

# **FORUM**

## **ANUARIO DEL CENTRO DE DERECHO CONSTITUCIONAL**

**– N° 3 - Año 2015 –**



# **FORUM**

## **ANUARIO DEL CENTRO DE DERECHO CONSTITUCIONAL**

**– N° 3 - Año 2015 –**

**Facultad de Derecho  
Universidad Católica Argentina**

**ORLANDO JUAN GALLO**

**Director del Centro de Derecho Constitucional**

**ROBERTO ANTONIO PUNTE**

**Coordinador del Anuario**

**CONSEJO DE REDACCIÓN**

**Luis M. Roldán - Ezequiel Abásolo - Germán Masserdotti -**

**Carlos Gabriel Arnossi**



Editorial de la Universidad Católica Argentina



### **Autoridades de la Universidad**

Arzobispo Rector Mons. Dr. Víctor Manuel Fernández

Vicerrector de Asuntos Académicos e Institucionales:  
Dr. Gabriel Limodio

Vicerrector de Asuntos Económicos:  
Dr. Horacio Rodríguez Penelas

Vicerrectora de Investigación:  
Dra. Beatriz Balian de Tagtachian

### **Autoridades de la Facultad**

Decano:  
Dr. Daniel Alejandro Herrera

Secretario Académico:  
Dr. Néstor A. Raymundo

Prosecretario Académico:  
Dr. Fernando Ubiría

Director de Investigación Jurídica Aplicada:  
Dr. Jorge Nicolás Laferrière

Director del Departamento de Posgrado:  
Dr. Gustavo Costa Aguilar

Fundación Universidad Católica Argentina

Forum 03 : Anuario de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina ; compilado por Roberto Punte. - 1a ed. edición especial. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Educa, 2015.

260 p. ; 23 x 16 cm.

ISBN 978-987-620-292-3

1. Derecho Constitucional . I. Punte, Roberto, comp.  
CDD 342

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

## UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA

FUNDACIÓN UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA

A. M. de Justo 1400 • P.B., Contrafrente • (C1107AAZ)

Tel. / Fax 4349-0200 • educa@uca.edu.ar

Buenos Aires, septiembre de 2015

ISBN: 978-987-620-292-3

---

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

## SUMARIO

|                                                                                                                                                                                                                              |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Editorial.</b> La supremacía de la Constitución puesta en tela de juicio por los Poderes Legislativo y Ejecutivo .....                                                                                                    | 9   |
| La delegación legislativa: evolución y estado actual.<br><b>ALBERTO B. BIANCHI</b> .....                                                                                                                                     | 15  |
| De “Gallo Llorente” a “Camaronera Patagónica”.<br><b>PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO</b> .....                                                                                                                                     | 47  |
| #Proceso acusatorio: ¿ <i>hashtag</i> constitucional?<br><b>CARLOS MANUEL ROMERO BERDULLAS</b> .....                                                                                                                         | 57  |
| Hay autonomía municipal. El caso de la provincia de Buenos Aires.<br><b>GERMÁN MASSERDOTTI</b> .....                                                                                                                         | 111 |
| Hacia una teoría jurídica del arraigo de base constitucional.<br><b>JUAN BAUTISTA FOS MEDINA</b> .....                                                                                                                       | 125 |
| Análisis de la validez del principio de autodeterminación de los pueblos, la secesión, y los conceptos de <i>uti possidetis</i> y <i>terra nullius</i> en la adquisición de territorios.<br><b>HERNANDO V. CAÑARDO</b> ..... | 161 |
| <b>Bibliográficas.</b><br><i>Adolfo Korn Villafañe, un jurista olvidado.</i> Sánchez de Loria Parodi, Horacio M. Cathedra Jurídica. Buenos Aires. 2014.<br><b>GERMÁN MASSERDOTTI</b> .....                                   | 249 |

---

|                                                                                                                                                                                                                   |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. <i>El debido proceso legal. Análisis desde el Sistema Interamericano y Universal de Derechos Humanos</i> . Buenos Aires. Eudeba. 2013 (2 tomos). |     |
| <b>CARLOS GABRIEL ARNOSSI</b> .....                                                                                                                                                                               | 253 |
| INFORMACIÓN & JUSTICIA IV. Buenos Aires - Unidos por la Justicia Asociación Civil. 422 páginas. ....                                                                                                              | 257 |
| <i>NOSOTROS, el pueblo. Aportes para una comprensión de la Argentina</i> . Roberto Antonio Punte. Edición del autor. Buenos Aires. 2014. 222 páginas.                                                             |     |
| <b>GUILLERMO LASCANO QUINTANA</b> .....                                                                                                                                                                           | 259 |



## EDITORIAL

### LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN PUESTA EN TELA DE JUICIO POR LOS PODERES LEGISLATIVO Y EJECUTIVO

La vigente Ley N° 26.939, que pone en vigencia el “Digesto Jurídico Argentino”, sancionada por el Congreso Nacional y promulgada por el Poder Ejecutivo, con la firma del Jefe de Gabinete y el Ministro de Justicia y Derechos Humanos, por Decreto N° 791 de 2014, tiene, entre muchos otros graves defectos<sup>1</sup>, el de rebajar la Constitución a la categoría de simple “ley nacional” a la que “declara vigente”, clasificada “H -1”. Estando abierto un proceso de comentario, aportes y críticas a la norma, esta fue una de las principales observaciones, junto con otras surgidas de las cátedras, formuladas en la nota remitida por la Facultad a la Comisión Bicameral, que como “Documento” se adjunta.

Dicha Ley N° 26.939 registra un primer precedente, que no prosperó, en la Ley N° 20.004/1972. Retomado el tema en 1998 por la Ley N° 24.967, se puso en marcha este procedimiento para el ordenamiento y la publicidad de las leyes nacionales generales vigentes y su reglamentación, según cuatro pasos de recopilación, unificación, ordenación y reenumeración –sin modificación o alteración de la letra o el espíritu de las leyes entre sí análogas que se revisen–, siguiendo un nomenclador formado por la ubicación dentro de grupos individualizados por letras (26 de la A a la Z, según la agrupación de las materias), denominadas “categorías”, que arbitrariamente se le asignaron

1. Cf. Comentarios y Observaciones del Nuevo Digesto Jurídico Argentino. Recopiladas por el Dial. Citar: elDial.com - DC1DF4 -27-10-2014.

a cada una de ellas. La encomienda preveía que el derecho histórico tendría validez interpretativa e integrativa equivalente a los “principios generales del derecho”.

Esto último fue derogado por la ley de aprobación provisoria N° 26.939 del Digesto Jurídico Argentino que consta de dos Anexos y una incógnita: un Anexo de 3353 normas “vigentes” –entre ellas, como se ha objetado, nada menos que la Constitución–; otro de 10017 normas “no vigentes”, y una enorme duda acerca de una suma aún mayor de 18800 leyes y decretos leyes no mencionados en ninguna de estas dos listas. Surge del propio informe haberse analizado 32234 normas –leyes y decretos leyes solamente– desde 1853 a la fecha, de las que tienen como vigentes solo 3353 (según el informe, pero si se suman las listas da 3188), y en la lista de “no vigentes”, 10017 leyes, o sea, en total de las dos listas 13370 (o 13205), lo que arroja un limbo de 18864 normas (o 19029, según se sume), sobre las que no existe explicación ninguna. Estas numerosas normas “desaparecidas” justifican por sí solas, al margen de cualquier otra observación, el diferimiento de la vigencia del Digesto para su corrección. La suma de estos dos parciales arroja un total de 28881 normas que dejarían de regir, lo que da una perspectiva de la magnitud del impacto que se propicia.

Lo cierto es que si bien en doctrina muchas veces se habla de la Constitución como “ley de leyes”, esto no implica sino su carácter fundacional, fuente de legalidad y legitimidad, en los términos del Artículo 31. Pero formalmente, la denominación de “leyes nacionales de carácter general vigente” solo puede referirse a aquellas emanadas del Congreso en ejercicio de su competencia del Artículo 71, y dentro de los procedimientos del Capítulo Quinto, “De la formación y sanción de las leyes”, Artículos 77 a 84 de la misma Constitución. Otra interpretación diferente solo podría dar lugar a un contundente reprobado en cualquier mesa examinadora de la asignatura.

Resulta tan sorprendente que la Constitución Nacional haya sido declarada ley “vigente” –entre una maraña de otras leyes igualmente tenidas por vigentes– por una ley del Congreso, propiciada primero y promulgada luego por el Ejecutivo, como el silencio con que, salvo muy pocas excepciones, esto ha sido recibido por el colectivo de operadores del derecho, la academia y el foro. Puestos a interpretar

los silencios caben varias hipótesis, probablemente todas parcialmente adecuadas. Primero los intereses creados de quienes de un modo u otro hicieron o acompañaron las tareas desarrolladas durante más de una década, y, en otros, indiferencia ante lo que aparece como inevitable, cristalizada integrando una difusa sensación de abatimiento y abulia ante los caprichos de un legislador que a nadie escucha ni acepta otra guía que la que emerge de sus propias pulsiones. Sea como fuere, lo que resulta es una notoria expansión de la progresiva pandemia de descreimiento general sobre la validez y eficacia de cualquier norma, que nos afecta a todos.

R.A.P.

## DOCUMENTO

Buenos Aires, 13 de mayo de 2015

Sr. Presidente de la  
Comisión Bicameral Permanente del Digesto Jurídico Argentino  
Diputado Nacional Héctor Daniel Tomas  
S/D

De mi mayor consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a Ud. a fin de elevar para consideración de la Honorable Comisión Bicameral creada por Ley N° 26.939 y en el marco del Artículo 20 de dicha norma, comentarios y observaciones fundadas realizadas en el ámbito de la Universidad Católica Argentina en relación con el encuadramiento en una categoría, la consolidación del texto o la vigencia de una ley incluida en el Digesto Jurídico Argentino.

Al respecto, se acompañan los trabajos publicados por la Revista Jurídica *El Derecho*, de la Pontificia Universidad Católica Argentina y otros elaborados por profesores de la Facultad, a saber:

- Navarro Floria, Juan, "El derecho eclesiástico en el Digesto Jurídico Argentino", *El Derecho Legislación Argentina* [2014 B] - (12-12-2014, nro 21).
- Brito Peret, José I., "La Seguridad Social en el Digesto Jurídico Argentino: Repercusiones", *El Derecho, Trabajo y Seguridad Social* 02/2015-9.
- Godio, Leopoldo Mario Adolfo, "El Digesto Jurídico Argentino y el derecho internacional. Críticas, reflexiones y propuestas", *El Derecho* [260] - (30-10-2014, nro 13.599).
- Navarro Floria, Juan G., "Digesto Jurídico y nuevo Código Civil y Comercial: algunas perplejidades", *El Derecho* [261] - (20-3-2015, nro 13.693).
- Navarro Floria, Juan, "La legislación educativa en El Digesto Jurídico Argentino" (inédito).

Asimismo, habiendo compulsado entre profesores de la Facultad de Derecho acerca de las modificaciones que resultan del nuevo Digesto Jurídico Argentino aprobado por la Ley N° 26.939, en lo que corresponde en la necesaria introducción de cambios en la enseñanza del derecho, así como otras sugerencias que se consideran útiles para el correcto funcionamiento del sistema que se quiere instrumentar, se realizan las siguientes observaciones:

- a) Una primera observación es que a los fines de la adecuación de programas y textos de estudio, se constata que habrá de hecho una coexistencia en el tiempo de dos sistemas jurídicos y por ello entendemos sería útil se pautaran normas transitorias, para evitar confusiones o controversias al respecto. Como toda actividad técnico-científica, el proceso de verificación de eficacia y de la debida concordancia entre los objetivos propuestos y su instrumentación práctica hace aconsejable esta etapa de transición, y en ese sentido la Comisión Bicameral sin duda tiene un rol significativo, en cuanto a la reunión y resolución respecto de las observaciones fundadas, la consolidación del texto y las vigencias de las normas reunidas o que en el futuro se agregue.

- b) Desde el área del derecho público, se señala que no parece adecuada la ubicación de la Constitución Nacional como un “Ley Nacional”, pues solo cabe esta calificación en términos constitucionales a las normas emanadas del Congreso en ejercicio de las competencias previstas en el Artículo 75 y cc. de la Constitución Nacional, sin perjuicio de los casos en que esas mismas facultades son ejercidas por el Ejecutivo a través de decretos de necesidad y urgencia. La Constitución al ser emitida por la Convención Constituyente no es en tal sentido una “ley nacional de carácter general” y, por tanto, no puede considerarse incluida entre las que la Ley N° 24.967 indica como destinadas a ser incluidas en el Digesto. Entendemos que la Constitución Nacional tiene una superioridad a la ley (Artículo 31 CN) y, por tanto, no resulta correcta su ubicación bajo la nueva denominación H-1.
- c) Asimismo, desde el área de derecho público se sugiere la agrupación de las leyes concernientes a los temas de derecho público que ahora se encuentran en la categorías H, T y W (político-temas electorales, derecho público de orden nacional referido a las provincias, y las normas federales reglamentarias de temas expresamente indicados en la Constitución) en un grupo único, por razones de coherencia e interrelación. Esto tiene la ventaja adicional de liberar letras para otras posibles propuestas que requieran apertura de alguno de los temas del nomenclador elaborado por la ley.

Quedando a disposición para ampliar el presente informe, saludo a Ud. muy atentamente

Dr. Daniel H. Herrera  
Decano



# LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA: EVOLUCIÓN Y ESTADO ACTUAL

ALBERTO B. BIANCHI<sup>1</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

A comienzos de la década de 1990 la delegación legislativa despertó luego de un prolongado letargo de casi sesenta años. No obstante su importancia como fuente del derecho, desde fines de la década de 1920 el reglamento delegado había vegetado confusamente, junto con el reglamento ejecutivo, bajo el entonces Artículo 86, inciso 2° de la Constitución (actualmente el Artículo 99, inciso 2°), sin que pronunciamiento judicial alguno lograra establecer con claridad las diferencias entre uno y otro. La Corte, rutinariamente, se había limitado a convalidar el obrar del Poder Ejecutivo en ambos reglamentos, apelando a dos reglas muy generales elaboradas –con diferencia de un año– en los casos “A.M. Delfino”<sup>2</sup> y “Administración de Impuestos Internos c/ Chadwick, Weir y Cía. Ltda.”<sup>3</sup>, a los que me referiré en el punto siguiente.

1. Abogado (UCA-1979). Doctor en Derecho (UBA-1988- Tesis recomendada al Premio Facultad). Docente en Posgrados de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo en UCA,UBA y Univ. Austral. Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, otorgado a la obra *Competencia Originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* (1991). Ejerce como abogado y es autor de numerosos libros, notas y artículos de su especialidad.

2. Fallos: 148:430 (1927).

3. Fallos: 151:5 (1928).

Esta inercia jurisprudencial tuvo un cimbronazo en 1993, cuando la Corte resolvió “Cocchia c/ Estado Nacional”<sup>4</sup>, forzando la teoría de la delegación legislativa para declarar la constitucionalidad de un decreto que había derogado un convenio colectivo de trabajo. Aisladamente este caso no hubiera tenido mayor trascendencia, pero en aquel entonces la sensibilidad hacia la hiperactividad presidencial estaba agudizada desde que la Corte, en “Peralta c/ Estado Nacional”<sup>5</sup>, convalidara el llamado “Plan Bonex”, por medio del cual el Decreto N° 36/1990 había ordenado la devolución de los depósitos bancarios en Bonos Externos con garantía dólar, títulos que todavía no habían sido emitidos.

En ese escenario, donde la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo, de suyo muy fuerte, había escalado a niveles más preocupantes aún, comenzó a tomar forma la convocatoria a una reforma constitucional, cuyo principal propósito motorizado por el oficialismo era la reelección presidencial. Para equilibrar fuerzas, desde la oposición –liderada entonces por el ex Presidente Raúl Alfonsín– comenzó a trabajar en un temario de reformas constitucionales, cuyo eje principal era la atenuación del poder presidencial, que finalmente se corporizó en el llamado “Pacto de Olivos”, de noviembre de 1993.

Menos de un año después, en agosto de 1994, fue sancionada la reforma constitucional en la cual aparecieron una serie de nuevas figuras y contenidos tendientes a concretar el propósito enunciado en el acuerdo celebrado por el entonces Presidente y su predecesor en el cargo. Entre ellos, un artículo específico –el nuevo Artículo 76– fue dedicado a la delegación legislativa, inspirado en el propósito de limitar tanto al Congreso, como al Poder Ejecutivo en esa materia.

En las páginas que siguen me ocuparé de analizar cómo se ha desarrollado la delegación legislativa desde entonces y cuáles son los resultados efectivos que ha cosechado la reforma constitucional en este terreno, cuando ya han pasado algo más de veinte años de su sanción. Antes de ello haré una sucinta referencia a los principales casos resueltos por la Corte Suprema antes de la reforma de 1994 y a las líneas jurisprudenciales que estos engendraron.

4. Fallos: 316:2624 (1993).

5. Fallos: 313:1513 (1990).



## II. DE “A. M. DELFINO” A “COCCHIA”

Si bien es cierto que la doctrina de la delegación legislativa ya había sido aplicada por la Corte Suprema en los primeros años del siglo XX, con motivo de las leyes que habían delegado la facultad de demarcar el territorio expropiado para la construcción de vías férreas<sup>6</sup>, doctrina empleada luego en obras viales<sup>7</sup>, lo cierto es que la exposición teórica de la cuestión empieza a desarrollarse en 1927, en el caso “A.M. Delfino” citado más arriba<sup>8</sup>, en el cual se declaró constitucional la delegación en el Poder Ejecutivo para crear sanciones de policía portuaria que luego aplicaría la Prefectura del Puerto de Buenos Aires.

Allí, sin parar mientes en que la delegación legislativa es una facultad del Congreso y, por ende, no podría tener origen constitucional en las potestades reglamentarias propias del Presidente, la Corte, a falta de una disposición constitucional expresa<sup>9</sup>, enmarcó la cuestión en el Artículo 86, inciso 2º (actual Artículo 99, inciso 2º) y elaboró un principio que luego se convirtió en un cliché jurisprudencial repetido con monótono treno a lo largo de décadas.

Según estableció la Corte en esa oportunidad: “[...] 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”<sup>10</sup>.

6. “Ferrocarril del Oeste c/ Garbarini”, *Fallos*: 105:80 (1906); “Ferrocarril Buenos Aires al Pacífico c/ Joaquín del Río”, *Fallos*: 119:5 (1914); “Ferrocarril Gran Oeste Argentino c/ Vidal Hermanos”, *Fallos*: 120:332 (1915); “Ferrocarriles del Estado c/ Vidal”, *Fallos*: 150:360 (1928).

7. “Dirección Nacional de Vialidad c/ Badaracco y Bottaro”, *Fallos*: 183:88 (1939).

8. Ver nota 2.

9. En realidad debería haber acudido a las facultades implícitas del Congreso otorgadas por el entonces Artículo 67, inciso 28 (actualmente 75, inciso 32).

10. “A. M. Delfino”, *Fallos*: 148:435.

Con este fallo la Corte estableció que la “política legislativa”<sup>11</sup> debe estar claramente delimitada en la ley delegante como requisito de validez de la misma, límite este que obra, a su vez, como valladar de las facultades reglamentarias del Poder Ejecutivo.

Este principio general –válido en sí mismo– fue invocado luego en todos los casos en los cuales se cuestionaba la validez de un reglamento delegado. El estudio de los mismos revela que la delegación legislativa fue admitida no solo en una gran cantidad de decretos del Poder Ejecutivo, sino de otros reglamentos administrativos emitidos por diversos entes u órganos de la Administración<sup>12</sup>. Esta aproba-

11. Si bien este fallo no emplea específicamente los términos “política legislativa”, que aparecen en decisiones posteriores, lo cierto es que este concepto, entendido como la porción delimitada de competencia entregada al Poder Ejecutivo, ya estaba delineado en la prohibición de delegar el poder de hacer la ley sin marcar al Poder Ejecutivo un rumbo preciso. Los términos “política legislativa” fueron empleados por la Corte más adelante, tal por ejemplo en “Prattico c/ Basso y Cía.”, *Fallos*: 246:345 (1960); “Laboratorios Anodia S.A. c/ Nación”, *Fallos* 270:42 (1968); “Domínguez c/ Kaiser Aluminio S.A.I.C.F.”, *Fallos*: 280:25 (1971); “Juan Antonio Brocchiero”, *Fallos*: 289:457 (1974); “The American Rubber Co. S.R.L.”, *Fallos*: 298:609 (1977); “Ufito S.R.L.”, *Fallos*: 304:1898 (1982); “Romero de Martino c/ Caja Nacional de Ahorro y Seguro”, *Fallos*: 307:539 (1985); “Conevial S.A. c/ Estado Nacional (Administración Nacional de Aduanas)”, *Fallos*: 310:2193 (1987); “Compañía Azucarera y Alcohólica Soler S.A. c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía)”, *Fallos*: 311:1617 (1988); “Verónica S.R.L. s/ apelación Ley N° 20.680”, *Fallos*: 311:2339 (1988); “Firpo c/ Estado Nacional - Ministerio de Educación”, *Fallos*: 312:1484 (1989); “Legumbres S.A. y otros s/ contrabando”, *Fallos*: 312:1920 (1989); “Arpemar S.A.P.C. e I.”, *Fallos*: 315:908 (1992); “Propulsora Siderúrgica S.A.I.C.”, *Fallos*: 315:1820 (1992); “Agüero c/ Banco Central de la República Argentina”, *Fallos*: 315:2530 (1992); “Cafés La Virginia S.A.”, *Fallos*: 317:1282 (1994); “Chocobar c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos”, *Fallos*: 319:3241 (1996); “Selcro S.A. c/ Jefatura de Gabinete de Ministros”, *Fallos*: 326:4251 (2003); “Federación de Empresarios de Combustibles de la República Argentina y otros c/ Secretaría de Energía”, *Fallos*: 328:940 (2005); “Comisión Nacional de Valores c/ Establecimiento Modelo Terrabusi S.A.”, *Fallos*: 330:1855 (2007); “YPF S.E. c/ Esso S.A.P.A.”, *Fallos*: 335:1227 (2012), entre otros.

12. A partir de “A. M. Delfino”, la Corte aplicó en numerosas situaciones la doctrina que emana de este fallo. Así, por ejemplo, en lo atinente a multas administrativas convalidó en “Sebastián Cartagenova”, *Fallos*: 156:323 (1930), la delegación efectuada por la Ley N° 5.098 en el Concejo Deliberante de la Capital Federal para legislar sobre arrestos y multas. Con igual criterio, en “León Waizelbaum”, *Fallos*: 207:133 (1947),

ción serial del obrar administrativo –tendencia a la cual tampoco fue ajena la Corte Suprema en los Estados Unidos hasta que las leyes de emergencia del “New Deal” incurrieron en francos excesos de delegación<sup>13</sup> se detuvo solamente frente a las restricciones a la libertad

---

declaró la constitucionalidad de la Ley N° 12.713, que había delegado en el Departamento Nacional de Trabajo las condiciones en que debían ser llevados los libros laborales, permitiendo además la aplicación de multas por infracción a la norma. En “Eduardo Soete”, *Fallos*: 253:171 (1962), admitió la validez de la Ley N° 13.526, que había delegado en el Poder Ejecutivo la reglamentación de los registros de importadores, fraccionadores o transformadores de productos industrializados o manufacturados y en “The American Rubber Co. S.R.L.”, *Fallos*: 298:609 (1977), lo hizo respecto de la Ley N° 11.275, con relación a las facultades sancionatorias de la Secretaría de Comercio empleadas contra los infractores al régimen de identificación de mercaderías. Igual doctrina fue aplicada en “Radio Suipacha S.A.C.I.F.”, *Fallos*: 300:271 (1977) en punto a la Ley de Abastecimiento N° 20.680 y en “Ufito S.R.L.”, *Fallos*: 304:1900 (1982), caso en el que se cuestionaba una resolución de la Secretaría de Comercio y Negociaciones Económicas dictada en el imperio de la Ley N° 19.508.

13. En los Estados Unidos, la delegación legislativa ha superado casi todas las pruebas judiciales a las que ha sido sometida. Uno de los casos que condensa el pensamiento de la Corte en este punto es “J. W. Hampton Jr. & Co. v. United States”, 276 U.S. 394 (1928), donde el Tribunal por medio del voto del *Chief Justice* Taft dijo: “[...] la bien conocida máxima *delegata potestas non potest delegare*, aplicable a los entes administrativos tanto en el derecho general como en el común, es bien entendida y tiene mayor aplicación en la interpretación de la Constitución federal y de las constituciones estatales que en el derecho privado. La Constitución federal y las constituciones estatales de este país dividen el poder del gobierno en tres ramas [...] Al poner en práctica esa división [...] sería una ruptura de la ley fundamental que el Congreso abandonara su competencia legislativa y la transfiriera al Presidente o a la rama judicial, o si intentara investirse por ley de competencias ejecutivas o judiciales. Esto no significa que las tres ramas no son partes coordinadas de un gobierno y que cada una –en el terreno de sus atribuciones– no pueda apelar a la actividad de las otras dos en la medida en que dicha apelación no constituya una usurpación de la competencia constitucional de aquellas. La extensión y el carácter que puede tener la ayuda que un poder pueda requerirle a otro debe ser determinada por el sentido común y por las necesidades inherentes de la coordinación gubernamental”, 276 U.S. en págs. 405/406.

La delegación ha abarcado casos muy variados. Así, por ejemplo, se ha delegado en autoridades administrativas para que establezcan cómo deben ser empaquetados ciertos productos, *in re* “Kollock”, 165 U.S. 526 (1897); para la aprobación de estándares mínimos de calidad para la importación del té, “Buttfield v. Stranahan”, 192 U.S. 470 (1904); para el establecimiento de reglas relativas al uso de las reservas forestales, “United States v. Grimaud”, 220 U.S. 506 (1911); para establecer variaciones o dife-

personal que imponían los llamados “edictos de policía”, nacidos de una delegación muy amplia contenida en el Artículo 27 del entonces Código Procesal Penal de la Nación, cuya inconstitucionalidad fue

---

rencias en la forma en que los envases de productos alimenticios deben indicar su contenido, “United States v. Shreveport Grain & Elevator Co.”, 287 U.S. 77 (1932); para establecer en qué mercados es obligatoria la graduación del tabaco, “Curriu v. Wallace”, 306 U.S. 1 (1939); para determinar prioridades en el transporte de cargas durante períodos de emergencia, “Avent v. United States”, 266 U.S. 127 (1924); para fijar listas de precios para la distribución de la leche, “United States v. Rock Royal Cooperative”, 307 U.S. 533 (1939) y otros productos, “Yakus v. United States”, 321 U.S. 414 (1944); para fijar precios de alquileres, “Bowles v. Willingham”, 321 U.S. 503 (1944); para regular precios y salarios en la industria carbonífera, “Sunshine Anthracite Coal Co. v. Adkins”, 310 U.S. 381 (1940); para imponer el toque de queda en orden a proteger recursos militares de eventuales sabotajes, “Hirabayashi v. United States”, 320 U.S. 81 (1943); para distribuir cuotas de mercado en la industria tabacalera, “Fahey v. Mallonee”, 332 U.S. 245 (1947); para imponer métodos de contabilidad en el transporte interestatal, “ICC v. Goodrich Transit Co.”, 224 U.S. 194 (1912); para establecer tarifas ferroviarias, “ICC v. Louisville & Nashville R.R.”, 227 U.S. 88 (1913); “American Trucking Association v. Atchinson, Topeka and Santa Fe Ry”, 387 U.S. 397 (1967); para autorizar la remoción de puentes que obstaculizan vías navegables, “Union Bridge Co. v. United States”, 204 U.S. 364 (1907); para deportar extranjeros considerados como indeseables, “Mahler v. Eby”, 264 U.S. 32 (1924); “Tisi v. Tod”, 264 U.S. 131 (1924); para autorizar la fusión de empresas ferroviarias en el interés público, “New York Central Securities Co. v. United States”, 287 U.S. 12 (1932); para otorgar licencias de radio, “Federal Radio Commission v. Nelson Bros. Bond & Mortgage Co.”, 289 U.S. 266 (1933).

Incluso, la delegación legislativa en los Estados Unidos ha ido más lejos aún y se ha extendido –ya desde sus orígenes– a dos campos desconocidos por nosotros. El primero es aquel referido a la posibilidad de que el Presidente pueda suspender o rehabilitar temporalmente la vigencia de una ley. El problema fue analizado en el caso del “Bergantín Aurora”, 11 U.S. (7 Cranch) 382 (1813), donde fue admitida la constitucionalidad de esta decisión. El segundo está vinculado con la autorización dada por el Congreso a los tribunales federales para que legislen sobre normas de procedimiento, delegación admitida por la Corte Suprema en “Wayman v. Southard”, 23 U.S. (10 Wheaton) 1 (1825).

La regla jurisprudencialmente establecida a fin de superar la aparente antinomia entre delegación legislativa y división de poderes es que el Congreso no puede delegar la función de legislar, pero sí puede transferir ciertos poderes para llenar los detalles (*fill up the details*) no contemplados en la ley. A tal fin la norma delegante debe establecer un patrón inteligible [*intelligible standard, discernible standard o prescribed standard*, “United States v. Chicago, Milwaukee, St. Paul & Pacific R. Co.”, 282 U.S. 311,

declarada en el caso “Raúl Oscar Mouviel”<sup>14</sup>, por inspiración de Sebastián Soler, entonces Procurador General de la Nación.

Al año siguiente de “A.M. Delfino”, la Corte resolvió el caso “Administración de Impuestos Internos c/ Chadwick, Weir y Cía. Ltda.”<sup>15</sup>, en el cual se discutía si el Poder Ejecutivo había excedido el límite de las facultades reglamentarias otorgadas por el Artículo 86, inciso 2° (actual Artículo 99, inciso 2°). Allí afirmó la Corte: “[...] los decretos reglamentarios del poder administrador pueden apartarse de la estructura literal de la ley, siempre que se ajusten al espíritu de

---

324 (1931)] que equivale a lo que nuestra Corte Suprema denomina *política legislativa*. Como guía principal en esta materia, la Corte Suprema ha sostenido que el Congreso debe “indicar suficientemente el campo en el cual la Administración ha de actuar, de manera tal que se sepa si aquella se ha mantenido dentro de la voluntad de la ley”, “Yakus v. United States”, 321 U.S. 414, 425 (1944). De todos modos debe observarse que ese patrón inteligible ha sido la mayoría de las veces bastante amplio. Se han admitido estándares tales como “justo y razonable”, “Tagg Bros. & Moorhead v. United States”, 280 U.S. 420 (1930); “interés público”, “New York Central Securities Corp. v. United States”, 287 U.S. 12 (1932); “conveniencia, interés o necesidad pública”, “Federal Radio Commission v. Nelson Bros. Bond & Mortgage Co.”, 289 U.S. 266 (1933); “lucro exagerado”, “Lichter v. United States”, 334 U.S. 742 (1948) y “métodos de competencia desleales”, “FTC v. Gratz”, 253 U.S. 421 (1920). Se ha permitido también que el Presidente pueda suspender la libre importación de mercaderías “por el tiempo que se considere apropiado”, “Field v. Clark”, 143 U.S. 649 (1892).

Existen solo dos casos significativos en la historia jurisprudencial de los Estados Unidos en los que la Corte declaró la inconstitucionalidad de leyes que habían delegado en la Administración facultades legislativas. Dos factores influyeron en estas decisiones. Por un lado, la delegación en ambos casos era muy amplia y, por el otro, existía un fuerte conflicto entre el Presidente Franklin D. Roosevelt y una Corte conservadora que se obstinaba en no aceptar su programa de emergencia económica (New Deal). Estos casos fueron “Panama Refining Co. v. Ryan”, 293 U.S. 388 (1935) y “A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States”, 295 U.S. 495 (1935).

En síntesis, la doctrina de la delegación legislativa ha tenido y tiene en el derecho constitucional de los Estados Unidos amplio predicamento. La jurisprudencia de la Corte ha propiciado en este terreno una interpretación flexible de la división de poderes señalando que “la delegación por el Congreso ha sido largamente reconocida como necesaria en orden a que el ejercicio de la función legislativa no se convierta en una inutilidad”, “Sunshine Anthracite Coal Co. v. Adkins”, 310 U.S. 381, 398 (1940).

14. Fallos: 237:636 (1957).

15. Fallos: 151:5 (1928).

la misma; el texto legal es susceptible de ser modificado en sus modalidades de expresión siempre que ello no afecte su acepción sustantiva [...]”<sup>16</sup>.

Si bien este caso y los que siguen sus aguas no se refieren específicamente a la delegación legislativa, la relación tan estrecha existente en nuestro derecho entre reglamentos delegados y reglamentos ejecutivos permite sostener que esta doctrina, propia de los reglamentos ejecutivos, es aplicable también a los reglamentos delegados. De hecho, esta igualdad de trato entre ambas clases de reglamentos aparece en el caso “The American Rubber Co.”<sup>17</sup>, donde se dijo: “Ya se trate, en el caso, de que la ley haya conferido al Poder Ejecutivo la facultad de reglar ciertos pormenores o detalles necesarios para su ejecución o de la potestad reglamentaria propia del citado poder (Art. 86, inc. 2º, de la Constitución Nacional), esta Corte ha reconocido la validez de tales decretos cuando los lineamientos de la ‘política legislativa’ aparecen suficientemente determinados en la ley o no se altere su espíritu, según el caso”<sup>18</sup>.

Luego de “Chadwick”, la Corte repitió el principio allí sentado en numerosos precedentes, entre ellos: “María F. de Salmón”<sup>19</sup>; “Pérez y González”<sup>20</sup>; “L. Bustos S.R.L. c/ Nación Argentina”<sup>21</sup>; “Federación de Obreros y Empleados de la Industria del Papel, Cartón, Químicos y Afines c/ E. Flaibán S.A.”<sup>22</sup>; “D.G.I. c/ De Angelis S.A.”<sup>23</sup>; “Compañía Azucarera y Alcoholar S.A. c/ Nación Argentina”<sup>24</sup>; “Krill Producciones Gráficas S.R.L.”<sup>25</sup>; “Barrose c/ Nación Argenti-

16. Fallos: 151:33.

17. Fallos: 298:609 (1977).

18. Fallos: 298:611.

19. Fallos: 178:224 (1937).

20. Fallos: 200:194 (1944).

21. Fallos: 232:287 (1955).

22. Fallos: 244:309 (1959).

23. Fallos: 304:438 (1982).

24. Fallos: 311:1617 (1988).

25. Fallos: 316:1239 (1993).

na”<sup>26</sup>; “Juárez c/ Nación Argentina”<sup>27</sup>; “Agüero c/ Banco Central”<sup>28</sup>; “A.A.D.I.-C.A.P.I.F. c/ Hotel Mon Petit”<sup>29</sup>; “Oharriz c/ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos”<sup>30</sup>; “Provincia del Chaco c/ Estado Nacional”<sup>31</sup>; “Argüello c/ Universidad Nacional de Tucumán”<sup>32</sup>; “Jesús Eijo S.A.”<sup>33</sup>; “Gianola y otros c/ Estado Nacional”<sup>34</sup>; etc.

La reseña efectuada en los párrafos anteriores permite advertir que hacia fines de la década de 1920, la Corte estableció los dos principios mediante los cuales llevó a cabo, en las décadas siguientes, el test de validez de las leyes delegantes y el de los reglamentos delegados. A las primeras las juzgó mediante la regla establecida en “A.M. Delfino”; a los segundos les aplicó la creada en “Chadwick”. Así, mientras la ley delegante debía contener una clara “política legislativa” (“Delfino”), el reglamento delegado podía modificar las expresiones verbales de la ley, pero no podía apartarse del “espíritu” de la misma (“Chadwick”).

Se trataba, naturalmente, de dos reglas muy generales que dejaban en manos del Tribunal un amplio margen de discrecionalidad que la Corte empleó, tradicionalmente, con gran deferencia hacia las normas administrativas en cuestión, salvo, como ya señalé, en materia de privación de la libertad personal. Esta jurisprudencia fue aplicada sin mayores cambios hasta que fue resuelto el caso “Cocchia c/ Gobierno Nacional”<sup>35</sup>. Se trataba de una acción de amparo planteada por el secretario general del gremio de Apuntadores Marítimos en la cual se demandó la inconstitucionalidad de los Artículos 34 a 37 del Decreto N° 817/1992<sup>36</sup>, el cual –dentro de la política de reforma del

26. Fallos: 318:1707 (1995).

27. Fallos: 313:433 (1990).

28. Fallos: 315:2530 (1992).

29. Fallos: 321:2223 (1998).

30. Fallos: 326:3032 (2003).

31. Fallos: 326:3521 (2003).

32. Fallos: 327:5002 (2004).

33. Fallos: 328:43 (2005).

34. Fallos: 330:2255 (2007).

35. Fallos: 316:2624 (1993).

36. BO 28-5-1992; *Adla* 1992-B, pág. 1763.



Estado— dispuso una reforma profunda en todo el sector portuario, entre ellas la disolución de la Administración General de Puertos S.E., la disolución de la Capitanía General de Puertos y la creación de la Subsecretaría de Puertos y Vías Navegables. En el orden laboral que fue lo cuestionado en la acción de amparo, el decreto dejó sin efecto todas las normas contenidas en convenciones, actas, acuerdos o todo acto normativo que establecieran “condiciones laborales distorsivas de la productividad o que impidan o dificulten el normal ejercicio de dirección y administración empresarial”, esto es las normas de la Convención Colectiva de Trabajo N° 44/89. En síntesis, por acto de autoridad ejecutiva, quedaban sin efecto normas de rango legislativo y normas acordadas en el marco de una negociación colectiva<sup>37</sup>.

Por mayoría de 6-3<sup>38</sup>, la Corte rechazó el amparo que había sido exitoso en las instancias anteriores. Sostuvo para ello que el Decreto N° 817/1992 era un reglamento delegado enmarcado dentro de la política de transformación del Estado y de su inserción en el sistema de integración regional, donde el proceso de desregulación del transporte marítimo y fluvial y de la actividad portuaria profundiza los alcances de la política de transformación del Estado signado por la filosofía de la privatización y la desregulación “tendientes a proteger y estimular el marco de libertad indispensable para el funcionamiento de una economía de mercado en la cual el Estado asume un papel exclusivamente subsidiario”, indicando más adelante que “es también voluntad del legislador insertar a la Argentina en un régimen de integración regional, en una decisión que acompaña la realidad política, económica y social de nuestros tiempos [...] clara definición de políti-

37. Cabe recordar que la Corte otorgó rango legal a las Convenciones Colectivas de Trabajo, las que solo pueden ser derogadas por una ley posterior. “Romano c/ Usina Popular y Municipal de Tandil”, *Fallos*: 301:608 (1979) y “Nordhestol c/ Subterráneos de Buenos Aires”, *Fallos*: 307:326 (1985).

38. En la mayoría votaron los jueces Rodolfo C. Barra, Mariano A. Cavagna Martínez, Julio S. Nazareno y Eduardo Moliné O'Connor, al que se suma un voto separado de Antonio Boggiano. En disidencia votaron los jueces Fayt, Belluscio y Petracchi, este último en opinión separada



ca legislativa que el ordenamiento jurídico interno no puede contradecir, dificultar u omitir en su implementación práctica”<sup>39</sup>.

Tal es a juicio del Tribunal el marco de la política legislativa –el estándar o patrón inteligible– que habilitó el dictado del Decreto N° 817/1992. Tal como señala la sentencia, “se presenta ante el juzgador un sistema jurídico integrado por las normas citadas –en especial el Tratado de Asunción y las Leyes Nros. 23.696 y 24.093<sup>40</sup>– que definen una clara política legislativa cuya conformidad con la Constitución no fue cuestionada y sobre la cual no hay argumentaciones –ni de la actora, ni en la sentencia apelada– que demuestren que el Decreto N° 817/1992 –globalmente considerado– fue dictado en contradicción, o en exceso, o con desproporción o inadecuación de medios”<sup>41</sup>. Para precisar más aún el espectro de la política legislativa que el Decreto N° 817/1992 debía considerar como “techo” de su actuación, la Corte menciona los Artículos 10 y 61 de la Ley N° 23.696, que son “de especial importancia para el caso de autos”.

En otras palabras, la Corte tomó como política legislativa o patrón inteligible un “programa de gobierno” –como ella misma lo denominó– constituido por un conjunto de tres leyes que –a su juicio– permitió que el Poder Ejecutivo pudiera dejar sin efecto todo un régimen laboral establecido por convención colectiva de trabajo y por ley. Su razonamiento está contenido en el considerando 14°, el que debido a su extensión y detalle en el análisis puede ser tomado como un verdadero estatuto jurisprudencial sobre la delegación.

La amplitud de la política legislativa y la intensidad del reglamento delegado en este caso produjeron una señal de alarma que dio pie a incorporar una norma específica sobre la delegación legislativa en la reforma constitucional que ya estaba en marcha.

39. Considerando 12°.

40. Esta ley reglamentó la actividad portuaria y permitió la descentralización de los servicios respectivos por medio de su transferencia a las provincias o a la actividad privada.

41. Considerando 13°.

### III. DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 A “CAMARONERA PATAGÓNICA”

#### *A. El Artículo 76 de la Constitución, la Disposición Transitoria Octava y la reglamentación legal*

La reforma de 1994 incorporó al texto de la Constitución el Artículo 76, que dice: “Se 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. 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”.

Esta norma fue completada con la Disposición Transitoria Octava, cuyo texto es el siguiente: “La legislación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio caducará a los cinco años de la vigencia de esta disposición, excepto aquella que el Congreso de la Nación ratifique expresamente por una nueva ley”.

Basta con leer el Artículo 76 para advertir que se trata de una disposición poco clara, tal como lo señalé en su momento<sup>42</sup>. En primer lugar, tomando la clasificación adoptada en el caso “A.M. Delfino” en “delegación propia” o amplia y “delegación impropia” o restringida, no se sabe a qué tipo de delegación se refiere. En segundo lugar, tampoco es claro si la prohibición se limita al Poder Ejecutivo (único órgano mencionado) o si se extiende también al resto de la Administración pública, tanto centralizada como descentralizada. Por último, en tercer lugar, las dos excepciones allí previstas (materias de administración y de emergencia pública) parecen ser materias que son propias del Poder Ejecutivo y que, por ende, no requieren para ser ejercidas de una habilitación legal del Congreso.

42. BIANCHI, Alberto B., “Horizontes de la delegación legislativa luego de la reforma constitucional”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 17, año 6, septiembre-diciembre de 1994, Buenos Aires, Depalma, págs. 379-430.

Por su lado, el mandato contenido en la Disposición Transitoria Octava era muy claro, pero, al mismo tiempo, resultaba muy difícil de cumplir. Toda la legislación delegada preexistente a la reforma –es decir, la que fue dictada desde 1853 en adelante– que no tuviera un plazo establecido para su ejercicio, caducaría a los cinco años de sancionada la reforma, salvo que el Congreso la ratificara expresamente. Dicho en otras palabras, el Congreso debía analizar todos y cada uno de los reglamentos delegados dictados desde 1853 hasta 1994, y decidir si los ratificaba o si caducaban por virtud del vencimiento del plazo establecido en la mencionada Disposición. No solamente había que revisar una enorme cantidad de reglamentos dictados a los largo de 140 años, sino que en la doctrina y jurisprudencia argentina la distinción entre los reglamentos delegados y los reglamentos ejecutivos nunca ha sido clara<sup>43</sup>, de modo tal que el análisis de cada uno en particular presentaba el desafío de establecer, primeramente, a qué categoría pertenecía.

Para resolver estos problemas fue dictada la Ley N° 25.148<sup>44</sup>, por medio de la cual el problema tuvo cuatro abordajes:

- a) la legislación delegante sobre materias determinadas de administración o situaciones de emergencia pública dictada con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, cuyo objeto no se hubiese agotado por su cumplimiento, fue ratificada por tres años, es decir, hasta agosto de 2002;
- b) se reglamentó el concepto “materias determinadas de administración”, contenido en el Artículo 76;
- c) se aprobó la totalidad de la legislación delegada, dictada al amparo de la legislación delegante preexistente a la reforma constitucional de 1994; y
- d) quedó establecido que la Ley N° 25.148 no comprendía los reglamentos ejecutivos.

43. BIANCHI, Alberto B., *La delegación legislativa*, Buenos Aires, Ábaco, 1990, Cap. III.

44. BO 24-8-1999.

Como puede verse, la Ley N° 25.148 resolvió dos problemas, y creó uno nuevo. En efecto: (a) resolvió qué debe entenderse por “materias determinadas de administración” y (b) cumplió con la Disposición Transitoria Octava al ratificar toda la legislación delegada anterior a la reforma de 1994. Al mismo tiempo, creó el problema de tener que revisar la legislación delegante “sobre materias determinadas de administración o situaciones de emergencia pública dictada con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, cuyo objeto no se hubiese agotado por su cumplimiento”. Esta obligación no estaba impuesta por la Constitución.

La obligación creada por la Ley N° 25.148 de revisar la legislación delegante y el plazo establecido para ello nunca fueron cumplidos. Luego de ella se dictaron las Leyes Nros. 25.645<sup>45</sup>, 25.918<sup>46</sup>, 26.135<sup>47</sup> y 26.519<sup>48</sup> que, por un lado, fueron prorrogando el plazo originalmente establecido en la Ley N° 25.148 y, por el otro, generaron nuevas ratificaciones de la legislación delegada.

Al día de hoy la situación es la siguiente. El plazo fijado en la Ley N° 26.519 para revisar la legislación delegante venció el 24 de agosto de 2010 y no ha sido prorrogado. Esto significa que podría haber una cierta cantidad de leyes delegantes que al día de hoy han perdido sus efectos. Ello crea una gran incertidumbre que solo podría despejarse el día que se sancione el llamado *Digesto Jurídico Argentino* –cuya elaboración fue encomendada por la Ley N° 24.967–<sup>49</sup>, cuya finalización fue anunciada en un acto público por la Presidenta en la Casa Rosada, en julio de 2011, pero que no se ha concretado aún.

45. BO 09-9-2002.

46. BO 24-8-2004.

47. BO 24-8-2006.

48. BO 24-8-2009.

49. BO 25-8-1998.

## ***B. Las principales líneas jurisprudenciales hasta el presente***

### *i. La delegación en general*

No obstante la copiosa actividad legislativa descrita en el punto anterior, la jurisprudencia sobre la delegación legislativa posterior a 1994 es bastante limitada y, en general, como veremos, ha corrido por un andarivel paralelo al del Artículo 76, casi como si este no existiera.

Uno de los casos más relevantes resueltos por la Corte en este período ha sido “Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional - Decreto N° 1.204/2001)”<sup>50</sup>. Se discutía aquí si el Decreto N° 1.204/2001<sup>51</sup>, por medio del cual los abogados del Estado fueron relevados de la obligación de matricularse en el Colegio Público de Abogados de Capital Federal, constituía un ejercicio válido de la delegación legislativa establecida en el Artículo 1°, apartado I, inciso f), de la Ley N° 25.414<sup>52</sup>.

Luego de un pormenorizado análisis de la cuestión, la Corte declaró la inconstitucionalidad del Decreto N° 1.204/2001 estableciendo: “[...] el Decreto N° 1.204/2001 constituye una disposición de carácter legislativo dictada por el Presidente de la Nación fuera de las bases de la delegación de facultades contenida en el Artículo 1°, apartado I, inciso ‘f’ de la Ley N° 25.414 y, por consiguiente, violatorio de la prohibición establecida en el Artículo 99, inciso 3°, segundo párrafo, de la Constitución Nacional”.

50. Fallos: 331:2406 (2008).

51. BO 27-9-2001

52. Esta norma dice:

“Artículo 1° - Facúltase al Poder Ejecutivo nacional al ejercicio de las siguientes atribuciones hasta el 1° de marzo del año 2002.

I. Materias determinadas de su ámbito de administración: [...] f) Con el objeto exclusivo de dar eficiencia a la administración podrá derogar total o parcialmente aquellas normas específicas de rango legislativo que afecten o regulen el funcionamiento operativo de organismos o entes de la administración descentralizada, empresas estatales o mixtas, o entidades públicas no estatales, adecuando sus misiones y funciones; excepto en materia de control, penal o regulatoria de la tutela de intereses legítimos o derechos subjetivos de los administrados, y con respecto al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados”.

Para llegar a esta conclusión, la Corte, con apoyo en el Artículo 76 de la Constitución sostuvo que (a) toda delegación debe tener “bases” claras, entendiendo por ello una “política legislativa” claramente definida; y (b) cuando las bases de la delegación son demasiado genéricas e indeterminadas, la legislación delegada será convalidada por los tribunales si puede demostrarse que la misma constituye una concreción de la política legislativa establecida por el Congreso.

Establecidos estos fundamentos, la Corte analiza el Decreto N° 1.204/2001. Se refiere, primero, a la amplitud de la delegación efectuada por la Ley N° 25.414: “[...] el Congreso habilitó al Presidente para derogar cualquier norma legal con miras a lograr una reducción del gasto”<sup>53</sup>. Critica, luego, la interpretación de la ley efectuada por el Estado nacional: “Una interpretación como esta introduce tal indeterminación en la Ley N° 25.414, que deja a la delegación legislativa prácticamente sin bases en función de las cuales discernir qué tipo de ley puede ser derogada por el Presidente, o sea, delinear un subgrupo dentro del conjunto de las leyes vigentes sobre el que recaerá la atribución delegada”<sup>54</sup>, e indica cuál debe ser la interpretación correcta: “[...] Un examen más atento muestra que la mencionada ley autorizó al Presidente para derogar leyes específicas, en materias determinadas de su ámbito de administración, que afectasen o regulasen el funcionamiento operativo de organismos o entes descentralizados, palabras que admiten una lectura mucho más plausible si se las entiende como refiriéndose a leyes cuya derogación, por su especificidad, no altera o modifica de manera grave otros fines o políticas legislativas que las dirigidas explícitamente y puntualmente al funcionamiento de la Administración pública”<sup>55</sup>.

Por último, establece los fundamentos de la inconstitucionalidad de los Artículos 3° y 5° del Decreto N° 1.204/2001: “[...] los Artículos 3° y 5° del Decreto N° 1.204/2001 encuentran, en efecto, serias dificultades para amoldarse a la delegación legislativa de la Ley N° 25.414, tal como ha sido entendida anteriormente. Primero, porque ninguno

53. Ver considerando 13°.

54. Ídem.

55. Ídem.

de ellos dispone la derogación de una norma específica, sino la aprobación, para los abogados del Estado, de todo un régimen alternativo e incompatible con el establecido en la Ley N° 23.187, que se encuentra vigente [...] Segundo, porque ambos artículos relevan a los referidos abogados del cumplimiento de sendos deberes hacia el colegio –aporte y matriculación– que son propios y solo afectan a la Administración pública de manera indirecta, como consecuencia de resoluciones tomadas por esta misma invocando razones de conveniencia. El deber que tienen los abogados de contribuir económicamente al sostenimiento del colegio profesional cuya constitucionalidad no está en discusión en este caso es una obligación propia del abogado para con el Colegio Público. Ello es así con independencia de que, en el caso de los abogados del Estado, para evitarles un deterioro de su ingreso, la misma Administración haya decidido soportar el costo derivado de su cumplimiento. En esta medida, el Decreto N° 1.204/2001 viene a modificar la Ley N° 23.187 en un aspecto que no afecta directamente a la Administración ni se refiere específicamente a ella”<sup>56</sup>.

Mucho más sencillo en su formulación, pero importante también por su contenido, es “Oviedo c/ Marcone”<sup>57</sup>, donde, con motivo de justificar la validez de la Acordada N° 2/2007, que elevó el monto del depósito en el recurso de queja a \$ 5.000, el Tribunal dice: “[...] el Artículo 8° de la Ley N° 23.853 confirió a la Corte la facultad de establecer aranceles y fijar sus montos y actualizaciones, disponer de su patrimonio y determinar el régimen de percepción, administración y contralor de sus recursos y su ejecución, y *dentro de esa amplia delegación de atribuciones* se encuentra la posibilidad de adecuar el monto proporcional o fijo de la queja establecido en el citado Artículo 286 [del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación]”<sup>58</sup>. En síntesis, la Corte admite que, además del Poder Ejecutivo, ella también puede ser destinataria de una habilitación legislativa para dictar reglamentos referidos a su propia esfera de gobierno.

56. Ver considerando 14°.

57. Fallos: 331:419 (2008).

58. Ver considerando 4°. Agrego el destacado.

*ii. La subdelegación*

Una cuestión siempre controvertida es la de la subdelegación, en la cual la línea divisoria de aguas pasa por determinar si tal facultad puede ser ejercida tan solo con una mera habilitación implícita de la ley, en la medida en que la política legislativa esté claramente diseñada, o si, por el contrario, se requiere, en cualquier caso, una habilitación legal expresa<sup>59</sup>. Sobre este particular, la jurisprudencia de la Corte ha sido oscilante, bien que en los últimos fallos se ha vuelto más exigente.

En los casos “Julio Héctor Czerniecki”<sup>60</sup> y “Comisión Nacional de Valores c/ Establecimiento Modelo Terrabusi S.A.”<sup>61</sup>, se admitió que bastaba con que la ley fijara correctamente la política legislativa para que la subdelegación fuera constitucionalmente admisible. No era necesario, a juicio de la Corte, una autorización expresa para subdelegar. En el segundo de los casos mencionados se discutía si, en la delegación efectuada por la Ley N° 23.697, que nada decía al respecto, era válida la subdelegación que el Decreto N° 2.284/1991 había efectuado en favor de la Comisión Nacional de Valores para establecer los requisitos de información a los que deben ajustarse las sociedades emisoras con oferta pública de sus títulos valores, subdelegación ésta que, a su vez, había dado lugar al dictado de la Resolución General N° 227 del citado órgano. Con cita del caso “Czerniecki”, la Procuración General admitió la validez de la subdelegación en un dictamen que luego fue compartido por la Corte<sup>62</sup>.

59. Para un meduloso y exhaustivo análisis de esta cuestión, puede verse CASTRO VIDELA, Santiago M. – MAQUEDA FOURCADE, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento*, Buenos Aires, Ábaco, 2014, en prensa, capítulos XIV y XV y, de los mismos autores, “La subdelegación legislativa en la jurisprudencia de la Corte Suprema y su relevancia actual en el sector hidrocarburífero”, *RADEHM – Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería*, Buenos Aires, Ábaco, 2014, N° 2, en prensa.

60. Fallos: 318:137 (1995).

61. Fallos: 330:1855 (2007).

62. Dice el dictamen: “[...] las atribuciones especiales que el Congreso otorga al Poder Ejecutivo para dictar reglamentos delegados pueden ser subdelegados por éste en otros órganos o entes de la Administración pública, siempre que la política legis-



Más exigente fue la Corte en “Federación de Empresarios de Combustibles de la República Argentina c/ Secretaría de Energía”<sup>63</sup>, bien que en este caso se trataba de una subdelegación para la creación de sanciones administrativas. Se planteó aquí la inconstitucionalidad de la Resolución N° 79/1999 de la Secretaría de Energía de la Nación y del Decreto N° 1.212/1989, el cual permitía la libre instalación de bocas de expendio, sujeta al cumplimiento de ciertas normas técnicas, de seguridad y económicas y, a su vez, subdelegaba en la Secretaría de Energía de la Nación la facultad de tipificar las infracciones y establecer el régimen de sanciones correspondiente.

En virtud de esta subdelegación, la Secretaría de Energía estableció en la Resolución N° 79/1999 una serie de obligaciones a cargo de los sujetos comprendidos en la regulación, quienes debían inscribirse en el Registro de Bocas de Expendio de Combustibles Líquidos y Bocas de Expendio de Fraccionadores y Revendedores de Combustibles

---

lativa haya sido claramente establecida (*Fallos*: 318:137). Asimismo, el Alto Tribunal ha reconocido que puede atribuirse competencia a ciertos órganos –centralizados o no– para establecer hechos y aplicar sanciones atendiendo a su función de policía social (Art. 67, inc. 28, actual Art. 75, inc. 32, CN), con la condición de que se preserve la revisión judicial de las decisiones adoptadas en el ámbito administrativo, como ha ocurrido en el caso bajo examen (*Fallos*: 303:1776).

Así, y en específica referencia al tema que nos ocupa, la facultad concedida a la CNV por el Decreto N° 2.284/1991 –ratificado por Ley N° 24.307–, debe, a mi modo de ver, entenderse en armonía con la finalidad ya expuesta de la Ley N° 17.811. En esta línea de pensamiento, y considerando que se trata de normas complejas y específicas referidas al mercado de capitales, es razonable que sean dictadas por el organismo especializado –CNV–, cuya competencia atribuida por ley se extiende a todos los intervinientes o participantes en la oferta y negociación de valores negociables, que, a su vez, son los sujetos pasivos de la reglamentación. Por otra parte, resulta necesario resaltar que no constituyen atribuciones consideradas indelegables en razón de su naturaleza (v. Arts. 99, inc. 3° y 76, CN y *Fallos*: 300:392, 443; 304:1898), desde que la resolución en estudio no regula materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos. En este sentido, V.E. afirmó que de los términos de la Ley N° 17.811 se desprende que su propósito no es solo regular ciertas relaciones entre particulares, sino que apunta a un objetivo eminentemente público, cual es crear las condiciones e instrumentos necesarios para asegurar una efectiva canalización del ahorro hacia fines productivos (*Fallos*: 303:1812)”.

63. *Fallos*: 328:940 (2005).

a Grandes Consumidores. Asimismo, se tipificaban allí una serie de conductas por incumplimiento de la reglamentación vigente en materia de seguridad, de medio ambiente, de especificaciones y calidad de combustibles líquidos y se establecían también las sanciones aplicables a cada una según su magnitud.

A juicio de la Procuración General, en un dictamen que la Corte hizo suyo, esta subdelegación era inconstitucional. Entendió el Ministerio Fiscal que, aun cuando tales sanciones aplicables por la Secretaría de Energía no participaban de la naturaleza de las normas del Código Penal –pues no se trataba de penas por delitos sino de sanciones por infracción a normas de policía–, no era constitucionalmente válido que el Poder Ejecutivo, sin una delegación expresa de la ley, atribuyera facultades de esa índole a la Secretaría de Energía, toda vez que la imposición de tales medidas requiere la configuración de supuestos previstos, aunque fuere de modo genérico, por el legislador.

Esta exigencia –dijo– no puede considerarse cumplida con el simple argumento de que el Decreto N° 1.212/1989 es un reglamento delegado, pues de los términos de la Ley N° 23.696 –que menciona como antecedente– surge que el objetivo del legislador fue impulsar un programa de privatizaciones tendiente a superar la grave crisis financiera del Estado y, aunque a tal efecto se le otorgaron amplias facultades al Poder Ejecutivo, dicha ley es notoriamente insuficiente para habilitarlo a subdelegar en otro organismo de inferior jerarquía el dictado de disposiciones como las que contiene la Resolución N° 79/1999, pues ello implica un total apartamiento del marco legislativo que el Congreso ha impuesto a la ejecución de la política de reforma del Estado, en cuyo articulado no se advierte ninguna delegación del tipo que pretende la Secretaría de Energía<sup>64</sup>.

64. En un *dictum* que es válido para la doctrina de la delegación en general, la Procuración General agregó que la garantía de “ley anterior”, consagrada por el Artículo 18 de la Constitución Nacional y del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, exige indisolublemente la doble precisión por la ley de los hechos punibles y de las penas a aplicar, sin perjuicio de que el legislador deje a los órganos ejecutivos la reglamentación de las circunstancias o condiciones concretas de las acciones reprimidas y de los montos de las penas dentro de un mínimo y un máximo. Tratándose de

En casos más recientes la Corte ha sido más restrictiva aún con la subdelegación exigiendo no solo que la ley delegante establezca claramente la política legislativa sino que, además, no se trate de una ley genérica o poco específica.

Este criterio ha sido sentado en un grupo de causas promovidas en forma cruzada entre empresas refinadoras de petróleo, por un lado (Shell y Esso), e YPF Sociedad del Estado y el Estado Nacional, por el otro<sup>65</sup>, en las cuales se discutía, entre otras cuestiones, la nulidad de la Resolución N° 439/1983 del Ministerio de Obras y Servicios Públicos, luego ratificada en forma retroactiva por medio del Decreto N° 1.246/1985, en los términos del Artículo 19 de la Ley 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. En tales condiciones, si se requiere ley previa en cualquier hipótesis de delegación en organismos administrativos, con mayor razón ella resulta indispensable cuando se trata de imponer restricciones a los derechos y garantías de los particulares y, en la especie, mal pudo delegar el Poder Ejecutivo una facultad de la que carecía, circunstancia que, de ninguna manera, se puede ver favorecida por la ratificación ulterior del Congreso Nacional mediante la Ley N° 25.148, puesto que, en cuanto a la materia que aquí se trata y a diferencia de otras cuestiones referidas a la administración, la garantía constitucional de ley previa exige su estricta observancia. Tampoco resulta válida –dice finalmente el dictamen– la invocación del Artículo 97 de la Ley N° 17.319 –citada por el organismo a los efectos de fundar la competencia para dictar la resolución cuestionada–, pues dicha ley se limita a disponer que la entonces Secretaría de Estado de Energía y Minería o los organismos que dentro de su ámbito se determinen, es la autoridad de aplicación de dicha ley, que prevé, en el Título VII, las sanciones y recursos que corresponden al incumplimiento de las obligaciones emergentes de los permisos y concesiones, circunstancia que deben verificar los funcionarios que cumplen tareas de inspección y fiscalización para asegurar la observancia de las normas relativas a la exploración, explotación de los yacimientos, al transporte y comercialización de hidrocarburos.

65. “YPF S.E. c/ Esso S.A.P.A.”, Y. 18. XLV; “Esso S.A.P.A c/ Estado Nacional”, E.97.XLV; “Shell Compañía Argentina de Petróleo S.A. c/ Estado Nacional (Ministerio de Obras y Servicios Públicos)”, S.442.XLV y “Shell Compañía Argentina de Petróleo S.A. c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos)”, S.443.XLV. Estas causas fueron todas acumuladas y resueltas por medio de la sentencia de fecha 3-7-2012, *Fallos*: 335:1227.

Procedimientos Administrativos (Ley N° 19.549). Por medio de la citada Resolución, el Ministerio de Obras Públicas se había arrogado el ejercicio de una facultad (la fijación del sobreprecio del JP1) que en realidad le correspondía al Poder Ejecutivo, por delegación de las Leyes Nros. 17.319 y 17.597, que le otorgaban a éste la facultad para fijar los precios de los combustibles, sin que hubiera una disposición en ellas de la que pudiera inferirse una autorización para subdelegar esa competencia. Al resolver estos casos la Corte entendió (a) que la subdelegación era improcedente y (b) que, por tal motivo, no correspondía la ratificación retroactiva de la misma efectuada por el Decreto N° 1.246/1985.

Según el fallo: “[...] las atribuciones especiales que el Congreso otorga al Poder Ejecutivo para dictar reglamentos delegados pueden ser subdelegadas por éste en otros órganos o entes de la Administración pública, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida [...] Sin embargo, y en esto asiste razón a las apelantes, 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 N° 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 [...] En tales condiciones, no puede entenderse que la delegación se encontraba permitida, con el simple argumento de que el entonces vigente Artículo 14 de la Ley de Ministerios autorizaba en forma genérica al Poder Ejecutivo Nacional a delegar facultades en los ministros. Ello es así, porque de los propios términos del artículo citado resulta que la autorización allí prevista es para delegar ‘facultades relacionadas con las materias que le competen’, es decir, a aquellas propias del Poder Ejecutivo. Y, como se ha señalado, la interpretación de este tipo de normas debe ser restrictiva, por lo que no cabe entender que esa autorización también permite subdelegar aquellas facultades que el Ejecutivo recibe por vía de delegación legislativa. Por similares motivos, tampoco resulta suficiente la invocación del Artículo 97 de la Ley N° 17.319, pues esta norma se

limita a disponer que la entonces Secretaría de Estado de Energía y Minería o los organismos que dentro de su ámbito se determinen, es la autoridad de aplicación de dicha ley. Esta previsión no hace referencia concreta a las facultades de fijación de precios que la ley reconoce al Poder Ejecutivo, y la simple determinación de la autoridad de aplicación del régimen resulta notoriamente insuficiente como autorización para subdelegar esa competencia en otro organismo de inferior jerarquía. En consecuencia, corresponde admitir el agravio de las apelantes en este punto, ya que no existía habilitación legislativa para que el Poder Ejecutivo subdelegara las facultades que le otorgaban las Leyes Nros. 17.319 y 17.597 en materia de fijación de precios y, por ello, la Resolución N° 439/1983 no pudo ser ratificada en forma retroactiva, en los términos del Artículo 19 de la Ley N° 19.549<sup>66</sup>.

### *iii. La delegación en materia tributaria*

Muy crítica es la delegación legislativa en materia tributaria, pues ella pone en juego el principio de legalidad o reserva de ley. En los últimos diez años la cuestión ha quedado definida en dos fallos importantes, en donde la Corte ha honrado el principio mencionado.

El primero de ellos fue “Selcro S.A. c/ Jefatura de Gabinete de Ministros”<sup>67</sup>, donde se discutía la inconstitucionalidad del segundo párrafo del Artículo 59 de la Ley N° 25.237, en cuanto delega la facultad de fijar los valores o, en su caso, las escalas aplicables para determinar el importe de las tasas que percibe la Inspección General de Justicia, y la nulidad del Artículo 4° de la Decisión Administrativa N° 55/00 de la Jefatura de Gabinete de Ministros, en cuanto modifica las escalas previstas en el Artículo 4° del Decreto N° 67/1996.

Con gran claridad y sencillez la Corte sostuvo que “ni un decreto del Poder Ejecutivo ni una decisión del Jefe de Gabinete de Ministros pueden crear válidamente una carga tributaria ni definir o modificar, sin sustento legal, los elementos esenciales de un tributo” y por ello,

66. Considerando 6°.

67. Fallos: 326:4251 (2003).

“al tratarse de una facultad exclusiva y excluyente del Congreso, resulta inválida la delegación legislativa efectuada por el segundo párrafo del Artículo 59 de la Ley N° 25.237, en tanto autoriza a la Jefatura de Gabinete de Ministros a fijar valores o escalas para determinar el importe de las tasas sin fijar al respecto límite o pauta alguna ni una clara política legislativa para el ejercicio de tal atribución”<sup>68</sup>.

Más extenso y muy argumentado es el reciente fallo recaído en el caso “Camaronera Patagónica c/ Ministerio de Economía”<sup>69</sup>, el cual refleja, además, un fuerte debate interno en el seno del Tribunal que se advierte, especialmente, en los votos disidentes. Se trataba de una acción de amparo entablada contra las Resoluciones Nros. 11/2002 y 150/2002 del –entonces– Ministerio de Economía e Infraestructura, que gravaron con derechos a la exportación para consumo determinadas mercaderías identificadas en la Nomenclatura Común del Mercosur. Dichas resoluciones –adujo la demandada– habían sido dictadas como consecuencia de una delegación legislativa proveniente del Artículo 755 del Código Aduanero y de la Ley de Emergencia Económica N° 25.561.

Si bien la Corte coincide unánimemente en que la delegación legislativa invocada por la demandada es inválida por su amplitud y falta de una política legislativa precisa y determinada, la sentencia no es unánime, en cambio, en cuanto a la validez de la ratificación legislativa posterior.

Antes de analizar estos pormenores veamos el fallo en su conjunto. Todo el Tribunal coincide en dos aspectos centrales del caso: (a) la naturaleza tributaria de los derechos de exportación y, por ende, la sujeción de estos al principio de legalidad y (b) la invalidez de la delegación legislativa invocada.

En relación con esto último, el considerando 9° del voto mayoritario de los jueces Lorenzetti, Fayt, Highton de Nolasco y Maqueda es contundente y por ello lo transcribo casi íntegramente:

“[...] ese valladar inmovible que supone el principio de reserva de ley en materia tributaria tampoco cede en caso de que se ac-

68. Considerandos 6° y 7°.

69. C.486.XLIII, 15-4-2014.

túe mediante el mecanismo de la delegación legislativa previsto por el Artículo 76 de la Constitución [...] tampoco resultaría admisible el argumento que subyace en la defensa realizada por el ente fiscal, que consiste en sostener que la Ley de Emergencia N° 25.561 –y sus sucesivas prórrogas– ha otorgado una delegación suficiente al Poder Ejecutivo para que, en el marco de la dolorosa situación de emergencia nacional por la que atravesó el país, tomara una serie de medidas tendientes a terminar con esa situación, entre las cuales estaba la habilitación para que estableciese el tributo aquí cuestionado.

En efecto, ni la Ley N° 22.415 ni mucho menos la Ley N° 25.561 establecen, siquiera con mínimos recaudos, los elementos esenciales del tributo de que se trata.

Por una parte, la Ley N° 25.561 solo contiene en su Artículo 5°, tercer párrafo, *in fine*, una previsión de creación de un derecho a la exportación de hidrocarburos, supuesto ajeno al de la especie cuya constitucionalidad no es objeto aquí de discusión. Pero, con la salvedad mencionada, no hay otra disposición en su articulado que permita establecer, con claridad y sin duda alguna, las pautas de la clara política legislativa a las cuales debe atenerse el Presidente. Es más, de su lectura no puede siquiera intuirse que el Poder Legislativo haya delegado en el Ejecutivo la posibilidad de crear este tipo de gravámenes, más allá de la admisibilidad constitucional de tal mecanismo, que como se señaló anteriormente debe ser enérgicamente rechazada.

En segundo término, corresponde detenerse en el Capítulo Sexto del Título 11, de la Sección IX, del Código Aduanero, titulado ‘Tributos regidos por la legislación aduanera’, que prevé la existencia de derechos de exportación y regula aspectos atinentes a tal tipo de gravámenes, los Artículos 733 y siguientes. Establecen que el derecho de exportación puede ser *ad valorem* (es decir, de base imponible variable en función del valor de la mercadería) o bien específico (una cantidad determinada, fija o variable en función de la cantidad de mercadería que se exporte), pero para el caso en concreto aquí discutido, como puede observarse, no es el legislador quien ha determinado, de manera cierta e indudable, cuál es la forma de cuantificar la prestación, sino que ha de recurrirse, necesariamente, a lo dispuesto por la Resolución N° 11/2002 mencionada.



En efecto, el Congreso Nacional no ha previsto cuál es la alícuota aplicable, ni siquiera mediante el establecimiento de unos baremos máximos y mínimos para su fijación. Al guardar silencio el citado cuerpo legal respecto de la alícuota máxima que puede establecerse en materia de derechos de exportación, coloca a la resolución impugnada a extramuros de las normas y principios constitucionales antes reseñados”.

Similares conceptos, bien que con distinta redacción, ilustran el considerando 17° del voto disidente de los jueces Petracchi y Argibay.

En definitiva, la sentencia comentada ratifica que no es válida la delegación legislativa en materia tributaria, si la ley delegante no define los elementos esenciales del tributo de que se trata.

Hasta aquí, como dije, la Corte es unánime. Las diferencias entre sus jueces aparecen cuando el Tribunal analiza la validez de la ratificación legislativa posterior. Recordemos que, conforme surge de la reseña de antecedentes legislativo efectuada en III.A, la Ley N° 25.645 ratificó –según entiende la mayoría del Tribunal– la legislación delegada dictada entre el 24 de agosto de 1999 y el 24 de agosto de 2002<sup>70</sup>.

Según este criterio –que suscriben los jueces Lorenzetti, Fayt, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni, este último por medio de un voto separado–, las resoluciones impugnadas habrían sido válidamente ratificadas por medio de la Ley N° 25.645. No obstante, aclaran que esta ratificación solo tiene efectos hacia el futuro, en tanto “[...] la Ley N° 25.645 carece de eficacia para convalidar retroactivamente una norma que adolece de nulidad absoluta e insanable –como la Resolución N° 11/2002 del entonces Ministerio de Economía e Infraestructura–, pero no existe razón alguna para privarla de efectos en relación con los hechos acaecidos después de su entrada en vigencia”<sup>71</sup>.

Muy diferente es la postura de los jueces Petracchi y Argibay en este punto. A su juicio, la ratificación efectuada por la Ley N° 25.645

70. Según lo explican los votos mayoritarios, la Ley N° 25.148 ratificó toda la legislación delegada dictada desde 1853 hasta el 24 de agosto de 1999, fecha en la cual aquella entró en vigencia. A su vez, la legislación delegada dictada entre el 24 de agosto de 1999 y el 24 de agosto de 2002, entre ellas las Resoluciones del Ministerio de Economía impugnadas en el caso, fueron ratificadas por la Ley N° 25.645.

71. Considerando 11°, párrafo 16°.



es inválida porque para que una ratificación de esa naturaleza tenga efectos “debe existir una voluntad legislativa clara y explícita que pueda ser entendida –más allá de las imperfecciones técnicas de su instrumentación– como un aval de los contenidos de la norma que se ratifica [...] y ello, nítidamente, no ha ocurrido en el caso de la Resolución N° 11/2002. En efecto, frente a un universo heterogéneo de normas que ni siquiera son identificadas en forma alguna, la mención del legislador en el sentido de aprobar ‘la totalidad de la legislación delegada dictada [...]’, aparece poco propicia para derivar de ella que se ha querido avalar el contenido de la Resolución N° 11/2002, máxime cuando se trata de una materia ajena a las mencionadas en el Artículo 76 de la Constitución Nacional, y la propia Ley N° 26.519 puso en evidencia que, pese a haber transcurrido más de diez años desde el vencimiento del plazo de cinco años que el convencional le concedió al Congreso para expedirse, éste ni siquiera ha logrado establecer cuáles son las leyes que delegan facultades; cuáles de ellas se encuentran vigentes, modificadas, derogadas o son de objeto cumplido, ni si las materias se corresponden con lo regulado por el Artículo 76 de la Constitución Nacional, razón por la que se ha decidido crear en el seno del Poder Legislativo una comisión bicameral especial con el fin de ‘revisar, estudiar, compilar y analizar la totalidad de la legislación delegante preexistente [...]’ (Art. 3° de la Ley N° 26.519)”.

#### IV. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA JURISPRUDENCIA RECIENTE

##### *A. Los efectos menores y mayores del caso “Camaronera Patagónica”*

Seis años demoró la Corte Suprema en resolver el caso “Camaronera Patagónica c/ Ministerio de Economía”<sup>72</sup>. Si tenemos en cuen-

72. Véase el reciente artículo de Eugenio L. Palazzo, en el cual analiza exhaustivamente el caso y pone de relieve la demora de la Corte en resolverlo. PALAZZO, Eugenio Luis, “El amparo, los derechos de exportación y la delegación legislativa en ‘Camaronera Patagónica’”, *El Derecho – Constitucional*, diario del 26-5-2014, págs. 1-7.

ta que, finalmente, lo decidido en él es que las Resoluciones Nros. 11/2002 y 150/2002 del –entonces– Ministerio de Economía fueron nulas tan sólo durante el breve espacio que va desde su sanción, a principios de 2002, hasta su ratificación, en agosto de ese mismo año, por medio de la Ley N° 25.645, el resultado es magro en función del tiempo insumido en resolver el caso y de la sencillez de lo decidido. No olvidemos, además, que se trataba de una acción de amparo, lo que potencia más aún la variable temporal.

Sin embargo, el fallo merece algo más que esta mirada de corto alcance pues, en primer lugar, contiene –nada menos– el certificado de defunción constitucional del Artículo 755 del Código Aduanero, sobre cuya delegación está montado todo el sistema de las llamadas retenciones a la exportación. Tal es su legado. No en vano Gregorio Badeni se ha preguntado al comentar el fallo si estamos ante el ocaso de las retenciones<sup>73</sup>.

En segundo lugar, y no menos importante, la Corte –por mayoría– ha admitido que la ratificación general de la legislación delegada, efectuada por la Ley N° 25.148 y sus sucesoras sin análisis alguno, es válida.

Veamos entonces, cómo juegan hacia el futuro estos efectos “mayores” de “Camaronera Patagónica”.

En relación con los derechos de exportación la sentencia es clarísima y no deja lugar a dudas de que, como en el caso de cualquier impuesto, las retenciones a la exportación deben ser fijadas por ley, al menos en sus aspectos sustanciales. En otras palabras, el Congreso al crear un impuesto –sea un derecho de exportación o cualquier otro–, debe fijar con precisión la “política legislativa”, pudiendo delegar en el Poder Ejecutivo los aspectos instrumentales.

Queda por analizar si, en tales condiciones, el Poder Ejecutivo puede, a su vez, subdelegar en otros órganos o entes de la Administración algunas de las facultades que la ley le ha delegado. Según la jurisprudencia examinada en el punto III.B.ii, ello solamente es posible si la ley (a) fija claramente la política legislativa y (b) se trata

73. BADENI, Gregorio, “¿El ocaso de las retenciones?”, *La Ley*, diario del 29-5-2014.

de una delegación específica. No se exige que la subdelegación esté expresamente habilitada por la ley delegante y a mi juicio éste es un requisito de validez necesario, tal como lo sostuve hace más de veinte años, opinión que ratifico ahora<sup>74</sup>. No debe olvidarse que, tal como la propia Corte sostiene, la delegación –y por ende también la subdelegación– debe ser interpretada restrictivamente.

Hasta aquí la ortodoxia constitucional de la jurisprudencia examinada es casi impecable. Está a salvo el principio de legalidad, se han ratificado los principios clásicos de la delegación legislativa en punto a la política legislativa y se ha limitado razonablemente la subdelegación, aun cuando no se hayan extremado todas las exigencias.

La pregunta que sigue es si todo ello, en definitiva, no puede convertirse en letra muerta al permitir –como lo hace la mayoría– que una ratificación legislativa posterior general, que en modo alguno analiza, siquiera mínimamente, la legislación delegada ratificada, es válida. En otras palabras, ¿cuál es, constitucionalmente hablando, más correcta: la posición de la mayoría o la de la minoría?

Sin lugar a dudas, en un esquema ideal, la minoría tiene razón. Una ratificación tan general de todo un extenso cuerpo de legislación administrativa, donde el Congreso ha hecho un acto de fe, ratificando a ciegas un número indeterminado de reglamentos, no se compadece ni con el espíritu de la Cláusula Transitoria Octava, ni con los elementales principios de una razonable ratificación, que presupone, al menos, que quien ratifica sabe y conoce lo que está ratificando. No se puede ratificar lo que no se conoce, salvo, insisto, como acto de fe. Y el Congreso no es una institución religiosa.

Pero al margen de estos saludables principios constitucionales hay otro, no menos importante, que es la seguridad jurídica. Me pregunto, ¿qué pasaría a esta altura, a veinte años de la reforma constitucional, si la Corte Suprema dijera que la ratificación de la legislación delegada efectuada por la Ley N° 25.148 y por las sucesivas leyes que le siguieron, es inválida? Sin dudas reinaría el caos y tal decisión se convertiría en un semillero de incertidumbres y, por ende, de pleitos.

74. Ver *La delegación legislativa*, cit. en nota 43, págs. 270-274.

En otras palabras, como en tantos otros casos, en los cuales por imprudencia o negligencia se ha llegado a una situación extraordinaria, la Corte ha tenido que optar entre el respeto a los principios constitucionales y el valor de la seguridad jurídica, que también tiene rango constitucional. Ante esa disyuntiva, ha preferido este último. No es el desenlace deseable, ciertamente, pero el Tribunal es consciente de que no puede desatar un vendaval de proporciones inimaginables. Aun así, es saludable que, desde un sector minoritario del Tribunal, se escuche la buena doctrina, para que ésta, quizás en una ocasión mejor, sea la voz mayoritaria.

### ***B. La escasa utilidad del Artículo 76 de la Constitución***

Viene ahora la pregunta que nadie querría formular, pero que es importante hacer: ¿era necesario el Artículo 76 de la Constitución para producir la jurisprudencia antes analizada? Dicho de otro modo, los principios que la Corte Suprema aplica actualmente en materia de delegación legislativa, ¿nacieron del Artículo 76 o ya existían con anterioridad?

Por mucho entusiasmo que el Artículo 76 pueda producir, la respuesta es muy clara: todos los principios que la Corte Suprema aplica actualmente en materia de delegación legislativa ya existían. Habían sido elaborados, con las imperfecciones antes señaladas, en la jurisprudencia anterior a 1994. Es cierto que los fallos analizados mencionan reiteradamente el Artículo 76, pues es la norma aplicable al caso, pero ello no quiere decir que la decisión hubiera sido diferente si este artículo no existiera.

Aunque resulte antipático reconocerlo, los fallos que ha dictado la Corte en esta materia desde 1994 en adelante podrían decir lo mismo que dicen, aun cuando no existiera el Artículo 76 de la Constitución.

¿Quiere decir, entonces, que la tarea de la Convención de 1994 ha sido estéril en esta materia? Obvio es decir que la delegación legislativa podría sobrevivir perfectamente sin el Artículo 76. Sin embargo, su presencia en la Constitución ofrece a los jueces un valladar en el cual apoyarse, más allá de su propia jurisprudencia, para controlar el desborde de la legislación delegante.

## V. CONCLUSIONES

Todas las sofisticaciones jurídicas que quieran introducirse en relación con la delegación legislativa no pueden evitar que su centro neurálgico radique en que (a) la “política legislativa” esté concretamente enunciada en la ley delegante y (b) el órgano delegado no sobrepase esos límites. Estos principios nacen de la separación de poderes, ya habían sido elaborados antes de 1994 y son los jueces a quienes les corresponde decidir, en cada caso, si han sido respetados o no lo han sido. Todo lo demás es secundario.

En “Camaronera Patagónica”, la Corte Suprema los ha vuelto a poner de relieve en un fallo que, además, exigirá de aquí en adelante mucha atención en el manejo de las retenciones a la exportación, pues tal vez no siempre el Poder Ejecutivo y la Administración cuenten con el auxilio que en este caso les ha provisto el Tribunal para evitar un terremoto.

Tengamos en cuenta, a propósito de ello, que la legislación delegada dictada a partir del 24 de agosto de 2009, no ha sido ratificada todavía, salvo por las leyes particulares que puedan haberse dictado al efecto. Tampoco se ha aprobado, hasta ahora, la delegación delegante, tarea ésta que en su momento se autoimpuso el Congreso al sancionar la Ley N° 25.148. Lo preocupante a este respecto es que la última prórroga para ello venció el 24 de agosto de 2010.

Seguramente muchos descuentan que, antes de producirse una catástrofe, el Congreso dictará, *in extremis*, una ley sanadora, que la Corte, para evitar el caos, finalmente aprobará, aun cuando lo haga a regañadientes. La historia antigua y reciente permite anticipar este resultado. Lo que deberíamos preguntarnos es si vale la pena forzar ese desenlace.



# DE “GALLO LLORENTE” A “CAMARONERA PATAGÓNICA”

PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO<sup>1</sup>

La reciente exposición del profesor y académico Alberto B. Bianchi sobre la actualidad de la delegación legislativa, desarrollada en el marco del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, y al mismo tiempo la invitación que me dirigió el profesor Roberto Antonio Punte<sup>2</sup>, me movieron a actualizar este trabajo, sobre la base del publicado originariamente en la revista *El Derecho*, serie especial administrativo (EDA), en el tomo del año 2014, página 583, que adapté en la oportunidad.

## I. INTRODUCCIÓN

La sentencia recaída *in re* “Camaronera Patagónica” (del 15-4-2014) me trajo a la memoria el tema de las conocidas “retenciones” originadas en la Resolución N° 125/2008, y las sendas sentencias pro-

1. Profesor titular ordinario de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Director de la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo Económico de dicha Universidad.

2. El profesor Punte estudió en su momento con agudeza este pronunciamiento, cuyas consideraciones son de muchísima utilidad para una profundización de un tema aún dificultoso: “El fallo ‘Camaronera Patagónica S.A.’ y las retenciones”, publicado el 5-5-2014 en *elDial.com* - DC1CB1.

nunciadas en la causa “Gallo Llorente”, tanto en primera<sup>3</sup>, como en segunda instancia<sup>4</sup>, cuyo tratamiento había quedado en cierto sentido anestesiado luego del también conocido “voto no positivo”, del entonces vicepresidente de la Nación, Ing. Cobos.

Considero, en ese sentido, que la doctrina de “Gallo Llorente” no ha perdido su vigor, como lo expondré abajo, pese a lo decidido en esta causa por la Corte en *Fallos*: 334:1187 (2011). Criterio, éste, confirmado por la Sala IV del fuero *in re* “Grobocopatel”.

Al mismo tiempo, “Camaronera Patagónica” presenta ciertas aristas que pueden servir para el estudio de los decretos delegados, referentes al alcance del saneamiento legal de normas defectuosas, y su alcance en materia tributaria.

## II. LA CAUSA “GALLO LLORENTE”

No me detendré en recensionar el contenido de los pronunciamientos de primera y segunda instancia de “Gallo Llorente”, pero sí es preciso apuntar los aspectos salientes<sup>5</sup>.

1. La señora jueza de primera instancia, con el fervor que caracterizan sus pronunciamientos, directamente declaró “la inconstitucionalidad de las Resoluciones MEP N° 125/2008 y MEP N° 64/2008, así

3. Dictada por la jueza Liliana Heiland, titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 10, del 5-6-2008 (*ED*, 229-71, 2008).

4. Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, del 23-9-2008 (*ED*, 229-463, 2008).

5. Debo destacar que tiempo antes de estos pronunciamientos, la Sala I, que integré, había en cierto modo esbozado algunas ideas en punto al principio de legalidad en materia tributaria y a la inconstitucionalidad de las delegaciones en materia tributaria, en la sentencia recaída en una causa vinculada con una medida cautelar, caratulada “Pionner”, del 18-10-2007 (*ED* del 9-10-2008; sumario N° 55.547), más allá de que por mayoría se rechazó el pedido por no estar presente el *periculum in mora*; en mi disidencia preferí, como siempre lo hice, privilegiar el *fumus*. Lo curioso es que coincidimos los jueces con la presencia de la verosimilitud.



como de las normas que pretende sustentar la delegación allí ejercida (Art. 755 del CA y Art. 1º del Decreto N° 2.752/1991)”.

Más allá de lo que se refiere a las otras normas generales, lo importante es que allí decretó la inconstitucionalidad de la base legal básica de las “retenciones”, que es el Artículo 755 del Código Aduanero<sup>6</sup>.

2. La Sala II, por mayoría de los votos concurrentes de la jueza Marta Herrera y del juez Guillermo Galli, y la disidencia del juez Carlos Manuel Grecco, dio por sentada –con apoyo jurisprudencial de los pronunciamientos de la Corte Suprema– la validez constitucional del texto del citado Artículo 755, entre otros, por este motivo, señalado por la jueza Herrera, a la que su colega de criterio adhirió:

“De la doctrina judicial reseñada se desprende que la legitimidad de las decisiones del Poder Ejecutivo en materia de derechos aduaneros –como la que nos ocupa– se sustenta en el juego armónico que deriva de la aplicación de las disposiciones del Artículo 755

6. “Artículo 755. – 1. En las condiciones previstas en este código y en las leyes que fueren aplicables, el Poder Ejecutivo podrá:

- a) gravar con derecho de exportación la exportación para consumo de mercadería que no estuviere gravada con este tributo;
- b) desgravar del derecho de exportación la exportación para consumo de mercadería gravada con este tributo; y
- c) modificar el derecho de exportación establecido.

2. Salvo lo que dispusieren leyes especiales, las facultades otorgadas en el apartado 1 únicamente podrán ejercerse con el objeto de cumplir alguna de las siguientes finalidades:

- a) asegurar el máximo posible de valor agregado en el país con el fin de obtener un adecuado ingreso para el trabajo nacional;
- b) ejecutar la política monetaria, cambiaria o de comercio exterior;
- c) promover, proteger o conservar las actividades nacionales productivas de bienes o servicios, así como dichos bienes y servicios, los recursos naturales o las especies animales o vegetales;
- d) estabilizar los precios internos a niveles convenientes o mantener un volumen de ofertas adecuado a las necesidades de abastecimiento del mercado interno;
- e) atender las necesidades de las finanzas públicas”.

del Código Aduanero y de las leyes que a los efectos allí previstos se dicten, y que constituyen la fuente legal que defina la clara política tributaria y fije los límites de la materia autorizada al Poder Ejecutivo para su aplicación.

[...]

Desde esta perspectiva, cabe concluir que *las facultades conferidas por el Artículo 755 del Código Aduanero requieren para su aplicación de una ley formal que especifique la política legislativa, fije las escalas y los límites concretos para su ejercicio por parte del Poder Ejecutivo*” (acápite XIII del voto; el énfasis me pertenece).

Agregó más adelante la magistrada:

“Como corolario, reconociendo que el derecho a la exportación es un tributo alcanzado por el principio de reserva de ley y que el ejercicio de las facultades conferidas al Poder Ejecutivo Nacional en el Artículo 755 del CA requiere del dictado de una ley formal que establezca los límites para su aplicación, las resoluciones impugnadas son inconstitucionales por arrogarse facultades que la Carta Magna (Arts. 4º, 17 y 75, inc. 1º) y el Código Aduanero confieren al Congreso de la Nación” (acápite XIV del voto).

El juez Galli centró su mayor desarrollo en la idea, ya señalada por la jueza Herrera, de que la subdelegación de facultades solo podía ser ejercida en la medida que así lo hubiere autorizado el delegante, dado que la delegación solo podía –según entendían, y yo comparto– serlo en el Poder Ejecutivo, ejercido por el Presidente de la Nación. En el caso de la Resolución N° 125/2008, las fuentes invocadas –argumentaron–, en el devenir normativo, habían caducado, lo que quitaba virtualidad a la delegación que había sido realizada en el Ministro de Economía para el dictado de la resolución impugnada.

Por ello, declararon la inconstitucionalidad de la citada resolución ministerial. Al mismo tiempo, ordenaron al Estado Nacional “abonarle a la parte actora la diferencia positiva de valor resultante de la aplicación de la Resolución N° 125/2008, modificada por su similar, N° 141/2008 y ccdtes., y el que hubiere correspondido por aplicación de las normas preexistentes al dictado de la mencionada reso-

lución, por las ventas acreditadas en autos y que se vieron alcanzadas por aquella”.

3. Cuando llegó la causa a la Corte, se configuró una curiosa situación. En primer término, el Procurador General se remitió a una vieja doctrina, y a una perniciosa consecuencia emanada de un raro precedente:

“Al respecto, el Tribunal ha señalado en reiterada doctrina que si lo demandado carece de objeto actual, su decisión es inoficiosa [...], puesto que la desaparición de los requisitos jurisdiccionales que habilitan su actuación importa la de poder juzgar, circunstancia comprobable aún de oficio [...].

Sin perjuicio de ello, considero que también *corresponde dejar sin efecto la sentencia recurrida*, pues su subsistencia podría causar al apelante un gravamen no justificado, en la medida en que no cabe descartar que alguna consecuencia gravosa para él pudiera ser extraída de una sentencia declarativa de inconstitucionalidad que no pudo ser revisada [...], máxime cuando, a mi juicio, en autos 110 ha sido debidamente acreditada la relación de causalidad entre las resoluciones aquí impugnadas y el daño alegado por la actor, quien reconoció en todo momento que no actuó como exportador en las operaciones aquí involucradas” (el destacado me pertenece).

La doctrina invocada en el segundo párrafo transcripto proviene del precedente “Peso” (*Fallos*: 307:2081; 1985).

Empero, la Corte, compartiendo solo la primera parte de lo transcripto, hizo excepción del último párrafo, por lo que declaró inoficioso el pronunciamiento. (El juez Petracchi siguió la doctrina de “Peso”).

Ello significaba, a mi juicio, y conforme lo venía enseñando, *que la doctrina del caso “Gallo Llorente” había quedado incólume* (pensemos solamente que la condena carecería de efecto).

4. Esta última opinión personal, que he sostenido y enseñado reiteradamente, quedó confirmada tiempo después en la sentencia de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso

Administrativo Federal, recaída el 14-11-2013, *in re* “Grobocopatel Hermanos S.A.”, donde a través del voto del juez Jorge Morán se remitió el tribunal a los fundamentos de la sentencia “Gallo Llorente” –especialmente al párrafo transcripto más arriba del voto de la jueza Herrera, en la parte resaltada–, en estos términos:

“Que, teniendo en cuenta la forma en que el Alto Tribunal resolvió y *que la sentencia de la Sala II no ha sido revocada*, corresponde estar a lo allí resuelto por ser ésta una causa análoga.

En virtud de ello, de la prueba agregada a la causa y de lo que surge de la pericia contable de fs. 432/435, corresponde hacer lugar a la demanda y ordenar al Estado Nacional a abonar a la empresa actora la diferencia positiva de valor resultante de la aplicación de la Resolución N° 125/2008, modificada por su similar, N° 141/2008 y cccts., y el que hubiera correspondido por aplicación de las normas preexistentes al dictado de la mencionada resolución, por las ventas acreditadas en autos y que se vieron alcanzadas por aquellas, a las que deberá adicionarse la tasa pasiva de interés fijada por el BCRA” (el énfasis me pertenece)<sup>7</sup>.

### III. EL CASO “CAMARONERA PATAGÓNICA”

¿Qué ocurre con la expurgación del pecado original de normas como la N° 125 o la cuestionada en “Camaronera”?

1. En este caso, hay un primer aspecto positivo, en cuanto el voto mayoritario de los jueces Fayt, Lorenzetti, Maqueda y concurrente de Zaffaroni, donde se afirma la invalidez de la Resolución del Ministerio de Economía N° 11/2002, que había establecido determinados derechos a la exportación, invocándose para fijarlos las normas del Código Aduanero (Ley N° 22.415) y la Ley de Emergencia N° 25.561. Sin embargo, a juicio de dichos jueces, no resultaba la existencia de normas de base legal formal que establecieran los elementos esencia-

7. El recurso extraordinario se encuentra en trámite ante la Corte Suprema.

les del tributo, ni la clara política legislativa, o la alícuota aplicable ni baremos máximos y mínimos para su fijación.

2. Mas en una curiosa elipsis normativa (que no comparto, en absoluto<sup>8</sup>), sostuvieron que la Ley N° 25.645, que por su Artículo 3° había ratificado “la totalidad” de la legislación delegada preexistente a la reforma constitucional de 1994, daba sustento a las dictadas hasta su entrada en vigencia, que había sido el 24 de agosto de 2002 (consid. 11). Y sobre ello entendió que si bien la ratificación no podía tener efectos retroactivos, sí, en cambio, los tenía para el futuro. Para dar sustento a ello invocó el precedente “Cic Trading” (Fallos: 321:347, 1998, consid. 10).

El precedente “Cic” trató del Decreto N° 560/1989, rotulado como de necesidad y urgencia, del presidente Menem, por el que se había impuesto un gravamen a los activos financieros. Para la doctrina de ese pronunciamiento, la ratificación por la Ley N° 23.757 solo tenía efectos para el futuro.

Los jueces que votaron en disidencia, la recordada jueza Carmen Argibay y el juez Petracchi (disidencia que comparto), destacaron en uno de los considerandos para negar efecto alguno para el futuro a la resolución, y en relación a la Ley N° 25.645, que “frente a un universo heterogéneo de normas que ni siquiera son identificadas en forma alguna, la mención del legislador en el sentido de aprobar ‘la totalidad de la legislación delegada dictada [...]’, aparece poco propicia para derivar de ella que se ha querido avalar el contenido de la Resolución N° 11/2002, *máxime cuando se trata de una materia ajena a las mencionadas en el Artículo 76 de la Constitución Nacional*” (el resaltado me pertenece).

8. Ello va contra lo dispuesto en la Cláusula Transitoria Octava, que impone que el “Congreso ratifique expresamente por una nueva ley” la legislación delegada, mencionada por la Corte en el consid. 11, porque: 1° la Constitución no admite, en principio, una ratificación genérica; necesita *precisión*; 2° aunque se admitiera o *tolerara* –mejor dicho– por razones prácticas una cierta generalización, lo cierto es que cuando se trata de una materia tributaria –que está *prohibida*, porque no es de “administración”–, la ratificación debe necesariamente ser *estricta y precisa*.

#### IV. REFLEXIONES PARTICULARES

La citada disidencia agrega un componente muy interesante: si la materia es ajena a las que habilitan la delegación, ¿permanece vigente constitucionalmente una delegación prohibida a partir de la reforma del año 1994? Creo que no. Volveré más abajo sobre el tópico.

1. ¿Qué ocurre con las ratificaciones legislativas de reglamentos inválidos? Aquí el campo es, aparentemente, variado.

En el caso “Franco” (*Fallos*: 322:1868; 1999) se dijo respecto a la ratificación (por la Ley de Presupuesto N° 24.624) de decretos autónomos que habían establecido suplementos “no remunerativos” ni “bonificables”, que “respecto de lo previsto en la Ley N° 24.624, en el sentido de ‘ratificar’ lo dispuesto en los Decretos Nros. 2.000 de 1991 y 628 de 1992, con relación al carácter ‘no remunerativo no bonificable’ de las asignaciones en cuestión, cabe poner de relieve que los decretos que en su origen se hallan viciados de inconstitucionalidad por haber sido dictados por el Poder Ejecutivo con exceso de sus facultades reglamentarias no son susceptibles de purga o subsanación mediante la ratificación parlamentaria posterior. Ello es así porque la Constitución Nacional impide a ese poder ejercer funciones legislativas sin contar con base legal previa y suficiente, y la oportuna observancia de tal requisito no depende de la gracia del Congreso. Por expresa previsión constitucional, *solo en el excepcionalísimo supuesto de los decretos de necesidad y urgencia la ratificación ulterior podría tener la virtualidad convalidatoria que, impropiaamente, se pretende extender al caso*” (consid. 14; el resaltado me pertenece).

La misma idea se reiteró en el caso “Lalia” (*Fallos*: 326:928, 2003). Más tarde, en “D’Amore” (*Fallos*: 329: 584; 2006), que era un caso análogo a “Franco” y a “Lalia”, y con la firma de los jueces Highton, Lorenzetti, Fayt, Zaffaroni, la Corte se remitió a “Franco” (la jueza Argibay no adhirió al considerando que hacía referencia a “Franco”).

Como se aprecia, si bien negó efecto alguno, ni para el pasado ni para el futuro, a la ratificación legislativa de un reglamento autónomo, sí, empero, *la reconoció para los DNU, pero sólo ex nunc*.

Respecto a estos últimos, ya en “Cic Trading” (*Fallos*: 321:347, 1998; consid. 10), ya citado, como en “Zofracor” (*Fallos*: 325:2394;

2002; consid. 14), la Corte admitió con efectos para el futuro la convalidación legislativa de un DNU.

2. ¿Qué sucede con los reglamentos, o mejor dicho, *decretos* delegados? Evidentemente la solución, conforme “Camaronera Patagónica”, es la misma, en virtud de la remisión que se hace a “Cic Trading”.

En cuanto los reglamentos ejecutivos, creo que lo mismo ocurriría pero solo respecto a su ratificación legislativa, y también con efectos *ex nunc*.

3. ¿Permanece vigente la doctrina de “Franco” respecto a los reglamentos autónomos? Es difícil predecir, porque la solución debería ser la misma que para los otros supuestos; mas hay que tener en cuenta que si en esos casos de suplementos para el personal militar y el policial se hubiera conferido efecto *ex nunc* a la ratificación legislativa, se habría producido un tremendo desajuste en el régimen de haberes de dicho personal. Casi podría decirse que fue una solución de especie.

4. Por último, vuelvo al párrafo de la disidencia de los jueces Argibay y Petracchi, en cuanto –recuerdo– dijeron sobre el contenido que trataba la Resolución N° 11/2002, que “se trata de una materia ajena a las mencionadas en el Artículo 76 de la Constitución Nacional”.

Ello iría en contra de lo que ha dicho reiteradamente la Corte, y en “Camaronera” (con remisión a *Fallos*: 246:345, “Prattico”, y 328:940, “Federación de Empresarios de Combustibles”), también, en cuanto “resulta admisible que el Congreso atribuya al Poder Ejecutivo ciertas facultades circunscriptas, exclusivamente, al aspecto cuantitativo de la obligación tributaria, es decir, autoriza elevar o disminuir las alícuotas aplicables, siempre y cuando, para el ejercicio de dicha atribución, se fijen pautas y límites precisos mediante una clara política legislativa” (considerando 10).

Si se confronta esta doctrina con el texto del Artículo 76, resultaría inconstitucional tal “delegación”, en la medida en que no se trata de una “materia de administración” o de “emergencia pública”.

Pero sin pretensión de ahondar el tema, ¿no sería admisible dicha doctrina de la Corte para los reglamentos ejecutivos, en tanto com-

plementan la ley que debe aplicar el Poder Ejecutivo? No sería, acaso, más propia a tal fin la afirmación hecha en el consid. 9º, al criticar la resolución que “el Congreso Nacional no ha previsto cuál es la alícuota aplicable, *ni siquiera mediante el establecimiento de unos baremos máximos y mínimos para su fijación*. Al guardar silencio el citado cuerpo legal respecto de la alícuota máxima que puede establecerse en materia de derechos de exportación, coloca a la resolución impugnada a extramuros de las normas y principios constitucionales antes reseñados”.

## V. CONCLUSIÓN

Según lo entiendo y reitero, no se puede delegar en el Ejecutivo el dictado de normas de naturaleza tributaria; ello iría en contra del Artículo 76 (de manera que por más que se hubiere ratificado la delegación legislativa anterior a la reforma de 1994, ella sería nula si fueran normas tributarias). Si se le concediera, por caso, establecer alícuotas del tributo conforme pautas estrictamente tasadas (bien entendido, a partir de 1994), *ello sería un reglamento ejecutivo y no delegado*.

¿Podría sostenerse que en casos de *emergencia pública* sería admisible tal atribución? Creo que no, en el derecho público occidental son principios liminares que dan basamento al Estado de Derecho los de legalidad penal y de legalidad tributaria. La emergencia no justifica ni habilita procedimientos propios de la dictadura.

No dejemos de lado (y para no confundirnos) que, en cierta forma, un reglamento ejecutivo no deja de ser muchas veces un reglamento delegado, pero *no “legislación delegada”*. Mas para ello, en supuestos como los de la aplicación del Artículo 755 del Código Aduanero, se necesitaría una ley que fijara las pautas en forma bien precisa y limitada.

Espero que estas brevísimas reflexiones o apostillas, algo desordenadas por el sentimiento que las anima, puedan ser útiles para desentrañar un tema aún nebuloso como es el de los reglamentos delegados del Artículo 76 de la Constitución Nacional.



# #PROCESO ACUSATORIO: ¿HASHTAG CONSTITUCIONAL?

CARLOS MANUEL ROMERO BERDULLAS<sup>1</sup>

## RESUMEN

El proceso penal de cuño acusatorio no solo es *trending topic* dada su inminente implementación, sino que también constituye el *hashtag* más representativo de una Constitución imbuida por el principio republicano de gobierno, la división de poderes y la premisa de no autocontrol. La imparcialidad miliaria de un sistema respetuoso de la separación de funciones (acusación, defensa, juicio) solo puede conquistarse en un modelo de este signo, que a través de otros principios potencia la expresión constitucional al máximo. Empero, un “derecho penal líquido” ligado umbilicalmente a un principio de oportunidad emparentado al modelo acusatorio, nos abre el camino hacia nuevos interrogantes sobre los peligros inherentes a una incertidumbre e inestabilidad normativa, que impedirían solidificar la ley en un bien perdurable. Es que el encumbramiento de una oportunidad oscurantista conduce a la banalización de la justicia, el imperio de la arbitrariedad y una selectividad vacua de contrapesos. De modo que, sin resortes aptos, los vasos capilares y derechos contenidos en la

1. Abogado por la Universidad de Buenos Aires (UBA), Especialista en Derecho Penal por la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA) y Secretario de Cámara de la Secretaría General de Política Criminal y Planificación Estratégica del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Constitución Nacional resultarán indefectiblemente afectados. Pues si el proceso penal no contempla mecanismos de coagulación eficaz, la liquidez caótica de la ley penal propenderá a desangrar y disolver la manifestación constitucional. Por tanto, el desafío de los ingenieros de los sistemas de administración de justicia consiste en ajustar los paradigmas procesales a los dictámenes de la Ley Materna, con el afán de que ese *dar a cada uno lo suyo*, definido por el bien común político, se vuelva realidad en cada intervención del Poder Judicial y permita superar falaces antinomias.

#### **PALABRAS CLAVE**

Proceso - Constitucional - Acusatorio - Legalidad líquida.

#### **ABSTRACT**

The adversarial criminal procedure is not only *trending topic* given its' imminent implementation, but also constitutes the most representative *hashtag* of a Constitution infused by the republican principle of government, the separation of powers and the premise of checks and balances. The impartiality essential to a system that is respectful of the separation of responsibilities (prosecution, defense, judgement) can only be conquered by a model of this nature, which, through other principles, augments the constitutional expression to its maximum. However, a "liquid criminal law" umbilically linked to the principle of opportunity that is ensconced in the adversarial model, opens a path to new questions about the inherent perils of a normative instability and uncertainty, which would impede the consolidation of the law as a lasting good. This encumbering of a obscurantist opportunity leads to the banalization of justice, the rule of arbitrariness and a vacuous selection of counterbalances. Hence, without proper measures, the capillaries and rights contained in the Constitution will unavoidably be affected. For if the criminal procedure does not contemplate effective coagulation mechanisms, the chaotic liquidity of criminal law will tend to bleed out and dissolve the constitutional manifestation. Therefore, the challenge faced by the

engineers of the justice systems consists in adjusting procedural paradigms to the content of the supreme law, in the pursuit that *providing to each his own* as defined by the political common good, becomes a reality in each intervention of the Judiciary, thus overcoming false antinomies.

## KEYWORDS

Procedure - Constitutional - Adversarial - Liquid legality.

## 1. INTRODUCCIÓN

Un postulado de especial actualidad, sobre el cual parte de la doctrina ha enseñado su aquiescencia, es en la categorización del derecho procesal penal como derecho constitucional reformulado o reglamentado, en clave con lo estatuido en el Artículo 28 de la Constitución Nacional<sup>2</sup>. Más aún, con el afán de reverberar ese ligamen entre los contenidos pétreos de la Ley Materna y el proceso penal se han ensayado disímiles definiciones metafóricas. Tal es así, que en palabras de Roxin: “[...] el derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado”<sup>3</sup>; en tanto que Goldschmidt concibe al proceso penal cual si fuera una suerte de “termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de la Constitución”<sup>4</sup>.

Por consiguiente, si echamos mano a un neologismo, podemos representar al proceso penal como el *hashtag* en donde se expresan los valores de un Estado con sustrato republicano o autoritario. Pues la potestad penal conferida al Estado lo legitima a ejercer el *summum* de la fuerza coactiva en pos del bien común, por intermedio de un

2. Cf. MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, 2ª edición, T. I, “Fundamentos”, Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l., 2004, pág. 163; y BOVINO, Alberto, “El debate”, en AA VV, *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis Crítico*, Buenos Aires, Editorial del Puerto s.r.l., 1993.

3. Vid ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, 1ª edición en castellano de la 25ª edición alemana, Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l., 2000, pág. 10.

4. Según cita de MAIER, Julio B. J., ob. cit., pág. 162.

sistema de enjuiciamiento en donde precisamente más se refleja la falaz dicotomía entre alcanzar eficacia jurisdiccional y el debido respeto por las garantías individuales. De ahí la significancia de dotar de racionalidad suficiente a ese legítimo *ius puniendi*, dado que al hallarse comprendidas en éste, las garantías individuales configuran exigencias insoslayables para materializar el derecho penal.

Huelga destacar que entre la eficiencia de la persecución penal y las limitantes fijadas con el objeto de garantizar las reglas de un juicio ecuánime –comprensivo del concepto de proceso justo– subyace una tensión inexorable, sobre la cual se ha construido un estólido antagonismo entre el binomio eficacia/garantías. De por sí esta es una premisa supina, pues se basa en la errónea convicción de que necesariamente debe subordinarse la eficacia persecutoria al elevado costo de sacrificar garantías individuales, o viceversa. Por otra parte, ha de añadirse que todo anhelo de oponer el sistema penal a las garantías individuales y configurar antinomias aparentes es un yerro. Esto es así, ya que las garantías de los imputados resultan ingénitas al principio del derecho penal (dar a quien delinque su pena); y al culpable debe aplicársele una pena, más no al inocente.

Si el Estado no logró prevenir el delito debe afianzar la justicia y los derechos subjetivos (propios/ajenos) conculcados, por intermedio de un código de procedimiento, no en vano otrora calificado *de la gente honrada*<sup>5</sup>. Es que de no existir un procedimiento adecuado, las declaraciones, los derechos y las garantías individuales anidadas en las constituciones políticas se volverían vacuos<sup>6</sup>.

5. Tomás Jofré explica este distingo formulado entre el Código Penal (antaño denominado de los malhechores) y el Código de Procedimiento (llamado de la gente honrada) sobre la base de que el primero fue constituido en aras de sancionar a los perpetradores de delitos, en tanto el segundo interesa tanto a los culpables, como a los inocentes. Pues el derecho procesal es una salvaguarda de las personas honradas, ya que nadie puede tener la certeza apodíctica de no resultar procesado en lo venidero, amén de su inocencia. Por tanto, la condena de un inocente inquieta a todos los hombres honrados. Cf. JOFRÉ, Tomás, *Manual de Procedimiento (Civil y Penal)*, 5ª edición, T. II, Buenos Aires, Editorial La Ley, 1941, págs. 12-13.

6. Ídem.

En efecto, en cada contingencia procesal existen exigencias y contrapuntos que deben equilibrarse en su justa medida. Esta tensión no puede negarse, pues a guisa de ejemplo existe un vaivén latente entre la presunción de inocencia y la obtención de resultados judiciales en orden al valor justicia. Por tanto, se origina una tensión permanente entre diferentes garantías y derechos en juego. Así pues, “[...] la Constitución sería el barómetro que regula la intensidad y legitimidad de las injerencias del Estado en la esfera de los derechos propios del imputado”<sup>7</sup>. Por ello Hassemer conviene que la Constitución es donde la ciencia del derecho penal encuentra el arma jurídica y limitante de las facultades de injerencia del Estado sobre la comunidad<sup>8</sup>.

Entonces, debe hacerse patente que “el derecho procesal penal se constituye en el ojo bien dispuesto y la ayuda operadora de la potestad punitiva o reparadora del Estado”<sup>9</sup> para propender a suministrar una respuesta adecuada<sup>10</sup>, una vez afirmada la vulneración de la norma penal –ya sea por comisión u omisión<sup>11</sup>. Se evidencia, así, una relación de medio a fin entre el derecho procesal penal y el derecho penal material, ya que éste último “no le toca al delincuente ni un pelo”<sup>12</sup>.

7. Vid GAMBOA, Agustín – ROMERO BERDULLAS, Carlos Manuel, *Proceso Constitucional Acusatorio*, 1ª edición, Buenos Aires, editorial Ad Hoc, 2014, pág. 35.

8. Cf. WINFRIED, Hassemer, *Por qué no debe suprimirse el derecho penal*, 1ª edición, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, pág. 33.

9. Vid GAMBOA, Agustín – ROMERO BERDULLAS, Carlos M., ob. cit., pág. 14.

10. Este es un aspecto no menor, puesto que al asumir el Estado la función jurisdiccional, se evita la incorrectamente denominada justicia por mano propia.

11. Los delitos de comisión son caracterizados por la norma penal mediante la descripción de actos positivos, con el propósito de definir la conducta prohibida; en tanto los delitos de omisión son delimitados a través de actos negativos, a fin de precisar la acción que se prescribe hacer. Al aludir a delitos de comisión u omisión se hace referencia a una eventual vulneración a las normas de deber o preceptos –ya sea de hacer u omitir– determinados por el derecho penal sustantivo. Ya desde antaño, con buen tino, Dalmacio Vélez Sarsfield expresaba: “Los actos ilícitos pueden ser acciones u omisiones. Acciones cuando se hace lo que la ley prohíbe, omisiones cuando no se hace lo que la ley manda” (*vid* nota al Título VIII –De los actos ilícitos–, Sección segunda del Libro segundo del Código Civil –próximamente caduco–).

12. Esta definición es de Beling, según cita de NÚÑEZ, Ricardo C., *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Argentina, Lerner Editora S.R.L., 2009, 5ª edición actualizada por el Dr. Roberto E. Spinka, pág. 20.

Por tanto, el derecho penal sustantivo se tornaría huero sin el auxilio del derecho penal adjetivo, porque ambas ramas jurídicas se afirman y potencian mutuamente. De hecho, sin derecho procesal penal sería utópico imaginar la concreción racional del derecho penal; y correlativamente, ante la inexistencia del *ius puniendi* de fondo, se evanecería el sentido de un proceso penal. De modo tal que no obstante la autonomía (legislativa<sup>13</sup>, científica<sup>14</sup> y académica) de estas disciplinas, ambas se encuentran amalgamadas por una relación circular fundada en su recíproca implicación y el sello público compartido.

De ahondar un poco más, no puede obviarse que incluso esta sinergia vital e imprescindible se encuentra receptada en forma expresa en la piedra angular de nuestra normativa, al dejar sentada la imposibilidad de aplicar pena alguna sin juicio previo. Este principio enhiesto en la idea nodal de que “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso” (Art. 18 CN)<sup>15</sup> es una exigencia que nos interpela a extremar las regulaciones jurídicas necesarias, en miras de resguardar las garan-

13. La Constitución Nacional (Art. 75, inc. 12 –ex 67, inc. 11) define al derecho penal como legislación común y única para toda la Nación, en tanto que de una interpretación sistemática de los Artículos 5º, 116, 117 y 121 puede colegirse la competencia local y la facultad reservada por las provincias en materia procesal. Vale aclarar que el término federal es omitido de modo adrede, a fin de sortear factibles equívocos (nuestra Constitución Nacional estatuye el Estado Federal). Pues si bien el Código Penal es ley nacional común, puede encontrarse legislada alguna materia federal. Así, entre las leyes nacionales debe hacerse un distingo entre las comunes (léase Códigos Civil, Penal, etc.) y las federales, cuya materia de regulación es federal (v. gr., ciudadanía y elecciones nacionales).

14. Esta autonomía viene dada por la diferenciación de objetos de conocimiento, métodos explicativos y funciones de cada rama jurídica. Claría Olmedo advierte en la voz “derecho” la nota científica de la disciplina jurídica; en tanto la voz “procesal” directamente refiere el objeto y esencia de aquellos principios o normas direccionados a la concreción del orden jurídico. Basta señalar que la voz “penal” alude al campo del orden jurídico que se procura volver tangible. Cf. CLARÍA OLMEDO, Jorge A., *Derecho Procesal Penal*, T. I, Argentina, Rubinzal Culzoni Editores, 2004, pág. 39.

15. Cf. también Artículos 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos, 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

tías individuales de los ciudadanos *ex ante* la aplicación de una pena, medida de seguridad u otra metodología de resolución restaurativa del conflicto con la ley.

De manera tal que la legítima pretensión punitiva del Estado frente a la comisión de un delito tan solo puede ser ejercida en el marco de un proceso penal<sup>16</sup>; y nadie puede ser sancionado de no comprobarse su culpabilidad, a través de la sustanciación de un debido enjuiciamiento. Por lo que, en definitiva, en este judicializar el hecho penal irradia el principio de *nulla poena sine culpa*, además de proyectarse una limitación ante potenciales arbitrariedades.

## 2. EXCURSUS

Quizá este sea el momento adecuado para hacer un paréntesis de cariz propedéutico y establecer una salvedad, que nos ayudará a preparar el camino para alcanzar en conjunto un recto entendimiento de las diversas cuestiones por tratar.

### 2.a. *El bien común político impera el ius puniendi*

Puntualmente, la directriz contemplada en el Artículo 18 de la CN presupone el principio del derecho penal de dar a quien delinque su pena, que integra el derecho natural y constituye una manifestación más del principio de *dar a cada uno lo suyo*<sup>17</sup>. Tal es la evidencia de esta prescripción iusnatural, que el derecho de la Nación lo da por sobrentendido<sup>18</sup>.

16. Cf. RIGHI, Esteban – FERNÁNDEZ, Alberto A., *Derecho Penal*, Argentina, 1ª edición, Hammurabi, José Luis Depalma Editor, 2005, pág. 342; y GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción al derecho*, 2ª edición, Madrid-Argentina-México, Aguilar, 1962, pág. 390.

17. Cf. ARISTÓTELES, *Ética*, 1ª edición, Argentina – España, Editorial LIBSA, edición especial para Editorial El Ateneo, 2001, págs. 41-61.

18. Vid HERNÁNDEZ, Héctor H., *El garantismo abolicionista*, 1ª edición, Buenos Aires, Marcial Pons Argentina, 2013, págs. 167-168.

Desde luego, ese buen lazarillo que es el principio de *dar a cada uno lo suyo* para ordenar a los hombres en su relación con los otros<sup>19</sup> es el sustrato de todo orden comunitario. Esto significa que, específicamente, es la justicia la encargada de restituir el orden entre las cosas y reconocer los derechos de cada hombre, a fin de que todas las posibilidades de una convivencia humana puedan desarrollarse en forma plena. Este *debitum* se asienta en un *suum* preexistente y perteneciente a un sujeto de derecho, que otra persona le ha extraído, retenido o lesionado injustamente.

Ejemplifica lo afirmado que quien comete un homicidio u otra tipología de delitos contrae una deuda con el todo social por cancelar mediante la respuesta punitiva, en pos de concretar la justicia<sup>20</sup>. En sentido estricto, podemos expresar que tanto cumplir con una obligación patrimonial, como retribuir el delito son acciones informadas por la justicia y la bondad<sup>21</sup>. Por ende, el Estado, en cuanto administrador del *bonum commune* por excelencia, debe restaurar la justicia e igualdad alterada por el delito, a través de un ejercicio del poder comprensivo de la fuerza punitiva y coercitiva, con la finalidad de asegurar esa simetría de libertades ultrajada.

En esta instancia se advierte necesario explicitar que el Estado, comunidad política soberana formada por la natural sociopoliticidad del hombre y convocada a alcanzar el bien común político, tiende a la perfección de los seres humanos. Por tal razón, al ser el bien de los hombres su fin natural, el Estado comparte la misma bondad. De igual forma que –entre otros atributos– su autoridad, el *ius puniendi*<sup>22</sup>

19. Se sigue de cerca a PIEPER, Josef, *Tratado sobre las virtudes*, 1ª edición, T. I (“Virtudes cardinales”), Argentina, Librería Córdoba, 2008, capítulo concerniente a la justicia.

20. De hecho, al infringirse las normas creadas en función del bien común y fragmentarse esa razón de cohesión de la comunidad se contrae una deuda con el todo social, que debe asumirse con responsabilidad. Cf. HERVADA, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, 8ª edición, Pamplona, EUNSA, 1994, págs. 53 y 63-64.

21. Cf. HERNÁNDEZ, Héctor H., ob. cit., págs. 167-168.

22. Es bueno y necesario que el Estado sea titular del *ius puniendi*, pero a la vez es preciso señalar que esta potestad también es un imperativo, en orden a la preservación del bien común político.



y el orden normativo se encuentran insuflados por ese bien, dada su constitutiva referencia al bien común político<sup>23</sup>. Por lo que estas premisas nos permiten deducir ese derecho y deber del Estado, consistente en ordenar a la comunidad política a su fin plenario, mediante el imperio de los medios adecuados en clave a la consecución de ese *desiderátum*<sup>24</sup>.

En este contexto, caracterizar constantemente a todos los derechos humanos como opuestos o limitantes de la potestad estatal no es más que una interpretación imbuida por las ineptias de la ceguera, ya que el *ius puniendi* es derecho natural y humano del Estado<sup>25</sup>. Por lo demás, la arbitrariedad de este contrasentido infundido de estulticia se evidencia, aún más, si ponderamos que ese interés de la comunidad política en la realización del derecho penal se conjuga con el legítimo derecho de toda la ciudadanía a la concreción de la justicia penal, por intermedio de las autoridades pertinentes, dado su concomitante estatus de integrantes del Estado y destinatarios de ese bien común político<sup>26</sup>.

Se coloca especial hincapié en esto, por cuanto ese primado de la realización del bien justicia en la retribución punitiva convierte también al *ius puniendi* en un imperativo del Estado, que de no cumplimentarse transformaría la vida compartida en anárquica e inviable. Es que el bien ético-jurídico de la materialización penal estriba no solo en una necesidad moral o deóntica, sino a la par en una defensa del bien común político<sup>27</sup> requirente de una respuesta y reacción del

23. El Estado es bueno por cuanto así lo son su causa eficiente (gobernantes/ gobernados), su causa formal extrínseca (rectas normas jurídico-políticas) y el orden que debe primar en este. Se sugiere leer HERNÁNDEZ, Héctor H., ob. cit., cap. 18.

24. De ahí que la prevención, persecución y sanción de los delitos son funciones derivadas del principio del bien común político.

25. Un sector de la doctrina afirma la humanidad del Estado, que vendría dada por su integración. Pues al encontrarse el Estado configurado por hombres, esta naturaleza humana sería el sustrato de sus derechos humanos. Vid HERNÁNDEZ, Héctor H., ob. cit., pág. 557.

26. La comunidad tiene también derecho a que el Estado, en cuanto titular del *ius puniendi*, lo ejercite en miras del bien común político.

27. Francisco de Vitoria estimaba que ese derecho a penar abrevaba en la necesidad de conservar la sociedad humana, pues sin la autoridad y la fuerza coercitiva

Estado frente a la iniciativa delictiva, en aras de preservar metas primarias (tales como la paz y seguridad de la comunidad<sup>28</sup>). Así es que siguiendo este lineamiento “los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”<sup>29</sup>.

## 2.b. Lo justo debido

Esta primacía del contenido retributivo en el discurso legitimador de la pena, que en lo justo debido halla su fundamento y razonabilidad, no solo permite distanciarse de la quimera abolicionista, sino también es una salvaguarda contra potenciales abusos ligados a la hipertrofia de visiones de neto corte utilitarista sobre la sanción penal. De esta forma, se desarticulan conceptos como el de peligrosidad, justicia por mano propia y *vindicta*; a la par de actualizarse el binomio proporcionalidad/culpabilidad. De modo que, al tener la justa retribución a la justicia como fin, la pena justa es constitutiva del *bonum commune* al cual se encuentra ordenada.

---

no podría pervivir. De ahí, que en tanto República y titular del derecho natural a sancionar con penas a sus integrantes por los entuertos realizados ha de reaccionar punitivamente ante la ofensa recibida. Cf. JIMÉNEZ DE ASUA, Luis, *El pensamiento jurídico español y su influencia en Europa*, Argentina, AbeledoPerrot, 1958, págs. 47-49.

28. Se sugiere leer el voto del Dr. Juan Carlos Gemignani en la causa N° 1253 y 783/13, Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, “Alsogaray, María Julia s/ recurso de casación”, puntualmente la cita de ISENSEE, Josef, *Das Grundrecht auf Sicherheit - Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates* – Walter de Gruyter, 1983. En su voto, se deja patente el positivo deber del Estado de amparar los derechos de los conciudadanos, con el objeto de resguardar la pacífica convivencia. Más aún, allí se destaca la significancia elemental de la seguridad, en tanto quehacer estatal que no debe restringirse a la promulgación legislativa, sino también abarcar su eficaz ejecución. Si la seguridad es el fin por el cual los hombres se someten al Estado, en miras de no ejercitar la incorrectamente denominada justicia por mano propia y sortear la anarquía, se da por sobrentendido que la ley penal debe ser aplicada cuando las personas violan su compromiso de conducirse pacíficamente.

29. Cf. Artículo 32.1 del Pacto de San José de Costa Rica.

Vale aclarar que si bien la justa retribución (piedra miliar de la pena) y el carácter oficial u oficioso de la persecución penal estatal<sup>30</sup> se afincan en ese “afianzar la justicia”<sup>31</sup> consagrado en el Preámbulo de la CN –de consuno con el resto de los propósitos avistados en el plan político constituyente–<sup>32</sup>, ciertamente el derecho penal debe abrirse hacia otros fines de la sanción penal, también asentados sobre el bien común político. Aludo a otros legítimos propósitos de la pena

30. Por regla general, las acciones penales son públicas (Art. 71 del CP); e incluso, las acciones dependientes de instancia privada (Art. 72 CP) deben clasificarse dentro de las públicas, amén de diferenciarse de éstas –iniciadas de oficio– y hallarse sujetas a la condición procesal de que se inicien por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representante legal. Al respecto, cabe aclarar que en los supuestos de acción dependiente de instancia privada, aún ante la renuncia, desistimiento u oposición posterior del titular de la pretensión punitiva, el Ministerio Público Fiscal debe proseguir ejerciéndola. Disímil es el caso de la acción privada, que constituye la excepción a la regla (Art. 73 CP) e importa la necesidad de propulsión del proceso por parte del particular (desde su génesis hasta su finalización), so pena de tenerse por desistida la acción. Sin embargo, vale añadir que en estos casos la actuación oficiosa se actualizará si el delito fuera perpetrado contra un menor sin padres, tutor y guardador; o cometido contra un menor por algún ascendiente, tutor o guardador.

31. El principio de afianzar la justicia debe informar toda clase de proceso, sin importar su naturaleza civil o penal, por cuanto es un propósito común a ambas ramas del derecho. De hecho, esta directriz es compartida por el derecho procesal civil o comercial, que también es derecho público y reviste gran trascendencia para la vida en sociedad. Pues, a su vez, el descubrimiento de la verdad corresponde al proceso civil y comercial, aunque la promoción o iniciativa en uno u otro proceso resulten diferenciables (*Fallos*: 238:550; 302:1611, cons. 5º; 310:2456 y 319:1577). En fin, habría una comunión entre los diversos campos normativos respecto al valor justicia, independientemente de la distinción efectuada por los juristas al aprobar el Código Civil. *Vid* nota al Artículo 1072 CC, donde se precisaba: “La palabra delito tiene en derecho civil una significación diferente de la que tiene en el derecho criminal [...] En derecho criminal, designa toda infracción definida y castigada por la ley penal. No todos los delitos civiles constituyen delitos del derecho criminal, porque la ley penal no castiga todos los actos que atacan los derechos de otro [...] Y recíprocamente, no todos los delitos del derecho criminal constituyen delitos civiles. La ley penal castiga actos que no hacen sino amenazar el ejercicio de ciertos derechos, aunque no haya un ataque definitivo”.

32. Los otros propósitos enunciados en el Preámbulo son: constituir la unión nacional, consolidar la paz interior, proveer la defensa común, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad.

(léase preventivos/resocializadores<sup>33</sup>) por demás valiosos, pasibles de cumplirse<sup>34</sup> y emparentados al *bonum commune*, aunque no siempre puedan concretarse<sup>35</sup>.

Definitivamente, los principios de dignidad humana y solidaridad social exigen un sentido pedagógico de una pena, que no puede obliterarse únicamente en una justificación retributiva. El reto consiste en no caer en el reduccionismo de tan solo materializar la responsabilidad penal, pues la resocialización y reinserción de las personas en la vida comunitaria son un objetivo impostergable<sup>36</sup>.

33. Así, a la idea rectora de la pena concebida como medio de justicia orientado al bien común político e instrumento de protección de bienes jurídicos, se integró la pauta de resocialización del delincuente acuñada en el Artículo 18 CN (“las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para el castigo de los reos detenidos en ellas”); el Artículo 5º, inc. 6 del Pacto de San José de Costa Rica (“Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación de los condenados”); y las leyes de ejecución penal de la República Argentina. Empero, es atinado aclarar que esta directriz resocializadora no contradice el sentido retributivo de la pena (potestad-deber intrínseca al *ius puniendi*), pues lo instituido es cómo deben ser las cárceles, en pos de alcanzar otras prendas valiosas, tales como la reeducación y resocialización de los condenados.

34. No ha de confundirse la legitimidad de estos fines preventivos de la pena con su eficacia, pues su justificación no radica en la condición de que se concretan en todos los casos. No profundizaré este tema porque excede el marco de este trabajo.

35. Ha de precisarse que la legitimidad de la pena no se extingue de no alcanzarse esos fines, por cuanto descansa en su sentido retributivo.

36. En tal sentido, no puede obviarse el *Mensaje para el jubileo en las cárceles del 9 de julio de 2000* de SAN JUAN PABLO II, quien en los albores de este nuevo milenio, nos exhortaba a poner todos los medios para “[...] que nuestra conciencia pueda permanecer tranquila de haber hecho todo lo posible para prevenir la delincuencia y reprimirla eficazmente, de modo que no siga perjudicando y, al mismo tiempo, ofrecer a quien delinque un camino de rehabilitación y de reinserción positiva en la sociedad (nº 5) [...] todos deben asumir su propio papel para colaborar a la construcción de una sociedad mejor. Evidentemente esto conlleva un gran esfuerzo incluso en lo que se refiere a la prevención del delito. Cuando, a pesar de todo, se comete el delito, la colaboración al bien común se traduce para cada uno, dentro de los límites de su competencia, en el compromiso de contribuir al establecimiento de procesos de redención y de crecimiento personal y comunitario fundados en la responsabilidad [...] Los que pueden deben esforzarse en dar forma jurídica a estos fines (nº 5)”.

Hecha esta sucinta digresión, se puede inferir que amén de la existencia de casos excepcionales en donde el *bonum commune*<sup>37</sup> pueda exigir una alternativa modalidad de resolución<sup>38</sup>, el principio natural de justicia de *dar a cada uno lo suyo* es determinado por el bien

37. En la ley natural radica el fundamento de la sanción de toda injusticia (ej., homicidio). Sin embargo, todos los hechos injustos no son correspondidos por una sanción penal de la ley positiva, que apoyándose en el bien común puede propiciar un espacio de elección conductor de otra clase de resoluciones. “El principio de subsidiariedad tan valioso para la filosofía social es directriz clara en el sentido de que no se les puede quitar a los hombres la oportunidad de reflexionar y resolver por sí mismos conflictos originados [...] cuando pueden hacerlo en forma adecuada [...] Con esto no se pretende transmitir una visión iusprivatista radical de base anárquica, pues el derecho penal es público por naturaleza e imprescindible porque procura un bien común que la sociedad por sí sola no se puede proveer ante determinadas expresiones delictivas de mayor gravedad [...] el bien común es la medida a tener en cuenta por el jurista de nuestros tiempos. Este elemento primordial de nuestra coexistencia es el que enseña cuál es el justo medio entre lo público y lo privado, los cuales deben ser internalizados como conceptos complementarios en la vida del hombre. Aludimos al *bonum commune* correctamente entendido, como promotor de un diálogo cordial que propicia soluciones extra-penales cuando éste no ha resultado seriamente afectado. Un bien común que respeta la dignidad del hombre y no subestima su capacidad de diálogo. En efecto, la célula vital de una administración de justicia restaurativa o reconciliadora que inicia un nuevo camino de apertura a la renovación de lazos sociales quebrantados [...] Un sistema penal sostenido sobre la noble convicción de que [...] el diálogo [...] es [...] una lógica siempre superadora [...] de la *inquisitio* [...] la [...] *disputatio* y la *divinatio*”. Vid GAMBOA, Agustín – ROMERO BERDULLAS, Carlos M., ob. cit., págs. 337-339.

38. El perdón del directamente ofendido, la reparación del gravamen causado y la restitución al *statu quo ante* de la lesión pueden ser un símbolo valioso con un fuerte sentido comunicativo. De hecho, en determinadas circunstancias donde no se pone significativamente en jaque el todo social, el mismo bien común político podría exigir la aplicación de respuestas diferentes. Así pues, el Estado (dada su carga pública indelegable) podría articular y controlar la legalidad de este sincretismo entre *res pública* / *res privada*, cuando la concordia –también constitutiva del bien común político– lo inste a ejercitar el derecho natural de la comunidad política a propulsar una solución más emparentada a una justicia reconciliadora y restaurativa de los lazos interpersonales quebrantados. Empero, este principio no debería regir sin más, ya que el *ius puniendi* es la regla; y con suma prudencia debe considerarse la oportunidad en la cual esta potestad / deber debe ceder ante los dictámenes de un bien común político requiriente de otra manifestación de ese *dar a cada uno lo suyo*, más cercana a la paz social.

común político; y se especifica en el principio especial del derecho penal de dar a quien delinque su pena, un debito que además es portador de ese darle lo correspondiente, tanto a las víctimas como a toda la comunidad política. Por tal motivo es que las víctimas actuales, los potenciales damnificados y la ciudadanía deben contar con garantías de que la justicia penal se realizará una vez cometido el delito.

## 2.c. *El doble prisma de los derechos humanos*

Simplificando, los ciudadanos deben gozar de una seguridad gnoseológica, de que dado el delito esa impunidad asociada a la anomia<sup>39</sup> no prevalecerá y el valor justicia se actualizará mediante el ejercicio del *ius puniendi*. Esta idea guía es esencial, ya que se hermana con la obligación del Estado a contener, refrenar y sancionar el delito con la mayor eficacia factible, a fin de garantizar la seguridad<sup>40</sup>, en

39. Aludo a una anomia ya retratada por Don Quijote de la Mancha (también conocido como el caballero de la triste figura o el caballero de los leones) cuando aconsejó al gobernador de la ínsula a no hacer muchas pragmáticas; pero que si lo hiciere procurare su cumplimiento, por cuanto las pragmáticas incumplidas son “[...] como la viga, rey de las ranas: que al principio las espantó, y con el tiempo la menospreciaron y se subieron sobre ella” (Cf. CERVANTES, Miguel de, *El ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha*, T. II, colección de Biblioteca La Nación, Argentina, Planeta S.A., 2000, pág. 939, puntualmente la Carta de Don Quijote de la Mancha a Sancho Panza, Gobernador de la Ínsula Barataria). Una anomia ligada a una impunidad, ya descripta otrora por el Viejo Vizcacha (*vid* Canto XV de la vuelta de Martín Fierro) y Enrique Santos Discépolo en su tango “Cambalache”, cuyos efectos también fueron advertidos por César Gaviria Trujillo, Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, al aseverar: “[...] La impunidad, la ilegitimidad del Estado, o incluso la abierta injusticia de la acción judicial y la falta de sanción a conductas criminales, pueden alentar una cierta aceptación a comportamientos delincuenciales” (cf. ponencia en el *Seminario sobre Violencia Criminal Urbana* del 2 de marzo de 1997, en Río de Janeiro, en [http://www.oas.org/es/centro\\_noticias/discurso.asp?sCodigo=02-0251](http://www.oas.org/es/centro_noticias/discurso.asp?sCodigo=02-0251), fecha de consulta: 11-5-2015).

40. Este concepto es de mayor alcance y supera el mero derecho a vivir sin miedo frente a los acontecimientos delictivos. Pues se encuentra integrado por otros elementos vinculados al concepto inglés de *empowerment*, que tienen influencia en la plena realización del hombre. Cf. Centre International pour la Prévention de la Criminalité,

tanto derecho humano de raigambre constitucional<sup>41</sup>. Es que la consolidación de los derechos humanos de todos los implicados (ya sean investigados, imputados, condenados, víctimas, derechohabientes, potenciales víctimas) en hechos penales es un débito del Estado que no debe partir de una visión sesgada o parcial, sino más bien de una síntesis superadora y comprensiva de todos los actores involucrados en esa dinámica social.

Ha de añadirse que una lectura no descoyuntada del ideario y su andamiaje constitucional posibilita entrever obligaciones del Estado en dirección hacia dos sentidos. Uno de estos, congruente con la meta de respetar los derechos, garantías y libertades del hombre ante el accionar estatal. Es decir, se trata de débitos de no injerencia o interferencia regulada. En tanto que la restante orientación se encuentra delimitada por exigencias concernientes a asegurar el libre y pleno goce de los derechos humanos.

Llegados a este punto, podemos abrir nuestro espectro un poco más, y adicionar que este último deber no se agota con la mera existencia de un orden normativo signado por el cumplimiento de ese elevado designio, pues comprende una conducta estatal contemplativa de una eficaz organización/actuación, tendente a garantizar esa manda de justicia<sup>42</sup>.

---

*Informe Internacional sobre la Prevención de la Criminalidad y la Seguridad Cotidiana: Tendencias y Perspectivas*, abril de 2010, págs. 4-5.

41. Basta leer la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Art. I), la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 3°), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 9°) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica– (Art. 72, inc. 1) y se podrá discernir con claridad meridiana que la seguridad es un derecho humano con jerarquía constitucional, cuyo *magis* se encuentra en el derecho a la vida, sucedido por el derecho a la integridad física. En clave con ello, ya el Dr. Ricardo Luis Lorenzetti había anticipado que los ciudadanos poseen un derecho a la seguridad, que debe interpretarse como un derecho a vivir en paz y sin padecer hechos de violencia, robos u homicidios. Cf. LORENZETTI, Ricardo Luis, “Políticas de Estado para el Poder Judicial”, *La Ley*, año LXXI, N° 166, 30 de agosto de 2007.

42. “La segunda obligación de los Estados Partes es la de ‘garantizar’ el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organi-



Por estas razones, las diferentes instituciones que componen el sistema de administración del servicio de justicia deben encarnar el culmen de las misiones confiadas por la Constitución Política del Estado con respuestas concretas y orientadas a alcanzar una actuación realmente justa en todos los planos.

Naturalmente, su accionar debe sopesarse desde un doble prisma regulado por el barómetro constitucional. Pues un debido juicio previo ha de efectivizar los derechos humanos/garantías individuales de quienes son investigados, imputados o condenados por presuntas o comprobadas infracciones a la ley penal respectivamente; pero al mismo tiempo, debe dotar de plenitud a los DD. HH. de las víctimas o damnificados de hechos delictivos, la autoridad pública y el resto de la sociedad.

## *2.d. El desafío es superar falsas antinomias*

En suma, la legítima aspiración del todo social a que la primera garantía de la justicia penal se concrete en defensa del bien común político debe revitalizarse. Sin embargo, debe dejarse bien sentado que el derecho penal y las garantías no ofician de contrapunto, de igual forma que el binomio comunidad-imputado no se erige sobre ninguna actitud agonal.

Decididamente, constituye una entelequia<sup>43</sup> cualquier reductora contradicción entre las garantías individuales de un imputado y

---

zar 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. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos" (cf. par. 166 CIDH, Caso "Velázquez Rodríguez", Sentencia del 29 de julio de 1988).

43. Se utiliza la segunda acepción brindada por el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española (22ª edición), que reza: "2. f. irón. Cosa irreal". Cf. <http://lema.rae.es/drae/?val=desideratum>. Fecha de consulta: 11-5-2015.



el principio de dar a quien delinque su pena, ya que justamente este principio prescribe la absolución del inocente. Sin más ni más, sería un craso error creer que las garantías individuales del imputado son solo vallas en orden a la materialización del derecho penal, por cuanto de hecho constituyen un imperativo indeclinable para que se realice una justa retribución insuflada por el bien común. Pues un debido proceso informado por la justicia es una *conditio sine qua non* para aplicar la pena a quien corresponde y no sancionar penalmente a un inocente.

En fin, el desafío consiste en elevar la eficacia del sistema de justicia; y a la vez resguardar con más plenitud los derechos sustantivos de quienes intervienen en los procesos –ya sea en calidad de imputados, víctimas o testigos. El *quid* de la cuestión reside en superar la mendaz antinomia sostenida por quienes profesan que la eficacia solo puede lograrse a costa de sacrificar garantías individuales; y a la inversa, el respeto de éstas puede alcanzarse sacrificando la primera prenda.

## 2.e. La medida de un obrar justo y eficaz

Lo cierto es que si nos colocamos en traza de transpolar al proceso penal las premisas iushumanistas consagradas en la CN, advertiremos con facilidad los peligros inherentes a un primado de un utilitarismo guiado por el bien deleitable (*bonum detectabile*) o útil (*bonum utile*)<sup>44</sup>, mas no por el bien honesto (*bonum honestum*)<sup>45</sup>. Indefectiblemente, una

44. Por ejemplo, el imperio de una desformalización extrema, las respuestas veloces y la vertiginosa aceleración de los procesos no deben interpretarse cual si fueran siempre variables fijas de eficacia. Prueba de ello es que desde el siglo XVI los tribunales seculares de Castilla aplicaron un proceso inquisitivo sintético y vacuo de solemnidades, que si bien se caracterizó por su velocidad, ciertamente lo fue costa de menguar garantías individuales y derechos humanos de los imputados. *A contrario sensu*, la solemnidad y legalismo de tribunales del Santo Oficio se tradujeron en una mejor situación jurídica del acusado. Cf. GACTO FERNÁNDEZ, Enrique, “Observaciones jurídicas sobre el proceso inquisitorial”, en *La Inquisición en Hispanoamérica –Estudios–*, Abelardo Levaggi (Coordinador), Argentina, coedición Ciudad Argentina y Universidad del Museo Social Argentino, 1997, págs. 13-41.

45. *Vid in extenso*, GAMBOA, Agustín – ROMERO BERDULLAS, Carlos M., ob. cit., págs. 179-181.

secuela de reducir todo al rédito individual o corporativo y desposeer de valor intrínseco a la dignidad del medio, podría ser la etiología de procesos de reformas judiciales fundados sobre la dialéctica “crisis de eficiencia *vs.* crisis de garantías”<sup>46</sup>.

Así, pues, los ingenieros de los sistemas de administración del servicio de justicia deben posar su ojo avizor en la realidad procesal/organizativa y pasarla por la criba de una sana crítica. Sencillamente, los paradigmas procesales, los diseños organizativos y los flujos de trabajo deben ajustarse a los dictámenes nodales de la Constitución Política del Estado, con el afán de que sus contenidos se vuelvan operativos. Por lo que el plus valor de esta matriz arquitectónica debe sustentarse en un crisol de factores, por cuanto la celeridad y eficiencia no bastan para adecuar la actuación a estándares de calidad congruentes con el arquetipo constitucional.

Este aspecto es neurálgico, dado que el logro de la eficacia se vincula a la conquista de un fin ético, objetivo que es de posible concreción, pero tiene su medida en la honestidad de las acciones estratégicas llevadas a término y en un obrar respetuoso de los derechos del hombre, quien siempre debe ser considerado como un fin. Esta arista no menor es un imperativo categórico, ya que los criterios de justicia y la utilización de medios honestos son elementos constitutivos de respuestas auténticamente eficaces. Habrá justa eficacia en tanto la búsqueda de la verdad real y la realización de las garantías individuales se ensamblen al unísono.

Dicho lo mismo desde otro giro, podemos aseverar que la indagación de la verdad material o histórica no puede conseguirse a cualquier precio<sup>47</sup>, puesto que necesariamente debe existir una relación de identidad entre el bien útil (*bonum utile*) y el bien honesto (*bonum honestum*) si se procura alcanzar un servicio de justicia genuinamente eficaz.

46. Léase lo explicado *in extenso* por RUSCONI, Maximiliano, “¿Un sistema de enjuiciamiento influido por la política criminal?”, en *Nuevo Proceso Penal, garantías constitucionales y mínima intervención*, 1ª edición, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008.

47. Si el propósito es bueno y los medios utilizados en la consecución de ese fin son intrínsecamente malos, toda la acción se convierte en inmoral e inaceptable desde una concepción ética.

### 3. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, FARO POLÍTICO CRIMINAL

Efectuadas estas observaciones preliminares, nos hallamos en condiciones de afirmar que la política criminal ha de remedar el programa político general del Estado y propiciar la manifestación constitucional en el sistema dogmático ideado como medio para su realización<sup>48</sup>. Ha de notarse aquí que existe una relación de participación entre la Constitución y una política criminal engastada a los ejes medulares de cualquier Estado –ya sean organizativos o políticos–, a la cual a su vez se haya imbricado el derecho penal. Por lo que de por sí, los contenidos axiales de la política criminal y el derecho penal se encuentran acuñados en la Constitución Política de cada Estado<sup>49</sup>.

A tal punto, que la CN es la plataforma de formulación de los postulados político criminales, luego proyectados no solo en el derecho penal o sus garantías, sino también en el derecho procesal penal, y en especial, el sistema de enjuiciamiento penal. De esta forma, de cuadrar el proceso penal en una política criminal signada por la ley materna, no se hace más que tornar tangible la expresión constitucional, en consonancia con la garantía de justicia rubricada en su letra y espíritu.

La política criminal, entendida así como un conjunto de decisiones institucionales y constitutivas del sistema punitivo (léase derecho penal en sus dos vertientes), aflora como retoño de las bases constitucionales del poder coercitivo ejercitado por el Estado e intenta constituirse en un vehículo de los principios iushumanistas consagrados en la Constitución y los tratados internacionales de igual rango.

Puede evidenciarse, entonces, la necesidad de interrogarnos qué clase de sistema procesal refleja con mayor fidelidad la manifestación constitucional, en línea con las declaraciones- tratados incorporados con análoga jerarquía y en bloque por la reforma de 1994 (Art. 75, inc.

48. Vid BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, 2ª edición, Buenos Aires, Hammurabi s.r.l., 1987, pág. 68; y RUSCONI, Maximiliano, *Derecho Penal –Parte General–*, 2ª edición, Buenos Aires, Aa-Hoc s.r.l., 2009, págs. 174-175.

49. Se sugiere leer a MIR PUIG, Santiago, “Constitución, derecho penal y Globalización”, en *Política criminal y reforma penal* (Directores: Santiago Mir Puig, Mirentxu Corcoy Bidasolo – Coordinador: Víctor Gómez Martín), Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2007, pág. 4.

22)<sup>50</sup>. La particular vigencia del debate originado a raíz de la aprobación del Código Procesal Penal de la Nación (Ley N° 27.063) amerita estudiar si el sistema de enjuiciamiento de cuño acusatorio que hoy es *trending topic*, dada su inminente implementación, también es el *hashtag* más representativo de los valores constitucionales.

A diferencia de la Constitución porteña, que en forma expresa enuncia el proceso acusatorio<sup>51</sup>, la CN pareciera guardar silencio al respecto. Empero, lo cierto es que solo un sistema de enjuiciamiento acusatorio formal armoniza con su parte orgánica y la dogmática<sup>52</sup>. Con tan solo echar un simple vistazo por el paradigma procesal mixto, se trasluce su incompatibilidad con el principio republicano de gobierno y la división de poderes.

El carácter republicano se traduce en la división del poder estatal (léase Ejecutivo, Legislativo, Judicial) e inexorablemente se encuentra consustanciado con el sistema de frenos y contrapesos, mediante el cual se dota de un lastre a un poder, con el afán de que pueda resistir a otro<sup>53</sup>. De esta manera, la tríada divisoria de poder (ya sea en

50. Con buen tino Cañardo explica que estos tratados poseen rango constitucional, pero no pueden modificar la CN. Al mismo tiempo, estos tratados ostentan jerarquía suprallegal respecto a las leyes. Cf. CAÑARDO, Hernando V., "La Constitución Externa de la República Argentina", en *Forum, Anuario del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina*, 1ª edición, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 2013, págs. 252-253 y 263.

51. CCABA, Artículo 13, inc. 3.

52. La parte orgánica de la Constitución Nacional es también llamada derecho constitucional del poder, dado que organiza al poder del Estado, por intermedio de una estructura orgánica y funcional concebida como gobierno (cf. BIDART CAMPOS, Germán J., *Compendio de derecho constitucional*, 1ª edición, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2004, capítulo XXXI). De ahí, que de la Constitución de un Estado político derivan ciertas garantías orgánicas tendientes a precisar el modo de organización y ejercicio del poder estatal constituido, con la meta de impedir arbitrariedades, excesos o abusos. En cambio, las garantías dogmáticas (v. gr., debido proceso) constituyen enunciados positivos ideados por el constituyente, con el objeto de proteger los derechos y libertades del hombre en su relación con el Estado. *Vid* también GAMBOA, Agustín – ROMERO BERDULLAS, Carlos M., ob. cit., págs. 179-181.

53. Cf. RUSCONI, Maximiliano, "División de Poderes en el Proceso Penal", *La Ley*, T. 1991-D, pág. 1130 y ss.; y GAMBOA, Agustín – ROMERO BERDULLAS, Carlos M., ob. cit., págs. 179-181.

la competencia atribuida / ajena y la esfera de intervención limitada) propende a un mejor resguardo de los derechos de los hombres, que correrían el peligro de tornarse ilusorios de hegemonizarse la potestad estatal en un solo órgano<sup>54</sup>.

Dentro de este esquema, esta escisión de funciones y órganos abocados a desarrollarlas obedece a la pauta de que el poder político ha de orientarse al bien común político, pero no a cualquier costo<sup>55</sup>. Por cierto, cuando un poder se encuentra equilibrado por otros poderes y esferas de competencia, se lo mantiene en un justo límite. La institución de un ordenamiento estructurado por tres poderes (PE, PL y PJ) tiende a la protección de la libertad de todos en un Estado de Derecho, a partir de una perspectiva realista de la naturaleza social del hombre<sup>56</sup>.

Asimismo, esta inquietud republicana instituye el paradigma del no autocontrol, a través del cual se descarta la chance de que un poder se controle a sí mismo en el ejercicio de sus potestades. Este aspecto es central, ya que tiende a un contralor más eficaz, únicamente posible en tanto el equilibrio funcional y el freno sean impulsados por otro poder del Estado<sup>57</sup>.

Otro indicio suministrado por la CN, de por qué el proceso penal debe necesariamente alinearse a esta pauta concreta, son algunas manifestaciones de cariz republicanas, como a guisa de ejemplo, el juicio político del presidente, vicepresidente, jefe de gabinete de ministros e integrantes de la CSJN<sup>58</sup>; y el proceso de destitución de magistrados de la nación<sup>59</sup>.

54. Vid BIDART CAMPOS, Germán J., ob. cit., caps. IV y XXXI; y GAMBOA, Agustín – ROMERO BERDULLAS, Carlos M., ob. cit., págs. 179-181.

55. Ídem.

56. Cf. SAN JUAN PABLO II, *Centesimus Annus*, N° 44.

57. Cf. RUSCONI, Maximiliano, *División de Poderes en el Proceso Penal*, ob. cit., pág. 1130 y sigs.; junto a GAMBOA, Agustín – ROMERO BERDULLAS, Carlos M., ob. cit., págs. 179-181.

58. La cámara de diputados formula la acusación y la cámara de senadores dicta sentencia (Arts. 53 y 59 de la CN).

59. La acusación reposa en el Consejo de la Magistratura, mientras que el Jurado de Enjuiciamiento define la cuestión (cf. Arts. 114, inc. 5 y 115 de la CN).

A partir de estas premisas, se puede entrever que un *hashtag* en clave constitucional impone concretamente un ejercicio del *ius puniendi* limitado por dos garantías orgánicas, especificadas en el principio de división de funciones (acusación, defensa, decisión) y la imposibilidad de autocontrol de los actores intervinientes en un proceso (fiscal, defensor, juez). Todavía más, ha de puntualizarse que una plena operatividad de las garantías receptadas en la parte dogmática de la Constitución Nacional, dependerá en buena medida de su desarrollo dentro de esquemas congraciados con el bosquejo constitucional de cuño republicano<sup>60</sup>.

#### 4. IMPARCIALIDAD MILIARIA

Aceptada la significancia de lograr que el proceso penal se corresponda con el modelo de pesos-contrapesos, separación de funciones y no autocontrol granjeado en nuestra Constitución, deviene indispensable centrar nuestra atención en la médula del sistema acusatorio.

Indiscutiblemente, es el principio de imparcialidad el núcleo sobre el cual debe vertebrarse todo el proceso penal. Esta directriz antañón enhebrada con sus mitos en los campos elíseos por los helenos<sup>61</sup>, también fue recogida en sus lecciones perennes por Santo Tomás de Aquino, quien ratificó que “el juez no debe condenar sin que haya acusador [...]”<sup>62</sup> y “No es costumbre entre los romanos condenar a

60. *Vid* en extenso GAMBOA, Agustín – ROMERO BERDULLAS, Carlos M., ob. cit., págs. 103-110.

61. Cuantos ejemplos nos ha legado la historia sobre cómo los griegos oficiaban de centinelas de esa preciada imparcialidad. Ejemplifica esto el caso de Orestes, quien fue defendido por Apolo, acusado por una de las Erinias y juzgado por un tribunal imparcial (léase Aerópago). De igual forma, Zeus sometió la disputa de Ática entre el belicoso Poseidón y la dócil Atenea a un tercero imparcial; y apartó de la *litis* originada sobre la soberanía de Argólide entre Hera y la deidad del tridente a los dioses olímpicos, ya que el análogo de Neptuno denunció sus prejuicios contra él. Cf. en extenso GRAVES, Robert, *Los mitos griegos*, colección de Biblioteca Personal Jorge Luis Borges, Buenos Aires, Hyspamérica Ediciones S.A., 1985.

62. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II (a), Madrid, BAC, 1998, 3ª edición, C.67 a.3., t. III, ver en cambio al citar 1 Cor. 5,2.

un hombre sin que el acusado tenga presentes a sus acusadores y sin darle ocasión de defensa, para justificarse de los delitos que se le imputan (*Hech.* 25, 16)”<sup>63</sup>. Así, el faro de la fecunda obra del Doctor Angélico nos ayuda a discernir que el juez no puede sentenciar sin acusador, por cuanto la justicia se da respecto del otro y no de uno mismo. Por lo que una concepción tomista de un juicio justo explicita la necesidad del juicio de un tercero imparcial entre dos partes.

Cabe añadir que las definiciones plasmadas en la 22ª ed. del Diccionario de la Lengua Española (DRAE) sobre los términos imparcial<sup>64</sup> e imparcialidad<sup>65</sup> aluden a una neutralidad complementaria con la elaborada por el Comité de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo<sup>66</sup>. Tanto es así que ambos convienen en el presupuesto de inexistencia de intereses, designios anticipados o ideas preconcebidas en quienes deben resolver el fondo de la cuestión, a fin de asegurar la imparcialidad<sup>67</sup>.

Un dato de no exigua significación es que esa necesidad de salvaguardar la imparcialidad del juzgador<sup>68</sup>, antes implícita en el Artículo

63. Ídem.

64. Las acepciones suministradas por la Real Academia Española son las siguientes: “1. adj. Que juzga o procede con imparcialidad. Juez imparcial. U. t. c. s. 2. adj. Que incluye o denota imparcialidad. Historia imparcial. 3. adj. Que no se adhiere a ningún partido o no entra en ninguna parcialidad. U. t. c.”.

65. El significado dado por la Real Academia Española es el siguiente: “1. f. Falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud”.

66. Los casos deben atravesar dos tamices del Comité de Derechos Humanos y otros órganos regionales, con el propósito de evaluar la imparcialidad de los jueces. Uno es de carácter objetivo y se centra en las garantías procesales ofrecidas por el juez, de modo que descarta cualquier duda legítima acerca de la parcialidad del proceso. En tanto que el restante filtro es subjetivo y analiza la parcialidad personal del magistrado. Cf. *Manual de Amnistía Internacional de Juicio Justos* (publicado por 1ª vez en inglés en 1998, con el título de *Fair Trials Manual*), España, EDAI, cap. XXII.

67. *Vid in extenso*, GAMBOA, Agustín – ROMERO BERDULLAS, Carlos M., ob. cit., págs. 185-203.

68. Esto explica la importancia de que los jueces solo desarrollen funciones netamente decisorias, en clave con la escisión de poderes. *Vid* BOVINO, Alberto, *Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo*, 1ª edición, Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l., 2007, pág. 21.



18 de la CN, ahora es expresada en los tratados internacionales con jerarquía constitucional (Arts. 14.1 de la PICDP y 8.1 de la CADH). De estas palabras se infiere que ante la pregunta sobre qué clase de proceso penal debe regir, la normativa constitucional e internacional de igual rango es categórica al ensayar una respuesta al respecto, pues la acusación, división de funciones e imparcialidad pueden concretarse en un modelo de enjuiciamiento acusatorio<sup>69</sup>, mas no en un inquisitivo temperado u otro signado puramente por la *inquisitio*.

A esta altura se hace patente que la manifestación de un interés acusatorio en el juez lo transforma en adversario del acusado<sup>70</sup>, pues ineludiblemente subyace un riesgo de parcialidad objetivo e incongruente con una imparcialidad de hecho y aparente<sup>71</sup>. Como puede comprobarse, la convergencia de funciones persecutorias, investigativas y decisorias en un juez pueden despertar dudas legítimas en cuanto a su objetividad<sup>72</sup>. Pues la figura de un magistrado emulador de Hécate (deidad mitológica representada con tres cabezas, que se hallaba revestida de un rol trascendental en los trivios) parece encontrar un punto de contacto con este mortal colocado en la encrucijada de investigar a un imputado, resguardar sus garantías y juzgarlo con ecuanimidad<sup>73</sup>.

Lo descripto no hace más que enseñar los peligros implícitos de confluir la instrucción y el juicio en una misma persona, en función de un riesgo de parcialidad además decantador de una ruptura de la plena igualdad entre el binomio acusación/defensa<sup>74</sup>. Es que la

69. Conviene efectuar una interpretación sistemática de los Artículos 1º, 33, 24, 53, 59, 60, 75, inc. 22; 115; 118 y 120 CN; 8.1 de la CADH; 10 DUDH; y 14.1 PIDCyP.

70. Cf. BECCARIA, Cesare, *De los delitos y las penas* (Biblioteca de Obras Maestras del Pensamiento), 1ª edición, Buenos Aires, Losada, 2002, caps. III y XVII.

71. El juez no solo debe ser imparcial, sino además parecerlo.

72. Vid los fallos “Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones –Arts. 104 y 89 del CP– causa N° 3221”. L. 486. XXXVI; “Nicolini” (CSJN-Fallos: 329:909) y “Dieser” (CSJN-Fallos: 329:3034).

73. Cf. GAMBOA, Agustín – ROMERO BERDULLAS, Carlos M., ob. cit., págs. 185-203.

74. Vid CAFFERATA NORES, José I., *Proceso Penal y Derechos Humanos, La reforma procesal penal en América Latina*, disertación en la Due Process of Law Foundation, Washington DC (18-11-1998).



tradicional figura del juez de instrucción de los procesos inquisitivos moderados, definitivamente muerde el polvo al erigirse sobre una paradoja, por cuanto actúa en representación de un interés penal persecutorio antagónico al del imputado, desempeña oficiosamente un papel activo en la recolección de probanzas; pero de modo concomitante debe ponderar el valor de las pruebas adquiridas, además de controlar su propia actuación<sup>75</sup>. Por ese motivo, con buen tino, el remozado Código Procesal Penal de la Nación recepta la imparcialidad (Art. 8º) y la escisión de funciones (Art. 9º), al especificar: “Los representantes del Ministerio Público Fiscal no pueden realizar actos propiamente jurisdiccionales y los jueces no pueden realizar actos de investigación o que impliquen el impulso de la persecución penal [...]”.

Una vez expuesto este panorama, se puede concluir que a los efectos de no conculcar la inteligencia constitucional del debido juicio previo y el derecho de toda persona a ser oída por un juez independiente e imparcial, se impone una distinción de funciones intrínseca a un proceso acusatorio. Esto conduce a que la iniciativa persecutoria, carga probatoria y función de perseguir se concentren de modo intransferible en el fiscal<sup>76</sup>, con el objeto de resguardar la imparcialidad del juez dentro de un contexto equilibrado de fuerzas. De modo tal que la división de poderes ejercidos procesalmente demarca un escenario en donde las partes (acusación-defensa) intervienen en un plano de horizontalidad; mientras los jueces, en su calidad de árbitros neutrales<sup>77</sup>, deben velar por la sustanciación de un proceso adecuado a los cánones legales; meritar las pruebas ofrecidas y decidir motiva-

75. Cf. BOVINO, Alberto, *Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo*, ob. cit., págs. 16-19; MAIER, Julio B. J., ob. cit., pág. 740; y GAMBOA, Agustín – ROMERO BERDULLAS, Carlos M., ob. cit., págs. 185-203.

76. Cf. Arts. 88, 213, 214 y 220 del nuevo CPPN –aún no implementado–, que pone en cabeza del fiscal la promoción de la acción penal pública, la investigación de los delitos, la carga de la prueba y el deber de probar en un juicio (oral/público) los hechos fundantes de su acusación. En análogo sentido, ya se había redactado el CPPCABA, tal como se puede colegir de los Arts. 4º, 77, 91 y 93.

77. *Vid* Arts. 105, 156 y 264 de la normativa nacional citada *ut supra*, que precisamente impide al juez suplir la actividad de las partes y formular preguntas a los testigos durante el debate. Con anterioridad, ya seguía idéntica orientación el CPPCABA, tal como se puede corroborar de la lectura de los Arts. 119, 232, 233 y 235.

damente la controversia planteada, a partir de la información suministrada por las partes en el marco de un juicio justo<sup>78</sup>.

## 5. PRINCIPIOS ESPECÍFICOS

Profundizando la tesis de robustecer un sistema de enjuiciamiento con principios que simbolicen al máximo la expresión constitucional, se desarrollará un conciso repaso de algunos principios capaces de potenciar un proceso acusatorio<sup>79</sup>, aunque no siempre se encuentren necesariamente ligados a éste<sup>80</sup>.

### 5.a. Contradicción

Iniciemos este *iter* con el principio de contradicción<sup>81</sup>, que sí se relaciona con el proceso acusatorio, ya que este sistema pugna por hacer efectiva la interacción equilibrada de acusación y defensa sobre las distintas variables a ponderar por el juez. No se trata tan solo de una pauta rectora, ya que no se vincula únicamente a la equiparación de fuerzas o al correcto ejercicio del derecho a defensa del imputado<sup>82</sup>, sino también enriquece el acervo cognoscitivo del juez, quien a

78. Las funciones del juez en el paradigma acusatorio son descriptas con mayor acribia en GAMBOA, Agustín – ROMERO BERDULLAS, Carlos M., ob. cit., V. Entre otras, vale citar la custodia de las garantías individuales y DD. HH., la promoción del ejercicio de la contrariedad, la igualdad procesal y la publicidad de los actos; como también la excelsa misión de obrar la verdad.

79. Estos principios son desarrollados de modo más cabal en GAMBOA, Agustín – ROMERO BERDULLAS, Carlos M., ob. cit.

80. Se hace esta aclaración, por cuanto nada obstaría a que por ejemplo un proceso acusatorio pudiera desarrollarse en forma escrita. De modo que los principios enumerados en el Artículo 2º del novel CPPN –todavía sin vigor– no deben concebirse en todos los casos como necesariamente acusatorios.

81. Receptado en los Artículos 2º y 105 de la normativa citada *ut supra*.

82. Esto ya se rastrea, por ejemplo, en la *Apología de Sócrates*, quien en su defensa ofrece algunas pautas sobre vulneraciones al derecho de contradicción. En efecto, al tratar a la clase de numerosos acusadores que lo calumniaban hace ya un extenso

partir de la retroalimentación entre la acción y la contradicción contará con más elementos para decidir los casos. Este axioma justamente insta a que todas las partes efectivicen el postulado lógico de contradicción, a partir de las respectivas elaboraciones (tesis *vs.* antítesis), de consuno a la igual posibilidad de acusar/refutar y confrontar la prueba ante un magistrado independiente e imparcial.

### 5.b. Inmediación

Otra base para potenciar un proceso justo es el principio de inmediación<sup>83</sup>, que precisamente se encuentra ligado al derecho del imputado a hallarse presente en el proceso<sup>84</sup> y ser oído personalmente<sup>85</sup>. Al respecto, cabe puntualizar que esta cualidad de inmediato se realizará en la medida en que se genere un contacto directo con el juez (inmediación subjetiva), quien además debe recibir las pruebas *vis a vis* (inmediación objetiva). Desde esta perspectiva, al originarse el conocimiento en los sentidos<sup>86</sup> y el juez aplicar todas sus aptitudes cognitivas, puede recabar más indicadores sobre la *litis*. Con lo que el conocimiento instantáneo obsta a determinadas prácticas judiciales, tales como una inapropiada delegación en funcionarios u otros tamices (ej., declaraciones de testigos en actas) divorciados de una representación inmediata de la realidad.

---

período, explicita limitaciones claras a su derecho de defensa. Así, pues, plantea que no resultaba factible saber la identidad de estos acusadores, ni citarlos, y por ende refutarlos en persona. Por lo que esta desventaja lo acarrea a combatir contra espectros y a responder a todo, pero claro, sin poder hacer una sola pregunta. Cf. PLATÓN, *Apología de Sócrates*, en *Diálogos*, Biblioteca Grandes Pensadores, España, Madrid, Editorial LIBSA - Editorial El Ateneo, 2001.

83. Asimilado en los Artículos 2º y 251 del remozado código adjetivo de la Nación.

84. Cf. PIDCP, Artículo 14.3.

85. *Vid* CADH, Artículo 8.1; y PIDCP, Artículo 14.1.

86. Se inicia en la experiencia sensorial pretérita, por lo que los juicios son reconducidos a los sentidos. *Vid* PIEPER, Josef, *La verdad de las cosas (Die Wahrheit del Dinge)*, 1ª edición, Argentina, Librería Córdoba, 2009, pág. 162. Publicado junto a *La realidad y el bien (Die Wirklichkeit un das Gute)*.

### 5.c. *Concentración-continuidad*

Esta inmediación se implica recíprocamente con los principios de concentración-continuidad<sup>87</sup>, conductores de una mayor celeridad vinculada a la eficacia (derivada del principio de economía procesal); e inhibidores de la involuntaria falsificación de reminiscencias en el juez, al acercar en una audiencia y sin solución de continuidad todo el material necesario para fundar la resolución del caso. Conviene poner de relieve, que en este escenario la actualización de las imágenes presenciadas y el conocimiento experiencial son facilitados ya que las huellas *mnémicas*<sup>88</sup> permanecen frescas en la memoria del órgano decisor.

### 5.d. *Identidad*

Sin dudas, otro vector derivado del principio de inmediación es que sea un idéntico juez quien presencie la acreditación de la prueba presentada, escuche lo alegado por las partes y suministre un veredicto respecto a lo debatido. Es que, de lo contrario, el derecho del acusado a ser oído públicamente por un juez o tribunal competente se volvería abstruso y sin razón.

### 5.e. *Publicidad*

Dentro del crisol de un debido juicio alineado a la forma republicana de gobierno, tampoco puede soslayarse una publicidad en donde han de cristalizarse los actos de gobierno<sup>89</sup>. Aludo a una publicidad posibilitadora de un mayor escrutinio exógeno (léase de la

87. Cf. Artículos 2° y 258 del CPPN por advenir.

88. Véase sobre la memoria intelectual y el conocimiento residual lo explicado por BLANCO, Guillermo P., *Curso de Antropología Filosófica*, 1ª edición, Buenos Aires, Editorial de la Universidad Católica Argentina, 2004, págs. 305-307.

89. Vid Artículos 2° y 253-254 del incipiente CPPN.

sociedad) e interno (de las partes), que en la palestra del *forum impele* al Poder Judicial a ajustar el lenguaje a la idea de *poliacroasis*<sup>90</sup>. Un juicio público que no solo hace menos permeables a la sociedad e inculcados ante potenciales arbitrariedades, pues también se encuentra vertebrado con otras funciones político criminales y jurídicas, tales como, por ejemplo, reafirmar la fe en la justicia (prevención general positiva), cohibir conductas delictivas (prevención general negativa), librar a los jueces de intromisiones e injerencias (independencia), etc.

### 5.f. Oralidad

La significancia de que la oralidad<sup>91</sup> se proyecte desde el natalicio de la investigación penal preparatoria hasta inclusive la audiencia de juicio obedece a que es una herramienta particularmente apta, en orden a potenciar el arquetipo acusatorio, los restantes principios examinados y el derecho a un juicio justo.

- Bien complementada con la escritura (antes la regla)<sup>92</sup>, la oralidad en todas las etapas presenta las siguientes ventajas:
- Necesariamente presupone intermediación.
- Constituye una competencia comunicativa enriquecida por recursos paralingüísticos, gestos corporales, etc.
- Suministra mejor calidad de información al decisor.

90. Esta idea se relaciona a la necesidad de ajustar el lenguaje a las divergentes características y funciones del auditorio. Tratado acabadamente en GAMBOA, Agustín – ROMERO BERDULLAS, Carlos M., ob. cit., págs. 394-397, 416-420 y 469-476.

91. Cf. Artículos 2º y 255 del CPN aquí estudiado y 14.1 del PIDCP.

92. La escritura posee virtudes (ej., perdurabilidad) de las que la volátil oralidad carece. De ahí, que ambas formas de comunicación deben complementarse, a fin de alcanzar una mejor transmisibilidad. Ilustra esta implicación, que únicamente un documento oficial puede dar fe de los antecedentes de una persona. El informe escrito es una de las pautas a seguir por el fiscal al solicitar –en audiencia– la prisión preventiva del imputado. Por tanto, la escritura mueve a la oralidad. Empero, el juez revisará el certificado de reincidencia, a fin de cerciorarse de que el material investigativo susten-te la información invocada por el acusador. Aquí vemos cómo la oralidad reposa en la escritura, que impulsará nuevamente el debate.

- Supera la lógica del expediente.
- Remueve resabios que condicionaban la audiencia de juicio a mero procedimiento de acreditación probatoria.
- Elimina la delegación impropia de funciones.
- Denota una mayor rapidez comunicativa, que dota de más celeridad a los procesos.
- Evita la dispersión temporal entre la recepción de pruebas, alegatos y conclusiones.
- Prohíbe un cabal cumplimiento del principio de identidad física del juzgador.
- Resguarda la publicidad.

Este panorama impone la instauración de un sistema de audiencias preliminares<sup>93</sup>, que genere una fructífera dinámica entre dos clases de actores (requiriente *vs.* afectado por solicitud) y el juez, quien cuenta con información producida *vis a vis*, en pos de alcanzar una verdad procesal acorde a la verdad real. *Stricto sensu*, en estas audiencias no se discute la responsabilidad del imputado –solo debatida en la audiencia de juicio–, sino que se sujetan a consideración del juez de control de garantías<sup>94</sup> determinadas medidas probatorias, junto a peticiones relacionadas a medidas cautelares, anomalías procesales, conclusiones anticipadas del proceso y la admisibilidad de pruebas en el juicio.

### 5.g. Desformalización

Resta estudiar una desformalización, no necesariamente ligada al sistema acusatorio, pero igualmente incorporada al CPPN no implementado (Arts. 2º y 197) y al CPPCABA (Art. 94). Este principio

93. Aspecto receptado en el nuevo CPPN –sin implementación– y en el CPPCABA.

94. Vale precisar que el juez de garantías no es el de juicio. De lo contrario, se comprometería su imparcialidad por posibles prejuicios. De esta forma, se evita el temor de parcialidad analizado por Carrió y se afianza el derecho a un juez imparcial. Vid CARRIÓ, Alejandro D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 6ª edición, Buenos Aires, Hammurabi s.r.l., 2015, págs. 177-185.

aplicable en la etapa preparatoria del fiscal se asocia a la concepción del tiempo como insumo estratégico en busca de respuestas socialmente cuantificables, la celeridad investigativa e institución de cursos de acción adecuados a la complejidad de cada caso.

Como consecuencia de esto:

- El sumario ya no tiene valor probatorio.
- La prosecta centralidad del expediente y su cadencia desaparecen.
- Solo es prueba lo incorporado en la audiencia de juicio.
- La metodología uniforme de investigación por pasos estereotipados y rutinas burocráticas es superada por prototipos investigativos diversificados.
- Las rémoras de formalismos innecesarios son erradicadas.
- La lógica de instrucción del expediente –anquilosada en modelos organizativos de la época colonial– evoluciona hacia un diseño estratégico y moderno, donde la gestión digital cobra valor.
- La defensa de las formas por las formas<sup>95</sup> se extingue.

Definidos los dones de la desformalización en la etapa penal preparatoria, corresponde destacar sumariamente algunas pautas tendentes a sortear peligros avizorados, de primar un paroxismo distanciado de su justo medio. Es esencial adquirir conciencia de que si bien la desformalización en la investigación es la regla, no implica descartar el uso de las formas, por cuanto la formalidad se vincula a cuestiones sustanciales, al reducir divergencias exegéticas sobre los sentidos de cada acto, resguardar garantías-derechos de los investigados, y coadyuvar al debido control jurisdiccional de garantías ante medidas restrictivas.

Asumiendo una correcta inteligencia de lo expresado, debe precisarse:

95. Sobre la defensa de las formas por las formas, véase BINDER, Alberto M., *El incumplimiento de las formas procesales*, 1ª edición, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, págs. 34-54.

- Los jueces deben tener real posibilidad de valorar las piezas procesales del legajo investigativo ante peticiones de las partes en audiencias preliminares.
- En ningún caso el fiscal ha de prescindir de ofrecer la prueba e instar a su producción en las audiencias preliminares o propiamente la de juicio.
- La desformalización cede cuando se trata de actos definitivos e irreproducibles.
- Las entrevistas efectuadas en la IPP no constituyen prueba.
- Lo determinante es poder documentar los actos procesales, sin importar el medio escogido en tanto se pueda demostrar su inalterabilidad y autenticidad.

Recapitulando, la desformalización debe ser como un músculo, que se elonga con mesura en orden a agilizar el procedimiento, pero también se tensiona cuando es necesario para no desgarrar garantías individuales en juego. Se trata de procurar con aplomo una comunión entre sustancia, formas y desformalización, que en el justo medio halla su verdadero sentido.

## 6. PRINCIPIOS AGONALES

Ahora estudiaremos dos principios previstos en los códigos acusatorios ya examinados, que se relacionan íntimamente con un Ministerio Público Fiscal, otrora conceptualizado como “un adolescente”<sup>96</sup> o “fruto tardío”<sup>97</sup> por parte de la doctrina. Lo cierto es que luego de múltiples vaivenes históricos, este organismo gestado como una figura amorfa, híbrida y más bien relegada a cumplir una función dictaminadora de visos sempiternos en los procesos mixtos, hoy asiste a una resignificación de su rol.

96. MAIER, Julio B. J., “El Ministerio Público: ¿un adolescente?”, en *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, 1ª edición, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003, págs. 35-36.

97. ROXIN, Claus, “Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Público”, en *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, 1ª edición, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003, pág. 39.



Zanjado el debate sobre su ubicación institucional en 1994, y con el advenimiento de los procesos de reforma de las reglas procesales, este órgano extrapoder<sup>98</sup> antes confinado a oficiar de neutral centinela de la ley, tras los avatares históricos, cobra un protagonismo decisivo –desde el inicio hasta la conclusión– en los procesos acusatorios<sup>99</sup>. La cuestión es que de inaudito, por un lado ese pasivo guardián de la legalidad detenta un principio de oportunidad prescindente de la ley; y por otra parte, se topa con una posición estratégica aparentemente contradictoria de la objetividad prevista en los códigos. A fuer de ello, y las hiperestésicas contingencias que pueden fragmentar el tensiómetro constitucional en el proceso, a continuación serán tratados ambos principios –al menos someramente.

#### 6.a. Derecho penal líquido vs. legalidad

*A priori*, el lozano CPPN y el CPPCABA parecen optar por una aplicación del principio de oportunidad como excepción a una legalidad constituida en regla. Al emular los moldes procesales de la ordenanza alemana (Art. 152, p. II), la ley prevé taxativamente las condiciones para no promover o desistir al ejercicio de la acción, por lo que, en este sentido, la selectividad del fiscal se encontraría limitada. Se revelaría, así, un distanciamiento de esquemas procesales enhiestos sobre la exacerbación de la oportunidad y el desconocimiento del principio de legalidad (ej., Estados Unidos), que ostentan una carencia de control alguno sobre la actividad de un fiscal empoderado con amplias facultades discrecionales<sup>100</sup>.

98. Órgano extrapoder es el de la Nación por su ubicación (Art. 120, CN) luego de la reforma constitucional. En cambio, el de la CABA integra el Poder Judicial (Art. 106, CCABA).

99. Cf. Ministerio Público Fiscal de la CABA, *Nuevo diseño, fiscalías de la ciudad* (GAMBOA, Agustín –dirección–, ROMERO BERDULLAS, Carlos Manuel; PEIX, Horacio –redacción–), 2013, págs. 14-22.

100. Cf. GUARIGLIA, Fabricio O., “Facultades discrecionales del Ministerio Público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad”, en *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, 1ª edición, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003, págs. 89-92.

### 6.a.I. Discursos pro oportunidad

Detengámonos a estudiar los discursos legitimadores de un criterio de oportunidad, que en base a criterios de utilidad política conducen a prescindir de la persecución penal por conveniencia práctica. Los partidarios de su aplicabilidad parten de una exégesis sesgada de la CN, al interpretar a su Artículo 18 como garantía del debido proceso, mas no un imperativo de ineluctable persecución penal en todo caso.

Un argumento utilitarista sostenido por sus adeptos es que dispensar de la persecución penal ante hechos de escasa significancia o socialmente inocuos permite racionalizar eficientemente la repuesta punitiva, descomprimir el saturado sistema de justicia y perseguir eficazmente otros delitos más graves, dañinos y costosos para la comunidad.

Esta trama argumental se complementa con la cristalización de un entuerto producido por una selectividad natural, que podría sustituirse por otra más racional e igualitaria, sustentada en directrices objetivas, transparentes y legales. Esta disfunción endémica se originaría en la incapacidad del sistema judicial de procesar todos los casos penales con eficacia, lo que generaría la aplicación de una oportunidad subrepticia y librada de controles<sup>101</sup>. De esto se sigue la existencia informal de mecanismos de selección anárquicos e instrumentados por ignotos operadores judiciales, quienes carecen de responsabilidad visible, además de dispensar un tratamiento desigualitario de la ley penal y propiciar una sectorización social en la criminalización o desincriminación de conductas. Incluso, parte de la doctrina asocia esta querulante patología a una ingeniería nada *naif* y discriminatoria, orientada socialmente a controlar sectores más vulnerables y subordinados del entretejido comunitario. El sistema penal sería emparentado así a un instrumento de un diseño del ejercicio de poder, que precisamente hallaría en el principio de legalidad el *parte-*

101. Vid GUARIGLIA, Fabricio O., ob. cit., págs. 88-89; y MAIER, Julio B. J., ob. cit., T. I, págs. 831-835.

*naire* ideal, en miras de elaborar una política criminal solapada y destinada a fracturar el discurso normativo de la realidad<sup>102</sup>.

Por su parte, esta escuela no vislumbra contradicción alguna con relación a los principios de legalidad e igualdad, por cuanto al resultar garantías de los ciudadanos deberían interpretarse de manera positiva. Así, al desandar el camino inverso, estos preceptos no podrían verse conculcados por el principio de oportunidad, ya que liberarían a las personas del poder punitivo<sup>103</sup>. Entonces, estas garantías del imputado jamás podrían hacerse valer en su contra, dado que habrían sido concebidas como limitantes del *ius puniendi* y en resguardo del individuo, ante un Estado con facultades para ejercer sobre él la manifestación más violenta de su poder –léase penas privativas de la libertad. Completa este lienzo, la hipótesis de que la igualdad no sería quebrantada al resultar pretensa, por cuanto las realidades de las provincias diferirían.

#### 6.a.II. *Naturaleza de la acción penal*

Pasemos ahora a analizar los discursos de quienes consideran indisponible e irrevocable la acción penal. Un aspecto vastamente discutido y emparentado al derecho constitucional consiste en desentrañar si posee naturaleza sustancial o procesal la acción penal, pues de primar una adhesión sustancialista pregonada por la doctrina clásica, las provincias extralimitarían su incumbencia ya que el derecho penal material sería potestad delegada (Art. 75, inc. 22).

Con atino, Núñez consideraba que la regulación de la acción penal (derecho-deber del Estado) corresponde al legislador nacional y tiende a la satisfacción del interés social en la sanción del culpable<sup>104</sup>. Semejante perspectiva atesoraba Soler, quien creía que en la ley sustantiva es donde se condiciona la pretensión punitiva (a través de sus

102. Cf. RUSCONI, Maximiliano, *Las fronteras del poder penal*, capítulo VIII, Buenos Aires-Madrid, Editorial Ciudad Argentina, 2005.

103. Cf. MAIER, Julio B. J., ob. cit., T. I, pág. 831.

104. Vid NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., págs. 207-208.

clases), sus impedimentos (léase cuestiones previas) y causas extintivas<sup>105</sup>. Pues la acción penal se encuentra limitada sustancialmente por las figuras delictivas, cuya tipificación corresponde al Congreso, órgano con autoridad para determinar la duración, extensión y alcance de las respuestas penales. Por eso, estas cuestiones aparentemente procesales en realidad no lo son –dado que no integran el procedimiento y sí el derecho material–, al tener autolimitaciones de la pretensión punitiva, mediante las cuales la ley sustantiva fija modos de natiuidad y extinción<sup>106</sup>.

Tal es el acierto de estas posturas, que sería incongruente con nuestra organización política y un contrasentido de la potestad sustantiva delegada por las provincias al Congreso Nacional, reservarse la posibilidad de derogar las conductas tipificadas en el Código Penal para todo el territorio argentino, a través de un principio de oportunidad ausente de ecuanimidad en su aplicación territorial. ¿Cuál es la razonabilidad de delegar la decisión político criminal en la Nación, para que de acuerdo a los intereses públicos comprometidos legisle materialmente, si luego con fórmulas vagas se amputa esa misma inteligencia legislativa y su eficaz realización?

Tal vez un buen punto de partida sea afirmar que en el basamento del principio de legalidad subyace una palmaria legitimidad democrática y republicana propia de cualquier sistema representativo en donde se expresa la soberanía popular, pues en la actuación político criminal del legislador se implica la indelegabilidad de la facultad legislativa de definir la ley penal en un sistema signado por la división de poderes. *Per se*, esta idea rectora se encuentra enlazada a las premisas de división de poderes y no autocontrol, ideadas como instrumentos racionalizadores del *ius puniendi*.

De una prudente hermenéutica constitucional comprensiva de las distintas aristas del principio de legalidad se podría inferir con claridad una entronización exclusiva en el Congreso Nacional de la potestad para determinar los intereses por amparar mediante la ame-

105. Cf. SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, 2ª edición, Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina, 1953, págs. 497-498.

106. Ídem.

naza penal y la medida de esta manifestación, en pos de asegurar una tutela eficaz de esos bienes jurídicos merecedores de protección penal. Por lo indicado, se podría deducir que, por un lado, es el legislador nacional –en el marco de sus funciones– el legitimado para incriminar-descriminalizar hechos; y por otro, cabría descartar la posibilidad de inmiscuirse en un análisis desarrollado por otro órgano (ej., fiscal) sobre la conveniencia, oportunidad o alcance de la protección en cuestión.

#### *6.a.III. Argumentos pro legalidad e indisponibilidad*

El fundamento sostenido por la doctrina tradicional sobre la primacía absoluta del principio de legalidad<sup>107</sup> y su carácter irrevocable e indisponible reside en:

- el carácter público/oficial de la persecución penal que impone al ministerio público fiscal la obligatoriedad de promoverla, dado el interés público de la realización del derecho penal una vez afirmada la infracción a la norma penal;
- el principio de igualdad ante la ley (Art. 16 CN), pues se vulnera cualquier viso de ecuanimidad si ante la comisión de una conducta tipificada por la misma norma, la persecución del hecho depende de si se cometió dentro de una provincia u otra; y
- que es la ley creada por el legislador la indicada para fijar cuándo y en qué casos concretos se debe aplicar o no una pena; y por lo tanto, el conflicto solo puede solucionarse mediante los modos de resolución legalmente previstos.

Con una tónica similar, Ferrajoli explica que la discrecionalidad de la acción penal no tiene nexo alguno con el sistema acusatorio,

107. Apoyado en el Código Penal (Arts. 71 y 274) y complementado con el Código Procesal Penal de la Nación vigente (Art. 5°).

cuyo elemento clave radica en la separación de funciones<sup>108</sup>. La afirmación del carácter público del derecho penal, sus funciones preventivo-generales (ya sea respecto a los delitos como a la venganza privada) y la imperativa acción penal son puestos en tela de juicio por una discrecionalidad en cuanto a su disponibilidad, que es receptada en actuales sistema acusatorios. Las prácticas de la discrecionalidad y disponibilidad (ej., *plea bargaining-guilty plea*) se vuelven así en materia moldeable para arbitrariedades comisivas u omisivas, libradas de cualquier clase de control<sup>109</sup>. Por lo que al ponerse en crisis la obligatoriedad e irrevocabilidad de la acción penal se merma la garantía de igualdad, mella la certeza del derecho penal y mengua la tutela de las partes ofendidas<sup>110</sup>. De esta forma, la figura del acusador público es extralimitada, por cuanto al no encontrarse sujeto a la ley puede escoger a su arbitrio qué infracciones merecen persecución<sup>111</sup>.

En cierta medida, podemos trazar un paralelo entre este principio de oportunidad y la vida líquida definida ampliamente por el sociólogo Zygmunt Bauman<sup>112</sup>. Los puntos de contacto con la liquidez de una sociedad atravesada por imperativos tales como la precariedad, liviandad y revocabilidad son innegables. La liquidez de la ley fluiría, así, mediante un principio de oportunidad que reglado incorrectamente conduciría a la incertidumbre e inestabilidad de la norma. No es arduo deducir, si jalonamos un poco más, que una anárquica oportunidad podría traducirse en un saber librarse de la ley, antagónico a un querer aplicarla y solidificarla en un bien perdurable.

Podemos entrever así, junto con los modelos explicativos de un derecho penal de la emergencia, estudiado por Moccia<sup>113</sup>, un derecho

108. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, Madrid, Trotta, 1995, págs. 567-570.

109. Ídem.

110. Ídem.

111. Ídem.

112. Vid BAUMAN, Zygmunt, *Vida líquida*, 1ª edición, Buenos Aires, Paidós, 2013, págs. 9-25.

113. Cf. YACOBUCCI, Guillermo J., "¿Cómo interpretar la política criminal de nuestros días?", *El Derecho*, Diario de Doctrina y Jurisprudencia, Buenos Aires, Año XLII, n° 11.097, 27 de septiembre del año 2004; y YACOBUCCI, Guillermo J., "Los de-

penal del enemigo descrito por Jakobs<sup>114</sup> y un derecho penal de velocidades diferenciadas analizado por Silva Sánchez<sup>115</sup>, lo que procuro denominar como un derecho penal líquido. Pues en el presente también debemos centrar nuestra atención en una legalidad líquida, que sin remilgos puede volver trivial la noción de justicia, al pasar una pátina de labilidad sobre el derecho de la comunidad a la concreción de ese *dar a cada uno lo suyo* y las obligaciones positivas del Estado ante el delito.

#### *6.a.IV. Debilidades del encomio a la liquidez de la ley penal*

Si bien las meditaciones sobre esta temática no se encuentran agotadas, es tiempo de examinar cada una de las afirmaciones ya desarrolladas en el encomio a la oportunidad. La idea es avanzar de lo general a lo particular, de modo que luego se apreciarán algunas cuestiones normativas.

##### **6.a.IV.1. Justificaciones divorciadas del bien honesto**

En primer término, debe colocarse especial cautela en las justificaciones de la oportunidad, basadas en insolubles ineficiencias e ineficacias de un sistema de administración de justicia colapsado, que imposibilitarían fácticamente la investigación de todos los casos ingresados. Pues estos discursos legitimadores son nuncios de meta mensajes, que en rigor de verdad pondrían en crisis la legitimidad del mismo Estado frente al ciudadano. Es que si por ejemplo aplicásemos una lógica artificial y contractualista, el ciudadano se vería interpelado por una pregunta: ¿por qué se le confirió al Estado el poder coactivo y coercitivo si no puede administrar con eficacia esa potes-

---

saños de un nuevo derecho penal”, *Revista Jurídica Logos* (Facultad de Derecho prof. Damasio de Jesús), San Pablo, N° 1, año 2005.

114. Ídem.

115. Ídem.

tad punitiva para garantizar la convivencia pacífica de la comunidad?

Veámoslo desde el ángulo expuesto por algunos defensores de la oportunidad. Si el Estado es ese depositario monopólico del *ius puniendi*, cuasi omnipotente y omnipresente, que debe limitarse por intermedio de garantías individuales en aras de evitar el sojuzgamiento arbitrario de un diminuto hombre ante un poder avasallador, ¿cómo puede escudarse este titán en su propia ineficiencia o carencia de capacidad cuando debe perseguir hechos penales?<sup>116</sup>

Este argumento contravendría la autoridad, normatividad y el *ius puniendi*, que tal como se adelantó son constitutivos de un bien común político orientado a la perfección de los seres humanos. Es más, ese alegato traduciría un incumplimiento del derecho-deber del Estado de ordenar a la comunidad política a su fin plenario, mediante la aplicación de medios adecuados para concretar la justicia penal y, así, conquistar el bien común político. Se trataría, en definitiva, del primado de un utilitarismo incongruente con el bien honesto, dado que ante la iniciativa delictiva se pondría en jaque el principio de *dar a cada uno lo suyo*, junto al interés legítimo de la ciudadanía en la materialización penal, en pos de la defensa del bien común político.

Por otro lado, en el cromatismo de esta clase de variopintas justificaciones puede percibirse una solapada liquidez de la ley penal, erigida sobre un síndrome del consumo que adopta las pautas del mercado y criterios de decisión notoriamente ajenos a un concepto de justicia, hoy redefinido por un derecho penal líquido como una mercancía.

#### 6.a.IV.2. Legítima selectividad

Simplificando, tal vez en exceso, podemos avizorar que la respuesta a una justicia ineficiente debería procurarse con un rediseño organizativo, mas no en el principio de oportunidad, pues existen

116. Vid GAMBOA, Agustín – ROMERO BERDULLAS, Carlos M., ob. cit., págs. 237-247.



otras herramientas aptas para descongestionar el sistema de justicia más acordes al culmen del Estado de Derecho. La solución debería buscarse en una matriz que responda a una política de gestión de calidad capaz de resguardar con eficacia en sus tiempos y contenidos, tanto las garantías individuales como los derechos de quienes intervienen en los procesos, sin importar el carácter de su participación (imputados, víctimas, testigos, etc.)<sup>117</sup>.

A tenor de lo explicitado, ha de añadirse que la única selectividad legítima no es la propuesta por quienes ven en el principio de oportunidad a un paliativo de una desigualdad existente en el ejercicio del poder punitivo<sup>118</sup>, pues la denunciada injusticia de la aplicación selectiva de la ley penal debería precisamente acomunar voluntades para practicar la justicia en todos los casos. Es evidente que la crítica al ejercicio desparejo del *ius puniendi* implícitamente reconoce la necesidad dar a quien delinque lo suyo de manera ecuánime. En pocas palabras, la inequidad perpetrada no justificaría otra injusta desigualdad motivada en la primera. Por ello, una justa selectividad debería más bien relacionarse al tiempo como un insumo estratégico, la diversificación de las clases de investigaciones sobre parámetros objetivos (simplicidad o complejidad de los casos), la especialidad e información requerida, u otros indicadores orientados a determinar la manera más eficaz de investigar cada delito sujeto a estudio.

### 6.a.IV.3. Legalidad dual

Otro de los guiños argumentales por ponderar es la afirmación de que la oportunidad no contradice el principio de legalidad, al haberse configurado éste como limitante del *ius puniendi* del individuo frente al Estado e interpretarse positivamente, es decir, en sentido li-

117. Sobre procesos de reforma, cf. GARAVANO, Germán - ROMERO BERDULLAS, Carlos Manuel, "El rol del Ministerio Público Fiscal de la CABA", en *Derecho de la Ciudad de Buenos Aires*, 1ª edición, Argentina, El Derecho, 2014, págs. 197-239.

118. Entre ellos Eugenio R. Zaffaroni y Roberto M. Carlés, *vid* exposición de motivos al Artículo 42 del Anteproyecto de Código Penal de la comisión designada por Decreto N° 672/2012.

berador del poder punitivo. Sabido es que el aforismo *nullum crimen sine lege praevia* y *nullum poena sine lege praevia* es un baluarte de la seguridad jurídica y garantía individual ante posibles arbitrariedades, corrientes políticas de turno<sup>119</sup> o prácticas derivadas de una limitación ilimitada criticada por Chesterton<sup>120</sup>; empero esta exégesis no repara en la afectación del derecho constitucional a la seguridad-legalidad.

Tal como ya se anticipó oportunamente, cobra especial valor la manda constitucional seguridad-legalidad, puesto que el Estado posee deberes negativos de respeto de las garantías, y a la par débitos de protección de los derechos. Por tanto, si urdimos esto con lo expuesto en el acápite n° 2 (léase *excursus*), no podemos omitir que el principio de derecho penal de dar a quien delinque su pena no solo integra el derecho natural, sino también constituye una expresión más del principio de *dar a cada uno lo suyo*, presupuesto y sobrentendido en el Artículo 18 CN.

#### 6.a.IV.4. Revocabilidad legal permeable a la arbitrariedad

Una vez sopesados algunos argumentos vertidos por los divulgadores de la oportunidad, ha de apuntarse que de aceptarse este principio debería ser reglado con acribia en el Código Penal, como una excepción a la legalidad –pues ésta es la regla. De lo contrario, si se formularan las condiciones de su aplicabilidad de modo genérico, abstracto y vago, se dejaría librado a la arbitrariedad velada de los

119. Wolfgang Naucke explica la significancia de la intacta ley penal, dado que permite preservar la libertad del ciudadano, frente a las corrientes políticas de turno. Cf. NAUCKE, Wolfgang, “La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad procesal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado”, en ROMERO CASABONA, *La insostenible situación de derecho penal. Estudios de derecho penal*, según cita de DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal (parte general)*, 1ª edición, T. I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2006, págs. 340-341.

120. Vid CHESTERTON, Gilbert K., “Condena indeterminada para presos” (27-5-1908), artículo publicado en *The Illustrated London News*. Compilado y traducido en *Cien años después*, 1ª edición, Argentina, Vórtice, 2008, págs. 144-148.

fiscales la posibilidad de impulsar o no la acción penal. Tal es así que los fiscales podrían disponer o no de la acción penal a su antojo, sibilinamente y sin control republicano alguno.

Aquí vale hacer una pausa sobre el concepto de arbitrariedad y algunas de sus implicancias. La arbitrariedad se configura ante un querer u obrar enajenado de una razón justificante y sin medida racional<sup>121</sup>. Por consiguiente, la arbitrariedad se opone al derecho y a lo justo<sup>122</sup>. De ahí que su afirmación lleva ínsita la negación del derecho. En este contexto es que cuando el mismo guardián de la legalidad (léase fiscal) niega el derecho como legalidad comete un acto arbitrario, en tanto resulta irrazonable en pos del bien común. Este aspecto es sumamente importante retenerlo en nuestra memoria, ya que un principio de oportunidad caracterizado por su vaguedad podría ser una manifestación más de un positivismo judicial (activismo judicial), que al no hallarse limitado por principios o reglas dejaría a expensas de una interpretación libre, arbitraria e ideológica de los fiscales la custodia de la ley penal<sup>123</sup>.

#### 6.a.IV.5. Aproximación a una lábil normatividad

Formuladas estas aclaraciones, es oportuno evaluar el grado de abstracción manifestado en parte de la normativa receptiva de este principio de oportunidad. Si aguzamos nuestra mirada sobre el CPP-CABA, comprobaremos un elevado grado de vaguedad, dado que el Artículo 199, inc. e, unge a los fiscales con la potestad de archivar

121. Vid LAMAS, Félix Adolfo, *Filosofía del Estado –Política y Tradición*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, Instituto de Estudios Filosóficos “Santo Tomás de Aquino”, 2011, pág. 9, disponible en [http://www.viadialectica.com/publicaciones/material/filosofia\\_estado/Libr\\_fil\\_est.pdf](http://www.viadialectica.com/publicaciones/material/filosofia_estado/Libr_fil_est.pdf), fecha de consulta: 19-5-2015.

122. Ídem.

123. Esta afirmación se construye a partir de una analogía trazada con lo explicitado sobre el activismo judicial por HERRERA, Daniel A., “Del Estado de Derecho Liberal Moderno al Estado Constitucional de Derecho Actual”, en *Forum, Anuario del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina*, 1ª edición, N° 2, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 2014, pág. 36.

—a su total voluntad— las denuncias y actuaciones preventivas cuando “La naturaleza e importancia del hecho no justifiquen la persecución”, en tanto no se contraríen criterios generales de actuación.

*Prima facie*, el CPPN (aprobado por Ley N° 27.063) pareciera denotar menor abstracción al definir en su Artículo 30 la imposibilidad de prescindir del ejercicio de la acción penal si el delito es cometido por un funcionario público en razón de sus funciones o cargo; cuando es realizado en un contexto de violencia doméstica o motivado en razones discriminatorias; o en aquellos supuestos de incompatibilidad con previsiones de instrumentos internacionales, leyes o instrucciones generales del Ministerio Público Fiscal, fundadas en criterios de política criminal. Sin embargo, al facultar a los fiscales a disponer de la acción penal cuando se trate de “un hecho que por su insignificancia no afectare gravemente el interés público” (Art. 31, inc. a)<sup>124</sup>, la indeterminación vuelve a hacerse patente y abrir margen a lo veleidoso.

No debe perderse de vista que esta norma adolece de una imprecisión semejante a la ya evidenciada por el Artículo 42.3.a) del Anteproyecto de Código Penal redactado por la comisión designada por Decreto N° 672/2012, donde se habilita al fiscal a no promover o desistir de la acción cuando de trate de “hechos de menor significación”. El interrogante es claro, cuál es el criterio delimitante de “un hecho que por su insignificancia no afectare gravemente el interés público” o de “hechos de menor significación”, si no es el mero arbitrio de cada fiscal.

Asimismo, no puede escapar a este análisis que de no contemplarse contralores adecuados de ese ejercicio de la oportunidad y fijarse la responsabilidad de los órganos de aplicación por la incorrecta instrumentación de un criterio extintor de la acción pública<sup>125</sup>, se sus-

124. En los restantes incisos contempla la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad, si la intervención del imputado es de menor relevancia y pudiera corresponderle multa, inhabilitación o condena condicional (b); en casos de pena natural (c); o si la pena que pudiera imponerse por el hecho careciera de importancia en consideración a la sanción ya impuesta, o a la que deba esperarse por los restantes hechos investigados en el mismo u otro proceso, o a la que se impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero (d).

125. El CPPN objeto de estudio estipula que la aplicación del criterio de oportunidad (facultad pasible de concreción hasta la formalización de la IPP, según Art. 225)

tituiría un modelo de selectividad por otro también permeable a la arbitrariedad, pero más ordenado<sup>126</sup>.

Al respecto, el CPPCABA (Art. 200) y el incipiente CPPN (Arts. 218-219) posibilitan a la víctima la solicitud de revisión del criterio de oportunidad ante el fiscal de cámara<sup>127</sup>, por lo que se aplica un mecanismo de control interno tendente a reforzar la autonomía funcional del Ministerio Público Fiscal; y evitar, así, que se involucre en esta decisión el juzgador, con el afán de preservar su imparcialidad<sup>128</sup>. Ante este horizonte, las preguntas que debemos plantearnos son: si al efectivizarse estos procedimientos dentro de un mismo organismo se cumple con el paradigma republicano de no autocontrol; y por otra parte, qué acaece ante lesiones de bienes jurídicos difusos, pues al no preverse metodologías de revisión automáticas en estos casos, puede darse una pasividad, o dispersión del todo social, conductora de una ausencia de revisión de estas clases de decisiones.

#### 6.a.V. Un debate inacabado

Como corolario, podemos afirmar que la contienda entre un derecho penal líquido y la legalidad no ha fenecido. La disputa argumental debe profundizarse si se añora hallar una relación de complementariedad entre los principios de legalidad y oportunidad que no conduzca a una banalización de la justicia. Una coyuntura de este calibre exige una revisión no sedimentada en la corteza de las cosas, pues el encumbramiento de una oportunidad oscurantista, indefectiblemente, roe los cimientos republicanos emulados por el sistema acusatorio y carcome la expresión constitucional.

---

permite declarar extinguida la acción penal (Art. 32); y además, la prevé como causal de sobreseimiento (Art. 236).

126. Cf. GUARIGLIA, Fabricio O., ob. cit., pág. 94.

127. Si el fiscal de cámara confirma el criterio de oportunidad la víctima puede convertir la acción pública en privada (Arts. 33 y 219 CPPN *sub examine*) y oponerse al sobreseimiento ante el juez (Art. 237).

128. Con lo que este mecanismo de control se ajusta a la doctrina sentada por la CS en “Quiroga, Edgardo Oscar s/ causa N° 4302”.

Si la certidumbre es la regla y la oportunidad la excepción, necesariamente el carácter de *numerus clausus* requiere que las excepciones fundadas en el bien común político sean definidas con vasta minuciosidad. En otras palabras, el estado de excepción de esa liquidez del derecho penal demanda que las condiciones de aplicabilidad de la oportunidad no se determinen negativamente y de modo abierto. El meollo radicará, entonces, en saber determinar en sentido positivo y con suficiente meticulosidad los excepcionales casos donde podrá aplicarse la oportunidad; pero concomitantemente resultará determinante querer delimitar qué clases de controles formales deben disparar estas decisiones de nimia visibilidad, si se anhela garantizar contrapesos republicanos.

### 6.b. Principio de objetividad

En cuanto al polifacético principio de objetividad acogido en el CPPCABA (Art. 5º) y el CPPN *sub examine* (Arts. 128, 196, 297), cabe hacer una serie de precisiones, destinadas a despejar aparentes contradicciones con la posición estratégica del fiscal en un proceso acusatorio y el poner todos los medios para ajustar su actuación a lo que las cosas son en la realidad. Una mayor comprensión sobre el alcance de esta actitud cognitiva indisolublemente unida a la justicia con el ser, es clave en orden a valorar la significancia de que el logos objetivo del fiscal se tope con la *ratio* de los objetos, en pos de garantizar la fidelidad del conocimiento recabado y depurarlo de influjos subjetivos sobre el contenido denotado por las cosas<sup>129</sup>.

Confirmar la importancia de que el fiscal –amén de la redefinición del interés persecutorio en un modelo acusatorio– abrevie en el conocimiento objetivo de la realidad es esencial, por cuanto es el vector delimitador del modo de obrar para realizar la justicia entre los hombres<sup>130</sup>. Es que el posicionamiento estratégico (ya sea en los casos

129. Vid GAMBOA, Agustín – ROMERO BERDULLAS, Carlos M., ob. cit., págs. 247-251.

130. Cf. lo explicado sobre *sachlichkeit*, *sache* y justicia con el ser por PIEPER, Josef, en *La realidad y el bien*, 1ª edición, Argentina, Librería Córdoba, 2009, págs. 14 y 64-65.

concretos o el cumplimiento de objetivos institucionales socialmente cuantificables) y su condición de parte no neutral en el nuevo escenario procesal no contrarían en modo alguno la objetividad que debe guiar la actividad fiscal en defensa de la legalidad e intereses generales de la sociedad.

Conviene destacar que restringir la objetividad a reglas de *fair play*, lealtad y buena fe (ej., dar a conocer a la defensa todas las probanzas útiles para resistir la acusación) nos conllevaría a incurrir en un desacertado reduccionismo. Pues la división de funciones del sistema acusatorio no antagoniza con la obligación del fiscal de adecuar sus actos a criterios objetivos al practicar medidas tendentes a determinar la existencia del hecho penal, e investigar todas las circunstancias idóneas para comprobar la acusación o eximir de responsabilidad al acusado.

Contrariamente, si el fiscal no adecuara su accionar a la realidad, el primer presupuesto de sus decisiones estratégicas se encontraría ética y legalmente viciado, ya que se convertiría en un acusador ciego si procurara codeterminar subjetivamente el contenido de los acontecimientos pesquisados, validara infundadamente el impulso de acciones penales o acusara sin sustento probatorio. La medida de lo real es la que debe motivar el desempeño del fiscal, quien además debe velar por el cumplimiento efectivo de las garantías individuales reconocidas constitucionalmente en un juicio justo<sup>131</sup>, e incluso, peticionar la

131. Vid Artículo 5º del CPPCABA; párrs. 1º y 3º de Normas de Responsabilidad Profesional y Establecimiento de Deberes y Derechos de Fiscales (1999); pár. 13.b) de Directrices sobre la función de los fiscales, aprobadas en el 8º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en la Habana (Cuba), del 27-8-1990 al 7-9-1990 (U.N. Doc. A/CONF.144/28/Rev.1 at 189-1990); pár. 24.a) de Recomendación REC (2000), adoptada por el Comité de Ministros el 6-10-2000 en la 724ª reunión de Ministros; y pár. 3.c) de Normas de Responsabilidad Profesional y Declaración de Derechos y Deberes Fundamentales de los Fiscales adoptadas por la Asociación Internacional de Fiscales (IAP), el 23-4-1999, en Asociación Internacional de Fiscales, *Manual de Derechos Humanos para fiscales*, 1ª edición en español, 2009.



absolución del acusado si lo cree inocente o considera que su culpabilidad no fue probada durante el juicio<sup>132</sup>.

El principio de objetividad remite, así, a una exploración de la verdad esencial en toda propuesta de administrar una auténtica justicia acorde a la realidad, que al no erigirse sobre voluntarismos se constituye en garantía tanto del imputado, como de la sociedad. Dada la separación de funciones, debería ser una exigencia irrenunciable esta manda de objetividad, ya sea en orden a instar la acción para investigar, acusar o solicitar la absolución. Si bien el control de legalidad del juez resguardaría al imputado de una persecución arbitraria, lo cierto es que un esquema regido por una oportunidad defectuosamente reglada entraña el peligro de poner en crisis esa objetividad ineludible para desarrollar una actuación acorde a un libre conocimiento de la *notitia criminis*, la defensa de bienes jurídicos difusos y el bien común.

En razón de lo expuesto, independientemente de que el Ministerio Público Fiscal es una organización piramidal, jerárquica y signada por los principios de unidad e indivisibilidad, deberían arbitrarse las medidas pertinentes para garantizar una objetividad en cada fiscal, no solo de hecho, sino también aparente. Sencillamente, el fiscal no solo debe ser objetivo, sino que además debe parecerlo, pues esta objetividad se halla estrechamente ligada a la independencia del director de la investigación en esa custodia de los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política. De ahí la importancia de establecer buenas prácticas destinadas a neutralizar cualquier viso de asignación arbitraria de un fiscal para que investigue un delito con posterioridad al hecho del proceso, pues las especiales designaciones podrían despertar al menos una duda en el todo social, sobre si esa objetividad no es puesta en jaque ante factibles presiones, influencias

132. En estos casos, la CSJN le otorgó el carácter de vinculante a la decisión del fiscal de no acusar al final del debate (cf. "Tarifeño", LL, 1995-B-32; "Mostaccio", CSJN-Fallos: 327:120; y "Agüero", A-393, XXXIX). Por su parte, Carrió expresa dudas sobre la existencia de una transgresión constitucional cuando se dicta una condena en este contexto, aunque afirma que pareciera reñir con el arquetipo acusatorio. Cf. CARRIÓ, Alejandro D., ob. cit., pág. 88.



e interferencias en la autonomía funcional, dirigidas en perjuicio o privilegio de un caso particular.

## 7. CONSIDERACIONES FINALES

No se ha pretendido hacer un estudio acabado del proceso acusatorio y la normativa estudiada<sup>133</sup>, pues excede sobradamente el marco de este trabajo. Sí se anhela que este artículo invite al lector a solazarse por el bosquecillo ofrendado a Academos, plantearse algunos interrogantes y rehuir de los peligros intrínsecos a obliterarse en posiciones propias o ajenas. El cometido propuesto se habrá alcanzado si esa *disputatio* umbilicalmente unida al proceso acusatorio y lo académico se dispara a partir de una mirada librada de prejuicios e intereses de la realidad analizada.

De lo que se trata es de preservar un espacio de libertad filosófica –presupuesto del *bonum commune*–<sup>134</sup> y objetividad para contemplar el proceso con el único norte de conquistar la verdad, pues sin el acontecer académico es improbable que en una instancia ulterior el hombre práctico logre ordenar virtuosamente su actuación a la realidad de manera fecunda<sup>135</sup>. Es que, necesariamente, el desinteresado hundimiento del ser y el acto puramente teórico sobre la realidad objetiva deben darse *ex ante* si se busca conseguir efectos útiles<sup>136</sup>.

Espero que este resquicio para el ocio intelectual y los aspectos detallados permitan acercarnos –al menos un poco más– a las razones que constituyen al proceso penal acusatorio en el *hashtag* de una constitución signada por el principio republicano de gobierno, la división de poderes y la premisa de no autocontrol. Pero al mismo tiempo, con

133. Para ello puede verse GAMBOA, Agustín – ROMERO BERDULLAS, Carlos M., ob. cit.

134. Cf. PIEPER, Josef, *El ocio y la vida intelectual*, 8ª edición, Madrid, Rialp S.A., 2003, cap. titulado: “Lo académico, el funcionario y sofista”; y PIEPER, Josef, “La libertad de la *Theoria* filosófica y sus contrarios”, en *Antología*, Barcelona, Herder S.A., 1984, págs. 136-137.

135. Ídem.

136. Ídem.

el itinerario propuesto se aspira a abrir nuevas preguntas, discusiones y diálogos, tanto sobre las oportunidades, como los peligros de lo que he denominado “derecho penal líquido”. Pues sin resortes aptos, la integridad de una parte de los vasos capilares y derechos contenidos en nuestra CN resultará indefectiblemente afectada. De modo que si el proceso no prevé la activación de mecanismos de coagulación eficaz, una liquidez caótica de la ley penal propenderá a desangrar y disolver la manifestación constitucional.

En definitiva, este presagio nos interpela a proseguir trabajando en la noble faena de alcanzar el cénit de la expresión constitucional en cada intervención del Poder Judicial, mediante el diseño de un sistema de administración del servicio de justicia que se encuentre a la altura de los tiempos actuales y sea un genuino puente para superar falaces dicotomías. Claro que este camino de reconstrucción, ineludiblemente, debe recorrerse con la viva conciencia despertada por San Juan Pablo II, por cuanto: “El hombre es siempre igual; los sistemas que crea son siempre imperfectos, y tanto más imperfectos cuanto más seguro esté de sí mismo. ¿Y esto de dónde proviene? Esto viene del corazón del hombre, nuestro corazón está inquieto; Cristo mismo conoce mejor que nadie su angustia, porque ‘Él sabe lo que hay dentro de cada hombre’ (Juan 2.25)”<sup>137</sup>.

## 8. BIBLIOGRAFÍA

- Amnistía Internacional, *Manual de Juicio Justos* (publicado por 1ª vez en inglés en 1998, con el título de *Fair Trials Manual*), España, EDAI.
- Asociación Internacional de Fiscales, *Manual de Derechos Humanos para fiscales*, 1ª edición en español, edición del Ministerio Público Fiscal. Ciudad Autónoma de BsAs. 2009.
- Aristóteles, *Ética*, 1ª edición, Argentina – España, Editorial LIBSA, Edición especial para Editorial El Ateneo, 2001.

137. SAN JUAN PABLO II, *Cruzando el umbral de la esperanza*, 1ª edición, Barcelona, Plaza & Janes editores S.A., 1994, pág. 29.

- Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, 2ª edición, Buenos Aires, Hammurabi s.r.l., 1987.
- Bauman, Zygmunt, *Vida líquida*, 1ª edición, Buenos Aires, Paidós, 2013.
- Blanco, Guillermo P., *Curso de Antropología Filosófica*, 1ª edición, Buenos Aires, Editorial de la Universidad Católica Argentina, 2004.
- Beccaria, Cesare, *De los delitos y las penas* (Biblioteca de Obras Maestras del Pensamiento), 1ª edición, Buenos Aires, Losada, 2002.
- Bidart Campos, Germán J., *Compendio de derecho constitucional*, 1ª edición, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2004.
- Binder, Alberto M., *El incumplimiento de las formas procesales*, 1ª edición, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000.
- Bovino, Alberto, "El debate", en AA VV, *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Argentina, Editorial del Puerto s.r.l., 1993.
- Bovino, Alberto, *Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo*, 1ª edición, Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l., 2005.
- Cafferata Nores, José I., *Proceso Penal y Derechos Humanos. La reforma procesal penal en América Latina*, disertación en la Due Process of Law Foundation, Washington DC (18-11-1998).
- Cañardo, Hernando V., "La Constitución externa de la República Argentina", en *Forum, Anuario del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina*, 1ª edición, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 2013.
- Carrió, Alejandro D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 6ª edición, Buenos Aires, Hammurabi s.r.l., 2015.
- Centre International Pour la Prévention de la Criminalité, *Informe Internacional sobre la Prevención de la Criminalidad y la Seguridad Cotidiana: tendencias y perspectivas*, abril de 2010.
- Cervantes, Miguel de, *El ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha*, colección de Biblioteca La Nación, Argentina, Planeta S.A., 2000.
- Chesterton, Gilbert K., "Condena indeterminada para presos" (27-5-1908), artículo publicado en *The Illustrated London News*. Compilado y traducido en *Cien años después*, 1ª edición, Argentina, Vórtice, 2008.
- Claría Olmedo, Jorge A., *Derecho Procesal Penal*, T. I, Argentina, Rubin-za-Culzoni Editores, 2004.

- Donna, Edgardo Alberto, *Derecho penal (parte general)*, 1ª edición, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2006.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Madrid, Trotta, 1995.
- Gacto Fernández, Enrique, "Observaciones jurídicas sobre el proceso inquisitorial", en *La Inquisición en Hispanoamérica –Estudios–*, Abelardo Levaggi (Coordinador), Argentina, coedición Ciudad Argentina y Universidad del Museo Social Argentino, 1997.
- Gamboa, Agustín – Romero Berdullas, Carlos Manuel, *Proceso Constitucional Acusatorio*, 1ª edición, Buenos Aires, editorial Ad-Hoc, 2014.
- Garavano, Germán - Romero Berdullas, Carlos Manuel, "El rol del Ministerio Público Fiscal de la CABA", en *Derecho de la Ciudad de Buenos Aires*, 1ª edición, Argentina, El Derecho, 2014.
- Gaviria Trujillo, César, ponencia en *Seminario sobre Violencia Criminal Urbana*, del 2 de marzo de 1997 (Río de Janeiro), en [http://www.oas.org/es/centro\\_noticias/discurso.asp?sCodigo=02-0251](http://www.oas.org/es/centro_noticias/discurso.asp?sCodigo=02-0251), fecha de consulta: 11-5-2015.
- Goldschmidt, Werner, *Introducción al derecho*, 2ª edición, Madrid-Argentina-México, Aguilar, 1962.
- Graves, Robert, *Los mitos griegos*, colección de Biblioteca Personal Jorge Luis Borges, Buenos Aires, Hyspamérica Ediciones S.A., 1985.
- Guariglia, Fabricio O., "Facultades discrecionales del Ministerio Público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad" en *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, 1ª edición, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003.
- Hernández, Héctor H., *El garantismo abolicionista*, 1ª edición, Buenos Aires, Marcial Pons Argentina, 2013.
- Herrera, Daniel A., "Del Estado de Derecho Liberal Moderno al Estado Constitucional de Derecho Actual", en *Forum, Anuario del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina*, 1ª edición, N° 2, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 2014.
- Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho Nnatural*, 8ª edición, Pamplona, EUNSA, 1994.
- Jiménez de Asua, Luis, *El pensamiento jurídico español y su influencia en Europa*, Argentina, AbeledoPerrot, 1958.

- Jofré, Tomás, *Manual de Procedimiento (Civil y Penal)*, 5ª edición, Tomo II, Buenos Aires, Editorial La Ley, 1941.
- Lamas, Félix Adolfo, *Filosofía del Estado –Política y Tradición–*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, Instituto de Estudios Filosóficos “Santo Tomás de Aquino”, 2011.
- Lorenzetti, Ricardo Luis, “Políticas de Estado para el Poder Judicial”, *La Ley*, año LXXI, N° 166, 30 de agosto de 2007.
- Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, 2ª edición, Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l., 2004.
- Maier, Julio B. J., “El Ministerio Público: ¿un adolescente?”, en *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, 1ª edición, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003.
- Ministerio Público Fiscal de la CABA, *Nuevo diseño, fiscalías de la ciudad* (Gamboa, Agustín –dirección–, Romero Berdullas, Carlos Manuel y Peix, Horacio –redacción–), 2013.
- Mir Puig, Santiago, “Constitución, derecho penal y Globalización”, en *Política criminal y reforma penal* (Directores: Santiago Mir Puig, Mirentxu Corcoy Bidasolo – Coordinador: Víctor Gómez Martín), Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2007.
- Núñez, Ricardo C., *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 5ª edición actualizada, Argentina, Lerner Editora S.R.L., 2009.
- Platón, “Apología de Sócrates”, en *Diálogos*, Biblioteca Grandes Pensadores, España, Madrid, Editorial LIBSA-Editorial El Ateneo, 2001.
- Pieper, Josef, *Antología*, Barcelona, Herder S.A., 1984.
- Pieper, Josef, *El ocio y la vida intelectual*, 8ª edición, Madrid, Rialp S.A., 2003.
- Pieper, Josef, *La verdad de las cosas (Die Wahrheit der Dinge)*, 1ª edición, Argentina, Librería Córdoba, 2009, pág. 163. Publicado junto a *La realidad y el bien (Die Wirklichkeit und das Gute)*.
- Pieper, Josef, *La realidad y el bien*, 1ª edición, Argentina, Librería Córdoba, 2009. Publicado junto a *La verdad de las cosas*.
- Pieper, Josef, *Tratado sobre las virtudes*, 1ª edición, T. I (“Virtudes cardinales”), Argentina, Librería Córdoba, 2008.
- Righi, Esteban - Fernández Alberto A., *Derecho penal*, 1ª edición, Argentina, Hammurabi, José Luis Depalma Editor, 2005.

- Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, 1ª edición en castellano de la 25ª edición alemana, Argentina, Editores del Puerto s.r.l., 2000.
- Roxin, Claus, "Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Público", en *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, 1ª edición, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003.
- Rusconi, Maximiliano, *Derecho penal –Parte General–*, 2ª edición, Argentina, Ad-Hoc s.r.l., 2009.
- Rusconi, Maximiliano, "División de Poderes en el Proceso Penal", *La Ley*, T. 1991-D. Rusconi, Maximiliano, *Las fronteras del poder penal*, 1ª edición, Buenos Aires-Madrid, Editorial Ciudad Argentina, 2005.
- Rusconi, Maximiliano, "¿Un sistema de enjuiciamiento influido por la política criminal?", en *Nuevo Proceso Penal, garantías constitucionales y mínima intervención*, 1ª edición, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008.
- San Juan Pablo II, *Centesimus Annus*.
- San Juan Pablo II, *Cruzando el umbral de la esperanza*, 1ª edición, Barcelona, Plaza & Janes editores S.A., 1994.
- San Juan Pablo II, *Mensaje para el jubileo en las cárceles del 9 de julio de 2000*, [http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/messages/pont\\_messages/2000/documents/hf\\_jp-ii\\_mes\\_20000630\\_jubil-prisoners.html](http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/messages/pont_messages/2000/documents/hf_jp-ii_mes_20000630_jubil-prisoners.html) (fecha de consulta: 11-5-2015).
- Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, 3ª edición, Madrid, BAC, 1998.
- Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, 2ª edición, Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina, 1953.
- Winfried, Hassemer, *Por qué no debe suprimirse el derecho penal*, 1ª edición, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003.
- Yacobucci, Guillermo J., "¿Cómo interpretar la política criminal de nuestros días?", *El Derecho, Diario de Doctrina y Jurisprudencia*, Buenos Aires, Año XLII, N° 11.097, 27 de septiembre del año 2004.
- Yacobucci, Guillermo J., "Los desafíos de un nuevo derecho penal", *Revista Jurídica Logos* (Facultad de Derecho prof. Damásio de Jesús), San Pablo, N° 1, año 2005.

# HAY AUTONOMÍA MUNICIPAL. EL CASO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

GERMÁN MASSERDOTTI<sup>1</sup>

*“Si rastreamos normas constitucionales y legales, encontramos unas que definen y declaran que el municipio es autónomo, otras que es autárquico, y otras callan. ¿La onticidad del municipio dependerá de esa nominalidad normativa? No. Los municipios son y serán siempre entidades políticas con autonomía”.*

Germán Bidart Campos († 2004)

Luego de señalar los antecedentes hispánicos de la autonomía municipal en la historia argentina, el trabajo se ocupa de fundamentar esta autonomía a partir de la Constitución Nacional reformada en 1994 y en las correspondientes Constituciones Provinciales. Destaca que las provincias de Santa Fe, Mendoza y Buenos Aires no han consagrado todavía la autonomía municipal en sus textos constitucionales. Se plantean estos problemas: ¿Qué sucedería si un municipio de la Provincia de Buenos Aires dictara su propia carta orgánica? ¿Resultaría constitucional? ¿Constitucional respecto a qué texto constitucional? ¿Se podría, eventualmente, hablar de inconstitucionalidad por

1. Magister en Estudios Humanísticos y Sociales (Universitat Abat-Oliba CEU - Barcelona). Licenciado en Filosofía. Profesor universitario de Filosofía (USAL). Profesor universitario en la Universidad Católica de La Plata y en la Universidad del Salvador.

omisión en el caso de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires en lo que se refiere a la autonomía municipal?

*Palabras clave:* autonomía municipal – inconstitucionalidad – Provincia de Buenos Aires – Constitución Nacional – Constituciones Provinciales.

I. En el presente trabajo nos ocuparemos del tratamiento de la autonomía municipal en la República Argentina desde una perspectiva histórica y doctrinal y, como colofón, el caso de la Provincia de Buenos Aires.

En 2014 se cumplió el 20° aniversario de la última reforma de la Constitución Nacional Argentina, mediante la cual se consagró la autonomía municipal en el nuevo Artículo 123. Nos parece que el tiempo transcurrido resulta suficiente para intentar una evaluación de la plasmación de la autonomía municipal en la realidad política de nuestro país.

## ANTECEDENTES HISPÁNICOS DE LA AUTONOMÍA MUNICIPAL EN LA HISTORIA ARGENTINA

Como afirma Herrendorf, en el municipio

“[...] los problemas son concretos y las soluciones también; la asistencia, los servicios y las actividades municipales están resguardados y custodiados muy de cerca por los vecinos, que se interesan mucho más por el agua potable, el asfalto, el hospital y las escuelas, que por la deuda externa o el precio del dólar. Allí la política es vívida y locuaz”<sup>2</sup>.

De esta manera, los municipios se convierten en

“[...] las células políticas y administrativas más importantes que existen en el país; allí los hombres y las mujeres viven y padecen

2. HERRENDORF, Daniel, “Los municipios en la vida administrativa y política”, en *ED* (1989), t. 133, pág. 538.



problemas concretos; sustantivizan y traman la vida de todos los días –la única vida cierta– y establecen relaciones políticas primarias”<sup>3</sup>.

Estas afirmaciones, dichas acerca de la realidad de los municipios argentinos, vienen a coincidir, en lo esencial, con el juicio de un historiador argentino acerca de los municipios indianos. Teniendo presente que el antecedente remoto de municipios argentinos son los municipios castellanos y que estos, a su vez, son el antecedente próximo de los municipios indianos, Rosa sostiene que los últimos (siglos XVI-XVII)

“[...] no se asemejan a los españoles del mismo tiempo. En cambio, y mucho, a las *cibdades* de la Castilla medieval con sus milicias combativas, caudillos conductores de la hueste, alcaldes elegidos por el común, distribuyendo justicia según los usos lugareños y regimientos de vecinos que administran la ciudad por voluntad de sus convecinos. En una palabra, la *República* de los vetustos fueros del siglo XI al XIV resurge en Indias”<sup>4</sup>.

Y agrega poco después: “La misma ley histórica que creara la libertad foral de las *cibdades* castellanas dio nacimiento a la autonomía vecinal de las ciudades indianas”<sup>5</sup>.

Los *Cabildos*, como órganos de gobierno de las ciudades, tienen un lugar destacado en la organización política de las tierras de América hispana. “El Cabildo gobierna la ciudad”, afirma Rosa<sup>6</sup>. “Todo aquello que interesaba a la población era del resorte del Cabildo”<sup>7</sup>. En concreto, sus funciones eran las de *justicia, policía, militares, edilicias*,

3. Ídem.

4. ROSA, José María, *Del municipio indiano a la provincia argentina (1580-1852). Formación social y política de las provincias argentinas*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, pág. 16. En el mismo sentido, cf. BERNARD, Tomás Diego, *Régimen municipal argentino*, Buenos Aires, Depalma, 1976, pág. 4.

5. ROSA, José María, *Del municipio indiano a la provincia argentina*, ob. cit., pág. 17.

6. Ibídem, pág. 47. Rosa se detiene, en particular, en el estudio de la Ciudad de la Santísima Trinidad y Puerto de Santa María del Buen Ayre.

7. Ídem, pág. 53.

*asistencia social, instrucción primaria, policía de seguridad y participación en el gobierno provincial*<sup>8</sup>. De esta manera, se puede afirmar que la ciudad “[...] goza de la plenitud de funciones edilicias, militares, judiciales, etc.”<sup>9</sup>.

A pesar del centralismo político puesto en práctica por Carlos III mediante la Real Ordenanza de Intendentes de 1782, observa Rosa que los municipios “[...] mantuvieron su injerencia en los cuatro ramos clásicos de la administración española (política, justicia, hacienda y guerra)”. Y en referencia a la conocida como *Revolución de Mayo*, agrega:

“[...] En 1810, a los treinta y ocho años de promulgada la Ordenanza, los Pueblos (es decir, los municipios) perduran como la gran realidad política indiana: en nombre de los Pueblos se convocan los Congresos”<sup>10</sup>.

De lo dicho podemos concluir con Garat que “la génesis de nuestra organización socio-política se encuentra en las ciudades fundacionales y en los cabildos como su expresión consumada de régimen político”<sup>11</sup>. De esta manera se constata, de modo indubitable, y en particular en nuestra Patria, la relevancia de afirmar la autonomía municipal.

#### LA AUTONOMÍA MUNICIPAL EN EL TEXTO DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL ARGENTINA REFORMADA EN 1994

El conocido fallo “Rivademar, Ángela Martínez Galván de c/ Municipalidad de Rosario” (Fallos: 312:326), que data de 1989, marca, sin dudas, un hito en el afianzamiento de la autonomía municipal.

8. Ídem, págs. 53-55.

9. Ídem, pág. 57.

10. Ídem, pág. 80.

11. GARAT, Pablo, “El fortalecimiento del régimen municipal y la recuperación del federalismo argentino”, en *Civilidad* (2011), N° 30, pág. 7.

Nótese cómo Bidart Campos, comentando el fallo de referencia, afirma la justificación de la autonomía municipal antes de la reforma de la Constitución Nacional de 1994:

“[...] en materia de municipios de provincia la Constitución federal traza pautas que las provincias no pueden ignorar ni rebasar cuando, en ejercicio de su autonomía, organizan el régimen municipal en sus jurisdicciones locales.

[...] Para quienes habían creído que la Constitución federal no prestaba base suficiente y directa a la autonomía política de los municipios provinciales, y que éstos eran sólo descentralizaciones administrativas, este innovador criterio que adopta la Corte les obligará a rever una obstinación que desajustaba la semántica normativa respecto de la onticidad”<sup>12</sup>.

Sucede que, al momento de pronunciarse el fallo, ya se había desarrollado una influyente línea doctrinaria sostenedora de la autonomía municipal<sup>13</sup>.

“A partir de la década de 1960 y como consecuencia de una fuerte evolución doctrinaria en pro del reconocimiento del municipio como comunidad natural de base territorial y de su derecho a la autonomía, comenzó una lenta evolución jurisprudencial que culminaría con un fallo relevante en 1989: ‘Rivademar, Ángela Martínez Galván de c/ Municipalidad de Rosario’ [...], en el cual la Corte Suprema, respecto de un municipio de una provincia que no reconocía en su Constitución la autonomía institucional, esta-

12. BIDART CAMPOS, Germán, “Semántica y onticidad: normas y realidad en torno de los municipios provinciales”, en *ED* (1989), t. 133, pág. 539.

13. Advierte Ábalos: “[...] si bien la reforma nacional de 1994 viene a consagrar la autonomía municipal en el Art. 123, no hace sino receptor la realidad municipal imperante en varias provincias” (ÁBALOS, María Gabriela, “El régimen municipal en el derecho público provincial argentino: principales aspectos”, en ÁBALOS, María Gabriela *et al.*, *Derecho público provincial y municipal*, volumen I, 2ª edición actualizada, 2007, pág. 318). Y agrega más adelante: “[...] en las últimas décadas el moderno constitucionalismo provincial argentino se ha ido encaminando hacia un claro fortalecimiento del municipio, a través de un gradual reconocimiento de la autonomía municipal, del aumento de sus competencias, de sus recursos, etc.” (pág. 322).

bleció que el municipio ‘tiene base sociológica constituida por su población’ y que la Constitución ‘asegura su presencia, lo que hace imposible su supresión’. Con ello los diferenciaba de los entes ‘autárquicos’ y reconocía que son entes ‘de naturaleza política, dotados de autonomía’<sup>14</sup>.

En el texto reformado de la Constitución Nacional en 1994 aparece expresamente mencionada la autonomía municipal. Al respecto, dice el Artículo 123: “Cada provincia dicta su propia Constitución, conforme a la dispuesto por el Artículo 5º<sup>15</sup>, asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero”.

De esta manera, con Ábalos,

“[...] entendemos que el nuevo Artículo 123 viene a completar al recordado Artículo 5º, en relación con las condiciones que deben cumplir las Cartas provinciales para que el Gobierno Federal garantice a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones. [...].

De esta forma, a fin de cumplir con el mencionado artículo, las Constituciones Provinciales deberán asegurar no solamente la administración de justicia, la educación primaria y el régimen municipal, sino que además este deberá poseer autonomía en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero<sup>16</sup>, con la salvedad de que le corresponderá a cada Constitución de provincia reglar su alcance y contenido”<sup>17</sup>.

14. GARAT, Pablo, ob. cit., pág. 8.

15. “Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo a los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo estas condiciones el Gobierno federal garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones”.

16. A propósito de las diferentes dimensiones de la autonomía municipal mencionadas por el Art. 123, cf. GARAT, Pablo, ob. cit., págs. 9-10.

17. ÁBALOS, María Gabriela, ob. cit., pág. 326.

Por esto es que:

“[...] dentro del esquema de descentralización política que emana de nuestro sistema federal, el municipio aparece como un verdadero gobierno que integra el trípode con el Gobierno Nacional y las Provincias, cada uno en su esfera de competencia y con sus autonomías propias. Indudablemente, esto se ve reforzado con la reforma introducida en 1994 en el Artículo 123, ya que esta cláusula busca la inserción del municipio argentino en la vida política del país”<sup>18</sup>.

A partir de lo dicho, cabe afirmar:

“[...] la inclusión constitucional de la autonomía municipal con los alcances señalados es un paso positivo [...] que implica una respuesta acorde con las tendencias doctrinarias, jurisprudenciales y del moderno constitucionalismo provincial que han calado más hondo en la verdadera naturaleza institucional del municipio”<sup>19</sup>.

#### **LA AUTONOMÍA MUNICIPAL EN LAS CONSTITUCIONES PROVINCIALES A PARTIR DE 1994**

Para el adecuado tratamiento de la cuestión enunciada en el subtítulo, tengamos en cuenta la afirmación de Herrendorf:

“Las leyes establecen a veces que los municipios son autárquicos y no autónomos, lo que es toda una limitación.

Pero filosóficamente cabría distinguir entre el modo como los municipios existen –lo que en concreto son– y el modo en que los trata la ley –lo que ellas dicen que son.

La existencia de algo nunca depende de las predicaciones relativas a esa existencia; una norma puede decir que los cereales son tabacos, y la existencia de los cereales no cambiará; es más: podrá

18. Ídem, pág. 329.

19. Ídem, pág. 330.

dársele al cereal uso de tabaco, que no será nunca otra cosa que cereal”<sup>20</sup>.

En el mismo sentido de Herrendorf, señala Bidart Campos:

“[...] No quede la impresión de que da lo mismo que las normas digan que los municipios son autárquicos o que digan que son autónomos. No da lo mismo, porque si dicen lo primero (aunque lo que digan esté en contra de la realidad) seguramente tendremos municipios raquíticos, despojados de competencias que les corresponden, con distorsión de las que deben tener y ejercer conforme a su realidad, que seguirá siendo política y autónoma, pero muy desfigurada y apocada”<sup>21</sup>.

Con perspicacia, el mismo autor sigue diciendo:

“[...] Pues bien, cuando las normas discrepan con lo que ónticamente es un municipio, el inconveniente es semejante al del caballo-senador<sup>22</sup>, porque asistiremos a parodias en alto grado disvaliosas o, enunciado de modo diferente, el concepto escrito en las normas que mientan mal la naturaleza de los municipios estará en contradicción con la experiencia jurídica”<sup>23</sup>.

A propósito de los antecedentes provinciales de la consagración de autonomía municipal, observa Bidart Campos:

“En definitiva, si nuestra federación surgió de provincias preexistentes, no puede extrañarnos demasiado que sea el constitucionalismo provincial el que fecundice esta vez a la interpretación de la

20. HERRENDORF, Daniel, “Los municipios en la vida administrativa y política”, ob. cit., pág. 537.

21. BIDART CAMPOS, Germán, “Semántica y onticidad: normas y realidad en torno de los municipios provinciales”, ob. cit., pág. 538.

22. La alusión hace referencia al relato que afirma que el emperador Calígula (12-41) nombró senador a Incitatus, su caballo preferido.

23. BIDART CAMPOS, Germán, “Semántica y onticidad: normas y realidad en torno de los municipios provinciales”, ob. cit., pág. 538.

Constitución federal en orden a una institución tan cara al federalismo como es el municipio”<sup>24</sup>.

Ya antes de la reforma nacional de 1994 la afirmación de la autonomía municipal había comenzado a volverse predominante, a pesar de la “corriente administrativista” que reducía a los municipios a entidades autárquicas<sup>25</sup>. En 1957, las Constituciones Provinciales de Chubut (Arts. 207 y 219), Formosa (Art. 141, inc. 8), Neuquén (Art. 186) y Río Negro (Art. 176) reconocen la autonomía municipal. Otro tanto hace Misiones (Art. 170) en 1958. En 1960 lo hace Santiago del Estero (Art. 156 bis) y Catamarca (Art. 250) en 1966. A partir de 1986 se produce un nuevo proceso de reformas constitucionales provinciales; se reforman las Constituciones de Jujuy, La Rioja, Salta, San Juan y Santiago del Estero; en 1987 lo hacen Córdoba y San Luis; en 1988, Catamarca y Río Negro; en 1989, Misiones; en 1990, Tucumán; en 1991, Formosa; en 1993, Corrientes y en 1994, Buenos Aires –a la fecha, no reconoció la autonomía municipal en su Constitución Provincial–, Chaco, Chubut, La Pampa, Neuquén y Santa Cruz. Además –merece destacarse este dato–, se sancionó una nueva Constitución Provincial en Tierra del Fuego. Tucumán reformó su Constitución en 2006 (Arts. 132-143). En 2008, Entre Ríos reformó su Constitución (Arts. 229-252). En la actualidad, hay tres Provincias argentinas que no incluyeron la autonomía en su texto constitucional: Buenos Aires, Santa Fe y Mendoza.

## II. ¿QUÉ SUCEDE EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES? ¿QUÉ PODRÍA SUCEDER?

Nos detendremos, en esta oportunidad, en el caso de la Provincia de Buenos Aires. La Constitución Provincial, reformada en 1994 por última vez, trata expresamente del régimen municipal entre los

24. Ídem, pág. 539.

25. Debemos las referencias de los respectivos artículos de las Constituciones Provinciales al aporte de HERNÁNDEZ, Antonio María, *Derecho municipal*, vol. 1, Teoría general, 2ª edición actualizada y aumentada, Buenos Aires, Depalma, 1997, pág. 165.

Artículos 190 y 197. En ninguno de ellos figura el reconocimiento del carácter autónomo de los municipios. Sin resultar exhaustivos, señalemos algunos puntos de nuestro interés. De la lectura del articulado se sigue que la Legislatura bonaerense es quien deslinda atribuciones y responsabilidades de cada departamento (Art. 191). En el Artículo 190, por otra parte, ni siquiera reciben el nombre de municipios: se denominan municipalidades. La misma Constitución Provincial señala cuáles son las atribuciones inherentes al régimen municipal (Art. 192) y también sus limitaciones (Art. 193). Los municipios, según la letra de la Constitución Provincial, en caso de acefalía tampoco pueden convocar a las correspondientes elecciones, dado que lo hace el Poder Ejecutivo provincial. Conclusión: la autonomía municipal brilla por su ausencia.

En este sentido, dado que las provincias “que no contienen la autonomía institucional de los municipios, departamentos, o partidos en sus respectivas Constituciones, además de incumplir el mandato constitucional se encuentran obligadas, al menos, a adecuar las leyes orgánicas de las Municipalidades para incluir en ellas los otros rasgos autonómicos establecidos en el Artículo 123 CN”<sup>26</sup>, es que la Legislatura bonaerense sancionó la Ley N° 13.757 y la Ley N° 13.101, modificatoria de la Ley N° 12.008 y de la Ley Orgánica Municipal (Decreto N° 6.769/1958 y sus modificatorios).

En lo que se refiere al Artículo 6° de la Ley N° 13.757, el mismo dice que, entre otros asuntos, cada Ministerio deberá proveer por *el respeto de la autonomía municipal*<sup>27</sup>. Este texto que señala el respeto de la autonomía municipal se conecta directamente con los Artículos 5° y 123 de la Constitución Nacional Argentina. Repárese en que no se trata de un asunto librado a la elección de los respectivos Ministerios sino de una obligación.

Respecto de la Ley N° 13.101, digamos que la misma modificó el Artículo 12 de la Ley N° 12.008, al derogar la posibilidad de resi-

26. GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2008, pág. 1021.

27. Cf. <http://www.gob.gba.gov.ar/intranet/digesto/PDF/113757.pdf> (fecha de consulta: 30-4-2015).



denciar las impugnaciones de ordenanzas en abstracto, cuando las mismas no tienen actos de ejecución ante el Fuero Contencioso Administrativo. En cuanto a la Ley Orgánica Municipal, la Ley N° 13.101 modificó el Artículo 77, al disponer *el carácter de ley material y formal de las ordenanzas municipales*<sup>28</sup>.

Con todo, queda pendiente la inclusión expresa de la autonomía municipal en el texto de la Constitución Provincial. Por cierto que para introducir esta cláusula se requiere una nueva reforma constitucional en la Provincia de Buenos Aires.

Pero ¿qué sucedería si un municipio de la Provincia de Buenos Aires se dictara su propia carta orgánica? ¿Resultaría constitucional? ¿Constitucional respecto a qué texto constitucional? ¿Se podría, eventualmente, hablar de inconstitucionalidad por omisión en el caso de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires?

En concreto, si un municipio de la Provincia de Buenos Aires sanciona su propia carta orgánica y, todavía mejor, en ella se incluyen, en una de sus cláusulas, poderes del municipio no reconocidos en la Constitución Provincial (por ejemplo, el Poder Judicial municipal), ¿qué podría suceder?

Supuesto que la Provincia de Buenos Aires recurra al Poder Judicial, quien terminaría con razones fundadas ganando el pleito sería el correspondiente municipio. Entre otras razones, por esta: la Provincia de Buenos Aires omitió incorporar a su Constitución la autonomía municipal –que incluye, por cierto, poder dictarse la propia carta orgánica.

## A MODO DE CONCLUSIÓN

Como afirma Bidart Campos: “[...] Es importante, entonces, que las normas no atribuyan a una realidad el nombre que corresponde a

28. “Las disposiciones que adopte el Concejo se denominarán: Ordenanza, si crea, reforma, suspende o deroga una regla general, cuyo cumplimiento compete a la Intendencia Municipal. Las Ordenanzas serán consideradas ley en sentido formal y material”. Cf. <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/1-58-6769.html> (fecha de consulta: 30-4-2015).

otra distinta”<sup>29</sup>. Y continúa diciendo con un realismo que se impone por sí mismo:

*“[...] Si las normas dicen otra cosa, ocurrirá algo análogo a lo que acontecería si una norma dijera que algunos seres humanos no son personas; seguirán siendo personas, aun cuando su capacidad jurídica, su libertad, sus derechos, quedaran muy limitados y estrangulados. Con los municipios pasa lo mismo; cuando las normas dicen que son solamente administraciones autárquicas, lo semántico no cambia la onticidad del municipio, que conserva su naturaleza política y autónoma; pero otra vez la nominalidad equivocada llevará a minimizar el despliegue efectivo de la autonomía”<sup>30</sup>.*

De este modo, con Garat podemos afirmar lo siguiente:

*“El federalismo, como nuestro modo propio de organización nacional, se expresa naturalmente en una descentralización de base municipal, reconocida ahora en el nuevo Artículo 123 de la Constitución Nacional que recoge el principio de la autonomía municipal. Sin embargo, para una efectiva descentralización, es necesario el fortalecimiento del régimen municipal a partir del ejercicio de la autonomía municipal. Autonomía municipal que debe ser integrada en el concierto federal mediante la necesaria armonización con el orden provincial. Por otra parte, aquella armonización en el orden provincial supone, cuando fuere necesario, el reordenamiento de la distribución de competencias entre las provincias y sus municipios en el marco preceptuado por la organización federal constitucional”<sup>31</sup>.*

Se pregunta el mismo autor *cuál es el deber de la hora actual*, y compartimos su respuesta a la cuestión planteada. Citamos algunas de sus propuestas para brindar una solución:

29. BIDART CAMPOS, Germán, “Semántica y onticidad: normas y realidad en torno de los municipios provinciales”, ob. cit., pág. 538.

30. Ibídem. Las itálicas son nuestras.

31. GARAT, Pablo, ob. cit., pág. 10. Las itálicas son nuestras.

“Promover, por vías *prácticas*, el fortalecimiento del *municipio* para el desarrollo local del hombre en plenitud. Para que este pueda desde y con la familia nacer, crecer, educarse, desarrollarse laboralmente, constituirse en propietario y sentirse partícipe de la vida social y política de la Nación, a partir del compromiso cívico en la comunidad local. Arraigarse plenamente, dicho sin más.

Apoyar a los gobiernos municipales a fin de promover en ellos las reformas que coadyuven a estos propósitos.

Así, propiciamos promover al *gobierno municipal* como un verdadero gobierno y no solamente como una eficiente administración de servicios públicos.

Por ello, le reconocemos además un rol principalísimo como promotor del desarrollo local, conforme al principio de subsidiariedad pero con un protagonismo muy activo en orden a esta finalidad [...].

En *conclusión*, por convicción en el destino trascendente del hombre como ser libre, social y político por naturaleza, o por necesidad frente a las consecuencias palpables de la sociedad de masas y la globalización, deben considerarse a la *familia*, el *municipio* y el *desarrollo local* como los ejes de todo proyecto de recuperación y fortalecimiento de la sociedad”.

III. Queda mucho más por decir. Pero el asunto ha quedado planteado y los principios para formular una respuesta adecuada han sido mencionados. Resta ahora, sin abandonar la constante tarea de *pensar la Patria*, poner en práctica las leyes de la buena política en vistas a la procuración del bien común de la comunidad nacional.



# HACIA UNA TEORÍA JURÍDICA DEL ARRAIGO DE BASE CONSTITUCIONAL

JUAN BAUTISTA FOS MEDINA<sup>1</sup>

*“Es menester penetrarse bien del valor de la tradición clásica sobre las cosas del espíritu; porque el progreso de la civilización, con las novedades que nos maravillan, se limita a las invenciones materiales y a las ciencias de los fenómenos físicos; no hay novedades espirituales; el espíritu humano ha reobrado sobre la materia, pero en cuanto a él y en cuanto a los principios de las relaciones sociales que de él dependen, nada esencial ha sido cambiado”.*

(Maurice Hauriou, *La science sociale traditionnelle*)

## I. EL ARRAIGO

Arraigar significa echar raíces; establecerse de manera permanente en un lugar, vinculándose a personas y cosas<sup>2</sup>.

1. Abogado por la UCA y profesor de Historia del Derecho en la Facultad de Derecho de la UCA.

2. Además significa fijar firmemente algo o también fijar y afirmar a alguien en una virtud, vicio, costumbre, posesión, etc. Tiene también, entre otras acepciones, significados jurídicos como afianzar la responsabilidad a las resultas del juicio, generalmente con bienes raíces, pero también por medio de depósito en metálico o presentando fiador abonado y notificar judicialmente a alguien que no salga de la población, bajo cierta pena, según el sitio web de la Real Academia Española. Coincide, en líneas generales, con la versión del Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, décima sexta edición, Madrid, pág. 117, Año de la Victoria.

Si el arraigo es una necesidad humana, se torna todavía más patente su necesidad en los tiempos actuales en los cuales el hombre está profundamente desarraigado, por su desentrañamiento de sus vínculos con el espacio, la sociedad y la cultura, en un mundo globalizado.

Por eso, el arraigo es el modo según el cual el hombre se vincula a su espacio y tiempo vital, a su semejante próximo y a los principios culturales vigentes en la comunidad en la que habita<sup>3</sup>.

Se concibe al arraigo, desde una perspectiva moral, como condición o factor necesario para la perfección de la persona humana. Porque el hombre, además de vivir y requerir lo necesario para su subsistencia, como alimentarse y vestirse, también habita, lo que implica más que meramente vivir, esto último es común con el reino animal. Por eso, como sostiene Patricio Randle, “[...] el hombre recibe del territorio que le rodea parte de su identidad, de su seguridad y de los estímulos para vivir”<sup>4</sup>. Y continúa: “[...] la piedra, el vegetal, el animal y el hombre, cada uno según su naturaleza, entabla un vínculo con su entorno [...] pero todos perfeccionan su identidad a través de la territorialidad y no se puede negar que la conciencia territorial es constitutiva de la naturaleza del hombre [...] Por encima de esta relación instintiva en el hombre se desarrolla todo un complejo de vínculos culturales que van desde atavismos prehistóricos hasta manifestaciones artísticas pasando por el sentimiento de la tierra de los padres (*patrum*) o patria”<sup>5</sup>.

3. ORFALI, María Marta, *El arraigo*, UCA, Biblioteca digital.

4. RANDLE, Patricio H., ob. cit., pág. 109. Y amplía: “El hombre necesita de un lugar que le provea de seguridad y ese hogar, por analogía, se amplía a su patria, su hogar nacional”.

5. Ibídem, pág. 110. Agrega: “No todos los habitantes desarrollan el mismo tipo de vínculo con el territorio [...] el hombre cobra conciencia del territorio de una manera progresiva” (pág. 115). “El hombre suma los tres niveles básicos de la territorialidad (mineral, vegetal y animal) y en la medida en que aumenta su libertad aumentan sus exigencias de cara al territorio que se convierte en su omnipresente circunstancia en el sentido en que Ortega y Gasset decía: ‘yo soy yo y mi circunstancia’. O sea que el territorio se convierte así en una categoría existencial del hombre” (pág. 116).

Pero el habitar humano tiene, además de un referente físico espacial, otros referentes que lo superan, enlazándose con lo social, con un marco cultural y con una vida espiritual propiamente humana. Es que el hombre habita con todo su ser, con toda su naturaleza compuesta de cuerpo y alma<sup>6</sup>. Por otra parte, hay un ligamen psíquico que une al hombre al suelo, como ha dicho Spengler<sup>7</sup>.

Hasta el mismo Verbo se hizo carne y habitó entre nosotros; descendió el Dios todopoderoso a la condición de ciudadano de Nazareth, habitando en un espacio pequeño, en un tiempo determinado y en el seno de una familia, de la Familia arquetípica. Allí vivió por treinta años, en su vida oculta, en su vida arraigada a sus vínculos vitales, a sus padres y al Padre Eterno<sup>8</sup>.

Es así que el hombre es un espíritu encarnado, y su dimensión universal –espiritual– se encuentra ligada a la singularidad del cuerpo. El hombre aspira naturalmente a la universalidad, al bien ilimitado, pero lo hace desde su particularidad. Esta relación debe ser armónica y su desequilibrio atenta contra el orden de perfeccionamiento de la persona humana<sup>9</sup>.

Por eso el arraigo tiene tres partes constitutivas: una espacial, una social y una cultural. El arraigo espacial hace que el hombre desee afincarse localmente en un espacio, en un territorio, en una casa, que lo conforma y le da sentido de pertenencia, y supone un habitar como tenencia o participación del ser, es decir, hacer propio el entorno y proyectar la personalidad. Además, es un ser limitado y, por tanto, necesita muros y límites, los que el antiguo romano sabía valorar. Aún dentro una misma casa, co-habitada, existen espacios propios que salvaguardan la intimidad personal. En segundo término, el arraigo también tiene una dimensión social, por su naturaleza, por lo que requiere relacionarse con otros hombres y formar parte de grupos sociales, lo que implicará una participación pasiva (acceso a bienes y servicios) y una participación activa (intervención en los asuntos de

6. ORFALI, María Marta, ob. cit.

7. RANDLE, Patricio H., ob. cit., pág. 118.

8. ORFALI, María Marta, ob. cit.

9. *Ibidem*.

la comunidad local y de la sociedad global de pertenencia). Y finalmente, el hombre tiene necesariamente un arraigo cultural, comparte principios y normas vigentes en la comunidad de la que forma parte, participa de una cosmovisión, que puede aún criticar o ayudar a conformar y esto le ampara y fortifica<sup>10</sup>. En la vida local, expresa por la boca y la mano de los artistas el sentido de pertenencia a la tierra de los padres. El hombre así genera la poesía, el folclore y la cultura patrios.

Este triple aspecto del arraigo, de alguna manera, es creciente de la realidad física a la espiritual, porque no habrá conciencia de patrimonio común sin la experiencia del afincamiento y de la vida local.

Es que echar raíces en la tierra fija el hombre al suelo y al entorno y evita que se convierta en nómada, en beduino o golondrina, como parece haberse convertido el hombre moderno, víctima de la masificación.

El arraigo se manifiesta en la voluntad de estar vinculado al espacio geográfico que lo alberga –su hábitat– y a la fuente generacional que le dio origen (antepasados) y sus allegados, compartiendo con ellos la creencia en distintos principios y normas<sup>11</sup>. Es así que el hombre arraigado tiene un patrimonio material y espiritual, una herencia común, una conciencia territorial y de comunidad, una conciencia de que es como un eslabón de una cadena que une el pasado con el futuro, en un progreso hereditario. El hombre arraigado es naturalmente un ser tradicional (recibe y entrega) y un hombre patriota, por eso, el hombre que no lo es se desnaturaliza. El mismo Salvador dio ejemplo de su humanidad y patriotismo cuando lloró anticipadamente la destrucción de Jerusalén, porque la virtud del patriotismo liga, claramente, con el arraigo<sup>12</sup>.

10. *Ibídem*.

11. *Ibídem*.

12. Santo Tomás, en la respuesta al Artículo 1º de la cuestión 101, enseña: “El hombre se hace deudor de los demás según la excelencia y según los beneficios que de ellos ha recibido. Por ambos títulos, Dios ocupa el primer lugar, por ser sumamente excelente y por ser principio primero de nuestro existir y de nuestro gobierno. Después de Dios, los padres y la patria son también principios de nuestro ser y gobierno, pues de ellos y en ella hemos nacido y nos hemos criado. Por lo tanto, después de



El arraigo es, pues, una necesidad humana, es un elemento compuesto que surge del maridaje del hombre con la tierra, de la unión de la materia y del espíritu. Es una necesidad biológica para el pleno desarrollo y perfeccionamiento del hombre. Es un requerimiento de la persona para alcanzar la tan mentada dignidad, para ser plenamente humano, para vivir con un mínimo de decoro, para ser consciente de la identidad recibida, conservada, aumentada y transmitida.

Y esa tierra necesaria para echar raíces requiere de una propiedad familiar estable, en un entorno digno, ubicada en ciudades con escala humana y en un ambiente sano.

Porque el desarrollo desproporcionado o desequilibrado de las ciudades y regiones de un país genera migraciones, muchas veces masivas, que generan el desarraigo. Por ejemplo, ciudades macrocefálicas, como Buenos Aires.

También la atracción de las grandes ciudades produce la migración del campo a las grandes urbes, lo que provoca no solo el desarraigo sino también la concentración poblacional y produce un crecimiento desmedido y desorbitado de la población hacinada y masificada.

Por ello, el arraigo constituye un valor orientador para las políticas de Estado, en materia poblacional y para la vida en sociedad.

En definitiva, el arraigo será mayor en la medida en que se procuren las condiciones de vida dignas para el hombre y en la medida en que sea mayor la virtud patriótica, el amor por la tierra de nuestros padres; fomentar el arraigo coadyuvará a recuperar el sentido de la vida y el amor sobrenatural de la patria, así como la conciencia de patrimonio y herencia común de la nación histórica y no solo de la nación política.

En tal sentido es bueno recordar que “el vínculo familiar significa la pertenencia común a una comunidad más amplia que la familia, y a la vez otra base de identidad de la persona [...] al mismo tiempo, es un elemento educativo la tribu, el pueblo o la nación, con la que

---

Dios, a los padres y a la patria es a quienes más debemos. Y como a la religión toca dar culto a Dios, así en un grado inferior, a la piedad pertenece rendir un culto a los padres y a la patria [...]”. *Suma Teológica*, 2-2, cuestión 101, Art. 1º, adm. 1.

estamos unidos por la unidad cultural, lingüística e histórica, [...] el concepto de ‘patria’ se desarrolla mediante una inmediata contigüidad con el concepto de ‘familia’ y, en cierto sentido, se desarrolla el uno dentro del otro. Vosotros, de forma gradual, al experimentar este vínculo social, que es más amplio que el familiar, comenzáis a participar también en la responsabilidad por el bien común de aquella familia más amplia, que es la ‘patria’ terrena de cada uno”<sup>13</sup>.

El arraigo, por otra parte, favorece el poder económico de las familias, que antaño fue tan necesario para conservar la libertad social y la limitación del poder de los reyes. Por eso, como decía Chesterton: “Están dispuestos a concederle el derecho de sufragio porque tiempo atrás descubrieron que esto no implicaba darles poder. No están dispuestos a darles una casa, una mujer, un hijo, un perro, una vaca, un terreno, porque todas estas cosas realmente les dan poder”.

Y esta necesidad que la familia cuente con una propiedad familiar es lo que ha recomendado la doctrina pontificia, en las encíclicas *Rerum Novarum*, de León XIII (crítica del socialismo desde el punto de vista de la familia); en la *Quadragesimo Anno*, de Pío XI<sup>14</sup> (el proletariado se resolverá con la propiedad familiar); así como continuó Pío XII en *La solemnitá y Oggi*.

13. Juan Pablo II. A los jóvenes y a las jóvenes del mundo. Carta Apostólica con ocasión del año internacional de la juventud: 1985, parágrafo 11, págs. 48-51. Cf. LAMAS, Félix Adolfo, *Ensayo sobre el orden social*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 1990, págs. 232-3.

14. Pío XI decía: “Hay que luchar, por consiguiente, con todo vigor y empeño para que, al menos en el futuro, se modere equitativamente la acumulación de riquezas en manos de los ricos, a fin de que se repartan también con la suficiente profusión entre los trabajadores, no para que estos se hagan remisos en el trabajo –pues que el hombre ha nacido para el trabajo, como el ave para volar–, sino para que aumenten con el ahorro el patrimonio familiar; administrando prudentemente estos aumentados ingresos, puedan sostener más fácil y seguramente las cargas familiares y, liberados de la incierta fortuna de la vida, cuya inestabilidad tiene en constante inquietud a los proletarios, puedan no solo soportar las vicisitudes de la existencia, sino incluso confiar en que, al abandonar este mundo, quedarán convenientemente provistos los que dejan tras sí”. *Doctrina pontificia*, III, Documentos sociales, 2ª. edición, Madrid, Biblioteca de autores cristianos, MCMLXIV, págs. 653-4.

El papa Pío XII, en tal sentido, señalaba: “Entre todos los bienes que pueden ser objeto de propiedad privada, ninguno es más conforme a la naturaleza, según las enseñanzas de la *Rerum Novarum*, que el terreno, la posesión en que habita la familia, y de cuyos frutos saca en todo o en parte de qué vivir. Y espíritu de la *Rerum Novarum* es afirmar que, por regla general, solo la estabilidad que radica en un terreno propio hace de la familia la célula vital más perfecta y fecunda de la sociedad, pues reúne admirablemente con su progresiva cohesión las generaciones presentes y futuras. Si hoy día el concepto y la creación de espacios vitales constituye el centro de las metas sociales y políticas, ¿no se debería, ante todo, pensar en el espacio vital de la familia y librarla de las ataduras de condiciones que ni siquiera permiten la idea de la formación del propio hogar?”<sup>15</sup>.

## II. EL ARRAIGO EN LA HISTORIA

La expatriación de Abraham, que deja su patria por orden de Yahvé, da comienzo al peregrinaje del pueblo judío hacia la tierra prometida<sup>16</sup>.

15. Ídem. Por otra parte, en *Oggi*, el sumo pontífice recalca lo enseñado por su predecesor, León XIII, en la encíclica *Rerum Novarum*, al enunciar que para todo recto orden económico y social, debe ponerse como fundamento inconcuso el derecho de la propiedad privada, o como lo definió él, la necesidad de mantener y de asegurar la propiedad privada de todos, piedra angular del orden social.

16. El libro del *Génesis* narra que el Eterno Padre creó al hombre formándolo del polvo de la tierra e insuflando en sus narices aliento de vida. “Y plantó Yahvé Dios un jardín en Edén [...] Tomó, pues, Yahvé Dios al hombre y lo llevó al jardín de Edén, para que lo labrara y lo cuidase”. (Cf. *Génesis*, 2, 8-15. La Santa Biblia. Traducción directa de los textos primitivos. Mons. Dr. Juan Straubinger. Universidad Católica de La Plata, La Plata, 2007, págs. 20-1). Luego, Adán y Eva fueron expulsados del Paraíso por haber pecado y se cerraron sus puertas detrás de ellos. Entre otros bienes, pierden el hábitat, la tierra que el Creador, su Padre, les había preparado. La necesidad de domesticar y hacer de un lugar algo propio proviene del mandato divino de dominar la tierra que lanzó el Creador y que es recogido en el primer libro de la Biblia (*Génesis*, 1, 28-29). Pero, producto del pecado, Dios Padre impone al hombre el mandato de trabajar la tierra. Ya se advierte la importancia que Dios da a la relación del hombre

Los grandes pueblos de la Antigüedad Clásica, como Grecia y Roma, vivieron el arraigo al terruño y la estabilidad de la casa. Es en base a esos dos elementos donde tendrá lugar el culto de la religión familiar, que será primordial para la construcción de la civilización occidental. Porque para el romano antiguo el hogar, el recinto, el término y la tumba eran el símbolo de la unión indivisible entre la religión y la propiedad familiar, punto de partida para la grandeza del imperio.

Y aquella grandeza imperial o global se obtuvo por la consolidación de la vida familiar y local basada en la religión. Hasta el advenimiento de ideólogos como Rousseau, Hobbes, Montesquieu y Voltaire, el mundo occidental se movía a partir de los localismos, que debían ser respetados por los mismos reyes y emperadores, o sea, en la patria chica, donde el hombre solía vivir y morir.

Casos notables de arraigo en la Historia han sido las resistencias de Numancia y Zaragoza, la lucha contra los moros por medio de ciudades ganadas al invasor en las que, con la perseverancia de permanecer firmes en la zona, se obtenían fueros o cartas pueblas. Entre nosotros, las guerras guaranícas en defensa del modo de vida y lugar donde se asentaban las reducciones jesuíticas orientales, así como la contracara, la lucha contra el indio y el poblamiento de las zonas de frontera en la Provincia de Buenos Aires.

---

con la tierra, como don de Dios y como origen y destino del hombre. Así le sentencia Dios Padre al primer hombre: “Con el sudor de tu rostro comerás el pan, hasta que vuelvas a la tierra; pues de ella fuiste tomado. Polvo eres y al polvo volverás” (*Génesis*, 3, 19-20). Se advierte también en la Escritura la relevancia del arraigo; si el hombre fue sacado del polvo, de la misma tierra, como si Dios estuviera rebelando el vínculo natal del hombre a la tierra y de allí, sin inmanencia aborigen, remitirnos a Dios, por ese descenso y ascenso del alma por lo bueno y bello de las creaturas a la divinidad. Al tiempo, el Eterno Padre ponía querubines delante del jardín del Edén y una fulgurante espada, a fin de resguardar el camino del árbol de la vida. Este castigo del destierro, tan usado en la Antigüedad, se reproduce en la Historia Sagrada. Es por eso que el Padre Eterno, luego de que Caín mata a Abel, le dice que la voz de la sangre de su hermano estaba clamando a Él desde la tierra. “Por eso andarás maldito, lejos de esta tierra [...] fugitivo y errante andarás sobre la tierra”.

### III. EL ARRAIGO EN LAS CONSTITUCIONES PROVINCIALES

Existen algunas Constituciones Provinciales que consideran el arraigo como un valor a promover.

Así, la Constitución de Tierra del Fuego, en su Artículo 169, menciona el valor del arraigo y lo enmarca dentro del régimen municipal, atribuyendo como su artífice a las familias: “Esta Constitución reconoce al municipio como una comunidad sociopolítica natural y esencial con vida propia sostenida en un desarrollo socio-cultural y socioeconómico suficiente en la que, unidas por lazos de vecindad y arraigo, las familias concurren en la búsqueda del bien común. Asegura el régimen municipal basado en la autonomía política, administrativa y económico financiera de las comunidades”.

Asimismo, la misma Constitución Provincial, en su Artículo 25, declara: “[...] todo habitante tiene derecho a gozar de un medio ambiente sano. Este derecho comprende el de vivir en un ambiente físico y social libre de factores nocivos para la salud, la conservación de los recursos naturales y culturales y los valores estéticos que permitan asentamientos humanos dignos y la preservación de la flora y fauna”. Coincide con el Artículo 41 de la Constitución Nacional.

También es un acierto que el mencionado texto constitucional consagre expresamente a la familia y a las sociedades intermedias como sujetos de derecho, omitidas imperdonablemente por los constituyentes originarios de la Convención Nacional de 1853. Así el Artículo 28 establece: “[...] la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y debe gozar de condiciones sociales, económicas y culturales, que propendan a su afianzamiento y desarrollo integral. El Estado Provincial la protege y le facilita su constitución de fines [...] se reconoce el derecho de proteger una vivienda como bien de familia”.

Y finalmente la Constitución de la Provincia más austral trae, para apoyar la tesis de la necesidad de consagrar el arraigo expresamente en las constituciones o, de interpretar en la Constitución Nacional como un principio no escrito, implícito y no enumerado, el Artículo 60 que dice: “El Estado Provincial [...] preserva, enriquece y difunde el acervo histórico, arquitectónico, arqueológico, documental, lingüístico, artístico y paisajístico [...]”.

También la Constitución de la Provincia de Corrientes considera al desarraigo como un disvalor a evitar, lo cual indica la elección de la Provincia en proteger exactamente lo contrario, es decir, el arraigo. Así en sus nuevos derechos, declaraciones y garantías, en la parte de Ordenamiento territorial, en el Artículo 63, declara: “La Provincia considera la tierra como instrumento de producción, evitando la especulación, el desarraigo y la conformación de latifundios improductivos [...] El Estado Provincial propende a mantener la unidad productiva óptima, la ejecución de planes de colonización y el asentamiento de familias rurales con apoyo crediticio, técnico y de fomento [...]”<sup>17</sup>. Y esta defensa del arraigo encuadra con el propio Preámbulo de la Constitución de la Provincia litoraleña, cuando declara “impulsar el desarrollo sostenido, preservar el ambiente sano, afirmar la vigencia del federalismo y asegurar la autonomía municipal”.

En la Constitución Nacional, en cambio, no están mencionadas las palabras arraigo o desarraigo, pese a lo reciente de la última reforma constitucional que coincide con el constitucionalismo de tercera generación, también receptado por el constitucionalismo provincial.

Sin embargo, consideramos que puede considerarse al arraigo como un valor implícito en la Carta Magna, recurriendo a la interpretación constitucional, a la cual tendremos que referirnos previamente, para explicar esta postura interpretativa.

17. Termina el artículo ofreciendo una alternativa moderna, intervencionista y liberal (utilizada por el Japón y algunos países anglosajones, como ha dicho entre nosotros Eduardo Conesa) para la rentabilidad de la tierra: “La ley establece las condiciones del manejo de la tierra como recurso renovable y a través de impuestos generales desalienta su explotación irracional y su tenencia libre de mejoras”. También el Artículo 64, en la misma línea, establece: “El régimen de división, adjudicación y administración de las tierras fiscales es establecido por ley que debe contemplar su finalidad de fomento, desarrollo y producción, la explotación directa y racional por el adjudicatario y la entrega y adjudicación preferencial a sus ocupantes, a pequeños productores y sus descendientes, y a personas jurídicas de organización cooperativa u otras formas asociativas”.

#### IV. INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN CONSTITUCIONAL

La interpretación constitucional puede realizarse de dos formas. La interpretación literal y la interpretación histórica. La primera recurre al método gramatical para comprender el uso y los vocablos en que la norma está formulada, para llevar al intérprete a combinar el sentido común con el sentido técnico, considerando la norma como integrada en el contexto unitario y sistemático donde está ubicada, para no quedarse con palabras sueltas, como afirma Bidart Campos. La interpretación histórica, en cambio, impide detenernos en la interpretación literal para saltar a la voluntad histórica del autor, a fin de descubrir qué quiso decir ese autor<sup>18</sup>.

Para el supuesto en que no haya norma expresa, como es el caso del arraigo, el intérprete debe crear una norma con la cual rellenar la laguna y esto se denomina integración. Ésta última puede ser la autointegración, cuando se acude a las soluciones del propio orden normativo existente o a la heterointegración, cuando la solución se encuentra fuera de ese orden normativo, acudiendo –dice Bidart Campos– a la justicia material, es decir, al deber ser ideal del valor. La autointegración se maneja con la analogía y con la remisión a los principios generales del mismo orden legal que debe integrarse, en cambio la heterointegración prescinde del orden normativo y salta a la justicia material<sup>19</sup>.

Así, frente a la laguna que existe en la Constitución Nacional en materia de arraigo (porque no surge del texto constitucional con carácter de declaración, derecho o garantía), debemos recurrir a la integración, y utilizar los dos tipos referidos. Con la autointegración acudimos a las distintas disposiciones de la Constitución que remiten al principio o valor del arraigo, como veremos después y con la heterointegración recurriremos a ordenamientos legales, como las Constituciones Provinciales que ayudan a interpretar el texto de la Constitución del país.

18. BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, 3ª. edición actualizada, Buenos Aires, Ediar, 1974, págs. 49-50.

19. *Ibídem*, págs. 51-2.



### *a. Autointegración de normas constitucionales expresas*

En este sentido, utilizando la autointegración advertimos algunas normas constitucionales que hacen una referencia indirecta al arraigo y de las cuales se puede derivar el concepto de arraigo. Lo llamamos concepto por no considerarlo estrictamente un derecho, y por tal motivo, no elegimos llamarlo un derecho derivado o subderecho.

Ejemplos de ello es el Preámbulo que refiere al habitar el suelo argentino y utiliza el término habitantes (Art. 14), el federalismo de base provincial y municipal (Art. 123), el régimen municipal, el derecho a un ambiente sano (Art. 41), el desarrollo armónico, los privilegios de la propiedad indígena de inenajenabilidad e inembargabilidad, la conservación del patrimonio cultural e histórico, etc. Después, en capítulo aparte, haré referencia a ellas.

Por otra parte, pueden constituir un recurso para la autointegración las cláusulas abiertas. Según Sagüés, el concepto constitucional es el empleo por parte del constituyente de un estándar vago e impreciso (como las palabras libertad, igualdad, utilidad, etc.) y que deja en manos del operador posterior de la Constitución darle a esas palabras un sentido actualizado; estas son las cláusulas abiertas. En cambio, si el constituyente precisa una aplicación o versión concreta del término o derecho en cuestión, define su concepción específica (por ejemplo, la disposición constitucional respecto de las cárceles).

Esta teoría de Dworkin puede tenerse presente para la integración. De todas formas, pese a que puedan existir varios conceptos constitucionales que remitan a la idea de arraigo, pareciera que no existe uno que lo comprenda por entero, excepto, tal vez, el mandato del Preámbulo de habitar en el suelo argentino, aún cuando sea un principio de hospitalidad. Porque el Federalismo parece ser una consecuencia del arraigo, más que su causa.

### *b. Autointegración por vía de los llamados “derechos no enumerados”*

Asimismo, puede utilizar como una fuente autointegradora el Artículo 33, donde surgen los derechos no enumerados, del cual pue-



den extraerse conceptos constitucionales que emanan del derecho natural. En este artículo encontramos una cantera que nos permite inferir por vía de analogía y de remisión a los principios generales de la Constitución, al arraigo como un concepto o principio. Esos principios son los mencionados expresamente en el texto constitucional y a los que acabo de hacer referencia más arriba en a).

Como ha sostenido Néstor Pedro Sagüés, el Artículo 33 refiere a derechos y garantías no enumerados que nacerían de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno. O sea, que “forman el derecho natural de los individuos y de las sociedades”, que comprenden a “todos aquellos derechos, o más bien principios, que son anteriores y superiores a la Constitución misma”, y Sarmiento ha dicho más, que son superiores a la soberanía popular<sup>20</sup>. En fin, el citado constitucionalista afirma que los derechos del Artículo 33 son de derecho natural y resultan constitucionalizados y que, al no poder abolirse, asumen la condición de cláusula pétrea (no derogable) de la Constitución Nacional, siendo el antídoto más valioso contra cualquier iniciativa totalitaria negatoria de los derechos del hombre<sup>21</sup>.

También afirma Sagüés que los derechos emanados del Artículo 33 (no enumerados) pueden ser de índole política como de cualquier naturaleza, pueden referir a derechos naturales de los hombres y las sociedades (o pueblos) y permiten captar una amplia gama de derechos llamados difusos (protección del medio ambiente y del paisaje, etc.).

En sentido coincidente, agrega Germán Bidart Campos, que todo derecho fundamental o primario del hombre puede y debe considerarse incluido en la Constitución, esté o no reconocido expresamente, entre ellos los derechos de la personalidad, como el derecho a la vida, a la integridad física, al honor, a la intimidad, etc.

Y “por lo demás, siendo el listado de los derechos naturales no rígido o limitado, sino en continua apertura, según la doctrina del derecho natural de conocimiento progresivo (Bidart Campos), el Artícu-

20. SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*, Tomo 2, 3ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Editorial Astrea, pág. 300.

21. *Ibíd.*, pág. 301.

lo 33 permite entender ahora, como constitucionales, derechos naturales que no habían sido considerados cuando se sancionó la norma en 1860. Ello significa que el mentado Artículo 33 es una típica cláusula abierta, que el constituyente permite ampliar y rellenar con posterioridad por los operadores de la Constitución”<sup>22</sup>.

En sentido análogo, aparte de los derechos subjetivos enumerados, “cabe tomar en cuenta todo el repertorio de los que se denominan ‘derechos implícitos’. Su catálogo no forma parte expresamente de la Constitución formal, pero ha de reputarse incluido en ella a tenor de las siguientes pautas y conforme a las siguientes bases: a) las que proporciona el deber ser ideal del valor justicia o derecho natural [...] ; b) las que proporciona la ideología de la Constitución [...] c) las que proporciona el Artículo 33 [...] Lato sensu, todos los derechos que se consideran como integrantes del rubro de ‘derechos de la personalidad’ se hallan implícitamente incorporados a la Constitución: derecho a la vida, a la salud, a la integridad física, psíquica y moral, al honor, etc.”<sup>23</sup>.

En definitiva, dentro de este artículo será preciso reconocer al arraigo como un principio que, de no vigorizarse o, aún, flexibilizarse, al igual que otros derechos constitucionales, “resultarían reliquias jurídico-políticas antes que instrumentos de gobierno”<sup>24</sup> o simplemente tesoros jurídico-políticos inexplorados y abandonados.

### *c. Heterointegración. Fuentes externas. Constitucionalismo provincial*

Y por la vía de la heterointegración, podemos “completar” la Constitución Nacional con una integración desde fuentes externas, como las Constituciones Provinciales mencionadas. Con las alu-

22. Ibídem, págs. 301-2. En este sentido, continúa Sagüés, los derechos imputados son “derechos no explícitos, tampoco atribuibles al constituyente histórico, ni necesariamente inferibles de los explícitos, pero de todos modos creados o habilitados por la jurisprudencia como derechos de raíz constitucional”.

23. BIDART CAMPOS, Germán J., ob. cit., págs. 273-4.

24. SAGÜÉS, Néstor Pedro, ob. cit., pág. 298.

siones expresas del constitucionalismo provincial, puede pensarse que emanan legítimamente de un principio implícito derivado de la Constitución Nacional y que, en el caso, sirve de complemento integrador.

En función de lo expuesto, pensamos, entonces, que el arraigo es un principio tácito o implícito de la Constitución, ligado a varios principios constitucionales, fundamentalmente al federalismo, que en 1853, por ser tan evidente, fue omitido mencionar expresamente por los constituyentes, que eran hombres de arraigo, por lo que se encuentra subyacente en la Constitución, lo que nos lleva a pensar que debiera constituir un principio pétreo o inspirador de la Constitución. Asimismo, consideramos que la promoción del arraigo debe incorporarse expresamente en la Constitución en una futura reforma y como una declaración.

Bidart Campos brinda, como ejemplos de declaraciones, la forma de Estado, la forma de gobierno, la confesionalidad del Estado o los derechos que el Estado reconoce a los hombres. Y afirma que “las declaraciones abarcan, entonces, los principios, las pautas, la ideología de la Constitución. Hay en ellas tanto normas, cuanto principios de normas, y criterios de reparto”<sup>25</sup>. No obstante, como bien señala el constitucionalista, no se trata de fabricar un catálogo ideal de derechos naturales del hombre, como si fuera un código ideal.

En consecuencia, al no encontrarse declarado, autoriza a integrarlo porque no podría ser tenido por un bien o un principio en la parte (las provincias) y no serlo del todo (la Nación), sino más bien el constitucionalismo provincial que promueve el arraigo encuentra su fuente implícita en la Constitución Nacional.

En función de lo hasta aquí expuesto, pensamos que el arraigo, como necesidad biológica con fundamento en la naturaleza humana, es más bien un principio o concepto jurídico que un derecho, entendido este último como facultad o derecho subjetivo, por lo que excede, de alguna manera, el derecho de propiedad.

25. BIDART CAMPOS, Germán J., ob. cit., pág. 185.

Mientras la promoción del arraigo no se encuentre consagrada como una declaración, podría ser operativa, pues, mediante la integración del texto constitucional y de las fuentes externas, y como un principio implícito que es necesario desplegar, desarrollar, entre otras maneras, por la vía de la interpretación judicial.

En tal sentido, en España, la figura del arraigo –aunque con otro alcance– ha sido objeto de consideración en numerosas ocasiones por los tribunales en materia de derecho de extranjería (resoluciones de expulsión) tanto como en materia de nacionalidad (conceder o denegar, en su caso, ese derecho). Numerosas sentencias coinciden en que el arraigo es un concepto jurídico indeterminado que ha sido perfilado jurisprudencialmente, en interpretación de lo establecido en normas de rango legal<sup>26</sup>.

## **V. NORMAS CONSTITUCIONALES INDIRECTAS DONDE EXPRESA O IMPLÍCITAMENTE SE REMITE AL ARRAIGO**

Veamos rápidamente algunas disposiciones constitucionales que remiten indirectamente al concepto jurídico de arraigo (ver IV a); en segundo lugar, aquellas donde el valor del arraigo se encuentra implícito.

### ***a. Normas constitucionales indirectas y expresas***

El Artículo 14 refiere a los habitantes como a todos los individuos sujetos de derechos civiles, englobando a ciudadanos y extranjeros, indicando la voluntad del legislador de propiciar el arraigo a todas las personas del mundo que quieran habitar el suelo argentino (como reza el Preámbulo), otorgándoles el pleno goce de todos los derechos civiles.

26. CARBAJAL GARCÍA, Pedro, “El concepto jurídico de arraigo en la doctrina judicial”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, Lex Nova, 29, 1/2012.

También el Artículo 14 bis establece la protección del bien de familia y el derecho de acceso a una vivienda digna. Esto es fundamental porque no hay hogar sin casa<sup>27</sup>.

La Constitución Nacional recoge, desde la última reforma, un nuevo derecho-deber en su Artículo 41, al declarar que “todos los habitantes tienen derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras, y tienen el deber de preservarlo. [...] Las autoridades proveerán a la protección de este derecho [...] a la preservación del patrimonio natural y cultural [...]”.

Por su parte, una norma constitucional de sumo interés para nuestro estudio es el Artículo 75 de la Constitución Nacional, el cual prevé las atribuciones del Congreso.

Así, el inciso 17 reconoce: “[...] la existencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personarí jurídic de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos”. ¡Esta es una norma que promueve y defiende el arraigo! Justo sería otorgar el mismo reconocimiento legal a todos los argentinos, que merecen una reparación histórica, como consecuencia de la división forzosa e igualitaria de los bienes hereditarios que ha provocado una atomización de la propiedad familiar<sup>28</sup>.

27. “Sin esa simbiosis entre pueblos y territorios que son las naciones no habría raíces y sin raíces no habría cultura y esto no lo ha cambiado ni lo puede cambiar la tecnología porque no hay nación sin territorio del mismo modo que no hay hogar sin casa”. RANDLE, Patricio H., ob. cit., pág. 194.

28. FOS MEDINA, Juan Bautista, *La propiedad comunitaria indígena. Algunos aspectos histórico-jurídicos*, Revista Cruz del Sur 2012, año II, núm. 3, págs. 261-283. ISSN 2250-4478; “La legítima sucesoria y la atomización de la propiedad rural en la Argentina”, mayo-junio 2011, *Prudentia Iuris*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, N° 70, Argentina, págs. 85 a 98; “Justicia, propiedad e igualitarismo”, ED 24-11-2008, Argen-

El inciso 18, en tanto, establece: “[...] proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias [...] promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias [...] por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo”.

Mientras que el Artículo 75, inciso 19, entre las competencias del Congreso Nacional, prevé: “[...] proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo [...] (1er. párr.). Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones” (2do. párr.). Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales [...] que aseguren la participación de la familia y la sociedad [...] (3er. párr.).

En este inciso se advierte una política de Estado, que hasta ahora ha sido letra muerta porque no ha sido implementada y que claramente se vincula con el arraigo, no solo porque se ha realizado la opción de propiciar un Estado con alto número de habitantes, sino porque además todo ello debe ir acompañado de un crecimiento armónico y un desarrollo económico equilibrado entre las provincias y las regiones. Estamos frente a una norma programática incumplida, pero que estaría reconociendo la necesidad de poblar el territorio patrio y desarrollarlo local y proporcionalmente. Es un reconocimiento de un federalismo de base al regionalista que respeta los particularismos locales y provinciales en la unidad nacional.

Es evidente que el Artículo 75 es rico en declaraciones de principios (aún cuando éstas se encuentren fuera de lugar, por no estar en

---

tina, *El Derecho*, Diario de Jurisprudencia y doctrina, N° 12.139, Tomo 230 de 2009. Suplemento de Filosofía del Derecho N° 16. Lunes 24 de noviembre de 2008. Año XLVI, págs. 8 a 10.

la parte dogmática), para la elaboración de un derecho en función de una política de arraigo.

Ahora bien, puede surgir el interrogante de si, con todas las referencias constitucionales indirectas que hemos puesto de manifiesto, es necesario una declaración expresa o una interpretación constitucional en materia de arraigo. Porque siendo amparado en la Constitución el bien de familia, el acceso a una vivienda digna, el derecho de propiedad, el ambiente sano, el patrimonio cultural y consagrado el federalismo y la autonomía municipal, etc., ¿agrega algo más el principio constitucional implícito de la promoción del arraigo? Quizás con la aplicación de aquellos institutos y derechos y con una interpretación en el sentido que llevamos dicho, bastaría. Sin embargo, es conveniente considerar las referencias implícitas en la parte dogmática para reforzar el apoyo legal de esta doctrina.

### *b. Normas constitucionales implícitas sobre el valor del arraigo*

Pensamos que los primeros trece artículos de la Constitución Nacional recogen numerosas disposiciones de interés para nuestro enfoque. Allí se vertebra el sistema federal que reconoce antecedentes en los pactos preexistentes a que alude el Preámbulo, y que tienen como fuente principal el Pacto Federal de 1831.

Asimismo, en los derechos personales, declarados en los Artículos 14 al 20, se puede encontrar oculto el concepto de arraigo.

Empecemos por el primer grupo. Ya desde el Artículo 1° que establece que la Nación Argentina adopta la forma de gobierno federal (aún cuando no sea estrictamente una forma de gobierno), sienta las bases de un régimen con arraigo y autonomía locales, y con ello inspira a toda la Constitución. Es así que nuestra Constitución estatuye un sistema de gobierno que debe respetar la vida local y, por ende, el arraigo y esto, por haber sido heredado de aquellos constituyentes, que con sus luces y sus sombras, fueron hombres mucho más vinculados a la tierra que el hombre del siglo XX y del siglo XXI.

“El federalismo argentino, al decir de Pablo María Garat, representa el modo natural e histórico de ordenar las relaciones y resolver los conflictos entre las ciudades-provincia fundacionales primero, y

el conjunto de municipios y provincias que conforman la República argentina, después”<sup>29</sup>.

En una auténtica federación el poder central debe ser solo un poder legal. El verdadero federalismo es constituyente, o sea, que debe hacerse de abajo hacia arriba y no puede ser, como entre nosotros, mero reflejo de la letra constitucional y una política dictada desde Buenos Aires. Porque, como señala Randle, el equívoco de nuestro federalismo consiste en que las provincias no se federan para defender y salvaguardar mejor su autonomía sino que ya la sacrificaron, de hecho, al poder central<sup>30</sup>. No se puede entender una federación, decía Gonzague de Reynold, si no es tomando como base lo histórico y lo natural, a saber: la familia, la comuna, la organización profesional y, finalmente, la organización religiosa, todos estos elementos tienen derecho al federalismo, esto es, a gobernarse por sí mismos y a participar en la vida del Estado nacional. El principio del federalismo es pues un principio social antes de ser un principio político y así, cuando se parte del individualismo, uno se condena al suicidio de lo colectivo<sup>31</sup>.

El pensador suizo ha afirmado que el federalismo es un derecho presocial que sigue al derecho de asociarse continuando el origen común, el parentesco, la vecindad, la tierra y la aldea, el pueblo, la ciudad. Es en ello donde están las raíces más profundas del federalismo. De allí también que a los “verdaderos derechos del hombre la sociología los llama presociales, porque son anteriores a la sociedad en el sentido que las necesidades, a las cuales corresponden, son generadores de la sociedad”<sup>32</sup>. Parece aplicarse al valor del arraigo.

Seguidamente el Artículo 2º, al declarar que el gobierno federal sostiene el culto católico, apostólico, romano está, entre otras cuestiones, autorizando la continuación de la labor civilizadora de la Iglesia, la cual ha hecho –quizás como ninguna otra institución– una tarea

29. GARAT, Pablo María, “El fortalecimiento del Régimen municipal y la recuperación del Federalismo argentino”, *elDial.com*. DC16BB.

30. RANDLE, Patricio H., ob. cit., págs. 152-3.

31. REYNOLD, Gonzague de, *Histoire de la Suisse au 18 siècle*, entre otras, citado por RANDLE, P. H., ob. cit., pág. 153.

32. *Ibíd*em, pág. 154.



continuada de arraigo desde el mismo momento en que los conquistadores españoles llegaron a estas tierras, procurando el asentamiento y la cultura de las poblaciones. Basta recordar los 30 pueblos guaraníes reducidos por los jesuitas en plena selva, con más de treinta mil almas.

El Artículo 3º nos envía, por su parte, a la cuestión de la capital de la República, que no constituye un tema irrelevante en nuestro asunto, ya que para la formación de un verdadero Estado federal, con descentralización administrativa y desconcentración poblacional, es necesario contar con un centro de poder que no absorba, concentre ni centralice ni la vida cultural, ni el poder, ni la población.

Tan importante ha sido la cuestión, que todos los intentos de traslado de la capital de la Nación a Córdoba o Rosario, desde el siglo XIX, fueron prolijamente vetados, entre ellos por el presidente Sarmiento, sin contar los amagues realizados durante las presidencias del último período democrático.

El Artículo 4º establece que el gobierno federal provee a los gastos de la Nación con fondos del Tesoro Nacional formado, entre otras fuentes de recursos, de la venta o locación de tierras de propiedad nacional, de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso Nacional, y de los empréstitos y operaciones de crédito que decreta el Congreso para urgencias de la Nación o empresas de utilidad pública.

Esta norma podría permitir al Estado, además de obtener recursos para el Erario Público, proponer verdaderos planes de arraigo, aunque no como los propuestos en las últimas décadas que no han servido para atesorar fondos de la Nación, porque han sido terrenos enajenados por sumas irrisorias, y tampoco han ayudado a desconcentrar la población de las grandes ciudades, lo cual sugiere que han sido utilizados con fines demagógicos<sup>33</sup>.

33. Ejemplos de ello son el denominado Plan arraigo durante la presidencia de Menem; la cesión de extensos territorios a comunidades "indígenas" y otro llamado Plan arraigo del año 2004, que refería a un banco de datos sobre inmuebles del dominio privado del Estado que pudiesen ser afectados con fines sociales, todos los cuales parece que no han arrojado resultados positivos en el sentido de este estudio. Por otra parte, por Decreto N° 1.327/2011, de la Provincia de Santa Fe, se crea el Programa

Otro Artículo capital en nuestra cuestión es el 5º, donde se prevé que “cada provincia dictará para sí una Constitución [...] que asegure [...] el régimen municipal [...]” y su autonomía (nuevo Artículo 123).

Al respecto, Garat ha señalado: “[...] el federalismo, como nuestro modo de organización nacional, se expresa naturalmente en una descentralización de base municipal [...]”, porque “el federalismo no se plasma sino mediante la eficacia de los gobiernos locales (que deben gozar de una real autonomía), como promotores del desarrollo local”<sup>34</sup>.

Los Artículos 8º, 10 y 11 indican la importancia que reviste el tránsito y la libre circulación por las provincias y el goce de los derechos ciudadanos en todas las provincias, todo ello básico para la circulación necesaria por todo el territorio nacional, para establecerse libremente, para hacer posible las migraciones entre provincias, el comercio y las comunicaciones.

Asimismo el Artículo 13, que prevé que “podrán admitirse nuevas provincias en la Nación”, nos remite a la Ley N° 1.532 de territorios nacionales de 1884, que preveía la conversión de territorios nacionales en provincias, de acuerdo al número de la población; el arraigo y crecimiento poblacional en zonas antes despobladas ha elevado el número de provincias a 22.

En relación al segundo grupo de artículos, relativos a los derechos individuales, ya comienza el Artículo 14 utilizando el verbo “permanecer”, cuando declara que todos los habitantes tienen derecho a permanecer, transitar y salir del territorio.

En tanto el Artículo 14 bis prevé algunos derechos que ayudan al arraigo, como por ejemplo la estabilidad del empleado público, es

---

“RAÍCES: Red de arraigo, inclusión y cooperación en Santa Fe”, que declara que el plan que se propicia implementar “tiene fundamento en la noción misma de ‘arraigo’, entendida esta como la estrecha relación con la identidad, con la tierra, con la idea de vivir donde habita la historia de un individuo o de un pueblo, por oposición al desarraigo que es una imposición, una obligación generalmente relacionada con la supervivencia y el alejamiento del territorio donde se ha construido aquella identidad, de acuerdo a lo establecido en el Plan estratégico de la Provincia de Santa Fe”. Cf. [www.gobierno.santafe.gov.ar/boletinoficial](http://www.gobierno.santafe.gov.ar/boletinoficial).

34. *Ibídem*.

decir, más allá de las raíces que echan la mayoría de los empleados públicos en sus sillas de trabajo, claramente la estabilidad del empleo evita las migraciones del lugar de trabajo y de la región natal.

Obviamente que el trabajo, siendo un factor de transformación de la realidad, hace posible el cambio del entorno, el dominio de la naturaleza y el gobierno de los hombres. El trabajo es un elemento indispensable también para el arraigo, ya que cuando se han creado oportunidades y existen fuentes de trabajo, en ciudades ya establecidas o en “tierras de promisión”, todo ello atrae a las gentes y a quienes permanecerán en el pueblo o ciudad donde se encuentre un trabajo estable y las demás condiciones para una vida digna.

A la estabilidad del empleo es preciso sumarle lo previsto en el final del artículo de los derechos sociales: la protección integral de la familia, la defensa del bien de familia, la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna (esto último remite más directamente al arraigo). Todo lo que se haga a favor de la familia será poco y todo lo que se haga por la familia será en beneficio de su estabilidad y arraigo.

Por otra parte, el Artículo 16 merece un comentario respecto de la abolición de los títulos de nobleza y su relación con la propiedad familiar. Ya la Asamblea Constituyente de 1813 había abolido los títulos de nobleza y los mayorazgos. Frecuentemente, se ha relacionado el mayorazgo con un régimen aristocrático, cuando en España, sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XVIII, según ha revelado Mariluz Urquijo, los mayorazgos podían constituirse por gente del llano. Producto de una incomprensión y menosprecio, quizás intencionados, y como consecuencia de una idea de progreso material y economicista, se suprimieron las vinculaciones, que con sus ventajas y desventajas, otorgaban –es verdad que a veces a un alto precio para algunos de los integrantes de la familia– una estabilidad al patrimonio de la familia a través de las generaciones, porque muchas vinculaciones no tuvieron carácter señorial, como la protección del caserío guipuzcoano o del manso en Cataluña.

Claramente que el Artículo 17 es elemental, ya que establece que la propiedad es inviolable, porque la protección de la propiedad le da al propietario la garantía de la continuidad en su derecho de usar, gozar y disponer de la tierra sin si siquiera ser turbado. Evidentemen-

te, que la protección de la propiedad favorece el arraigo, aún cuando pueda haberlo no siendo propietario. Otro tanto cabría decir respecto de la inviolabilidad del domicilio, prevista en el artículo siguiente (Art. 18).

Mientras que el principio de reserva del Artículo 19 también contribuye a arraigar a las personas, protegiendo la privacidad de las acciones que no ofendan el orden, la moral pública ni perjudiquen a terceros. Esto favorece el arraigo del ser humano en su hábitat, donde se sentirá cómodo y seguro, a diferencia de los países donde no hay libertad y donde el arraigo es prácticamente imposible.

Por lo demás, los Artículos 20 y 25 refieren al derecho de extranjería y a la política inmigratoria; benévolamente, obtienen los extranjeros la nacionalización con una residencia de dos años continuos en la Nación; dos años de arraigo (como denomina la legislación española) parecen escasos por más que los constituyentes hayan pretendido aumentar la población argentina. Precisamente para aumentar la población y que ésta sea preferentemente argentina, pensamos que más que una política de inmigración masiva, como las que han tenido lugar en nuestro país, es preciso el fomento del crecimiento poblacional de la población vernácula con incentivos al trabajo, con créditos blandos y subsidios a las familias numerosas que han contraído matrimonio, para tener un compromiso de estabilidad y para fomentarla.

Y para no alargar demasiado esta relación, finalmente nos podemos referir al Artículo 21 que obliga a todo ciudadano argentino a armarse en defensa de la Patria (y de la Constitución), salvo los ciudadanos naturalizados y los demás habitantes del territorio. A decir verdad, y aún cuando parezca lógico, esto resulta un trato sumamente desigual entre los ciudadanos y los extranjeros, porque a éstos últimos se los exceptúa por no tener arraigo –al menos arraigo social y cultural, como señalamos al principio; igualdad de derechos civiles para ambos, pero obligaciones más gravosas para los ciudadanos, tal vez producto de una concepción equivocada de propiciar una política inmigratoria a cualquier precio, que termine diluyendo el ser nacional.

En fin, desde luego que no puede elaborarse un catálogo tan abstracto y exhaustivo de declaraciones y derechos porque los textos constitucionales terminarían abordando tantos temas hasta llegar

al ridículo; porque no es posible agotar en esos instrumentos legales todo el derecho o toda la política. Por eso, a esta altura de la exposición podría plantearse otra objeción y es que siendo el arraigo una necesidad biológica y hasta un anhelo, ¿debe, por ello, consagrarse constitucionalmente? ¿No debiéramos consagrar, entonces por ejemplo, la felicidad como lo ha realizado la ONU, que declaró el día 20 de marzo de cada año, como día internacional de la felicidad, considerada ésta última como un derecho humano fundamental?<sup>35</sup> Es que dentro de ese catálogo de derechos y de ese mar de declaraciones, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, firmada en Bogotá, Colombia, en 1948, tiene jerarquía constitucional, y establece que “las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los dere-

35. Reconoce por medio de la Asamblea General (sesión plenaria 118<sup>a</sup>), del 28 de junio de 2012, la relevancia de la felicidad y el bienestar como aspiraciones universales de los seres humanos y la importancia de su inclusión en las políticas de gobierno. También la Constitución Argentina de 1949, producto del constitucionalismo social, expresaba, en un largo Artículo 37, bellas declaraciones de derechos (algunos de los cuales se inspiraban claramente en la doctrina pontificia): “I. 1. Derecho de trabajar. El trabajo es el medio indispensable para satisfacer las necesidades espirituales y materiales del individuo y de la comunidad, la causa de todas las conquistas de la civilización y el fundamento de la prosperidad general; de ahí que el derecho de trabajar debe ser protegido por la sociedad, considerándolo con la dignidad que merece y proveyendo ocupación a quien la necesite. [...] 6. Derecho al bienestar. El derecho de los trabajadores al bienestar, cuya expresión mínima se concreta en la posibilidad de disponer de vivienda, indumentaria, y alimentación adecuadas, de satisfacer sin angustias sus necesidades y las de su familia en forma que les permita trabajar con satisfacción, descansar libres de preocupaciones y gozar mesuradamente de expansiones espirituales y materiales, impone la necesidad social de elevar el nivel de vida y de trabajo con los recursos directos e indirectos que permita el desenvolvimiento económico. 8. Derecho a la protección de su familia. La protección de la familia responde a un natural designio del individuo, desde que en ellas generan sus más elevados sentimientos afectivos y todo empeño tendiente a su bienestar debe ser estimulado y favorecido por la comunidad, como el medio más indicado de propender al mejoramiento del género humano y a la consolidación de principios espirituales y morales que constituyen la esencia de la convivencia social. III. 9. Derecho a la tranquilidad. Gozar de tranquilidad, libre de angustias y preocupaciones, en los últimos años de existencia, es patrimonio del anciano”.

chos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad”<sup>36</sup>.

En un constitucionalismo cada vez más prolífico en derechos y declaraciones, y teniendo en cuenta el ejemplo anterior, una declaración del principio del arraigo entra dentro de las categorías actuales. De tal manera, que en el contexto del constitucionalismo reciente y aprovechando la abundancia de palabras de los textos constitucionales, una declaración expresa al respecto no sería descabellado que tenga lugar en el futuro.

En definitiva, pensamos que la consagración constitucional de la promoción del arraigo o su interpretación nos debiera remitir a políticas de Estado concretas, como mencionaré más adelante, que obviamente tienen relación también con la preservación del territorio, la conciencia territorial y la política poblacional<sup>37</sup>.

En conclusión, parece desprenderse, entonces, del juego armónico de todos estos principios mencionados más arriba, que existe una base constitucional que contempla el valor del arraigo, en virtud de la cual los habitantes del suelo argentino podrían exigir, en esta línea de pensamiento, el cumplimiento de ciertas obligaciones en cabeza del Estado.

36. Respecto al derecho de propiedad, la mencionada Declaración prevé en su Artículo 23: “Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”. Este concepto no es muy distinto al propuesto por los papas León XIII en la *Rerum Novarum*, Pío XI en *Quadragesimo Anno*, Pío XII en *La Solemnità* y Oggi y Juan XXIII en *Mater et Magistra*. En cambio, con un carácter absoluto y netamente inmanentista, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en su Artículo 2º, establece: “[...] el objeto de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”.

37. ¿Acaso el arraigo no es un factor importante para constituir la unión nacional y para proveer a la defensa común, más allá de los avances tecnológicos? ¿Y no es requisito acaso para que haya posteridad en el suelo argentino?

## VI. IMPORTANCIA DE LA HERMENÉUTICA Y DE UNA FUTURA DECLARACIÓN. POLÍTICAS DE ESTADO

En nuestra opinión, una correcta hermenéutica de la Constitución Nacional en el sentido expuesto debe, por tanto, tender a la elaboración de una doctrina que conduzca al dictado de una declaración constitucional que promueva el arraigo elevándolo al rango de una política de Estado.

En realidad, estrictamente hablando y utilizando categorías de pensamiento de Germán Bidart Campos, podríamos considerar la promoción del arraigo como una norma programática implícita de la Constitución, es decir, una obligación del Estado surgida de una base jurídica constitucional que autoriza una política de Estado, o sea, que el texto de la Carta Magna proporciona un principio para estructurar en el orden social.

En este sentido, el título II de la Constitución de la Provincia de Chubut (Artículos 67 al 123), perfila las políticas de Estado de la provincia, entre ellas la promoción de pleno empleo, considerando al trabajo como factor de promoción individual, familiar y social; el fomento y protección de la producción, en especial el turismo, las industrias madres, concediendo, con carácter temporario, exención de impuestos y contribuciones u otros beneficios, protegiendo al pequeño productor (aún cuando peque de intervencionista por concurrir a la formación de sus capitales y el de los ya existentes, participando de la dirección y de la distribución de sus beneficios).

Como se advierte, si bien el tema planteado es jurídico, tiene enorme implicancia política, social y económica.

Las políticas de Estado todavía pendientes y a implementar podrían ser:

### *a. En materia de vivienda y propiedad familiar*

- Créditos “blandos”, accesibles a la mayoría de la población que está cada vez más lejos del acceso a una vivienda, porque se ha tornado sumamente difícil aún para la clase media.



- Beneficios o privilegios a la propiedad familiar, más allá del régimen del bien de familia. Un aspecto positivo del Código Civil sancionado recientemente trae una figura del Código Civil francés, que es la atribución preferencial de un establecimiento agrícola, industrial, comercial, artesanal, un local de uso profesional, de muebles, etc., lo cual brinda la posibilidad de la continuidad, que es una característica del arraigo<sup>38</sup>.

Por ejemplo, también, la indivisión de una propiedad familiar, como el régimen del caserío guipuzcoano.

### *b. En materia de poblamiento y desarrollo*

- Poblamiento estratégico: Propiciar beneficios y exenciones y/o el establecimiento de colonias en: 1. Zonas despobladas y zonas ricas (ej., Tierra del fuego). 2. Zonas fronterizas.
- Poblamiento armónico: Acompañado de un desarrollo económico proporcional: 1. Desconcentración poblacional de los

38. El Artículo 2380 dice así: “Atribución preferencial de establecimiento. El cónyuge sobreviviente o un heredero pueden pedir la atribución preferencial en la partición, con cargo de pagar el saldo si lo hay, del establecimiento agrícola, comercial, industrial, artesanal o de servicios que constituye una unidad económica, en cuya formación participó. En caso de explotación en forma social, puede pedirse la atribución preferencial de los derechos sociales, si ello no afecta las disposiciones legales o las cláusulas estatutarias sobre la continuación de una sociedad con el cónyuge sobreviviente o con uno o varios herederos. El saldo debe ser pagado al contado, excepto acuerdo en contrario”. Este artículo es semejante al Artículo 832 del Código Civil Francés, como lo es el Artículo 2381, cuya redacción expresa lo siguiente: “Atribución preferencial de otros bienes. El cónyuge sobreviviente o un heredero puede pedir también la atribución preferencial: a) de la propiedad o del derecho a la locación del inmueble que le sirve de habitación, si tenía allí su residencia al tiempo de la muerte, y de los muebles existentes en él; b) de la propiedad o del derecho de la locación del local de uso profesional donde ejercía su actividad y de los muebles existentes en él; c) del conjunto de las cosas muebles necesarias para la explotación de un bien rural realizada por el causante como arrendatario o aparcerero cuando el arrendamiento o aparcería continúa en provecho del demandante o se contrate un nuevo arrendamiento con éste”.



- grandes centros urbanos. 2. Descentralización administrativa. 3. Desarrollo equilibrado de zonas despobladas, menos ricas y de zonas intermedias entre ciudades para facilitar la comunicación entre sí, y la interacción de los centros urbanos para el funcionamiento de una red urbana. 4. Promoción de la vida rural y de la conservación de la población de los campos, evitación de la migración, beneficiando el asentamiento y la economía de las zonas rurales.
- Beneficios a las familias numerosas: Aplicación de subsidios a los matrimonios con más de tres hijos y otras exenciones impositivas.

Por otra parte, en materia de desarrollo y poblamiento, la descentralización funciona bien cuando obedece a razones con arraigo en el pasado y no basta con descentralizar la industria sino que lo necesario es desconcentrar el sector terciario y especialmente el centro de las decisiones<sup>39</sup>.

La única manera, agrega el geógrafo argentino, de gobernar un país con extenso territorio como el nuestro es mediante una verdadera regionalización. El regionalismo genuino no tiene nada de separatismo, porque el espíritu regional –como señalaba Juan Vázquez de Mella– no es más que la síntesis de los espíritus regionales<sup>40</sup>.

La concentración ha sido favorecida por las grandes velocidades que han achicado las distancias, que favorecen la concentración de las actividades en polos de atracción que, en general, no tienen escala humana.

La desconcentración espacial es inevitable para la supervivencia del género humano<sup>41</sup>.

39. RANDLE, Patricio H., ob. cit., págs. 155-7. Y citándolo a Gonzague de Reynold, experto en federalismo y descentralización, dice: “[...] destruir el mundo porque parece mal hecho y reconstruirlo según los datos racionales es la operación anticristiana por excelencia: la opción luciferina” (pág. 160).

40. Ibídem, pág. 180.

41. Ibídem, pág. 222.

Por otro lado, señala bien Randle que en materia de política territorial existe una regla de oro, muy simple, que dice que hay que “desarrollar lo subdesarrollado, no lo ya desarrollado”<sup>42</sup>.

### *c. Urbanismo*

- Fomento de ciudades a escala humana, respetando los ejidos urbanos.
- Erradicación de villas.
- Planes de vivienda fuera de las ciudades y de su periferia.
- Procurar la conservación de un ambiente sano y digno.
- Conservación del patrimonio urbano, para la continuación de la identidad nacional.

### *d. Patrimonio histórico y cultural*

Se ha enseñado una historia sin suelo, por eso hay un abismo entre la geografía y la historia<sup>43</sup>. El patrimonio territorial, así como el patrimonio histórico y cultural, no nos pertenecen enteramente, no pueden pertenecer a una sola generación sino que se reciben en custodia para seguir transmitiéndolos<sup>44</sup>. Por eso, las iniciativas que se adopten para perpetuar el verdadero patrimonio histórico y cultural redundarán en beneficio de las generaciones futuras.

### *e. Régimen de la tierra*

- Aprovechamiento de las tierras fiscales con criterio de poblamiento y con criterio estratégico.

42. *Ibídem*, pág. 200.

43. *Ibídem*, pág. 191.

44. *Ibídem*, pág. 194.

- Limitar la cesión de tierras a comunidades aborígenes y extender el beneficio del régimen de la propiedad indígena al resto de la familia argentina, la cual también exige una reparación histórica por haber sido castigada durante décadas por una reforma agraria silenciosa que ha venido a fraccionar excesivamente la propiedad familiar rural.

En resumidas cuentas, el arquitecto Randle propone un plan para lo más imprescindible respecto del territorio:

“I. Redefinir ‘regiones de planeamiento’ con cabeceras de ciudades de 1° o 2° orden, de modo de fortalecer el interior.

II. Activación de todas las redes (de la infraestructura territorial) que cubren el territorio especialmente en sus extremos. Compensar la ‘realidad’ (pauta exageradamente radiocéntrica) con la interconexión (arcos de conexión especialmente a la mayor distancia del centro).

III. Desarrollar las fronteras, o sea la periferia, como un modo de consolidar el territorio en su totalidad (tendiendo a redistribuir la población a la mayor distancia de Buenos Aires).

IV. Definir y desarrollar una franja intermedia entre la ruta de la conquista y la vía fluvial del Paraná que penetre hasta la Patagonia y siga por los valles longitudinales (piedemonte andino hasta Tierra del Fuego). [...] Crear una región intermedia de desarrollo capaz de extender y adoptar los beneficios del desarrollo de Buenos Aires a la periferia de su propio hinterland, esto es en una mayor proximidad con el más lejano interior”<sup>45</sup>.

## VII. EL PRINCIPIO DEL ARRAIGO. OBLIGACIÓN DEL ESTADO. ¿DERECHO PERSONAL?

Ahora bien, si en virtud del principio implícito del arraigo existiera una obligación por parte del Estado de llevar adelante políticas de Estado, ¿esa obligación generaría un derecho individual? ¿Surgi-

45. *Ibídem*, págs. 172 y 201.

ría un derecho subjetivo de arraigarse, que podría ser invocado, por ejemplo, por un indigente que pretendiera ocupar un terreno ferroviario o podría ser alegado por una familia usurpadora de un inmueble negándose a ser desalojada o por un conjunto de colonos o inmigrantes? Parece claro que no, que tal solución sería disvaliosa, porque traería aparejada inseguridad jurídica y, por otra parte, colisionaría con el principio de propiedad.

La obligación del Estado podría hacer exigible, más que un derecho personal, el respeto y cumplimiento de una política o de un plan de promoción del arraigo. Como afirma Sagüés, “en el derecho constitucional hay obligaciones tanto del Estado como de los particulares; pero, en todo caso, la existencia de esas ‘obligaciones’ tiene el sentido de ser consideradas instrumentos para el goce de los derechos personales”<sup>46</sup>.

Y como prosigue Sagüés, existen deberes constitucionales en función del sujeto Estado, como asegurar la protección del trabajo mediante las leyes, según el Artículo 14 bis, así como otros deberes constitucionales no enumerados o implícitos que fluyen de los principios y del derecho natural, que cubre el Artículo 33 de la Constitución, como por ejemplo, no atentar contra el ecosistema y el paisaje<sup>47</sup>.

Es decir, que el Estado como obligado debe, además de omitir conductas lesivas, dar o hacer. En este sentido, Bidart Campos sostiene, respecto del Estado como sujeto pasivo del derecho de propiedad, que debe estructurar el orden social y económico en forma justa, como para hacer previamente accesible la propiedad privada a todos los hombres en el mínimo indispensable para su subsistencia digna<sup>48</sup>.

46. *Ibídem*, tomo 2, pág. 909.

47. *Ibídem*, tomo 2, págs. 909-910. “Respetar los derechos personales y las facultades del Estado es una obligación del deber de cumplir con la Constitución, ya que si ella enuncia derechos y libertades, eso genera una obligación *erga omnes* de los demás (y del Estado, en particular) de no perturbarlos [...] El respeto a los derechos personales produce generalmente, en el constitucionalismo de la primera etapa, obligaciones de no hacer [...] no interferir en la propiedad ajena [...] En el constitucionalismo social, o de la segunda etapa, la Constitución impone más obligaciones de hacer y de dar [...] pagar asignaciones familiares (Art. 14 bis), preservar el ambiente (Art. 41), etc.” (pág. 911).

48. BIDART CAMPOS, Germán J., *ob. cit.*, págs. 276-7.

En el supuesto del acceso a una vivienda digna, el dispositivo constitucional –sostiene el constitucionalista citado– “no obliga al Estado a proporcionar por sí mismo viviendas a los más necesitados, sino a programar planes que faciliten a estos la casa-habitación [...]”<sup>49</sup>. Respecto del bien de familia sostiene que el instituto prevé un conjunto de seguridades en razón de su destino de vivienda doméstica, pero que el precepto relacionado de acceso a una vivienda digna es un enunciado que va más allá en su carácter programático, porque obliga al Estado a procurar que todos los hombres puedan obtener un ámbito para vivir decorosamente, sean o no propietarios de él<sup>50</sup>.

Por último, el arraigo constituye un principio tan elemental que consideramos que comprende los derechos de propiedad, de acceso a una vivienda digna, al bien de familia, a un ambiente sano, al crecimiento armónico, etc.

### VIII. HACIA UN DERECHO DEL ARRAIGO

Hasta donde sabemos, la cuestión planteada no ha sido estudiada en el ambiente jurídico y pensamos que los lineamientos expresados servirían de base a una suerte de teoría del arraigo que, pese al nombre y en razón de la materia, sea precisamente de un fuerte asidero real.

Porque así como unos han pensado una sociología del arraigo (Enrique del Acebo Ibáñez) y otros han iniciado una corriente conocida como Análisis Económico del Derecho (Economic Analysis of Law o Law & Economics)<sup>51</sup>, creemos que una genuina interpretación del

49. *Ibídem*, tomo 2, págs. 700-701. Dice Bidart Campos: “El ‘acceso a una vivienda digna’ no importa necesariamente diseñar un programa de construcción y venta de inmuebles, ya que puede concretarse, asimismo, en la promoción o aliento de un régimen de locaciones más generoso para los grupos familiares de ingresos módicos”.

50. BIDART CAMPOS, Germán J., *ob. cit.*, pág. 379.

51. Esta corriente aplica métodos propios de la economía en el razonamiento jurídico, para predecir el efecto de las normas jurídicas, con el objeto de determinar qué leyes o disposiciones jurídicas son económicamente eficientes. Propone la evaluación de las reales consecuencias de una norma existente y asimismo la predicción de

Federalismo y de los demás principios constitucionales relacionados son base suficiente para elaborar una doctrina del arraigo, que pueda dar lugar, a su vez, a una jurisprudencia del arraigo y a una política del arraigo.

## IX. CONCLUSIÓN

En general, es admitido que el ordenamiento jurídico de un país debe procurar la justicia y, mediante ella, un recto orden social que implique la paz y el bienestar de la nación.

En este sentido, bien ha señalado Pablo Garat que “la familia y el municipio constituyen el escenario para la recuperación del hombre como ser libre y trascendente y para la promoción de un auténtico orden social al servicio del bien común. La familia necesita salvar las raíces y fortalecerse a partir de ellas. Se trata también de entender el arraigo como un valor existencial absolutamente estratégico en la perspectiva política del siglo XXI, en el que la población arraigada constituye el primer requisito para la integridad territorial de una Nación [...] Así, la familia arraigada es la familia con acceso a la propiedad, educadora, generadora del trabajo y la vida económica local y formadora de dirigencias auténticas, desde cada municipio del país [...]”<sup>52</sup>.

Por tanto, sostiene el autor referido que es necesario apoyar a los municipios, promoviendo al gobierno municipal como un verdadero gobierno y no solo como un eficiente administrador de servicios pú-

---

los posibles efectos de una norma proyectada, buscando diseñar mejores estructuras legales, conforme a Análisis Económico del Derecho en “Wikipedia”. Entre nosotros, Eduardo Conesa adscribe a esta corriente. Nosotros suscribimos a un análisis del derecho y del impacto moral, social y político de los ordenamientos jurídicos desde una visión jurídica amplia, meta-jurídica y humanista, que comprenda no solo una mirada desde el aspecto económico sino también de los aspectos históricos, sociológicos, filosóficos, morales, etc. Y pensamos que esta visión debe imponerse para recuperar una visión integral del derecho, actualmente reducida en su objeto por el desierto generado por el positivismo y por la especialización.

52. *Ibídem*.

blicos, porque tiene un rol principalísimo como promotor del desarrollo local (promoviendo las explotaciones agrícolas y las pequeñas y medianas empresas), conforme al principio de subsidiariedad, y una función para reintegrar socialmente a los excluidos por los vientos de la globalización; así como también afirma que será indispensable para el desarrollo la revalorización de la educación, el freno al crecimiento de las grandes urbes para evitar las consecuencias palpables de la sociedad de masas; teniendo en cuenta que un verdadero desarrollo debe producirse en base al trabajo libre de los individuos y de la familia en el ámbito local, sin el asfixiante y corruptor asistencialismo.

Lo dicho se puede resumir así esquemáticamente:

Arraigo - Familia - Propiedad familiar - Municipio - Vida local - Soberanía social - Unión de provincias - Federalismo.

En síntesis, pensamos que solamente desde una perspectiva humanista y clásica del derecho se lograrán resolver las dificultades que presentan los tiempos actuales y que a tal fin, en el ámbito del derecho público, se alcance el federalismo que garantice el arraigo (que permita la estabilidad de la familia y la propiedad familiar según las tradiciones patrias) y que en el ámbito del derecho privado promueva la continuidad de aquellas instituciones por medio de las leyes sucesorias.





# ANÁLISIS DE LA VALIDEZ DEL PRINCIPIO DE AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS, LA SECESIÓN, Y LOS CONCEPTOS DE *UTI POSSIDETIS* Y *TERRA NULLIUS* EN LA ADQUISICIÓN DE TERRITORIOS

HERNANDO V. CAÑARDO<sup>1</sup>

## INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se intenta analizar, primeramente, en profundidad el llamado principio de autodeterminación de los pueblos a través de la Historia. En segundo lugar, se estudia la secesión y su validez dentro del mencionado principio en relación con la integridad territorial de los Estados y las posibles causales que la justifican.

Finalmente, se procede a la investigación de dos principios, como lo son el *uti possidetis* y el *terra nullius*, que juegan en la adquisición o modificación de los títulos sobre el territorio, y en definitiva en cualquier reclamo territorial de autodeterminación.

1. Profesor Titular de Derecho Internacional Público, Universidad Católica Argentina, "Santa María de los Buenos Aires". Profesor Titular Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Católica Argentina, "Santa María de los Buenos Aires".

## 1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL PRINCIPIO DE AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS. SU LEGITIMIDAD

El principio de la autodeterminación es considerado históricamente como una de las raíces de la democracia. De allí el pedigrí del mismo, el cual postula el derecho de un pueblo organizado en un territorio establecido a determinar su destino político como comunidad o entidad colectiva.

Sus orígenes históricos, como aspiración que anima al principio, pueden rastrearse en el *Éxodo* de los Hebreos de Egipto, que se estima fue en el año 1000 a.C.<sup>2</sup>. Pero sus raíces modernas de carácter universal aparecen con el Tratado de Versalles, más precisamente en la Conferencia de Paz que diera lugar al mismo, y que modifica las bases sentadas en el Congreso de Viena, el cual no había tenido en cuenta las sensibilidades étnicas al dibujar el mapa de la Europa posnapoleónica.

El Presidente Wilson decidió así que Europa debía volver a diseñarse. Frente a las dudas de su propio Secretario de Estado, Robert Lansing<sup>3</sup>, envió junto a los negociadores un contingente de historiadores, geógrafos y etnólogos, para argüir sobre la efectividad y supremacía de la norma sobre cualquier consideración política o económica. La delegación americana reunió datos sobre las condiciones demográficas y evidencias de etnicidades al solicitar la libertad de elección para los “pueblos”. A lo largo de las negociaciones de Versalles, Wilson insistiría en que los acuerdos debían basarse en hechos que significaban “aspectos raciales, antecedentes históricos y elementos económicos y comerciales”<sup>4</sup>.

Con este arsenal, la Conferencia autorizó veintiséis consultas de diferentes grupos que buscaban la autodeterminación. Así los dina-

2. *Éxodo* 1:2.

3. “The phrase self-determination is simply loaded with dynamite. It will raise hopes which can never be realized”. LANSING, R., *The peace negotiations. A personal narrative*, page 97, 1921. BRILMAYER, *Secession and Self-Determination: A Territorial Interpretation*, 16 Yale Journal International Law, page 177, 1991.

4. BAKER, R. S., *Woodrow Wilson and World Settlement*, page 187 Doubleday, Page & co. New York, 1922.

marqueses de Schleswig, que habían sido anexados por la Alemania de Bismarck en 1864, pudieron asegurarse de que la frontera entre Alemania y Dinamarca fuera fijada de acuerdo a los deseos de la población.

En 1920 Schleswig del Norte votó ser parte de Dinamarca, y la Conferencia de Paz lo aprobó<sup>5</sup>. Wilson también se aseguró que todas las ramas de los Eslavos estarían libres tanto de Alemania como de Austria, en lo que se convertiría en Checoslovaquia. Asimismo resistió los esfuerzos de Georges Clemenceau de establecer un Estado Renano independiente, lo cual resulta en la creación del Territorio del Sarre, que sería administrado por la Liga. Si bien sus habitantes no estaban representados en el Reichstag Alemán, su educación, lengua, derecho y nacionalidad permanecen<sup>6</sup>.

Checoslovaquia, no obstante, nace con minorías de alemanes en la región de los Sudetes; así como en la Alta Silesia cedida a Polonia. También se crea el Reino de los Eslavos del Sur, o Reino de los Serbios, Croatas y Eslovenos, lo que más tarde se convertiría en Yugoslavia; y entre esta e Italia, el Estado libre de Fiume, de breve existencia. Asimismo aparece la Ciudad Libre de Danzig, con la protección de Polonia.

En lo que respecta a la creación de Polonia se aplica el principio de la autodeterminación de acuerdo a bases históricas y étnicas. La Alta Silesia se divide por el Consejo de la Liga de acuerdo a líneas étnicas estrictas, si bien quedan en la parte polaca minorías alemanas; Inglaterra también lo invoca en la partición de Irlanda<sup>7</sup>.

Este principio de autodeterminación del cual Wilson fue campeón liberó a las minorías que habitaban dentro de los Imperios de Alemania, Rusia y Austria-Hungría.

5. WAMBAUGH, Sarah, *Plebiscites Since The World War*, page 14, Carnegie Endowment for International Peace, 1933 - 603 pages, *A History of the Peace Conference of Paris*, page 2055 (H. W. V. Temperley ed. 1920).

6. *Ibidem*.

7. BALFOUR, *The Irish Question*, Nov. 25, 1919, PRO CAB 24/93, citado en FRASER, T. G., *Partition in Ireland, India and Palestine: Theory and Practice*, London, Macmillan, 1984.

En el resto de Europa, si bien se aplica a Irlanda, se le niega a las Islas Aaland, que querían unirse a Suecia y separarse de Finlandia, la cual a su vez se había emancipado de Rusia. Una Comisión de Juristas estableció que el Covenant de la Liga no lo mencionaba al principio y que el mismo no tenía estatus de derecho positivo<sup>8</sup>.

Debe hacerse notar que una regla puede ser coherente, determinada, es decir clara y válida y aún así no ser justa. La autodeterminación propugnada por Wilson podía ser legítima pero causar al mismo tiempo una injusticia transfiriendo territorios y recursos de acuerdo al principio de etnicidad, pero ignorando otras consideraciones de carácter económico, o de justicia distributiva.

El principio mencionado no se aplicó a los territorios alemanes de Ultramar que fueron otorgados en forma de Mandatos a Gran Bretaña, Francia, Bélgica, Nueva Zelandia y Sudáfrica; ni tampoco a los territorios del Imperio Otomano, que también fueron llevados, en muchos casos contra los deseos de sus poblaciones, al mismo sistema. Armenia, que tuvo una breve existencia como Estado Independiente, deseaba convertirse en un Mandato<sup>9</sup>.

8. League of Nations. Council. Advisory Committees. 1920 (Aland Islands). League of Nations. Official journal. Special supplement, N° 3, oct. 1920.

9. Al final de la guerra, se decidió dividir el Imperio Otomano. Firmado entre las potencias aliadas y el Imperio Otomano, el 10 de agosto de 1920, el Tratado de Sèvres prometió mantener la existencia de Armenia y unir los territorios del Imperio Otomano parcialmente poblados por armenios otomanos. Debido a que las nuevas fronteras de Armenia debían ser dibujadas por el presidente norteamericano, Woodrow Wilson, la Armenia otomana también es conocida como "Armenia Wilsoniana". Se consideró incluso la posibilidad de convertir Armenia en un protectorado con tutela de los Estados Unidos. El tratado, sin embargo, fue rechazado por el movimiento nacional turco, y nunca entró en efecto. El movimiento comandado por Mustafa Kemal utilizó el tratado como la ocasión para declararse el gobierno legítimo de Turquía y sustituyó la monarquía con capital en Estambul por una república con la suya en Ankara.

En 1920, Armenia y Turquía entraron en guerra, en un conflicto que terminó con el Tratado de Alexandropol (2 de diciembre de 1920). Este tratado obligó a Armenia a desarmar a la mayoría de sus fuerzas militares, ceder más de la mitad de su territorio antes de la guerra y renunciar a todos los territorios conferidos a su favor en el Tratado de Sèvres. Al mismo tiempo, la Unión Soviética invadió Armenia en Caravanseraï el 29 de noviembre. El 4 de diciembre las fuerzas soviéticas llegan a Ereván y la efímera República de Armenia se derrumbó.

No fueron solo Wilson y las Potencias Occidentales quienes enarbolaron este principio en la posguerra.

El Programa del Partido Nacional Socialista, proclamado el 24 de febrero de 1920, contenía la mención del mismo afirmando en su Primer Punto:

“Reivindicamos la reunificación de todos los alemanes, sobre la base del derecho de los Pueblos a la autodeterminación, a fin de crear una Gran Alemania”<sup>10</sup>. Este principio fue posteriormente invocado por Hitler frente a Polonia, Checoslovaquia y otros territorios. Después de la Guerra por el Acuerdo de Potsdam se revierte con la expulsión de las minorías alemanas de muchos Estados de la Europa Oriental<sup>11</sup>.

También Lenin defendió el derecho de libre determinación de las naciones, entendido como derecho a la secesión, si bien subordinándolo a la lucha de clases. Cuando los bolcheviques alcanzaron el poder tras la Revolución de octubre, el principio de autodeterminación se proclamó oficialmente en la Declaración de Derechos de los Pueblos de Rusia, del 15 de noviembre de 1917: en su Punto III, y en el Artículo 10 de la Constitución. En virtud de la misma se reconoció la independencia de Finlandia<sup>12</sup>, y de

10. [http://web.archive.org/web/20031208083823/http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/document/nca\\_vol4/1708-ps.htm](http://web.archive.org/web/20031208083823/http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/document/nca_vol4/1708-ps.htm).

11. La expulsión se produce sobre todo en Polonia, Checoslovaquia y Hungría, mencionados en el Acuerdo de Potsdam, así como en Rumania, donde se deporta a los sajones de Transylvania, en Yugoslavia, en la Unión Soviética y en los Países Bálticos, como la región de Klaipėda.

12. “III. 1. Al expresar su inquebrantable voluntad de arrancar a la humanidad de las garras del capital financiero y del imperialismo, que han inundado en sangre el mundo en la guerra actual, la más criminal de todas, la Asamblea Constituyente apoya totalmente la política seguida por el poder soviético de denunciar los tratados secretos, organizar la más extensa confraternización con los obreros y campesinos de los ejércitos actualmente en guerra, y obtener, a cualquier precio, por medios revolucionarios, una paz democrática entre los pueblos, sin anexiones ni indemnizaciones, sobre la base de la libre autodeterminación de las naciones.

2. Con el mismo fin, la Asamblea Constituyente insiste en la completa ruptura con la bárbara política de la civilización burguesa, que ha construido la prosperidad de los explotadores de unas pocas naciones elegidas, sobre la esclavitud de cent-

otros territorios<sup>13</sup>. Con el fin de la Segunda Guerra Mundial, la autodeterminación cobra un nuevo dinamismo. Las antiguas colonias de Japón, Italia y Alemania entran al sistema de las Tutelas por parte de las Potencias victoriosas, y en un caso por una de las vencidas, que era la Somalia administrada por Italia, en agradecimiento por haber cambiado de bando en pleno conflicto.

Los Estados que administraban las Tutelas tenían la obligación de “promover el progresivo desarrollo hacia el autogobierno y la independencia de acuerdo con los deseos expresados libremente por los pueblos”<sup>14</sup>.

---

nares de millones de trabajadores en Asia, en las colonias en general y en los países pequeños.

La Asamblea Constituyente saluda la política del Consejo de Comisarios del Pueblo, que ha proclamado la completa independencia de Finlandia, que ha comenzado a retirar las tropas de Persia y proclamado la libertad de autodeterminación para Armenia.

#### 10. Autodeterminación de los pueblos.

En su propósito de crear una alianza efectivamente libre y voluntaria y, por consiguiente, más firme y estable entre las clases trabajadoras de todas las naciones se deja a los obreros y campesinos de cada nación decidir independientemente en su propio y autorizado Congreso de Soviets, si desean y en qué condiciones, participar en el gobierno federal y en las demás instituciones soviéticas federales”.

13. La República Popular de Ucrania se independiza en 1918, así como Polonia, Letonia, Lituania y Estonia. Moldavia se unió a Rumanía y Finlandia se independiza en 1917. También en ese año lo hace la República Democrática Federal de Transcaucasia, que luego se dividiría en la República Democrática de Georgia, la República Democrática de Armenia y la República Democrática de Azerbaiyán. En 1919, la República Popular de Ucrania desaparece después de la Guerra Polaco-Soviética, en la que la República de Polonia y la URSS se repartieron los territorios de esta, y la mayoría del territorio se la quedaron los soviéticos.

14. “Article 76. The basic objectives of the trusteeship system, in accordance with the Purposes of the United Nations laid down in Article 1° of the present Charter, shall be:

1. To further international peace and security;
2. To promote the political, economic, social, and educational advancement of the inhabitants of the trust territories, and their progressive development towards self-government or independence as may be appropriate to the particular circumstances of each territory and its peoples and the freely expressed wishes of the peoples concerned, and as may be provided by the terms of each trusteeship agreement;

3”.

Esta evolución no cesa sino que la autodeterminación se convierte en el vehículo para la descolonización, y de acuerdo al Artículo 1º de la Carta de las Naciones Unidas, adquiere el estatus de derecho fundamental de los pueblos como necesario prerequisite para el desarrollo de “relaciones amistosas entre las naciones”.

El concepto no solo se universaliza sino que se internacionaliza; ya que era un deber de todos los gobiernos hacia sus pueblos y de cada gobierno frente a los demás miembros de la Comunidad Internacional. Después de la Segunda Guerra Mundial, el principio se aplicará en teoría a todas las Colonias y a Europa, a vencedores y vencidos; y así lo establece el Artículo 1º de la Carta de las Naciones Unidas<sup>15</sup>.

En el mundo de posguerra las negativas a la autodeterminación no eran ya cuestiones de jurisdicción doméstica, y la represión a los grupos que la procuraban generaron fricciones con Estados vecinos donde a estos grupos se les ofrecía santuario y ayuda.

Los casos de Israel, Argelia, Vietnam, Bangladesh, Eritrea y Sudán, por mencionar algunos ejemplos, demostraron, sin embargo, que la negación de la autodeterminación provocaba conflictos graves.

15. “Article 1º

The Purposes of the United Nations are:

1. To maintain international peace and security, and to that end: to take effective collective measures for the prevention and removal of threats to the peace, and for the suppression of acts of aggression or other breaches of the peace, and to bring about by peaceful means, and in conformity with the principles of justice and international law, adjustment or settlement of international disputes or situations which might lead to a breach of the peace;

2. To develop friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples, and to take other appropriate measures to strengthen universal peace;

3. To achieve international co-operation in solving international problems of an economic, social, cultural, or humanitarian character, and in promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion; and

4. To be a centre for harmonizing the actions of nations in the attainment of these common ends.

5”.

Aparece así un vínculo entre la autodeterminación y la principal tarea de la ONU que era la de prevención de conflictos, lo cual es una paradoja.

Entre 1945 y 1970 la autodeterminación de los pueblos modificó el mapa mundial, pero si bien la norma parecía establecida claramente con tintes secesionistas, en el sentido de legitimar la separación de las Colonias de los Imperios, también evolucionó en el sentido de no permitir o legitimar la autodeterminación de minorías dentro de una ex colonia.

La Asamblea General advierte así contra los intentos de afectar la integridad territorial, en el caso de los Ibos en Nigeria, pero permite la partición de la India y Pakistán al concederles Gran Bretaña la Independencia en 1948.

Las principales potencias coloniales con más o menos entusiasmo siguieron este principio, como Gran Bretaña, Francia, Holanda, Bélgica, España, Portugal y Sudáfrica. Si bien las mismas protestaban al principio por la invocación por la Asamblea General en base al Artículo 73 (c)<sup>16</sup> para monitorear los desarrollos políticos en las colonias, esa resistencia fue decreciendo. Este principio se afirmó pues con le-

16. "Article 73. Members of the United Nations which have or assume responsibilities for the administration of territories whose peoples have not yet attained a full measure of self-government recognize the principle that the interests of the inhabitants of these territories are paramount, and accept as a sacred trust the obligation to promote to the utmost, within the system of international peace and security established by the present Charter, the well-being of the inhabitants of these territories, and, to this end:

1. to ensure, with due respect for the culture of the peoples concerned, their political, economic, social, and educational advancement, their just treatment, and their protection against abuses;

2. to develop self-government, to take due account of the political aspirations of the peoples, and to assist them in the progressive development of their free political institutions, according to the particular circumstances of each territory and its peoples and their varying stages of advancement;

3. to further international peace and security;

4. to promote constructive measures of development, to encourage research, and to co-operate with one another and, when and where appropriate, with specialized international bodies with a view to the practical achievement of the social, economic, and scientific purposes set forth in this Article; and



gitimidad poderosa y pocas reglas de derecho internacional han tenido un impacto tan dramático. Este ímpetu a la descolonización, en la gran mayoría de los casos, fue hecho sin derramamiento de sangre, y es un mérito que daba legitimidad a la norma. La ONU tuvo una participación importante en el trabajo de las administraciones coloniales y en la supervisión de elecciones y plebiscitos de los territorios no autónomos en su camino a la independencia. Se entendía, así, que la autodeterminación requería una consulta democrática con los pueblos coloniales, legitimada por la presencia internacional, antes del momento de la independencia.

Pero la coherencia no se mantuvo y al mismo tiempo que la descolonización ocurría, se negaba la autodeterminación a los países de Europa del Este. Territorios habitados por Letones, Polacos, Alemanes, Rumanos, Húngaros y Eslovacos eran anexados y sus poblaciones expulsadas o se convertían en refugiados. Una de las ironías era que las propias naciones descolonizadas, gracias a la regla de autodeterminación, a su vez no condenaron las intervenciones de la Unión Soviética en Hungría en 1956 y en Checoslovaquia en 1968. La India independizada denegó autodeterminación al principado de Cachemira, que podría tener ese derecho en razón de sus caracteres étnicos y religiosos. Nigeria y la Organización de la Unidad Africana (OUA) no permitieron la autodeterminación a la nación Ibo que buscó convertirse en el Estado de Biafra<sup>17</sup>. En consecuencia, el principio se fue deteriorando por tales incoherencias, desde el mismo momento en que parecía haber alcanzado su máximo esplendor. Peor aún cuando

---

5. to transmit regularly to the Secretary-General for information purposes, subject to such limitation as security and constitutional considerations may require, statistical and other information of a technical nature relating to economic, social, and educational conditions in the territories for which they are respectively responsible other than those territories to which Chapters XII and XIII applies;

6".

17. "Biafra declared its independence on May 30, 1967, but only five nations recognized its claim to independence. Neither the United Nations nor the OAU supported (es correcto así?) Biafran independence and the United Nations never even considered the issue". NANDA, Ved, *Self-Determination in International Law*, 66 AJIL 321, 326-27 (1972). Ver asimismo 66 ASIL PROC. 58, 175 (1972).

en 1960 la Asamblea General emite la *Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples*<sup>18</sup>, la cual afirmaba por un lado que todos los pueblos tienen el derecho inalienable a la libertad, pero solo se aplicaba a territorios aún no independientes y a la vez se cuidaba de no atacar en forma parcial o total la unidad nacional y la integridad territorial de cualquier país<sup>19</sup>.

Hoy el proceso de descolonización está casi completo, y continúa vigente el principio de autodeterminación, con sus más y sus menos, habiendo contribuido a que la Unión Soviética retirara sus fuerzas armadas y el control político sobre Europa del Este y más adelante admitiera la independencia de los Estados Bálticos. También a que Sudáfrica se retirase de Namibia y cuando otro vestigio de una descolonización imperfecta, que era la guerra civil en Angola, terminó se realizaron elecciones libres y monitoreadas, para darle de una vez por todas un gobierno del cual carecía desde su independencia caótica. Asimismo el Acuerdo de París sobre Camboya finaliza la guerra civil en ese Estado<sup>20</sup>.

En esta forma observamos cómo la autodeterminación ha ido convirtiéndose en un proceso de validación política que aun es aplicado a Estados poscoloniales como Angola y Nicaragua, si bien no permitiendo la secesión dentro de Estados soberanos.

*Esta flexibilización y modificación de la regla a lo largo del tiempo sostiene su legitimidad como principio; pero siempre con problemas de coherencia en su aplicación.*

Así renace la idea de *la santidad* de las fronteras y de la resistencia a la secesión, que ya había sido invocada por los países de América Latina a través del *uti possidetis* y en cierta forma también por Estados Unidos desde su Independencia, particularmente en su Guerra de Secesión, aunque siempre con excepciones pragmáticas según su interés y conveniencia<sup>21</sup>.

18. GA Res. 1514, 15 UN GAOR Supp. (No. 16) at 66, UN Doc. A/468 4 (1960).

19. GA Res. 1514, Art 5

20. Final Act of the Paris Conference on Cambodia, UN Doc. A/46/608-S/23177, Annex (1991).

21. Como dijera Abraham Lincoln: "My paramount object in this struggle is to save the Union. If I could save the Union without freeing any slave I would do it, and

Es el mismo principio que se aplicará en África después de la Conferencia Cumbre de El Cairo, en 1964, de la Organización de la Unidad Africana, referida a *la intangibilidad de las fronteras heredadas de la colonización*.

Sin embargo, en la práctica de su aplicación se advierte un *doble estándar*, en algunos casos se la invoca y en otros no. Los límites del principio se han vuelto nebulosos e incoherentes, y los parámetros para su aplicación no permiten encontrar pautas racionales de carácter general. Estas inconsistencias se evidencian en que a Argelia se le reconoció la autodeterminación y a Biafra no<sup>22</sup>.

¿Es acaso diferente Argelia porque está separada por el mar de Francia, y Biafra es parte de la masa territorial de Nigeria? No sería este un criterio válido, ya que muchos Estados como Estados Unidos, las Filipinas, Canadá, Indonesia, India, China y la URSS tienen provincias o regiones separadas por el mar. La autodeterminación no abarca el principio de territorio ultramarino. Es decir, este criterio no es válido, por eso nunca se lo ha reconocido como base.

El otro criterio para hacer distinción entre quienes tienen el derecho y quienes no sería la opresión. Los oprimidos lo tienen, los no oprimidos carecen del mismo. Esto parece atractivo pero nunca se aplicó coherentemente. Así la India tenía más democracia antes de la independencia que Letonia o Sudán del Sur, pero se la apoyó y no, en cambio, a los segundos.

Otro criterio sería el de la viabilidad económica, pero tampoco es satisfactorio. Katanga hubiera prosperado más que lo que lo ha hecho

---

if I could save it by freeing all the slaves I would do it; and if I could save it by freeing some and leaving others alone I would also do that". Letter from Abraham Lincoln to Horace Greeley, Aug. 22, 1862, 5 The Collected Works of Abraham Lincoln Pagina 388 (R. Basler ed. 1953).

22. Con respecto a Biafra dijo el Parlamento Británico: "An independent and united Nigeria was perceived to be a 'model for Africa', a 'key' to that continent's future stability and prosperity, because of its material wealth and rich culture. The 'progressive Balkanization' of Nigeria, with its concomitant vast waste of human and social resources, was viewed with great anxiety as a tragedy for all Africa". 283 PARL. DEB. (5th ser.) 1367-76 (1967).

sin poder secesionarse del Congo, y quién sabe si Francia y Argelia unidas no hubieran tenido mayor desarrollo económico<sup>23</sup>.

Una distinción más poderosa es cuando los pueblos son tratados en forma discriminatoria por sus gobiernos. Así se explicaría por qué los habitantes de las Colonias inglesas o francesas tendrían derecho a la autodeterminación y los Ibos no. Si bien Argelia antes de su independencia elegía miembros para la Asamblea Nacional de Francia y el Senado, esto no era en igualdad de condiciones, pues el sistema de "colleges" daba a un europeo un voto diez veces con mayor peso que a un árabe. En Biafra, en cambio, los Ibos tenían los mismos derechos que el resto de los nigerianos. Otra paradoja es que esta causal puede negarle el derecho a pueblos más oprimidos, que a aquellos a los que se les otorga. El principio se explicaría de la siguiente forma, en los Estados donde se trata a todos por igual no habría el derecho, pero si a un grupo se le negaran algunos derechos y a otros no, es decir, si hubiera grupos privilegiados, el derecho tendría fundamento. Sin embargo, si bien parece correcto y coherente, también puede generar discriminación; de allí que muchas veces es difícil saber si la discriminación causa la secesión, o si la secesión causa la discriminación.

Cabe concluir en la necesidad de determinar patrones razonables y discernibles para la aplicación del principio, pues de lo contrario la incoherencia aumentará, y su legitimidad decrecerá.

## 2. LA SECESIÓN. TENSIÓN ENTRE LOS PRINCIPIOS DE AUTODETERMINACIÓN E INTEGRIDAD TERRITORIAL. ANÁLISIS DE LAS PRINCIPALES CUESTIONES

Una vez analizado el principio de autodeterminación, es necesario tratar esta cuestión de la secesión, íntimamente relacionada con el mismo y de rigurosa actualidad.

23. The United Nations rechaza completamente el reclamo de Katanga a su independencia como Estado soberano. Ver SC Res. S/5002, 16 UN SCOR (Res. & Dec.) at 3, UN Doc. S/INF/I6/Rev.1 (1961).

Hasta la década de 1990 no se creía que la secesión fuera un tema de importancia, pero cuando los Estados Bálticos se independizan de la Unión Soviética, se desmembra Yugoslavia, y Checoslovaquia se divide; la cuestión comienza a despertar nuevo interés. También Eritrea se separa de Etiopía y Timor Leste de Indonesia, tras una guerra y un referéndum. Debe tenerse en cuenta que antes de 1991 sólo se habían dado dos casos de secesión: Singapur y Bengala Occidental<sup>24</sup>.

La secesión puede ser un remedio para una anexión ilegal de territorio, con fundamentos históricos, y que en algunos casos son similares a las descolonizaciones ocurridas a fines de la posguerra y hasta la década del setenta. La conducta común sería en todos los casos de secesión como reacción a una anexión ilegal. Estos Estados no solo quieren ser libres, sino que tienen derecho a un territorio que les fue quitado ilícitamente. Es que en muchas oportunidades al fundarse la autodeterminación se pone el foco en la homogeneidad étnica, religiosa o lingüística y se olvida el supuesto de la anexión ilegal del territorio.

En la historia del derecho internacional, al estudiarse el reclamo a la secesión, hay así dos aspectos en los que enfocarse: tradicionalmente, el primero se centraba en la cohesión del grupo: si era un "pueblo" en el sentido lingüístico, religioso o étnico. El segundo elemento es la validez del reclamo, que depende de la circunstancia histórica.

En consecuencia, surgirá una tensión entre dos principios del derecho internacional, ambos fundamentales: el derecho de los Estados a preservar su integridad territorial y el derecho de autodeterminación de los pueblos con legitimidad de reclamo por razones históricas.

Sin embargo, el principio de autodeterminación no identifica con precisión qué "pueblos" tienen ese derecho. La evolución histórica del concepto demostraría que por lo menos debe tratarse de un grupo políticamente autoconsciente, geográficamente concentrado y étnico, a la vez diferente del resto de la población de un Estado.

24. NANDA, Ved P., *Self-Determination in International Law: The Tragic Tale of Two Cities: Islamabad (West Pakistan) and Dacca (East Pakistan)*, 66 AM. J. INT'L L. 321 (1972).

En estas condiciones podría considerarse un pueblo y en la mayoría de los casos así se reconoce. La base normativa estaría fundada en las nociones de gobierno propio o autogobierno democrático y en parte en la noción de Nación como comunidad política, étnica y cultural. Después de la Primera Guerra Mundial esta concepción étnica de la autodeterminación hizo que los Aliados redibujaran el mapa de Europa, pero era un principio de carácter político, a ser aplicado cuando fuera posible y de acuerdo a los intereses de los Aliados, es decir, no era un derecho exigible *erga omnes*.

Por eso nunca se terminó de aceptar en derecho internacional una interpretación amplia de tal autodeterminación, ya que si esto se lleva al extremo, cualquier grupo con cierta cohesión y sustrato étnico podría decidir formar su propio Estado.

Puede decirse que en este sentido es muy relevante el contexto. Así fue más amplio en las décadas de posguerra, siendo el vehículo de la descolonización, y hasta 1990. Si bien los instrumentos legales no dejan de ser ambiguos o indeterminados, se reafirma su otra faz, el derecho del Estado de preservar su integridad territorial en situaciones donde no hay una dominación extranjera o una subyugación de carácter colonial.

Los argumentos sobre descolonización se enfocan sobre todo en si el grupo es un pueblo o una nación. Si lo es, puede secesionarse, pero en equilibrio con el principio de integridad territorial, es decir, el derecho del Estado a mantenerla. Brilmayer entiende que ambos criterios bien entendidos, el del pueblo y el del territorio, trabajan en tándem<sup>25</sup>. Aplicando los principios de la teoría política, Brilmayer rechaza la noción de que los principios democráticos apoyan el derecho de un grupo étnico a la secesión. Y remarca la cuestión crítica del reclamo al territorio en que se funda el nuevo Estado.

Así afirma esta autora: "*My thesis is that every separatist movement is built upon a claim to territory, usually base on an historical grievance, and that without a normatively sound claim to territory, self-determination*

25. BRILMAYER, Lea, *Secession and Self-Determination: A territorial Interpretation*, 16 Yale Int'l Law, pages 177-178 (1991).

*arguments do not form a plausible basis for secession*"<sup>26</sup>. Esta interpretación resolvería la tensión entre los principios de autodeterminación y de integridad territorial, porque permite la secesión solo cuando la soberanía sobre el territorio es ilegítima, es decir, en una situación donde el principio de integridad territorial no está en juego. ¿Qué ejemplos apoyan esta tesis? En primer lugar, los reclamos históricos: así sería la anexión de Rusia de los Estados Bálticos, y de las colonias europeas en Asia y África. En ambas situaciones la independencia fue el remedio a una situación de injusticia, y no podía existir un reclamo legítimo de los poderes ocupantes y o coloniales.

Sin embargo, en la mayoría de los casos las injusticias históricas no dan mucha ayuda práctica en los casos de separatismo; ya que hay pocos ejemplos tan claros de colonialismo o de anexión. Estos casos, además, pueden decidirse sin referirse a la secesión o autodeterminación.

Cuando Irak anexó Kuwait la impugnación se fundó no solo en la autodeterminación sino en la integridad territorial y en la violación a la prohibición del uso de la fuerza. Con los Estados bálticos se entendió el fin de una ocupación ilegítima.

En la mayoría de las disputas sobre secesión, como el caso de los Balcanes, los hechos históricos son tantos y tan antiguos, que las partes presentan una maraña difícil de desenredar. Los conflictos militares y otros acontecimientos no son relevantes para el derecho, pero pueden ser un punto de partida para analizar la cuestión.

Es verdad asimismo que las disputas territoriales en muchos casos acompañan los reclamos separatistas. La fuerza detrás de estos acontecimientos está en el oportunismo político y los miedos reales o percibidos de marginación social y política de esos grupos que se sienten vulnerables. La respuesta contemporánea a este problema no ha sido rediseñar las fronteras, sino expandir los derechos de esas minorías, en la expectativa de que al hacerlo sus intereses y derechos puedan realizarse en los confines del Estado existente; así la autonomía local, derechos de participación, o aun subsidios culturales. Este enfoque, sin embargo, también presenta problemas ya que la exten-

26. Ídem, pág. 192 (1991).



sión de los derechos y los grupos que pueden reclamarlo continúan siendo tema de debate y discusión.

Es irónico que el principio de autodeterminación sea tan *indeterminado y variable*. *Tal indeterminación es saber si le corresponde a un grupo, a un pueblo, a una nación y cuál es exactamente lo que ese derecho confiere, es decir, su contenido.*

Los separatistas quieren ser mayoría en su Estado y no minoría en otro, pero otorgar derechos a estos grupos puede generar resentimientos en la mayoría de la población del Estado tradicional que no quiere la secesión. En consecuencia, no hay un estándar claro para resolver las disputas de secesión. La falta de una definición precisa de lo que es el derecho de autodeterminación produce una serie de problemas tanto para los Estados como para los grupos.

En años recientes, muchos grupos que constituyen minorías dentro de sus Estados han invocado el derecho de autodeterminación en sus demandas por autonomía o han buscado, a través de la secesión, su independencia. A veces estos grupos reclamaban y reclaman la autodeterminación para terminar con un régimen de represión contra los derechos humanos, por parte de grupos mayoritarios étnicos, o por parte del Gobierno del Estado.

En muchos casos estos ejemplos de búsqueda de autodeterminación, y el aumento de las situaciones relacionadas al mismo, son el resultado no de un fenómeno abstracto, sino de la aplicación de ideas occidentales como la democracia y los derechos humanos, siendo que la mayoría de estos pueblos fuera de Occidente no tienen en su experiencia social e histórica iguales nociones de Estado y soberanía y no están preparados para adherirse a las nociones de indisolubilidad de las fronteras, *uti possidetis iuris*, o intangibilidad de las fronteras. El potencial de violencia e inestabilidad que puede darse en algunas regiones es muy importante.

Como ya se afirmó, desgraciadamente, el derecho internacional no aporta reglas claras y de posible aplicación general, por lo que no siempre puede solucionar cuestiones con ingredientes políticos y territoriales.

Al no haber una definición clara hay varias interpretaciones, y ninguna explica la vía a tomar cuando una nación o subgrupo étnico tiene aspiraciones de autogobierno.



Sin duda una definición de autodeterminación debe incluir los estándares consuetudinarios sobre derechos humanos (respeto al individuo y a las minorías) y aplicarlo antes de llegar al estadio de la lucha armada. Desde ya que hay categorías intermedias antes de llegar a la secesión para receptor y aplicar esos derechos, intereses y aspiraciones. La opción no sería necesariamente Estado o asimilación, sino algo intermedio como la posición de Taiwán en el GATT. Frente al principio de integridad territorial, la secesión es válida si es respuesta a gruesas y sistemáticas violaciones de derechos humanos y además la entidad debe ser política y económicamente viable. El deseo de los grupos nacionales de buscar la autodeterminación no es algo simple ni tiene una sola causa, sino múltiples, así la negación de derechos, disputas territoriales, aspiraciones nacionalistas y la creencia de viabilidad política y económica, entre otras.

*Si este deseo no encuentra una salida pacífica puede llevar a la violencia y la secesión.*

El principio de autodeterminación abarca así muchas cuestiones: como los derechos individuales y de las minorías, la autonomía regional, la represión gubernamental, la integridad territorial, la soberanía estatal y los reclamos de secesión o independencia.

Debe tenerse en cuenta asimismo que ya con el fin de la Primera Guerra Mundial y más específicamente de la Segunda se estableció un sistema de Estados fundado en fronteras consideradas inviolables, sin importar cómo fueron determinadas. Pero estos Estados son en su gran mayoría Estados plurales y no Estados-Nación y a veces no hay sintonía entre los elementos que la componen. Es así que muchos pueblos o “naciones” no tienen su Estado Nación y son minorías en un Estado o están divididos en varios Estados.

Las Naciones Unidas defienden el sistema de Estados en su Carta y también el de autodeterminación, pero su interpretación ha variado con el tiempo.

En consecuencia se plantean interrogaciones fundamentales: ¿Está implícito el derecho a la secesión en el de autodeterminación? ¿Debe separarse el derecho de la autodeterminación del derecho de secesión para la creación de un nuevo Estado?

Cada vez más grupos nacionales demandan algún nivel de reconocimiento, y las razones citadas o invocadas contra la secesión,

“la necesidad de estabilidad y la inviolabilidad de las fronteras”, son consideradas por muchos como una excusa para perpetuar un orden vigente que estiman injusto.

Las demandas de un grupo étnico de igualdad pueden llegar a la lucha armada, y esto dependerá de la naturaleza del gobierno, que tiene soberanía sobre ese grupo. Si se deniegan derechos culturales, lingüísticos y políticos, es más posible que se desemboque en lucha armada, que si se reconocen autonomías locales.

No obstante, aun existiendo democracia y respeto a los derechos humanos, con cierto grado de autonomía, esto puede resultar insuficiente para evitar los conflictos. Ejemplos abundan y van desde el caso de la Provincia Quebec a territorios como Cataluña y naciones como Escocia<sup>27</sup>.

Debe tenerse en cuenta que en su primera etapa el principio de autodeterminación era de carácter político y además distinguía entre las interpretaciones internas y externas de la autodeterminación. El interno sería el derecho de los pueblos a elegir sus formas de gobierno, sin presiones externas. El aspecto externo era el establecimiento de un Estado independiente. Con el fin de la Segunda Guerra Mundial se desarrolló, como se ha dicho, una segunda etapa, y la Carta lo menciona en dos oportunidades pero el término en realidad se aplica a los Estados y no a los pueblos o grupos.

*Pero cabe reiterar, si bien el derecho adquirió otra dimensión, nunca se lo consideró absoluto o ilimitado.*

Sin duda el documento más importante en la formación y el desarrollo del derecho a la autodeterminación, el cual nos presenta una idea bastante precisa de su significado en esa época, fue la Declaración de las Naciones Unidas de 1960 para el Otorgamiento de la Inde-

27. The Acts of Union eran dos Actas del Parlamento: “The Union with Scotland Act”, de 1706, aprobada por el Parlamento Inglés y la “Union with England Act”, aprobada en 1707 por el Parlamento de Escocia. Las mismas hacen efectivos los términos del Tratado de Unión acordado el 22 de julio de 1706. Las Actas unieron los dos Reinos que eran Estados separados con Parlamentos separados pero con un mismo soberano en un solo reino denominado Gran Bretaña. Los dos países tenían un mismo soberano desde la Unión de las Coronas en 1603 cuando Jacobo VI de Escocia lo hereda de Isabel. En realidad eran, sin embargo, dos coronas en el mismo soberano.

pendencia a los Pueblos Coloniales. La autodeterminación era sinónimo de descolonización, sin que fuera relevante la existencia de una etnicidad diferenciada, o diferente lenguaje o cultura.

Son cuatro las características que marcan ese momento:

1) *La autodeterminación se refería solo a la descolonización.*

2) *No se aplicaba a pueblos sino a territorios.*

3) *Era un derecho absoluto en cuanto se aplicara a colonias, lo que marca una diferencia con etapas anteriores.*

4) *Finalmente la autodeterminación no permitía la secesión, por lo que así se aseguraba la integridad territorial tanto de los Estados existentes como de los nuevos Estados poscoloniales.*

La tercera etapa, la más problemática, comienza luego de concluidas las grandes descolonizaciones a finales de la década del setenta, y continúa hasta el presente. Podría caracterizarse como un propósito de fusión de elementos de las anteriores etapas: es decir, combinar los elementos o derechos étnicos y culturales de las minorías que Wilson mencionaba y apoyaba con el absolutismo territorial de la descolonización.

Esta tendencia incluiría a cada grupo nacional o etnia que así tendría derecho a la secesión e independencia. Esta interpretación no ha sido sin embargo aceptada pacíficamente en el ámbito del derecho internacional, ni por los Estados.

Lo cierto es que la combinación de la definición original de la autodeterminación y las interpretaciones posteriores han causado una confusión considerable. De allí que el objetivo hoy en día sea identificar y definir con determinación y claridad el derecho de autodeterminación y qué entidades tienen ese derecho. Para una determinación exacta de los alcances de este derecho, podría proponerse que no necesariamente implique su ejercicio alcanzar la estatalidad, es decir, la categoría de Estado independiente.

Hay situaciones fácticas en el mundo actual que no pueden ser ignoradas. En primer lugar, las fronteras de los Estados son en muchos casos artificiales, aleatorias y accidentales. En segundo lugar, si bien en general hay un balance entre lo étnico y territorial, en la mayoría de los Estados occidentales no ocurre así en otras áreas. Es decir, hay Estados en que grupos étnicos diferentes conviven forzosamente dentro de las fronteras de uno o de varios Estados.

En tercer lugar, la preocupación actual con la autodeterminación no es solo un efecto del quiebre de la Ex Unión Soviética, sino que muchos otros grupos o “pueblos” están redescubriéndose y buscan liberarse para retomar su propia historia. Mucho ha tenido que ver la aplicación de conceptos como las nociones de democracia y derechos humanos; la atracción a estos valores que en algunos casos son “corrosivos” a la estatalidad, y lleva a la aparición de reclamos étnicos o, como ocurre en el mundo islámico, diferencias religiosas que pueden generar movimientos secesionistas. Los medios masivos de comunicación son también en parte responsables de esparcir estas ideas, la introducción de valores democráticos como la libertad de expresión, de reunión y de prensa acelera el desarrollo de la conciencia de esos grupos minoritarios en la búsqueda de la autonomía y quizás de la independencia.

El nacionalismo, la etnicidad y la religión son utilizados en muchos casos como expresión de resentimiento, y esto se observa en los países que han tenido un desarrollo económico rápido y urbanización con malos servicios por parte de su Estado. Es aquí que los grupos marginalizados buscan nuevas formas de identidad y de lealtad que aquellas que les ofrece el Estado que en cierta forma consideran que los abandonó.

Así se adoptan formas alternativas de identidad, como la etnicidad y la religión y su utilización como instrumentos políticos, para crear un proyecto nacional.

La respuesta internacional en los Balcanes exacerbó este problema, si bien debe tenerse en cuenta que gran parte de la guerra civil en la Ex Yugoslavia ocurrió antes de la partición en 1992. Esto significa que la violencia fue anterior al reconocimiento. De allí que es difícil prohibirle la fuerza a otros grupos cuando ocurrió la partición de Yugoslavia y la misma fue sancionada con la aquiescencia de Europa y Occidente en general.

## *2.1. Tipos de autodeterminación*

La autodeterminación tiene varias lecturas: como se ha visto, aparece vinculada al fin del colonialismo y la creación de nuevos Es-

tados, producto del fin de los Imperios. Pero hay otra que se refiere a que la autodeterminación es un derecho de los Estados, la prerrogativa soberana que define las relaciones entre Estados existentes. Así el derecho a definir su futuro político y a la igualdad jurídica con los demás Estados. Una tercera definición se relaciona más con la protección de los derechos individuales y colectivos así como el gobierno democrático.

*El problema es que ninguna de estas definiciones se refiere al núcleo de cómo responder a las aspiraciones de un grupo que quiere construir su propio Estado.*

Ni siquiera la definición referida a la democracia responde al interrogante, pues la democracia es esencialmente el gobierno de las mayorías, y en estos casos es la mayoría la que no permite el ejercicio de esos derechos por la minoría.

La autodeterminación no es sin embargo un pacto de suicidas, en el sentido de que no obliga a los Estados a subordinar o subyugar su propio interés. El derecho a la autodeterminación debe ser visto a la luz de las normas de los derechos humanos, especialmente a estos grupos, que sin embargo tienen otras opciones antes de llegar a ser Estados; tales como: participación en asambleas, gobiernos autónomos o comisiones regionales. Asimismo hay ejemplo de entidades territoriales que no son Estados, pero pueden participar en Organizaciones. Por ejemplo, la situación Taiwán en el Banco de Desarrollo Asiático, o de Hong Kong y Macao en la OMC.

Se entiende entonces que la autodeterminación es, entre otras cosas, el derecho a la independencia cultural, a la libertad religiosa y al uso del lenguaje, pero no a la secesión.

Un caso específico fue el de Chechenia, en 1991, donde su Presidente, Dzhokhar Dudayev, declaró la independencia de la Unión Soviética. Los Estados Unidos defendió el derecho a la integridad territorial de la URSS, si bien quizás no concordaban con los métodos para restablecer esa soberanía<sup>28</sup>. Tartaristán, entre otras Repúblicas, negoció una serie de acuerdos, bastante imprecisos con Rusia, sobre

28. Para el conflicto en Chechenia ver <http://www.wmd.org/resources/whats-being-done/ngo-participation-peace-negotiations/history-conflict-chechen-republic>.

su estatus, evitando así la violencia. Sin embargo, la historia de los Tártaros y Rusia es diferente de la de este Estado con los Chechenos. Los Tártaros han sido parte de Rusia desde el siglo XVI, en cambio los Chechenos solo desde el siglo XIX, después de una campaña brutal y sangrienta que continuó con Stalin y la política de relocalización de toda su población después de la Segunda Guerra Mundial, es decir, han estado siempre sujetos, lo cual no quiere decir que deban seguir siendo oprimidos.

*El derecho de secesión no ha sido reconocido por el derecho internacional. Quedaría autorizada o se legitimaría solo en casos en los que haya graves y sistemáticas violaciones de derechos humanos hacia ese grupo y esa entidad es económicamente viable.*

Como se puede observar no hay soluciones simples a los dilemas de la autodeterminación, y no existen porque no hay una sola causa para la autodeterminación. Es deseable, en consecuencia, que estos grupos tengan alternativas, pero sin tener que llegar a la secesión y al uso de la fuerza como *ultima ratio*.

## **2.2 ¿El derecho de autodeterminación prevalece sobre el de integridad territorial?**

El choque entre los principios de autodeterminación y de integridad territorial es una cuestión compleja, delicada y cargada de controversias. El territorio es un elemento esencial del Estado, pero el derecho a determinar el destino pertenece a la población. El principio de integridad territorial es de importancia para mantener la seguridad y estabilidad y también es de importancia el de autodeterminación.

El principio de autodeterminación es amplio y para propósitos didácticos se lo divide en interno y externo. El interno es la democracia participativa dentro de las fronteras de un Estado, de allí que no se afecta la integridad territorial. Sin embargo, la historia del principio de autodeterminación está más conectada a reclamos territoriales, secesión e independencia.

El tema a tratar es aquí la autodeterminación externa. La misma puede definirse como el derecho a decidir sobre el estatus político de un pueblo y su lugar en la comunidad internacional en relación con

otros Estados, incluido el derecho de separarse o de secesión, del cual ese pueblo forma parte, y crear o establecer un nuevo Estado. Para algunos el principio de autodeterminación se halla por encima del de integridad territorial, basándose en los Pactos de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en Resoluciones de la Asamblea General así como en Tratados y otras fuentes del derecho internacional.

Se procederá, en consecuencia, a analizar ambos principios.

### *2.3. El principio de integridad territorial y su ámbito*

Este principio es considerado fundamental para lograr y mantener la seguridad y la estabilidad de la Comunidad Internacional. Mantener la paz y la seguridad internacional es el propósito primario de la Carta de las Naciones Unidas<sup>29</sup>. El principio de integridad territorial se basa en el de no intervención en los asuntos internos de otros Estados, y sirve para la paz y estabilidad. De allí que sea uno de los principios más fundamentales y mejor establecidos en el derecho internacional<sup>30</sup>. Había sido ya establecido por la Liga de las Naciones<sup>31</sup> y en la Carta de las Naciones Unidas, en su paradigma del Artículo 2º, Párrafo 4, donde se lo menciona como uno de los elementos esenciales del Estado<sup>32</sup>.

La amenaza o el uso de la fuerza infringe la integridad territorial, pero declaraciones de carácter diplomático o político no lo hacen. Este principio se aplica solo entre Estados, ya que solo estos son los Miembros de la ONU<sup>33</sup>.

29. Carta de las Naciones Unidas, 26 de junio de 1945. 59 Stat. 1031 T.S.Nº 993.

30. MUSGROVE, Thomas D., *Self-Determination and National Minorities*, Oxford Clarendon Press 2000, 338, págs. 181-197.

31. "The Members of the League undertake to respect and preserve as against external aggression, the territorial integrity [...] of all Members of the League", Covenant of the League, Article 10.

32. Artículo 2º, Párrafo 4, Carta de las Naciones Unidas.

33. Artículo 3º, Carta de las Naciones Unidas: "The original Members of the United Nations shall be States".



De acuerdo a esta línea de pensamiento, el principio de integridad territorial es un principio que se aplica entre Estados y no dentro de cada Estado. En cambio, los aspectos de la unidad o integridad en cada Estado son de jurisdicción interna y no cae en el ámbito del derecho internacional.

## ***2.4. El principio de autodeterminación de los pueblos y su ámbito***

El principio de autodeterminación es otro principio fundamental del derecho internacional. Formulado en el siglo XVIII, se mantuvo como principio político durante la etapa de la Liga de las Naciones, y su grado de carácter político puede observarse en el Reporte de la Comisión de Juristas sobre las Islas Aaland y en el llamado Reporte Lytton sobre la situación de Manchuria<sup>34</sup>, hasta la adopción de la Carta de las Naciones Unidas<sup>35</sup>. Sin embargo, es un principio y no una regla precisa, de allí el alto grado de generalidad, abstracción e indeterminación. La mayoría de los instrumentos internacionales relacionados a la autodeterminación se refieren a los pueblos, de allí que algunos entiendan que es colectivo. La Carta de las Naciones Unidas también lo menciona, cuando dice que uno de los propósitos es desa-

---

Artículo 4º: "Membership of the United Nations is open to all other peace-loving States".

34. Para un análisis del Reporte Lytton sobre Manchuria y la Invasión japonesa ver: <http://hansard.millbanksystems.com/lords/1932/nov/02/manchuria-report-of-the-lytton-commission>. En él se mencionan los deseos de la población, si bien de poco sirvió: "There is in Part III of the Report an extremely interesting account of the opinions of the inhabitants of Manchuria, which are very carefully gone into, not only the different interests and the officials and the farm workers, but the different races, Mongols, Manchus and Koreans. The Commission sum up their conclusion in a paragraph which I will read: Such are the opinions of the local population, conveyed to us during our tour in Manchuria. After careful study of the evidence presented to us in public and private interviews, in letters and written statements, we have come to the conclusion that there is no general Chinese support for the 'Manchukuo Government', which is regarded by the local Chinese as an instrument of the Japanese".

35. CASSESE, Antonio, *Self-Determination of peoples: A Legal Reappraisal*, Cambridge University Press, 1995, pág. 32.



rollar o promover relaciones amistosas entre los Estados basadas en los principios de igualdad de derechos y autodeterminación de los pueblos. También menciona que se deben tomar medidas apropiadas para fortalecer la paz universal.

Pero no hay una definición precisa de qué es la autodeterminación, ni se les impone obligaciones directas a los Estados Miembros en esa área.

Las provisiones legales referentes a la autodeterminación aparecen en el Artículo 1º del Pacto de Derechos Civiles y Políticos<sup>36</sup> y en el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>37</sup>: *“All peoples have the right of self determination. By virtue of that right they freely determine their political status, and freely pursue their economic, social and cultural development. The States Parties to the present Covenant, including those having responsibility for the administration of Non-Self-Governing and Trust Territories, shall promote the realization of the right of self-determination, and shall respect that right, in conformity with the provisions of the Charter of the United Nations”*.

También puede mencionarse la Resolución de la Asamblea General 51/84, del 28 de febrero de 1997, que reafirma la “realización universal del derecho de los pueblos a la autodeterminación”.

En consecuencia es un derecho *erga omnes*<sup>38</sup>, así cualquier Estado si observa su incumplimiento puede demandar el mismo y el Estado acusado debería cumplir con su deber.

Es importante entonces saber qué debe entenderse como “pueblo”: ¿Una Nación, una minoría, un grupo étnico, los llamados pueblos originarios?

El temor de los Estados cuando aceptan el principio en los Pactos, aunque los mismos no tienen ningún mecanismo de cumplimiento, es que el derecho se extienda a las minorías, de allí que de acuerdo a los *travaux préparatoires* se limita su alcance al excluirse las minorías

36. International Covenant on Civil and Political Rights 999 UNTS 71.

37. International Covenant on Economic, Social and Cultural Right 993 UNTS 3.

38. La Corte Internacional de Justicia lo afirma en el East Timor Case Concerning East Timor (“Portugal vs. Australia”), Judgment of 30 June 1995 y en la Opinión Consultiva sobre Legal Consequences of the Construction of a wall in the Occupied Palestinian Territory Advisory Opinion of 9 July 2004.

del vocablo pueblo<sup>39</sup>. La reunión Mundial de Expertos de la UNESCO para la Elucidación de los Conceptos de Derechos de los Pueblos, celebrada en 1989, desarrolla una definición de pueblo como un grupo de individuos que tiene alguna de estas características en común:

- a) Una tradición común histórica.
- b) Identidad racial o étnica.
- c) Homogeneidad cultural.
- d) Unidad lingüística.
- e) Afinidad religiosa e ideológica.
- f) Conexión territorial.
- g) Vida económica en común.

Además de estos factores que serían objetivos, está el subjetivo de su propia conciencia de los mismos y de mantener la distinción en base a los caracteres objetivos. El pueblo sería la población completa de una entidad territorial particular, y esto demuestra la conexión entre pueblo y territorio.

## 2.5. *Interrelación entre ambos principios*

La principal interrelación entre los principios de autodeterminación y de integridad territorial es que la reclamación a la autodeterminación externa cubre un reclamo territorial. Aquí aparece la cuestión de la secesión vinculada con el principio de integridad territorial<sup>40</sup>. El principio de autodeterminación se invoca en conexión con una secesión unilateral sin consentimiento del Estado y sin sanción constitucional<sup>41</sup>.

Como en el planeta, todo el territorio ya está reclamado por un Estado u otro, y el uso de la fuerza para adquirir territorios no es per-

39. CASSESE, Antonio, ob. cit., pág. 50.

40. MUSGROVE, Thomas D., *Self-Determination and National Minorities*, Oxford Clarendon Press, 2000 338, páge 181.

41. Secesión constitucional es cuando hay un derecho explícito en la Constitución, o una enmienda al respecto.

mitido, la secesión es el único medio o método de creación de un nuevo Estado, salvo la fusión.

Ambos principios así se conectan y esto se observa en la Declaración de las Naciones Unidas sobre el otorgamiento de la Independencia a los Pueblos Coloniales de 1960, y la Declaración de los Principios de Derecho Internacional concernientes a las Relaciones Amistosas y de Cooperación entre los Estados de 1970.

Asimismo, el Acta Final de Helsinki, adoptada en la Conferencia de Seguridad y Cooperación en Europa de 1975, así como la Declaración de Viena y el Programa de Acción de 1993.

Sin embargo, estas Resoluciones y Declaraciones no tienen un valor jurídico de obligatoriedad claro, y no constituyen fuentes en el sentido formal de acuerdo al Estatuto de la Corte Internacional de Justicia<sup>42</sup>. Debe recordarse que la Asamblea General de la ONU no tiene Poder Legislativo para crear normas obligatorias, salvo en lo organizativo y administrativo<sup>43</sup>.

La doctrina y alguna jurisprudencia establecen que las Resoluciones de la Asamblea General son evidencia de derecho consuetudinario<sup>44</sup>, más si han sido adoptadas por unanimidad. Otros, en cambio, entienden que no tienen *usus* ni *opinio juris*<sup>45</sup>. En definitiva, la práctica establece que las Resoluciones de la ONU sobre autodeterminación se refieren a pueblos coloniales y/o con ocupación militar.

## ***2.6. Análisis comparativo de los principios de autodeterminación de los pueblos y de integridad territorial***

Las reglas más específicas concernientes al principio de autodeterminación o derecho se refieren a los pueblos coloniales y a su implementación, pero esta labor está casi completa con excepción de

42. Artículo 38, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. 59. Stat. 1055. T.S. N° 993.

43. SCHACHTER, Oscar, *International Law in Theory and Practice*, M. Nijhoff, 1991, págs. 138-139.

44. Ídem, pág. 140.

45. CASSESE, Antonio, ob. cit., pág. 69.

algunos territorios. De acuerdo a la Resolución 59/134<sup>46</sup>, en el proceso de descolonización no hay alternativa al principio de la autodeterminación<sup>47</sup>.

La Resolución 1514 (XV), Declaración de la Concesión de la Independencia a los Pueblos Coloniales<sup>48</sup>, y la Resolución 2625 (XXV), sobre la Declaración de los Principios del Derecho Internacional Concernientes a las Relaciones Amistosas y de Cooperación entre Estados de acuerdo a la Carta de la ONU<sup>49</sup>: ambos documentos proclaman el fin del colonialismo en todas sus formas.

Con la Resolución 1514 el cambio del estatus colonial al de independencia no debe incluir ningún cambio territorial. Así expresa la misma: “[...] *any attempt aimed at the partial or total disruption of the national unity and territorial integrity of a country is incompatible with the purposes and principles of the Charter of the United Nations*”. “*A country under the Resolution is considered not only a sovereign state, but also a non self-governing territory*”. En virtud del principio de autodeterminación se convertía en Estado independiente, pero sin modificación de fronteras. *Esta sería la autodeterminación externa.*

El párrafo 1° de la Resolución 2625 (XXV) establece, asimismo: “[...] *by virtue of the principles of equal rights and self determination [...] all peoples have the right freely to determine without external interference, their political status*”. Aquí, en cambio, se está refiriendo a la autodeterminación interna.

Sin embargo, tanto la Resolución 1514 como la 2625 definen pueblo como la población entera de una unidad territorial, y se impide a los grupos étnicos que dentro de esos territorios no autónomos sean considerados como “pueblos”. Así esos grupos al no poder secesionarse no pueden determinar su futuro político. *En consecuencia, el tér-*

46. U.N. General Assembly, Resolution 59/134 del 25 de enero de 2005 menciona a Samoa Americana, Anguilla, Bermudas, las Islas Vírgenes Británicas, las Islas Cayman, Guam, Montserrat, Pitcairn, Saata Helena Turcos y Caicos, y las Islas Vírgenes Americanas.

47. UN General Assembly Resolution 59/134 del 25 de enero del 2005. Parte A Parrafo 2

48. UN GA Resol. 1514 (XV) 1960.

49. UN GA Resol. 2625 (XXV) 1970.

*mino pueblo al referirse a los territorios no autónomos, solo considera o tiene en cuenta a la población total del territorio,*

De allí que el principio de integridad territorial se confiere a los territorios antes que se transformen en Estados en el derecho internacional. La secesión para las colonias era la separación de los Imperios Coloniales pero sin modificaciones territoriales dentro de un territorio particular, en consecuencia, sin reconocer derecho de secesión. El principio entonces aplicable es el de *uti possidetis*, asegurando que las fronteras de los territorios no autónomos se mantendrían constantes cuando el territorio llegase a la independencia, así el principio de la intangibilidad de las fronteras establecido en la OUA.

El párrafo 4° de la Resolución 2625 (XXV) establece los modos de implementación: *“The establishment of sovereign and independent state, the free association or integration with an independent state, or the emergence into any other political status freely determined by people, constitute modes of implementing the right of self-determination by that people”*.

El lenguaje así cubre la fusión y secesión pero el derecho a decidir pertenece a toda la población de una entidad territorial.

Detrás de esto estaba el pragmatismo de la comunidad internacional porque en una “descolonización rápida” es casi imposible considerar la opinión de todos y cada uno de los grupos étnicos, es decir, quién quiere unirse con quién y quién quiere secesiones. Históricamente el modelo colonial no tuvo en cuenta a las etnias y la división territorial, lo cual produce naciones divididas, y eso no se soluciona fácilmente. Ahora la secesión una vez lograda la independencia no está prohibida en sí misma. En consecuencia, el principio de autodeterminación prevalece con la condición de que el término “pueblo” se aplica a la población total de un territorio no autónomo.

## **2.7. Casos de ocupación militar extranjera**

El reconocimiento del derecho de autodeterminación de los pueblos, con ocupación militar extranjera, es al mismo tiempo una condena a la amenaza y uso de la fuerza contra la integridad territorial

e independencia política contrario a los Propósitos y Principios de la ONU y al Artículo 2º, Párrafo 4º, de la Carta. En la práctica, el concepto de dominación extranjera está limitado al uso de fuerza armada seguido de ocupación.

La Carta no se refiere al vínculo entre autodeterminación y los pueblos con ocupación extranjera; esta conexión aparece en la Declaración 2625 (XXV): “[...] *subjection of peoples to alien subjugation, domination, and exploitation constitutes a violation of the principle of self determination, as well as a denial of fundamental human rights, and is contrary to the Charter*”<sup>50</sup>.

El retiro de la potencia ocupante del territorio *ipso facto* restablece el derecho de autodeterminación. El simple retiro de la autoridad no es suficiente si la población sigue sojuzgada por un poder extranjero. La autodeterminación externa se ejecutará por la elección libre de nuevos gobernantes representativos.

El requisito de que los Estados cumplan sus obligaciones de buena fe<sup>51</sup> en caso de que se lleven a cabo plebiscitos o referéndums lleva aparejada la libre determinación y elección de la población.

En consecuencia, está prohibido el movimiento o desplazamiento de poblaciones en los territorios en cuestión para modificar el resultado de los referéndums. Hay innumerables Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y de la Comisión de Derechos Humanos referidas al derecho de la autodeterminación de los pueblos y otros derechos humanos como resultado de la intervención militar extranjera, agresión y ocupación. Algunos ejemplos de ocupación son el caso de los Estados Bálticos en 1940, la ocupación del Tíbet por China en 1959, la invasión y ocupación soviética de Afganistán en 1979, la ocupación israelí de territorios árabe en 1967, la ocupación turca en Chipre en 1974, y el caso paradigmático de la invasión de Iraq a Kuwait en 1990.

La Asamblea General adopta asimismo una serie de disposiciones referidas a los Territorios Palestinos ocupados, “reafirmando el derecho del pueblo Palestino a su autodeterminación, incluyendo el

50. Resolución 2625 (XXV), Párrafo 2º.

51. Carta de la ONU, Artículo 2º, Párrafo 2º.

derecho a un Estado Palestino”<sup>52</sup>. En consecuencia, las Resoluciones de la Asamblea General, los Pactos y la práctica estatal establecen claramente que los pueblos sujetos a ocupación extranjera tienen el derecho a la autodeterminación externa. No hay contradicciones con el principio de integridad territorial porque no hay desintegración de un territorio, que no fue legalmente integrado. Así, para pueblos con ocupación militar el principio está reconocido como ilimitado y el Estado ocupante no puede reclamar la aplicación del principio de integridad territorial.

Por otro lado, el Estado con ocupación puede reclamar la aplicación de ambos principios, el de autodeterminación y el de integridad territorial, que se refuerzan uno al otro en este caso. Se refuerzan porque la ocupación militar infringe el principio de integridad territorial, o unidad territorial del Estado ocupado, y el pueblo tiene derecho a la autodeterminación. El caso de Lituania y otros Estados del Báltico son un buen ejemplo.

La primera vez que Lituania declara su independencia en 1918, es invocando el derecho a la autodeterminación, incorporado en la Constitución y en la Declaración de la Independencia, pero en ese tiempo era un concepto político utilizado por los Estados Occidentales.

La segunda vez que declara su Independencia en 1990, lo hace frente a la Unión Soviética y con la restauración a las fronteras anteriores a 1940, enfatizándose no solo la autodeterminación, sino la ilegalidad del Pacto Ribbentrop-Molotov de 1939, si bien la fuerza no era prohibida en ese momento. Así que además de la autodeterminación está la ilegalidad de los actos de la potencia invasora y ocupante: la Unión Soviética.

Sin embargo, en la realidad de la Comunidad Internacional, muchos pueblos habitan en territorios ocupados por un Estado extranjero, sin que la ocupación sea contraria a la prohibición internacional del uso de la fuerza armada.

Esto es así porque si bien es obvio que en la actualidad la ocupación militar no otorga un título válido, en el pasado sí lo hizo. Peter Malanczuk, en su Revisión a la obra de Michael Akehurst, analiza el

52. UN GA Resolución 59/179, 3 de marzo de 2005.

problema del derecho intertemporal, es decir, la ley de qué tiempo debería aplicarse para determinar el título válido sobre un territorio<sup>53</sup>.

### *Pueblos sin representación*

Algunos entienden que hay una excepción permitiendo las mudanzas territoriales aún dentro del Estado soberano e independiente si el gobierno no representa a una parte de la población del Estado. Si no hay representación las porciones no representadas de un pueblo se separan y el derecho a la secesión aparece como un remedio extremo.

Uno de los propósitos de las Naciones Unidas, mantener la paz y seguridad internacionales, no podría cumplirse si el Gobierno de un Estado amenaza la vida o no tiene en cuenta el bienestar general de parte de la población viviendo en ese territorio, ya que el conflicto más tarde o más temprano sería inevitable.

La Declaración sobre las Relaciones Amistosas y de Cooperación entre Estados, Resolución 2625 (XXV), establece al respecto: *"Nothing [...] shall be construed as authorizing or encouraging any action which would dismember or impair, totally or in part the territorial integrity or political unity of sovereign and independent States conducting themselves in compliance with the principle of equal rights and self determination of peoples [...] and thus possessed of the government representing the whole people belonging to the territory without distinction as to race, creed and color"*<sup>54</sup>.

De acuerdo a este instrumento, entonces, la integridad territorial y unidad política de un Estado soberano es sagrada excepto cuando el Estado no se comporta de acuerdo a los principios de derechos iguales y de autodeterminación de los pueblos, entendiéndose pueblo como la población total de un Estado o unidad territorial. El Gobierno así no sería representativo de toda la población. Este es el víncu-

53. MALANCZUK, Peter, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th Revised Edition, 1997, pág. 155.

54. Resolución 2625, Párrafo 7.



lo entre la secesión posible, si no hay autodeterminación. El Gobierno representativo es posible en una sociedad democrática donde la misma puede elegir a sus representantes. El voto y la decisión de las mayorías no son falta de representatividad, si todos los ciudadanos tienen un voto. Ahora en un Estado no democrático la secesión sería permitida.

La Resolución 2625 hace dos distinciones: raza y creencias religiosas, ya que raza y color es lo mismo; y si se interpretan estrictamente los grupos étnicos en un Estado soberano se les negaría la autodeterminación aun si no están representados.

Sin embargo, la no representación en sí misma no otorga el derecho a la secesión ya que primero se debe reclamar la autodeterminación interna y llegar si es posible a la representación dentro de la estructura estatal. Debe haber graves violaciones a los derechos humanos y la exclusión de cualquier solución pacífica. La secesión sería así el último recurso; de acuerdo a Buchanan, desde el punto de vista del derecho internacional el derecho unilateral a la secesión, es decir, sin el acuerdo de la totalidad de la población o autorización o enmienda constitucional, sería el remedio o un último recurso a graves injusticias, es la llamada *Remedial Right Only Theory*<sup>55</sup>.

Los Estados que no practican estas graves o serias injusticias están inmunes a la secesión en esta cláusula y tienen el apoyo de la Comunidad Internacional o deberían tenerlo en relación al mantenimiento de su integridad territorial. Un Estado que oprime, destruye o explota a un pueblo o comunidad en vez de protegerlo o representar sus intereses no tiene un derecho legítimo de invocar el principio de integridad territorial sobre ese pueblo o comunidad.

El principio se invocaría frente a otros Estados Soberanos que pueden apoyar el movimiento de secesión como un remedio para parte de su población no representada reconociéndola como pueblo con derecho a un Estado separado.

*Es obvio que la excusa de la no representación no autorizaría a ocupar un territorio y controlarlo por un Estado extranjero ya que así no habría*

55. BUCHANAN, Allen, *Justice, Legitimacy and Self-Determination*, Oxford Scholarship Online, 2003.

*verdadera autodeterminación. Sin embargo, otorgarle autodeterminación externa a pueblos o etnias o grupos no representados (salvo colonización u ocupación militar) no es aún derecho internacional consuetudinario.*

La práctica de los Estados en las Naciones Unidas, desde la década de los setenta, muestra evidencia de que darle autonomía y autodeterminación interna a grupos raciales o étnicos perseguidos por el gobierno central es derecho consuetudinario, pero la posibilidad de secesión no es derecho internacional aún.

Pero quizás la regla esté en proceso de creación. Así la Resolución de la Asamblea General de la ONU 45/130 reafirma “la legitimidad de la lucha de los pueblos por la independencia y la liberación [...] del apartheid, por todos los medios posibles”<sup>56</sup>.

Por su parte, la Corte Suprema de Canadá en su Opinión Consultiva sobre la secesión de Quebec<sup>57</sup> basa su opinión en el derecho de autodeterminación externo de los pueblos sin representación. Así menciona las colonias de pueblos oprimidos con ocupación militar extranjera y la situación, diciendo: “[...] *where a definable group is denied meaningful access to government and their political, economic, social and cultural devolvment*”<sup>58</sup>.

La Corte enfatiza que en esas tres situaciones el pueblo está con derecho a la autodeterminación externa, aun reconociéndose el derecho a la secesión el principio de integridad territorial prevalece y el derecho a la autodeterminación sería un último recurso.

## 2.8. Estados independientes

Si pueblo se interpreta como la población integra o completa de una unidad territorial determinada, el principio de autodeterminación de los pueblos y el principio de integridad territorial se aplican a los Estados independientes y ambos ayudarían a preservar la so-

56. UN GA Resolución 45/7130 (es correcto el número así?), 14 December 1990, Para. 2°.

57. Supreme Court of Canada Re Secession of Quebec, 2 .S.C.R. 217 (1998).

58. Supreme Court of Canada Re Secession of Quebec, 2 .S.C.R., Paragraph 158.

beranía e integridad territorial. El principio de autodeterminación se aplicaría así a la totalidad de la población, de allí que cualquier cambio, de territorio o mudanza, requiere la decisión de la población. El principio de la integridad territorial requiere, asimismo, el respeto de los demás Estados, lo cual lo vincula directamente con el principio de la no intervención.

Si un sector dentro del Estado reclama un cambio territorial sobre la base del principio de autodeterminación, el reconocimiento internacional de este derecho puede socavar el principio de integridad territorial. De allí que cualquier discusión sobre el derecho de autodeterminación para la población (minorías o poblaciones indígenas), dentro de los Estados soberanos, genera temor en los mismos de que cualquier acción al respecto interfiera en los asuntos domésticos, y así se viole por parte de otros Estados el principio de no intervención.

Es por eso que en muchos casos las Naciones Unidas se quedan en silencio con respecto a reclamos de autodeterminación de minorías étnicas o religiosas, y no han sido efectivos en su accionar.

Sin embargo, las siguientes excepciones deben de tenerse en cuenta:

a) Los pueblos con ocupación militar tienen el derecho de autodeterminación como pueblos separados y reconocidos por el derecho internacional.

b) Los pueblos sin representación y oprimidos son considerados pueblos separados.

El Principio N° 8 de la Declaración de Helsinki referido en especial a los países de Europa, y con el propósito de la reunificación de lo que era entonces las dos Alemanias, declara: “[...] *all peoples always have the right in full freedom, to determine when and as they wish their internal and external political status, without external interference, and to pursue as they wish their political economic, social and cultural environment*”<sup>59</sup>.

Sin embargo, hay una condición que limita el alcance de estas cláusulas, que es la conformidad con los propósitos y principios de la Organización de las Naciones Unidas y las normas relevantes, in-

59. Helsinki Final Act. Conference on Security and Cooperation in Europe (OSCE), August 1<sup>st</sup>, 1975, 14.ILM, 1992, Principle 8.

cluidas las referidas a la integridad territorial de los Estados<sup>60</sup>. La Declaración de Helsinki se aplica a los pueblos de los Estados soberanos pero no hay un derecho de autodeterminación otorgado a las minorías y no hay derecho de secesión porque se le otorga más importancia a la integridad territorial<sup>61</sup>.

En consecuencia, para Estados independientes el principio de autodeterminación de los pueblos prevalece sobre el de integridad territorial pero solo con el entendimiento o interpretación de que "pueblo" es toda la población del Estado.

## 2.9. La secesión como cuestión de jurisdicción doméstica

Una secesión dentro del Estado también puede ser considerada como una cuestión de jurisdicción doméstica y así colocar la cuestión fuera del derecho internacional. Así se pueden secesionar y, como expresa Peter Malanczuk: "[...] *there is no rule of international law which forbids secession from an existing state, nor is there any rule which forbids the mother state from crushing the secessionary movement*"<sup>62</sup>.

60. Ídem.

61. Helsinki Final Act. Conference on Security and Cooperation in Europe (OSCE), August 1<sup>st</sup> 1975.

"VIII. Equal rights and self-determination of peoples

The participating States will respect the equal rights of peoples and their right to self-determination, acting at all times in conformity with the purposes and principles of the Charter of the United Nations and with the relevant norms of international law, including those relating to territorial integrity of States.

By virtue of the principle of equal rights and self-determination of peoples, all peoples always have the right, in full freedom, to determine, when and as they wish, their internal and external political status, without external interference, and to pursue as they wish their political, economic, social and cultural development.

The participating States reaffirm the universal significance of respect for and effective exercise of equal rights and self-determination of peoples for the development of friendly relations among themselves as among all States; they also recall the importance of the elimination of any form of violation of this principle".

62. MALANCZUK, Peter, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th Revised Edition, 1999, page 78.

Pero una guerra o aplastar la secesión llevaría a violaciones de derechos humanos, crímenes de guerra y quizás hasta un posible genocidio.

El principio de autodeterminación tiene aquí un ámbito más limitado y la secesión es o puede ser el resultado de un conflicto que puede acarrear una intervención extranjera; si bien en esta posición la secesión sería doméstica, tiene consecuencias internacionales, además de las ya mencionadas, la aparición de un nuevo Estado si el mismo reúne los requisitos que el derecho internacional establece.

### **2.10. Irredentismo**

La secesión no puede ser considerada una cuestión de jurisdicción doméstica si envuelve a grupos étnicos o pueblos que están en más de un Estado: es el llamado irredentismo. El caso más común es el de grupos étnicos que viven o habitan en más de un Estado y buscan secesionarse de un Estado y unirse a otro o formar un nuevo Estado.

El principio de integridad territorial prohíbe que un Estado haga reclamaciones territoriales contra otro pero si los pueblos de los dos Estados o unidades territoriales están de acuerdo en reclamar la unión no hay problema, es el ejemplo de la reunificación alemana.

Pero las minorías étnicas no pueden invocarlo porque no son pueblos de acuerdo al derecho internacional. En consecuencia, en los casos de irredentismo el principio de autodeterminación prevalece sobre el de integridad territorial pero con dos condiciones:

a) Primera, que el vocablo pueblo se entienda como la población total de una unidad territorial determinada.

b) Segunda, que el deseo de fusión se exprese por las poblaciones de todas las unidades territoriales.

### **2.11. Minorías**

Los Estados se han opuesto siempre a que el derecho de autodeterminación internacional o externo se otorgue a minorías lingüísticas

étnicas o religiosas. Los Pactos Internacionales por eso no consideran a las minorías como *pueblos*.

Las minorías no gozan de autodeterminación porque los pueblos la tienen otorgada por el Artículo 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a las minorías que están protegidas por el Artículo 27 no se les otorga ese derecho<sup>63</sup>.

En realidad no tienen solo esos derechos culturales, religiosos o lingüísticos; pero los *travaux préparatoires* indican que los redactores no tenían la intención de tratarlos como a pueblos.

Si se reconociera ese derecho a las minorías como pueblos separados, esto conduciría a un derecho incondicional y continuo a la secesión y a la fragmentación de los territorios en múltiples Estados. Así se abre la discusión entre quienes entienden que todos los grupos étnicos tienen derecho a la secesión y a la formación de un nuevo Estado y los que defienden el *status quo* y la integridad territorial de los Estados a toda costa. La negativa de los Estados en muchos casos de reconocer la autodeterminación ha causado conflictos. Se vuelve así al problema de la adquisición del territorio a través de título originario o derivado y por el uso de la fuerza antes de 1945, y a la cuestión del derecho intertemporal.

En consecuencia, no hay derecho de autodeterminación para las minorías, prevaleciendo la integridad territorial, salvo ocupación militar o los casos de descolonización.

## ***2.12. Autodeterminación, la integridad territorial e intervención humanitaria***

El debate sobre la cuestión de Kosovo ha traído a referencia el vínculo entre las normas sobre autodeterminación, integridad territorial, intervención humanitaria y el uso de la fuerza<sup>64</sup>.

63. Artículo 27 ICCPR, "In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right [...] to enjoy their own culture, profess and practice their own religion, or use their own language".

64. Para un análisis del juego de los principios políticos y jurídicos en el caso de Kosovo ver Asil Insights Kosovo's Declaration of Independence: Self-Determination, Secession and Recognition, February 29, 2008, Volume: 12, <http://www.asil.org/>

Hay así una serie de normas que pueden entrar en conflicto: la prohibición de la Carta de usar la fuerza solo como último recurso y en legítima defensa<sup>65</sup>, la preservación de la integridad territorial de los Estados<sup>66</sup>, la exaltación del derecho de autodeterminación de los pueblos en la Carta<sup>67</sup>, los Tratados Internacionales<sup>68</sup> y muchos otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos<sup>69</sup>.

Aparece, entonces, la tensión entre el derecho de autodeterminación que confiere a un Estado el derecho de determinar su propio gobierno sin interferencias externas y el derecho de los pueblos de acudir y recibir ayuda en la búsqueda de esa autodeterminación.

La secesión dentro de un Estado es un acto de confrontación y es inevitable que el Estado establecido responderá en términos de uso de la fuerza.

Las normas del derecho internacional que reconocen la integridad territorial de un Estado establecido y el uso de la fuerza por un Estado en legítima defensa son consideradas como normas de *jus cogens*.

La secesión no puede ser equivalente a la autodeterminación, si no el derecho estaría dando pie al uso de la fuerza con la excusa de la autodeterminación y condenar la respuesta del Estado a su autopreservación. Si hay un postulado claro que surge de la Carta es que la fuerza solo debe ser usada como un recurso extremo<sup>70</sup>.

---

insights/volume/12/issue/2/kosovos-declaration-independence-self-determination-secession-and-recognition.

65. UN Charter Art. 2º, Paragraph 4. Art. 51.

66. UN Charter Art. 2º, Paragraph 7.

67. UN Charter Art. 1º, Paragraph 2.

68. ICESCR Dec. 16, 1966, 993 UNTS 3, ICCPR. Dec. 19, 1966, 993 UNTS 171.

69. UN Charter, Arts. 1º, 53, 73, 67 (6) Universal Declaration of Human Rights, Dec. 1 1948. Arts. 1º, 37, UNGAOR 3d Session Pt 1, at 71, UN Doc. A/81 (1948); Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, Dec. 14, 1960, G.A. Resolution 1514, UN GAOR, 15th Session Supp N° 16 at 66, UN Doc. A/4684 (1961); Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation Among States in Accordance with the Charter of the United Nations, Oct. 24, 1970. General Assembly Resolution 2625 UN GAOR 25th Session Supp N° 28 at 121 UN Doc. A/8028. 1971.

70. UN Charter, Art. 2º, Paragraph 4. Art. 51.

Esta proposición también debe aplicarse al movimiento de secesión y al Estado establecido, si no las reglas favorecerían a un Estado sobre el otro, y lo que es peor, a un principio por sobre otro, es decir, autodeterminación *versus* integridad del territorio, en la respuesta.

Si hay un aspecto de la autodeterminación que no se discute es el derecho de la población de un Estado a decidir su gobierno. Pueden elegir ese gobierno a través de la violencia o de la guerra civil y aun así no violar el derecho internacional, dentro del Estado. Pero cuando se usa la fuerza y esta apunta hacia la secesión debe justificarse como una medida de último recurso para la autodeterminación.

Aceptar estas premisas reconcilia las normas de autodeterminación y las de preservación territorial.

Los derechos humanos se aplican a todos los individuos dentro del Estado, y cuantos más derechos se niegan se termina con la negación del derecho colectivo de autodeterminación que tiene la población para elegir su forma de gobierno, derecho que puede obtener aun por medio de la fuerza armada.

Si la negación de derechos afecta a una minoría nacional, o infringe los derechos enumerados en el Artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>71</sup>, o los derechos de grupos de indígenas y sus derechos son violados como grupos y como individuos, esto no significa que se les esté negando el derecho de autodeterminación, como derecho separado y diferente del derecho de la población a elegir su propio gobierno. Es a la población como un todo que se le otorga el derecho de determinar su propio gobierno, aun con la fuerza y en toda circunstancia.

*En cambio, las minorías nacionales o grupos étnicos no tienen el derecho de autodeterminación y mucho menos por la fuerza.*

Solo cuando la negación de derechos individuales o grupales es muy severa y esto da como resultado que el grupo no puede determinar su *estatus político en libertad y perseguir o gozar de su desarrollo económico social y cultural* es que aparece una grave y clara violación al derecho de autodeterminación<sup>72</sup>.

71. ICCPR Dec. 19, 1966, Art. 27, 999, UNTS 171, 179.

72. UN, Charter, Paragraph 1.



Solo entonces la fuerza armada sería posible ya que los procesos políticos o mecanismos de la sociedad civil no responden para rectificar esa situación. Así la secesión y el uso de la fuerza serían el último recurso.

Ahora con respecto a la *intervención humanitaria* si las víctimas no tienen justificación para usar la fuerza, es evidente que los terceros Estados no pueden intervenir ni individual ni colectivamente a través de la intervención ya mencionada.

En consecuencia, el paradigma es el siguiente: *Para o en el ejercicio de su autodeterminación, la población de un Estado puede elegir su Gobierno, aún por la fuerza. Los subgrupos o grupos étnicos, o "pueblos" dentro de esa población, pueden recurrir a la fuerza cuando hay negación de sus derechos individuales o grupales y esa denegación es equivalente a la negación del derecho a su propia autodeterminación. Si la autodeterminación no puede ejercerse dentro del Estado establecido la secesión será un último recurso.*

*La intervención humanitaria así se justifica si al pueblo se le priva del derecho de autodeterminación pero no si el pueblo quiere elegir un gobierno ya que si se interviene se violan los principios de autodeterminación y no intervención.*

### 3. ANÁLISIS DEL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN Y LA INTEGRIDAD TERRITORIAL A TRAVÉS DE LOS PRINCIPIOS DEL *UTI POSSIDETIS JURIS* Y *TERRA NULLIUS*

*"Truly, this period in our history has been well defined as the boundary-making era. [...] such endless vista of political geography arises before us [...] such a vision of great burdens for the white man to take up in far-off regions, dim and indefinite as yet"*<sup>73</sup>.

Tras haber analizado la autodeterminación y la integridad territorial, es el momento de referirnos a las herramientas jurídicas que se utilizan en los conflictos jurídicos en donde entran en juego tales principios. Los mismos se relacionan con los modos de adquisición

73. HOLDICH, Thomas, *The Use of Practical Geography Illustrated by Recent Frontier Operations*, 13 *The Geographical Journal*, pages 465, 466 (1899).

del territorio para otorgar título; y donde las nociones más importantes son las del *uti possidetis juris* y la *terra nullius*.

### 3.1. El Estado, los derechos territoriales y la autodeterminación

En primer lugar debe tenerse en cuenta que el Estado soberano<sup>74</sup> es aún el centro de todo el sistema de derecho internacional y su actor principal<sup>75</sup>.

La Convención de Montevideo sobre Derechos y Deberes de los Estados de 1934 establece la recepción de la normativa consuetudinaria sobre los Estados y los atributos claves de la soberanía: territorio, población y gobierno<sup>76</sup>.

Si bien cada uno de los conceptos mencionados presenta problemas, la noción de territorio definido es fundamental para la cuestión del Estado y el concepto de soberanía que lo acompaña; el cual, a su vez, va a repercutir en los principios de integridad territorial y autodeterminación.

Para identificar ese territorio delimitado el derecho internacional usa las nociones de *uti possidetis iuris* y de *terra nullius*. A pesar de sus orígenes en el derecho romano, como interdicto posesorio, el concepto del *uti possidetis* demuestra su importancia en el derecho internacional en relación a la noción de territorio<sup>77</sup>.

74. De allí que el Artículo 2º, Párrafo 7 de la Carta establece: "Nothing contained in the present Charter shall authorize the United Nations to intervene in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any State or shall require the Member to submit such matter to settlement under the present Charter, but this principle shall not prejudice the application of enforcement measures under Chapter VII".

75. ANDREWS, J. A., *The Concept of Statehood and the Acquisition of Territory in the Nineteenth Century*, 94 L.Q. REV. 408 (1978).

76. Convención de Montevideo, 1933, Artículo 1º. La misma afirma: "The state as a person of international law should possess the following qualifications: a) permanent population. b) defined territory. c) Government. d) capacity to enter into relations with other States.

77. PELLET, Allain, "The Opinions of the Badinter Arbitration Committee: A second Breath for the Self Determination of Peoples", 3, *European Journal of International Law*, page 178 (1998). Aquí se discute la doctrina del *uti possidetis juris* en el

Esta doctrina del *uti possidetis* garantiza a quien posee el territorio, y establece que los nuevos Estados que se independizan tienen las mismas fronteras que tenían cuando eran una unidad administrativa dentro del territorio de la potencia colonial.

De esta forma aparece la noción fundamental del orden en la estructura del derecho internacional, que es fundamental, especialmente en tiempos de transición, cuando puede haber situaciones de caos y de insurgencias.

Si bien Grocio no se refiere directamente al tema en su obra *De Iure Belli ac Pacis*, entiende que el orden es uno de los requisitos primarios en el derecho internacional<sup>78</sup>.

La doctrina, como tal, tiene sus orígenes en el derecho romano, en el *jus civile* y la norma *uti possidetis ita possideatis*, que significa “como posees así poseerás”<sup>79</sup>. El interdicto posesorio era utilizado en el derecho pretoriano para prevenir que se perturbara el estado existente en la posesión de bienes inmuebles entre individuos<sup>80</sup>.

El derecho internacional es, como afirmaba Sir Hersch Lauterpacht, deudor del derecho privado. En su tesis, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, citando a T. E. Holland, afirma: “*The Law of Nations is but private law ‘writ large’. It is an application to political*

---

contexto de la Comisión y el impacto en la desintegración de Yugoslavia. La llamada Arbitration Commission on the Conference on Yugoslavia, conocida como Badinter Arbitration Committee, fue establecida por el Consejo de Ministros de la Comunidad Económica Europea el 27 de agosto de 1991, para dar asistencia legal a la Conferencia sobre Yugoslavia. Emite una serie de Opiniones sobre temas legales relacionados con el conflicto de las Repúblicas de la Ex Yugoslavia. RICH, Roland, “Recognition of States: The Collapse of Yugoslavia and the Soviet Union”, *European Journal of International Law*, 4. 1. Ver también RADAN, Peter, *Post-Succession International Orders: A Critical Analysis of the Workings of the Badinter Commission*, 24 MELB. U. L. REV. 50 (2000).

78. HIGGINS, Rosalyn, “Grotius and the Development of International Law in the United Nations Period”, in *Hugo Grotius and International Relations*, page 267 (Hedley Bull, Benedict Kingsbury, & Adam Roberts Eds., 1992).

79. MUIRHEAD, James, *Historical Introduction to the Private Law of Rome*, pages 89-212 (Henry Goudy & Alexander Grant eds.), 3d ed., 1911.

80. CASTELLINO, Joshua & ALLEN, Steve, *The Doctrine of Uti Possidetis: Crystallization of Modern Post-Colonial Identity*, 43 German Yearbook of International Law, page 205, 2000.

*communities of those legal ideas which were originally applied to relations between individuals*"<sup>81</sup>.

El derecho internacional, así, en la doctrina y en la práctica no solo abreva en el derecho privado, sino que muchas de sus raíces son provenientes del derecho romano. Esta afirmación en parte iba contra el positivismo voluntarista reinante en esa época, que concebía solo como fuentes válidas al Tratado y la costumbre que obligaban a los sujetos a través del consentimiento del Estado, reconociéndose de esta forma la gran importancia de los principios generales del derecho.

En el derecho romano, la *occupatio* originalmente no se consideraba como forma de adquisición de territorio. Había tres situaciones donde la ocupación podía invocarse. En primer lugar, era una forma de adquirir *res nullius*. En la práctica, se aplicaba solo a animales salvajes, peces y *res hostilis*, es decir, la propiedad capturada al enemigo, de acuerdo al derecho romano de guerra y tomada en suelo romano<sup>82</sup>.

Fue Gayo quien primero formula la regla general de que todo lo que no perteneciera a nadie podía ser adquirido por ocupación. Él se refería a lo que podía encontrarse en el mar, la tierra y el aire, pero el territorio no estaba incluido<sup>83</sup>. Solo en un caso se mencionaba el territorio, que era el caso de la isla que surgía del mar (*insula in mari nata*)<sup>84</sup>.

En segundo lugar, estaban la *res derelictae* o cosas abandonadas, que podían estar sujetas a ocupación, y aquí sí se incluía el territorio<sup>85</sup>. La ocupación daba título en el derecho civil si la cosa además de ser *res derelictae* era *res nec Mancipi*. Así quedaba excluido el territorio en Italia<sup>86</sup>. Bajo el *jus civile* el territorio era del Estado, de allí que solo se podía adquirir por el *jus gentium*. En tercer lugar, se podía ocupar y

81. HOLLAND, T. E., *Studies in International Law and Diplomacy*, 1898, page 152.

82. Gaii. Inst. 2.66-69; Dig. 41.1.3-6; Dig. 41.2.1.1.

83. Gaii. Inst. 2.66; Dig. 41.1.3 pr.: "What presently belongs to no one becomes by natural reason the property of the first taker": The Digest of Justinian (trans. A. Watson, 1998), Inst. 2.1.12.

84. Inst. 2.1.22 = Dig. 41.1.7.3.

85. Dig. 41.7.1.

86. Para la adquisición de una cosa abandonada que era *res Mancipi* se necesitaba la prescripción.

adquirir propiedad sobre un tesoro perdido y encontrado después de un período tal que no se supiera quién era su dueño<sup>87</sup>.

Era entonces una herramienta para proveer y mantener el orden<sup>88</sup>. De acuerdo al derecho civil el objeto del interdicto era mantener y reconocer el *status quo* en cualquier situación contenciosa referida a la propiedad inmueble<sup>89</sup>. Es decir, protegía la situación actual sin tener en cuenta los méritos de la disputa; sin embargo, la posesión debía ser adquirida *nec vi, nec clam, nec precario*, es decir, sin violencia, secreto o permiso.

Estas restricciones se desarrollan para que el poseedor de *facto* ejerciera su reclamo y otros que reclamasen también podían discutir.

En consecuencia, no hay mucho en el derecho romano referido a la ocupación de *terra nullius*, y también es de limitada aplicación en la actualidad. Inicialmente el mismo se aplicaba para designar territorios que no estaban ocupados<sup>90</sup>, y así eran libres para ser colonizados.

87. Inst. 2.1.39.

88. BASSETT MOORE, John, "Memorandum on Uti Possidetis: Costa Rica-Panama Arbitration 1911", in *The Collected Works of John Bassett Moore*, pages 328, 328, 1944.

89. BUCKLAND, W. W., *A Textbook of Roman Law From Augustus to Justinian*, pages 205-08, 3d ed., 1963.

90. La doctrina del *uti possidetis juris* ha sido utilizada en 1992 por la Comisión Badinter sobre la desintegración de Yugoslavia. Ver CRAVEN, Matthew C. R., *The European Community Arbitration Commission on Yugoslavia*, 66 *British Yearbook of International Law*, 333, 1995; WELLER, Marc, *The International Response to the Dissolution of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia*, 86 *AJIL*, 569, 1992. También se la ha mencionado en múltiples casos ante la Corte Internacional. Así en Territorial and Maritime Dispute ("Nicaragua vs. Colombia") (Dec. 13, 2007); Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea ("Nicaragua vs. Honduras") (Oct. 8, 2007); Frontier Dispute ("Benin vs. Niger"), 2005 I.C.J. 90 (July 12); Application for Revision of the Judgment of 11 September 1992 in the Case Concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute ("El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening") ("El Salvador vs. Honduras"), 2002 I.C.J. 392 (Dec. 18); Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan ("Indonesia vs. Malay"), 2001 I.C.J. 575 (Oct. 23); Kasikili/Sedudu Island ("Botswana vs. Namibia"), 1999 I.C.J. 1045 (Dec. 13); Request for Interpretation of Judgment of 11 June 1998 in the Case Concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria ("Cameroon vs. Nigeria"), Preliminary Objections ("Nigeria vs. Cameroon") 1999 I.C.J. 31 (Mar. 25); Land and Mar-

El concepto de *terra nullius* fue modificado y en 1975 la Corte Internacional lo aplica a territorios donde los pueblos que lo habitaban no

---

itime Boundary between Cameroon and Nigeria ("Cameroon vs. Nigeria: Equatorial. Guinea intervening"), 1998 I.C.J. 275 (June 11); Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain ("Qatar vs. Bahr"), 1994 I.C.J. 112 (July 1°); Territorial Dispute ("Libya/Chad"), 1994 I.C.J. 6 (Feb. 3); Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen ("Denmark vs. Norway"), 1993 I.C.J. 38 (June 14); Land, Island and Maritime Frontier Dispute ("El Salvador vs. Honduras; Nicaragua Intervening"), 1992 IC.J. 351 (Sept. 11); Arbitral Award of 31 July 1989 ("Guinea-Bissau vs. Senegal"), 1991 I.C.J. 53 (Nov. 12); Frontier Dispute ("Burkina. Faso vs. Mali"), 1986 I.C.J. 554 (Dec. 22); Case Concerning the Continental Shelf ("Tunisia vs. Libya"), 1985 I.C.J. 192 (Dec. 10); Continental Shelf ("Libya vs. Malta"), 1985 I.C.J. 13 (June 3); Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area ("Canada vs. United States"), 1984 I.C.J. 246 (Oct. 12); Continental Shelf ("Tunisia vs. Libya"), 1982 I.C.J. 18 (Feb. 24); Aegean Sea Continental Shelf ("Greece vs. Turkey"), 1978 I.C.J. 3 (Dec. 19); Fisheries Jurisdiction ("F.R.G. vs. Iceland"), 1973 I.C.J. 56 (Feb. 3); Fisheries Jurisdiction ("United Kingdom & Northern Ireland vs. Iceland"), 1973 I.C.J. 3 (Feb. 2); North Sea Continental Shelf ("Federal Republic of Germany vs. Denmark"), 1969 I.C.J. 3 (Feb. 20); North Sea Continental Shelf ("Federal Republic of Germany vs. Netherlands"), 1969 I.C.J. 3 (Feb. 20); Northern Cameroons ("Cameroon vs. United Kingdom"), 1963 I.C.J. 15 (Dec. 2); South West Africa ("Ethiopia vs. South Africa"), 1962 I.C.J. 319 (Dec. 21); South West Africa ("Liberia vs. South Africa"), 1962 I.C.J. 319 (Dec. 21); Temple of Preah Vihear ("Cambodia vs. Thailand"), 1961 I.C.J. 17 (May 26); Arbitral Award Made by the King of Spain on 23 December 1906 ("Honduras vs. Nicaragua"), 1960 I.C.J. 192 (Nov. 18); Sovereignty over Certain Frontier Land ("Belgium vs. Netherlands"), 1959 I.C.J. 209 (June 20); Right of Passage over Indian Territory ("Portugal vs. India"), 1957 I.C.J. 125 (Nov. 26); Minquiers and Ecrehos ("France vs. United Kingdom"), 1953 I.C.J. 47 (Nov. 17); Fisheries ("U.K. vs. Norway"), 1951 I.C.J. 116 (Dec. 18); Dispute Regarding Navigational and Related Rights of Costa Rica on the San Juan River ("Costa Rica vs. Nicaragua") (Sept. 29, 2005); Maritime Delimitation in the Black Sea ("Romania vs. Ukraine") (Sept. 16, 2004); Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge ("Malay vs. Singapore") (Special Agreement) (July 24, 2003); Maritime Delimitation Between Guinea-Bissau and Senegal ("Guinea-Bissau vs. Senegal") (Application Instituting Proceedings) (Mar. 12, 1991), Antarctica ("United Kingdom vs. Chile") (Application Instituting Proceedings) (Mar. 16, 1956); Antarctica ("United Kingdom vs. Argentina") (Application Instituting Proceedings) (May 4, 1955).

En cambio el principio de *terra nullius* ha tenido cierta importancia en el contexto de las discusiones de soberanía y/o posesión de la Antártida y el Espacio Exterior. Ver JESSUP, Philip C. & TAUBENFELD, Howard J., *Outer Space, Antarctica, and the United Nations*, 13 International Organizations, page 363, 1959.

estaban social y políticamente organizados<sup>91</sup>. La Corte sanciona una definición ampliada del *terra nullius* de su origen como territorio deshabitado a territorio habitado. Esta definición sirvió para legitimar la adquisición de grandes porciones de territorio en el siglo XIX y en el siglo XX y tuvo un efecto adverso en las poblaciones nativas.

Una vez que el territorio es ocupado, las líneas de demarcación o líneas de frontera establecen los límites del dominio, y estos límites serán eventualmente reconocidos como las fronteras sobre las que se basan los Estados y el derecho de integridad territorial sobre las mismas. Así, el *uti possidetis* ordenaba y ordena en el derecho internacional el congelamiento de las fronteras.

Ambos principios, el *uti possidetis juris* y el *terra nullius*, crean entidades geográficas rígidas. Para validar y legitimar esa adquisición, el derecho internacional hace entrar en acción el llamado *derecho intertemporal* y sus reglas que evitan que acciones cometidas en épocas pasadas se puedan juzgar a la luz de nuevos principios<sup>92</sup>.

De esta forma el derecho evita muchas cuestiones legales y correcciones de los tiempos del colonialismo. Estas normas del derecho internacional son reforzadas por normas del derecho interno de los Estados coloniales, que establecen que el régimen de la propiedad privada no se extendería a los territorios coloniales anexados, así como otros institutos. En definitiva, los impulsos coloniales en cualquier época crearon títulos jurídicos artificiales. El análisis objetivo sobre la regla temporal demuestra que la aplicación de la misma impide que las Cortes, en la gran mayoría, revean los casos sobre títulos<sup>93</sup>.

En relación con el derecho a la autodeterminación, este es practicado en el período de la independencia de los países de América Latina en el siglo XIX, siendo el antecedente más claro de la descolonización en el siglo XX. Su posterior evolución histórica ya ha sido analizada, por lo cual no se volverá sobre el tema.

91. Western Sahara, Advisory Opinion, 1975 I.C.J. 12, 39 (Oct. 16).

92. Ver MCWHINNEY, E., *Conflict and Compromise*. International Law and World Order in a Revolutionary Age, pages 26-27, 65-66, 1981.

93. TASLIM, O. Elias, *The Doctrine of Intertemporal Law*, 74 AJIL. 285, 1980.



La autodeterminación fue el vehículo para la descolonización si bien entendía que el territorio que emergía como Estado “tenía las fronteras establecidas por el legado colonial”<sup>94</sup>.

Tres preguntas permanecen no obstante:

- 1) ¿Tiene validez en el mundo o en la comunidad internacional poscolonial?<sup>95</sup>
- 2) ¿A quién le corresponde reclamar el derecho de autodeterminación?
- 3) ¿Cómo la misma juega con la realidad, es decir el conflicto entre los principios y las circunstancias?.

### ***3.2. Teoría y derecho sobre la adquisición del territorio en el derecho internacional***

Para entender el marco legal que rige la adquisición del territorio deben tenerse en cuenta los antecedentes fundamentales del derecho internacional.

Los griegos realizaron avances importantes en la ciencia del derecho pero nunca llegaron a la doctrina consistente y la práctica lógica que los romanos alcanzaron. Por de pronto, no poseían un término similar al *jus* romano, un sistema ordenado donde la *lex* individual es solo un ejemplo. Asimismo, la idea de la aplicación común de la ley para todas las personas que habitaban un territorio no era reconocida en Grecia, y tampoco existía la idea del *jus gentium* desarrollada. Fue Roma quien instaura la universalidad de la ley que trasciende

94. GA Res. 1541 (XV), at 19. See generally GA Res. 1514 (XV), at 67 (“[A]ll peoples have an inalienable right to complete freedom, the exercise of their sovereignty and the integrity of their national territory [...]”); GA Res. 2625 (XXV), at 123 (“[A]ll peoples have the right freely to determine, without external interference, their political status and to pursue their economic, social and cultural development, and every State has the duty to respect this right in accordance with the provisions of this Charter”).

95. Se refiere a la descolonización de los países europeos que ceden su dominio a países no europeos.



los postulados sofistas de naturaleza y convención y corporeiza en un grupo de normas el orden de un Estado.

La Ley de las Doce Tablas, inscriptas en piedra, es la primera forma de codificación del derecho romano, realizada tras el estudio de las leyes griegas y de las ciudades Estado de la Magna Grecia. Las mismas fueron la base del *jus civile* en Roma aplicándose a los ciudadanos romanos. Más adelante surgirá el *jus gentium*, y de allí tienen sus orígenes los modos de adquisición del territorio, pero al referirse a la propiedad privada no siempre resultan adecuados, trasladándolos al derecho internacional.

Como afirma Oppenheim: “*The acquisition of territory by a state normally means the acquisition of sovereignty over such territory. In these circumstances the Roman law scheme of ‘modes’ concerning the acquisition of private property are no longer wholly appropriate*”<sup>96</sup>.

Sin tener en cuenta la distinción entre los modos históricos de adquisición del territorio basado en los modos privados del derecho civil y los contemporáneos que tienen un control mayor por parte de la Comunidad Internacional, los mismos hasta hoy permanecen casi iguales en el derecho internacional<sup>97</sup>. Estos son:

1. *Cesión*: a través de la transferencia de soberanía por un Estado<sup>98</sup>.

2. *Ocupación*: un Estado se apropia de un territorio sobre el cual ningún Estado es soberano<sup>99</sup>.

96. Oppenheim's International Law, Peace, pages 678-79 (Robert Jennings & Arthur Watts eds., 9th ed. 1992).

97. BROWNLIE, Ian, *African Boundaries: A Legal and Diplomatic Encyclopedia*, 1979.

98. VERZIJL, J. H. W., *3 International Law in Historical Perspective*, pages 11-13, 1970. Oppenheim's International Law, Peace, págs 679-82, donde se explica que la cesión puede tener diferentes formas, incluida la venta de territorio, como el caso de Alaska en 1867 y las Indias Occidentales Danesas en 1916. Otro ejemplo de cesión es dar territorio en dote como cuando Portugal entrega Bombay a Inglaterra como parte de la dote de Catalina de Braganza, quien se casa con Carlos II.

99. KELLER, Arthur S.; LISSITZYN, Oliver J. & MANN, Frederick J., *Creation of Rights of Sovereignty Through Symbolic Acts 1400-1800* (1938).

3. *Accesión*: un Estado adquiere territorio a través de formaciones naturales o artificiales sin violar la soberanía de otro Estado<sup>100</sup>.

4. *Debellatio* o *subyugación*: el Estado adquiere territorio por conquista y anexión, desde 1945 se aplica cuando la guerra no sea ilegal<sup>101</sup>.

5. *Prescripción o consolidación histórica*: el Estado adquiere territorio a través de un continuo e ininterrumpido ejercicio de la soberanía sobre el mismo; este modo en la práctica va unido a la ocupación efectiva y a la aquiescencia, ya que pocos Laudos y Sentencias utilizan el primer término por sí mismo<sup>102</sup>.

100. Oppenheim's International Law, Peace, pages 696-698. La accesión o acreción incluye la construcción de gradas, puertos y diques, así como aumentos naturales como aluvión, delta, islas emergentes y lechos de río abandonados. Ver Application for Revision of the Judgment of 11 September 1992 in the Case Concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute ("El Salvador vs. Honduras: Nicaragua intervening") ("El Salvador vs. Honduras"), 2002 I.C.J. 392 (Dec. 18) (donde se refiere a un reclamo de avulsión del Río Goascorán).

101. BROWNLIE, Ian, *International Law and the Use of Force by States*, pages 112-22, 1963.

102. Oppenheim's International Law, Peace, págs. 705-08. Así en el caso Boundary Dispute between British Guiana and Venezuela (1899) 92 BFSP944, las condiciones establecidas por Phillimore se citan para la prescripción: "publicity, continued occupation, absence of interruption, aided no doubt generally both morally and legally by the employment of labour and capital [...] or the absence of any attempt to exercise proprietary rights by the former possessor". En el Caso Grisbadarna (1909) RIAA 11, at 155, 161, las Partes basan sus reclamaciones en la prescripción. Si bien los árbitros no usan el término prescripción, reconocen que "it is a well-established principle that it is necessary to abstain as much as possible from changing the order of things", 129. En el Caso del Chamizal Tract (1911), los Estados Unidos reclaman título sobre el territorio en disputa con México, sobre la base de la prescripción que es definida como "the undisturbed, uninterrupted, and unchallenged possession since 1848". Los árbitros igual no discuten si el principio de la prescripción es aceptado por el Derecho Internacional. RIAA 11, at 309, 328. La consideración de importancia en este y otros casos para dar título es la aquiescencia frente a actos de soberanía de la otra Parte. En el ya mencionado Caso de la Isla de Palmas, clásico punto de referencia en la doctrina de la ocupación efectiva, el árbitro Max Huber afirmó que hay una raíz común entre la prescripción y la ocupación, que es la posesión pacífica. Huber atribuía a esta posesión un poder autónomo para crear título. Los actos de ocupación o posesión así generaban el título, y en el contexto de la prescripción solo estos actos son evidencia

De todos estos modos los más empleados como conceptos de la doctrina referida a la territorialidad, especialmente al analizar el nexo entre autodeterminación y territorio, son la ocupación y la *debellatio* o subyugación.

La ocupación, como se entiende en este contexto, es un modo originario de adquisición y es diferente de aquel cuando el Estado adquiere el controla través de la fuerza militar, es decir, la ocupación militar<sup>103</sup>. La ocupación debe realizarse por el Estado que actúa en su función de tal, y el mismo debe confirmarlo cuando la realiza<sup>104</sup>.

La misma tiene dos elementos esenciales, posesión y administración<sup>105</sup>. En primer lugar, el territorio debe ser *terra nullius*, es decir, ocupado por ningún Estado al momento de la posesión<sup>106</sup>. Como expresa Oppenheim: “*The only territory which can be the object of occupation is that which does not already belong to any state, whether it is unin-*

---

de la posesión, la cual es a su vez una condición para la prescripción. El elemento de la posesión era entendido como “una continua y pacífica demostración de soberanía territorial”. En el Caso de Eastern Greenland (1931), la Corte Permanente de Justicia Internacional establece que para constituir título, el “continuo despliegue de autoridad” necesitaba la “intención de y la voluntad de actuar como soberano y el actual ejercicio o despliegue de esa autoridad”. Así el elemento intencional o *animus* tiene un aspecto positivo y uno negativo, el Estado que ocupa reclama soberanía y no acepta la soberanía de otros Estados. Qué es un despliegue de soberanía territorial, sin embargo, debe analizarse a la luz de las circunstancias, ya que las manifestaciones de soberanía territorial asumen diferentes formas de acuerdo a las condiciones de tiempo y lugar específicas de cada caso. Si bien continúa en principio, la soberanía tampoco puede ejercerse en los hechos en cada momento y en cada lugar de un territorio. En consecuencia la doctrina de la ocupación efectiva se construye en base a elementos, tanto de la ocupación de *terra nullius* como de la prescripción adquisitiva.

103. Oppenheim’s International Law, Disputes, War, and Neutrality (Robert Jennings & Arthur Watts eds., 9th ed. 1992).

104. Oppenheims International Law, Peace, page 687.

105. *Ibidem*, page 688. La ocupación real se diferencia de la ficticia y se la denomina efectiva.

106. El elemento de la posesión se refleja en un caso de “Australia Mabo vs. Queensland II” (1992), 175 C.L.R. 1 (Austl.), donde se discute el caso del estatus de ciertos territorios y su relación con las poblaciones aborígenes al tiempo de la colonización reconociéndoles el título originario. Ver Sentencia Completa en “Mabo and others vs. Queensland”, N° 2 1992, HCA 23 (1992) 175 CLR, [www.Austli.edu.au/au/cases/cth/HCA/1992/23.html](http://www.Austli.edu.au/au/cases/cth/HCA/1992/23.html).

*habited, or inhabited by persons whose community is not considered to be a state; for individuals may live on a territory without forming themselves into a state proper exercising sovereignty over such territory. The territory of any state however is obviously not a possible object of occupation; and it can only be acquired through cession or, formerly, by subjugation*"<sup>107</sup>.

Así los individuos pueden vivir en el territorio sin organizarse en un Estado que ejerza soberanía sobre el territorio.

En consecuencia, el criterio objetivo de la ocupación, la *terra nullius*, es alterado por un elemento subjetivo que toma en cuenta la organización social y política que pueda existir en ese territorio. En el Caso del Sahara Occidental la Corte Internacional determina que los Saharauis no eran social y políticamente organizados, en consecuencia no eran ocupantes del Sahara Occidental<sup>108</sup>.

Aún cuando la posesión del Estado ocupante ha sido reconocida, el mismo debe establecer una administración sobre todo el territorio<sup>109</sup>. Para que una ocupación sea efectiva y genere título es necesario que el Estado adquiera la soberanía (*animus*) sobre el territorio (*corpus*), la intención es el llamado *animus*<sup>110</sup>.

Debe haber algún establecimiento, con un acto formal, que anuncie el acto de ocupación y la determinación de extender la soberanía sobre el territorio. El segundo elemento surge del primero: el Estado ocupante asume una forma de administración que demuestra el ejercicio de la soberanía por parte del mismo en ese territorio. Si no se establece una administración sobre el mismo se pondría en duda la efectividad de la ocupación y, en teoría, quedaría el territorio libre para ser adquirido por otros Estados soberanos.

En muchas circunstancias, y aún en el siglo XX, banderas coloniales fueron izadas en territorios recién descubiertos o demarca-

107. Oppenheim's International Law, Peace, page 687.

108. Western Sahara, Advisory Opinion, 1975 I.C.J. 12, 39 y 83-102 (Oct. 16).

109. Oppenheim's International Law, Peace, pages 688-89.

110. Esta noción deriva directamente del derecho romano, y sus reglas sobre adquisición de la propiedad. BUCKLAND, W. W. & MCNAIR, A., *Roman Law and Common Law. A Comparison in Outline*, page 70 (2d. ed. 1952).

dos, sin tener un control efectivo sobre toda la población, ni el territorio<sup>111</sup>.

En consecuencia, la ocupación se basaba en fallas con respecto a las condiciones establecidas y, en este sentido, puede afirmarse que la colonización de África, y en menor medida de Asia, transcurre a la sombra de las reglas adoptadas por la Conferencia Africana de Berlín, y las acciones anteriores a esta situación también en muchos casos fueron defectuosas<sup>112</sup>.

La subyugación o *debellatio* es el segundo de los modos de adquisición a través de la conquista y la posterior adquisición cuando la guerra era un derecho soberano.

Para adquirir un territorio por *debellatio*: 1) la Potencia o Estado debe establecer la conquista; 2) el estado de guerra debe haber finalizado y 3) el Estado debe anexar el territorio formalmente<sup>113</sup>. Esto fue menos común en el siglo XX debido a que la Liga había prohibido la guerra para adquirir territorios, y casi desaparece después de 1945<sup>114</sup>. Si bien no se afirma que las guerras antes del Artículo 10 y del Pacto Briand Kellogg fueran siempre legales, se entiende en la mayoría de los casos que esos comportamientos no se pueden juzgar a la luz de derecho actual, sino a la luz del derecho intertemporal. Los principios del derecho privado han sido utilizados para el desarrollo del derecho internacional público, pero el respeto a la propiedad privada no

111. Es la situación en tiempos relativamente recientes de ciertos pueblos indígenas en la región del Amazonas en Brasil.

112. The Scramble for Africa. Documents on the Berlin West African Conference and Related Subjects, 1884/1885 (R. J. Gavin & J. A. Betley eds., 1973).

113. Oppenheim's International Law, Peace, page 699. Explica la *debellatio* así: "At no period did conquest alone and ipso facto make the conquering state the territorial sovereign of the conquered territory, even though such territory came through conquest for the time being under the sway of the conqueror. Conquest was a mode of acquisition only if the conqueror, after having firmly established the conquest, and the state of war having come to an end, then formally annexed the territory. If a belligerent conquered part of the enemy territory and afterwards made the vanquished state cede the conquered territory in the treaty of peace the mode of acquisition was not subjugation but cession. Such a treaty of cession, however, would now be qualified by Article 52 of the Vienna Convention on the Law of Treaties [...]"

114. League of Nations Covenant, Art. 10.

se extendía a los modos de adquisición de territorio más allá del territorio metropolitano de las Potencias Coloniales<sup>115</sup>.

Los Tratados de cesión de territorios firmados en condiciones desiguales hoy no serían válidos de acuerdo al Artículo 52 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que considera nulos los tratados celebrados a través de la amenaza o el uso de la fuerza en violación al derecho internacional<sup>116</sup>.

### **3.3. Los principios y el impacto de las doctrinas del *uti possidetis juris* y de la *terra nullius***

El principio de la *terra nullius* derivado del *jus gentium* aparece como importante o surge en el contexto de la expansión europea en América<sup>117</sup> pero el *uti possidetis* viene del derecho civil y no del *jus gentium*. El *uti possidetis* será la piedra fundamental de la autodeter-

115. Ver más adelante la inyección de los principios del *jus civile* en el *jus gentium* en el contexto de los orígenes del *uti possidetis juris*. In *re* Southern Rhodesia [1919] A.C. 211 (P.C. 1918). The English Court of Appeals' application of *terra nullius* to indigenous peoples was based on the notion of native peoples that were "so low in the scale of social organization" that "it would be idle to impute to such people some shadow of the rights known to our law and then to transmute it into the substance of transferable rights of property as we know them". Id. at 234-34.

116. Vienna Convention on the Law of Treaties Art. 52, May 23, 1969, 1155 U.N.T.S. 331. Article 52 of the Vienna Convention on the Law of Treaties is titled "Coercion of a State by Threat or Use of Force" and states: "A treaty is void if its conclusion has been procured by the threat or use of force in violation of the principles of international law embedded in the Charter of the United Nations". Id. In the context of colonization, colonial powers could argue that the entity coming under colonization was not a state, and therefore beyond the remit of such protection. However, this defense, and the argument that the Vienna Convention of 1969 differs from the standard prevailing at the time of colonization, remain unconvincing in light of the intent of the drafters. Vienna Convention on the Law of Treaties: Travaux Préparatoires, págs. 361-69 (1978).

117. PASTOR BODMER, Beatriz, *The Armature of Conquest: Spanish Accounts of the Discovery of America 1492-1589*, Stanford University Press, 1992.

minación cuando las élites criollas se emancipan de las metrópolis ibéricas<sup>118</sup>.

El jurista Alejandro Álvarez explicaba la situación en el Continente cuando escribió a principios del siglo XX: "Europa está formada por hombres de una sola raza: la blanca, mientras que América Latina está compuesta de una población nativa a la que en tiempos coloniales se le agrega en proporciones variadas una mezcla de la raza conquistadora, emigrantes de la madre patria, negros del África, y los criollos, es decir, aquellos nacidos en América pero de padres europeos. De esta amalgama de razas, los aborígenes, los blancos, los negros, y el elemento criollo, hacen que América Latina presente un producto étnico peculiar como el contorno físico. Así el producto que es la sociedad colonial es *sui generis*: en ella los blancos, si bien en minoría ejercían el control y guía sobre una población en gran parte ignorante y analfabeta"<sup>119</sup>.

La entrada europea en América Latina fue facilitada por la noción de *terra nullius* característica de la etapa colonial y basada en la premisa de que los pueblos indígenas que habitaban el continente no estaban social y políticamente organizados.

Al independizarse de la Corona Española y Portuguesa, los criollos se convierten en elite gobernante, y luchan por ese derecho de autodeterminación, pero aceptando los valores europeos y las normas del derecho internacional, es una guerra de independencia para liberarse de la subyugación y no entra en ningún modo de adquisición de territorio de los ya mencionados, ya que no se adquieren nuevos territorios sino que se expulsa un régimen por sus súbditos, si bien de diferentes formas, ya que el proceso en la América Española es más sangriento que en la América Portuguesa, es decir, Brasil. El precedente en el derecho internacional será el *jus resistendi ac secessionis*<sup>120</sup>.

118. PICON SALAS, Mariano y LEONARD, Irving, *Una Historia Cultural de la América Española desde la Conquista a la Independencia*, University of California, 1962.

119. ÁLVAREZ, Alejandro, *Latin America and International Law*, 3 AJIL, pages 269, 271, 1909.

120. NEUBERGER, Benyamin, *National Self-Determination in Post Colonial Africa*, 1986.



Estas acciones serán, en consecuencia, el modelo para la descolonización que se produce después de la Segunda Guerra Mundial, en África y Asia. Las doctrinas del *uti possidetis juris* y el principio de la *terra nullius* son invocadas en el proceso de emancipación para consolidar, en primer lugar, el territorio bajo su jurisdicción y enviar un mensaje claro frente a las Potencias Europeas que querían volver a conquistarlos<sup>121</sup>. Aparecen dos dificultades, sin embargo. En primer lugar, la dificultad de la demarcación de los límites entre los Estados emergentes, y en segundo, la amenaza de que partes de territorio que no estaban ocupadas efectivamente por el nuevo soberano pudieran ser presas de otros Estados o de Potencias extracontinentales. El caso de las Islas Malvinas es paradigmático.

### **3.4. La doctrina del *uti possidetis* como freno a los conflictos territoriales en el Continente Americano**

En respuesta el primero de los desafíos, los nuevos Estados buscan demarcar sus límites geográficos, no solo en los hechos sino en instrumentos constitucionales y en este proceso se extiende el título a porciones de territorio que no estaban bajo control efectivo. La adopción del *uti possidetis juris* era así fundamental a la creación de los nuevos Estados, que nacen de los dominios coloniales, y aun hoy sigue habiendo correcciones y controversias de límites en el Continente, donde se aplica ese principio<sup>122</sup>.

121. Es decir una re colonización. Ver ÁLVAREZ, Alejandro, ob. cit., págs. 290-291, 310-312.

122. Los casos sobre territorio y delimitación han aumentado en el continente en los últimos años, así se pueden mencionar Territorial and Maritime Dispute ("Nicaragua vs. Colombia") (Dec. 13, 2007), Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea ("Nicaragua vs. Honduras") (Oct. 10, 2007); Dispute Regarding Navigational and Related Rights of Costa Rica on the San Juan River ("Costa Rica vs. Nicaragua") (Application Instituting Proceedings) (Sept. 29, 2005); Application for Revision of the Judgment of 11 September 1992 in the Case Concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute ("El Salvador vs. Honduras: Nicaragua intervening") ("El Salvador vs. Honduras"), 2002 I.C.J. 392 (Dec. 18); Land, Island and Maritime Frontier Dispute ("El Salvador vs. Honduras: Nicaragua



Es así que se adopta una regla que tuvo su origen en el *jus civile* y se la traslada al derecho internacional, convirtiéndose en un modo de solución y aplicándose a la noción de territorio lo que en su origen fue una herramienta para solucionar pleitos entre individuos.

Sin embargo, se pierde en este proceso la distinción entre el *uti possidetis de jure* y el *de facto*. En el derecho romano, la propiedad disputada se consideraba que estaba de *facto* en posesión de una de las partes, mientras se hacía la determinación de *jure* en el proceso. El *uti possidetis de facto* solo reconocía la posesión actual que podía o no convertirse después en de *jure* dependiendo de la resolución del proceso. Era así solo una posición procesal, esperando la decisión del pretor en Roma. En cambio, al adoptarse esta teoría en América Latina, no se establece claramente esta distinción, tratando al territorio dentro de las fronteras heredadas como teniendo la posesión de *jure* y de *facto*. Se introducirá, en consecuencia, un concepto de gran importancia que es la llamada “fecha crítica” o “dato crítico”, que se convierte en el punto de inflexión que cristaliza la posesión de un territorio y determina la identidad del poseedor de *jure*<sup>123</sup>.

Los datos críticos son así un elemento central en una disputa territorial entre Estados y su interpretación moderna surge del arbitraje de Max Hüber en el Caso de la Isla de Palmas o Miangas, entre Estados Unidos y Holanda<sup>124</sup>.

En este caso, casi un siglo después de su uso por los Estados de Latinoamérica, en su emancipación se establece: “*If a dispute arises as to the sovereignty over a portion of territory, it is customary to examine*

---

intervening”), 1992 I.C.J. 351 (Sept. 11); Arbitral Award Made by the King of Spain on 23 December 1906 (“Honduras vs. Nicaragua”), 1960 I.C.J. 192 (Nov. 18).

Los reclamos sobre la Antártida e Islas vecinas también demuestran el interés por la seguridad y el control territorial. Así Antártica (“U.K. vs. Chile”) (Application Instituting Proceedings) (Mar. 16, 1956), Antártica (“U.K. vs. Argentina”) (Application Instituting Proceedings) (May 4, 1955). En todos los casos de América Latina, ya sea explícita o implícitamente, se ha aceptado la importancia del principio del *uti possidetis juris*.

123. La noción se aplica también en África. Ver Frontier Dispute (“Burk Faso vs. Mali”), 1996 I.C.J. 554, 586-87 (Dec. 22).

124. Island of Palmas (or Miangas) (“United States vs. Netherlands”), 2 R. Int’l Arb. Awards 829 (Perm. Ct. Arb. 1928).

*which of the States claiming sovereignty possesses a title –cession, conquest, occupation, etc.– superior to that which the other State might possibly bring forward against it. However, if the contestation is based on the fact that the other Party has actually displayed sovereignty, it cannot be sufficient to establish the title by which territorial sovereignty was validly acquired at a certain moment; it must also be shown that the territorial sovereignty has continued to exist and did exist at the moment which for the decision of the dispute must be considered as critical”*<sup>125</sup>.

Analizado esto en conjunción con la fecha crítica en la emancipación latinoamericana que es la partida del gobierno colonial, el título de *jure* a los nuevos territorios fue otorgado a los nuevos Estados basados en las divisiones administrativas del Imperio Español. El nuevo Estado así ejercía soberanía sobre el territorio y cualquier reclamo o modificación perturbaban el orden y la paz. Pero esto era una desviación del derecho romano que solo hacía un “*estoppel*” o detenía los reclamos de un aspirante hasta que el asunto fuera analizado. Este *uti possidetis juris* reformado es similar al principio “quien encuentra, guarda” o “la posesión vale título”<sup>126</sup>.

La interpretación actual de la doctrina del *uti possidetis juris* le ofrece, sin embargo, orden a la Comunidad Internacional<sup>127</sup>. De allí que la Corte Internacional y otros Tribunales la han aplicado en forma consistente en los casos de disputas territoriales<sup>128</sup>.

125. Island of Palmas (or Miangas) (“United States vs. Netherlands”), 2 R. Int’l Arb. Awards 829 (Perm. Ct. Arb. 1928 at 839). Ver también Legal Status of the South-Eastern Territory of Greenland Case (“Norway vs. Denmark”), 1932 P.C.I.J. (ser. A/B) No. 53 (Aug. 3).

126. Este es el *leading case* del principio quien encuentra guarda, y su lectura completa se asemeja a una novela de Charles Dickens. Ver BALLANTINE, Henry W., *Title by Adverse Possession*, 32 Harvard Law Review, 135, 1919.

127. BULL, Hedley, *The Anarchical Society: A Study in Order in World Politics*, pages 74-94 (2d. ed. 1995). Bull define el orden como un arreglo de la existencia que promueve una serie de fines y valores. Tres fines esenciales al orden son: (1) seguridad contra la violencia, (2) confirmación de que las promesas serán mantenidas y (3) posesión estable de la propiedad.

128. Con respecto a la disolución de Yugoslavia ver TERRET, Steve, *The Dissolution of Yugoslavia and the Badinter Arbitration*, 2000.

Con su énfasis en mantener el *status quo* esta doctrina restringe los conflictos y consolida las posiciones de *facto* en un momento de transición al finalizar las hostilidades, santificando el otorgamiento de la soberanía territorial.

*Así el destino del territorio es determinado judicialmente en base a la evidencia de la posesión física, en la fecha crítica y no en base a otros factores como históricos, tribales o étnicos o aún referidos a la cohesión social en una unidad territorial*<sup>129</sup>.

129. Es interesante a este respecto el Fallo de “Eritrea vs. Yemen” First Stage 9th October 1998, Permanent Court of Arbitration Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage - Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute October 9, 1998.

En este caso Eritrea reclamaba la soberanía territorial sobre las Islas del Mar Rojo, de acuerdo a los principios de la ocupación efectiva y manteniendo el título en 1993 al secesionarse de Etiopía, quien a su vez lo hereda de Italia. En el alegato no le otorga importancia a los documentos o mapas. Yemen, en cambio, se basaba en títulos documentarios, originales, e históricos yendo hasta el *Bilad el Yemen* en el Siglo VI d.C. Asimismo, Yemen entiende que el título se basa en el principio de la unidad geográfica o natural e insiste también en el argumento del *uti possidetis* para explicar la posición legal de las Islas, a su favor, demostrando documentación del Imperio Otomano, ya que había *firmans* del Imperio de 1841, 1866 y 1873 donde la Sublime Puerta le da al Khedive de Egipto la guarda sobre la Costa Africana del Mar Rojo. Lo más importante en el caso en relación al tema que nos ocupa está en el Párrafo 462, cuando se dice: “la contigüidad territorial o proximidad no crea título sino que son presunciones al título entendiendo el mismo como parte de una unidad”.

Así en el fallo se destaca:

“Yemen’s pleadings insist strongly on what it calls ‘the principle of natural or geophysical unity’ in relation to the Hanish group of islands; Yemen uses the name of the ‘Hanish Group’ both in its texts and in its illustrative maps to encompass the entire island chain, including the Haycocks and the Mohabbakahs (the present comments do not refer of course to the northern islands of Jabal al-Tayr and the Zubayr group, which will be considered separately later on) [...]”

461. This ‘principle’ is described in Chapter 5 of the Yemen Memorial, where impressive authority is cited in support of it, including Fitzmaurice, Waldock and Charles de Visscher. That there is indeed some such concept cannot be doubted. But it is not an absolute principle. All these authorities speak of it in terms of raising a presumption. And Fitzmaurice is, in the passage cited, clearly dealing with the presumption that may be raised by proximity where a state is exercising or displaying sovereignty over a parcel of territory and there is some question whether this is presumed to extend also to outlying territory over which there is little or no factual impact of its authority. The Tribunal has no difficulty in accepting these statements of

El resultado inevitable es que la fecha crítica, que es generalmente una fecha arbitraria que se basa en el momento en que la Potencia colonial se retira, es el factor determinante de la estatalidad moderna<sup>130</sup>. Esto es así aunque el país que surge haya sido creado o unificado por la potencia colonial, a través de la fuerza<sup>131</sup>.

No puede otorgarse flexibilidad a la fecha o datos críticos, si los mismos pudieran ser desafiados habría desacuerdo sobre la importancia de determinados eventos y fechas y del destino del territorio en última instancia<sup>132</sup>.

---

high authority; but what they are saying is in fact rather more than a simple principle of unity. It will be useful to cite Fitzmaurice again: The question of 'entity' or 'natural unity'. This question can have far-reaching consequences. Not only may it powerfully affect the play of probabilities and presumptions, but also, if it can be shown that the disputed areas (whether by reason of actual contiguity or of proximity) are part of an entity or unity over which as a whole the claimant State has sovereignty, this may (under certain conditions and within certain limits) render it unnecessary – or modify the extent to which it will be necessary – to adduce specific evidence of State activity in relation to the disputed areas as such – provided that such activity, amounting to effective occupation and possession, can be shown in the principle established by the Island of Palmas case that 'sovereignty cannot be exercised in fact at every moment on every point of a territory'.

462. Thus, the authorities speak of 'entity' or 'natural unity' in terms of a presumption or of probability and moreover couple it with proximity, contiguity, continuity, and such notions, well known in international law as not in themselves creative of title, but rather of a possibility or presumption for extending to the area in question an existing title already established in another, but proximate or contiguous, part of the same 'unity'.

130. Sobre el tema, MARQUES ANTUNES, Nuno Sérgio, *The Eritrea-Yemen Arbitration: First Stage - The Law of Title to Territory Re-Averred*, 48 INT'L & COMP. L.Q. 362, 363–65 (1999) (donde se evidencia que Eritrea había sido designada como entidad separada por el dominio colonial, luego se vuelve a unir a Etiopía y más tarde se secesiona y se vuelve un Estado soberano, aunque tenga vínculos históricos o políticos con Etiopía).

131. En el caso Western Sahara, Advisory Opinion, 1975 I.C.J. 12, 45 (Oct. 16), se analizan la veracidad de las reclamaciones y la distinción entre las de carácter temporal y las religiosas que están en el corazón del contencioso. El precursor del Estado actual de Marruecos, el llamado Estado Jerifiano que ejercía soberanía no basado en la territorialidad sino en base a elementos religiosos sobre gran parte del Maghreb.

132. El caso donde esto no se aplica es por supuesto Israel y los Territorios Ocupados, problema que presenta serios obstáculos para su resolución. Ver CAVANA-

Si se permiten desviaciones, se corre el riesgo de abrir procesos en forma continua. Así la doctrina del *uti possidetis* y una interpretación restrictiva de las fechas críticas sirven como precondition para el orden internacional.

Estos parámetros están bien expuestos en la Sentencia de la Corte sobre la disputa fronteriza entre Burkina Faso y Mali, donde el Tribunal establece: “*The essence of the principle lies in its primary aim of securing respect for the territorial boundaries at the moment when independence is achieved. Such territorial boundaries may be no more than delimitations between different administrative divisions or colonies all subject to the same sovereign. In that case, the application of the principle of uti possidetis resulted in administrative boundaries being transformed into international frontiers in the full sense of the term*”<sup>133</sup>.

El momento o punto de inflexión en el cual la frontera se demarca es de gran importancia porque no puede haber cambios posteriores sin el acuerdo de los Estados interesados. Todas las fronteras igual tienen un grado de artificialidad. De allí que una forma de determinar la legitimidad de estos límites territoriales sería examinando el modo en que las fechas o datos críticos fueron decididos y testear la validez de los mismos frente a los Tratados de cesión o adquisición firmados entre el colonizador y las tribus o poblaciones indígenas, si es que los hubiere, como en el caso de el continente africano<sup>134</sup>. Sin embargo, cualquier intento en ese sentido chocaría contra el principio todopoderoso del derecho intertemporal.

En consecuencia, las herramientas doctrinales que rigen el título al territorio, *terra nullius* y *uti possidetis*, en apariencia tienen su mérito, pero solo sirven para mantener el *status quo*, e inclusive si se analiza en profundidad son contradictorias, ya que si se respetara el *uti*

---

UGH, Kathleen, *Rewriting Law: The Case of Israel and the Occupied Territories*, in *New Laws New Wars? Applying the Laws of War in 21st Century Conflicts*, page 227. David Wippman & Matthew Evangelista, Eds., 2005.

133. Frontier Dispute (“Burkina Faso vs. Mali”), 1996 I.C.J. 554, 566 (Dec. 22).

134. ALEXANDROWICZ, Charles Henry, “The Role of Treaties in the European-African Confrontation in the Nineteenth Century”, in *African International Legal History* 27-68 (Kodwo Mensah-Brown ed., 1975).

*possidetis* de los habitantes originarios no se considerarían *terra nullius* esos territorios, para ser posteriormente colonizados o anexionados.

### 3.5. El principio del *terra nullius*

De acuerdo al principio del *terra nullius*, se entendía que un territorio no habitado estaba sujeto a adquisición u ocupación. Como ya se analizó al estudiar la ley que regía la ocupación, el principio del *terra nullius* se expande de una noción de territorio en blanco, sin ocupantes, basado en un criterio objetivo, a un análisis subjetivo de la calidad social de los habitantes, para determinar si el territorio era o no *terra nullius*.

El principio que establecía que solo el territorio considerado *terra nullius* podía ser ocupado, fracasó en proteger a los pueblos indígenas o a las tribus de la ocupación colonial. En muchas circunstancias, el territorio se adquiere por cesión, a través de Tratados desiguales y aun fraudulentos, a través de la subyugación.

El principio, sin embargo, no figura como preponderante en las discusiones de los juristas sobre los títulos de adquisición del territorio fuera del contexto de la América Latina<sup>135</sup>.

El principio era utilizado sobre todo en América Latina para prevenir actos de potencias extracontinentales, pero no era de tanta importancia para las potencias europeas del siglo XIX que determinaban política y militarmente la extensión geográfica de sus esferas de influencia. Así los territorios eran ocupados sin preocuparse si eran o no *terra nullius* en el sentido estricto del término. Si bien muchos territorios se obtenían a través de Tratados de cesión<sup>136</sup>, en algunos casos estos eran fraudulentos y no hubieran sido válidos en el derecho interno de la potencia ocupante<sup>137</sup>. Pero ningún tribunal interno de las Potencias ejercitaba jurisdicción fuera de sus Estados metropolitanos y así no hubo desafíos legales sobre estos actos.

135. Ídem.

136. Oppenheim's International Law, Peace, pages 679-86.

137. BROWNLIE, Ian, *Treaties and Indigenous Peoples* (1992).

El derecho se convierte, en consecuencia, en un instrumento al servicio del poder, y se inicia una feroz competencia por el control de los territorios, sin tener en cuenta a los pueblos que los ocupaban.

Esta interpretación creativa o amplia lleva al llamado reparto de África<sup>138</sup>, iniciado con el Rey Leopoldo, que consideraba al Congo como de su propiedad personal, y que más tarde lo vendería a Bélgica<sup>139</sup>. En consecuencia, los territorios no habitados por europeos se vuelven vulnerables a la ocupación y anexión<sup>140</sup>. La descolonización en África se realiza con nuevos Estados formados con las fronteras seguras fundadas en las administraciones coloniales previas, con el objetivo de mantener el orden en los territorios del Continente<sup>141</sup>.

En América Latina, sin embargo, el principio de la *terra nullius* tuvo una interpretación diferente, ya que servía para afirmar que todo el territorio estaba ocupado en forma efectiva por los Estados soberanos, si bien había vastas porciones del Continente que no estaban al tanto de los cambios en la soberanía, por no tener contacto. De allí que muchos Estados reclaman soberanía sobre territorios sin tener los elementos de *posesión y administración*, es decir, sin título.

En este continente, los conflictos son principalmente de límites y de demarcación, y no tanto de carácter territorial, es decir, una especie en el género, aunque también ha habido casos así en el África poscolonial<sup>142</sup>.

En definitiva, originalmente el principio de *terra nullius* no era problemático ya que si un territorio no estaba habitado se lo podía reclamar a través de la ocupación. Pero la corrupción del principio, sin

138. AXELSON, *The Scramble For Africa*, Documents on the Berlin West African Conference and Related Subjects 1884, 1885. PACKENHAM, Thomas, *The Scramble for Africa*, 1991.

139. Bismarck, *Europe, and Africa*, page 469 (Sig Förster, Wolfgang J. Mommsen & Ronald Robinson eds., 1988).

140. FERRO, Marc, *Colonization, A Global History*, pages 104-62, 186-210, 1997.

141. MEREDITH, Martin, *The Fate of Africa, From the Hopes of Freedom to the Heart of Despair*, 2005.

142. Kasikili/Sedudu Island ("Botswana vs. Namibia"), 1999 I.C.J. 1045 (Dec. 13) (discutiéndose los temas referidos a los casos de ocupación y de generación de título, y no solo adjudicando el límite en un caso de demarcación territorial). En el mismo sentido, Territorial Dispute (Libya/Chad), 1994 I.C.J. 6 (Feb. 3).



embargo, podía discernirse en la interpretación ya desde los tiempos del *jus civile*.

Vitoria expresamente menciona que las tierras de los nativos no podían ser consideradas *terrae nullius*, ya que los bárbaros poseían un verdadero dominio público y privado. Pero al mismo tiempo, reconocía que la ocupación de *terra nullius* era un título válido al territorio bajo el *jus inter gentes*<sup>143</sup>. La misma entendía que los bienes sin dueño pasan a quien los ocupa, pero en este caso tenían un dueño así que no podían caer en los alcances de este título<sup>144</sup>. Vitoria también entiende que los indios no pueden ser desposeídos del dominio sobre sus bienes en base a una pretendida falta de uso de educación<sup>145</sup>. Pero se basará en otros criterios para justificar la conquista y colonización española en América, ya que para Vitoria no eran títulos legítimos ni la autoridad del Emperador ni la del Papado así como tampoco lo era el hecho del descubrimiento.

El primer título en el que se basa puede denominarse de la sociedad y comunidad natural. Así, “Los españoles tienen derecho de recorrer aquellos territorios y de permanecer allí sin que puedan prohibírseles los bárbaros pero sin daño alguno para éstos, por el derecho de gentes que o es derecho natural, o del derecho natural se deriva”. Además, “si hay cosas entre los bárbaros que son comunes tanto a los ciudadanos como a los huéspedes, no les es lícito a los bárbaros prohibir a los españoles la comunicación y participación de esas cosas”. Es este el *jus communicationis*.

Si intentados todos los medios, los españoles no pueden conseguir la seguridad de los bárbaros sino ocupando sus ciudades y sometiénolos, pueden hacerlo lícitamente. El fin de la guerra es la paz y la seguridad. Si después que los españoles han mostrado con toda diligencia, con palabras y obras, que no son impedimento algu-

143. A la cabeza de quienes defendían la licitud de las guerras de conquista de las tierras de los indios –ya que, entre otras razones, éstos por su naturaleza y condición habrían nacido no para ser libres sino para vivir sujetos a otros–, se puede citar GINÉS DE SEPULVEDA, Juan, con su obra *Democrates alter, sive Dialogus de iustisbelti causis adversus Indos*,

144. Vitoria, *De Indis*. 2.3.

145. Vitoria, *De Indis*. 2.3.



no para que los bárbaros vivan pacíficamente y sin perjuicio alguno para sus cosas, los bárbaros perseverasen en su malicia y trabajaren la perdición de los españoles, entonces éstos pueden actuar no como si se tratara de inocentes, sino de pérfidos enemigos, y cargar sobre ellos todo el peso de la guerra y despojarlos y reducirlos a cautiverio y destituir a los antiguos señores y establecer otros nuevos”.

El segundo Título es la propagación del Evangelio: “Si los bárbaros impidieren a los españoles anunciar libremente el evangelio, pueden éstos, dando antes razón de ello a fin de evitar escándalo, predicarles aún contra su voluntad y entregarse a la conversión de aquella gente y, si fuere necesario, aceptar la guerra o declararla, hasta que den oportunidad y seguridad para predicar el evangelio. Y lo mismo si, permitiendo la predicación, impide las conversiones, matando o castigando de cualquier otra manera a los ya convertidos a Cristo, o amedrentando de otros modos a los demás con amenazas. En esto los bárbaros hacen agravio a los cristianos; luego ya tienen justa causa para declarar la guerra. Además los españoles pueden guerrear en favor de los oprimidos y que padecen injusticias, ya que sus príncipes no pueden impedir en justicia la predicación. Si no se puede proveer de otro modo el asunto de la religión, es lícito a los españoles ocupar sus tierras, establecer nuevos señores”<sup>146</sup>.

Aunque Vitoria contradijo la tesis de Ginés de Sepúlveda de que la conquista no se justifica a partir de la tesis de la *res nullius* o del apropiarse de las cosas de nadie, tampoco acoge las tesis de Bartolomé de las Casas, que venía defendiendo los derechos humanos de los indígenas sometidos a servilismo y a la esclavitud de los españoles. Vitoria se convierte en un defensor de la apropiación de las Indias por parte de los conquistadores con su concepto de *ius gentium*. Dicha idea tiene como finalidad justificar la conquista entre naciones utilizando el argumento de que los españoles solo se estaban defendiendo de una agresión externa de los bárbaros –los indígenas– y que la guerra es justa y se permite cuando es defensiva. Si bien no corresponde al tema tratado se puede observar en esta concepción un antecedente de la llamada legítima defensa preventiva.

146. Vitoria, De Indis.

Para el fin del siglo XVI, la ocupación de la *terra nullius* era un modo válido de adquirir territorio para el derecho internacional. Así los neo-escolásticos españoles, como Domingo de Soto<sup>147</sup> (1495-1560), y los protestantes, como Alberico Gentili<sup>148</sup>, y aún el mismo Grocio, lo aceptaron. Para este, al contrario que Vitoria, las tierras de los nativos, aunque habitadas, debían ser consideradas *terra nullius*<sup>149</sup>. Un ejemplo importante también es la posición de Inglaterra expresada en algunas sentencias como la del jurista inglés Coke<sup>150</sup>.

En la opinión disidente del Juez Ammoun en el Caso del Sahara Occidental, se menciona que en el derecho romano se establecía que todo el territorio no romano era considerado como *terra nullius*, implicando así que solo el derecho romano podía crear legitimidad y títulos que otorgaran derechos<sup>151</sup>.

En el siglo XIX las tribus no civilizadas no eran reconocidas y así el territorio era *terra nullius* a pesar de su presencia<sup>152</sup>. El resultado fue la ocupación de África por las potencias y el tratamiento de sus poblaciones sin tener en cuenta ese principio<sup>153</sup>.

147. De Iustitia et Iure. 1553.

148. De iure belli libri tres Alberico Gentili, Published 1933 by The Clarendon press, H. Milford in Oxford, London.

149. La aplicación de esta doctrina, sin embargo, se discutió a veces en el siglo XVI por algunos soberanos. Ver VAN DER HEYDTE, *Discovery, Symbolic Annexation and Virtual Effectiveness in International Law*, 29 AJ (1935) 459.

150. Lord Coke estableció en el *Calvin Case* of 1602 que "if a Christian King should conquer a kingdom of an infidel, and bring them under submission, there *ipso facto* the laws of the infidel are abrogated, for that they be not only against Christianity, but against the law of God and of nature, contained in the Decalogue". "Calvin vs. Smith", 7 Cooke Rep. 1a, 77 Eng. Rep. 377, 397-8 (K. B. 1608).

151. See Western Sahara, Advisory Opinion, 1975 I.C.J. 12, 83-87 (Oct. 16) (Separate opinion of Judge Ammoun).

152. Western Sahara, Advisory Opinion, 1975 I.C.J. 12, 83-87 (Oct. 16) (separate opinion of Judge Ammoun).

153. Colonialism in Africa 1870-1960 (L. H. Gann & Peter Duignan eds., 1969), FLINT, John, "Chartered Companies and the Transition from Informal Sway to Colonial Rule in Africa", in *Bismarck, Europe and Africa*, page 69 (Sig Förster, Wolfgang J. Mommsen & Ronald Robinson eds., 1988), en relación a las Compañías Comerciales que ocupaban en nombre de los Estados.

#### 4. DESAFÍOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Habiendo analizado la forma en que estas doctrinas evolucionan a través de la Historia, es importante destacar cómo la Corte ha contribuido a clarificar el contenido de los mismos, especialmente en relación a cuatro temas:

A. El *locus standi* en temas de disputas territoriales.

B. La importancia de documentar un reclamo territorial, especialmente el valor de los mapas en el transcurso del proceso.

C. El examen de las acciones que indican una actividad generadora de títulos sobre el territorio.

D. La importancia de los datos críticos en la determinación del destino de un determinado territorio.

En el análisis de algunos de los Casos de la Corte al respecto, se observa la posición actual del Tribunal sobre el principio de la *terra nullius*, así en el Caso sobre el *Sahara Occidental*<sup>154</sup>. En el mismo, dos preguntas básicas se le hacen al Tribunal:

1. ¿Si el Sahara Occidental (Río de Oro y Sakiet El Hamra) al tiempo de la colonización española era *terra nullius* o si no lo era?

2. ¿Qué vínculos legales existían entre este territorio y el Reino de Marruecos y la entidad de Mauritania?<sup>155</sup>

Con respecto a la primera cuestión, la Corte determina que el Sahara Occidental no era *terra nullius* antes de la llegada de los españoles. Se afirma esto en base a que “*at the time of colonization Western Sahara was inhabited by peoples which, if nomadic, were socially and politically organized in tribes and chiefs competent to represent them*”<sup>156</sup>.

154. Western Sahara, 1975 I.C.J. 12.

155. Western Sahara, 1975 I.C.J. 14.

156. Western Sahara, 1975 I.C.J. 39.

Esta afirmación pareciera favorable a los intereses de las tribus indígenas del Sahara, y a su autodeterminación; sin embargo, la Corte establece con respecto a la segunda cuestión que existía un vínculo entre estas tribus y el Estado Jerifiano, antecesor del actual Estado de Marruecos<sup>157</sup>. Marruecos, en consecuencia, utilizará este fundamento legal para la ocupación del Sahara Occidental<sup>158</sup>.

Debe tenerse en cuenta también el hecho de que las potencias coloniales y los Estados sucesores intentan nulificar los derechos de los pueblos nativos y minorías, y estos también tienen obstáculos en acceder a tribunales como la Corte, ya que solo los Estados tienen acceso al mismo<sup>159</sup>.

Si bien en consecuencia los casos ante la Corte y otros tribunales son de naturaleza interestatal, los temas del *uti possidetis juris* y la *terra nullius* se han discutido en detalle<sup>160</sup>.

En el Caso del Sahara, el territorio en cuestión no estaba en plena posesión de ninguno de los dos reclamantes, pero los tribunales internacionales se han visto envueltos en otros casos donde hay reclamos contradictorios de un territorio que es ocupado por un Estado de *facto*, si bien no de *jure* por un Estado soberano<sup>161</sup>.

En este panorama, quien posee el territorio tiene el título, y el oponente es rechazado *ab initio*, no obstante esto, las Cortes analizan el título *de jure*, sobre el territorio, y se enfocan en el análisis de una fecha histórica cuando la ocupación de facto legitima el reclamo territorial.

157. SHAW, Malcolm, *The Western Sahara Case*, 44 British Yearbook of International Law. 118 (1978). FRANCK, Thomas M., *The Stealing of the Sahara*, 70 AJIL, page 694 (1978).

158. Western Sahara, Advisory Opinion, 1975 I.C.J. 12, 68 (Oct. 16).

159. Statute of the International Court of Justice Art. 34(1), June 26, 1945, 59 Stat. 1055, 33 U.N.T.S. 933, el mismo establece que solo los Estados pueden ser Partes en casos contenciosos ante el Tribunal.

160. Territorial Dispute ("Libya vs. Chad"), 1994 I.C.J. 6 (Feb. 3) (Separate opinion of Judge Ajibola); Land, Island and Maritime Frontier Dispute ("El Salvador vs. Honduras; Nicaragua Intervening"), 1992 I.C.J. 351 (Sept. 11); Frontier Dispute ("Burkina Faso vs. Mali"), 1986 I.C.J. 554 (Dec. 22); "India vs. Pak" (Rann of Kutch), 50 I.L.R. 2 (Indo-Pakistani. Western Boundary Case Trib. 1968); "Dubai vs. Sharjah" (Ct. Arb. 1981) (Dissenting opinion of Judge Bebler).

161. Es una situación similar al Manchukuo, mencionada en el Reporte Lytton.

La Corte Permanente de Justicia Internacional, en el Caso de *Sovereignty over Certain Frontier Lands (Belgium vs. The Netherlands)*, en 1959<sup>162</sup>, se centró en las discusiones de la Comisión Mixta de Límites que buscaba preservar el *status quo*. En base a esas conclusiones, la Corte estableció que los belgas tenían soberanía como posesión de *facto*<sup>163</sup>. Con posterioridad analiza si algunos de estos derechos se han extinguido, lo cual podría haber dado lugar a un efectivo reclamo de Holanda<sup>164</sup>. En este contexto, si bien el concepto de “título” al territorio se usa regularmente en los contenciosos internacionales es difícil hallar una definición precisa del término. En el Caso de Frontier Dispute entre Burkina Faso y Mali se elabora un correcto análisis, identificándose las fuentes de un título como no restringidas a una evidencia documental solamente: “*The concept of title may also, and more generally, comprehend both any evidence which may establish the existence of a right, and the actual source of that right*”<sup>165</sup>.

Sin embargo, en el contexto del derecho a la autodeterminación, que puede incluir un reclamo territorial, esta explicación no es la más adecuada. Atribuir un valor determinado a la relación entre una comunidad y un territorio no es fácil. En consecuencia, con respecto a las relaciones actuales sobre los territorios hay una serie de cuestiones importantes que la Corte ha intentado resolver en relación al dominio y posesión de los territorios en conflicto.

#### ***A. ¿Quiénes pueden reclamar título sobre el territorio? La cuestión del locus standi***

Si bien la Corte Internacional solo puede examinar cuestiones contenciosas entre Estados, se ha referido a cuestiones de contenido

162. *Sovereignty Over Certain Frontier Land* (“Belgium vs. Netherlands”), 1959 I.C.J. 209 (June 20).

163. *Sovereignty Over Certain Frontier Land* (“Belgium vs. Netherlands”), 1959 I.C.J. 209 (June 20), 214.

164. *Sovereignty Over Certain Frontier Land* (“Belgium vs. Netherlands”), 1959 I.C.J. 209 (June 20), 222.

165. *Frontier Dispute* (“Burk Faso vs. Mali”), 1986 I.C.J. 554, 564 (Dec. 22).

más amplio a través de las llamadas Opiniones Consultivas. Así se pueden mencionar el *Western Sahara Case*<sup>166</sup>, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*<sup>167</sup>, y los casos relativos a Namibia, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*<sup>168</sup> y *International Status of South West Africa*<sup>169</sup>.

En algunos casos había una presión internacional por acciones de los Estados, como Sudáfrica e Israel, y en el del Sahara la cuestión nace por la partida del Estado colonial.

Es difícil así que entidades no estatales como etnias o pueblos originarios puedan acceder a los Tribunales. La solidificación parcial del individuo como sujeto del derecho internacional no ha logrado el *locus standi* ante estos Tribunales, que solo receptan reclamos de Estados. En la actualidad inclusive un apoyo a estos grupos podría ser visto a través del prisma del terrorismo internacional, una vez pasada la oleada de la descolonización.

Estas características así previenen muchos reclamos potenciales. En consecuencia, los “pueblos” que buscan la autodeterminación, incluidas las cuestiones de título al territorio, deben manejarse y buscar los remedios dentro de una estructura estatal. Es así que el ofrecimiento de autonomía es considerado una opción viable en muchos casos<sup>170</sup>. A estos grupos no estatales solo les queda una serie de opciones limitadas en el marco de los mecanismos de protección de derechos humanos, pero no tienen estos de ninguna manera el poder de un reclamo interestatal.

166. Western Sahara, Advisory Opinion, 1975 I.C.J. 12 (Oct. 16).

167. Territory, Advisory Opinion, 2004 I.C.J. 136 (July 9), page 211. Opinión de la Juez Higgins.

168. Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa), Notwithstanding Security Council Resolution 276, Advisory Opinion, 1971 I.C.J. 16 (June 21).

169. International Status of South-West Africa, Advisory Opinion, 1949 I.C.J. 270 (Dec. 30).

170. GILBERT, Geoff, *Autonomy and Minority Groups: ¿A Right in International Law?*, 35 Cornell Int'l Law Journal, 307 (2002).

Sin embargo, esto no resuelve el título al territorio y a su reclamación, sino que es una solución consensuada sobre el gobierno del mismo<sup>171</sup>.

Ha habido en los últimos años dos casos: Eritrea y Timor Les-  
te<sup>172</sup>, que fueron finalmente exitosos en el sentido de lograr su inde-  
pendencia pero, en ambos casos, este resultado llega a través de pro-  
cesos políticos y no legales, con mucho derramamiento de sangre y  
eventualmente con un plebiscito apoyado por la ONU<sup>173</sup>.

### ***B. La documentación en una reclamación territorial: el valor de los mapas***

La Corte y en general los Tratados internacionales han sido rea-  
cios a aceptar la fuerza de los mapas como evidencia en las reclama-  
ciones territoriales.

En el Caso Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua  
and Honduras in the Caribbean Sea<sup>174</sup>, la Corte se refiere a dos casos  
anteriores: el caso Isla de Palmas, o Miangas entre Estados Unidos y

171. El estatus de la autodeterminación en muchos casos también dependerá de la perspectiva política del Estado, así en los casos de Estados federales. Así, tam-  
bién, el caso ante la Suprema Corte del Canadá: Canadian Supreme Court. Referen-  
ce re Secession of Québec [1998], 2 S.C.R. 217, 261-283, en el mismo no se prohíbe  
una secesión fuera de la Constitución, y se trata el tema de las minorías. August 20th  
1998. Ver "Reflections on the Tenth Anniversary of the Supreme Court's Opinion",  
in the *Quebec Secession Reference*, August 22nd, 2008, by Warren J. Newman, [http://  
www.thecourt.ca/2008/08/22/reflections-on-the-tenth-anniversary-of-the-supreme-  
court%E2%80%99s-opinion-in-the-quebec-secession-reference/](http://www.thecourt.ca/2008/08/22/reflections-on-the-tenth-anniversary-of-the-supreme-court%E2%80%99s-opinion-in-the-quebec-secession-reference/).

172. GAYIM, Eyasu, *The Eritrean Question: The Conflicy Between the Right of Self  
Determination and the Interests of States*, 1993.

173. S.C. Res. 1246, 1, U.N. Doc. S/RES/1246 (June 11, 1999) [establishing "the  
United Nations Mission in East Timor (UNAMET) to organize and conduct a popular  
consultation"]. The Secretary General, Report of the Secretary-General on the Ques-  
tion of East Timor, delivered to the Security Council and the General Assembly, U.N.  
Doc. S/1999/513, A/53/951 (May 5, 1999).

174. Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the  
Caribbean Sea ("Nicaragua vs. Honduras"), Para. 134, 214 (Oct. 8, 2007).



Holanda<sup>175</sup> y el Arbitral Award of the Special Boundary Panel Determining the Frontier between Guatemala and Honduras<sup>176</sup>.

En el primero de ellos se estableció el valor de los mapas en una controversia: *"Any maps which do not precisely indicate the political distribution of territories clearly marked as such must be rejected forthwith [...]"*<sup>177</sup>.

En el segundo, la CPIJ entendió que los mapas presentados por las partes tenían un valor relativo ya que "no mostraban la extensión del ejercicio efectivo de la administración y del control efectivo del Estado"<sup>178</sup>.

Más recientemente, la Corte Internacional de Justicia se refiere al valor de los mapas en Frontier Dispute entre Burkina Faso y Mali<sup>179</sup> y en el caso Territorial & Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea<sup>180</sup>.

En este último la presentación de los mapas fue vista como: *"Essentially serving the purpose of buttressing their respective claims and of confirming their arguments. The Court finds that it can derive little of legal significance from the official maps submitted and the maps of geographical institutions cited; these maps will be treated with a certain reserve"*<sup>181</sup>.

175. Island of Palmas (or Miangas) ("U.S. vs. Netherlands"), 2 R. Int'l Arb. Awards 829 (Perm. Ct. Arb. 1928).

176. Honduras Borders ("Guatemala vs. Honduras"), 2 R. Int'l Arb. Awards 1309, 1322 (Special Boundary Tribunal constituted by the Treaty of Arbitration between Guatemala and Honduras, 1933).

177. Island of Palmas (or Miangas) ("United States vs. Netherlands"), 2 R. Int'l Arb. Awards at 852.

178. Honduras Borders, 2 R. Int'l Arb. Awards at 1325 ("Authenticated maps are also to be considered, although such descriptive material is of slight value when it relates to territory of which little or nothing was known and in which it does not appear that any administrative control was actually exercised").

179. Frontier Dispute ("Burkina Faso vs. Mali"), 1986 I.C.J. 554, 582 (Dec. 22). Maps were considered in of themselves indeterminate in constituting territorial title, or "documents endowed by international law with intrinsic legal force for the purpose of establishing territorial rights".

180. Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea ("Nicaragua vs. Honduras") (Oct. 8, 2007).

181. Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea ("Nicaragua vs. Honduras") (Oct. 8, 2007), Para. 217.



En este caso la soberanía sobre las islas en disputa se otorga a Honduras basado en actos efectivos poscoloniales, es decir, *effectivités*, y no en base a mapas<sup>182</sup>.

Si bien las partes insisten en la presentación de mapas en los casos de disputas territoriales los mismos tienen poca importancia en el momento de la sentencia. La Corte Internacional de Justicia busca otro tipo de evidencia documental al decidir sobre los reclamos territoriales; tales como *memorándums* o cartas que demuestren la posición y el reconocimiento externo respecto al reclamo<sup>183</sup>. Esto sugiere que el Tribunal le da importancia a las fronteras internacionales y que las mismas son construcciones válidas aunque no hayan sido negociadas.

La Corte al mismo tiempo asegura la noción del orden internacional y que los límites territoriales de la soberanía estatal continúen en las fronteras determinadas. Sin embargo, este valor otorgado por la Corte a determinados documentos plantea la cuestión de darle validez a determinados Tratados “desiguales” entre el colonizador y los colonizados, y a Tratados entre Potencias estableciendo zonas de influencia política<sup>184</sup>.

En consecuencia, la Corte debe evaluar la evidencia presentada y darle valor a documentos que en otras circunstancias serían por lo menos sospechosos de ilegalidad.

182. “Post-colonial effectivities refers to the efficacy or effectiveness of the extent to which the post-colonial state has performed its function as a state in relation to a given territory”. Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (“Nicaragua vs. Honduras”), para. 227 (Oct. 8, 2007).

183. Western Sahara, Advisory Opinion, 1975 I.C.J. 12, 49 (Oct. 16) (demostrando el reconocimiento externo o exterior de la soberanía a través de Tratados, correspondencia diplomática y otros documentos).

184. Kasikili/Sedudu Island (“Botswana vs. Namibia”), 1999 I.C.J. 1045 (Dec. 13). Así la Corte debió examinar la veracidad o validez de una serie de documentos ofrecidos como evidencia de interpretación relacionados con el Tratado Anglo-Germano de 1890, que había establecido las esferas de influencia entre ambas potencias. Los documentos presentados incluían: 5(1) a 1912 report on a reconnaissance of the Chobe River, produced by the Bechunaland Protectorate Police; (2) correspondence and an arrangement between the Eastern Caprivi magistrate and a district commissioner in the Bechunaland Protectorate an agreement between Botswanan and South African authorities for the Joint Survey of the Chobe. See *id.* at 1076-91.

### *C. Actos que establecen una reclamación territorial*

Una gran cantidad de los casos vinculados a reclamos de títulos territoriales están relacionados con la demostración de que había control efectivo sobre un determinado territorio y que este control estaba relacionado como parte de un todo unificado con el resto del territorio del Estado. Esto es irónico si se tiene en cuenta que los reclamantes poscoloniales insisten en que el territorio que habitan era *terra nullius*, una ficción legal pero que es necesaria si el título sucesor quiere ser considerado válido<sup>185</sup>.

La Corte establece en el Caso de la Frontera Marítima y Territorial entre Nicaragua y Honduras en el Mar Caribe, la validez de la efectividad del control, sean estas *effectivités* coloniales o poscoloniales<sup>186</sup>.

Cuando se determina el valor de la evidencia presentada ante la Corte, esta busca evidencias confiables que indiquen el establecimiento de un derecho o práctica que sea pertinente o relacionada al título territorial<sup>187</sup>.

Mucha de la evidencia que se presenta en estos casos se basa en hechos históricos, y complicados, que son discutidos por las partes.

La Corte no es un Tribunal preparado para decidir estos pronunciamientos de carácter histórico, y debe basarse en la calidad y presentación de las evidencias para determinar su veracidad<sup>188</sup>. Cuando es analizada, mucha de esta evidencia documental de las partes es similar, lo cual presenta problemas en las reclamaciones sobre la administración de un territorio. Así las evidencias en el Caso del Sahara Occidental que presentan tanto Marruecos como Mauritania apoya-

185. Western Sahara, Advisory Opinion, 1975 I.C.J. 12 (Oct. 16).

186. Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea ("Nicaragua vs. Honduras"), para. 227 (Oct. 8, 2007).

187. Land, Island and Maritime Frontier Dispute ("El Salvador vs. Honduras: Nicaragua Intervening"), 1992 IC.J. 351, 363-64; Frontier Dispute ("Burkina Faso vs. Mali"), 1986 I.C.J. 554, 568, 582 (Dec. 22) (examining French colonial law and the study of maps to determine their validity); Sovereignty over Certain Frontier Land ("Belgium vs. Netherlands"), 1959 I.C.J. at 218.

188. Territorial Dispute ("Libya vs. Chad"), 1994 I.C.J. 6, 16 (Feb. 3); Frontier Dispute ("Burkina Faso vs. Mali"), 1986 I.C.J. 620-24.

ban sus reclamaciones sobre el territorio en cuestión<sup>189</sup>. Marruecos basaba su reclamo en su calidad de sucesor del Estado Jerifiano, que abarcaba Marruecos y los que después fue el Sahara Español<sup>190</sup>.

Mauritania, por su parte, basaba sus reclamos en una compleja red de alianzas identificada como parte del llamado *Bilad Shinguitti*, que era considerado el Estado antecesor de Mauritania<sup>191</sup>. La Corte así juzga analizando los vínculos entre el territorio y los Estados antecesores que tenían relación con el reclamo territorial. Si bien la Corte no fue muy clara en la decisión de los reclamos, Marruecos entendió que los mismos apoyaban su tesis<sup>192</sup>.

Las mismas dificultades aparecen en el Caso de Límites entre Burkina Faso y Mali<sup>193</sup>, y la disputa territorial entre Libia y Chad.

En el primer caso, la Corte identifica *effectivités* coloniales consideradas como: “[...] la conducta de las autoridades administrativas, como prueba del ejercicio efectivo de la jurisdicción territorial en la región durante el período colonial”<sup>194</sup>.

Al articular el principio de las *effectivités* coloniales la Corte la establece como una de las piedras angulares de la doctrina del *uti possidetis juris*.

Si bien las mismas llenan las condiciones de una efectiva administración o control sobre un territorio, su verdadero valor es el de demostrar el título al mismo en el derecho colonial. Limita así la jurisdicción territorial dentro de la cual la potencia colonial ejercía soberanía, ya sea frente a otra soberanía externa o frente a otra subdivisión administrativa en el territorio colonial<sup>195</sup>. Esta limitación territorial

189. Western Sahara, 1975 I.C.J. 12.

190. Western Sahara, 1975 I.C.J. 40.

191. Western Sahara, 1975 I.C.J. 41. En el Caso del Sahara Occidental Marruecos se intentaba también probar el título al territorio, a través del nombramiento de *caids*, que eran gobernadores o jueces en un determinado territorio; demostrándose así la influencia del Sultán en la región.

192. Franck, T., *The Stealing of the Sahara*, at 713-14 AJIL, Vol. 70 N° 4, 1976.

193. Frontier Dispute (“Burkina Faso vs. Mali”), 1986 I.C.J. 554 (Dec. 22).

194. Frontier Dispute (“Burkina Faso vs. Mali”), 1986 I.C.J. 554 (Dec. 22), 586.

195. Colonial effectivities demonstrates, in a document, that effective control was exercised over a territory claimed to be within the jurisdiction of the principal colonial occupier.

consiste en la línea del *uti possidetis juris* que fue establecida como frontera internacional cuando el gobernante colonial se retira y el nuevo hereda el territorio a través de la sucesión de Estados.

Así hay pruebas de las *effectivités* coloniales cuando las partes en una disputa acuerdan por consenso y el derecho internacional petrifica las fronteras poscoloniales a nivel internacional. Los argumentos y la Sentencia en la *Diputa de Límites de Libia vs. Chad* analizan esto y su valor en la determinación del *uti possidetis* y los límites<sup>196</sup>.

Para demostrar la extensión del dominio colonial en el *Caso de Kasikili/Sedudu Island*, siendo las Partes Botswana vs. Namibia, las mismas se basan en evidencia documental que demostraba un Acuerdo entre las autoridades de la llamada Franja de Caprivi, precursora de la actual Namibia y las autoridades coloniales de Bechuanalandia<sup>197</sup>. Sin embargo, en este caso no se acepta el documento como evidencia de *effectivités* coloniales sobre el territorio y no prospera en consecuencia el reclamo de soberanía<sup>198</sup>.

Así como la doctrina de las *effectivités* coloniales, la del *uti possidetis juris* esencialmente aplica una visión retrospectiva basada en el estado de un territorio en un momento determinado.

Si bien el Juez Harry Dillard en su opinión disidente en el Caso del Sahara Occidental dijo que “*it is for the people to determine the destiny of the territory*”<sup>199</sup>, esto no fue así y fue el destino del territorio el que determinó el destino del pueblo. La Corte, y en su aplicación del *uti possidetis juris* en estos casos de disputas territoriales, ha insistido en que el consentimiento del Estado es el estándar definitivo en la determinación del título sobre el territorio.

En lo relativo a las discusiones y reclamos contemporáneos sobre autodeterminación, con elementos de disputas territoriales, la extensión y exclusividad de las *effectivités* coloniales es algo fundamental.

196. Territorial Dispute (“Libya vs. Chad”), 1994 I.C.J. 6, 16 (Feb. 3) (referente a disputa territorial sobre una porción alrededor del Lago Chad y donde la Corte analiza el llamado *droit d’outre-mer*, o derecho colonial francés).

197. Kasikili/Sedudu Island (“Botswana vs. Namibia”), 1999 I.C.J. 1045, 1058 (Dec. 13).

198. Kasikili/Sedudu Island (“Botswana vs. Namibia”), 1999 I.C.J. at 1100.

199. Western Sahara, 1975 I.C.J. at 122 (Opinión Disidente del Juez Dillard).

Este era el argumento en varios casos donde entidades estatales pos-coloniales quisieron demostrar variantes en las líneas del *uti possidetis juris* basadas en la falta de administración colonial en regiones fronterizas o limítrofes<sup>200</sup>. Sin embargo, las *effectivités* coloniales pueden ser criticadas especialmente en el contexto de los derechos de los pueblos indígenas o nativos del territorio cuando los Estados interpretan la doctrina en forma diferente.

#### D. Fechas críticas

Sin dudas una de las más importantes ramificaciones y elementos para el futuro de un territorio es una instantánea del territorio en la fecha crítica<sup>201</sup>.

La importancia o significación de una fecha crítica en una disputa sobre espacios territoriales o marítimos radica en la distinción entre: actos anteriores y posteriores a la fecha crítica. Así, los “*Acts performed à titre de souverain which are in principle relevant for the purpose of assessing and validating effectivités, and those acts occurring after such critical date, which are in general meaningless for that purpose, having been carried out by a State which, already having claims to assert in a legal dispute, could have taken those actions strictly with the aim of buttressing those claims*”<sup>202</sup>.

Los actos de las partes después de la fecha crítica no son relevantes para establecer el valor de las *effectivités*<sup>203</sup>. En el Caso Territorial

200. Territorial Dispute (“Libya vs. Chad”), 1994 I.C.J. 6 (Feb. 3).

201. Frontier Dispute (“Burkina Faso vs. Mali”), 1986 I.C.J. 554, 658 (Dec. 22). The ICJ explained:

[U]ti possidetis [...] applies to the new State (as a State) not with retroactive effect, but immediately and from that moment onwards. It applies to the State as it is; i.e., to the ‘photograph’ of the territorial situation then existing. The principle of uti possidetis freezes the territorial title; it stops the clock, but does not put back the hands”.

202. Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (“Nicaragua vs. Honduras”), para. 117 (Oct. 8, 2007).

203. Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (“Indonesia vs. Malay”), 2001 I.C.J. 575, 682 (Oct. 23). “The ICJ cannot take into consideration acts having taken

and Maritime Dispute entre Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea, las partes discutían dos cuestiones legales relacionadas con la doctrina del *uti possidetis juris*:

La extensión de la línea determinada judicialmente que abarcaba las áreas marítimas y las islas en disputa<sup>204</sup>.

El alcance de la evidencia documentaria en relación al control ejercido por las autoridades locales<sup>205</sup>.

En relación a la segunda cuestión, Nicaragua afirmaba que las autoridades de la Corona Española tenían jurisdicción exclusiva sobre el mar territorial y en consecuencia el mar no podía incluirse en los reclamos de las autoridades locales, de acuerdo a la doctrina del *uti possidetis*<sup>206</sup>.

La Corte estima que la línea del *uti possidetis* está relacionada con el título territorial y la delimitación al momento de la descolonización<sup>207</sup>, sin tener en cuenta si se trataba de límites territoriales o marítimos<sup>208</sup>. Al referirse al reclamo de Nicaragua la Corte solo podía determinar el estatus durante la dominación española y las opciones eran pocas<sup>209</sup>.

Haciendo un vínculo entre la noción de *terra nullius* y el *uti possidetis* la Corte afirma: “Está bien establecido que un aspecto clave del principio del *uti possidetis juris* es la negación de la posibilidad de *terra nullius*”. Sin embargo, ese *dictum* no puede hacer ingresar dentro

---

place after the date on which the dispute between the Parties crystallized unless such acts are a normal continuation of prior acts and are not undertaken for the purpose of improving the legal position of the Party which relies on them”.

204. Arbitral Award Made by the King of Spain on 23 December 1906 (“Honduras vs. Nicaragua”), 1960 I.C.J. 192, 199-200 (Nov. 18). De acuerdo al Artículo III del Tratado Gámez-Bonilla de 1894 se somete la cuestión al Arbitraje del Rey Alfonso XIII, el mismo fue otorgado el 23 de diciembre de 1906. Nicaragua desafía su validez en 1912 y mucho más adelante gracias a los esfuerzos de la OEA se somete a la Corte en 1957.

205. Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (“Nicaragua vs. Honduras”), para. 150 (Oct. 8, 2007).

206. *Ibidem*, para. 150.

207. *Ibidem*, para. 151.

208. *Ibidem*, para. 156.

209. *Ibidem*, para. 157.

del territorio de los Estados sucesores islas que no se demostró que estaban sujetas al dominio colonial español, ni atribuir islas que no tienen conexión con el territorio continental concerniente. Aun si las dos partes en este caso están de acuerdo en que las islas mencionadas no eran *res nullius*, hay así cuestiones legales que deben ser respondidas”<sup>210</sup>.

En consecuencia, para la Corte el *uti possidetis* no daba una respuesta clara en cuanto a la soberanía de las islas<sup>211</sup>. La Corte entiende que “si las islas no son *terra nullius*, como ambas Partes reconocen, debe entenderse que estaban bajo el control de la Corona Española”<sup>212</sup>.

Al fallar a favor de Nicaragua la Corte establece: “El *uti possidetis juris* presupone la existencia de la delimitación del territorio entre las provincias coloniales concernientes realizada por las autoridades coloniales centrales. Así para aplicar el principio del *uti possidetis juris* a las islas en disputa debe demostrarse que la Corona Española las había colocado en una u otra de las provincias coloniales”<sup>213</sup>.

Esta sentencia es similar a una anterior: Land, Island and Maritime Frontier Dispute entre El Salvador y Honduras con Nicaragua interviniendo, donde el Tribunal también se enfrentó al tema de islas que no habían sido colocadas dentro de la jurisdicción de las administraciones territoriales contendientes<sup>214</sup>.

En el mismo se dice: “Cuando se menciona el principio del *uti possidetis juris*, el derecho al que se refiere no es derecho internacional, sino el derecho constitucional o administrativo del soberano antes de la independencia, en este caso el derecho colonial de España; y es perfectamente posible que ese derecho no otorgara una clara y definitiva respuesta a la soberanía o pertenencia de áreas marginales, o poco pobladas que tenían una significación económica mínima”<sup>215</sup>.

210. *Ibidem*, para. 157.

211. *Ibidem*, para. 158.

212. *Ibidem*, para. 158.

213. *Ibidem*, para. 158.

214. Land, Island and Maritime Frontier Dispute (“El Salvador vs. Honduras: Nicaragua Intervening”), 1992 IC.J. 351, 558–59 (Sept. 11).

215. *Ibidem*, IC.J. at 559.



En consecuencia, la línea del *uti possidetis juris* tiene un valor limitado en esos casos y presenta cuestiones fundamentales sobre la naturaleza de las *effectivités* coloniales y su importancia, como generadoras de títulos.

Las *effectivités* consisten en “la conducta de las autoridades administrativas como prueba del efectivo ejercicio de la jurisdicción territorial en la región durante el período colonial”<sup>216</sup>.

La cuestión entonces a analizar es en qué extensión la potencia colonial ejercía un control administrativo efectivo sobre el territorio que proclamaba estar bajo su dominio. También entraría en conflicto esto, con la noción de contigüidad donde el reclamo o control sobre el interior de un territorio se hace a partir de la ocupación de las franjas costeras.

Basado en la ocupación de la costa, esta regla adoptada en la Conferencia Africana de Berlín<sup>217</sup> tendría consecuencias fundamentales para muchos *pueblos* o *naciones* que han sido colocadas dentro de Estados modernos según las aplicaciones implícitas del *uti possidetis juris*.

Esto no es un reconocimiento total del carácter de las *effectivités*, y la Corte ya no toma el derecho intertemporal en forma tan estricta; así, empiezan a pesar diferentes factores y a tenerse en cuenta evidencias que antes no se tomaban en consideración.

Por eso es que se debe mencionar el Caso *Territorial Dispute (Libya/Chad)* donde se discuten las evidencias y su grado o capacidad de generación de títulos en relación a reclamos territoriales. En este caso Libya rechaza las *effectivités* con respecto a los Tratados en estos términos: “La evidencia histórica demuestra que cuando se concluyen los Acuerdos entre Francia y el Reino Unido entre 1890 y 1899, ninguno de los dos Estados tenía autoridad efectiva sobre los terri-

216. “The conduct of the administrative authorities as proof of the effective exercise of territorial jurisdiction in the region during the colonial period rontier Dispute” (“Burkina Faso vs. Mali”), 1986 I.C.J. 554, 586 (Dec. 22).

217. CROWE, Sybil E., *The Berlin West Africa Conference* (1942). Esta Conferencia tuvo lugar en Berlín, con los auspicios del Canciller Bismarck. El propósito de la misma era crear un marco para que las principales potencias discutieran su rol en África, y su división en esferas de influencia.



torios africanos y los pueblos incluidos en sus respectivas 'esferas de influencia'. Cuando Francia crea la 'circonscription spéciale dite territoire militaire des pays et protectorates du Tchad', en septiembre de 1890, dentro de lo que se llamaba en ese tiempo Territorios del Congo Francés, no tenía autoridad efectiva ni presencial real en las áreas alrededor o al norte de Bir Alali en Kanem, o en las regiones de Borkou, Tibesti, Ouinianga, Erdi y Ennedi"<sup>218</sup>.

La doctrina del *uti possidetis* también está mencionada en otros casos de la Corte Internacional de Justicia<sup>219</sup>. Cualquier nuevo caso que trate cuestiones similares a las ya analizadas presentará elementos específicos que hacen que la Corte deba convertirse en especialista en historia y reflejar esto en el derecho. Este desafío está bien establecido por la Juez Higgins al discutir el Caso de Límites entre Benin y Niger, frente a la Comisión de Derecho Internacional cuando afirmó: "Para entender quién en ese tiempo tenía la autoridad de determinar o mudar una frontera requería basarse en la ley nacional. Pero en este, así como en otros casos, era importante que la Corte pudiese identificar qué actos coloniales eran puramente internos o si tenían el efecto de modificar una frontera para los propósitos del derecho internacional"<sup>220</sup>.

En ese caso se le instruye a la Corte que utilice el principio del *uti possidetis*. Como lo dice el mismo informe: "The interesting challenge was to have this doctrine play its important role, without ignoring, temporally speaking, all that had occurred in real life subsequently. The Court confirmed that it would look at maps and other

218. Memorial Submitted by the Great Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya, Vol. 1, Territorial Dispute ("Libya vs. Chad"), 1991 I.C.J. Pleadings 71, para. 4.06 (Aug. 26, 1991).

219. Territorial and Maritime Dispute ("Nicaragua vs. Colombia") (Dec. 13, 2007); Dispute Regarding Navigational and Related Rights of Costa Rica on the San Juan River ("Costa Rica vs. Nicaragua") (Application Instituting Proceedings) (Sept. 29, 2005); Maritime Delimitation in the Black Sea ("Romania vs. Ukraine") (Application Instituting Proceedings) (16 September, 2004); Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge ("Malay vs. Singapore") (Special Agreement) (July 24, 2003).

220. H. E. Judge Rosalyn Higgins, President, ICJ, Speech at the 58th Session of the International Law Commission (July 25, 2006).

data subsequent to the critical date, but to see if they evidenced an agreement to alter the *uti possidetis* line”<sup>221</sup>.

En este caso la Corte debía determinar la línea fronteriza entre Benin y Niger, en el sector del Río Niger y el Río Mekou, lo cual establecería la soberanía de *jure* sobre las islas en disputa en el Río Niger<sup>222</sup>. La Corte aplica la doctrina del *uti possidetis juris* para determinar la frontera heredada del dominio colonial francés en la fecha crítica: la independencia de Benin, llamado anteriormente Dahomey, el 1º de agosto de 1960 y de Niger, anteriormente la Colonia francesa de Niger, el 3 de agosto de 1960<sup>223</sup>.

Si bien la Corte entiende que la aplicación del *droit d’outre-mer*, es decir, el derecho colonial francés, tenía una importancia suprema, también reconoce las realidades físicas actuales que no pueden ser dejadas de lado, especialmente al determinar la soberanía de las islas, que podían aparecer o desaparecer con el tiempo<sup>224</sup>.

Al determinar la naturaleza del derecho de ultramar o *droit d’outre-mer*, el documento más importante o relevante era el Decreto del Presidente de la República Francesa, del 16 de junio de 1895<sup>225</sup>, que colocaba todo el territorio del África Occidental Francesa (Afrique Occidentale Française) bajo el control de un Gobernador General y luego dividiendo el territorio en colonias con el mando de Tenientes Gobernadores, los cuales a su vez se dividían en *cercles* o unidades administrativas menores.

En esta sentencia también se establece el límite en dos puentes entre Gaya en Niger y Malanville en Benin, algo nunca antes visto en la historia de las disputas territoriales<sup>226</sup>.

221. H. E. Judge Rosalyn Higgins, President, ICJ, Speech at the 58th Session of the International Law Commission (July 25, 2006).

222. Frontier Dispute (“Benin vs. Niger”), 2005 I.C.J. 90, 94-103 (July 12).

223. Frontier Dispute (“Benin vs. Niger”), 2005 I.C.J. 90, 94-103 (July 12) at 108.

224. Frontier Dispute (“Benin vs. Niger”), 2005 I.C.J. 90, 94-103 (July 12) at 108-09.

225. Frontier Dispute (“Benin vs. Niger”), 2005 I.C.J. 90, 94-103 (July 12) at 110.

226. SPADI, Fabio, The International Court of Justice Judgment in the Benin-Niger Border Dispute: The Interplay of Titles and “Effectivities” Under the Uti Possidetis Juris Principle, 18 Leiden Journal of International Law, page 777, 2005.

## 5. CONCLUSIÓN: LA AUTODETERMINACIÓN A LA LUZ DE LAS DOCTRINAS SOBRE LA TERRITORIALIDAD

Tras analizar las herramientas conceptuales del derecho internacional público y su aplicación, es tiempo de volver a las doctrinas de la autodeterminación.

Si bien la autodeterminación se promete a todos los pueblos en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos<sup>227</sup>, se lee el término “pueblo” como en el contexto de la población total de una colonia y no se extiende más atrás en la Historia, negándole así el derecho a los grupos que reclaman haber sido víctimas de actos de subyugación en el pasado.

El mismo, en consecuencia, es limitado y aparece en un *doble estándar* nuevamente en el derecho internacional, ya que los pueblos sujetos a la más reciente colonización tienen un remedio en la autodeterminación y los que han sido subyugados antes parecieran no tenerlo. Sin embargo, aun con la descolonización reciente surgen tensiones, ambigüedades e incoherencias entre los principios de autodeterminación y de integridad territorial, y la lectura de la Resolución 2625 lo demuestra<sup>228</sup>.

227. CESCR, Art. 1º (“All peoples have the right of self-determination”); ICCPR, Art. 1º (Artículo 1º Común).

228. GA Res. 2625 (XXV), *supra* note 57. The resolution articulates the rationale of self-determination as the need to promote friendly relations among states and to end colonization:

Every State has a duty to promote, through joint and separate action, realization of the principle of equal rights and self-determination of peoples. [...]

Every state has the duty to promote, through joint and separate action universal respect for and observance of human rights and fundamental freedoms.

[...]

Every State has the duty to refrain from any forcible action which deprives peoples [...] in the elaboration of the present principle of their right to self-determination and freedom and independence. In their actions against, and resistance to, such forcible action in pursuit of the exercise of their right to self-determination, such peoples are entitled to seek and to receive support.

[...]

También aparece una interpretación de la autodeterminación que se reclama con las normas contra el genocidio, los crímenes contra la humanidad y el deber de la Comunidad Internacional de intervención y protección a las poblaciones contra masivas y sistemáticas violaciones a los derechos fundamentales. Bangladesh, Timor Leste, Eritrea y Kosovo son algunos ejemplos de esos casos de violaciones y la respuesta de la Comunidad Internacional.

Durante las oleadas descolonizadoras de la segunda mitad del siglo XX, las tres opciones que existían para una unidad territorial que emergía de la descolonización eran: 1. La creación de un nuevo Estado. 2 Libre Asociación con un Estado ya existente. 3. Libre Integración con un Estado ya existente<sup>229</sup>. Los territorios se entregaron en muchos casos sin tener en cuenta la opinión de los pueblos, y aparecieron situaciones dentro de esas naciones y también en otras donde existen grupos o minorías que exigen a su vez la autodeterminación<sup>230</sup>. El argumento de la descolonización se ha reforzado en la práctica sugiriendo que la autodeterminación en su forma más intensa es el derecho de establecer un Estado separado y que puede ser un remedio extraordinario en aquellos territorios que sufren violaciones de derechos humanos de carácter masivo orquestada por el Gobierno sobre pueblos o grupos basados territorialmente en un Estado.

Pero creer que la autodeterminación en esta forma extrema de creación de Estado o de completa autonomía es una condición esencial o prerequisite para el goce de los derechos humanos no es correcto.

---

Nothing in the foregoing paragraphs shall be construed as authorizing or encouraging any action which would dismember or impair, totally or in part, the territorial integrity or political unity of sovereign and independent States conducting themselves in compliance with the principle of equal rights and self-determination of peoples as described above and thus possessed of a government representing the whole people belonging to the territory without distinction as to race, creed or colour.

Every state shall refrain from any action aimed at the partial or total disruption of the national unity and territorial integrity of any other State or country”.

229. GA Res. 1541 (XV).

230. U.N. ECOSOC, Sub-Comm on Prevention of Discrimination & Prot. of Minorities, *Minority Rights and the Prevention of Ethnic Conflicts*, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/AC.5/2000/CRP.3 (May 10, 2000).

Primero porque no está claro qué grupos o etnias o “pueblos” son los beneficiarios o *bendecidos* con la autodeterminación. Tampoco asegura que una continua fragmentación o un perpetuo irredentismo conseguirían un grado de protección mayor de los derechos humanos.

De allí que la justificación de los derechos humanos para la autodeterminación y la generación de títulos sobre el territorio, si bien puede ser un argumento persuasivo en algunos casos, no debería ser lo normal y sí lo excepcional, salvo que la soberanía y legitimidad del Estado declinase en forma abrupta.

La búsqueda del orden al santificarse en los Estados poscoloniales las fronteras ha traído ese orden y entre muchos Estados es una marca aceptada de identidad; pero en otros Estados las fronteras son señales de aspiraciones irredentistas y separatistas.

Como lo establece el derecho, el *uti possidetis juris* puede modificarse, pero con el consentimiento de dos o más Estados soberanos, y esto puede afectar evidentemente a comunidades que no están representadas a nivel estadual.

En el estado actual de la doctrina y la práctica *los actores no estatales* no tienen un derecho claro y determinado en el derecho internacional para demandar o discutir ajustes territoriales, de allí que la autodeterminación para estos grupos no tiene mucho sentido.

Quienes reclaman en estas situaciones no entienden por qué existen o habitan dentro de unidades territoriales externamente definidas por conveniencia o por atender el orden internacional. Es por eso que en muchos casos hay situaciones donde se enarbola este derecho y se termina usando la fuerza por parte de pueblos no representados, que buscan internacionalizar el conflicto buscándose la solución fuera del derecho y en el ámbito del poder.

El derecho internacional entiende, en definitiva, que la autodeterminación se debe realizar con el acomodamiento de diferentes etnias o identidades nacionales dentro de los confines del Estado, y no con la creación de nuevos por desmembramiento.

Si bien en la gran mayoría de los Estados hay muchas etnias, es decir, son Estados nacionales, en la creación de los mismos no siempre se reconoce la diversidad.

Un ejemplo muy ilustrativo es el Caso de la Corte Suprema de EE. UU. en 1995, relacionado con las tribus indias: “*No case in this*

*Court has ever held that taking of Indian title or use by Congress required compensation. The American people have compassion for the descendants of those Indians who were deprived of their homes and hunting grounds by the drive of civilization. They seek to have the Indians share the benefits of our society as citizens of this nation. Generous provision has been willingly made to allow tribes to recover for wrongs, as a matter of grace, not because of legal liability*"<sup>231</sup>. Este caso es así demostrativo de la noción de integridad territorial a ultranza, dentro de los confines de los Estados Unidos de Norteamérica.

El derecho internacional se enfoca en el territorio considerado como base de la soberanía, si bien últimamente en algunos casos entiende que hay que ir más allá y tener en cuenta la dimensión humana.

Después de 1945 y la prohibición del uso de la fuerza en guerras de agresión y conquista, los desafíos a la integridad territorial han sido más internos que externos.

Un ejemplo de ello es la Comisión Badinter, que buscó un balance entre la estabilidad e integridad territorial y el respeto a las minorías pero con el peligro de convertir límites administrativos en fronteras internacionales, como ocurrió en la Ex Yugoslavia.

*Es por eso que debe reconocerse que las herramientas conceptuales analizadas no han funcionado correctamente y en muchos casos han primado los criterios políticos y las consideraciones de poder en lo referente a los casos de autodeterminación, lo cual no debe ser sorprendente ya que el principio es de escasa legitimidad y sujeto como tantos otros al doble estándar.*

231. "Tee-Hit-Ton Indians vs. United States", 348 U.S. 272 (1995).

## **BIBLIOGRÁFICAS**





*Adolfo Korn Villafañe, un jurista olvidado.* Sánchez de Loria Parodi, Horacio M., Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2014.

El autor de la presente obra señala cuál es su propósito al comienzo de la Introducción: “No pretendemos en estas páginas hacer una biografía exhaustiva de nuestro autor, sino marcar –en el primer capítulo– los momentos más importantes de su vida y la evolución de sus ideas en el contexto histórico en que se desplegaron, para luego exponer –en la segunda parte– los principios fundamentales que definen globalmente su orientación definitiva” (p. 1). Cumple con creces lo dicho. En cuanto al aspecto biográfico, destaquemos que el autor trabaja con las memorias inéditas de Adolfo Korn Villafañe (1894-1957). Su sistematización doctrinal revela una lectura completa de la obra del ilustre jurista platense, que no se detiene solamente a referir datos de la vida de Korn Villafañe sino también nos proporciona una erudita ubicación histórica de su figura. De este modo, logramos un conocimiento más acabado del perfil y la relevancia de Korn Villafañe en la historia jurídica de nuestra patria.

Personas tan relevantes de la cultura argentina del siglo XX, como Alfredo Palacios, Julio Irazusta, Leonardo Castellani, Octavio N. Derisi y otros, han vertido su juicio positivo sobre la persona y la obra de Korn Villafañe. Como afirma Sánchez de Loria Parodi, “Adolfo fue un caso singular en la escena cultural argentina ya que frecuentaba varios ámbitos y mantenía relaciones y amistades en diversos círculos culturales de diferentes orientaciones. Pero siempre mostró un estilo propio y nunca ocultó sus firmes y definidas convicciones particulares” (p. 32).

Refiere el autor que la vida de Korn Villafañe “transcurrió en un momento muy especial del país y del mundo; sufrió en carne propia los avatares de la vida pública local, pues le tocó vivir en una época

sumamente agitada” (p. 1). Tengamos en cuenta que Korn Villafañe nació en 1894 y murió en 1957. Fue testigo de la I Guerra Mundial (la Gran Guerra) y de la II Guerra.

Sostiene Sánchez de Loria Parodi que Korn Villafañe evolucionó en su pensamiento, del humanismo kantiano –por influjo de su padre, Alejandro Korn– al tomismo. “Korn Villafañe fue evolucionando lentamente en sus ideas desde esa primitiva postura –siempre cristiana<sup>1</sup> pero influenciada por el humanismo kantiano de su padre– hasta su adscripción a la escuela católica informada por el pensamiento de Tomás de Aquino” (p. 6).

Como afirma el autor, Korn Villafañe se consideraba a sí mismo “un hombre religioso con marcada inclinación social, preocupado por las injusticias concretas de una sociedad desequilibrada que lo impulsó a estudiar los problemas vinculados a la relación entre el capital y el trabajo; por ese motivo le apasionaban los temas económico-financieros y la incidencia que tenían sobre la vida política en general, y sobre las personas de carne y hueso en particular” (p. 11).

Su padre, Alejandro, era protestante; su madre, María, católica. Adolfo “paulatinamente se fue convirtiendo a la fe católica –asociada a la influencia de la familia de su madre– y tuvo un encuentro con la doctrina de santo Tomás de Aquino, hacia 1925, que marcará su derrotero vital hasta convertirlo en un auténtico militante, con todas las limitaciones del caso” (p. 11). En el campo del derecho público, Korn Villafañe se considera un continuador de fray Mamerto Esquiú y de José Manuel Estrada.

Asimismo, el autor señala que Korn Villafañe fue un crítico severo del individualismo moderno y, en respuesta al racionalismo político y jurídico, “buscó reelaborar o reconstruir el derecho público –derecho político y constitucional– a la luz del orden natural cristiano. A tal fin, propuso una serie de principios articulados y formuló una serie de reformas en esa dirección. Entendía que la Corte Suprema de

1. Adolfo Korn Villafañe fue bautizado en la Iglesia Católica el 4 de enero de 1895 en la localidad de Ranchos, provincia de Buenos Aires, donde sus padres –Alejandro Korn y María C. Villafañe Seijas– habían contraído matrimonio el 26 de julio de 1886.

Justicia de la Nación podía ser un agente importante para reconstruir –recristianizar– una sociedad maltrecha por el laicismo” (p. 13).

Señalemos dos aspectos de su obra: la doctrina constitucional y la municipal. En cuanto al derecho constitucional, Korn Villafañe distingue diversas escuelas argentinas: la alberdista, la socialista, la de Joaquín V. González y la católica. Destaquemos el análisis que efectúa nuestro autor de las dos últimas. En cuanto a la figura de Joaquín V. González, Korn Villafañe rescata tres aspectos importantes: 1) el derecho es parte de la moral, y por lo tanto, no es un producto exclusivo de la voluntad del Estado; 2) no es concebible una moral sin fundamentación religiosa y 3) los partidos políticos deben reconocer que existe una manera argentina de la democracia que no pueden subvertir, so pena de promover un auténtico caos. En lo que se refiere a la escuela católica argentina de derecho constitucional, Korn Villafañe indica como maestros a fray Mamerto Esquiú y a José Manuel Estrada. Nuestro autor sintetiza los principios esenciales de esta escuela en los siguientes: 1) Dios es fuente universal de las leyes, por lo tanto el derecho trasciende la voluntad del Estado; 2) Todo poder viene de Dios, es decir, que el poder público no es una fuerza ciega, voluntarista, omnipotente, sino que debe ser un servicio con vistas al bien común; 3) A partir de esto, se distinguen dos órbitas de acción de los juristas católicos. Una es la de los principios, regidos por las enseñanzas del magisterio pontificio; otra, concreta sobre temas particulares, contingentes, en donde debe predominar la prudencia para sopesar todas las circunstancias que rodean a los casos, y en donde debe tenerse siempre en cuenta el espíritu evangélico. Como el derecho no es un fenómeno neutro o aséptico sino parte de la moral, serán legítimas las constituciones, y las legislaciones en general, que se ajusten al orden natural cristiano (cf. p. 180). Son tres, por último, los principios del derecho constitucional argentino, según Korn Villafañe: 1) la distinción entre el orden inmanente y el orden trascendente, entre el orden religioso y el orden político, entre la dimensión espiritual y temporal; 2) la valoración de la persona humana como un ser creado por Dios que nunca puede ser considerado como una cosa por ningún poder o institución y 3) el reconocimiento y la promoción de la familia tradicional monogámica como la célula social básica (p. 194).

Destaca Sánchez de Loria Parodi que nuestro protagonista fue un gran maestro del derecho municipal, al que le dedicó muchos años de estudio siempre con un entusiasmo notable; consideraba al municipio como la primera escuela de civismo y la célula básica de la organización institucional del país. Fue el fundador de la conocida *Escuela de La Plata*. Un doctrinario del derecho municipal como Antonio María Hernández, en su obra, lo considera uno de los precursores de la autonomía del derecho municipal tanto en el plano científico como didáctico. Refiramos someramente la relevancia de Korn Villafañe en este ámbito del derecho. Lo considera una rama autónoma que trata temas específicos, si bien en conexión con el derecho constitucional, administrativo, impositivo y rural. Merece destacarse esta afirmación: “Korn Villafañe entendía que el régimen municipal contemplado en el Artículo 5º de la Constitución de 1853 no era fruto de una decisión racional, no era un producto del racionalismo político y jurídico elaborado en el laboratorio, sino un reconocimiento a la realidad política, y concretamente aludía a un verdadero sistema republicano-representativo” (p. 20). Korn Villafañe fue un seguro sostenedor de la autonomía municipal. “Toda su vida bregó –ya sea desde la cátedra de la Universidad Nacional de La Plata, o a través de libros, conferencias o artículos– por el reconocimiento político-jurídico de la realidad municipal, para que fuese realidad la plena autonomía de los municipios, estructurados como auténticas repúblicas representativas, con todas las facultades emanadas de su naturaleza y como sujetos de un tercer grado de descentralización política” (p. 200).

Podríamos extendernos mucho más sobre el contenido de este libro que, en lo que se debe a la figura y la obra de Adolfo Korn Villafañe, sin duda se vuelve una referencia obligada al momento de profundizar en materias de derecho constitucional y municipal, entre otras numerosas cuestiones de creciente actualidad. Recomendamos, pues, su lectura y difusión entre los estudiosos y las aulas universitarias.

GERMÁN MASSERDOTTI

**Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.** *El debido proceso legal. Análisis desde el Sistema Interamericano y Universal de Derechos Humanos.* Buenos Aires. Eudeba. 2013 (2 tomos).

La obra de la cual se da breve noticia en estas líneas forma parte de una serie de publicaciones que está integrada por los siguientes libros: *Diálogos. El impacto del Sistema Interamericano en el ordenamiento interno de los Estados*, *La debida diligencia en la actuación del Ministerio Público Fiscal en casos de violencia de género*, *Acceso a justicia y derechos humanos*, el *Compendio de dictámenes de la Fiscalía General 2007-2013* y el opúsculo *Implementación de las Reglas de Brasilia en las provincias argentinas*, todos ellos presentados durante unas jornadas realizadas conjuntamente por el Ministerio Público Fiscal porteño, la Universidad de Buenos Aires y la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”, con la presencia de algunas de las más altas autoridades jurídicas del país.

Fue coordinada según el Programa de Cooperación y Asistencia con la Sociedad Civil dependiente de la Secretaría General de Acceso a Justicia y Derechos Humanos del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires, con la colaboración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de La Plata y de la American University Washington College of Law. Comienza con una presentación del entonces Fiscal General de la Ciudad, Germán Garavano, a la que le siguen breves prólogos de Diego García-Sayán –a la sazón presidente de la Corte Interamericana–, de J. Jesús Orozco Henríquez –presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos– y otro de las instituciones académicas que colaboraron en la preparación de los dos volúmenes. A ello le sigue una “Presentación del contenido, estructura y metodología”, firmado por Santiago Otamendi y Siro L. De Mar-

tini, secretario general de Acceso a Justicia y Derechos Humanos y secretario del Programa de Cooperación y Asistencia con la Sociedad Civil del Ministerio Público Fiscal, respectivamente.

El Tomo I se estructura con los siguientes capítulos: I. *El debido proceso legal*; II. *Principio de legalidad en el marco del debido proceso*; III. *Ne bis in idem*; IV. *El derecho a ser oído*; V. *El derecho a un recurso efectivo*; VI. *Tribunal competente, independiente e imparcial*; VII. *El derecho a un plazo razonable en el marco del debido proceso*; VIII. *Presunción de inocencia*; IX. *Derecho a ser asistido por un traductor o intérprete*; X. *Tiempo y medios adecuados para preparar una defensa*; XI. *Derecho a defenderse personalmente o a elegir un abogado defensor y a comunicarse libre y privadamente con el defensor*; XII. *Derecho a ser asistido por abogado defensor proporcionado por el Estado*; XIII. *Derecho a interrogar testigos y a presentar peritos*; XIV. *El derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo*; XV. *El derecho a la doble instancia*; XVI. *Publicidad del proceso*; XVII. *El derecho a un fallo razonado* y XVIII. *Derecho a ser indemnizado en caso de condena por error judicial*.

El Tomo II, más breve, comienza con la presentación y se divide en cinco extensos capítulos: I. *La obligación de investigar y los derechos de las víctimas*; II. *El debido proceso en caso de detenciones*; III. *Los derechos de las personas privadas de su libertad*; IV. *El debido proceso en caso de niños, niñas y adolescentes* y V. *El debido proceso y los migrantes*.

Cada capítulo desarrolla los diversos estándares internacionales en materia de derechos humanos (comenzando por el Sistema Interamericano y siguiendo por el Sistema Universal), incluyendo fragmentos de sentencias de la Corte e informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de otros relevantes organismos internacionales como el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Al finalizar el capítulo se ubica una conclusión que recepta de manera ordenada y sintética aquellos lineamientos expuestos previamente.

Cabe destacar que el conocimiento de estos estándares internacionales se hace cada vez más conveniente –y hasta necesario– en virtud del surgimiento y la posterior evolución del llamado “control de convencionalidad”, que nuestra Corte Suprema de Justicia ha aceptado y receptado con entusiasmo en diversas sentencias y teniendo en cuenta que según la Corte Interamericana de Derechos Humanos

“[...] los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y, 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” (“*Gelman vs. Uruguay*”, párr. 193).

Como puede advertirse, la recepción sin cortapisas de este criterio de la Corte IDH importaría significativas modificaciones en nuestro derecho, como por ejemplo la afirmación de la doctrina del control de constitucionalidad de oficio, que tomaría un nuevo impulso reforzado por influencia de la jurisprudencia de la Corte con sede en Costa Rica.

Además de ello, no puede dejarse de lado el hecho de que el referido órgano internacional se está convirtiendo de a poco –y de algún modo– en una especie de “cuarta instancia”, a pesar de que según el orden constitucional argentino el máximo tribunal de la República no es otro que la Corte Suprema de Justicia de la Nación. De esta problemática alteración de nuestra Constitución por intervención del Derecho Internacional de los Derechos Humanos –o quizás más bien de una cierta aplicación del mismo– son muestra sentencias como “Espósito” (“Bulacio”) y –particularmente– la segunda “Derecho” (“Bueno Alves”), que probablemente serán seguidas por otras, como parece que ocurrirá relativamente pronto en algún otro caso.

Por lo expuesto, estos dos volúmenes constituyen un significativo aporte tanto para los operadores jurídicos –en sus diversas funciones, fundamentalmente mas no exclusivamente del ámbito penal– como para los docentes e investigadores universitarios, quienes no podemos estar al margen de los estándares internacionales en materia de derechos humanos. Es así que en líneas generales puede celebrarse la publicación de estos dos tomos, esperando que nuevas ediciones vayan actualizándolos de acuerdo a la constante evolución a la que nos tiene acostumbrados el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.





## **INFORMACIÓN & JUSTICIA IV.** Buenos Aires - Unidos por la Justicia Asociación Civil, 422 páginas.

La conjunción de la ONG Unidos por la Justicia y el financiamiento de la fundación Konrad Adenauer han producido esta publicación, que recoge una amplia y profunda investigación sobre la organización judicial argentina. Fue realizada con la dirección de Germán Garavano, con un importante equipo de investigación detrás, donde se encuentra reunida y expuesta muy valiosa información estadística e institucional, de ineludible consulta.

Como bien se expresa en las consideraciones iniciales, toda decisión de cambio y administración judicial requiere necesariamente información para sustentar las políticas públicas que se implementen. El documento se presentó en la sede de la Universidad Austral, el día 4 de abril pasado, y analiza individual y comparativamente tanto el sistema federal como los provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires, así como los Ministerios Públicos Fiscal y de la Defensa. Se ocupa, incluso, de reflejar datos como la cantidad de abogados, o relevar los ministerios o sectores gubernamentales vinculados con las áreas de justicia y de seguridad. La mayor parte de la obra reúne información comparativa de los principales indicadores de todos los sistemas judiciales de la Argentina.

Se completa recogiendo determinadas investigaciones sectoriales, tales como un análisis de los presupuestos nacionales y provinciales dedicados al sostenimiento de la actividad judicial, realizado por Héctor Mario Chayer; investigaciones sobre los mecanismos de garantías en el acceso a la justicia, sobre todo en grupos vulnerables, por María Fernanda Rodríguez; sobre Información y Seguridad Ciudadana, de Natalia Gambaro, que reúne la evolución delictual en el último quinquenio 2008/2012; así como una evaluación cuantitativa

de la población del sistema carcelario con la distribución entre condenados y procesados, encomendado al Juez de la Cámara Federal, Daniel Petrone, y un análisis crítico de la efectividad de las cárceles en América Latina, a cargo del Economista Pablo Brassiolo.

En definitiva, una referencia ineludible para quienes se encuentren preocupados por los temas vinculados con la implementación de un servicio de justicia lisias, que efectivamente satisfaga de modo puntual, eficaz y equitativo las crecientes necesidades que se advierten en la materia.

R.A.P.

*NOSOTROS, el pueblo. Aportes para una comprensión de la Argentina.* Punte Roberto Antonio. Edición del autor. Buenos Aires. 2014. 222 páginas.

Se presenta el último libro de nuestro amigo Roberto Antonio Punte, abogado por la Universidad Católica Argentina, con una activa vida profesional, no solamente en el ámbito privado sino también en el público. A su formación en derecho constitucional, ha sumado versación en economía política, y se ha desempeñado como docente en la Facultad de Derecho de su universidad en ambas disciplinas. Es miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y vicepresidente de la asociación civil Justa Causa Para el Mejoramiento de la Justicia. Integra la comisión directiva del Club de Abogados Mediadores, ha participado en libros colectivos y publicado numerosos artículos de sus especialidades. Actualmente dirige Forum, Anuario del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la UCA y el Suplemento de Derecho Constitucional de la publicación electrónica El Dial.

La obra tiene la característica principal, a mi entender, de exceder los límites que imponen las reglas del derecho constitucional pues agrega aportes de carácter político, económico y social que la valorizan enormemente. Se abre reflexionando sobre la interrogación de Juan Bautista Alberdi cuando se planteó a sí mismo y a sus lectores: ¿Cuál es la mejor constitución para un desierto? Se refería a lo que era la República Argentina a mediados del siglo XIX, y propuso su respuesta: “[...] aquella que haga que deje de ser un desierto. Por ello gobernar es poblar”. Cuando Alberdi hablaba de gobernar así, se refería a lo que luego resultó tan trascendente para nuestro país: la inmigración europea. Poblar implicaba no solamente traer hombres y mujeres sino, además, generar normas que regularan la conducta de

esos nuevos pobladores y su actividad económica, social y política en el vasto territorio. Entre 1870 y 1914 llegaron a la Argentina, según lo reseña Mauricio Rojas, destacado economista chileno, 6 millones de inmigrantes, de los cuales varios millones se quedaron para siempre. A partir de esta premisa el autor analiza el impacto de los fundadores en los argentinos de hoy, afectados en lo que define como “crisis de identidad”, sobre el modo de ser o no ser argentino, en el sentido cabal de la palabra, no solamente en el sentido retórico o figurado. Hasta la Guerra del Paraguay los argentinos no se reconocían como argentinos en el sentido en que hoy nosotros nos consideramos, sino que eran habitantes de un territorio que había sido parte del imperio español, separados desde la independencia. Había correntinos, paraguayos, entrerrianos, orientales y otros. Estoy convencido de que la argentinidad se consolida a partir de la Guerra del Paraguay.

Uno de los ejes de la obra es su interpretación sobre las causas de la ausencia de normas respetadas por todos los habitantes, la ola de anomia, así como sobre sus consecuencias. Por eso la gran importancia que le asigna a asumir hoy una tarea de recuperación equiparable a la formulada por Alberdi. Analiza las secuelas de esta disfunción, reunidas en los capítulos sobre “daños institucionales” emergentes del incumplimiento, no solamente por las autoridades, sino también por la ciudadanía, de las normas troncales de la Constitución y naturalmente, después, de las leyes que reglamentan su ejercicio. Estos daños tienen diversas manifestaciones en lo económico, en lo social, en lo educativo, incluida una secuela de violencia institucional de la que hoy en día somos tanto testigos como víctimas, que hace que la convivencia entre nuestros conciudadanos sea prácticamente imposible respetando el orden político constitucional. Esto a pesar de que, a mi juicio, persiste todavía una apreciable permanencia de algunos valores familiares, sociales y religiosos que contribuyen al mantenimiento de la argentinidad. Pero desde el punto de vista del acatamiento voluntario a las normas esto deja mucho que desear, no solamente en estos últimos tiempos, pues particularmente desde los setenta a esta parte, venimos padeciendo una fuerte fractura funcional, una disfunción política tan notoria y dramática que uno se pregunta si es posible que tengamos algún tipo de mejora en algún momento.

Remarca los actuales rasgos de inestabilidad política y económica, como la inflación, la recurrencia al endeudamiento insostenible y la emergencia perpetua, así como la repercusión de la anomia en tres direcciones aparentemente no coherentes, pero que coexisten claramente, un difundido individualismo, un fuerte nivel de violencia y una generalizada sensación de reclamar al Estado, como si fuera algo ajeno a la sociedad, el distribuir bonanza para todos, sin advertir su ocupación por grupos irresponsables. De ahí la conexión con nuestra mala historia de enfrentamientos y rencores, en un marco de tolerancia social a la mala praxis política, unitarismo fiscal e incoherencia en las relaciones exteriores. Una serie de capítulos se ocupa de las consecuencias dañosas institucionales y en todos los campos, rompiendo el concepto de nuestra forma representativa, republicana y federal de gobierno. Otro de los temas que señala Roberto, con mucha precisión y además con erudición, es el de la ocupación territorial de nuestro país, pues si, como cité al comienzo, la propuesta de Alberdi era poblar, ello era mucho más que solamente poblar en términos de gente, sino en términos de caminos, puertos, ferrocarriles, universidades. Se trata, en consecuencia, de la plena ocupación de modo real y efectivo, del territorio nacional, no solamente el terrestre sino también el marítimo, que es una asignatura pendiente que tenemos los argentinos.

GUILLERMO LASCANO QUINTANA<sup>1</sup>

1. Texto de la presentación hecha en el Club del Progreso el día 20 de noviembre de 2014.