posible, por lo que precisamente resultaría arbitrario dejar de lado tales pautas al evaluar la validez constitucional de tales pronunciamientos (exigiendo por ejemplo –respecto de la segunda hipótesis mencionada– el empleo de fórmulas matemáticas cuando no media una norma que inequívocamente las prescriba, lo que materializa una ultrarracionalista “idolatría del algoritmo”, con olvido de que “la evaluación del cumplimiento de la exigencia de justificación establecida por el artículo 95 de la Carta Magna provincial debe atender (...) a la existencia de un margen de discrecionalidad más o menos amplio en cabeza de los jueces para que, en ejercicio de su prudencia, determinen la solución correcta a la luz de las exigencias de justicia y razonabilidad práctica” [CSJSF, “*Ginessi*”, R. A. y S., t. 209, p. 391]).

(60) Fallos: 328:4223; 341:1511, un principio que se traduce directamente en el canon de interpretación restrictiva de los privilegios, en sintonía con el canon *singularia non sunt extendenda*.

(61) Por ejemplo, CSJN, “*Salio*”, Fallos: 324:1590.

(62) Así, por ejemplo, en Fallos: 342:584.

(63) Véase Lüth, BVerfGE 7, 198 [207] (1957); también, entre otros, Leipziger Volkszeitung, BVerfGE 27, 71 [79] (1969); *Schuldnerspiegel*, BVerfGE 104, 65 [73] (2001).

(64) “*Close their eyes on the Constitution, and see only the law*”, para utilizar la expresión del *Justice* Marshall en *Marbury v. Madison* (5 U.S. 137 [1803], en p. 178).

(65) Así, Fallos: 184:187, entre muchos otros.

(66) Fallos: 249:425, con cita de Fallos: 234:82 y 310; 241:121 y otros.

(67) “*[S]ind an Gesetz und Recht gebunden*” (artículo 20.3).

(68) Según la máxima justiniana contenida en la *Novella Constitutio* 82,13.

También *Novella Constitutio* CXIII, 113, e. 1.: “*secundum generales nostras leges causas examinan et decidunt*”.

(69) Así, entre muchos otros, Fallos: 306:796; 307:1427; 308:1796; 318:1707, disidencia de los jueces Moliné O’Connor y López, donde se lee: “es arbitraria la sentencia que hizo lugar al pedido de desafectación de una vivienda inscripta como bien de familia formulada por el síndico, si la interpretación del a quo frente a créditos nacidos con posterioridad a la afectación del bien neutralizó, sin dar razones fundadas para ello, el fin tuitivo de la ley 14.394 y desvirtuó sus normas hasta tornarlas inoperantes, con grave afectación de la garantía de la defensa del bien de familia instituida por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional”.

(70) Como es obvio, si hay justificación, no hay arbitrariedad: véase al respecto, por ejemplo, Fallos: 253:206; 255:187 (referidos al apartamiento válido de precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación).

(71) Para lo cual me remito a las reflexiones formuladas en dos trabajos anteriores: “Sobre el cambio de los precedentes”, *Isonomía* 21 (2004), pp. 217 y ss. y “Von der Sonderfallthese bis zum Fallvergleich: Προλεγόμενα (Prolegomena) zu einer Theorie der Präjudizien”, en Borowski, Martin; Paulson, Stanley L. y Sieckmann, Jan-Reinard (eds.), *Rechtsphilosophie und Grundrechte. Robert Alexys System*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, pp. 305/325.

(72) Para emplear la clásica terminología de Salmond, quien distingue entre precedentes “autoritativos” y precedentes “persuasivos” (Salmond, John, “The Theory of Judicial Precedents”, 16 *Law Quarterly Review*, 1900], pp. 376/391, en p. 378.

gatoriedad jurídica” (y no meramente “fáctica”)⁽⁷³⁾, como se verifica con los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁽⁷⁴⁾, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (que, a pesar de la posición asumida en “*Fontevecchia*”⁽⁷⁵⁾, deben ser seguidos al interpretar el “Pacto de San José de Costa Rica” por indicación de la propia Corte Suprema argentina⁽⁷⁶⁾) e incluso –pensando a título de ejemplo en el sistema santafesino– de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia local⁽⁷⁷⁾, categoría en la que corresponde incluir los fallos plenarios; en segundo lugar, que hasta el presente en la práctica constitucional no se considera arbitrario a un fallo por apartarse injustificadamente de los precedentes del propio tribunal (los “autoprecedentes”)⁽⁷⁸⁾, a pesar de que estos resultan argumentativamente obligatorios y de que su omisión se traduce en una incorrección por inobservancia de la regla de carga de argumentación según la cual quien quiera apartarse de un precedente tiene que justificarlo⁽⁷⁹⁾ (se trata, como puede verse, de un “gap” subsistente en la teoría de la arbitrariedad, que en el punto no ha recibido adecuadamente las pautas derivadas de la teoría de la argumentación⁽⁸⁰⁾); por último, que a pesar de la obligatoriedad que pueda exhibir un precedente, existe una obligatoriedad “de mayor peso”, referida al deber de formular un “test de corrección” del precedente y de apartarse fundadamente de él “cuando parece correcto hacerlo”⁽⁸¹⁾, pues la autoridad de los precedentes debe ceder ante la comprobación del error⁽⁸²⁾ o de la inconveniencia de su mantenimiento⁽⁸³⁾, aunque siempre teniendo en cuenta que el cambio implica “ejercer un gran poder”, que siempre conlleva “una gran responsabilidad”⁽⁸⁴⁾.

8) Omisión injustificada de normas consuetudinarias.

9) Apartamiento injustificado del contrato existente entre las partes.

(73) Aarnio enseña que la obligatoriedad de un precedente puede ser de *iure* o de *facto*: en el primer supuesto, la inobservancia del precedente se traduce en la posible invalidación del fallo que se dicte; en el segundo, la consecuencia consiste simplemente en la posibilidad de que la decisión sea revocada (sin ser anulada) y el caso sea decidido de manera diferente, conforme al precedente del tribunal superior (véase, Aarnio, Aulis, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht/Boston/Lancaster/Tokyo, D. Reidel Publishing Company, 1987, p. 81). Como se advierte, los precedentes de las cámaras de apelaciones en el sistema judicial argentino exhiben por lo general la apuntada “obligatoriedad fáctica”, encuadrándose en la categoría de los precedentes que –en palabras de Peczenik– “deberían [should] ser considerados” (Peczenik, Aleksander, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, Wien-New York, Springer Verlag, 1983, p. 57), pues en definitiva desde la aparición de la *appellatio*, la sentencia de primer grado siempre nace “bajo la amenaza de la apelación” (Calamandrei, Piero, *La Casación Civil*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, t. I, vol. 1, p. 91).

(74) Véase Fallos: 12:149; en época reciente Fallos: 337:47, donde se introduce la idea de la “carga argumentativa calificada”; y también Fallos: 340:257; 341:570; 342:1903 y 2344.

(75) Fallos: 340:47.

(76) Para decirlo con palabras tomadas de la lectura de las Bodas de Caná (*Evangelium Secundum Ioannem*, 2, 5: “*Quodcumque dixerit vobis, facite*”), en definitiva la Corte les está indicando a los jueces argentinos: “hagan todo lo que él [el tribunal interamericano] les diga” Al respecto, véase “Mazzeo” (Fallos: 330:3248 [2007]) y “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo” (Fallos: 333:1657 [2010]).

(77) Sobre el tema me remito a mi trabajo “La posición institucional de la Corte Suprema en la justicia contencioso administrativa de la Provincia de Santa Fe”, en Torricelli, Maximiliano (coord.), *Institutos de la Justicia Administrativa*, Rosario, Editorial Zeus, 2006, pp. 257/277.

(78) Así, Fallos: 255:313, donde la Corte descartó la existencia de cuestión constitucional por el cambio de criterio por parte de un mismo tribunal; véanse también Fallos: 239:154 –donde se habla, sin embargo, de “variación fundada”–; 289:82; 301:970.

(79) “*Wer von einem Präjudiz abweichen will, trägt die Argumentationslast*” (Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation...*, pp. 339 y 366).

(80) Si bien es cierto que la Corte argentina, cuando ha cambiado su propia jurisprudencia, siempre se ha esforzado por justificar tales *overrulings*, atenta al reconocimiento que ella misma ha hecho del principio de *stare decisis* (clásicamente, “*Miguel Baretta v. Provincia de Córdoba*”, Fallos: 183:408 [1939]; más recientemente, véase “*Barreto*”, Fallos: 329:759).

(81) “*When it appears right to do so*”: House of Lords, *Practice Statement (Judicial Precedent)*, 26.VII.1966 (1 WLR 1234).

(82) Para un ejemplo reciente cabe consultar “*Acevedo*” (Fallos: 348:189), vinculado a un caso donde –siendo el juez de baja instancia quien escribe estas líneas– precisamente se encontraba en juego el seguimiento o apartamiento de un precedente del propio Alto Tribunal que presentaba un “yerro fenomenal (e inexplicable)” (véase nota 87).

(83) Fallos: 166:220; 167:121; 183:409; 192:414; 212:235; 216:91; 293:50; 314:1003, voto del juez Fayt; 315:2309, voto de los jueces Levene, Barra y Fayt; 317:1090 y 1271, votos del juez Fayt; 323:1687, voto del juez Boggiano; 325:2005; 327:120, voto de los jueces Fayt y Vázquez.

(84) Lee, S. y Ditko, S., *Amazing Fantasy No. 15: “Spider Man”*, 1962, p. 13, célebremente citado por el Justice Kagan en *Kimble v. Marvel Entertainment, LLC*, 576 U.S. 446 (2015).

10) Apartamiento de las cláusulas testamentarias.

11) Violación de la cosa juzgada⁽⁸⁵⁾, salvo que sea fraudulenta⁽⁸⁶⁾.

c) **Aplicación de normas no vigentes para el caso:** es evidente que una sentencia incurre en arbitrariedad cuando aplica normas no vigentes en general (por ejemplo, legislación derogada; convenciones internacionales que no rigen para nuestro país⁽⁸⁷⁾, etc.), y por tanto solo resulta necesario insistir en este punto en que el “derecho vigente” es un *concepto casuístico*, que se identifica con el “derecho vigente del caso”, definido según las pautas que rigen la vigencia espacial y temporal de las normas. Esto implica el imperativo de atender a las normas de Derecho Internacional Privado en casos con conexión extranjera y, en lo que resulta más corriente, observar el estándar de la irretroactividad⁽⁸⁸⁾, una de las exigencias básicas del *Rule of Law*⁽⁸⁹⁾, que con la salvedad del supuesto de la norma penal más benigna se aplica no solo a las leyes⁽⁹⁰⁾, sino también a los precedentes, dada la necesidad de asegurar a los litigantes “reglas claras de juego”⁽⁹¹⁾ y de evitar sorprenderlos a la hora de aplicar los nuevos criterios jurisprudenciales sentados a partir del *overruling* de precedentes anteriores (idea que se remite a la “línea divisoria” a que se elude en el conocido caso “*Téllez*”⁽⁹²⁾).

d) **Invocación de precedentes impertinentes:** exhibiendo un fuerte “parecido de familia” con el supuesto anterior, encontramos el caso de arbitrariedad que se configura cuando la respuesta se funda sobre un precedente que en realidad era inaplicable por no existir similitud⁽⁹³⁾, extremo que resulta de una incorrecta “comparación de casos” (*Fallvergleich*)⁽⁹⁴⁾.

B. Arbitrariedades sustantivas por violación a las normas de forma

En esta categoría de arbitrariedades se añaden a las incorrecciones analizadas respecto de las normas de fondo (pues también encontramos aquí, por ejemplo, arbitrariedades por prescindencia de normas convencionales⁽⁹⁵⁾)

(85) “*Storani de Boidanich*”, Fallos: 184:137 [1939]. Un supuesto particular de este defecto, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es el del apartamiento o “desconocimiento esencial” de un pronunciamiento anterior de la propia Corte dictado en la misma causa (véanse Fallos: 340:236, 1696 y 1973; 341:1846; 342:681; 344:1010 y 3595; para un ejemplo de desconocimiento de los alcances y efectos de una sentencia en caso de reenvío, véase el ya lejano precedente de Fallos: 196:14).

(86) Véanse Fallos: 238:18; 254:320; 279:54; 281:421; 326:678; 336:1477; 340:1982.

(87) Este es el defecto presente en el precedente de Fallos: 337:315 (“*Revestimientos y Pinturas*”), aplicando un convenio de la OIT en el cual la Argentina no es parte, y que fue dejado sin efecto en el aludido precedente “*Acevedo*” (véase nota 82).

(88) “*Nova constitutio futuris formam imponere debeat, non praeteritis*” (Coke, Edward, *The Second Part of the Institutes of the Lawes of England*, London, M. Flesher & M. Young, 1642, p. 292; una fórmula similar se lee en la misma obra, p. 87: “*Item tempus spectandum erit cum omnis nova constitutio futuris formam imponere debeat & non praeteritis*”). Lo mismo se encuentra en Pirhing: “*lex sive constitutio quæ novum ius condit, sive de novo aliquid statuit ad disponis, ad praeterita, sive quæ jam facta, non extenditur*” (Pirhing, R. P. Ernrico, *Jus Canonium in V. Libros Decretalium*, Venetiis, Ex Thipographia Remondiniana, MDCCCLIX, tomus primus, p. 21).

(89) Véase, por ejemplo, Fuller, Lon L., *The Morality of Law*, rev. ed., New Haven y London, Yale University Press, 1969, pp. 51/62.

(90) Por ejemplo, Fallos: 315:885; 319:1915; 320:1542; 339:781.

(91) Véase Fallos: 312:1908.

En definitiva, y como se ha dicho con acierto, las decisiones “que alteran sustancialmente la inteligencia de la legislación deben equipararse a cambios en esta” (Fallos: 313:1010, voto de los jueces Fayt, Petracchi y Barra; Fallos: 315:276, voto del juez Barra), y por ello no cabe descartar de plano la vigencia para las reglas jurisprudenciales de las mismas pautas que rigen la vigencia de las reglas legales (algo que se constata en la afirmación de que, análogamente a lo que ocurre con la ley, “la autoridad institucional del precedente ha de regir para el futuro” (véanse Fallos: 9:53; 183:409; 192:414; 293:531)).

(92) “*Téllez*” (Fallos: 308:552); también, Fallos: 312:1908; 320:1393; 321:1248; 318:1089; 324:2366, disidencia de los jueces Moliné O’Connor y López; 325:1578; 328:566 y 1108; 329:759; 333:935; 337:530; 338:724; 340:1311; 342:2389.

(93) En tal sentido, “*Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. de Elortondo*” (Fallos: 33:162). Véanse también Fallos: 338:134; 340:1084; 341:1768; 342:853: “el apropiado uso de los precedentes está rigurosamente condicionado a que en el nuevo caso se presenten las mismas circunstancias de hecho y jurídicas consideradas en la causa en que se estableció la doctrina de que se trata”; 342:1660.

(94) Al respecto, véase: Alexy, Robert, “Two or Three?”, en Borowski, Martin (ed.), *On the Nature of Legal Principles*, Archiv für Rechts und Sozialphilosophie, Beiheft 119, 2010, pp. 9/18.

(95) Donde merece destacarse el supuesto de inobservancia de las garantías del artículo 8 del llamado “Pacto de San José de Costa Rica”, que resultan aplicables no solo al proceso penal (véase Corte In-

otros supuestos de incorrecciones, que expresan la especificidad y la naturaleza reglada del procedimiento judicial, materializando “tipos” bien conocidos de arbitrariedad que afectan la validez de la decisión final, y que la teoría procesal ha estudiado clásicamente bajo el rótulo de “nulidades” (interpretadas siempre a la luz de cánones clásicos como la trascendencia, la no-subsanación y la prohibición de invocación de la propia torpeza).

a) Referidas al juez

i. Violación a la garantía del juez natural: este supuesto se configura no solo cuando el fallo ha sido dictado por un tribunal formalmente incompetente, sino también cuando la sentencia se ha apartado de las pautas que establecen la medida de la jurisdicción del tribunal en cuestión (como se verifica cuando una Cámara de Apelación –por ejemplo– al fallar en un recurso de apelación extraordinaria revisa asuntos resueltos con argumentos suficientes, sustituyendo el criterio válido de los jueces de la causa por el suyo propio⁽⁹⁶⁾).

ii. Violación a la garantía del juez imparcial, como ocurre cuando el fallo es dictado por un juez que se ha excusado o que ha sido legalmente recusado⁽⁹⁷⁾.

b) Referidas a los hechos del caso

Estas arbitrariedades (a veces denominadas “fácticas”⁽⁹⁸⁾) se refieren al procedimiento de determinación de la “premisa menor” del silogismo, que –como es sabido– debe perseguir la determinación de la verdad de los hechos, finalidad expresada clásicamente a través del mandato de respeto a la “verdad jurídica objetiva”⁽⁹⁹⁾. Como se ha dicho con acierto, “si bien los jueces deben fallar con sujeción a reglas y principios de forma, según las circunstancias de hecho que aducen y acreditan las partes, nada excusa su indiferencia respecto de la *verdad* objetiva en la misión de dar a cada uno lo suyo”⁽¹⁰⁰⁾.

El catálogo de incorrecciones en la “formación del juicio relativo al hecho concreto”⁽¹⁰¹⁾ es, una vez más, prácticamente inagotable: así, es arbitraria la sentencia que se funda sobre una afirmación probadamente falsa⁽¹⁰²⁾ o sobre prueba inexistente⁽¹⁰³⁾, inválida o ilícita⁽¹⁰⁴⁾; o que tiene por verdadero un hecho en contra de lo que indica la evidencia científica o a pesar de que este no se encuentra empíricamente demostrado⁽¹⁰⁵⁾; o que atribuye *decisividad* a pruebas que no la tienen o prescinde de pruebas eventualmente decisivas; o que se aparta de las constancias del expediente (ignorándolas o invocando constancias inexis-

tentes) o las interpreta de manera caprichosa o formalista (lo cual se hace patente cuando se requieren las famosas “fórmulas sacramentales”).

Lo mismo cabe predicar respecto de las sentencias que exigen prueba de hechos evidentes (por ejemplo, respecto de daños que corresponde tener por probados “*in re ipsa*”), o que prescinden de hechos notorios (paradigmáticamente, ignorando la “realidad económica vigente al tiempo de los hechos”⁽¹⁰⁶⁾), o que se apartan de las reglas de la carga de la prueba (que no siempre son las clásicas del *actor incumbit probatio* y *reus in excipiendo fit actor*⁽¹⁰⁷⁾).

c) Referidas a la congruencia

La arbitrariedad por incongruencia expresa el canon de que el juez debe tomar en serio todas las alegaciones conducentes de las partes, y además debe resolver todas las cuestiones litigiosas sometidas a su jurisdicción –solo ellas, y en la medida planteada por los litigantes–, sin perjuicio de su deber de aplicar, encuadrar o calificar jurídicamente el caso con independencia de las calificaciones propuestas por las partes, supliendo el derecho no invocado e incluso corrigiendo al mal invocado (*iura novit curia*)⁽¹⁰⁸⁾.

El aspecto mencionado en primer lugar se vincula con la “*incongruencia argumentativa*”, que se configura cuando el juez no se hace cargo de todas las razones oportunamente invocadas por las partes que sean “pertinentes” o “decisivas”⁽¹⁰⁹⁾, desconociendo así que más allá “del grado de acierto o error de la alegación expuesta, los justiciables tienen el derecho constitucional a que el sentenciante atienda, con razones puntuales, a todas aquellas argumentaciones que aparezcan como conducentes para la defensa de sus derechos”⁽¹¹⁰⁾.

En un enfoque ortodoxo, la incongruencia se encuentra representada en la clásica tríada de los fallos *citra petita* (que omiten resolver cuestiones planteadas conducentes, incluyendo las defensas opuestas), *ultra petita* (que otorgan más de lo peticionado por el titular de la acción⁽¹¹¹⁾ –salvo que se trate de un caso donde inicialmente no resulta posible precisar de manera definitiva la pretensión⁽¹¹²⁾– o menos de lo reconocido por el propio accionado) y *extra petita* (que son los que se expiden sobre cuestiones no planteadas⁽¹¹³⁾, incluyendo el supuesto de invocación de defensas no esgrimidas⁽¹¹⁴⁾).

En la alzada, estos supuestos de incongruencia se especifican en la forma de ausencia absoluta de tratamiento serio de los agravios⁽¹¹⁵⁾, o de omisión de pronunciamiento sobre algún agravio particular, o de prescindencia de defensas conducentes oportunamente propuestas por las partes (en particular, las del vencedor en baja instancia⁽¹¹⁶⁾); de acogimiento de planteos que no fueron introducidos en baja instancia –la famosa “reflexión tardía”–, o de decisión sobre cuestiones que no fueron materia de agravios concedidos⁽¹¹⁷⁾, un aspecto donde también se pone en juego la “*res iudicata*”.

teramericana de Derechos Humanos, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001 Serie C No. 71, párr. 70, con cita del *Caso Paniagua Morales y otros*. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párr. 149.

(96) Ello representa estrictamente un exceso de jurisdicción, a pesar de que no se advierte que la práctica haya tomado nota de ello.

(97) Véase el clásico precedente de Fallos: 3:397 (1866).

(98) Véase Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario...*, v. 2, pp. 255 y ss.

(99) “*Colalillo*” (Fallos: 238:550 [1957]). Véanse, entre otros, Fallos: 306:738; 319:2300; 325:1014 y 1105; 328:4818; 338:484 y 1311: “El proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales, pues no se trata ciertamente del cumplimiento de ritos caprichosos, sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva que es su norte, y las normas procesales no se reducen a una mera técnica de organización formal de los procesos, sino que en su ámbito específico tienen por finalidad y objetivo ordenar adecuadamente el ejercicio de los derechos en aras de lograr la concreción del valor justicia en cada caso y salvaguardar la garantía de defensa en juicio”; Fallos: 339:1695 (2016): “El proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales, pues no se trata del cumplimiento de ritos caprichosos, sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva que es su norte”.

(100) Fallos: 278:85.

(101) Observaba hace ya mucho tiempo Calamandrei que si bien “se dice comúnmente que en el silogismo judicial la premisa menor está constituida por el hecho, más exactamente se debería decir que en el premisa menor se tiene siempre un juicio relativo al hecho concreto” (Calamandrei, Piero, *La Casación Civil...*, t. I, vol. 1, p. 68).

(102) En Fallos: 327:5581, por ejemplo, se hablaba de que la demandada estaba concursada, y ello no era así.

(103) Por ejemplo, en Fallos: 291:540; 315:877.

(104) Así “*Carlozzi*” (Fallos: 207:72 [1947]), donde se habla de “pruebas fehacientes regularmente presentadas en el juicio”.

(105) Pensemos en el peso de la verdad de las premisas empíricas a la hora de realizar el examen de proporcionalidad, que resulta decisivo cuando se trata de cuestiones científicas: por ejemplo, efectos contaminantes de sustancias químicas empleadas para fumigaciones; eficacia de un medicamento. Alexy ha destacado la importancia del grado de verdad de las premisas empíricas a la hora de resolver colisiones de principios mediante el examen de proporcionalidad a través de su célebre “fórmula del peso” (*Gewichtsförmel*), a la cual se alude más abajo.

(106) Así, Fallos: 322:2245. También, Fallos: 318:1217; 320:158, entre muchos otros.

(107) Así, cabe recordar que, en los juicios de responsabilidad médica, “rige el principio procesal de las cargas probatorias dinámicas” (Fallos: 325:284 [2002]).

(108) Que, como es sabido, no habilita a cambiar las pretensiones planteadas por las partes. Sobre el *iura novit curia* véanse Fallos: 15:274; 103:331; 300:1034; 307:2445; 310:1536; 337:1142; etc.

(109) Véanse Fallos: 301:970; 310:1705; 311:120; 312:1150; 313:323, etc.

(110) Fallos: 320:1663; también, Fallos: 342:93

(111) Partida III, Ley 16, Título 22 (“*non debe valer el juyzio que da el Judgador sobre cosa que non fue demandada ante él (...)*”).

(112) Dando lugar a la conocida salvedad de “lo que en más o en menos” resulte de las pruebas a producirse.

(113) Fallos: 237:328; 301:104; 306:2054, etc.

(114) Así, Fallos: 336:2429.

(115) “Resulta arbitraria la sentencia si los magistrados limitaron su tarea a rememorar de manera acrítica los aspectos centrales de la sentencia de su inferior, sin considerar ninguna de las cuestiones que constituían el núcleo de los planteos de los apelantes, cuyo abordaje conceptualizaron inasequible en esa instancia, cercenando dogmáticamente una instancia apta para el examen de los motivos de agravio oportunamente presentados por la parte acusadora, arribando así a una conclusión meramente formal que no alcanza para brindar certeza sobre la correcta solución del pleito” (Fallos: 341:161).

(116) Al respecto, véase Fallos: 327:3925.

(117) A pesar de que –como se lee en Fallos: 341:1075– ellos “determinan el ámbito de su facultad decisoria. La prescindencia de tal limitación infringe el principio de congruencia que se sustenta en los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional”. Véanse al respecto Fallos: 320:459; 327:3925; 336:421; 342:1336.

d) Referidas a la litispendencia, la cosa juzgada y la preclusión

Esta categoría de arbitrariedades, clásicamente vinculadas al principio de seguridad jurídica, se configuran –respecto de la litispendencia– cuando se adoptan decisiones prematuras sobre temas que requieren la previa resolución de cuestiones ventiladas en otros procedimientos⁽¹¹⁸⁾; respecto de la cosa juzgada, cuando se dejan sin efecto decisiones anteriores firmes adoptadas en el proceso, sean del mismo juez (por ejemplo, por vía de aclaratoria se modifica el contenido del fallo⁽¹¹⁹⁾) o de otro tribunal (así, además del ejemplo mencionado en el punto anterior, cuando al fallar en virtud de un reenvío el tribunal materializa un desconocimiento esencial del pronunciamiento superior); o cuando se viola la prohibición de *reformatio in pejus*⁽¹²⁰⁾; en cuanto a la preclusión, cuando se acogen planteos que debieron ser introducidos en etapas procesales ya cerradas⁽¹²¹⁾ (salvo, claro está, que se encuentre en juego la verdad jurídica objetiva⁽¹²²⁾ y con ello, la justicia material).

e) Referidas al mandato de optimización del derecho de defensa

El derecho de defensa, en cuanto “principio” a optimizar, le plantea la exigencia de tutela “en la mayor medida posible” a los jueces, que incurrirán en arbitrariedad –por ejemplo– si dan curso a un proceso inválidamente iniciado⁽¹²³⁾, o reconocen eficacia a notificaciones viciadas, u omiten las medidas necesarias para asegurar que se dé efectiva noticia del pleito al demandado⁽¹²⁴⁾ y así se respeta el “principio de contradicción o bilateralidad”⁽¹²⁵⁾; o remiten a procesos ulteriores el tratamiento de pretensiones y defensas conducentes que pueden encontrar adecuado e inmediato juzgamiento en la vía intentada⁽¹²⁶⁾, o privan injustificadamente del derecho de probar y alegar; o declaran la caducidad de instancia omitiendo considerar el sentido último (y la justificación) del instituto de la perención; o incurrir en excesivo rigor al evaluar el cumplimiento de las formalidades por las partes (sobre todo, cuando existen circunstancias que exigen una apreciación distinta⁽¹²⁷⁾), o, en síntesis, omiten “encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que la incorrecta utilización de las formas pueda conducir a la frustración” de derechos fundamentales⁽¹²⁸⁾.

VII. Las arbitrariedades procedimentales: “This is the way”

Hemos visto que las arbitrariedades pueden originarse tanto en la violación de normas sustantivas (reglas o principios) como en la inobservancia de las reglas de la argumentación. Corresponde que nos ocupemos ahora de esta segunda categoría, que expresa el estatus normativo de las reglas procedimentales, elaboradas tanto por la filosofía jurídica como por la jurisprudencia⁽¹²⁹⁾, y cuya violación

da lugar a la clásica interpretación “inconstitucional”⁽¹³⁰⁾, que es la que desborda el límite de las “posibilidades interpretativas”⁽¹³¹⁾.

Si bien pueden pensarse diversos criterios de clasificación de las reglas de la argumentación (entre los cuales se destaca la distinción *alexiana* entre reglas monológicas y no-monológicas⁽¹³²⁾, a la cual podríamos agregar la clasificación de las reglas argumentativas en función de su objeto⁽¹³³⁾), a los fines de nuestro trabajo basta con proponer una tríada en función de la naturaleza que exhiban tales reglas, por lo que distinguimos entre reglas lingüísticas, lógicas y axiológicas, cada una de las cuales da lugar a una categoría o clase de arbitrariedad.

A) Arbitrariedades lingüísticas

Una de las notas del discurso jurídico es que, en cuanto discurso, se expresa necesariamente a través de palabras y, con ello, siempre implica un uso del lenguaje. La argumentación es, entonces, un asunto inevitablemente lingüístico (aunque no solo ello), que tiene que ver con la determinación del sentido de ciertos textos (normativos y no-normativos)⁽¹³⁴⁾ a fin de producir otros textos (los discursos justificatorios del juez, en lo que aquí nos interesa), actividades que están sujetas a reglas de cuya inobservancia resultan distintas categorías de arbitrariedades, de las cuales mencionaremos las más corrientes:

i) **Prescindencia del texto:** en sintonía con un viejo canon hermenéutico –“*a verbis legis non est recedendum*”⁽¹³⁵⁾–, la regla básica en la interpretación de textos normativos es que no pueden ser interpretados de manera tal que parte de estos queden sin uso o sin significado⁽¹³⁶⁾, regla que implica, entre otros aspectos, el deber de prestar específica atención a expresiones de la ley que revelan ciertos criterios interpretativos, como cuando el legislador apela a términos tales como “únicamente” o “solamente”, que obligan a aplicar la regla *expressio unius est exclusio alterius*.

Del mismo modo, tampoco corresponde atribuirle a un precepto un sentido sin antes haber considerado todo el documento normativo (por ejemplo, una ley, una constitución)⁽¹³⁷⁾, pues bien puede ocurrir que otro precepto corrija la interpretación dada al precepto examinado en solitario: este “*Whole-Text Canon*”⁽¹³⁸⁾ representa la “*paramount rule*” de la interpretación textual⁽¹³⁹⁾, que ha

cuestión del método de interpretación es problema de orden científico, que sólo en condiciones excepcionales puede dar lugar al recurso extraordinario”.

A la luz de la praxis jurisprudencial cabe afirmar que resulta dudoso que este *dictum* conserve vigencia, pues en definitiva con el pasar de los años la misma Corte Suprema se ha encargado de ir elaborando un catálogo de “pautas interpretativas”, indicando a los jueces cómo deben operar con las fuentes del derecho. Para decirlo en palabras de The Mandolorian, al exponer sus modos de interpretar también ella nos está diciendo “*This is the way*” (por ejemplo, cuando invoca informes del Comité de Derechos Humanos, o del Comité de los Derechos del Niño, etc.).

(130) Fallos: 229:599.

(131) Como decía Juan F. Linares en un trabajo publicado en 1949 bajo el título “El recurso extraordinario contra sentencia arbitraria”, *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, t. 27, p. 222.

(132) Alexy, Robert, “Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft”, en Alexy, Robert y Dreier, Ralf, *Rechtssystem und praktische Vernunft. Verhandlungen des 15. Weltkongresses der Internationalen Vereinigung für Rechts und Sozialphilosophie (IVR) in Göttingen, August, 1991*, Franz Steiner, Stuttgart, 1993], pp. 11/29.

(133) Así podríamos distinguir entre reglas de argumentación con tratados, con constituciones, con leyes, con precedentes.

(134) Así, entre los textos normativos, cabe mencionar por ejemplo a las leyes, los precedentes, etc., cuyos supuestos de hechos y consecuencias jurídicas cabe establecer; entre los textos no-normativos, pensemos en las obras científicas y filosóficas desde las cuales se conoce el derecho, y que representan el marco desde el cual debe buscarse la respuesta concreta.

(135) 5 Coke 118.

(136) Véase, Aarnio, Aulis, *The Rational as Reasonable...*, p. 101.

“Es doctrina de esta Corte que la inconsecuencia o falta de previsión del legislador no se presumen (Fallos: 306:721; 307:518), por lo cual las leyes deben interpretarse (...) computando que los términos empleados en la misma no son superfluos sino que han sido empleados con algún propósito, sea de ampliar, limitar o corregir los conceptos” (Fallos: 314:1256 [1992]); también, Fallos: 200:165; 304:1795; 314:458; 316:2732; 326:1778 y 2390; 338:488.

(137) Digesto, I, 3, 24 (Celsus): “*In civile est nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iudicare, vel respondere*”.

(138) Scalia, Antonin y Garner, Bryan A., *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, St. Paul/Minn., Thomson/West, 2012, p. 167.

(139) “*Before coming to any conclusion about the meaning of a text, read the entire document, not just the particular provision at issue (...). Often a later provision will reveal that the earlier provision must bear a particular meaning*” (Scalia, Antonin y Garner, Bryan A., *Making Your Case. The Art of Persuading Judges*, St. Paul, Minn., Thomson/West, 2008, p. 44).

(118) Lo cual determina la existencia de “impedimentos lógicos” para el dictado de una decisión (véase al respecto Carnelutti, Francesco, *Instituciones del Proceso Civil*, Buenos Aires, EJA, 1959, vol. II, p. 150).

(119) Fallos: 341:1439. En su disidencia en “*Veloso*”, del 21 de junio de 2018, el juez Rosenkrantz aludió al supuesto de arbitrariedad configurado “cuando por vía de aclaratoria se alteran aspectos fundamentales de un fallo (Fallos: 244:126; 328:758; 329:2575)”.

(120) Por ejemplo, véanse Fallos: 313:528; 318:2047; 336:242; 339:1567; 342:1336, entre otros.

(121) Fallos: 329:838.

(122) Cfr. “*Colalillo*”.

(123) Fallos: 333:405.

(124) “*Zeitlin de Teitelman*” (CSJSF, R. A. y S., t. 210, p. 49 [2005]).

(125) CSJN, “*Círculo Odontológico de Jujuy*”, del 23 de junio de 2015, C. 1088. XLIX. REX.

(126) Hipótesis de “indebida dilación” que se verifican por lo común cuando el juez de la ejecución remite ciertas defensas al “juicio declarativo posterior”, o el juez del amparo apela dogmáticamente a la necesidad de “mayor debate y prueba en las vías ordinarias”.

(127) “Median evidentes razones de justicia y equidad que hacen que deba darse prioridad al derecho de defensa y evitar todo exceso ritual manifiesto que conlleve a la frustración de una legítima expectativa del litigante en desmedro de la verdad objetiva, si las circunstancias de la causa y los motivos expresados por la recurrente que presentó el recurso de hecho un minuto después de las dos horas del día hábil inmediato posterior al vencimiento del plazo de cinco días justifican hacer excepción a los principios de perentoriedad de los plazos procesales (art. 155 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)” (disidencia de los jueces Moliné O’Connor y López en “*Cantera Timoteo S.A. c/ Mybis Sierra Chica S.A. y otros*”, Fallos: 326:3895 [2003]).

(128) Fallos: 332:1394.

(129) Al respecto la Corte señaló en el lejano precedente de Fallos: 235:109 que no hay arbitrariedad por apartamiento “de la doctrina de interpretación preconizada por ciertos antecedentes de la Corte. La

sido destacada por la Corte argentina con respecto a la ley al hablar de la necesidad de considerar la totalidad de los preceptos que la integran⁽¹⁴⁰⁾.

ii) Apartamiento injustificado del lenguaje ordinario: la segunda regla de racionalidad lingüística es la de “preferencia *prima facie* del lenguaje ordinario”⁽¹⁴¹⁾, según la cual a las palabras no se les puede asignar en principio un significado que se aparte del que tienen en el lenguaje ordinario, y todo apartamiento debe ser justificado⁽¹⁴²⁾; por ello, resulta arbitraria una interpretación que se aparte del “entendimiento común”⁽¹⁴³⁾ y del sentido que tienen las palabras “en la vida diaria”⁽¹⁴⁴⁾.

iii) Apartamiento del significado legal, filosófico o científico de los términos empleados en la norma: como excepción al canon analizado precedentemente corresponderá apartarse del “sentido corriente” de las palabras cuando estas tengan un significado específicamente jurídico⁽¹⁴⁵⁾ (lo que Aarnio denomina “privilegio de la terminología técnica”⁽¹⁴⁶⁾). Esto implica atender, en primer lugar, a las “definiciones legales”⁽¹⁴⁷⁾ y a jurisprudenciales⁽¹⁴⁸⁾, pero también supone considerar las respuestas de la doctrina en cuanto expresión de la ciencia y la filosofía jurídicas, que no valen solo como “*argumentum ab auctoritatem*”⁽¹⁴⁹⁾: cabe pensar, en tal sentido, en el papel de la dogmática como uno de los límites del discurso jurídico⁽¹⁵⁰⁾, y en la necesidad de ingresar en reflexiones filosóficas a la hora de pensar conceptos morales como el de dignidad, libertad o, incluso, “bien común”⁽¹⁵¹⁾.

iv) Prescindencia de la equidad: como sabemos, la interpretación de los textos jurídicos tiene un sentido práctico, y no constituye un puro ejercicio teórico; “su

fin no es la aprehensión del estilo auténtico con vistas a su contemplación intelectual, sino la determinación de la regla de comportamiento sin la cual la acción no puede ser realizada correctamente”⁽¹⁵²⁾. Por ello, a pesar de ocasionales referencias en dirección contraria⁽¹⁵³⁾, la Corte ha insistido en afirmar que “la misión judicial no se agota con la remisión a la letra de la ley”⁽¹⁵⁴⁾, y que resulta arbitrario –por “ritualista”– el excesivo apego a dicha letra⁽¹⁵⁵⁾, debiendo atenderse a la finalidad de aquella, tal como enseñaba el Estagirita al hablar de la *epieikeia*⁽¹⁵⁶⁾.

Este recurso a la equidad, con todo, demanda el cumplimiento de una especial carga de argumentación, pues no puede dejar de señalarse el fino límite que en la práctica existe entre la “aplicación equitativa”, que confiere fundamento válido a la decisión, y el juicio derivado de la mera subjetividad, que se encarnaba paradigmáticamente en el “*bon juge* Magnaud”⁽¹⁵⁷⁾ (y que supone arbitrariedad, pues implica la prescindencia injustificada de la ley aplicable), cobrando así importancia decisiva la presencia de otros argumentos que refuercen la conclusión de que la corrección legal es una exigencia de la “naturaleza de las cosas”⁽¹⁵⁸⁾. Nada distinto ha exigido la Corte Suprema en la causa “*Licanic*”⁽¹⁵⁹⁾, al descalificar un pronunciamiento en razón de haberse apartado de la norma que regía el caso sin una “mínima argumentación seria”, afirmando entonces que “los motivos de equidad subjetivamente apreciados no pueden servir de pretexto para que los jueces dejen de aplicar las normas legales cuya sanción y abrogación está reservada a otros poderes del Estado”⁽¹⁶⁰⁾, lo cual importa un claro rechazo a las apelaciones “mágicas” a la equidad, que no pueden subsanar (e incluso “profundizan”) la arbitrariedad de las sentencias que presentan “graves falencias de fundamentación”, tal como se comprueba en la reciente causa “*Codapri S.A.*”⁽¹⁶¹⁾, donde el tribunal señala que tal invocación “no es más que un fundamento aparente que pretende sustentar una decisión basada en la sola voluntad de los jueces”.

v) ¿Interpretaciones contrarias a la voluntad del legislador o del constituyente?: si bien existen precedentes que, con claras reminiscencias de von Savigny⁽¹⁶²⁾, han declarado que “la primera regla consiste en respetar

(140) Fallos: 313:1074.

(141) “*Privilege of ordinary language*”, en la terminología de Aarnio (Aarnio, Aulis, *The Rational as Reasonable...*, p. 101).

(142) “*Ordinary-meaning canon*”, Scali, Antonin y Garner, Bryan A., *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts...*, p. 69.

(143) Fallos: 262:60.

Fallos: 318:1428, voto de los jueces Petracchi y Bossert: “un consolidado principio de interpretación de las leyes establece que las palabras que usa el legislador deben ser entendidas con sus significados habituales, a menos que el legislador decida apartarse de dichos significados corrientes. En este último supuesto, el legislador debe indicar, de alguna manera, cuándo ha usado un término con un significado diferente del habitual. Puesto que si no realizara dicha indicación, no hay por qué apartarse del mencionado significado corriente de las palabras. La razón de este principio de interpretación se funda en que uno de los fines principales del legislador al dictar normas es el de inducir ciertas conductas que considera deseables. Este efecto en el comportamiento del destinatario de la ley presupone que este entiende el ‘mensaje’ que el legislador ha plasmado en la norma. Y, para ello, es imprescindible que exista un lenguaje común al emisor y al receptor –en el caso, al legislador y a los destinatarios de las leyes–”.

En el mismo sentido, Fallos: 320:74, voto del juez Petracchi: “un consolidado principio de interpretación establece que las palabras utilizadas en la ley deben ser entendidas con los significados que habitualmente se les atribuya en la comunidad en la que dicha ley ha de regir. Y ello es así excepto que los legisladores hayan decidido apartarse de tales significados corrientes y además, hayan señalado de modo inequívoco esta decisión. Esta tesis se funda en que –tal como expresó esta Corte en el precedente ‘Alejandro Bianchi’– ‘[...] no es probable que [los miembros del Congreso] hayan buscado alguna significación obscura o abstrusa de las palabras empleadas [en las leyes], sino más bien que se las haya aceptado en el sentido más obvio al entendimiento común en la colectividad que han de regir; conf. Willoughby, W.W., ‘The Constitutional Law of the United States’, tomo 1º, p. 54”.

(144) Fallos: 320:389.

El precedente de Fallos: 334:565 contiene un buen ejemplo de este canon, al destacar la arbitrariedad de un pronunciamiento en razón de incluir en el concepto de “recursos naturales” a un meteorito!

(145) Así, entre muchos otros, *Will v. Michigan Department of State Police* (491 U.S. 58 [1989]).

(146) “*Privilege of technical terminology*” (Aarnio, Aulis, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, cit., p. 101).

(147) Por ejemplo, el artículo 77 del Código Penal.

(148) Pensemos en el concepto de “huelga” tal como aparece delineado por la Corte Suprema de Justicia en el caso *Orellano* (Fallos: 339:760 [2016]). Véanse también Fallos: 337:354, referido al concepto de “secuela del juicio”.

(149) Así, en “*Sasetru*” (Fallos: 306:1472), la Corte dijo que “si el texto legal aplicable permite al intérprete un amplio marco de decisión, como en el caso, el aludido requisito de objetividad solo se cumple si la articulación del *dictum* remite, antes que a los valores personales del juzgador, a los que apoyan la doctrina y la jurisprudencia de su época, que revelan la trama de un sistema acerca de cuyos méritos no incumbe a los magistrados judiciales pronunciarse. Por eso un fallo que, como el recaído en la especie, no se adecua a la ley en su ineludible vinculación con los principios de la doctrina y de la jurisprudencia relacionados, a su vez, con el caso a decidir, satisface solo de manera aparente la exigencia de constituir una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a los hechos comprobados de la causa, lo que impone su descalificación como acto judicial”.

(150) A que alude Alexy al exponer su “tesis del caso especial”, ya aludida.

(151) Así, “*Alit*” (Fallos: 329:5266 [2006]).

(152) Kalinowski, Georges, “*Philosophie et logique de l’interprétation en Droit*”, en *Archives de Philosophie du Droit*, N° XVII, Paris, Sirey, 1972, p. 45.

(153) Como cuando destaca que “cuando los términos de la ley son claros, no corresponde a los jueces apartarse de sus propósitos, so pretexto de evitar las deficiencias reales o presuntas que podrían resultar de su aplicación” (Fallos: 213:405), que “la sentencia que se arroga la facultad de modificar a sabiendas la ley, es violatoria del principio de división de los poderes, fundamental en el sistema republicano de gobierno adoptado por la Constitución Nacional. Esa violación no se justifica con el argumento de que la ley es anticuada y no satisface las exigencias de justicia que tuvo originariamente en vista. El Poder Judicial es órgano de interpretación y aplicación de la ley, no de su derogación o reforma” (Fallos: 234:310), o que “no puede dejarse de aplicar una ley cuyo texto es claro y preciso, por la consideración de los perjuicios a que se supone que pueda dar lugar su aplicación” (Fallos: 8:399, del 19 de febrero de 1870).

(154) “*Vera Barros*”, Fallos: 316:3043. Antes, “*Saguir y Dib*”, Fallos: 302:1284.

(155) *Ibidem*. En similar dirección ha dicho que “la potestad jurisdiccional no se agota en la aplicación mecánica de las normas”, “*Cúneo Libarona*”, Fallos: 315:105 (1992).

“Numerosos y cotidianos son los supuestos en que resulta necesario que el juez se aparte de las palabras de la ley, para aplicar la norma con auténtico sentido de justicia y recto juicio prudencial en los casos concretos, toda vez que estos son particulares y contingentes, y por su indeterminación y multiplicidad no son siempre susceptibles de ser abarcados en su totalidad cuantitativa ni en su tipicidad cualitativa por la previsión del legislador” (Fallos: 322:1699; 323:212).

(156) Véase Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Libro V, 1137a32; también Santo Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, II-II, q. 120, a. 1.

(157) Paul Magnaud fue presidente del tribunal de Château-Thierry. No podemos ocuparnos aquí de un juicio crítico –en general, negativo– sobre las sentencias de este magistrado, que se caracterizó por la parcialidad de sus decisiones, pero que a pesar de ello sería llamado –primero por Clémenceau– como el “buen juez”.

(158) Como lo observa Coing cuando escribe, con referencia a la diferenciación que hace el juez por razón de justicia, que la misma “tiene que poseer un fundamento objetivo: tiene que resultar de la cosa misma, y no debe ser puesta arbitrariamente por el hombre” (Coing, Helmut, *Fundamentos de filosofía del derecho*, Ariel, Barcelona, 1961, p. 130).

(159) Fallos: 324:2801.

(160) Véase, también Fallos: 306:783; 313:634; 315:727; 322:1017; 324:2169.

(161) Fallos: 348:452.

(162) Savigny, Friedrich Carl von, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, Veit und Comp., 1840, erster Band, pp. 213 y ss.

Lo mismo puede leerse, aunque sin la cita de von Savigny, en el voto del juez Moliné O’Connor para la causa “*Moschini*” (Fallos: 317:779), considerando 6º.

la voluntad del legislador, a cuyo fin cabe estar a las palabras que ha utilizado”⁽¹⁶³⁾, llegando a sostener la arbitrariedad de una sentencia que aplica la norma “no como fue concebida por el legislador, a cuya intención debe darse pleno efecto”⁽¹⁶⁴⁾ (tesis que, llevada al extremo, conduciría a afirmar la obligatoriedad de considerar los “*travaux préparatoires*”), resulta en definitiva dudoso que pueda defenderse seriamente la invalidez de una interpretación que se aparte de la “*voluntas legislatoris*”, e incluso de la “intención del constituyente” (más allá de que Aristóteles al exponer sus ideas sobre la equidad haya apelado precisamente a esa intención del legislador para justificar la rectificación del texto legal).

Ello es así toda vez que la “finalidad” de la norma⁽¹⁶⁵⁾ no necesariamente debe buscarse en las voluntades de los que la crearon, no solo porque han de considerarse “las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad”⁽¹⁶⁶⁾ (por lo que es inadecuado adoptar “una exégesis estática, referida a las circunstancias de la sanción de la ley”⁽¹⁶⁷⁾, idea que también se aplica a la Constitución⁽¹⁶⁸⁾), sino porque hasta puede ocurrir que esa voluntad histórica no exista⁽¹⁶⁹⁾, como se ha encargado de evidenciarlo en el ámbito estadounidense la crítica al originalismo, rechazando la idea del constituyente como un “escritor” que todo lo habría previsto⁽¹⁷⁰⁾, y postulando en su lugar que “*the text is kind of a living thing*”⁽¹⁷¹⁾.

vi) Violación a la exigencia de claridad lingüístico-conceptual: pensando finalmente en las arbitrariedades propias de los textos “elaborados por el juez”, cabe aludir al canon de claridad lingüístico-conceptual⁽¹⁷²⁾, bien presente en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que ha destacado “el principio según el cual los fallos judiciales deben estar dotados de claridad y coherencia suficientes para permitir a los justiciables tomar acabado conocimiento de las razones que motivaron su dictado”⁽¹⁷³⁾, lo cual requiere “evitar la congestión de argumentos y el espesamiento del lenguaje usado en forma negligente” y un esfuerzo “en la búsqueda de expresiones necesarias, exactas, concisas, compactas, entendibles y memorables”⁽¹⁷⁴⁾.

Es decir que para el juez también juega la exigencia de “*clare loqui*” (cuya violación respecto del actor habilita la clásica excepción de “oscuro libelo”), pues en definitiva una fundamentación que no se desarrolla con claridad no es una verdadera fundamentación.

B) Arbitrariedades lógicas

Resulta bien conocida la afirmación de Oliver W. Holmes al comenzar a escribir *The Common Law*: “la vida

del derecho no ha sido lógica: ha sido experiencia”⁽¹⁷⁵⁾. A pesar del peso que tienen esas palabras a la hora de impugnar el reduccionismo logicista, es innegable que ellas solo resultan parcialmente ciertas, pues a pesar de la necesidad de la experiencia (sin la cual es prácticamente imposible el juicio prudencial), en definitiva todo razonamiento jurídico “en tanto que es razonamiento, depende de la lógica”⁽¹⁷⁶⁾.

En esa dirección, la Corte Suprema de Justicia ha hablado de la sentencia como el resultado de una “operación lógico-jurídica”⁽¹⁷⁷⁾, y ha invalidado decisiones que exhiben defectos lógicos, tanto si ellos corresponden al campo de la “lógica del derecho” (que atiende sobre todo al sistema jurídico y su estructura) como si pertenecen al de la “lógica de los juristas”⁽¹⁷⁸⁾ (que se ocupa del razonamiento jurídico).

Así, con relación al primero, cabe mencionar i) la “*interpretación asistemática*”, que se verifica cuando los jueces al interpretar una norma dejan de considerar “el resto del ordenamiento jurídico”⁽¹⁷⁹⁾, omitiendo su “visión de conjunto” (o “*Zusammenschau*”) ⁽¹⁸⁰⁾: “la sentencia implica una operación de adjudicación jurídica, requisito este que, por cierto, no se circunscribe a la cita de uno o varios textos positivos aislados; antes bien, la idea de ordenamiento normativo, lleva en sí misma una visión integradora de fuentes diversas, atravesada siempre por los principios fundamentales del derecho, y las garantías constitucionales; y, con ellos, por la producción jurídica internacional en el campo de los derechos fundamentales”⁽¹⁸¹⁾.

Se trata, como puede verse, del mismo defecto que hemos considerado al hablar de las arbitrariedades por prescindencia de normas aplicables, aunque aquí examinado desde la perspectiva de la unidad del sistema jurídico, nota que obliga a volver la mirada una vez más –entre otras pautas– a la apuntada necesidad de considerar el “efecto de irradiación” (*Ausstrahlungswirkung*)⁽¹⁸²⁾ de los principios constitucionales, que deben guiar la operación con las normas legales (sobre todo cuando ellas resulten vagas, oscuras o ambiguas⁽¹⁸³⁾) y, en definitiva, a la estructura escalonada del sistema jurídico (la “*Stufenbau*” de Merkl)⁽¹⁸⁴⁾.

Tal interpretación asistemática también se materializa cuando en la labor hermenéutica se asigna a las normas “un sentido que ponga en pugna sus disposiciones –des-

(175) “*The life of the law has not been logic: it has been experience*” (Holmes, Oliver Wendell [jr.], *The Common Law*, Little, Brown & Co., 1881, p. 1).

(176) Kalinowski, Georges, “Philosophie et logique de l’interprétation du Droit”, N. XVII, Sirey, Paris, 1972, p. 46.

“Si pretende racionalidad, el derecho no puede prescindir de la lógica, pues no podríamos pensar sin seguir sus reglas” (véase Whitcross Patton, George, *A Text-Book of Jurisprudence*, Oxford, The Clarendon Press, 1946, p. 154).

Corrigiendo a Holmes, aunque sin mencionarlo, los jueces Barra, Fayt y Cavagna Martínez señalarían en su voto concurrente en “*Vera Barros*” que “el derecho no es solo lógica, sino también experiencia, entendiendo por tal la comprensión del sentido último que anida en cada caso”.

(177) “*Baca Castex*” (Fallos: 323:1374 [2000]).

(178) Sobre esta distinción véase Bobbio, Norberto, *Derecho y Lógica*, Centro de Estudios Filosóficos, México, UNAM, 1965, cuaderno 18, p. 23, distinción también presente, aunque con matices diversos, en Tammelo –quien hablaba de “*Logik der Juristen*” y “*Logik des Rechts*”– (véase, Tammelo, Ilmar, “La logica giuridica oggi e domani”, en I. Tammelo/I. Tebaldeschi [eds.] *Studi di logica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 50); y en Kalinowski –quien diferenciaba entre “lógica de las normas” y “lógica jurídica”– (Kalinowski, Georges, *Introducción a la lógica jurídica*, Buenos Aires, Eudeba, 1973, pp. 67 y ss. y 145 y ss.).

(179) Fallos: 308:2475; 320:2201.

(180) “Por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente, es decir, en conexión con las demás normas que integran el ordenamiento general del país. En esta indagación no cabe prescindir de las palabras de la ley, pero tampoco atenerse rigurosamente a ellas, cuando la interpretación razonable y sistemática así lo requiere” (Fallos: 241:227; 244:129; 262:283; 283:239, etc.). En la interpretación de las leyes –también ha dicho la Corte– “se debe computar la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos: 312:111)” (Fallos: 316:2695).

(181) Fallos: 332:1394.

(182) Lüth, BVerfGE 7, 198 (1957).

(183) En tal sentido sigue siendo obligada la referencia al voto disidente del juez Petracchi en “*Comunidad Homosexual Argentina*”, Fallos: 314:1453.

(184) Al respecto me remito a mi trabajo “Concepto del Derecho y estructura del sistema jurídico. Una reflexión crítica sobre la actualidad del paradigma kelseniano”, en Sieckmann, Jan y Clérico, Laura (eds.), *La teoría del derecho de Hans Kelsen*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2012, pp. 145/198.

(163) Fallos: 323:3215; véase también Fallos: 317:779. En “*Saffores de Doumeq*” (Fallos: 184:5 [1939]) se lee: “la primera regla de interpretación de las leyes es dar cumplido efecto a la intención del Poder Legislativo. Ordinariamente esa intención fluye de las palabras empleadas para expresar aquella y cuando estas son claras la tarea del intérprete se reduce a una cuestión idiomática o de lenguaje (...)”.

De todas maneras, también ha advertido que “el respeto a la voluntad del legislador no requiere la admisión de soluciones notoriamente injustas, incompatibles con el fin común a la tarea legislativa y judicial, de la determinación de principios acertados para la adjudicación del derecho de los litigantes” (Fallos: 262:236).

(164) Fallos: 313:1074.

(165) Véase el artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación.

(166) “*Kot*”, Fallos: 241:291.

(167) Fallos: 256:588.

(168) Clásicamente, “*Peralta*” (Fallos: 313:1513 [1990]).

(169) Aarnio, Aulis; Alexy, Robert y Peczenik, Alexander, *The Foundation of Legal Reasoning*, Rechtsatheorie 12 (1981), Berlin, Duncker & Humblot, p. 434.

(170) Una ficción denunciada por Sunstein al hilo de su cita de un reportaje a George Lucas, en el cual este reconoce que al comenzar a escribir *Star Wars* no se imaginaba que Darth Vader llegaría a ser el padre de Luke (la mítica escena del “*I Am Your Father*”), aunque también pide que “no se lo digan a nadie” (*Don’t tell anyone*) (Sunstein, Cass R., *The World According to Star Wars*, New York, Dey Street, 2016, pp. 9 y ss.).

(171) Para decirlo con las palabras del profesor Bill Dobson, al defenderse de las acusaciones contra él en el capítulo 6 de “*The Chair*” (2021).

Como decía Holmes, “*we do not inquire what the legislature meant; we ask only what the statute means*” (Holmes, Oliver W. [jr.], “*The Theory of Legal Interpretation*”, 12 HLR [1899], pp. 417/420, en p. 419).

(172) “*Sprachlich-begrifflicher Klarheit*” (véase Alexy, Robert, *Nachwort* [1991]: Antwort auf einige Kritiker, en el mismo, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurs als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt/M., Suhrkamp Verlag, 2001, p. 401).

(173) Fallos: 322:444.

(174) Fallos: 324:2133, voto del juez Petracchi.

truyendo las unas por las otras—⁽¹⁸⁵⁾, omitiéndose la necesaria armonización, o cuando esta se pretende realizar con apartamiento de las reglas que rigen la solución de antinomias normativas, que —cuando se trata de un *conflicto de reglas*— no son otras que los bien conocidos criterios de jerarquía (“*lex superior derogat legi inferiori*”), temporalidad (“*lex posterior derogat legi priori*”⁽¹⁸⁶⁾), especialidad (“*lex specialis derogat legi generali*”⁽¹⁸⁷⁾ y competencia⁽¹⁸⁸⁾.

Por otro lado, y desde la perspectiva de la lógica de los juristas, es claro que el “correcto entendimiento judicial” depende de la observancia de “las reglas de la lógica y la experiencia”⁽¹⁸⁹⁾, por lo que si el fallo exhibe “deficiencias lógicas del razonamiento”⁽¹⁹⁰⁾ o incurre en “severas fallas lógicas”⁽¹⁹¹⁾, en virtud de resultar “manifiestamente contraria” a aquellas reglas⁽¹⁹²⁾, carecerá de validez como acto jurisdiccional⁽¹⁹³⁾.

Esto implica asegurarse en cada caso que la sentencia represente una “unidad lógico-jurídica, cuya parte dispositiva no sea sino la conclusión final y necesaria de los presupuestos fácticos y normativos” enunciados en los considerandos⁽¹⁹⁴⁾. La arbitrariedad aparecerá, en consecuencia, cuando medie ii) *ausencia de estructura silogística válida*, que resulta necesaria pues “toda decisión judicial debe comenzar mediante la delimitación de los hechos y su subsunción en la norma jurídica aplicable”⁽¹⁹⁵⁾, de suerte tal que es inválido el fallo que arriba a conclusiones que no se derivan de las premisas⁽¹⁹⁶⁾ (“*think syllogistically*”, reclamaban Scalia y Garner)⁽¹⁹⁷⁾, o que presente un silogismo autocontradictorio donde la conclusión es contraria a las premisas sentadas⁽¹⁹⁸⁾, lo cual materializa la violación al principio de coherencia⁽¹⁹⁹⁾, que “es particularmente exigible a los actos judiciales, entre otras razones, para evitar la perplejidad de los litigantes”⁽²⁰⁰⁾; y

(185) Fallos: 278:62; 312:1614; 313:1293; 330:304.

(186) “Tratándose de leyes sucesivas, que legislan sobre la misma materia, la omisión en la última de disposiciones de la primera, importa seguramente dejarlas sin efecto, cuando la nueva ley crea —respecto de la cuestión de que se trata— un sistema completo, más o menos diferente de la legislación antigua, no sería prudente en tales condiciones [dice Demolombe, tomo I de la publication, etc. n.º 128] alterar la economía y la unidad de la ley nueva mezclando a ella disposiciones, quizás heterogéneas, de la ley anterior, que ella ha reemplazado” (Fallos: 182:392 [1938]).

(187) Criterio que puede entrar en colisión con el cronológico, cuando se trata de una ley anterior especial y una ley posterior general, prevaleciendo el criterio de que “*lex posterior generalis non derogat legi priori specialis*” (así, Merkel, Adolf, *Juristische Enzyklopädie*, 6a. ed., Berlin und Leipzig, Vereinigung wissenschaftlicher Verleger Walter de Gruyter & Co, 1920, p. 152), tal como se lee en el viejo precedente de Fallos: 150:147 (1926): “la doctrina y la jurisprudencia han sentado como norma de interpretación que una ley general no es nunca derogatoria de una ley o disposición especial, a menos que aquella contenga alguna expresa referencia a esta o que exista una manifiesta repugnancia entre las dos hipótesis de subsistir ambas” (con cita de 185 U.S. 88, y de Blackstone); también Fallos: 150:150 [1927]. Por su parte, en Fallos: 306:838 se dirá que “la ley general no deroga a la ley especial anterior salvo expresa abrogación o manifiesta incompatibilidad” (fórmula reiterada en Fallos: 319:2594).

(188) Que encuentra su principal campo de acción en Estados federales: pensemos en un conflicto entre normas sancionadas por el constituyente o el legislador provincial y normas de fondo sancionadas por el Congreso Nacional conforme al artículo 75, inciso 12, CN: en ese supuesto, el criterio será respetar la distribución de competencias diseñada por el constituyente e invalidar la norma dictada en violación a la misma, tal como se advierte por ejemplo en la causa “*Banco del Suquia c. Tomassini*” (Fallos: 325:428 [2002]); véase también Fallos: 326:3899; 327:887 y 2631; 342:1903, entre otros.

Sobre el punto véase, Alexy, Robert, “*Rechtssystem und praktische Vernunft*”, p. 408.

(189) Fallos: 310:2091; 314:685; 316:1877; 321:382 y 2990.

(190) Fallos: 326:1458.

(191) Fallos: 338:623.

(192) Fallos: 319:1266.

(193) En el mismo sentido, Fallos: 313:62; 325:284; 339:499.

(194) Fallos: 320:985 (véanse también Fallos: 308:732; 314:1633; 324:547 y 2210; 342:1637; 344:1266).

(195) Fallos: 332:1835.

(196) Por ejemplo, Fallos: 308:1160; 321:2904; 323:407.

(197) Scalia, Antonin y Garner, Bryan A., *Making Your Case. The Art of Persuading Judges*, p. 113.

(198) “*Kodama*”, Fallos: 320:613. También, Fallos: 314:1366; 332:1394.

(199) “*Kein Sprecher darf sich widersprechen*” (Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 234).

El primer principio autoevidente del razonamiento es el de no-contradicción, que prohíbe la incoherencia (Grisez, Germain; Boyle, Joseph y Finnis, John, “*Practical Principles, Moral Truth, and Ultimate Ends*”, *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 32, 1987, p. 119).

(200) Fallos: 327:931, con cita de Fallos: 307:146.

Así, por ejemplo, en Fallos: 332:1394, la Corte dejó sin efecto un pronunciamiento en cuya “construcción argumental” se observaba que, luego de sentar las pautas para resolver el caso, el tribunal “vira en la línea argumentativa” y adopta una decisión que “desatiende abier-

también cuando la sentencia iii) *presente argumentos o premisas incompatibles*⁽²⁰¹⁾ o iv) exhiba una *contradicción entre los considerandos y la parte dispositiva*, olvidando que esta “no es sino la conclusión final y necesaria del análisis de los presupuestos fácticos y normativos efectuado en su fundamentación”⁽²⁰²⁾.

C) Arbitrariedades axiológicas

El último capítulo de las arbitrariedades se vincula con las incorrecciones que resultan de la operación con “principios”, cuando se omite tomar nota de la necesidad de su optimización en los casos concretos, exigencia que resulta de su naturaleza de normas que —como hemos visto— expresan “valores” o “bienes” que en cuanto tales deben ser realizados “en la mayor medida posible” (para emplear la conocida fórmula *alexiana*).

Estas incorrecciones (que podrían ser denominadas genéricamente como “omisión de optimización de principios”) se materializan cuando la respuesta concreta consagra o convalida afectaciones “desproporcionadas” de derechos⁽²⁰³⁾, sea por la vía de restricciones arbitrarias, sea por la vía de omisiones de las mejores acciones positivas disponibles.

En el primer caso se vulnera la prohibición de restricciones excesivas (*Übermaßverbot*), dejándose de lado los “límites para la limitación” de derechos (los “*Schranken-Schranken*”); y en el segundo caso se viola la prohibición de infravaloraciones (*Untermaßverbot*), omitiéndose las acciones disponibles necesarias para garantizar que un derecho se realice en la mayor medida posible (lo cual se aplica no solo a los clásicos derechos de defensa, sino también a los derechos a prestaciones como el derecho a un mínimo vital, a una “pensión mínima adecuada”⁽²⁰⁴⁾, a una vivienda digna⁽²⁰⁵⁾).

En ambos casos la categoría procedimental común es el “principio de proporcionalidad”, cuyo estudio no podríamos emprender aquí, pero cuya necesidad como camino (el “*metà-hodós*” de los griegos) para decidir en casos de colisiones de principios (que es lo mismo que decir “casos de conflictos morales”) debe ser subrayada enfáticamente, en virtud de haber sido reconocida ampliamente en la literatura y en la jurisprudencia constitucional.

Bastará, pues, con insistir en que, si se quiere evitar la incorrección en este terreno, el juez ha de proceder realizando argumentativamente sucesivos “test” o “exámenes”, a partir de establecer inicialmente cuáles son los derechos o principios en juego (lo cual representa, si bien se mira, el primer paso para una respuesta correcta, que requiere evitar exclusiones arbitrarias⁽²⁰⁶⁾ e inclusiones injustificadas⁽²⁰⁷⁾), una labor que —cuando se trata de una restricción legal, y una vez salvada la cuestión de la vali-

tamente los principios rectores propios de este campo”, arribando a conclusiones “contradictorias con las premisas que él mismo propició”. Véase también Fallos: 340:1380.

(201) Véanse Fallos: 296:657; 297:280; 300:681; 301:338; 308:2172; 314:1144; 315:227.

En este supuesto corresponde estrictamente incluir el caso de ausencia de mayorías reales válidas por falta de concordancia de votos (así, Fallos: 308:2188, voto del juez Petracchi; 312:139 y 1500; 313:475; 316:1991; 329:4078; 332:826; 334:490; 338:693 y 1335; 342:1155; 343:506; 344:303, etc.), extremo que debe ser juzgado teniendo presente que dicha concordancia, si bien rechaza la posibilidad de la mera agregación de opiniones individuales sin coincidencia mayoritaria sustancial, tampoco requiere que las opiniones de todos los miembros del tribunal sean idénticas, con olvido de la naturaleza plural y deliberativa de esta clase de tribunales (véase al respecto Fallos: 326:1885; 342:2183; 343:2135, entre otros).

(202) Fallos: 320:985, voto de los jueces Fayt y Boggiano, con cita de Fallos: 304:590; 305:209 y 913; 307:112.

(203) Por ejemplo, en Fallos: 341:150: “resulta dogmático el fallo en cuanto señala un menoscabo de los principios de progresividad y proporcionalidad que protegen de la injerencia abusiva en la intimidad de las personas, en tanto no se indica qué factores determinarían la eventual posibilidad de recurrir a medios alternativos idóneos menos lesivos, además de los que ya se habían realizado (tarefas de campo, guardias, vigilancias, seguimientos y fotografías), ni refiere razón alguna que diera cuenta de que a pesar de los delitos que se trataban, no resultaría proporcional a su nivel de gravedad, el grado de intromisión que en su vida privada sufrirían los imputados”.

(204) Fallos: 338:1092.

(205) Fallos: 335:452.

(206) Del tipo que se verifica, como vimos, en “*F.A.L.*” al no considerarse la vida de la persona por nacer, sobre todo a la luz de lo que había resuelto la misma Corte Suprema de Justicia en “*Sánchez, Elvira*” (Fallos: 330:2304 [2007]).

(207) Así, por ejemplo, en *Auschwitzlüge* (BVerfGE 90, 241 [1994]), el Tribunal Constitucional Federal alemán se encargó de señalar que en el caso no se encontraba en juego la libertad de opinión, a pesar de lo que podría pensarse.

dez competencial y procedimental– implica determinar la existencia de “fin legítimo”⁽²⁰⁸⁾.

Una vez realizada esa precisión, corresponderá verificar si la restricción del principio es *idónea o adecuada* para realizar el otro principio (*examen de idoneidad*)⁽²⁰⁹⁾; si lo es, el segundo paso será determinar la *inexistencia de medios alternativos menos lesivos o gravosos (examen de necesidad)*⁽²¹⁰⁾. Si con este segundo examen no se supera la colisión, entonces se ingresa en el plano de la “ponderación”, que –en procura de maximizar la racionalidad, y con ello la legitimidad, de las decisiones referidas a principios⁽²¹¹⁾– Alexy ha estructurado a partir de su “fórmula del peso” (“*Gewichtsformel*”), donde al grado de no satisfacción/restricción de un principio y al grado de realización/satisfacción del otro principio les añade las premisas del peso abstracto de los principios y de la seguridad de las premisas empíricas⁽²¹²⁾.

VIII. Conclusión

En época reciente⁽²¹³⁾, la Corte Suprema de Justicia ha tenido oportunidad de señalar que “el juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada, circunstancia que impone el deber de exhibir un proceso argumentativo susceptible de control”, agregando que esta exigencia “como es evidente, trasciende el ámbito procesal, pues, en

el marco de un sistema jurídico caracterizado, entre otros aspectos, por la pluralidad y complejidad de las fuentes del derecho, una fundamentación idónea de la sentencia tiene por finalidad garantizar el examen por parte de los justiciables de la interpretación y aplicación del derecho al caso concreto que ha realizado el sentenciante, como así también, desde una perspectiva constitucional, hacer posible un control democrático por parte de la sociedad sobre el ejercicio del poder jurisdiccional”⁽²¹⁴⁾.

En línea con estas observaciones, la presente contribución ha procurado simplemente reunir algunos criterios que –a la luz, paradójicamente, de las “malas sentencias”– ayuden a perfeccionar la labor de determinación del derecho en los casos concretos, poniendo sobre la mesa los aportes que el juez puede encontrar a partir de su apertura a las enseñanzas propias de la filosofía jurídica, que ofrecen un “camino seguro” a la hora de alcanzar respuestas correctas (es decir justificadas, es decir justas).

La doctrina de la arbitrariedad de sentencias nos ofrece, en tal sentido, un campo propicio para proyectar en la práctica todo el bagaje teórico propuesto desde las teorías de las fuentes del derecho, del sistema jurídico y de la argumentación jurídica. Es claro que estas pocas páginas no podrían pretender ni siquiera presentar un esquema completo del tema –algo que escapa incluso a las posibilidades de quien escribe–, pero sí ayudan a la *metanoia* judicial que se reclama con urgencia, y además alientan a ulteriores investigaciones, su objetivo estará sobradamente alcanzado. Y así representará también un homenaje digno para la persona de Néstor Pedro Sagüés, a quien –como lo hago a diario con mi papá– también quiero decirle con W. E. Henley, “*never good-bye*”⁽²¹⁵⁾.

VOCES: DERECHO CONSTITUCIONAL - CONSTITUCIÓN NACIONAL - CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD - PROCESO - PODER JUDICIAL - RECURSOS PROCESALES - LEY - PODER LEGISLATIVO - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - RECURSO EXTRAORDINARIO - DIVISIÓN DE PODERES - PODER EJECUTIVO - JURISPRUDENCIA - SENTENCIA ARBITRARIA

(208) *Church of Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah* [508 U.S. 520 [1993]]; “*Cine Callao*” (Fallos: 247:121 [1960]); “*Pedraza*” (Fallos: 337:530 [2014]); “*Castillo*” (Fallos: 340:1795 [2017]).

(209) Clásicamente, “*Arenzon*” (Fallos: 306:400 [1984]), sobre la exigencia de jaltura mínima! para poder ejercer la docencia. También vale la pena mencionar “*Franco*” (Fallos: 325:2968 [2002]), referida a la edad como “categoría sospechosa” de discriminación: “La limitación temporal del ejercicio de la profesión aludida no guarda adecuada proporción con la necesidad de tutelar el interés público comprometido, pues el solo hecho de alcanzar la edad de 75 años no revela la ausencia de condiciones para cumplir la función encomendada”.

Véase, igualmente, Fallos: 334:799.

(210) “*Franco*” (Fallos: 325:2968): “si lo que se pretende es impedir el ejercicio de la actividad por quienes carezcan de condiciones para ello, esa finalidad está suficientemente resguardada con otras normas”. Véase también “*Hooff*” (Fallos: 327:5118 [2004]); “*Gottschau*” (Fallos: 329:2986 [2006]); “*Gualtieri Rugnone de Prieto*” (Fallos: 332:1835 [2009]); entre muchos otros.

(211) En “*Die Gewichtsformel*” observa Alexy que “cuanto más racional sea la ponderación, más legítima será la práctica de las ponderaciones” (Alexy, Robert, “*Die Gewichtsformel*”, en Jickeli, Joachim *et al.*, eds., *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlin, De Gruyter, 2003, pp. 771/792).

(212) Completando una comprobación que puede detectarse entre nosotros en el conocido caso “*Nobleza Piccardo*” (Fallos: 338:1110 [2015]) sobre prohibición legal de publicidad de cigarrillos, donde la constitucionalidad de la normativa presupone que fumar es perjudicial para la salud y que la publicidad aumenta el consumo de cigarrillos.

(213) Fallos: 342:1261 [2019].

(214) Y concluye el punto: “Dicho estándar –que ahora recoge el artículo 3° del Código Civil y Comercial de la Nación– por lo demás, también hace pie en la esencial unidad del orden jurídico, en la cual, derecho sustancial y proceso encuentran un vínculo indisoluble para su realización. En efecto, si el fin último del proceso es hacer efectivos los derechos sustanciales cuya protección se requiere (Fallos: 334:1691; 339:201, entre otros) resulta evidente que la decisión judicial que conecta el caso con el sistema, debe contener los criterios mínimos de la argumentación jurídica, es decir, justificar de qué modo se arriba a la solución a través de dicha concreción hermenéutica”.

(215) Henley, William Ernst, *Echoes of life and death*, Portland (Maine), Thomas B. Moyer, MDCCCVIII, poema xlii, p. 54.

El Cónsul de la República Argentina en Madrid certifica que el ciudadano argentino Sr. Néstor Pedro SAGÜES --- -- -- --

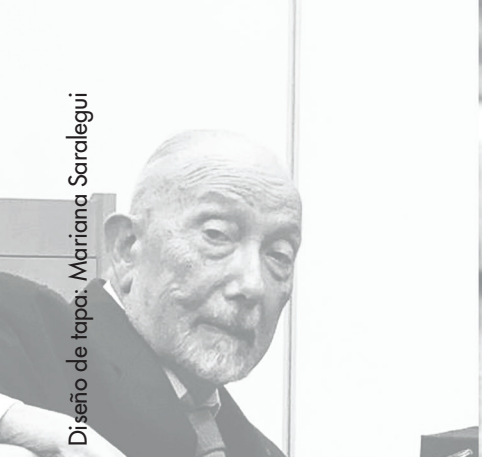
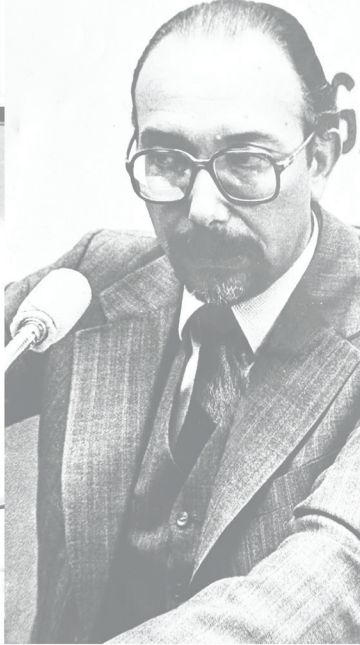
residente España provincia Madrid

llegó al país el 6 de octubre de 1964

donde ejerce la profesión de estudiante cuya filiación se detalla al margen, nacido el 5 de junio de 1942, está inscrito como ciudadano argentino bajo el número 292/64 del Registro de Matrículas Argentinas que se lleva en esta Oficina Consular.

En fe de lo cual expido el Presente testimonio, para que le sirva en lo que fuere de derecho.

Madrid, 10 de diciembre de 1964.-



Diseño de tapa: Mariana Saralegui

CONSULADO
DE LA
REPUBLICA ARGENTINA

N° 292/64
Válido por un año

Certificado de Matrícula





FILIACION

Edad 22 años

Estado Civil soltero

Estatura 1m82

Frente despejada

Cejas pobladas

Ojos (color) pardos

Nariz recta media

Barba afeitada

Boca mediana

Orejas regulares

Cabello negro

Tez blanca

Rostro (forma) ovalado

Señales particulares ninguna.-

Observaciones

Firma del Recurrente



EL DERECHO